

# TE OGH 2005/4/4 160k4/05

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.04.2005

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Birgit Langer als Vorsitzende und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Manfred Vogel und Dr. Wolfgang Schramm sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Dr. Erich Haas in der Kartellrechtssache der Antragstellerin S\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Ferner Hornung & Partner, Rechtsanwälte in Salzburg, wegen Antrag auf Feststellung gemäß § 8a KartG, über den Rekurs der Antragstellerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 15. Dezember 2004, GZ 29 Kt 367/04-12, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss  
Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Birgit Langer als Vorsitzende und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Manfred Vogel und Dr. Wolfgang Schramm sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Dr. Erich Haas in der Kartellrechtssache der Antragstellerin S\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Ferner Hornung & Partner, Rechtsanwälte in Salzburg, wegen Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 8 a, KartG, über den Rekurs der Antragstellerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 15. Dezember 2004, GZ 29 Kt 367/04-12, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

## Text

Begründung:

Die Antragstellerin, die mit ihr verbundenen Unternehmen und die selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufleute (in der Folge: S\*\*\*\*\*-Gruppe) haben im letzten Geschäftsjahr (endend mit 31. 12. 2003) 1.402 S\*\*\*\*\*- und E\*\*\*\*\*-Märkte, 49 I\*\*\*\*\*-Hypermärkte sowie sieben M\*\*\*\*\*-Märkte betrieben. Die selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufleute haben 762 dieser Standorte unter der Bezeichnung S\*\*\*\*\* oder E\*\*\*\*\* betrieben. Die S\*\*\*\*\*-Gruppe hat im Geschäftsjahr 2003 einen Bruttoumsatz von 4,06 Mrd EUR in Österreich erwirtschaftet; hiervon entfallen auf die selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufleute rund 30%; von diesen erzielten rund 130 zum 31. 12. 2003 mehr als 2 Mio EUR Netto-Umsatz. Die Antragstellerin arbeitet mit den selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufleuten sowohl auf Basis reiner Lieferverträge als auch auf Basis von Systempartnerverträgen zusammen, die als vertikale Vertriebsbindungen gemäß § 31a KartG beim Kartellgericht angezeigt und hinterlegt wurden. Gesellschaftsrechtlich bestehen keine Verflechtungen zwischen der Antragstellerin und den selbständigen Kaufleuten. Bei den Systempartnerverträgen wird zwischen der "grünen" (S\*\*\*\*\*-Markt) und der "roten" (S\*\*\*\*\*-Supermarkt) Linie unterschieden. Systempartnerverträge der "grünen" Linie beziehen sich auf kleinere Flächen mit einer starken Frischeorientierung; die Systempartnerverträge der "roten" Linie sind eher für größere Flächen, verbunden mit einer stärkeren Betonung des Trockensortiments, gedacht. Bei der Belieferung der

selbständigen Kaufleute gibt es keine rechtlich festgelegten Mindestabnahmemengen, die über den S\*\*\*\*\*-Großhandel zu beziehen sind, die durchschnittliche Abnahmemenge der S\*\*\*\*\*-Kaufleute beträgt 54 %. Die selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufleute handeln auf eigenes Risiko und teilen ihren Gewinn nicht mit der Antragstellerin. Sie bestimmen die Einlistungspolitik in ihrem Unternehmen autonom. Im Gegensatz dazu hat ein bloßer Filialeiter kaum Dispositionsmöglichkeiten, weil er im Wesentlichen nur für die Marktpräsentation und für die Personalführung zuständig ist. Kleinere S\*\*\*\*\*-Kaufleute halten sich im Allgemeinen an die S\*\*\*\*\*-Preiseempfehlungen. Die Antragstellerin bietet den selbständigen Kaufleuten zahlreiche Dienstleistungen (Marketing, Logistik, gemeinsamen Einkauf, ein Regal-Optimierungssystem) an. Für den Konsumenten ist es häufig nicht ersichtlich, ob er sich in einer S\*\*\*\*\*-Eigenfiliale oder bei einem selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufmann befindet. Die selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufleute, deren Geschäftslokal im Besitz (Eigentum oder Miete) der Antragstellerin steht, sind der Antragstellerin eng verbunden, weil sie im Falle eines Systemwechsels (etwa zu den Mitbewerbern der Antragstellerin A\*\*\*\*\* oder N\*\*\*\*\*) auch ihr Geschäftslokal verlieren würden. Wie in der Branche üblich, gewährt auch die Antragstellerin selbständigen Kaufleuten Finanzierungsunterstützungen für Ladeneinrichtungen sowie Expansionsunterstützungen bei Eröffnung eines zweiten Markts oder Vergrößerung des bestehenden Geschäftslokals. Mit diesen Förderungen sind keine rechtlichen Bindungen zur Aufrechterhaltung des Belieferungsverhältnisses mit der Antragstellerin verbunden. Die Antragstellerin hat das Konzept des preisaggressiven "S\*\*\*\*\*-Supermarktes" entwickelt, das im "Handbuch Vertriebstyp S\*\*\*\*\*-Supermarkt/verbundener Partner" (in der Folge: Handbuch) dokumentiert ist. Zur Umsetzung dieses Konzepts wurde ein S\*\*\*\*\*-Supermarkt-Kooperationsvertrag verfasst, der auf dem bisher verwendeten S\*\*\*\*\*-Supermarkt Franchise-Vertrag aufbaut. Die Letztentscheidungsbefugnis in Bezug auf die Umsetzung dieses Konzeptes liegt bei der Antragstellerin. Diese Systempartnerschaftsverträge werden mit Einzelhändlern abgeschlossen, die über mindestens 400 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche und mindestens 93 Regalmeter für das Trockensortiment inklusive Backwaren in Selbstbedienung verfügen. Vertragsgegenstand ist die Verwendung von Name und Warenzeichen der Antragstellerin, ihres Logo, ihre äußere und innere Geschäftsgestaltung gemäß dem Handbuch, das in dem Handbuch dokumentierte Know-how, die Umstellung des Betriebes nach dem Konzept des preisaggressiven "S\*\*\*\*\*-Supermarktes" und die fortlaufende kommerzielle und technische Unterstützung des Einzelhändlers durch die Antragstellerin sowie die laufende Überprüfung des Betriebes auf die Einhaltung des Konzepts und nötigenfalls die Gewährleistung der Einhaltung des Konzepts. Die Antragstellerin beliefert den Einzelhändler mit allen Waren des durch das Konzept definierten Sortiments - ausgenommen Direkt- und Sondersortiment - zu den Konditionen ihres Bestell-, Liefer-, Grundpreis-, Staffel- und Zahlungssystems mit Ausnahme unabwendbarer Lieferbehinderungen. Eine Abnahmeverpflichtung, ausgenommen für Aktionssortimente, besteht nicht. Von den Vertragspartnern wird jährlich im Vorhinein einvernehmlich ein Budget erstellt und darauf basierend der Einkaufsplan des Einzelhändlers bei der Antragstellerin vereinbart. Bei Erfüllung dieses Plans erhält der Einzelhändler eine Systemvergütung von 1 % seines Umsatzes. Zur Sicherstellung des Betriebskonzepts ist die Antragstellerin verpflichtet und berechtigt, mit Wirkung für den Einzelhändler die Letztentscheidung in Fragen der ordnungsgemäßen Umsetzung des Konzepts zu treffen. Diese Letztentscheidungsbefugnis bezieht sich insbesondere auf folgende Punkte: Abschluss und Auflösung von Arbeitsverträgen, Investitionsentscheidungen und Zustimmung zur Aufnahme von Sortimentsgruppen, sofern diese drei Arten von Maßnahmen vom Handbuch abweichen; Betriebsverlegungen, Zustimmung zur Eröffnung anderer Betriebe durch den Einzelhändler, wenn diese anderen Betriebe Einfluss auf den vertragsgegenständlichen Supermarkt haben können. Von geplanten Maßnahmen dieser Art ist die Antragstellerin rechtzeitig zu informieren. Die Antragstellerin, die mit ihr verbundenen Unternehmen und die selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufleute (in der Folge: S\*\*\*\*\*-Gruppe) haben im letzten Geschäftsjahr (endend mit 31. 12. 2003) 1.402 S\*\*\*\*\*- und E\*\*\*\*\*-Märkte, 49 I\*\*\*\*\*-Hypermärkte sowie sieben M\*\*\*\*\*-Märkte betrieben. Die selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufleute haben 762 dieser Standorte unter der Bezeichnung S\*\*\*\*\* oder E\*\*\*\*\* betrieben. Die S\*\*\*\*\*-Gruppe hat im Geschäftsjahr 2003 einen Bruttoumsatz von 4,06 Mrd EUR in Österreich erwirtschaftet; hiervon entfallen auf die selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufleute rund 30%; von diesen erzielten rund 130 zum 31. 12. 2003 mehr als 2 Mio EUR Netto-Umsatz. Die Antragstellerin arbeitet mit den selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufleuten sowohl auf Basis reiner Lieferverträge als auch auf Basis von Systempartnerverträgen zusammen, die als vertikale Vertriebsbindungen gemäß Paragraph 31 a, KartG beim Kartellgericht angezeigt und hinterlegt wurden. Gesellschaftsrechtlich bestehen keine Verflechtungen zwischen der Antragstellerin und den selbständigen Kaufleuten. Bei den Systempartnerverträgen wird zwischen der "grünen" (S\*\*\*\*\*-Markt) und der "roten" (S\*\*\*\*\*-Supermarkt) Linie unterschieden. Systempartnerverträge der "grünen" Linie beziehen sich auf kleinere Flächen mit einer starken Frischeorientierung; die Systempartnerverträge der "roten" Linie

