

# TE OGH 1997/6/23 160k6/97 (160k7/97, 160k8/97)

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.06.1997

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr.Birgit Langer als Vorsitzende sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr.Fidelis Bauer, Dkfm.Joachim Lamel, Hon.Prof.Dr.Walter Fremuth und Dr.Thomas Lachs als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Einschreiterin S\*\*\*\*\* Aktiengesellschaft, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Raits, Ebner & Partner, Rechtsanwälte in Salzburg, wegen Anmeldung von Zusammenschlüssen und dazu gestellter Anträge der Antragsgegnerinnen 1. B\*\*\*\*\* Aktiengesellschaft und 2. M\*\*\*\*\* Aktiengesellschaft, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Christian Kuhn und Dr.Wolfgang Vanis, Rechtsanwälte in Wien, infolge der Rekurse der Antragsgegnerinnen gegen die Beschlüsse des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht

A) vom 19.Dezember 1996, GZ 25 Kt 657-659, 782, 788/96-19 (Rekurs ON 22),

B) vom 19.Dezember 1996, GZ 25 Kt 657-659, 782, 788/96-20 (Rekurs ON 25) und

C) vom 20.Dezember 1996, GZ 25 Kt 657-659, 782, 788/96-23 (Rekurs ON 26), den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

1. Die Rekurse ON 25 und ON 26 sowie der Rekurs ON 22, soweit er sich gegen P III des Beschlusses ON 19 richtet, werden zurückgewiesen; im übrigen wird diesem Rekurs nicht Folge gegeben; 1. Die Rekurse ON 25 und ON 26 sowie der Rekurs ON 22, soweit er sich gegen P römisch III des Beschlusses ON 19 richtet, werden zurückgewiesen; im übrigen wird diesem Rekurs nicht Folge gegeben;

2. die Gegenäußerung der Veräußerin Genossenschaft M\*\*\*\*\* , vertreten durch Schönherr, Barfuß, Torggler & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wird zurückgewiesen;

3. der Antrag der Einschreiterin, ihr Kosten für ihre Gegenäußerungen zuzusprechen, wird abgewiesen.

## Text

Begründung:

Am 5.11.1996 meldete die S\*\*\*\*\* AG den Erwerb aller Geschäftsanteile an

a) der "G\*\*\*\*\*" Holding GmbH,

b) der "G\*\*\*\*\*" Immobilien-Verwaltungs GmbH und

c) der "A\*\*\*\*\* GmbH von der Genossenschaft M\*\*\*\*\* an.

Die Anmelderin brachte unter näherer Darstellung der Umsätze und Marktanteile vor, die "G\*\*\*\*\*" Immobilien-Verwaltungs GmbH halte 99 % des Stammkapitals der R\*\*\*\*\* GmbH; diese wiederum halte 99 % des Stammkapitals der "A\*\*\*\*\*" \*\*\*\*\* GmbH. Das restliche 1 % des Stammkapitals der "A\*\*\*\*\*" \*\*\*\*\* GmbH werde von der Genossenschaft M\*\*\*\*\* gehalten. Die "G\*\*\*\*\*" Holding GmbH halte 100 % des Stammkapitals an der "f\*\*\*\*\*" \*\*\*\*\* GmbH, welche 1 % des Stammkapitals an der R\*\*\*\*\* GmbH halte. Die "f\*\*\*\*\*" \*\*\*\*\* GmbH führe 32 Lebensmitteleinzelmärkte mit der Markenbezeichnung "f\*\*\*\*\*", in welchen neben Lebensmitteln auch Hartwaren und Textilien verkauft würden. Die Lebensmitteleinzelmärkte würden neben Mietstandorten auch an Standorten betrieben, bei denen die "A\*\*\*\*\*" \*\*\*\*\* GmbH oder die R\*\*\*\*\* GmbH Eigentümerin sei. Die "A\*\*\*\*\*" \*\*\*\*\* GmbH und die R\*\*\*\*\* GmbH seien sohin die Besitz-Gesellschaften, die "f\*\*\*\*\*" \*\*\*\*\* GmbH die Betriebs-Gesellschaft.

Die Anmeldung wurde allen Amtsparteien am 13.11.1996 zugestellt. Diese haben keinen Prüfungsantrag und auch keinen Antrag, der Anmelderin eine Verbesserung der Anmeldung aufzutragen, gestellt.

Mit einem am 12.12.1996 beim Kartellgericht eingelangten Antrag (ON 11) beantragten die nunmehrigen Rekurswerberinnen, die B\*\*\*\*\* AG und die M\*\*\*\*\* AG

- 1) ihnen eine Gleichschrift der den Verfahren zugrundeliegenden Zusammenschlußanmeldung zu übermitteln,
- 2) festzustellen, daß aufgrund der dem Verfahren zugrunde liegenden Anmeldung infolge ihrer Unvollständigkeit und Unrichtigkeit der Zusammenschluß nicht durchgeführt werden dürfe,
- 3) dem anmeldenden Unternehmen gemäß § 68a Abs 2 iVm§ 65 KartG die Verbesserung der Anmeldung innerhalb einer vom Erstgericht festzusetzenden angemessenen Frist aufzutragen.3) dem anmeldenden Unternehmen gemäß Paragraph 68 a, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 65, KartG die Verbesserung der Anmeldung innerhalb einer vom Erstgericht festzusetzenden angemessenen Frist aufzutragen.

