

# TE OGH 2008/10/8 16Olk8/08

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.10.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Präsidentin Hon.-Prof. Dr. Griss als Vorsitzende, die Hofräte Dr. Vogel und Univ.-Prof. Dr. Kodek sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Dr. Erich Haas als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Antragstellerinnen 1. B\*\*\*\*\* GesmbH, \*\*\*\*\*, 2. W\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, 3. W\*\*\*\*\* GesmbH, \*\*\*\*\*, 4. I\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, alle vertreten durch Binder Grösswang Rechtsanwälte OEG in Wien, wider die Antragsgegnerinnen 1. O\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch bpv Hügel Rechtsanwälte OEG in Wien und Preslmayr Rechtsanwälte OG in Wien, 2. S\*\*\*\*\* GmbH (als Rechtsnachfolgerin der S\*\*\*\*\* AG), \*\*\*\*\*, vertreten durch DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH in Wien, 3. K\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, 4. T\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Dr. Axel Reidlinger, Rechtsanwalt in Wien, wegen Abstellung (§ 26 KartG) und Feststellung (§ 28 KartG), über den Rekurs der Antragstellerinnen gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 19. Februar 2008, GZ 25 Kt 24, 25/07-28, in nichtöffentlicher Sitzung denDer Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Präsidentin Hon.-Prof. Dr. Griss als Vorsitzende, die Hofräte Dr. Vogel und Univ.-Prof. Dr. Kodek sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Dr. Erich Haas als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Antragstellerinnen 1. B\*\*\*\*\* GesmbH, \*\*\*\*\*, 2. W\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, 3. W\*\*\*\*\* GesmbH, \*\*\*\*\*, 4. I\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, alle vertreten durch Binder Grösswang Rechtsanwälte OEG in Wien, wider die Antragsgegnerinnen 1. O\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch bpv Hügel Rechtsanwälte OEG in Wien und Preslmayr Rechtsanwälte OG in Wien, 2. S\*\*\*\*\* GmbH (als Rechtsnachfolgerin der S\*\*\*\*\* AG), \*\*\*\*\*, vertreten durch DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH in Wien, 3. K\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, 4. T\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Dr. Axel Reidlinger, Rechtsanwalt in Wien, wegen Abstellung (Paragraph 26, KartG) und Feststellung (Paragraph 28, KartG), über den Rekurs der Antragstellerinnen gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 19. Februar 2008, GZ 25 Kt 24, 25/07-28, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

## Text

Begründung:

Mit Antrag vom 10. 4. 2007 brachten die Antragstellerinnen (in der Folge: ASt) vor, sie seien als Eigentümerinnen bzw Errichtungsgesellschaft in ihren wirtschaftlichen Interessen dadurch betroffen, dass die Antragsgegnerinnen (in der Folge: AG) als führende inländische Unternehmen auf den betroffenen Märkten der Herstellung, Wartung und

Modernisierung von Aufzügen und Fahrtreppen mit einem Marktanteil von zusammen zwischen 80 % und 100 % seit Ende der 80iger Jahre des vorigen Jahrhunderts bis zumindest Mitte 2004 schwerwiegend gegen europäisches und nationales Kartellrecht verstoßen hätten. Die Antragsgegnerinnen hätten die Zuteilung von Projekten manipuliert, Bieterabsprachen getroffen, ihre Preise festgesetzt, Märkte untereinander aufgeteilt und vertrauliche Marktinformationen ausgetauscht. Aufgrund der derzeit bestehenden Marktsituation sei davon auszugehen, dass diese Verhaltensweisen gegenwärtig nach wie vor praktiziert würden bzw sich nach wie vor in den bereits abgeschlossenen langfristigen Wartungs- und Reparaturverträgen auswirken. Der Antrag stehe in engem Zusammenhang mit einem am 30. 1. 2007 von der Bundeswettbewerbsbehörde beim Kartellgericht eingeleiteten Verfahren gegen führende Unternehmen der österreichischen Aufzugs- und Fahrtreppenindustrie, in dem wegen der Beteiligung an Kartellabsprachen die Verhängung von Geldbußen beantragt werde.

Im genannten Verfahren verhängte das Kartellgericht mit Beschluss vom 14. 12. 2007, 25 Kt 12/07, aufgrund eines Antrags der Bundeswettbewerbsbehörde Geldbußen nach § 142 Z 1 KartG 1988 wegen der Teilnahme an Art 81 EG verletzenden Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in Österreich vom 1. 7. 2002 bis Ende 2005 gegen die hier Erst-, Zweit- und DrittAG sowie zwei weitere (am gegenständlichen Verfahren nicht beteiligte) Unternehmen (vgl Lukaschek, KG: 75,4 Mio Euro Geldbuße für Teilnehmer des Aufzugs- und Fahrtreppenkartells, OZK 2008, 28); die ViertAG war als Kronzeugin nicht am Bußgeldverfahren beteiligt. Der Antrag betraf den inländischen Markt für Aufzüge und Fahrtreppen in den Bereichen Neuanlagengeschäft, Wartung und Reparatur sowie Modernisierung bestehender Anlagen. Gegenstand der behaupteten Zu widerhandlungen sind Vereinbarungen und/oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen den wichtigsten Mitbewerbern mit dem Ziel, den Markt dadurch aufzuteilen, dass Kunden einzelnen Unternehmen zugeteilt, bei öffentlichen und privaten Aufträgen die Preise koordiniert sowie sensible Informationen ausgetauscht werden. Alle Parteien des Bußgeldverfahrens bekämpften die Entscheidung des Kartellgerichts. Im genannten Verfahren verhängte das Kartellgericht mit Beschluss vom 14. 12. 2007, 25 Kt 12/07, aufgrund eines Antrags der Bundeswettbewerbsbehörde Geldbußen nach Paragraph 142, Ziffer eins, KartG 1988 wegen der Teilnahme an Artikel 81, EG verletzenden Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in Österreich vom 1. 7. 2002 bis Ende 2005 gegen die hier Erst-, Zweit- und DrittAG sowie zwei weitere (am gegenständlichen Verfahren nicht beteiligte) Unternehmen vergleiche Lukaschek, KG: 75,4 Mio Euro Geldbuße für Teilnehmer des Aufzugs- und Fahrtreppenkartells, OZK 2008, 28; die ViertAG war als Kronzeugin nicht am Bußgeldverfahren beteiligt. Der Antrag betraf den inländischen Markt für Aufzüge und Fahrtreppen in den Bereichen Neuanlagengeschäft, Wartung und Reparatur sowie Modernisierung bestehender Anlagen. Gegenstand der behaupteten Zu widerhandlungen sind Vereinbarungen und/oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen den wichtigsten Mitbewerbern mit dem Ziel, den Markt dadurch aufzuteilen, dass Kunden einzelnen Unternehmen zugeteilt, bei öffentlichen und privaten Aufträgen die Preise koordiniert sowie sensible Informationen ausgetauscht werden. Alle Parteien des Bußgeldverfahrens bekämpften die Entscheidung des Kartellgerichts.