sind eher für größere Flächen, verbunden mit einer stärkeren Betonung des Trockensortiments, gedacht. Bei der Belieferung der selbständigen Kaufleute gibt es keine rechtlich festgelegten Mindestabnahmemengen, die über den S\*\*\*\*\*-Großhandel zu beziehen sind, die durchschnittliche Abnahmemenge der S\*\*\*\*\*-Kaufleute beträgt 54 %. Die selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufleute handeln auf eigenes Risiko und teilen ihren Gewinn nicht mit der Antragstellerin. Sie bestimmen die Einlistungspolitik in ihrem Unternehmen autonom. Im Gegensatz dazu hat ein bloßer Filialleiter kaum Dispositionsmöglichkeiten, weil er im Wesentlichen nur für die Marktpräsentation und für die Personalführung zuständig ist. Kleinere S\*\*\*\*\*-Kaufleute halten sich im Allgemeinen an die S\*\*\*\*\*-Preiseempfehlungen. Die Antragstellerin bietet den selbständigen Kaufleuten zahlreiche Dienstleistungen (Marketing, Logistik, gemeinsamen Einkauf, ein Regal-Optimierungssystem) an. Für den Konsumenten ist es häufig nicht ersichtlich, ob er sich in einer S\*\*\*\*\*-Eigenfiliale oder bei einem selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufmann befindet. Die selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufleute, deren Geschäftslokal im Besitz (Eigentum oder Miete) der Antragstellerin steht, sind der Antragstellerin eng verbunden, weil sie im Falle eines Systemwechsels (etwa zu den Mitbewerbern der Antragstellerin A\*\*\*\*\* oder N\*\*\*\*\*) auch ihr Geschäftslokal verlieren würden. Wie in der Branche üblich, gewährt auch die Antragstellerin selbständigen Kaufleuten Finanzierungsunterstützungen für Ladeneinrichtungen sowie Expansionsunterstützungen bei Eröffnung eines zweiten Markts oder Vergrößerung des bestehenden Geschäftslokals. Mit diesen Förderungen sind keine rechtlichen Bindungen zur Aufrechterhaltung des Belieferungsverhältnisses mit der Antragstellerin verbunden. Die Antragstellerin hat das Konzept des preisaggressiven "S\*\*\*\*\*-Supermarktes" entwickelt, das im "Handbuch Vertriebstyp S\*\*\*\*\*-Supermarkt/verbundener Partner" (in der Folge: Handbuch) dokumentiert ist. Zur Umsetzung dieses Konzepts wurde ein S\*\*\*\*\*-Supermarkt-Kooperationsvertrag verfasst, der auf dem bisher verwendeten S\*\*\*\*\*-Supermarkt Franchise-Vertrag aufbaut. Die Letztentscheidungsbefugnis in Bezug auf die Umsetzung dieses Konzeptes liegt bei der Antragstellerin. Diese Systempartnerschaftsverträge werden mit Einzelhändlern abgeschlossen, die über mindestens 400 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche und mindestens 93 Regalmeter für das Trockensortiment inklusive Backwaren in Selbstbedienung verfügen. Vertragsgegenstand ist die Verwendung von Name und Warenzeichen der Antragstellerin, ihres Logo, ihre äußere und innere Geschäftsgestaltung gemäß dem Handbuch, das in dem Handbuch dokumentierte Know-how, die Umstellung des Betriebes nach dem Konzept des preisaggressiven "S\*\*\*\*\*-Supermarktes" und die fortlaufende kommerzielle und technische Unterstützung des Einzelhändlers durch die Antragstellerin sowie die laufende Überprüfung des Betriebes auf die Einhaltung des Konzepts und nötigenfalls die Gewährleistung der Einhaltung des Konzepts. Die Antragstellerin beliefert den Einzelhändler mit allen Waren des durch das Konzept definierten Sortiments - ausgenommen Direkt- und Sondersortiment - zu den Konditionen ihres Bestell-, Liefer-, Grundpreis-, Staffel- und Zahlungssystems mit Ausnahme unabwendbarer Lieferbehinderungen. Eine Abnahmeverpflichtung, ausgenommen für Aktions assortimente, besteht nicht. Von den Vertragspartnern wird jährlich im Vorhinein einvernehmlich ein Budget erstellt und darauf basierend der Einkaufsplan des Einzelhändlers bei der Antragstellerin vereinbart. Bei Erfüllung dieses Plans erhält der Einzelhändler eine Systemvergütung von 1 % seines Umsatzes. Zur Sicherstellung des Betriebskonzepts ist die Antragstellerin verpflichtet und berechtigt, mit Wirkung für den Einzelhändler die Letztentscheidung in Fragen der ordnungsgemäßen Umsetzung des Konzepts zu treffen. Diese Letztentscheidungsbefugnis bezieht sich insbesondere auf folgende Punkte: Abschluss und Auflösung von Arbeitsverträgen, Investitionsentscheidungen und Zustimmung zur Aufnahme von Sortimentsgruppen, sofern diese drei Arten von Maßnahmen vom Handbuch abweichen; Betriebsverlegungen, Zustimmung zur Eröffnung anderer Betriebe durch den Einzelhändler, wenn diese anderen Betriebe Einfluss auf den vertragsgegenständlichen Supermarkt haben können. Von geplanten Maßnahmen dieser Art ist die Antragstellerin rechtzeitig zu informieren.