Sie brachten vor, gemäß den Informationen der Amtsparteien entspräche die dem Verfahren zugrundeliegende Anmeldung nicht den Erfordernissen des § 68a KartG. Die Unvollständigkeit der Anmeldung betreffe insbesondere die unvollständige Darstellung der Unternehmensverbindungen iSd § 41 KartG; daraus resultiere die Unvollständigkeit der Angaben der erzielten Umsätze sowie die Unrichtigkeit der Angaben der Marktanteile. Als verbundenes Unternehmen der Anmelderin sei gemäß § 41 KartG die D\*\*\*\*\* GmbH, welche Rechtsträger zahlreicher Drogeriemärkte sei, einzubeziehen. Sie brachten vor, gemäß den Informationen der Amtsparteien entspräche die dem Verfahren zugrundeliegende Anmeldung nicht den Erfordernissen des Paragraph 68 a, KartG. Die Unvollständigkeit der Anmeldung betreffe insbesondere die unvollständige Darstellung der Unternehmensverbindungen iSd Paragraph 41, KartG; daraus resultiere die Unvollständigkeit der Angaben der erzielten Umsätze sowie die Unrichtigkeit der Angaben der Marktanteile. Als verbundenes Unternehmen der Anmelderin sei gemäß Paragraph 41, KartG die D\*\*\*\*\* GmbH, welche Rechtsträger zahlreicher Drogeriemärkte sei, einzubeziehen.

Weiters langte beim Erstgericht am 12.12.1996 ein am 11.12.1996 zur Post gegebener Prüfungsantrag (ON 12) der nunmehrigen Rekurswerberinnen ein. Diese brachten darin vor, sie seien unmittelbare Konkurrenten des erwerbenden Unternehmens. Die in § 42b Abs 1 KartG normierte exklusive Antragslegitimation der Amtsparteien sei verfassungswidrig. Durch den Zusammenschluß erreiche die S\*\*\*\*\*-Gruppe in Vorarlberg einen Marktanteil von 60 %. Die bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der S\*\*\*\*\*-Gruppe in Vorarlberg würde dadurch in unerträglicher Weise verstärkt. Unter einem hätten die Antragsteller beim Verfassungsgerichtshof den in Ablichtung angeschlossenen Individualantrag gemäß § 140 Abs 1 B-VG eingebracht. Da durch die allfällige Ausstellung einer Bestätigung gemäß § 42b Abs 1 KartG der Zusammenschluß rechtswirksam und durchführbar würde, werde beantragt, das Verfahren über die Zusammenschlußanmeldung bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes zu unterbrechen oder gemäß § 43 KartG iVm § 2 AußStrG bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes mit der Fortsetzung des Verfahrens formlos innezuhalten, jedenfalls keine Bestätigung gemäß § 42b Abs 1 KartG auszustellen. Weiters langte beim Erstgericht am 12.12.1996 ein am 11.12.1996 zur Post gegebener Prüfungsantrag (ON 12) der nunmehrigen Rekurswerberinnen ein. Diese brachten darin vor, sie seien unmittelbare Konkurrenten des erwerbenden Unternehmens. Die in Paragraph 42 b, Absatz eins, KartG normierte exklusive Antragslegitimation der Amtsparteien sei verfassungswidrig. Durch den Zusammenschluß erreiche die S\*\*\*\*\*-Gruppe in Vorarlberg einen Marktanteil von 60 %. Die bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der S\*\*\*\*\*-Gruppe in Vorarlberg würde dadurch in unerträglicher Weise verstärkt. Unter einem hätten die Antragsteller beim Verfassungsgerichtshof den in

Ablichtung angeschlossenen Individualantrag gemäß Paragraph 140, Absatz eins, B-VG eingebracht. Da durch die allfällige Ausstellung einer Bestätigung gemäß Paragraph 42 b, Absatz eins, KartG der Zusammenschluß rechtswirksam und durchführbar würde, werde beantragt, das Verfahren über die Zusammenschlußanmeldung bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes zu unterbrechen oder gemäß Paragraph 43, KartG in Verbindung mit Paragraph 2, AußStrG bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes mit der Fortsetzung des Verfahrens formlos innezuhalten, jedenfalls keine Bestätigung gemäß Paragraph 42 b, Absatz eins, KartG auszustellen.

A) Das Erstgericht wies in Senatsbesetzung mit Beschluß vom 19.12.1996, ON 19 in P I die gesonderte Anmeldung des Erwerbes von 1 % der Geschäftsanteile an der "A\*\*\*\*\* GmbH" durch die Anmelderin zurück (dieser Beschlußteil ist nicht mehr Gegenstand des Rekursverfahrens), in P II wies es A) Das Erstgericht wies in Senatsbesetzung mit Beschluß vom 19.12.1996, ON 19 in P römisch eins die gesonderte Anmeldung des Erwerbes von 1 % der Geschäftsanteile an der "A\*\*\*\*\* GmbH" durch die Anmelderin zurück (dieser Beschlußteil ist nicht mehr Gegenstand des Rekursverfahrens), in P römisch II wies es

1. die Anträge der nunmehrigen Rekurswerberinnen

a) festzustellen, daß aufgrund der vorliegenden Zusammenschlußanmeldung der Zusammenschluß nicht durchgeführt werden dürfe, und

b) den anmeldenden Unternehmen die Verbesserung der Anmeldung innerhalb einer vom Erstgericht festzusetzenden angemessenen Frist aufgetragen werde sowie

c) auf Prüfung des Zusammenschlusses zurück und

2. deren Anträge

a) ihnen eine Gleichschrift der dem Verfahren zugrundeliegenden Zusammenschlußanmeldung zu übermitteln, sowie

b) das Verfahren über die Zusammenschlußanmeldung bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes zu unterbrechen oder mit dem Verfahren innezuhalten, jedenfalls keine Bestätigung gemäß § 42b Abs 1 KartG aufzustellen, ab. b) das Verfahren über die Zusammenschlußanmeldung bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes zu unterbrechen oder mit dem Verfahren innezuhalten, jedenfalls keine Bestätigung gemäß Paragraph 42 b, Absatz eins, KartG aufzustellen, ab.

Pkt III des Beschlusses lautet: "Die Anmeldung der Zusammenschlüsse ist den Amtsparteien am 13.11.1996 zugestellt worden. Die Amtsparteien haben keinen Prüfungsantrag gestellt." Pkt römisch III des Beschlusses lautet: "Die Anmeldung der Zusammenschlüsse ist den Amtsparteien am 13.11.1996 zugestellt worden. Die Amtsparteien haben keinen Prüfungsantrag gestellt."