Die ASt stellen folgende Anträge:

Das Kartellgericht möge

1. Zu widerhandlungen der AG gegen § 1 KartG 2005 und Art 81 EG abstellen, insbesondere indem den AG die Durchführung von Maßnahmen der Marktaufteilung, einschließlich Absprachen über die Zuteilung von Projekten, Preisabsprachen und den Austausch vertraulicher Marktinformationen im Hinblick auf die Neuerrichtung, Wartung und Modernisierung von Aufzügen und Fahrtreppen untersagt;

1. Zu widerhandlungen der AG gegen Paragraph eins, KartG 2005 und Artikel 81, EG abstellen, insbesondere indem den AG die Durchführung von Maßnahmen der Marktaufteilung, einschließlich Absprachen über die Zuteilung von Projekten, Preisabsprachen und den Austausch vertraulicher Marktinformationen im Hinblick auf die Neuerrichtung, Wartung und Modernisierung von Aufzügen und Fahrtreppen untersagt;

hilfswise, Zu widerhandlungen gegen § 5 KartG 2005 und Art 82 EG abstellen, insbesondere hilfswise, Zu widerhandlungen gegen Paragraph 5, KartG 2005 und Artikel 82, EG abstellen, insbesondere

a) indem es den AG im Zusammenhang mit der Neuerrichtung, Wartung und Modernisierung von Aufzügen und Fahrtreppen die Verrechnung überhöhter Preise, das heißt solcher Preise, die über den tatsächlichen Gestehungskosten zuzüglich einer gerechtfertigten Marge, wobei gerechtfertigte Preise jedenfalls 30% unter den derzeit verrechneten Preisen liegen, untersagt;

b) indem es den AG die Verweigerung der Belieferung alternativer Wartungsunternehmen mit Ersatzteilen bzw nur zu überhöhten, nicht wettbewerbsfähigen Preisen bzw mit unangemessenen Wartezeiten untersagt; sowie

c) indem es den AG aufträgt bzw sie verpflichtet, bei sämtlichen zwischen den AG und der ErstASt laut Beil ./S, der ZweitASt laut Beil ./A, bei den Liften und Rolltreppen der DrittASt laut Beil ./J und Beil ./KK und bei der ViertASt bezüglich der Lifte laut Beil ./B abgeschlossenen und zum Zeitpunkt der Entscheidung noch aufrechten Wartungs-, Modernisierungs- und/oder Rahmenverträgen die Preise für sämtliche mit der Liftwartung und/oder Liftreparatur sowie der Rolltreppenwartung und/oder Rolltreppenreparatur zusammenhängenden Leistungen auf ein Entgelt bereinigt um den Kartellaufschlag, zumindest aber um 30 %, herabzusetzen, und zwar ohne den ASt für diese Vertragsanpassung Kosten in Rechnung zu stellen;

2. feststellen, dass die AG, und zwar jede einzelne von ihnen und ihre Rechtsvorgänger bezüglich des gesamten Bundesgebiets, insbesondere jedoch bezüglich sämtlicher in der Beil ./S betreffend die ErstASt, in der Beil ./A betreffend die ZweitASt, in den Beil ./J und ./KK betreffend die DrittASt und in der Beil ./B betreffend die ViertASt genannten Lift- bzw Rolltreppenanlagen, die im Zeitraum 1988 bis zum heutigen Zeitpunkt errichtet, modernisiert und gewartet wurden, durch Absprachen über die Zuteilung von Projekten bzw eine Marktaufteilung, Preisabsprachen sowie den Austausch von sonstigen vertraulichen Marktinformationen bzw durch Preisüberhöhungen sowie Verdrängungsmaßnahmen gegenüber alternativen Liftunternehmen im Hinblick auf die Neuerrichtung, Wartung und Modernisierung von Aufzügen und Fahrstufen

a) in der Zeit vom 1. 1. 1989 bis 31. 12. 2005 gegen das Kartellverbot des§ 10 KartG 1988 und seit 1. 1. 1995 des Art 81 EG verstößen und vom 1. 1. 1989 bis 31. 12. 2005 ihre marktbeherrschende Stellung gemäß § 35 KartG 1988 und seit 1. 1. 1995 gemäß Art 82 EG missbraucht haben und) in der Zeit vom 1. 1. 1989 bis 31. 12. 2005 gegen das Kartellverbot des Paragraph 10, KartG 1988 und seit 1. 1. 1995 des Artikel 81, EG verstößen und vom 1. 1. 1989 bis 31. 12. 2005 ihre marktbeherrschende Stellung gemäß Paragraph 35, KartG 1988 und seit 1. 1. 1995 gemäß Artikel 82, EG missbraucht haben und

b) vom 1. 1. 2006 bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt gegen das Kartellverbot des§ 1 KartG 2005 sowie gegen Art 81 EG verstößen und ihre marktbeherrschende Stellung gemäß § 5 KartG 2005 und Art 82 EG missbraucht haben.b) vom 1. 1. 2006 bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt gegen das Kartellverbot des Paragraph eins, KartG 2005 sowie gegen Artikel 81, EG verstößen und ihre marktbeherrschende Stellung gemäß Paragraph 5, KartG 2005 und Artikel 82, EG missbraucht haben.

Die von den AG im Rahmen von Bauprojekten, bei Wartungs- und Modernisierungsverträgen seit 1988 verrechneten Preise seien unangemessen und lägen über dem Marktniveau, das ohne die Verhaltensweisen und Missbräuche und bei einem wirksamen Wettbewerb bestanden hätte. Den ASt sei aufgrund dieser überhöhten Preise bei sämtlichen im Zeitraum von 1988 bis heute errichteten, gewarteten und modernisierten Liften und Rolltreppen ein Schaden in beträchtlicher Höhe entstanden. Aufgrund der langfristigen Wartungsverträge und des Abschlusses neuer Verträge im Bereich Errichtung, Wartung und Modernisierung sei zusätzlich fortlaufend mit einem weiteren Schaden zu rechnen. Nahezu alle im Eigentum der ASt stehenden Aufzüge, Liftanlagen und Rolltreppen seien von den AG errichtet worden und würden von diesen laufend gewartet und modernisiert. Sofern sich die Zu widerhandlungen der AG nach wie vor fortsetzen bzw auswirken, bestehe ein rechtliches und wirtschaftliches Interesse der ASt an der Abstellung von Zu widerhandlungen iSd § 36 Abs 4 Z 4 KartG 2005. Die Kartellabsprachen und der Preismissbrauch wirkten sich in Form von überhöhten Preisen für Errichtung, Wartung und Modernisierung von Lift- und Rolltreppenanlagen auf die ASt aus. Mangels Wettbewerbs komme es sowohl bei der Produktion als auch bei Serviceleistungen zu mangelnder Innovationstätigkeit und einer gegenüber einem entsprechenden Wettbewerb reduzierten Leistungsqualität. Sofern das wettbewerbswidrige Verhalten im Zeitpunkt der Entscheidung schon beendet sein sollte, bestehe ein berechtigtes Interesse der ASt an der Feststellung von Zu widerhandlungen für die Vergangenheit gemäß § 28 Abs 1 KartG 2005. Ohne gerichtliche Feststellung bestehe im Hinblick auf den langen Zeitraum und die räumliche Ausdehnung der kartellrechtswidrigen und missbräuchlichen Absprachen die erhebliche Gefahr, dass die AG in naher Zukunft ihr wettbewerbswidriges Verhalten fortsetzen bzw wieder aufnehmen. Ein berechtigtes rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer Feststellung bestehe weiters im Hinblick auf die beabsichtigte Geltendmachung von zivilrechtlichen Schadenersatz- und Bereicherungsansprüchen aufgrund der Zu widerhandlungen in der Vergangenheit. Es sei gängige Praxis der AG, im Anschluss an die Errichtung von Liftanlagen unmittelbar einen langfristigen Wartungsvertrag in der Dauer von zumindest 5 bis 10 Jahren abzuschließen. Potentielle Wettbewerber würden so vom Markt verdrängt. Die