Als Leistungen (Pflichten) des Einzelhändler-Partners definiert Punkt 4. des Kooperationsvertrages unter anderem: Durchführung des gesamten Verkaufs unter Einsatz des Systems der Scanner-Kassen, Durchführung der Aktionen, genaue Einhaltung der von der Antragstellerin vorgegebenen Verkaufspreise für Aktionsartikel sowie ihre Eigen-, Exklusiv- und Handelsmarken, Bekanntgabe seiner Stellung als rechtlich selbständiger Unternehmer, Unterlassung des Bezuges von Eigen-, Exklusiv- und Handelsmarken von Mitbewerbern der Antragstellerin. Der Einzelhändler hat der Antragstellerin für ihre Leistungen ein Entgelt in der Höhe von 0,6 % des Nettoverkaufsumsatzes zuzüglich Umsatzsteuer zu entrichten. Dem Einzelhändler ist es während aufrechter Vertragsbeziehung untersagt, sein Unternehmen zum Teil oder zur Gänze an einen Mitbewerber der Antragstellerin zu veräußern sowie Anteile am Kapital eines solchen Unternehmens zu erwerben, die es dem Einzelhändler ermöglichen würden, einen wesentlichen Einfluss auf dessen geschäftliches Verhalten auszuüben. Der Kooperationsvertrag bestimmt neben dem Wettbewerbsverbot für den Einzelhändler eine wechselseitige Geheimhaltungspflicht, unter anderem eine strenge

Geheimhaltung aller Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, insbesondere des Know-hows im Handbuch, Wahrung des Datengeheimnisses gemäß den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes, die auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses eingehalten werden muss. Bei Verletzung einer Vertragspflicht durch den Einzelhändler und Nichterfüllung derselben trotz eingeschriebener Mahnung und Setzung einer angemessenen Nachfrist oder Wiederholung der Vertragsverletzung ist er zur Zahlung einer dem richterlichen Mäßigungsrecht nicht unterliegenden Vertragsstrafe in Höhe von 727 EUR pro Verletzungsfall verpflichtet. Der Kooperationsvertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und kann von jedem Vertragsteil unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende des Kalenderjahres, mittels eingeschriebenen Briefs gekündigt werden. Jeder Vertragsteil ist darüber hinaus berechtigt, den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufzulösen. Mit dem Ende des Kooperationsvertrags ist der Einzelhändler verpflichtet, die Verwendung des Vertragsgegenstands zu unterlassen und alle diesbezüglichen Geschäftsbezeichnungen sowie sonstige konzeptgemäßen Gestaltungen und Farbgebungen zu beseitigen. Die Kosten dieser Beseitigung trägt die Antragstellerin, wenn der Kooperationsvertrag vor Ablauf von sieben Jahren aufgrund einer Kündigung der Antragstellerin (ohne wichtigen Grund) oder vorzeitigen Auflösung von Seiten des Einzelhändlers wegen eines von der Antragstellerin zu vertretenden wichtigen Grundes endet; in allen anderen Fällen trägt die Kosten der Einzelhändler.

Das Handbuch enthält u.a. die Bestimmung, wonach der Personalkostenanteil 11,3 % der Rohspanne betragen soll; Abweichungen von je 0,5 % nach oben und unten sind zulässig. Werden größere Abweichungen festgestellt, bedarf der Abschluss und die Auflösung von Arbeitsverträgen der Zustimmung der Antragstellerin. Ebenso verpflichtet sich der Einzelhandels-Kaufmann gemäß Pkt. 5 des Handbuches, Investitionen unter dem Titel "Instandhaltung" (bezogen auf den Jahres-Nettoumsatz) von 0,7 % zu tätigen; Abweichungen von je 0,2 % nach oben und unten sind zulässig. Werden größere Abweichungen festgestellt, sind Investitionsentscheidungen vor Durchführung mit der Antragstellerin abzustimmen. Wird der zulässige Rahmen unterschritten, verpflichtet sich der Einzelhändler, innerhalb von drei Monaten ab Mitteilung solche Investitionen vorzunehmen, so dass der Rahmen wieder eingehalten wird. Bei der Antragstellerin gibt es eine Anzahl von Filialen, für die sich selbständige Kaufleute interessieren und die von ihnen betrieben werden wollen; umgekehrt kommt es vor, dass Betriebe von selbständigen Kaufleuten kurzfristig zurückgenommen werden müssen.

Die Antragstellerin begehrt - gestützt auf § 8a KartG - die FeststellungenDie Antragstellerin begehrt - gestützt auf Paragraph 8 a, KartG - die Feststellungen,

1) ob die Übernahme/Rücknahme eines im Eigentum oder der Hauptmiete der Antragstellerin stehenden Standorts, bei dem von einem selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufmann ein S\*\*\*\*\*-Markt betrieben wurde, als Eigenfiliale den Tatbestand eines anmeldebedürftigen Zusammenschlusses iSd § 41 Abs 1 KartG erfüllt und ein Zusammenschlussverfahren abzuführen ist, wenn der selbständige Spar-Kaufmann im letzten Geschäftsjahr vor Übernahme/Rücknahme am Standort einen Umsatz von mehr als zwei Mio EUR erzielt hat;1) ob die Übernahme/Rücknahme eines im Eigentum oder der Hauptmiete der Antragstellerin stehenden Standorts, bei dem von einem selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufmann ein S\*\*\*\*\*-Markt betrieben wurde, als Eigenfiliale den Tatbestand eines anmeldebedürftigen Zusammenschlusses iSd Paragraph 41, Absatz eins, KartG erfüllt und ein Zusammenschlussverfahren abzuführen ist, wenn der selbständige Spar-Kaufmann im letzten Geschäftsjahr vor Übernahme/Rücknahme am Standort einen Umsatz von mehr als zwei Mio EUR erzielt hat;

2) ob der vorgelegte Systempartnerschaftsvertrag (S\*\*\*\*\*-Supermarkt Kooperationsvertrag; Beilage ./A) einen Zusammenschlusstatbestand iSd § 41 Abs 1 KartG verwirklicht;2) ob der vorgelegte Systempartnerschaftsvertrag (S\*\*\*\*\*-Supermarkt Kooperationsvertrag; Beilage ./A) einen Zusammenschlusstatbestand iSd Paragraph 41, Absatz eins, KartG verwirklicht;

3) ob und inwieweit der vorgelegte Systempartnerschaftsvertrag (S\*\*\*\*\*-Supermarkt Kooperationsvertrag; Beilage ./A) einen Tatbestand des II. Abschnittes (Kartelle) des KartG verwirklicht. Die Überlassung einer bestehenden Eigenfiliale an einen selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufmann im Wege eines Pachtvertrags verwirkliche den Tatbestand des § 41 Abs 1 Z 2 KartG in der Form eines Betriebsüberlassungsvertrags; die Rücknahme eines derartigen selbständigen Standorts als Eigenfiliale verwirkliche einen Zusammenschlusstatbestand iSd § 41 Abs 1 KartG, weil die Antragstellerin wieder die unternehmerische Kontrolle über das betreffende Unternehmen erwerbe. Da die Antragstellerin große Investitionen im Zusammenhang mit der Errichtung derartiger Märkte übernehme, bedürfe es einer Standortabsicherung, mit welcher der Antragstellerin der Betrieb eines zuvor einem selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufmann überlassenen Standorts als