Es begründete seinen ausführlichen Beschluß zusammengefaßt damit, daß Konkurrenten nur nach § 42a Abs 5 KartG Parteistellung zukomme, nicht aber in allen Verfahrensabschnitten, insbesondere nicht in jenen, in denen das Gesetz die Parteistellung ausdrücklich nur den Amtsparteien eingeräumt habe. Nur die Amtsparteien, nicht aber Konkurrenten dürften gemäß § 42b Abs 1 KartG die Prüfung eines Zusammenschlusses beantragen. Den nunmehrigen Rekurswerberinnen stehe auch gemäß § 65 iVm § 68a KartG nicht das Recht zu, die Verbesserung der Anträge zu beantragen, und feststellen zu lassen, daß der Zusammenschluß nicht durchgeführt werden dürfe. Gleichschriften der Schriftsätze und der Beilagen seien nur für die Parteien einschließlich der Amtsparteien, nicht aber für Konkurrenten beizubringen; eine Unterbrechung oder Ruhen des Verfahrens sei im AußStrG nicht vorgesehen. Ein Innehalten des Fusionskontrollverfahrens sei nicht im wohlverstandenen Interesse aller Beteiligten, zumal davon insbesondere die Interessen der Anmelderin und das Schicksal der gegenständlichen Einzelhandelsgeschäfte betroffen sein könnten. Es begründete seinen ausführlichen Beschluß zusammengefaßt damit, daß Konkurrenten nur nach Paragraph 42 a, Absatz 5, KartG Parteistellung zukomme, nicht aber in allen Verfahrensabschnitten, insbesondere nicht in jenen, in denen das Gesetz die Parteistellung ausdrücklich nur den Amtsparteien eingeräumt habe. Nur die Amtsparteien, nicht aber Konkurrenten dürften gemäß Paragraph 42 b, Absatz eins, KartG die Prüfung eines Zusammenschlusses beantragen. Den nunmehrigen Rekurswerberinnen stehe auch gemäß Paragraph 65, in Verbindung mit Paragraph 68 a, KartG nicht das Recht zu, die Verbesserung der Anträge zu beantragen, und feststellen zu lassen, daß der Zusammenschluß nicht durchgeführt werden dürfe. Gleichschriften der Schriftsätze und der Beilagen seien nur für die Parteien einschließlich der Amtsparteien, nicht aber für Konkurrenten beizubringen; eine Unterbrechung oder Ruhen

des Verfahrens sei im AußStrG nicht vorgesehen. Ein Innehalten des Fusionskontrollverfahrens sei nicht im wohlverstandenen Interesse aller Beteiligten, zumal davon insbesondere die Interessen der Anmelderin und das Schicksal der gegenständlichen Einzelhandelsgeschäfte betroffen sein könnten.

B) Mit Beschluß vom gleichen Tag ON 20 stellte der Vorsitzende des Senates

1. fest, daß kein Prüfungsantrag gemäß § 42b Abs 1 KartG gestellt wurde und damit das in § 42a Abs 4 KartG verankerte Verbot der Durchführung des Zusammenschlusses weggefallen sei, 1. fest, daß kein Prüfungsantrag gemäß Paragraph 42 b, Absatz eins, KartG gestellt wurde und damit das in Paragraph 42 a, Absatz 4, KartG verankerte Verbot der Durchführung des Zusammenschlusses weggefallen sei,

2. ordnete er an, daß der anmeldungsbedürftige Zusammenschluß "S\*\*\*\*\*/G\*\*\*\*\* Holding GmbH" nach Rechtskraft dieses Beschlusses in das Kartellregister einzutragen sei (der Beschluß vom gleichen Tag ON 21, mit dem nach Rechtskraft des Beschlusses die Eintragung des anmeldebedürftigen Zusammenschlusses mit der Bezeichnung "S\*\*\*\*\*/G\*\*\*\*\* Immobilien-Verwaltungs GmbH" angeordnet wurde, wurde nicht mit Rekurs bekämpft).

C) Mit Beschluß vom nächsten Tag ON 23 faßte der Vorsitzende des Senates einen Berichtigungsbeschluß betreffend den Beschluß ON 19, weil Teile der in der Urschrift vorhandenen Begründung versehentlich nicht in die Ausfertigung übernommen worden seien.

Die B\*\*\*\*\* AG und die M\*\*\*\*\* AG erheben gegen die drei genannten Beschlüsse Rekurs (der Beschluß ON 19 wird - wie oben wiedergegeben - nur in seinem P II und III angefochten). Sie beantragen den Beschluß ON 19 im Umfang der Anfechtung dahingehend abzuändern, daß ihren Anträgen vollinhaltlich stattgegeben werde und P III ersatzlos behoben werde (ON 22). Der Beschluß ON 20 solle ebenso ersatzlos behoben werden (ON 25). Der Berichtigungsbeschluß ON 23 solle aufgehoben werden; hilfsweise beantragen sie den Beschluß ON 19 in der berichtigten Fassung ON 23 wie oben wiedergegeben abzuändern bzw ersatzlos zu beheben (ON 26). Die B\*\*\*\*\* AG und die M\*\*\*\*\* AG erheben gegen die drei genannten Beschlüsse Rekurs (der Beschluß ON 19 wird - wie oben wiedergegeben - nur in seinem P römisch II und römisch III angefochten). Sie beantragen den Beschluß ON 19 im Umfang der Anfechtung dahingehend abzuändern, daß ihren Anträgen vollinhaltlich stattgegeben werde und P römisch III ersatzlos behoben werde (ON 22). Der Beschluß ON 20 solle ebenso ersatzlos behoben werden (ON 25). Der Berichtigungsbeschluß ON 23 solle aufgehoben werden; hilfsweise beantragen sie den Beschluß ON 19 in der berichtigten Fassung ON 23 wie oben wiedergegeben abzuändern bzw ersatzlos zu beheben (ON 26).