wenigen unabhängigen Lift- bzw Rolltreppenwartungs- und Modernisierungsunternehmen trafen bei der Ersatzteilbeschaffung über die AG für deren Lifte auf zahlreiche Behinderungen. Ihre Konkurrenzfähigkeit werde durch erhebliche Lieferverzögerungen erschwert. Aufgrund der ihnen von den AG verrechneten Einkaufspreise sei auch die verbleibende Marge gering. Bei sämtlichen mit den AG ab dem Jahr 1988 abgeschlossenen Verträgen liege eine Wettbewerbsbeschränkung in Form eines Preiskartells sowie der Vereinbarung zur Marktaufteilung vor. Aufgrund der hohen Marktanteile der AG sei die Wettbewerbsbeschränkung auch spürbar. Da die Zu widerhandlungen den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigten, seien auf den vorliegenden Sachverhalt neben dem österreichischen Kartellrecht auch Art 81 und 82 EG anzuwenden. Hinweise für das Bestehen eines Kartells seien die in der Vergangenheit erfolgten Ausschreibungen bestimmter namentlich genannter Bauvorhaben, der Austausch von Führungskräften durch die AG nach Einleitung des Bußgeldverfahrens in Österreich und die hohe Profitabilität der AG. Dass es unabhängigen und kleineren Unternehmen möglich gewesen sei, billiger anzubieten, beweise, dass zwischen den AG ein Kartell bestanden habe, das Preiserhöhungen bezweckt und in der Praxis umgesetzt habe. Auch Pressemitteilungen der Bundeswettbewerbsbehörde zeigten, dass sich die AG bis zumindest Mitte 2004 tatsächlich abgesprochen und eine Marktaufteilung bzw den Austausch von Marktinformationen vorgenommen hätten. Die von den AG verlangten Preise seien zumindest um 30% überhöht, woraus den AG ein erheblicher Schaden entstanden sei. Sämtliche ASt seien nach § 36 Abs 4 Z 4 KartG antragslegitimiert. Ihre wirtschaftliche und rechtliche Betroffenheit ergebe sich aus zahlreichen Vertragsverhältnissen mit den AG. Aufgrund des Kartells zahlten die ASt immer noch überhöhte Errichtungs-, Modernisierungs- und Wartungspreise für Rolltreppen und Liftanlagen. Das wirtschaftliche und rechtliche Interesse an der Antragstellung werde auch nicht durch die Möglichkeit der Einbringung von Schadenersatzklagen konsumiert. Die Schwere der Zu widerhandlung und das Bestehen von Wiederholungsgefahr begründeten ein ausreichendes Feststellungsinteresse für die beendete Zu widerhandlung. Es bestehe für die Wiederholungsgefahr eine Beweislastumkehr zu Lasten der AG. Die Fortsetzung der wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen auch nach 2004 ergebe sich aus dem Umstand, dass die im Zeitraum bis Februar 2004 abgeschlossenen Wartungsverträge auf viele Jahre abgeschlossen worden seien, wodurch sich das Kartell auf dem Markt noch spürbar auswirke. Beendet seien nur Treffen zwischen den AG in den Räumlichkeiten der Wirtschaftskammer, sodass gemeinsame Gespräche an anderen Orten davon nicht umfasst seien. Auch nach den Aussagen der Kronzeugen hätten nach März 2004 zwischen sämtlichen AG noch bilaterale Wettbewerbskontakte stattgefunden. Die Marktanteile der AG in allen Marktsegmenten hätten sich auch nach 2004 nicht verändert. Es sei nach wie vor Praxis, dass das Errichtungsunternehmen auch Wartungs- und Modernisierungsverträge abschließe. Die AG hätten nicht behauptet, worin die Beendigung der Wettbewerbsverstöße 2004 gelegen wäre; sie seien beweispflichtig für eine Beendigung des Kartells sowie für die Beseitigung seiner Auswirkungen. Für die Durchführung eines Kartells reiche es aus, dass sich die AG ihren vereinbarten Beschränkungen des Wettbewerbs konform verhielten und diese dadurch außenwirksam realisierten. Bei Gebietsabsprachen bedeute das „sich-daran-halten“ auch, dass in bestehende Vertragsbeziehungen der anderen Kartellmitglieder nicht eingegriffen werde. Dies äußere sich dadurch, dass den ASt bei Auslaufen von Wartungsverträgen immer nur vom ursprünglichen Wartungsunternehmen, das durchwegs auch errichtendes Unternehmen gewesen sei, Angebote unterbreitet würden, nicht aber auch von den übrigen AG. Werde ein wettbewerbswidriger Sachverhalt durch einen Vertrag hergestellt, bleibe dieser Zustand so lange aufrecht, als dem Vertrag nachgekommen und dieser eingehalten werde. Um das Kartell durchzuführen genüge es, dass sich die AG an die sich zwischen ihnen aufgrund jahrelanger Übung heraus gebildete Verhaltenspraxis hielten. Das Kartell zwischen den AG dauere so lange an, als diese untereinander nicht nachweislich in Wettbewerb träten. Wegen des mehr als 20 Jahre dauernden Kartells sei von einer Beweislastumkehr zu Lasten der AG auszugehen, die einen „contrarius actus“ zu beweisen hätten. Die von den AG im Rahmen von Bauprojekten, bei Wartungs- und Modernisierungsverträgen seit 1988 verrechneten Preise seien unangemessen und lägen über dem Marktniveau, das ohne die Verhaltensweisen und Missbräuche und bei einem wirksamen Wettbewerb bestanden hätte. Den ASt sei aufgrund dieser überhöhten Preise bei sämtlichen im Zeitraum von 1988 bis heute errichteten, gewarteten und modernisierten Liften und Rolltreppen ein Schaden in beträchtlicher Höhe entstanden. Aufgrund der langfristigen Wartungsverträge und des Abschlusses neuer Verträge im Bereich Errichtung, Wartung und Modernisierung sei zusätzlich fortlaufend mit einem weiteren Schaden zu rechnen. Nahezu alle im Eigentum der ASt stehenden Aufzüge, Liftanlagen und Rolltreppen seien von den AG errichtet worden und würden von diesen laufend gewartet und modernisiert. Sofern sich die Zu widerhandlungen der AG nach wie vor fortsetzen bzw auswirken, bestehe ein rechtliches und wirtschaftliches Interesse der ASt an der Abstellung von Zu widerhandlungen iSd Paragraph 36, Absatz

