

TE OGH 2008/7/16 160k3/08

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.07.2008

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Präsidentin Hon.-Prof. Dr. Griss als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Vogel und Univ.-Prof. Dr. Kodek sowie die fachkundigen Laienrichter KR Mag. Reitzner und KR Dr. Bauer als weitere Richter in der Kartellrechtssache des Antragstellers Fachverband *****, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte in Wien, gegen die Antragsgegnerin B*****, vertreten durch Mag. Dr. Axel Reidlinger, Rechtsanwalt in Wien, wegen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 7 Abs 4 NVG, über den Rekurs der Antragstellerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 19. November 2007, GZ 25 NaV 1, 2/07-9, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Text

Begründung:

Der Freistaat Bayern schloss am 4. 4. 2005 mit der K***** Bayern GmbH, *****, Deutschland, einen Vorvertrag über die Lieferung von Sägerundholz, in welchen die Antragsgegnerin gemäß dessen Punkt 8.2 eingetreten ist.

Der Antragsteller begehrt gestützt auf § 7 Abs 2 Z 2 iVm § 2 NVG, die Antragsgegnerin dazu zu verpflichten, es zu unterlassen, Sägewerke der K***** Gruppe beim Bezug von Sägerundholz im Verhältnis zu anderen Sägewerken, die gesetzliche Mitglieder des Antragstellers sind, bei Vorliegen gleicher Voraussetzungen durch die Gewährung von sachlich nicht gerechtfertigten Sägerundholzpreisen und/oder sonstigen Sonderkonditionen zu bevorzugen, insbesondere durch

Der Antragsteller begehrt gestützt auf Paragraph 7, Absatz 2, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 2, NVG, die Antragsgegnerin dazu zu verpflichten, es zu unterlassen, Sägewerke der K***** Gruppe beim Bezug von

Sägerundholz im Verhältnis zu anderen Sägewerken, die gesetzliche Mitglieder des Antragstellers sind, bei Vorliegen gleicher Voraussetzungen durch die Gewährung von sachlich nicht gerechtfertigten Sägerundholzpreisen und/oder sonstigen Sonderkonditionen zu bevorzugen, insbesondere durch

1. die Belieferung mit Sägerundholz zu Preisen, die unter Berücksichtigung sämtlicher Skonti, Rabatte und sonstiger Preisvorteile mehr als 5 % unter dem Einkaufspreis anderer Holzabnehmer der Antragsgegnerin für die vertragsrelevanten Holzarten (Fichte und Kiefer) und Holzqualitätssortimente (Qualitäten SL B, SL D und SL BC, jeweils der Stärkeklassen 1b, 2a und 2b+) liegen; und/oder
2. die Zusicherung der Belieferung mit einer Mindestmenge an ausschließlich hochwertigem und ungeschädigtem Sägerundholz; und/oder
3. die Einräumung eines Vorkaufsrechts für das im Einkaufsgebiet von K***** anfallende Käferholz.