Zu allen Rekursen hat die Anmelderin Gegenäußerungen erstattet. Sie beantragt hierin die Rekurse als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise sie als unbegründet abzuweisen und ihr die Kosten ihrer Gegenäußerungen zu ersetzen.

Zum Rekurs ON 22 gegen den Beschluß ON 19 erstattete auch die Veräußerin, die Genossenschaft M\*\*\*\*\* eine Gegenäußerung, in der sie beantragt, den Rekurs, soweit er gegen die "Freigabebestätigung" nach § 42b Abs 1 KartG gerichtet ist (P III), als unzulässig zurückzuweisen und ihm im übrigen nicht Folge zu geben. Zum Rekurs ON 22 gegen den Beschluß ON 19 erstattete auch die Veräußerin, die Genossenschaft M\*\*\*\*\* eine Gegenäußerung, in der sie beantragt, den Rekurs, soweit er gegen die "Freigabebestätigung" nach Paragraph 42 b, Absatz eins, KartG gerichtet ist (P römisch III), als unzulässig zurückzuweisen und ihm im übrigen nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Gegenäußerung der Veräußerin ist zurückzuweisen (P 2 des Beschlusses). Nach der abschließenden Regelung des § 53 Abs 2 KartG (die enger als der Beschwerdebegriff des § 9 AußStrG ist) können nur die Parteien des Verfahrens binnen vier Wochen nach der Zustellung des Rekurses eine Gegenäußerung einbringen. Parteien des Verfahrens sind neben der Antragstellerin (Anmelderin, Anzeigerin) nur die Amtsparteien (§ 44 KartG). Der sich an der Anmeldung nicht beteiligende Veräußerer, gegen den sich auch die Anträge der Rekurswerber ON 11 und 12 nicht unmittelbar richten, ist daher auch nicht berechtigt, eine Gegenäußerung zu den Rekursen zu erstatten, mag er auch gemäß § 42a Abs 2 KartG ansich berechtigt, wenn auch nicht verpflichtet gewesen sein, sich an der Anmeldung zu beteiligen (Koppensteiner, Wettbewerbsrecht 3 268 f; Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht 126; Wessely, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle 119 f) und vom Rekurs insofern betroffen sein, als bei Stattgebung der Rekurse der Zusammenschluß (Erwerb der Anteile gemäß § 41 Abs 1 Z 3 KartG) durch die Anmelderin nicht durchgeführt werden dürfte (zum Begriff der "Durchführung" Koppensteiner aaO 265 f, 272: im Konnex des § 41 Abs 1 Z 3 KartG kommt es auf den dinglichen Vollzug des Veräußerungsgeschäftes, also auf die Übertragung der

Anteile an; vgl auch Wessely aaO 121 ff und Köck, ecolex 1993, 609). Die Gegenäußerung der Veräußerin ist zurückzuweisen (P 2 des Beschlusses). Nach der abschließenden Regelung des Paragraph 53, Absatz 2, KartG (die enger als der Beschwerdebegriff des Paragraph 9, AußStrG ist) können nur die Parteien des Verfahrens binnen vier Wochen nach der Zustellung des Rekurses eine Gegenäußerung einbringen. Parteien des Verfahrens sind neben der Antragstellerin (Anmelderin, Anzeigerin) nur die Amtsparteien (Paragraph 44, KartG). Der sich an der Anmeldung nicht beteiligende Veräußerer, gegen den sich auch die Anträge der Rekurswerber ON 11 und 12 nicht unmittelbar richten, ist daher auch nicht berechtigt, eine Gegenäußerung zu den Rekursen zu erstatten, mag er auch gemäß Paragraph 42 a, Absatz 2, KartG ansich berechtigt, wenn auch nicht verpflichtet gewesen sein, sich an der Anmeldung zu beteiligen (Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> 268 f; Barfuß/Wollmann/Tahedi, Österreichisches Kartellrecht 126; Wessely, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle 119 f) und vom Rekurs insofern betroffen sein, als bei Stattgebung der Rekurse der Zusammenschluß (Erwerb der Anteile gemäß Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 3, KartG) durch die Anmelderin nicht durchgeführt werden dürfte (zum Begriff der "Durchführung" Koppensteiner aaO 265 f, 272: im Konnex des Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 3, KartG kommt es auf den dinglichen Vollzug des Veräußerungsgeschäftes, also auf die Übertragung der Anteile an; vergleiche auch Wessely aaO 121 ff und Köck, ecolex 1993, 609).

Die Rekurse der Antragsgegnerinnen werden zweckmäßiger Weise gemeinsam behandelt, weil sie gleichartige Fragenkomplexe betreffen. Sie sind teils zurückzuweisen, teils abzuweisen (P 1 des Beschlusses).

Kernfrage ist, ob die Rekurswerber als Konkurrenten der den Zusammenschluß anmeldenden Anteilserwerberin einen Prüfungsantrag nach § 42b Abs 1 KartG zu stellen berechtigt sind. Kernfrage ist, ob die Rekurswerber als Konkurrenten der den Zusammenschluß anmeldenden Anteilserwerberin einen Prüfungsantrag nach Paragraph 42 b, Absatz eins, KartG zu stellen berechtigt sind.