4, Ziffer 4, KartG 2005. Die Kartellabsprachen und der Preimmissbrauch wirkten sich in Form von überhöhten Preisen für Errichtung, Wartung und Modernisierung von Lift- und Rolltreppenanlagen auf die ASt aus. Mangels Wettbewerbs komme es sowohl bei der Produktion als auch bei Serviceleistungen zu mangelnder Innovationstätigkeit und einer gegenüber einem entsprechenden Wettbewerb reduzierten Leistungsqualität. Sofern das wettbewerbswidrige Verhalten im Zeitpunkt der Entscheidung schon beendet sein sollte, bestehe ein berechtigtes Interesse der ASt an der Feststellung von Zu widerhandlungen für die Vergangenheit gemäß Paragraph 28, Absatz eins, KartG 2005. Ohne gerichtliche Feststellung bestehe im Hinblick auf den langen Zeitraum und die räumliche Ausdehnung der kartellrechtswidrigen und missbräuchlichen Absprachen die erhebliche Gefahr, dass die AG in naher Zukunft ihr wettbewerbswidriges Verhalten fortsetzen bzw wieder aufnehmen. Ein berechtigtes rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer Feststellung bestehe weiters im Hinblick auf die beabsichtigte Geltendmachung von zivilrechtlichen Schadenersatz- und Bereicherungsansprüchen aufgrund der Zu widerhandlungen in der Vergangenheit. Es sei gängige Praxis der AG, im Anschluss an die Errichtung von Liftanlagen unmittelbar einen langfristigen Wartungsvertrag in der Dauer von zumindest 5 bis 10 Jahren abzuschließen. Potentielle Wettbewerber würden so vom Markt verdrängt. Die wenigen unabhängigen Lift- bzw Rolltreppenwartungs- und Modernisierungsunternehmen träfen bei der Ersatzteilbeschaffung über die AG für deren Lifte auf zahlreiche Behinderungen. Ihre Konkurrenzfähigkeit werde durch erhebliche Lieferverzögerungen erschwert. Aufgrund der ihnen von den AG verrechneten Einkaufspreise sei auch die verbleibende Marge gering. Bei sämtlichen mit den AG ab dem Jahr 1988 abgeschlossenen Verträgen liege eine Wettbewerbsbeschränkung in Form eines Preiskartells sowie der Vereinbarung zur Marktaufteilung vor. Aufgrund der hohen Marktanteile der AG sei die Wettbewerbsbeschränkung auch spürbar. Da die Zu widerhandlungen den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigten, seien auf den vorliegenden Sachverhalt neben dem österreichischen Kartellrecht auch Artikel 81 und 82 EG anzuwenden. Hinweise für das Bestehen eines Kartells seien die in der Vergangenheit erfolgten Ausschreibungen bestimmter namentlich genannter Bauvorhaben, der Austausch von Führungskräften durch die AG nach Einleitung des Bußgeldverfahrens in Österreich und die hohe Profitabilität der AG. Dass es unabhängigen und kleineren Unternehmen möglich gewesen sei, billiger anzubieten, beweise, dass zwischen den AG ein Kartell bestanden habe, das Preiserhöhungen bezweckt und in der Praxis umgesetzt habe. Auch Pressemitteilungen der Bundeswettbewerbsbehörde zeigten, dass sich die AG bis zumindest Mitte 2004 tatsächlich abgesprochen und eine Marktaufteilung bzw den Austausch von Marktinformationen vorgenommen hätten. Die von den AG verlangten Preise seien zumindest um 30% überhöht, woraus den AG ein erheblicher Schaden entstanden sei. Sämtliche ASt seien nach Paragraph 36, Absatz 4, Ziffer 4, KartG antragslegitimiert. Ihre wirtschaftliche und rechtliche Betroffenheit ergebe sich aus zahlreichen Vertragsverhältnissen mit den AG. Aufgrund des Kartells zahlten die ASt immer noch überhöhte Errichtungs-, Modernisierungs- und Wartungspreise für Rolltreppen und Liftanlagen. Das wirtschaftliche und rechtliche Interesse an der Antragstellung werde auch nicht durch die Möglichkeit der Einbringung von Schadenersatzklagen konsumiert. Die Schwere der Zu widerhandlung und das Bestehen von Wiederholungsgefahr begründeten ein ausreichendes Feststellungsinteresse für die beendete Zu widerhandlung. Es bestehe für die Wiederholungsgefahr eine Beweislastumkehr zu Lasten der AG. Die Fortsetzung der wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen auch nach 2004 ergebe sich aus dem Umstand, dass die im Zeitraum bis Februar 2004 abgeschlossenen Wartungsverträge auf viele Jahre abgeschlossen worden seien, wodurch sich das Kartell auf dem Markt noch spürbar auswirke. Beendet seien nur Treffen zwischen den AG in den Räumlichkeiten der Wirtschaftskammer, sodass gemeinsame Gespräche an anderen Orten davon nicht umfasst seien. Auch nach den Aussagen der Kronzeugen hätten nach März 2004 zwischen sämtlichen AG noch bilaterale Wettbewerbskontakte stattgefunden. Die Marktanteile der AG in allen Marktsegmenten hätten sich auch nach 2004 nicht verändert. Es sei nach wie vor Praxis, dass das Errichtungsunternehmen auch Wartungs- und Modernisierungsverträge abschließe. Die AG hätten nicht behauptet, worin die Beendigung der Wettbewerbsverstöße 2004 gelegen wäre; sie seien beweispflichtig für eine Beendigung des Kartells sowie für die Beseitigung seiner Auswirkungen. Für die Durchführung eines Kartells reiche es aus, dass sich die AG ihren vereinbarten Beschränkungen des Wettbewerbs konform verhielten und diese dadurch außenwirksam realisierten. Bei Gebietsabsprachen bedeute das „sich-daran-halten“ auch, dass in bestehende Vertragsbeziehungen der anderen Kartellmitglieder nicht eingegriffen werde. Dies äußere sich dadurch, dass den ASt bei Auslaufen von Wartungsverträgen immer nur vom ursprünglichen Wartungsunternehmen, das durchwegs auch errichtendes Unternehmen gewesen sei, Angebote unterbreitet würden, nicht aber auch von den übrigen AG. Werde ein wettbewerbswidriger Sachverhalt durch einen Vertrag hergestellt, bleibe dieser Zustand so lange aufrecht, als dem Vertrag nachgekommen und dieser eingehalten werde. Um das Kartell durchzuführen genüge

es, dass sich die AG an die sich zwischen ihnen aufgrund jahrelanger Übung heraus gebildete Verhaltenspraxis hielten. Das Kartell zwischen den AG dauere so lange an, als diese untereinander nicht nachweislich in Wettbewerb träten. Wegen des mehr als 20 Jahre dauernden Kartells sei von einer Beweislastumkehr zu Lasten der AG auszugehen, die einen „contrarius actus“ zu beweisen hätten.

In der mündlichen Verhandlung erörterte das Gericht mit den ASt ihr Vorbringen und forderte sie auf, zusammengefasst und konkret vorzubringen, worin sie die Fortsetzung des Kartells sähen. Die ASt brachten dazu vor, es sei bisher nicht zu massiven Preissenkungen gekommen. Wenn ein Kartell sowie Preismissbrauch festgestellt worden sei, hätten die AG nachzuweisen, dass solches abgestellt worden sei. Faktisch sei es bei der Auftragerteilung noch immer nicht zu einem Preiswettbewerb gekommen bzw sei ein solcher nicht erkennbar. Dieser Umstand lasse Rückschlüsse auf die Fortsetzung der Zu widerhandlungen zu. Die zu Zeiten des Kartells abgeschlossenen Wartungsverträge seien nach wie vor aufrecht; die AG hätten nicht angeboten, sie abzuändern. Die Anträge unter Pkt 1.b) seien als Eventualanträge zum Antrag unter Pkt 1.a) bzw als exemplarische Darstellung einzelner Zu widerhandlungen zu verstehen.

Alle AG beantragten die Abweisung der Anträge. Die ErstAG wendete ein, sämtliche kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen seien seit Jahren beendet. Sollten diese tatsächlich wirtschaftliche Auswirkungen haben, könne dies allenfalls zivilrechtliche Folgen haben, für deren Beurteilung das Kartellgericht aber nicht zuständig sei. Den ASt fehle es an einem rechtlichen Interesse für einen Abstellungsauftrag. Gegenstand eines Abstellungsauftrags könne nur ein konkretes Marktverhalten sein. Soweit die Untersagung der Verrechnung überhöhter Preise und die Herabsetzung sämtlicher Preise begeht werde, könne nur eine konkrete AG passiv legitimiert sein, weshalb es jener ASt, mit denen die ErstAG keinen Vertrag abgeschlossen habe, an der Aktivlegitimation fehle. Die mögliche Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche begründe kein berechtigtes Interesse an einer Feststellung nach § 28 Abs 1 KartG 2005, zumal bereits ein Verfahren über Bußgeldanträge der Bundeswettbewerbsbehörde beim Kartellgericht anhängig sei. Die Entscheidung in jenem Verfahren werde auch Feststellungen über das Bestehen oder Nichtbestehen von Zu widerhandlungen gegen das Kartellgesetz beinhalten, weshalb die hier begehrte Feststellung für die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche nicht notwendig sei. Der Abstellungsantrag sei nicht hinreichend bestimmt. Die behaupteten Zu widerhandlungen seien schon nach der von den ASt selbst vorgelegten Bekanntmachung der Bundeswettbewerbsbehörde vom 5. 2. 2007 spätestens seit Mitte 2004 freiwillig beendet. Nur ein aktuelles, im Zeitpunkt der Entscheidung noch andauerndes kartellrechtswidriges Verhalten könne Gegenstand eines Untersagungsauftrags sein. Bereits abgeschlossene Wartungs- und Reparaturverträge seien nicht als aktuelle Zu widerhandlung gegen ein kartellrechtliches Verbot zu beurteilen. Es sei unzulässig, die AG im Rahmen eines Abstellungsauftrags zu einer Vertragsanpassung in Form einer einseitigen Herabsetzung vereinbarter Entgelte um mindestens 30 % zu verpflichten; zivilrechtliche Rechtsfolgen aus Zu widerhandlungen gegen das Kartellrecht seien allein von den ordentlichen Zivilgerichten zu beurteilen. Es gebe viele alternative Wartungsanbieter. Weit über 90 % aller Ersatzteile würden von herstellerunabhängigen Firmen vertrieben. Auch die ErstAG handle mit Ersatzteilen und vertreibe sie österreichweit direkt an Wettbewerber. Die ZweitAG wendete ergänzend ein, es bestehe keine Feststellungsbefugnis für das Kartellgericht, da der Sachverhalt nach dem Vorbringen der ASt in den Anwendungsbereich des EG-Kartellrechts falle. Auf den betroffenen Märkten herrsche intensiver Wettbewerb, was sich insbesondere auch an den von den ASt ins Treffen geführten Projekten zeige. Die DrittAG wendete ergänzend ein, der Antrag sei darauf gerichtet, die AG zu einer Preisreduktion bei bestehenden Wartungsverträgen zu zwingen, was ein unzulässiger Beseitigungsanspruch für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten sei. Wegen der Parallelanwendung von europäischem und nationalem Recht sei das Kartellgericht nicht entscheidungsbefugt. Es bestehe keine Feststellungsbefugnis des Kartellgerichts für vor dem Inkrafttreten des KartG 2005 begangene Zu widerhandlungen. Die ASt brächten nicht konkret vor, worin die fort dauernde Zu widerhandlung bestehe; die Anträge seien unschlüssig und unbestimmt. Die ViertAG wendete ergänzend ein, es bestehe keine Wiederholungsgefahr. Alle AG beantragten die Abweisung der Anträge. Die ErstAG wendete ein, sämtliche kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen seien seit Jahren beendet. Sollten diese tatsächlich wirtschaftliche Auswirkungen haben, könne dies allenfalls zivilrechtliche Folgen haben, für deren Beurteilung das Kartellgericht aber nicht zuständig sei. Den ASt fehle es an einem rechtlichen Interesse für einen Abstellungsauftrag. Gegenstand eines Abstellungsauftrags könne nur ein konkretes Marktverhalten sein. Soweit die Untersagung der Verrechnung überhöhter Preise und die Herabsetzung sämtlicher Preise begeht werde, könne nur eine konkrete AG passiv legitimiert sein, weshalb es jener ASt, mit denen die ErstAG keinen Vertrag abgeschlossen habe, an der