Eigenfiliale ohne Durchführung eines kartellgerichtlichen Genehmigungsverfahrens ermöglicht werde. Wichtig sei dies vor allem, wenn solches kurzfristig geschehen solle. Sollte kein geeigneter Nachfolger gefunden werden, müsse der Standort der Antragstellerin auch ohne vorangegangenes Zusammenschlussverfahren als Eigenfiliale verbleiben können. Es dürfe nicht eine Situation eintreten, in der die Antragstellerin zwar Eigentümerin eines Standorts sei, diesen aber nicht betreiben dürfe. Die Antragstellerin wolle daher zunächst in den bestehenden Systempartnerverträgen der "roten Linie" einen beherrschenden Einfluss der Antragstellerin auf den selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufmann iSd § 41 Abs 1 Z 5 KartG schaffen. Der verbundene S\*\*\*\*\*-Kaufmann sei dann ein mit der Antragstellerin iSd § 41 KartG verbundener Unternehmer, für welchen das Konzernprivileg gelte, sodass die Rücknahme/Übernahme eines Standortes eines derartig verbundenen S\*\*\*\*\*-Kaufmannes keinen erneuten Zusammenschlusstatbestand auslöse. Das entwickelte Vertragsformblatt für den verbundenen S\*\*\*\*\*-Kaufmann (S\*\*\*\*\*-Supermarkt Kooperationsvertrag) beziehe sich in seinen Regelungen auf die unternehmerische Tätigkeit des S\*\*\*\*\*-Kaufmanns als Gesamtes und beschränke seine Möglichkeit zur Ausübung echter Unternehmensfunktion, zumal gerade Entscheidungen im Kernbereich der unternehmerischen Tätigkeit (betreffend die Dispositionsfähigkeit über das gesamte Unternehmen, Kapitalbeschaffung, Investitionstätigkeit und Personalpolitik) der vorhergehenden Zustimmung der Antragstellerin bedürften. Die Antragstellerin habe ein Interesse an der alsbaldigen Feststellung, weil sie beabsichtige, unmittelbar nach Vorliegen der Entscheidung des Kartellgerichtes mit ersten S\*\*\*\*\*-Kaufleuten den neuen Vertrag abzuschließen, damit diese zu verbundenen S\*\*\*\*\*-Kaufleuten würden. Insbesondere habe die Antragstellerin auch ein rechtliches Interesse daran, dass festgestellt werde, dass der zu beurteilende Vertrag kein Kartell i. S.d. II. Abschnitts des KartG verwirkliche.<sup>3)</sup> ob und inwieweit der vorgelegte Systempartnerschaftsvertrag (S\*\*\*\*\*-Supermarkt Kooperationsvertrag; Beilage ./A) einen Tatbestand des römisch II. Abschnitts (Kartelle) des KartG verwirklicht. Die Überlassung einer bestehenden Eigenfiliale an einen selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufmann im Wege eines Pachtvertrags verwirkliche den Tatbestand des Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 2, KartG in der Form eines Betriebsüberlassungsvertrags; die Rücknahme eines derartigen selbständigen Standorts als Eigenfiliale verwirkliche einen Zusammenschlusstatbestand iSd Paragraph 41, Absatz eins, KartG, weil die Antragstellerin wieder die unternehmerische Kontrolle über das betreffende Unternehmen erwerbe. Da die Antragstellerin große Investitionen im Zusammenhang mit der Errichtung derartiger Märkte übernehme, bedürfe es einer Standortabsicherung, mit welcher der Antragstellerin der Betrieb eines zuvor einem selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufmann überlassenen Standorts als Eigenfiliale ohne Durchführung eines kartellgerichtlichen Genehmigungsverfahrens ermöglicht werde. Wichtig sei dies vor allem, wenn solches kurzfristig geschehen solle. Sollte kein geeigneter Nachfolger gefunden werden, müsse der Standort der Antragstellerin auch ohne vorangegangenes Zusammenschlussverfahren als Eigenfiliale verbleiben können. Es dürfe nicht eine Situation eintreten, in der die Antragstellerin zwar Eigentümerin eines Standorts sei, diesen aber nicht betreiben dürfe. Die Antragstellerin wolle daher zunächst in den bestehenden Systempartnerverträgen der "roten Linie" einen beherrschenden Einfluss der Antragstellerin auf den selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufmann iSd Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 5, KartG schaffen. Der verbundene S\*\*\*\*\*-Kaufmann sei dann ein mit der Antragstellerin iSd Paragraph 41, KartG verbundener Unternehmer, für welchen das Konzernprivileg gelte, sodass die Rücknahme/Übernahme eines Standortes eines derartig verbundenen S\*\*\*\*\*-Kaufmannes keinen erneuten Zusammenschlusstatbestand auslöse. Das entwickelte Vertragsformblatt für den verbundenen S\*\*\*\*\*-Kaufmann (S\*\*\*\*\*-Supermarkt Kooperationsvertrag) beziehe sich in seinen Regelungen auf die unternehmerische Tätigkeit des S\*\*\*\*\*-Kaufmanns als Gesamtes und beschränke seine Möglichkeit zur Ausübung echter Unternehmensfunktion, zumal gerade Entscheidungen im Kernbereich der unternehmerischen Tätigkeit (betreffend die Dispositionsfähigkeit über das gesamte Unternehmen, Kapitalbeschaffung, Investitionstätigkeit und Personalpolitik) der vorhergehenden Zustimmung der Antragstellerin bedürften. Die Antragstellerin habe ein Interesse an der alsbaldigen Feststellung, weil sie beabsichtige, unmittelbar nach Vorliegen der Entscheidung des Kartellgerichtes mit ersten S\*\*\*\*\*-Kaufleuten den neuen Vertrag abzuschließen, damit diese zu verbundenen S\*\*\*\*\*-Kaufleuten würden. Insbesondere habe die Antragstellerin auch ein rechtliches Interesse daran, dass festgestellt werde, dass der zu beurteilende Vertrag kein Kartell i. S.d. römisch II. Abschnitts des KartG verwirkliche.

Der Bundeskartellanwalt (BKA) und die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) kamen in ihren Stellungnahmen ua zum Ergebnis, dass der vorgelegte Systempartnerschaftsvertrag keinen Zusammenschlusstatbestand iSd § 41 Abs 1 KartG verwirkliche. Der Bundeskartellanwalt (BKA) und die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) kamen in ihren Stellungnahmen ua zum Ergebnis, dass der vorgelegte Systempartnerschaftsvertrag keinen Zusammenschlusstatbestand iSd Paragraph 41, Absatz eins, KartG verwirkliche.

Das Erstgericht stellte fest, dass

- 1) die Übernahme/Rücknahme eines im Eigentum oder der Hauptmiete der Antragstellerin stehenden Standortes, bei dem von einem selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufmann ein S\*\*\*\*\*-Markt betrieben wurde, als Eigenfiliale ein anmeldebedürftiger Zusammenschluss iSd § 41 Abs 1 KartG ist, wenn der selbständige S\*\*\*\*\*-Kaufmann im letzten Geschäftsjahr vor Übernahme/Rücknahme am Standort einen Umsatz von mehr als zwei Mio EUR erzielt hat; und 1) die Übernahme/Rücknahme eines im Eigentum oder der Hauptmiete der Antragstellerin stehenden Standortes, bei dem von einem selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufmann ein S\*\*\*\*\*-Markt betrieben wurde, als Eigenfiliale ein anmeldebedürftiger Zusammenschluss iSd Paragraph 41, Absatz eins, KartG ist, wenn der selbständige S\*\*\*\*\*-Kaufmann im letzten Geschäftsjahr vor Übernahme/Rücknahme am Standort einen Umsatz von mehr als zwei Mio EUR erzielt hat; und
- 2) der Systempartnerschaftsvertrag (S\*\*\*\*\*-Supermarkt Kooperationsvertrag; Beilage ./A) keinen Zusammenschlusstatbestand iSd § 41 Abs 1 KartG verwirklicht. 2) der Systempartnerschaftsvertrag (S\*\*\*\*\*-Supermarkt Kooperationsvertrag; Beilage ./A) keinen Zusammenschlusstatbestand iSd Paragraph 41, Absatz eins, KartG verwirklicht.

Den Antrag auf Feststellung, ob und inwieweit der vorgelegte Systempartnerschaftsvertrag einen Tatbestand des II. Abschnittes (Kartelle) des KartG verwirklicht, wies das Kartellgericht zurück (Punkt 3 des Spruchs). Den Antrag auf Feststellung, ob und inwieweit der vorgelegte Systempartnerschaftsvertrag einen Tatbestand des römisch II. Abschnittes (Kartelle) des KartG verwirklicht, wies das Kartellgericht zurück (Punkt 3 des Spruchs).