Daß dies nach dem klaren Wortlaut des § 42b Abs 1 KartG nicht der Fall ist - dort werden ausdrücklich nur die Amtsparteien (§ 44 KartG) als Antragsberechtigte genannt - verkennen auch die Rekurswerber nicht. Sie versuchen aber in ihren weitwendigen Ausführungen das Rekursgericht davon zu überzeugen, daß diese Bestimmung verfassungswidrig sei, und regen an, daß der Oberste Gerichtshof als Rekursgericht in Kartellrechtssachen beim Verfassungsgerichtshof die Aufhebung des § 42b Abs 1 KartG beantragen möge. Die Rekurswerber gehen zutreffend davon aus, daß sie kein subjektives Recht auf Stellung eines solchen Antrages haben (EvBl 1980/191; WBl 1989, 377; JBl 1994, 57 uva; zuletzt in Kartellrechtssachen 16 Ok 6/96, ecolex 1997, 172 = WBl 1997, 171) und regen deshalb auch nur die Stellung eines solchen Antrages an. Eine spruchmäßige Erledigung dieser Anregung bedarf es nicht, weil sich der erkennende Senat nicht veranlaßt sieht, diese Anregung aufzugreifen und von Amts wegen die angebliche Verfassungswidrigkeit beim Verfassungsgerichtshof überprüfen zu lassen. Er hegt nämlich im Gegensatz zu den Rekurswerberinnen keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung. Daß dies nach dem klaren Wortlaut des Paragraph 42 b, Absatz eins, KartG nicht der Fall ist - dort werden ausdrücklich nur die Amtsparteien (Paragraph 44, KartG) als Antragsberechtigte genannt - verkennen auch die Rekurswerber nicht. Sie versuchen aber in ihren weitwendigen Ausführungen das Rekursgericht davon zu überzeugen, daß diese Bestimmung verfassungswidrig sei, und regen an, daß der Oberste Gerichtshof als Rekursgericht in Kartellrechtssachen beim Verfassungsgerichtshof die Aufhebung des Paragraph 42 b, Absatz eins, KartG beantragen möge. Die Rekurswerber gehen zutreffend davon aus, daß sie kein subjektives Recht auf Stellung eines solchen Antrages haben (EvBl 1980/191; WBl 1989, 377; JBl 1994, 57 uva; zuletzt in Kartellrechtssachen 16 Ok 6/96, ecolex 1997, 172 = WBl 1997, 171) und regen deshalb auch nur die Stellung eines solchen Antrages an. Eine spruchmäßige Erledigung dieser Anregung bedarf es nicht, weil sich der erkennende Senat nicht veranlaßt sieht, diese Anregung aufzugreifen und von Amts wegen die angebliche Verfassungswidrigkeit beim Verfassungsgerichtshof überprüfen zu lassen. Er hegt nämlich im Gegensatz zu den Rekurswerberinnen keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung.

Bei den Prüfungsverfahren nach § 42b KartG handelt es sich nämlich um ein auf marktordnungspolitischen Gesichtspunkten beruhendes Verfahren; es steht die volkswirtschaftliche Rechtfertigung eines solchen Zusammenschlusses im Vordergrund, weshalb die Beschränkung der Parteistellung auf die Amtsparteien nach § 44 KartG sachgerecht und deshalb nicht verfassungswidrig ist. Ziel der Fusionskontrolle ist es nämlich, das Entstehen und die Verstärkung einer marktbeherrschender Stellung zu verhindern und dadurch eine Marktstruktur aufrecht zu erhalten, von der man sich einen funktionierenden Wettbewerb verspricht (Koppensteiner aaO 249 f). Es geht also um strukturpolitische Ziele und nicht um den Schutz einzelner Mitbewerber vor mißbräuchlichen Verhalten. Die

Fusionskontrolle hat damit den Charakter einer ordnungspolitischen Maßnahme, für die ausschließlich gesamtwirtschaftliche Gesichtspunkte maßgeblich sind. Bei den Prüfungsverfahren nach Paragraph 42 b, KartG handelt es sich nämlich um ein auf marktordnungspolitischen Gesichtspunkten beruhendes Verfahren; es steht die volkswirtschaftliche Rechtfertigung eines solchen Zusammenschlusses im Vordergrund, weshalb die Beschränkung der Parteistellung auf die Amtsparteien nach Paragraph 44, KartG sachgerecht und deshalb nicht verfassungswidrig ist. Ziel der Fusionskontrolle ist es nämlich, das Entstehen und die Verstärkung einer marktbeherrschender Stellung zu verhindern und dadurch eine Marktstruktur aufrecht zu erhalten, von der man sich einen funktionierenden Wettbewerb verspricht (Koppensteiner aaO 249 f). Es geht also um strukturpolitische Ziele und nicht um den Schutz einzelner Mitbewerber vor mißbräuchlichen Verhalten. Die Fusionskontrolle hat damit den Charakter einer ordnungspolitischen Maßnahme, für die ausschließlich gesamtwirtschaftliche Gesichtspunkte maßgeblich sind.

Würde man anderen Unternehmen - wie von den rekurswerbenden Konkurrentinnen gewünscht - ein Antragsrecht auf Einleitung des Prüfungsverfahrens einräumen, führte dies zu wirtschaftlich nicht vertretbaren Behinderungen der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen; überdies hätten solche Mitbewerber auch Zugang zu den von den am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen vorgelegten Daten, die äußerst sensible Betriebs- und Wirtschaftsgeheimnisse betreffen können, was zu nicht abzusehenden wirtschaftlichen Nachteilen führen könnte.

Mitbewerber haben kein subjektives Rechts auf eine bestimmte Marktstruktur. Daher liegt im Fehlen einer Antragslegitimation zur Stellung eines Prüfungsantrages auch keine Verletzung des Rechtes auf den gesetzlichen Richter (Art 6 MRK). Ein Recht auf den gesetzlichen Richter besteht nur dort, wo es um "die Sache" des Betroffenen, also um einen ihm zustehenden zivilrechtlichen Anspruch geht. Mitbewerber haben kein subjektives Rechts auf eine bestimmte Marktstruktur. Daher liegt im Fehlen einer Antragslegitimation zur Stellung eines Prüfungsantrages auch keine Verletzung des Rechtes auf den gesetzlichen Richter (Artikel 6, MRK). Ein Recht auf den gesetzlichen Richter besteht nur dort, wo es um "die Sache" des Betroffenen, also um einen ihm zustehenden zivilrechtlichen Anspruch geht.