Aktivlegitimation fehle. Die mögliche Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche begründe kein berechtigtes Interesse an einer Feststellung nach Paragraph 28, Absatz eins, KartG 2005, zumal bereits ein Verfahren über Bußgeldanträge der Bundeswettbewerbsbehörde beim Kartellgericht anhängig sei. Die Entscheidung in jenem Verfahren werde auch Feststellungen über das Bestehen oder Nichtbestehen von Zu widerhandlungen gegen das Kartellgesetz beinhalten, weshalb die hier begehrte Feststellung für die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche nicht notwendig sei. Der Abstellungsantrag sei nicht hinreichend bestimmt. Die behaupteten Zu widerhandlungen seien schon nach der von den ASt selbst vorgelegten Bekanntmachung der Bundeswettbewerbsbehörde vom 5. 2. 2007 spätestens seit Mitte 2004 freiwillig beendet. Nur ein aktuelles, im Zeitpunkt der Entscheidung noch andauerndes kartellrechtswidriges Verhalten könne Gegenstand eines Untersagungsauftrags sein. Bereits abgeschlossene Wartungs- und Reparaturverträge seien nicht als aktuelle Zu widerhandlung gegen ein kartellrechtliches Verbot zu beurteilen. Es sei unzulässig, die AG im Rahmen eines Abstellungsauftrags zu einer Vertragsanpassung in Form einer einseitigen Herabsetzung vereinbarter Entgelte um mindestens 30 % zu verpflichten; zivilrechtliche Rechtsfolgen aus Zu widerhandlungen gegen das Kartellrecht seien allein von den ordentlichen Zivilgerichten zu beurteilen. Es gebe viele alternative Wartungsanbieter. Weit über 90 % aller Ersatzteile würden von herstellerunabhängigen Firmen vertrieben. Auch die ErstAG handle mit Ersatzteilen und vertriebe sie österreichweit direkt an Wettbewerber. Die ZweitAG wendete ergänzend ein, es bestehe keine Feststellungsbefugnis für das Kartellgericht, da der Sachverhalt nach dem Vorbringen der ASt in den Anwendungsbereich des EG-Kartellrechts falle. Auf den betroffenen Märkten herrsche intensiver Wettbewerb, was sich insbesondere auch an den von den ASt ins Treffen geführten Projekten zeige. Die DrittAG wendete ergänzend ein, der Antrag sei darauf gerichtet, die AG zu einer Preisreduktion bei bestehenden Wartungsverträgen zu zwingen, was ein unzulässiger Beseitigungsanspruch für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten sei. Wegen der Parallelanwendung von europäischem und nationalem Recht sei das Kartellgericht nicht entscheidungsbefugt. Es bestehe keine Feststellungsbefugnis des Kartellgerichts für vor dem Inkrafttreten des KartG 2005 begangene Zu widerhandlungen. Die ASt brächten nicht konkret vor, worin die fortdauernde Zu widerhandlung bestehe; die Anträge seien unschlüssig und unbestimmt. Die ViertAG wendete ergänzend ein, es bestehe keine Wiederholungsgefahr.

Keine Amtspartei hat sich am Verfahren beteiligt.

Das Erstgericht wies die Abstellungsanträge ab und den Feststellungsantrag zurück. Zwar gelte im Abstellungsverfahren nach § 26 KartG 2005 der Untersuchungsgrundsatz; dennoch obliege es auch in diesem Verfahren dem Antragsteller, das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen seines Antrags zumindest zu behaupten. Sämtliche Tatbestandsmerkmale der behaupteten marktmachtmissbräuchlichen Verhaltensweisen seien als notwendiges Minimalvorbringen in einen Antrag aufzunehmen. Auch müsse eine Zu widerhandlung im Entscheidungszeitpunkt noch vorliegen, weil sich ein Abstellungsauftrag gegen ein konkret als verbotswidrig beschriebenes, zum Zeitpunkt der Entscheidung noch andauerndes Verhalten richte. Die ASt erblickten eine Fortsetzung von Zu widerhandlungen der AG gegen kartellrechtliche Verbote darin, dass es bisher nicht zu Preissenkungen und zu einem Preiswettbewerb bei der Auftragerteilung gekommen sei und die AG nicht angeboten hätten, die bestehenden Wartungsverträge abzuändern. Damit zeigten sie keine konkreten Verhaltensweisen auf, die gegen §§ 1, 4 und 5 KartG 2005 verstößen könnten. Weder werde konkret vorgebracht, worin eine kartellrechtswidrige Vereinbarung, ein Beschluss oder eine abgestimmte Verhaltensweise oder aber ein aktives marktmachtmissbräuchliches Verhalten der AG im Entscheidungszeitpunkt bestehen solle, noch würden für die Behauptung der Fortsetzung von Zu widerhandlungen konkrete Beweismittel angeboten. Das Vorbringen der ASt zur Fortsetzung von Zu widerhandlungen der AG auch noch nach dem Jahr 2004 gehe über unbestimmte Vermutungen nicht hinaus. Dass es nach den Behauptungen bisher nicht zu Preissenkungen und zu einem Preiswettbewerb bei der Auftragerteilung gekommen und eine Abänderung bestehender Wartungsverträge nicht angeboten worden sei, reiche schon nach dem Vorbringen für die Annahme von Absprachen zur Marktaufteilung einschließlich Projektzuteilungen, Preisabsprachen und den Austausch vertraulicher Marktinformationen, deren Abstellung angestrebt werde, nicht aus. Mit der bloßen Vermutung, die AG verhielten sich auf die beschriebene Weise, werde dem Bestimmtheitserfordernis von Abstellungsanträgen nicht Rechnung getragen. Die objektive Beweislast für das Fortbestehen einer Zu widerhandlung im Entscheidungszeitpunkt treffe die ASt; der von den AG vertretenen gegenteiligen Ansicht fehle die gesetzliche Grundlage, und sie wäre auch nicht mit Art 2 der VO (EG) 1/2003 in Einklang zu bringen. Die bloße Auswirkung in der Vergangenheit liegender Kartellabsprachen auf bestehende Verträge sei keine Zu widerhandlung gegen im ersten Hauptstück des KartG genannte Verbote und