Zur Sicherung dieses Begehrens stellt der Antragsteller einen inhaltsgleichen Sicherungsantrag. Dazu bringt er im Wesentlichen vor, auf Basis des angeführten Vertrags beliefere die Antragsgegnerin K***** und die mit ihr verbundenen Unternehmen („K***** Gruppe“) seit kurzem mit gesamtwirtschaftlich bedeutenden Mengen an Sägerundholz zu Vorteilsbedingungen, die im Marktvergleich einzigartig seien. Die Kooperation zwischen Antragsgegnerin und K***** habe schwerwiegende wettbewerbliche Auswirkungen auf andere Sägerundholzabnehmer, darunter insbesondere auch auf die vom Antragsteller vertretenen österreichischen Sägeunternehmen. Diese würden aufgrund der K***** vertraglich zugesicherten Mengen an Sägerundholz entweder gar nicht mehr oder nur noch sehr eingeschränkt von der Antragsgegnerin beliefert. Aufgrund der im Marktvergleich einzigartigen Vorteilsbedingungen des gegenständlichen Vertrags beim Einkauf von Sägerundholz würden die vom Antragsteller vertretenen österreichischen Sägeunternehmen diskriminiert und wären damit gegenüber der K***** Gruppe, die zunehmende Mengen an Schnittholz auch in Österreich absetze, einem massiven Wettbewerbsnachteil ausgesetzt. Der gegenständliche Vertrag bewirke daher erhebliche Wettbewerbsverzerrungen, insbesondere auch für in Österreich ansässige Unternehmen, weshalb die Zuständigkeit des Kartellgerichts gegeben sei. Nach § 2 NVG könne auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer als Lieferant bei Vorliegen gleicher Voraussetzungen ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedliche Bedingungen gewähre oder anbiete. Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung sei für die Anwendung von § 2 NVG gerade nicht Voraussetzung, sodass die Bestimmung des § 2 NVG im Ergebnis auf ein allgemeines Diskriminierungsverbot hinauslaufe. Zur Sicherung dieses Begehrens stellt der Antragsteller einen inhaltsgleichen Sicherungsantrag. Dazu bringt er im Wesentlichen vor, auf Basis des angeführten Vertrags beliefere die Antragsgegnerin K***** und die mit ihr verbundenen Unternehmen („K***** Gruppe“) seit kurzem mit gesamtwirtschaftlich bedeutenden Mengen an Sägerundholz zu Vorteilsbedingungen, die im Marktvergleich einzigartig seien. Die Kooperation zwischen Antragsgegnerin und K***** habe schwerwiegende wettbewerbliche Auswirkungen auf andere Sägerundholzabnehmer, darunter insbesondere auch auf die vom Antragsteller vertretenen österreichischen Sägeunternehmen. Diese würden aufgrund der K***** vertraglich zugesicherten Mengen an Sägerundholz entweder gar nicht mehr oder nur noch sehr eingeschränkt von der Antragsgegnerin beliefert. Aufgrund der im Marktvergleich einzigartigen Vorteilsbedingungen des gegenständlichen Vertrags beim Einkauf von Sägerundholz würden die vom Antragsteller vertretenen österreichischen Sägeunternehmen diskriminiert und wären damit gegenüber der K***** Gruppe, die zunehmende Mengen an Schnittholz auch in Österreich absetze, einem massiven Wettbewerbsnachteil ausgesetzt. Der gegenständliche Vertrag bewirke daher erhebliche Wettbewerbsverzerrungen, insbesondere auch für in Österreich ansässige Unternehmen, weshalb die Zuständigkeit des Kartellgerichts gegeben sei. Nach Paragraph 2, NVG könne auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer als Lieferant bei Vorliegen gleicher Voraussetzungen ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedliche Bedingungen gewähre oder anbiete. Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung sei für die Anwendung von Paragraph 2, NVG gerade nicht Voraussetzung, sodass die Bestimmung des Paragraph 2, NVG im Ergebnis auf ein allgemeines Diskriminierungsverbot hinauslaufe.

Die Antragsgegnerin beantragte die Zurückweisung, hilfsweise die Abweisung des Sicherungsantrags. Sie brachte im Wesentlichen vor, das NVG sei auf den vorliegenden Sachverhalt, der sich zur Gänze außerhalb Österreichs ereignet habe und keine unmittelbaren Auswirkungen im Inland habe, nicht anwendbar. Das Unterlassungsbegehren richte sich gegen ein deutsches Unternehmen, welches einen Vertrag mit einem anderen deutschen Unternehmen nach deutschem Recht über Holzlieferungen innerhalb Deutschlands geschlossen habe. Selbst wenn von einer Anwendbarkeit des NVG auf im Ausland verwirklichte Sachverhalte ausgegangen werden sollte, müsse vom