Mitbewerbern, deren rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch den Zusammenschluß berührt werden, steht erst dann, wenn es um die konkrete Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation durch marktbeherrschendes Verhalten geht, ein Antragsrecht zu. Es handelt sich hierbei einerseits um das Verfahren gemäß § 42a Abs 5 KartG zur Feststellung, ob ein Zusammenschluß verbotener Weise durchgeführt wird, und andererseits insbesondere um die Mißbrauchsaufsicht gemäß § 35 KartG. Gerade die Regeln über die Mißbrauchsaufsicht machen deutlich, daß der Gesetzgeber dritten Unternehmen erst dann Parteistellung gewähren wollte, wenn sie durch eine gegen das Kartellgesetz verstoßende Verhaltensweise selbst betroffen werden. Mitbewerbern, deren rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch den Zusammenschluß berührt werden, steht erst dann, wenn es um die konkrete Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation durch marktbeherrschendes Verhalten geht, ein Antragsrecht zu. Es handelt sich hierbei einerseits um das Verfahren gemäß Paragraph 42 a, Absatz 5, KartG zur Feststellung, ob ein Zusammenschluß verbotener Weise durchgeführt wird, und andererseits insbesondere um die Mißbrauchsaufsicht gemäß Paragraph 35, KartG. Gerade die Regeln über die Mißbrauchsaufsicht machen deutlich, daß der Gesetzgeber dritten Unternehmen erst dann Parteistellung gewähren wollte, wenn sie durch eine gegen das Kartellgesetz verstoßende Verhaltensweise selbst betroffen werden.

Auch durch den Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, die Klagen von Mitbewerbern in Verfahren der Fusionskontrolle unter gewissen Voraussetzungen für zulässig hält (näheres dazu Drauz/Schroeder, Praxis der europäischen Fusionskontrolle<sup>3</sup> 223 ff), läßt sich für die Rekurswerberin nichts gewinnen, weil Unternehmenszusammenschlüsse, die nicht unter die FKVO der EG fallen, grundsätzlich dem Zuständigkeitsbereich der Mitgliedsstaaten unterliegen; diese bleiben für Zusammenschlüsse iSd FKVO von geringerer als gemeinschaftsweiter Bedeutung zuständig. Auf Österreich übertragen bedeutet dies, daß in Fällen, in denen die europäische Fusionskontrolle nicht eingreift, der Zusammenschluß nicht der FKVO unterliegt, sondern das österreichische Fusionsrecht der §§ 41 ff KartG anzuwenden ist (Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO 157 f). In diesem Bereich gibt es weder eine unmittelbare Anwendung von EU-Recht, noch sind die inhaltlich teilweise abweichenden EU-rechtlichen Fusionskontrollbestimmungen analog anzuwenden (16 Ok 1/95, ecolex 1997, 172 - Auslandsumsätze; 16 Ok 6/96, ecolex 1997, 172 [Wollmann] = WBI 1997, 171 - öffentliche Hand). Daß die österreichische Regelung nicht nach gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkten unzulässig ist, zeigt sich daran, daß auch in Deutschland in Zusammenschlußkontrollverfahren nach § 24 GWB eine Beteiligung der Konkurrenten nicht vorgesehen ist; es besteht

auch dort kein Individualanspruch von Mitbewerbern auf Untersagung eines Zusammenschlusses (Drauz/Schroeder aaO). Auch durch den Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, die Klagen von Mitbewerbern in Verfahren der Fusionskontrolle unter gewissen Voraussetzungen für zulässig hält (näheres dazu Drauz/Schroeder, Praxis der europäischen Fusionskontrolle<sup>3</sup> 223 ff), läßt sich für die Rekurswerberin nichts gewinnen, weil Unternehmenszusammenschlüsse, die nicht unter die FKVO der EG fallen, grundsätzlich dem Zuständigkeitsbereich der Mitgliedsstaaten unterliegen; diese bleiben für Zusammenschlüsse iSd FKVO von geringerer als gemeinschaftsweiter Bedeutung zuständig. Auf Österreich übertragen bedeutet dies, daß in Fällen, in denen die europäische Fusionskontrolle nicht eingreift, der Zusammenschluß nicht der FKVO unterliegt, sondern das österreichische Fusionsrecht der Paragraphen 41, ff KartG anzuwenden ist (Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO 157 f). In diesem Bereich gibt es weder eine unmittelbare Anwendung von EU-Recht, noch sind die inhaltlich teilweise abweichenden EU-rechtlichen Fusionskontrollbestimmungen analog anzuwenden (16 Ok 1/95, ecolex 1997, 172 - Auslandsumsätze; 16 Ok 6/96, ecolex 1997, 172 [Wollmann] = WBI 1997, 171 - öffentliche Hand). Daß die österreichische Regelung nicht nach gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkten unzulässig ist, zeigt sich daran, daß auch in Deutschland in Zusammenschlußkontrollverfahren nach Paragraph 24, GWB eine Beteiligung der Konkurrenten nicht vorgesehen ist; es besteht auch dort kein Individualanspruch von Mitbewerbern auf Untersagung eines Zusammenschlusses (Drauz/Schroeder aaO).

Auch aus dem Hinweis der Rekurswerberinnen auf die Erwerbsausübungsfreiheit ist nichts für sie zu gewinnen. Im Gegenteil: Es wäre wohl eher ein verfassungsrechtlich bedenklicher Eingriff in die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit der Veräußerer und Erwerber von Unternehmen, wenn der Verkauf von Geschäftsanteilen an Gesellschaften durch die Einführung eines Vielparteienverfahrens im Rahmen der Zusammenschlußkontrolle unangemessen lang verzögert werden könnte, obwohl gegen den Zusammenschluß keine gesamtwirtschaftlichen Gründe, sondern nur Einzelinteressen von Mitbewerbern sprechen.