rechtfertige keinen Abstellungsauftrag nach § 26 KartG 2005. Vorbeugende Unterlassungsaufträge zur Verhinderung drohender Zu widerhandlungen seien dem österreichischen Kartellrecht fremd. Inwieweit ein in der Vergangenheit liegendes marktmissbräuchliches Verhalten allenfalls Schadenersatz-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche betroffener Marktteilnehmer auslösen könne, sei nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften und nicht in einem Verfahren vor dem Kartellgericht zu beurteilen. Das Erstgericht wies die Abstellungsanträge ab und den Feststellungsantrag zurück. Zwar gelte im Abstellungsverfahren nach Paragraph 26, KartG 2005 der Untersuchungsgrundsatz; dennoch obliege es auch in diesem Verfahren dem Antragsteller, das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen seines Antrags zumindest zu behaupten. Sämtliche Tatbestandsmerkmale der behaupteten marktmachtmisbräuchlichen Verhaltensweisen seien als notwendiges Minimalvorbringen in einen Antrag aufzunehmen. Auch müsse eine Zu widerhandlung im Entscheidungszeitpunkt noch vorliegen, weil sich ein Abstellungsauftrag gegen ein konkret als verbotswidrig beschriebenes, zum Zeitpunkt der Entscheidung noch andauerndes Verhalten richte. Die ASt erblickten eine Fortsetzung von Zu widerhandlungen der AG gegen kartellrechtliche Verbote darin, dass es bisher nicht zu Preissenkungen und zu einem Preiswettbewerb bei der Auftragserteilung gekommen sei und die AG nicht angeboten hätten, die bestehenden Wartungsverträge abzuändern. Damit zeigten sie keine konkreten Verhaltensweisen auf, die gegen Paragraphen eins, 4 und 5 KartG 2005 verstößen könnten. Weder werde konkret vorgebracht, worin eine kartellrechtswidrige Vereinbarung, ein Beschluss oder eine abgestimmte Verhaltensweise oder aber ein aktives marktmachtmisbräuchliches Verhalten der AG im Entscheidungszeitpunkt bestehen solle, noch würden für die Behauptung der Fortsetzung von Zu widerhandlungen konkrete Beweismittel angeboten. Das Vorbringen der ASt zur Fortsetzung von Zu widerhandlungen der AG auch noch nach dem Jahr 2004 gehe über unbestimmte Vermutungen nicht hinaus. Dass es nach den Behauptungen bisher nicht zu Preissenkungen und zu einem Preiswettbewerb bei der Auftragserteilung gekommen und eine Abänderung bestehender Wartungsverträge nicht angeboten worden sei, reiche schon nach dem Vorbringen für die Annahme von Absprachen zur Marktaufteilung einschließlich Projektzuteilungen, Preisabsprachen und den Austausch vertraulicher Marktinformationen, deren Abstellung angestrebt werde, nicht aus. Mit der bloßen Vermutung, die AG verhielten sich auf die beschriebene Weise, werde dem Bestimmtheitserfordernis von Abstellungsanträgen nicht Rechnung getragen. Die objektive Beweislast für das Fortbestehen einer Zu widerhandlung im Entscheidungszeitpunkt treffe die ASt; der von den AG vertretenen gegenteiligen Ansicht fehle die gesetzliche Grundlage, und sie wäre auch nicht mit Artikel 2, der VO (EG) 1/2003 in Einklang zu bringen. Die bloße Auswirkung in der Vergangenheit liegender Kartellabsprachen auf bestehende Verträge sei keine Zu widerhandlung gegen im ersten Hauptstück des KartG genannte Verbote und rechtfertige keinen Abstellungsauftrag nach Paragraph 26, KartG 2005. Vorbeugende Unterlassungsaufträge zur Verhinderung drohender Zu widerhandlungen seien dem österreichischen Kartellrecht fremd. Inwieweit ein in der Vergangenheit liegendes marktmissbräuchliches Verhalten allenfalls Schadenersatz-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche betroffener Marktteilnehmer auslösen könne, sei nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften und nicht in einem Verfahren vor dem Kartellgericht zu beurteilen.

Sei eine kartellrechtliche Zu widerhandlung bereits beendet, könne dies nach § 28 Abs 1 KartG 2005 unter der Voraussetzung festgestellt werden, dass daran ein berechtigtes Interesse bestehe. Die ASt strebten eine solche Feststellung vor dem Hintergrund der künftigen Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vor den allgemeinen Zivilgerichten sowie mit der Behauptung einer - nicht näher substanzierten - Wiederholungsgefahr an. Die genannte Bestimmung folge nach den Materialien den entsprechenden Regelungen in Art 7 bis 9 der Europäischen Kartellverfahrensverordnung (VO Nr 1/2003), um auch in diesem Bereich der Rechtsdurchsetzung den Gleichklang zum Gemeinschaftsrecht herzustellen. Auch die Europäische Kommission müsse für eine Feststellung früherer Zu widerhandlungen das Bestehen eines berechtigten Interesses nachweisen. Ein solches komme insbesondere in Betracht, wenn konkret die tatsächliche Gefahr einer Wiederholung der Zu widerhandlung bestehe und deshalb eine Klarstellung der Rechtslage geboten erscheine, oder wenn der konkrete Fall neue Rechtsfragen aufwerfe, deren Klärung im Hinblick auf zur erwartende ähnlich gelagerte Fälle im öffentlichen Interesse liege. An einer Feststellung früherer Zu widerhandlungen bestehe nach der europäischen Praxis hingegen kein berechtigtes Interesse, wenn damit im Wesentlichen die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche vor den nationalen Gerichten erreicht werden solle; solche Entscheidungen seien auch deshalb unzulässig, weil sie in die Zuständigkeit der nationalen Gerichte für die unmittelbare Anwendung des europäischen Rechts eingriffen. Antragsberechtigt nach § 28 KartG 2005 sei jeder Unternehmer, der ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung habe. Ein solches Interesse liege dann vor, wenn das dem Feststellungsantrag zugrunde liegende Verhalten eine unmittelbare rechtliche Wirkung auf