Zur Begründung von Punkt 2 des Feststellungsantrags führte das Kartellgericht aus, zunächst sei zu prüfen, ob aufgrund der Bestimmungen des Systempartnerschaftsvertrags der Erwerb eines Unternehmens(-teils) im Sinne des § 41 Abs 1 Z 1 KartG gegeben sei, oder ob die Antragstellerin einen beherrschenden Einfluss im Sinne des § 41 Abs 1 Z 5 KartG auf den selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufmann ausüben könne. Ein Erwerb eines Unternehmens gem § 41 Abs 1 Z 1 KartG sei nicht gegeben, weil trotz der Einflussnahme der Antragstellerin auf Teilbereiche der unternehmerischen Tätigkeit der selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufleute (zB im Zusammenhang mit Arbeitsverträgen, Investitionsentscheidungen und Betriebsverlegungen) kein Unternehmen ganz oder in Teilen mit eigenständiger Bedeutung auf dem Markt erworben werde. Zur Begründung von Punkt 2 des Feststellungsantrags führte das Kartellgericht aus, zunächst sei zu prüfen, ob aufgrund der Bestimmungen des Systempartnerschaftsvertrags der Erwerb eines Unternehmens(-teils) im Sinne des Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer eins, KartG gegeben sei, oder ob die Antragstellerin einen beherrschenden Einfluss im Sinne des Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 5, KartG auf den selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufmann ausüben könne. Ein Erwerb eines Unternehmens gem Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer eins, KartG sei nicht gegeben, weil trotz der Einflussnahme der Antragstellerin auf Teilbereiche der unternehmerischen Tätigkeit der selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufleute (zB im Zusammenhang mit Arbeitsverträgen, Investitionsentscheidungen und Betriebsverlegungen) kein Unternehmen ganz oder in Teilen mit eigenständiger Bedeutung auf dem Markt erworben werde.

Das in § 41 Abs 1 Z 5 KartG genannte Merkmal „beherrschender Einfluss“ lehne sich an § 15 Abs 2 AktG an, sei aber im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Fusionskontrolle weiter zu interpretieren. Entscheidend sei, ob ein Unternehmen bei den für die Markt- und Wettbewerbsstellung ausschlaggebenden Entscheidungen seine eigenen Interessen im anderen Unternehmen durchsetzen oder wesentliche Fragen der Geschäftsführung des beherrschten Unternehmens entscheiden könne. Beherrschender Einfluss sei dann nicht gegeben, wenn für das Zielunternehmen die Möglichkeit der Ausübung echter Unternehmerfunktion bestehen bleibe; es genüge daher nicht, wenn die Einflussnahme nur einen Teilbereich der unternehmerischen Tätigkeit erfasse. Ob selbständige unternehmerische Tätigkeit vorliege, sei umfassend zu beurteilen, wobei insbesondere die Kriterien der eigenen Dispositionsfähigkeit über das gesamte Unternehmen, der Entscheidung über Kapitalbeschaffung und Investitionstätigkeit sowie der eigenen personalpolitischen Entscheidungen zu beachten seien. Der selbständige S\*\*\*\*\*-Kaufmann verpflichtete sich für die Dauer des Kooperationsvertrags zum Betrieb seines Unternehmens als Supermarkt gemäß den vertraglichen Bestimmungen. Der Vertrag könne unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende eines Kalenderjahrs gekündigt werden. Diese Verpflichtung beschränke zwar die Dispositionsfähigkeit über das Unternehmen, beseitige diese aber nicht. Dem selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufmann oder Einzelhändler stehe die Kapitalbeschaffung frei; hinsichtlich der Investitionstätigkeit bestünden Einschränkungen nur insoweit, als sich der Einzelhändler verpflichtete, den unter dem Titel „Instandhaltung“ angegebenen Prozentsatz (bezogen auf den Jahres-Nettoumsatz) für Investitionstätigkeiten iW S einzuhalten; er bestimme selbst, welche Investitionen er tätigen wolle. Bei den personalpolitischen Entscheidungen sei der Einzelhändler bezüglich der Stärke des Personals gebunden, nicht

aber in dessen Auswahl. Der Einzelhändler könne laut Vertrag die Preise selbst bestimmen, weil ihm (außer bei den Aktions assortimenten und den Eigenmarken) nur unverbindliche Preisempfehlungen erteilt würden. Er bekomme über die Bestandverwaltung Bestellvorschläge, entscheide aber selbst, wann und bei wem er welche Ware in welcher Stückzahl einkaufen wolle. Es bestehe (außer bei S\*\*\*\*\*-Eigenmarken) keine Abnahmeverpflichtung. Einschränkungen der unternehmerischen Dispositionsfähigkeit der Einzelhändler bestünden weiters in einem Zustimmungsrecht der Antragstellerin zur Aufnahme solcher Sortimentsgruppen, die nicht im „Handbuch“ vorgesehen seien, sowie bei Betriebsverlegungen und der Eröffnung anderer Betriebe durch den Einzelhändler. Allerdings sei der selbständige S\*\*\*\*\*-Kaufmann auch nach dem neuen Kooperationsvertrag, der ihn verpflichte, seine Stellung als rechtlich selbständiger Unternehmer bekannt zu geben, weiterhin im eigenen Namen und auf eigene Rechnung tätig. Er teile seinen Gewinn nicht mit der Antragstellerin. Auch bestünden keine gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen zwischen der Antragstellerin und den selbständigen Kaufleuten. In der Gesamtschau betrachtet ergebe sich, dass mit dem Systempartnerschaftsvertrag keine Verbindung zwischen der Antragstellerin und den selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufleuten hergestellt werde, die einen beherrschenden Einfluss der Antragstellerin auf ihre Vertragspartner zur Folge habe. Der Vertrag verwirkliche daher keinen Zusammenschlussstatbestand iSd § 41 Abs 1 KartG. Das in Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 5, KartG genannte Merkmal „beherrschender Einfluss“ lehne sich an Paragraph 15, Absatz 2, AktG an, sei aber im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Fusionskontrolle weiter zu interpretieren. Entscheidend sei, ob ein Unternehmen bei den für die Markt- und Wettbewerbsstellung ausschlaggebenden Entscheidungen seine eigenen Interessen im anderen Unternehmen durchsetzen oder wesentliche Fragen der Geschäftsführung des beherrschten Unternehmens entscheiden könne. Beherrschender Einfluss sei dann nicht gegeben, wenn für das Zielunternehmen die Möglichkeit der Ausübung echter Unternehmerfunktion bestehen bleibe; es genüge daher nicht, wenn die Einflussnahme nur einen Teilbereich der unternehmerischen Tätigkeit erfasse. Ob selbständige unternehmerische Tätigkeit vorliege, sei umfassend zu beurteilen, wobei insbesondere die Kriterien der eigenen Dispositionsfähigkeit über das gesamte Unternehmen, der Entscheidung über Kapitalbeschaffung und Investitionstätigkeit sowie der eigenen personalpolitischen Entscheidungen zu beachten seien. Der selbständige S\*\*\*\*\*-Kaufmann verpflichte sich für die Dauer des Kooperationsvertrags zum Betrieb seines Unternehmens als Supermarkt gemäß den vertraglichen Bestimmungen. Der Vertrag könne unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende eines Kalenderjahrs gekündigt werden. Diese Verpflichtung beschränke zwar die Dispositionsfähigkeit über das Unternehmen, beseitige diese aber nicht. Dem selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufmann oder Einzelhändler stehe die Kapitalbeschaffung frei; hinsichtlich der Investitionstätigkeit bestünden Einschränkungen nur insoweit, als sich der Einzelhändler verpflichte, den unter dem Titel „Instandhaltung“ angegebenen Prozentsatz (bezogen auf den Jahres-Nettoumsatz) für Investitionstätigkeiten iW S einzuhalten; er bestimme selbst, welche Investitionen er tätigen wolle. Bei den personalpolitischen Entscheidungen sei der Einzelhändler bezüglich der Stärke des Personals gebunden, nicht aber in dessen Auswahl. Der Einzelhändler könne laut Vertrag die Preise selbst bestimmen, weil ihm (außer bei den Aktions assortimenten und den Eigenmarken) nur unverbindliche Preisempfehlungen erteilt würden. Er bekomme über die Bestandverwaltung Bestellvorschläge, entscheide aber selbst, wann und bei wem er welche Ware in welcher Stückzahl einkaufen wolle. Es bestehe (außer bei S\*\*\*\*\*-Eigenmarken) keine Abnahmeverpflichtung. Einschränkungen der unternehmerischen Dispositionsfähigkeit der Einzelhändler bestünden weiters in einem Zustimmungsrecht der Antragstellerin zur Aufnahme solcher Sortimentsgruppen, die nicht im „Handbuch“ vorgesehen seien, sowie bei Betriebsverlegungen und der Eröffnung anderer Betriebe durch den Einzelhändler. Allerdings sei der selbständige S\*\*\*\*\*-Kaufmann auch nach dem neuen Kooperationsvertrag, der ihn verpflichte, seine Stellung als rechtlich selbständiger Unternehmer bekannt zu geben, weiterhin im eigenen Namen und auf eigene Rechnung tätig. Er teile seinen Gewinn nicht mit der Antragstellerin. Auch bestünden keine gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen zwischen der Antragstellerin und den selbständigen Kaufleuten. In der Gesamtschau betrachtet ergebe sich, dass mit dem Systempartnerschaftsvertrag keine Verbindung zwischen der Antragstellerin und den selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufleuten hergestellt werde, die einen beherrschenden Einfluss der Antragstellerin auf ihre Vertragspartner zur Folge habe. Der Vertrag verwirkliche daher keinen Zusammenschlussstatbestand iSd Paragraph 41, Absatz eins, KartG.