Im übrigen ist der Rekurs auch insofern verfehlt, weil er im wesentlichen darauf gerichtet ist, eine Aufhebung des § 42b Abs 1 KartG durch den VfGH zu erreichen. Mit einer derartigen Aufhebung wäre aber den Rekurswerberinnen nicht gedient. Mit der Aufhebung würde nämlich die Möglichkeit, Zusammenschlüsse inhaltlich zu überprüfen, gänzlich entfallen. Dann wäre auch eine Prüfung auf Antrag der Amtsparteien nicht mehr möglich. Im übrigen ist der Rekurs auch insofern verfehlt, weil er im wesentlichen darauf gerichtet ist, eine Aufhebung des Paragraph 42 b, Absatz eins, KartG durch den VfGH zu erreichen. Mit einer derartigen Aufhebung wäre aber den Rekurswerberinnen nicht gedient. Mit der Aufhebung würde nämlich die Möglichkeit, Zusammenschlüsse inhaltlich zu überprüfen, gänzlich entfallen. Dann wäre auch eine Prüfung auf Antrag der Amtsparteien nicht mehr möglich.

Zusammengefaßt hält daher der erkennende Senat die Regelung des § 42b Abs 1 KartG, wonach Mitbewerbern kein Recht auf Stellung eines Antrages auf Prüfung eines Zusammenschlusses eingeräumt ist, für verfassungsrechtlich unbedenklich. Die Zurückweisung des Prüfungsantrages durch das Erstgericht ist daher zu bestätigen. Zusammengefaßt hält daher der erkennende Senat die Regelung des Paragraph 42 b, Absatz eins, KartG, wonach Mitbewerbern kein Recht auf Stellung eines Antrages auf Prüfung eines Zusammenschlusses eingeräumt ist, für verfassungsrechtlich unbedenklich. Die Zurückweisung des Prüfungsantrages durch das Erstgericht ist daher zu bestätigen.

Gleiches gilt für die angefochtenen Teile des Beschlusses ON 19 P II 1 a und b: Sind die Rekurswerber als Mitkonkurrenten am Anmeldungs- und Prüfungsverfahren (mit Ausnahme des hier nicht streitgegenständlichen § 42a Abs 5 KartG) nicht beteiligt, können sie auch keine Verbesserungsanträge stellen. Die Regelung des § 65 Abs 1 KartG, daß die Verbesserung von Anträgen nur von Amts wegen oder auf Antrag einer Amtspartei aufzutragen ist, ist daher nur folgerichtig, weshalb es sich erübrigt, auf die damit sonst zusammenhängende Problematik einzugehen (hiezue wird auf die Entscheidung vom gleichen Tag 16 Ok 10/97 verwiesen). Auch die Abweisung der Anträge der Rekurswerberinnen, ihnen Gleichschriften zu übermitteln, erfolgte zu Recht, weil solche nur für die Parteien, einschließlich der Amtsparteien und den Paritätischen Ausschuß vorgesehen sind (§§ 46 f KartG). Gleiches gilt für die angefochtenen Teile des Beschlusses ON 19 P römisch II 1 a und b: Sind die Rekurswerber als Mitkonkurrenten am Anmeldungs- und Prüfungsverfahren (mit Ausnahme des hier nicht streitgegenständlichen Paragraph 42 a, Absatz 5, KartG) nicht beteiligt, können sie auch keine Verbesserungsanträge stellen. Die Regelung des Paragraph 65, Absatz eins, KartG, daß die Verbesserung von Anträgen nur von Amts wegen oder auf Antrag einer Amtspartei aufzutragen ist, ist daher nur folgerichtig, weshalb es sich erübrigt, auf die damit sonst zusammenhängende Problematik einzugehen

(hiez u wird auf die Entscheidung vom gleichen Tag 16 Ok 10/97 verwiesen). Auch die Abweisung der Anträge der Rekurswerberinnen, ihnen Gleichschriften zu übermitteln, erfolgte zu Recht, weil solche nur für die Parteien, einschließlich der Amtsparteien und den Paritätischen Ausschuß vorgesehen sind (Paragraphen 46, f KartG).

Das nach § 43 KartG anzuwendende AußStrG sieht keine Unterbrechung und kein Ruhen des Verfahrens vor (MGA AußStrG\*\*2 § 2/E 16). Einem Innehalten des Verfahrens steht das Unverzüglichkeitsgebot des § 42b Abs 1 Satz 2 KartG entgegen, daß nicht durch die von den Rekurswerberinnen ins Treffen geführte "Effektivitätseinbuße" ihrer Anträge außer acht gelassen werden kann. Wie das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat, liegt das Innehalten des Fusionskontrollverfahrens nicht im wohlverstandenen Interesse aller Beteiligten, zumal davon insbesondere die Interessen und das Schicksal der gegenständlichen Einzelhandelsgeschäfte betroffen sein können. Führt die Anmelderin den Zusammenschluß trotz anhängigen Rekursverfahrens gegen die Zurückweisung eines Prüfungsantrages und einer beim Verfassungsgerichtshof anhängig gemachten Individualbeschwerde durch, weil ihr bereits die Freigabebestätigung erteilt wurde, handelt sie auf eigenes Risiko und müßte eventuell nachteilige Folgen tragen; sie wird also abzuwiegen haben, ob sie sicherheitshalber den Ausgang des Rekursverfahrens (und eventuell auch die Erledigung des Verfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof) abwartet, oder den Zusammenschluß vor Rechtskraft durchführt und eine eventuelle Rückabwicklung in Kauf nimmt. Das nach Paragraph 43, KartG anzuwendende AußStrG sieht keine Unterbrechung und kein Ruhen des Verfahrens vor (MGA AußStrG\*\*2 Paragraph 2 /, E, 16). Einem Innehalten des Verfahrens steht das Unverzüglichkeitsgebot des Paragraph 42 b, Absatz eins, Satz 2 KartG entgegen, daß nicht durch die von den Rekurswerberinnen ins Treffen geführte "Effektivitätseinbuße" ihrer Anträge außer acht gelassen werden kann. Wie das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat, liegt das Innehalten des Fusionskontrollverfahrens nicht im wohlverstandenen Interesse aller Beteiligten, zumal davon insbesondere die Interessen und das Schicksal der gegenständlichen Einzelhandelsgeschäfte betroffen sein können. Führt die Anmelderin den Zusammenschluß trotz anhängigen Rekursverfahrens gegen die Zurückweisung eines Prüfungsantrages und einer beim Verfassungsgerichtshof anhängig gemachten Individualbeschwerde durch, weil ihr bereits die Freigabebestätigung erteilt wurde, handelt sie auf eigenes Risiko und müßte eventuell nachteilige Folgen tragen; sie wird also abzuwiegen haben, ob sie sicherheitshalber den Ausgang des Rekursverfahrens (und eventuell auch die Erledigung des Verfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof) abwartet, oder den Zusammenschluß vor Rechtskraft durchführt und eine eventuelle Rückabwicklung in Kauf nimmt.