die Rechtsstellung des Antragstellers besitze oder unmittelbar geeignet sei, seine wirtschaftlichen Verhältnisse zu beeinflussen. Das ändere aber nichts daran, dass es Zielsetzung und Ausrichtung eines Antrags beim Kartellgericht sei, funktionierenden Wettbewerb im öffentlichen Interesse sicherzustellen. Auch im Falle einer Verfahrenseinleitung durch einen Unternehmer schreite das Kartellgericht als Wettbewerbsbehörde mit der sich aus den kartellrechtlichen Vorschriften ergebenden spezifischen Aufgabenstellung ein. Das Antragsrecht eines Unternehmers setze somit zwar eine individuelle Betroffenheit voraus, könne aber in seiner Zielsetzung für das Kartellgericht nicht über die gesetzliche Zielsetzung einer im öffentlichen Interesse einschreitenden Amtspartei hinausreichen. Eine Amtspartei könne sich zur Begründung des berechtigten Interesses an einer Feststellung früherer Zuwiederhandlungen auf Wiederholungsgefahr oder auch darauf berufen, es sei eine Rechtsfrage zu lösen, deren Klärung im öffentlichen Interesse liege; das Interesse an einer Feststellung bloß als Grundlage eines Schadenersatzanspruchs reiche nicht aus. Wenn auch die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen der Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften mittelbar (präventiv) der Aufrechterhaltung funktionsfähigen Wettbewerbs dienen könne, gehöre die Zuerkennung von Schadenersatz nicht zu den spezifischen Aufgaben des Kartellgerichts. Solche Ansprüche gehörten vor die ordentlichen Gerichte, die im vollen Umfang die kartellrechtlichen Verbotsnormen zu beachten und bei der Beurteilung von Vorfragen auch anzuwenden hätten. Art 6 der VO 1/2003 bestimme ausdrücklich die Zuständigkeit der einzelstaatlichen Gerichte für die Anwendung der Art 81 und 82 EG. Auch wenn eine Feststellungskompetenz des Kartellgerichts zur Klärung kartellrechtlicher Vorfragen für andere Gerichte zweckmäßig sein könne, bestehe eine solche Befugnis de lege lata nicht. Wiederholungsgefahr hätten die ASt nicht konkret dargetan. Sei eine kartellrechtliche Zuwiderhandlung bereits beendet, könne dies nach Paragraph 28, Absatz eins, KartG 2005 unter der Voraussetzung festgestellt werden, dass daran ein berechtigtes Interesse bestehe. Die ASt streben eine solche Feststellung vor dem Hintergrund der künftigen Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vor den allgemeinen Zivilgerichten sowie mit der Behauptung einer - nicht näher substanzierten - Wiederholungsgefahr an. Die genannte Bestimmung folge nach den Materialien den entsprechenden Regelungen in Artikel 7 bis 9 der Europäischen Kartellverfahrensverordnung (VO Nr 1/2003), um auch in diesem Bereich der Rechtsdurchsetzung den Gleichklang zum Gemeinschaftsrecht herzustellen. Auch die Europäische Kommission müsse für eine Feststellung früherer Zuwiederhandlungen das Bestehen eines berechtigten Interesses nachweisen. Ein solches komme insbesondere in Betracht, wenn konkret die tatsächliche Gefahr einer Wiederholung der Zuwiderhandlung bestehe und deshalb eine Klarstellung der Rechtslage geboten erscheine, oder wenn der konkrete Fall neue Rechtsfragen aufwerfe, deren Klärung im Hinblick auf zur erwartende ähnlich gelagerte Fälle im öffentlichen Interesse liege. An einer Feststellung früherer Zuwiderhandlungen bestehe nach der europäischen Praxis hingegen kein berechtigtes Interesse, wenn damit im Wesentlichen die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche vor den nationalen Gerichten erreicht werden soll; solche Entscheidungen seien auch deshalb unzulässig, weil sie in die Zuständigkeit der nationalen Gerichte für die unmittelbare Anwendung des europäischen Rechts eingriffen. Antragsberechtigt nach Paragraph 28, KartG 2005 sei jeder Unternehmer, der ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung habe. Ein solches Interesse liege dann vor, wenn das dem Feststellungsantrag zugrunde liegende Verhalten eine unmittelbare rechtliche Wirkung auf die Rechtsstellung des Antragstellers besitze oder unmittelbar geeignet sei, seine wirtschaftlichen Verhältnisse zu beeinflussen. Das ändere aber nichts daran, dass es Zielsetzung und Ausrichtung eines Antrags beim Kartellgericht sei, funktionierenden Wettbewerb im öffentlichen Interesse sicherzustellen. Auch im Falle einer Verfahrenseinleitung durch einen Unternehmer schreite das Kartellgericht als Wettbewerbsbehörde mit der sich aus den kartellrechtlichen Vorschriften ergebenden spezifischen Aufgabenstellung ein. Das Antragsrecht eines Unternehmers setze somit zwar eine individuelle Betroffenheit voraus, könne aber in seiner Zielsetzung für das Kartellgericht nicht über die gesetzliche Zielsetzung einer im öffentlichen Interesse einschreitenden Amtspartei hinausreichen. Eine Amtspartei könne sich zur Begründung des berechtigten Interesses an einer Feststellung früherer Zuwiederhandlungen auf Wiederholungsgefahr oder auch darauf berufen, es sei eine Rechtsfrage zu lösen, deren Klärung im öffentlichen Interesse liege; das Interesse an einer Feststellung bloß als Grundlage eines Schadenersatzanspruchs reiche nicht aus. Wenn auch die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen der Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften mittelbar (präventiv) der Aufrechterhaltung funktionsfähigen Wettbewerbs dienen könne, gehöre die Zuerkennung von Schadenersatz nicht zu den spezifischen Aufgaben des Kartellgerichts. Solche Ansprüche gehörten vor die ordentlichen Gerichte, die im vollen Umfang die kartellrechtlichen Verbotsnormen zu beachten und bei der Beurteilung von Vorfragen auch anzuwenden hätten. Artikel 6, der VO 1/2003 bestimme ausdrücklich die Zuständigkeit der

einzelstaatlichen Gerichte für die Anwendung der Artikel 81 und 82 EG. Auch wenn eine Feststellungskompetenz des Kartellgerichts zur Klärung kartellrechtlicher Vorfragen für andere Gerichte zweckmäßig sein könnte, bestehe eine solche Befugnis de lege lata nicht. Wiederholungsgefahr hätten die ASt nicht konkret dargetan.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der ASt mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass den Anträgen stattgegeben werde; hilfsweise wird beantragt, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Sache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Die AG beantragen, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

1.1. Unbegründet ist der Vorwurf der ASt, das Kartellgericht habe ihnen gegenüber Belehrungs- und Anleitungspflichten nach § 14 AußStrG verletzt, auf keine Verbesserung von Form- oder Inhaltsmängeln hingewirkt und eine für sie überraschende, weil früher erörterten Rechtsansichten bzw dem Verfahrensverlauf widersprechende Entscheidung iSd § 182a ZPO getroffen. 1.1. Unbegründet ist der Vorwurf der ASt, das Kartellgericht habe ihnen gegenüber Belehrungs- und Anleitungspflichten nach Paragraph 14, AußStrG verletzt, auf keine Verbesserung von Form- oder Inhaltsmängeln hingewirkt und eine für sie überraschende, weil früher erörterten Rechtsansichten bzw dem Verfahrensverlauf widersprechende Entscheidung iSd Paragraph 182 a, ZPO getroffen.

1.2. Im hier gemäß § 38 KartG 2005 anzuwendenden Verfahren außer Streitsachen kommen die Anleitungs- und Belehrungspflichten nach der ZPO zur Anwendung (§ 14 AußStrG). Zwar muss das Gericht, bevor es ein unbestimmtes, unschlüssiges oder widerspruchsvolles Begehren abweist, eine Verbesserung anregen (RIS-Justiz RS0117576; RS0037516 [T2]), es ist aber nicht allgemein verpflichtet, die rechtliche Unzulässigkeit eines Klagebegehrens mit den Parteien zu erörtern und eine Klageänderung anzuregen (RIS-Justiz RS0037112). Auch geht die Anleitungspflicht nach § 182 ZPO nicht so weit, dass der Richter auf die Partei beratend einzuwirken hätte. Eine solche Anleitung löste die Besorgnis der Befangenheit aus und wäre als parteilich zu werten (RIS-Justiz RS0108818 [T2]). 1.2. Im hier gemäß Paragraph 38, KartG 2005 anzuwendenden Verfahren außer Streitsachen kommen die Anleitungs- und Belehrungspflichten nach der ZPO zur Anwendung (Paragraph 14, AußStrG). Zwar muss das Gericht, bevor es ein unbestimmtes, unschlüssiges oder widerspruchsvolles Begehren abweist, eine Verbesserung anregen (RIS-Justiz RS0117576; RS0037516 [T2]), es ist aber nicht allgemein verpflichtet, die rechtliche Unzulässigkeit eines Klagebegehrens mit den Parteien zu erörtern und eine Klageänderung anzuregen (RIS-Justiz RS0037112). Auch geht die Anleitungspflicht nach Paragraph 182, ZPO nicht so weit, dass der Richter auf die Partei beratend einzuwirken hätte. Eine solche Anleitung löste die Besorgnis der Befangenheit aus und wäre als parteilich zu werten (RIS-Justiz RS0108818 [T2]).