Zu Punkt 3 des Antrages führte das Kartellgericht aus, der zu beurteilende Sachverhalt sei grundsätzlich geeignet, den Handel zwischen den EU-Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, beabsichtige die Antragstellerin doch, die zur Prüfung vorgelegten Verträge mit Einzelhändlern österreichweit abzuschließen; auch bestünden bereits jetzt in großem Umfang Franchiseverträge. Wenn auch jeder einzelne Systempartnerschaftsvertrag für sich gesehen wirtschaftlich unbedeutend sein möge, könne unter Zugrundelegung der „Bündeltheorie“ auch die kumulative Wirkung dieser

Parallelverträge zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels führen. Somit sei von der Anwendung der Zwischenstaatlichkeitsklausel auszugehen, zumal auch die in der Leitlinie über den Begriff der Beeinträchtigung genannte Umsatzschwelle von 40 Mio EUR überschritten werde. Die daraus folgende Anwendung des Art 3 der VO 1/2003 führe zu einer weitgehenden Verdrängung des nationalen Wettbewerbsrechts im Bereich von Art 81 EG. Die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte müssten Art 81 (parallel) anwenden; nach Gemeinschaftsrecht verbotene Kartelle dürften nicht durch innerstaatliches Recht erlaubt und nach Gemeinschaftsrecht erlaubte Kartelle durch innerstaatliches Recht nicht verboten werden. Eine Feststellung bezüglich des II. Abschnittes des KartG bedinge daher automatisch eine solche in Bezug auf Art 81 EG. Nach Inkrafttreten der genannten VO müssten unbedenkliche Kartelle nicht mehr genehmigt werden; ob die Voraussetzungen des Art 81 Abs 3 EG erfüllt seien, hätten die betroffenen Unternehmen selbst zu beurteilen. Eine Einzelfreistellung durch nationale Gerichte oder Wettbewerbsbehörden sei nicht vorgesehen. Da aufgrund des Legalausnahmesystems im Bereich der Anwendung der Zwischenstaatlichkeitsklausel die Genehmigung eines Kartells ausgeschlossen sei, verbiete sich auch ein entsprechender Feststellungsantrag nach § 8a KartG. Feststellungen über die Nichtanwendbarkeit der Art 81 und 82 EG – aus öffentlichem Interesse von Amts wegen – seien gemäß Art 10 der genannten VO der Kommission vorbehalten. Der zu Punkt 3 gestellte Feststellungsantrag sei daher zurückzuweisen. Zu Punkt 3 des Antrages führte das Kartellgericht aus, der zu beurteilende Sachverhalt sei grundsätzlich geeignet, den Handel zwischen den EU-Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, beabsichtige die Antragstellerin doch, die zur Prüfung vorgelegten Verträge mit Einzelhändlern österreichweit abzuschließen; auch bestünden bereits jetzt in großem Umfang Franchiseverträge. Wenn auch jeder einzelne Systempartnerschaftsvertrag für sich gesehen wirtschaftlich unbedeutend sein möge, könne unter Zugrundelegung der „Bündeltheorie“ auch die kumulative Wirkung dieser Parallelverträge zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels führen. Somit sei von der Anwendung der Zwischenstaatlichkeitsklausel auszugehen, zumal auch die in der Leitlinie über den Begriff der Beeinträchtigung genannte Umsatzschwelle von 40 Mio EUR überschritten werde. Die daraus folgende Anwendung des Artikel 3, der VO 1/2003 führe zu einer weitgehenden Verdrängung des nationalen Wettbewerbsrechts im Bereich von Artikel 81, EG. Die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte müssten Artikel 81, (parallel) anwenden; nach Gemeinschaftsrecht verbotene Kartelle dürften nicht durch innerstaatliches Recht erlaubt und nach Gemeinschaftsrecht erlaubte Kartelle durch innerstaatliches Recht nicht verboten werden. Eine Feststellung bezüglich des römisch II. Abschnittes des KartG bedinge daher automatisch eine solche in Bezug auf Artikel 81, EG. Nach Inkrafttreten der genannten VO müssten unbedenkliche Kartelle nicht mehr genehmigt werden; ob die Voraussetzungen des Artikel 81, Absatz 3, EG erfüllt seien, hätten die betroffenen Unternehmen selbst zu beurteilen. Eine Einzelfreistellung durch nationale Gerichte oder Wettbewerbsbehörden sei nicht vorgesehen. Da aufgrund des Legalausnahmesystems im Bereich der Anwendung der Zwischenstaatlichkeitsklausel die Genehmigung eines Kartells ausgeschlossen sei, verbiete sich auch ein entsprechender Feststellungsantrag nach Paragraph 8 a, KartG. Feststellungen über die Nichtanwendbarkeit der Artikel 81 und 82 EG – aus öffentlichem Interesse von Amts wegen – seien gemäß Artikel 10, der genannten VO der Kommission vorbehalten. Der zu Punkt 3 gestellte Feststellungsantrag sei daher zurückzuweisen.