Die oben angestellten Überlegungen gelten auch für den Rekurs ON 26 gegen den Berichtigungsbeschluß ON 23; er ist zurückzuweisen: Können sich die Antragsgegnerinnen nicht am Prüfungsverfahren beteiligen, steht ihnen auch kein Rekursrecht gegen einen in diesem Verfahren ergehenden Berichtigungsbeschluß zu.

Die Rekurswerber beantragen in ON 22 auch die ersatzlose Aufhebung des P III des Beschlusses ON 19 sowie in ON 25 die des Beschlusses ON 20, in denen ausgesprochen wurde, daß die Amtsparteien innerhalb der vierwöchentlichen Antragsfrist keinen Prüfungsantrag gestellt haben, womit die sogenannte "Freigabebestätigung" erteilt wurde. Die Rekurswerber beantragen in ON 22 auch die ersatzlose Aufhebung des P römisch III des Beschlusses ON 19 sowie in ON 25 die des Beschlusses ON 20, in denen ausgesprochen wurde, daß die Amtsparteien innerhalb der vierwöchentlichen Antragsfrist keinen Prüfungsantrag gestellt haben, womit die sogenannte "Freigabebestätigung" erteilt wurde.

Die Antragstellerin beantragt in ihren diesbezüglichen Gegenäußerungen gegen die Rekurse ON 22 und ON 25, diese als unzulässig zurückzuweisen, weil die Anmelderin nach Fristablauf einen unbedingten Rechtsanspruch auf Ausstellung der Bestätigung gemäß § 42b Abs 1 Satz 2 KartG und in weiterer Folge auf Durchführung des angemeldeten Zusammenschlusses nach § 42a Abs 4 KartG erworben habe. Die Antragstellerin beantragt in ihren diesbezüglichen Gegenäußerungen gegen die Rekurse ON 22 und ON 25, diese als unzulässig zurückzuweisen, weil die Anmelderin nach Fristablauf einen unbedingten Rechtsanspruch auf Ausstellung der Bestätigung gemäß Paragraph 42 b, Absatz eins, Satz 2 KartG und in weiterer Folge auf Durchführung des angemeldeten Zusammenschlusses nach Paragraph 42 a, Absatz 4, KartG erworben habe.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob an sich eine Bekämpfung der "Freigabebestätigung" möglich ist und daher der vorliegende Rekurs ON 25 und der P III des Beschlusses ON 19 betreffende Teil des Rekurses ON 22 nicht aus diesem Grund zurückgewiesen werden dürften; sie sind nämlich jedenfalls deshalb zurückzuweisen, weil die Rekurswerberinnen - wie ausgeführt - in das Prüfungsverfahren nicht eingebunden sind: Es kann hier dahingestellt bleiben, ob an sich eine Bekämpfung der "Freigabebestätigung" möglich ist und daher der vorliegende Rekurs ON 25



und der P römisch III des Beschlusses ON 19 betreffende Teil des Rekurses ON 22 nicht aus diesem Grund zurückgewiesen werden dürften; sie sind nämlich jedenfalls deshalb zurückzuweisen, weil die Rekurswerberinnen - wie ausgeführt - in das Prüfungsverfahren nicht eingebunden sind:

Wenn sie kein Recht haben, einen Prüfungsantrag zu stellen, steht ihnen schon aus diesem Grund nicht das Recht zu, die "Freigabebestätigung" nach § 42b Abs 1 KartG zu bekämpfen. Wenn sie kein Recht haben, einen Prüfungsantrag zu stellen, steht ihnen schon aus diesem Grund nicht das Recht zu, die "Freigabebestätigung" nach Paragraph 42 b, Absatz eins, KartG zu bekämpfen.

Die Anträge der Einschreiterin, ihr Kosten für ihre Gegenäußerungen zuzusprechen, wird abgewiesen (P 3 des Beschlusses), weil es sich weder um einen dem § 45 Abs 2 KartG unterliegenden Fall, noch um einen Fall, der die analoge Anwendung des § 42a Abs 5 KartG rechtfertigen könnte, handelt. Im übrigen kann von einer mutwilligen Rechtsverfolgung schon deshalb nicht gesprochen werden, weil zu den vorliegenden Problemen noch keine Judikatur vorliegt und diese Frage auch in der Lehre weitgehend ungeklärt ist. Die Anträge der Einschreiterin, ihr Kosten für ihre Gegenäußerungen zuzusprechen, wird abgewiesen (P 3 des Beschlusses), weil es sich weder um einen dem Paragraph 45, Absatz 2, KartG unterliegenden Fall, noch um einen Fall, der die analoge Anwendung des Paragraph 42 a, Absatz 5, KartG rechtfertigen könnte, handelt. Im übrigen kann von einer mutwilligen Rechtsverfolgung schon deshalb nicht gesprochen werden, weil zu den vorliegenden Problemen noch keine Judikatur vorliegt und diese Frage auch in der Lehre weitgehend ungeklärt ist.

#### **Anmerkung**

E46418 16P00067

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

ECLI:AT:OGH0002:1997:0160OK00006.97.0623.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19970623\_OGH0002\_0160OK00006\_9700000\_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)