Gemäß § 14 AußStrG iVm § 182a ZPO ist die Rechtslage mit den Parteien zu erörtern; Überraschungsentscheidungen sind verboten. § 182a ZPO hat nichts daran geändert, dass es keiner richterlichen Anleitung zu einem Vorbringen bedarf, gegen das der Prozessgegner bereits Einwendungen erhoben hat. Angesichts solcher Einwendungen hat die andere Partei ihren Prozessstandpunkt selbst zu überprüfen und die erforderlichen Konsequenzen zu ziehen. Auch die Pflicht nach § 182a ZPO kann nicht bezwecken, das Gericht zur Erörterung eines Vorbringens zu zwingen, dessen Schwächen bereits der Prozessgegner aufgezeigt hat (Zechner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> IV/2 § 503 Rz 135; 8 Ob 135/06w = RIS-Justiz RS0122365; 16 Ok 7/07). Gemäß Paragraph 14, AußStrG in Verbindung mit Paragraph 182 a, ZPO ist die Rechtslage mit den Parteien zu erörtern; Überraschungsentscheidungen sind verboten. Paragraph 182 a, ZPO hat nichts daran geändert, dass es keiner richterlichen Anleitung zu einem Vorbringen bedarf, gegen das der Prozessgegner bereits Einwendungen erhoben hat. Angesichts solcher Einwendungen hat die andere Partei ihren Prozessstandpunkt selbst zu überprüfen und die erforderlichen Konsequenzen zu ziehen. Auch die Pflicht nach Paragraph 182 a, ZPO kann nicht bezwecken, das Gericht zur Erörterung eines Vorbringens zu zwingen, dessen Schwächen bereits der Prozessgegner aufgezeigt hat (Zechner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> IV/2 Paragraph 503, Rz 135; 8 Ob 135/06w = RIS-Justiz RS0122365; 16 Ok 7/07).

1.3. Das Kartellgericht hat mit den ASt in der Verhandlung vom 19. 2. 2008 (ON 25) deren Anträge ausführlich erörtert, dies insbesondere im Hinblick auf Bestimmtheit und Zulässigkeit. Vorgetragen und erörtert wurden auch die Schriftsätze der AG, in denen sie ua jene rechtlichen Gesichtspunkte geltend gemacht haben, die später zur Ab- bzw

Zurückweisung der Anträge geführt haben. Unter diesen Umständen liegt kein dem Gericht anzulastender Verfahrensfehler durch Verletzung von Anleitungspflichten oder durch eine Überraschungsentscheidung vor. Dass ein Antrag aus formalen Gründen nicht zurückgewiesen werden dürfte, wenn das Verfahren schon längere Zeit gedauert hat, wie die ASt meinen, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Ursache des längeren Verfahrensstillsstands in erster Instanz war im Übrigen keine Nachlässigkeit des Kartellgerichts, sondern ein von den ASt eingebrachter Ablehnungsantrag. Darüber hinaus haben die Rekurswerberinnen auch nicht aufgezeigt, welches zusätzliche oder andere Vorbringen sie erstattet hätten, hätte das Gericht mit ihnen den späteren Ab- bzw Zurückweisungsgrund erörtert (vgl RIS-Justiz RS0120056 [T2]; 16 Ok 7/07).1.3. Das Kartellgericht hat mit den ASt in der Verhandlung vom 19. 2. 2008 (ON 25) deren Anträge ausführlich erörtert, dies insbesondere im Hinblick auf Bestimmtheit und Zulässigkeit. Vorgetragen und erörtert wurden auch die Schriftsätze der AG, in denen sie ua jene rechtlichen Gesichtspunkte geltend gemacht haben, die später zur Ab- bzw Zurückweisung der Anträge geführt haben. Unter diesen Umständen liegt kein dem Gericht anzulastender Verfahrensfehler durch Verletzung von Anleitungspflichten oder durch eine Überraschungsentscheidung vor. Dass ein Antrag aus formalen Gründen nicht zurückgewiesen werden dürfte, wenn das Verfahren schon längere Zeit gedauert hat, wie die ASt meinen, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Ursache des längeren Verfahrensstillsstands in erster Instanz war im Übrigen keine Nachlässigkeit des Kartellgerichts, sondern ein von den ASt eingebrachter Ablehnungsantrag. Darüber hinaus haben die Rekurswerberinnen auch nicht aufgezeigt, welches zusätzliche oder andere Vorbringen sie erstattet hätten, hätte das Gericht mit ihnen den späteren Ab- bzw Zurückweisungsgrund erörtert vergleiche RIS-Justiz RS0120056 [T2]; 16 Ok 7/07).

2.1. Die ASt machen eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes des § 16 AußStrG geltend; das Kartellgericht wäre zur Erforschung der materiellen Wahrheit von Amts wegen auf der Grundlage ausreichenden Vorbringens verpflichtet gewesen.2.1. Die ASt machen eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes des Paragraph 16, AußStrG geltend; das Kartellgericht wäre zur Erforschung der materiellen Wahrheit von Amts wegen auf der Grundlage ausreichenden Vorbringens verpflichtet gewesen.

2.2. Trotz des im außerstreitigen Verfahren bestehenden Untersuchungsgrundsatzes gilt im kartellgerichtlichen Abstellungsverfahren auch der Dispositionsgrundsatz (vgl RS0006259 [T7]). Danach bestimmen die Parteien den Beginn und den Gegenstand des Verfahrens. Der Antragsteller ist daher verpflichtet, das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen für den Antrag ausreichend und schlüssig zu behaupten (vgl Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht Rz 441). Das Gericht hat sich in solchen Fällen bei seinen notwendigen amtsweigigen Erhebungen im Rahmen der Anträge der Parteien zu halten (RIS-Justiz RS0006330; 16 Ok 7/02).2.2. Trotz des im außerstreitigen Verfahren bestehenden Untersuchungsgrundsatzes gilt im kartellgerichtlichen Abstellungsverfahren auch der Dispositionsgrundsatz vergleiche RS0006259 [T7]). Danach bestimmen die Parteien den Beginn und den Gegenstand des Verfahrens. Der Antragsteller ist daher verpflichtet, das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen für den Antrag ausreichend und schlüssig zu behaupten vergleiche Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht Rz 441). Das Gericht hat sich in solchen Fällen bei seinen notwendigen amtsweigigen Erhebungen im Rahmen der Anträge der Parteien zu halten (RIS-Justiz RS0006330; 16 Ok 7/02).

2.3. Wie bei Behandlung der Rechtsrüge zu zeigen sein wird, haben die ASt kein ausreichendes und schlüssiges Sachvorbringen zum Bestehen eines aktuell andauernden konkreten Zu widerhandelns der AG gegen kartellrechtliche Verbote erstattet. Dem Kartellgericht ist damit auch kein Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz vorzuwerfen, wenn es die Abstellaufträge keiner inhaltlichen Überprüfung zugeführt hat.

3. Das Kartellgericht hat allein festgestellt, dass sowohl die Europäische Kommission als auch die Bundeswettbewerbsbehörde in den Geldbußenverfahren davon ausgingen, dass die wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen der AG bis 2004 andauerten. Die gegen diese Feststellung gerichtete Beweisrüge der Rechtsmittelwerberinnen ist nicht nur unzulässig (weil der OGH auch als Kartellobergericht im kartellgerichtlichen Verfahren ausschließlich als Rechtsinstanz tätig wird und zur Überprüfung der Beweiswürdigung in keinem Fall berufen ist, vgl RIS-Justiz RS0109206 [T6]), sondern die bekämpfte Feststellung ist für die Entscheidung auch nicht erheblich, hat doch das Kartellgericht die Anträge aus rechtlichen und nicht aus tatsächlichen Gründen ab- bzw zurückgewiesen.3. Das Kartellgericht hat allein festgestellt, dass sowohl die Europäische Kommission als auch die Bundeswettbewerbsbehörde in den Geldbußenverfahren davon ausgingen, dass die wettbewerbsbeschränkenden

Verhaltensweisen der AG bis 2004 andauerten. Die gegen diese Feststellung gerichtete Beweisrügen der Rechtsmittelwerberinnen ist nicht nur unzulässig (weil der OGH auch als Kartellobergericht im kartellgerichtlichen Verfahren ausschließlich als Rechtsinstanz tätig wird und zur Ü

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)