Gegen die Punkte 2 und 3 dieses Beschlusses richtet sich der Rekurs der Antragstellerin wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den Beschluss dahin abzuändern, dass in seinem Punkt 2 dem Antrag stattgegeben und in seinem Punkt 3 der Antrag inhaltlich behandelt werde. Die BWB beantragt in ihrer Gegenäußerung, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

#### **1. Verfahrensmängel?**

Die Rechtsmittelwerberin behauptet wesentliche Verfahrensmängel, weil namhaft gemachte Auskunftspersonen nicht einvernommen worden sind und keine mündliche Verhandlung „zur Erörterung des Sachverhalts“ stattgefunden hat. Dem ist zu entgegnen, dass das Kartellgericht die entscheidungswesentlichen Rechtsfragen an Hand der vorgelegten Urkunden beurteilen konnte; welche Tatfragen durch Vernehmung des (allein als Auskunftsperson genannten) Vorstandsmitglieds der Antragstellerin zu klären gewesen wären, ist nicht ersichtlich und wird im Rechtsmittel auch nicht aufgezeigt. Einen Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung (vgl § 51 Abs 1 KartG) hat die Rechtsmittelwerberin nicht gestellt. Die geltend gemachten Verfahrensmängel liegen daher nicht vor. Die Rechtsmittelwerberin behauptet wesentliche Verfahrensmängel, weil namhaft gemachte Auskunftspersonen nicht



einvernommen worden sind und keine mündliche Verhandlung „zur Erörterung des Sachverhalts“ stattgefunden hat. Dem ist zu entgegen, dass das Kartellgericht die entscheidungswesentlichen Rechtsfragen an Hand der vorgelegten Urkunden beurteilen konnte; welche Tatfragen durch Vernehmung des (allein als Auskunftsperson genannten) Vorstandsmitglieds der Antragstellerin zu klären gewesen wären, ist nicht ersichtlich und wird im Rechtsmittel auch nicht aufgezeigt. Einen Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung vergleiche Paragraph 51, Absatz eins, KartG) hat die Rechtsmittelwerberin nicht gestellt. Die geltend gemachten Verfahrensmängel liegen daher nicht vor.

2. Verwirklicht der Systempartnervertrag einen Zusammenschlusstatbestand iSd § 41 Abs 1 KartG? 2. Verwirklicht der Systempartnervertrag einen Zusammenschlusstatbestand iSd Paragraph 41, Absatz eins, KartG?

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, der zur Beurteilung vorgelegte Systempartnervertrag stelle im Zusammenhang mit dem Handbuch sicher, dass in den Bereichen Dispositionsfähigkeit über das gesamte Unternehmen, Kapitalbeschaffung und Investitionstätigkeit sowie Personalentscheidungen die Letztentscheidungsbefugnis bei ihr und nicht beim Vertragspartner liege; letzterem stehe nur ein sehr enger selbständiger Entscheidungsrahmen offen. Die Antragstellerin sei in der Lage, ihre eigenen wettbewerblichen Interessen im Unternehmen des Vertragspartners durchzusetzen. Die Beurteilung, ob beherrschender Einfluss bestehe, sei davon unabhängig, ob gesellschaftsrechtliche Verflechtungen zwischen den Vertragspartnern bestünden.

Der Senat hat sich in der Entscheidung 16 Ok 9/01 = SZ 74/199 = ÖBI 2002, 193 (Barbist) - W-Beteiligungsgesellschaft I. eingehend mit dem Begriff der Einflussmöglichkeit iSd § 41 KartG auseinandergesetzt und ausgeführt, dass der kartellrechtliche Beherrschungsbegriff weiter geht als jener des Gesellschaftsrechts. Entscheidend ist, ob ein Unternehmen bei den für die Markt- und Wettbewerbsstellung ausschlaggebenden Entscheidungen (zB über Investitionen, Produktion und Vertrieb) seine eigenen wettbewerblichen Interessen in einem anderen Unternehmen durchsetzen kann. Solches wäre dann der Fall, wenn es wesentliche Markt- und Wettbewerbsstrategien des Zielunternehmens bestimmen kann. Der Senat hat sich in der Entscheidung 16 Ok 9/01 = SZ 74/199 = ÖBI 2002, 193 (Barbist) - W-Beteiligungsgesellschaft römisch eins. eingehend mit dem Begriff der Einflussmöglichkeit iSd Paragraph 41, KartG auseinandergesetzt und ausgeführt, dass der kartellrechtliche Beherrschungsbegriff weiter geht als jener des Gesellschaftsrechts. Entscheidend ist, ob ein Unternehmen bei den für die Markt- und Wettbewerbsstellung ausschlaggebenden Entscheidungen (zB über Investitionen, Produktion und Vertrieb) seine eigenen wettbewerblichen Interessen in einem anderen Unternehmen durchsetzen kann. Solches wäre dann der Fall, wenn es wesentliche Markt- und Wettbewerbsstrategien des Zielunternehmens bestimmen kann.

Der Senat hat auch schon ausgesprochen, dass das Tatbestandsmerkmal des beherrschenden Einflusses auf ein anderes Unternehmen dann nicht gegeben ist, wenn diesem die Möglichkeit der Ausübung echter Unternehmerfunktion offensteht, wozu insbesondere die Dispositionsfähigkeit über das gesamte Unternehmen (Aufnahme, Fortführung oder Einstellung des Betriebs auf eigene Rechnung, Branchenwechsel, Lieferantenwechsel uä), die Entscheidung über Kapitalbeschaffung und Investitionstätigkeit sowie eigene personalpolitische Entscheidungen (Aufnahmen, Ausbildung, Kündigungen, individuelle Lohn- und Gehaltsregulierungen usw) zählen (KOG Okt 21/74 = ÖBI 1974, 91 - Tankstellenbetrieb). Dass die Einflussnahme nur einen Teilbereich der unternehmerischen Tätigkeit erfasst, genügt nicht (RIS-Justiz RS0063981).

Das Kartellgericht ist von diesen Grundsätzen nicht abgewichen und zum zutreffenden Ergebnis gelangt, dass bei einer umfassenden Würdigung der gesamten vertraglichen Beziehung die Antragstellerin nicht im Stande ist, einen beherrschenden Einfluss auf ihre Systempartner auszuüben. Können die Systempartner der Antragstellerin auch einzelne Entscheidungen nicht selbständig treffen, so behalten sie doch - bei einer Gesamtschau des Vertragsverhältnisses - die unternehmerische Entscheidungsgewalt in ihrem Unternehmen, soweit es die entscheidende Willensbildung bei Festlegung der Geschäftsführung und Geschäftspolitik und damit der Unternehmensstrategie betrifft:

Die Systempartner sind im eigenen Namen und auf eigene Rechnung tätig und teilen ihren Gewinn nicht mit der Antragstellerin; sie entscheiden - innerhalb üblicher Kündigungsfristen - frei über die Dauer ihrer Eingliederung in das System der Antragstellerin, über Kapitalbeschaffung und Art der Investitionen, Auswahl und Ausbildung ihrer Mitarbeiter, Einkaufsmenge und -partner (außer Eigenmarken der Antragstellerin) sowie über ihre Verkaufspreise (außer Eigenmarken und Aktionen). Gegenüber diesen wesentlichen Entscheidungsbefugnissen fallen die vertraglichen Bindungen (etwa betreffend die Höhe der jährlichen Investitionen und des Personalkostenanteils, die

Abnahmeverpflichtung und Preisvorgaben betreffend Eigenmarken-Produkte) nicht so stark ins Gewicht, dass die Antragstellerin die Möglichkeit einer lenkenden Steuerung der wesentlichen Aktivitäten der Unternehmen ihrer Systempartner besäße. Wenn die Rekurswerberin in diesem Zusammenhang auf das ihr vertraglich eingeräumte Zustimmungsrecht im Fall einer Betriebsverlegung oder bestimmter Fälle der Betriebserweiterung verweist, ist ihr entgegenzuhalten, dass der Systempartner dadurch zwar in Teilbereichen in seiner unternehmerischen Autonomie eingeschränkt, diese aber keinesfalls beseitigt wird. Nicht zielführend für ihren Standpunkt ist auch der Hinweis der Antragstellerin auf das für ihre Vertragspartner verbindliche Handbuch. Dieses beschreibt nur ganz allgemein das Konzept, das dem Vertriebssystem der Antragstellerin zugrunde liegt (Kundenphilosophie; Sortimentpolitik; Präsentationsgrundsätze; betriebswirtschaftliche Richtwerte) und gibt damit einen sehr weiten Rahmen vor, innerhalb dessen die Systempartner - wie zuvor aufgezeigt: weitgehend autonom - ihre unternehmerischen Entscheidungen zu treffen haben. Dass die Antragstellerin ein Zustimmungsrecht zur Angebotserweiterung auf im Handbuch nicht genannte Sortimentsgruppen besitzt, ist im gegebenen Zusammenhang deshalb von nur untergeordneter Bedeutung, weil die im Handbuch genannten Sortimentsgruppen ohnehin praktisch die gesamte Produktpalette eines Lebensmittel-Supermarkts abdecken. Der vorgelegte Systempartnerschaftsvertrag erfüllt demnach keinen Zusammenschlusstatbestand iSd § 41 Abs 1 KartG. Dem Rekurs kann insoweit kein Erfolg beschieden sein. Die Systempartner sind im eigenen Namen und auf eigene Rechnung tätig und teilen ihren Gewinn nicht mit der Antragstellerin; sie entscheiden - innerhalb üblicher Kündigungsfristen - frei über die Dauer ihrer Eingliederung in das System der Antragstellerin, über Kapitalbeschaffung und Art der Investitionen, Auswahl und Ausbildung ihrer Mitarbeiter, Einkaufsmenge und -partner (außer Eigenmarken der Antragstellerin) sowie über ihre Verkaufspreise (außer Eigenmarken und Aktionen). Gegenüber diesen wesentlichen Entscheidungsbefugnissen fallen die vertraglichen Bindungen (etwa betreffend die Höhe der jährlichen Investitionen und des Personalkostenanteils, die Abnahmeverpflichtung und Preisvorgaben betreffend Eigenmarken-Produkte) nicht so stark ins Gewicht, dass die Antragstellerin die Möglichkeit einer lenkenden Steuerung der wesentlichen Aktivitäten der Unternehmen ihrer Systempartner besäße. Wenn die Rekurswerberin in diesem Zusammenhang auf das ihr vertraglich eingeräumte Zustimmungsrecht im Fall einer Betriebsverlegung oder bestimmter Fälle der Betriebserweiterung verweist, ist ihr entgegenzuhalten, dass der Systempartner dadurch zwar in Teilbereichen in seiner unternehmerischen Autonomie eingeschränkt, diese aber keinesfalls beseitigt wird. Nicht zielführend für ihren Standpunkt ist auch der Hinweis der Antragstellerin auf das für ihre Vertragspartner verbindliche Handbuch. Dieses beschreibt nur ganz allgemein das Konzept, das dem Vertriebssystem der Antragstellerin zugrunde liegt (Kundenphilosophie; Sortimentpolitik; Präsentationsgrundsätze; betriebswirtschaftliche Richtwerte) und gibt damit einen sehr weiten Rahmen vor, innerhalb dessen die Systempartner - wie zuvor aufgezeigt: weitgehend autonom - ihre unternehmerischen Entscheidungen zu treffen haben. Dass die Antragstellerin ein Zustimmungsrecht zur Angebotserweiterung auf im Handbuch nicht genannte Sortimentsgruppen besitzt, ist im gegebenen Zusammenhang deshalb von nur untergeordneter Bedeutung, weil die im Handbuch genannten Sortimentsgruppen ohnehin praktisch die gesamte Produktpalette eines Lebensmittel-Supermarkts abdecken. Der vorgelegte Systempartnerschaftsvertrag erfüllt demnach keinen Zusammenschlusstatbestand iSd Paragraph 41, Absatz eins, KartG. Dem Rekurs kann insoweit kein Erfolg beschieden sein.

### 3. Entscheidungskompetenz hinsichtlich der Feststellung, ob ein Kartell vorliegt?

Die Rekurswerberin bekämpft die Auffassung des Kartellgerichts, der zu beurteilende Sachverhalt unterliege, soweit es die Feststellung des Vorliegens eines Kartells betreffe, Gemeinschaftsrecht; sie habe im Verfahren lediglich einen einzigen Standort genannt, für den der zu beurteilende neue Vertragstyp zur Anwendung gelangen solle. Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, dass die Antragstellerin schon im verfahrenseinleitenden Schriftsatz ihre Absicht bekanntgegeben hat, „die bestehenden Systempartnerverträge ... dahingehend zu überarbeiten, dass damit ein beherrschender Einfluss der Antragstellerin auf den selbständigen S\*\*\*\*\*-Kaufmann ... geschaffen wird" (Punkt 7). Wenn das Kartellgericht daraus den Schluss gezogen hat, die Antragstellerin beabsichtige, die zur Prüfung vorgelegten Verträge mit Einzelhändlern österreichweit abzuschließen, weshalb - unter Berücksichtigung der „Bündeltheorie" - die kumulative Wirkung dieser Parallelverträge zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels führen könne, ist dies nicht zu beanstanden.

Das Kartellgericht hat auch nicht einen einzigen Lebenssachverhalt unzulässig in Bereiche mit und ohne Entscheidungsbefugnis zersplittert, wie die Rekurswerberin meint. Der Feststellungsantrag unterscheidet nämlich

selbst zwischen einem Fusions Sachverhalt (Punkte 1 und 2 des Begehrens) und einem Kartellsachverhalt (Punkt 3 des Begehrens).

Art 81 und 82 EG regeln das materielle Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft mit Ausnahme der Fusionskontrolle. Daraus folgt aber, dass auch die seit dem 1. 5. 2004 geltende VO (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Art 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (VO 1/2003) im Zusammenhang mit Fragen der Fusionskontrolle keine Anwendung findet. Folgerichtig hat das Kartellgericht seine Entscheidungskompetenz über den Feststellungsantrag (nur) insoweit verneint, als die genannte VO Anwendung findet; dies ist nur hinsichtlich der Frage des Vorliegens eines Kartells der Fall. In diesem Bereich ist nach der neuen Rechtslage - die die Rekurswerberin zutreffend nicht in Zweifel zieht - § 8a KartG (bei der hier gegebenen Zwischenstaatlichkeit) keine Grundlage mehr für den von der Antragstellerin angestrebten Ausspruch, ob und inwieweit die vorgelegte Vereinbarung einen Tatbestand des II. Abschnittes (Kartelle) des KartG verwirklicht (vgl dazu ausführlich 16 Ok 17/04 und 16 Ok 19/04). Artikel 81 und 82 EG regeln das materielle Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft mit Ausnahme der Fusionskontrolle. Daraus folgt aber, dass auch die seit dem 1. 5. 2004 geltende VO (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikel 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (VO 1/2003) im Zusammenhang mit Fragen der Fusionskontrolle keine Anwendung findet. Folgerichtig hat das Kartellgericht seine Entscheidungskompetenz über den Feststellungsantrag (nur) insoweit verneint, als die genannte VO Anwendung findet; dies ist nur hinsichtlich der Frage des Vorliegens eines Kartells der Fall. In diesem Bereich ist nach der neuen Rechtslage - die die Rekurswerberin zutreffend nicht in Zweifel zieht - Paragraph 8 a, KartG (bei der hier gegebenen Zwischenstaatlichkeit) keine Grundlage mehr für den von der Antragstellerin angestrebten Ausspruch, ob und inwieweit die vorgelegte Vereinbarung einen Tatbestand des römisch II. Abschnittes (Kartelle) des KartG verwirklicht vergleiche dazu ausführlich 16 Ok 17/04 und 16 Ok 19/04).

Dem Rekurs ist auch unter diesem Aspekt ein Erfolg zu versagen.

#### **Anmerkung**

E77194 16Ok4.05

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBL - XBEITR Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in ÖBI-LS 2005/171 = ÖBI-LS 2005/172 = ÖBI 2005,225 (Barbist) XPUBLEND

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2005:0160OK00004.05.0404.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20050404\_OGH0002\_0160OK00004\_0500000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)