Antragsteller dargelegt werden, dass sich der ausschließlich in Deutschland verwirklichte Sachverhalt auf den inländischen Markt auswirke. Außerdem beziehe sich das NVG auf den Einzelhandel und die Verhinderung des sogenannten „Greißlersterbens“, sodass der vorliegende Fall nicht von diesem Gesetz erfasst werde. § 2 Abs 1 NVG betreffe zudem lediglich Lieferanten von Wiederverkäufern. Weder die K***** Bayern GmbH noch die vom Antragsteller vertretenen Sägewerke seien aber als gewerberechtlich befugte Wiederverkäufer im Sinne dieser Bestimmung anzusehen. Außerdem handle es sich um marktübliche Preise. Die Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung seien im Übrigen nicht bescheinigt. Die Antragsgegnerin beantragte die Zurückweisung, hilfsweise die Abweisung des Sicherungsantrags. Sie brachte im Wesentlichen vor, das NVG sei auf den vorliegenden Sachverhalt, der sich zur Gänze außerhalb Österreichs ereignet habe und keine unmittelbaren Auswirkungen im Inland habe, nicht anwendbar. Das Unterlassungsbegehren richte sich gegen ein deutsches Unternehmen, welches einen Vertrag mit einem anderen deutschen Unternehmen nach deutschem Recht über Holzlieferungen innerhalb Deutschlands geschlossen habe. Selbst wenn von einer Anwendbarkeit des NVG auf im Ausland verwirklichte Sachverhalte ausgegangen werden sollte, müsse vom Antragsteller dargelegt werden, dass sich der ausschließlich in Deutschland verwirklichte Sachverhalt auf den inländischen Markt auswirke. Außerdem beziehe sich das NVG auf den Einzelhandel und die Verhinderung des sogenannten „Greißlersterbens“, sodass der vorliegende Fall nicht von diesem Gesetz erfasst werde. Paragraph 2, Absatz eins, NVG betreffe zudem lediglich Lieferanten von Wiederverkäufern. Weder die K***** Bayern GmbH noch die vom Antragsteller vertretenen Sägewerke seien aber als gewerberechtlich befugte Wiederverkäufer im Sinne dieser Bestimmung anzusehen. Außerdem handle es sich um marktübliche Preise. Die Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung seien im Übrigen nicht bescheinigt.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab.

Dabei ging es von folgendem Sachverhalt als bescheinigt aus:

Der Antragsteller ist eine öffentlich-rechtliche Körperschaft im Rahmen der Wirtschaftskammerorganisation Österreich. Zu seinen gesetzlichen Mitgliedern, deren wirtschaftliche Interessen er vertritt, gehören sämtliche Unternehmen der Holzverarbeitenden Industrie in Österreich, darunter auch die österreichischen Sägeunternehmen.

Die Antragsgegnerin ist eine Anstalt öffentlichen Rechts mit Sitz in *****, Deutschland. Ihre primäre Aufgabe ist die Bewirtschaftung der bayerischen Staatswaldflächen. Zur Erfüllung dieser Aufgabe schließt sie Holzlieferverträge mit Säge- und anderen Holzverarbeitenden Unternehmen im In- und Ausland ab, unter anderem mit österreichischen Sägeunternehmen, die Mitglieder des Fachverbands der Holzindustrie Österreichs sind. Der Holzeinschlag im Bayerischen Staatswald belief sich im Jahr 2006 auf rund 5,4 Mio Festmeter (fm), wovon über zwei Drittel als Stammholz in die Sägeindustrie gingen. Die Bayerischen Staatsforste sind der größte deutsche Rundholzanbieter und verfügen in Bayern über eine bedeutende Marktstellung. Ihre Geschäftstätigkeit umfasst die Bewirtschaftung von rund 720.000 Hektar Waldfläche und 85.000 Hektar sonstiger Flächen in Bayern und Österreich. Sie profitierten im Geschäftsjahr 2006 von der insbesondere im süddeutschen Raum deutlich gestiegenen Nachfrage. Der Auslandsanteil am Umsatz nahm im Geschäftsjahr 2006 deutlich ab und beträgt nur noch 15 %. Insbesondere wurden Lieferungen nach Österreich zugunsten der Bedienung ausgeweiteter bayerischer Verarbeitungskapazitäten reduziert.

Die K***** Gruppe ist vor allem in der Produktion von Schnittholz tätig, wovon sie im Jahr 2006 insgesamt ca 3,5 Mio fm produzierte. Im Jahr 2005 belief sich der Umsatz der K***** Gruppe, den diese vornehmlich in Europa, Asien und den USA erwirtschaftet, auf mehr als 480 Mio EUR. In Europa sind die wichtigsten Absatzmärkte für Schnittholz neben Deutschland vor allem Österreich, die Niederlande, Italien und Frankreich. Im Dezember 2006 ist das aktuell jüngste Großsägewerk von K***** in L***** in der Nähe von ***** in Bayern („Werk Bayern“) mit einer jährlichen Einschnittsleistung von ca 1 Mio fm in Betrieb gegangen. Im Vergleich dazu betrug die Einschnittsleistung der Sägewerke in Deutschland im Jahre 2004 ca 18 Mio fm Schnittholz. Die Errichtung dieses Großsägewerks etwas weniger als 70 km von der österreichischen Grenze entfernt erleichtert es K*****, Schnittholz in marktrelevanten Mengen nach Österreich zu liefern.

Der Freistaat Bayern hat am 4. 4. 2005 mit der K***** Bayern GmbH, *****, Deutschland, (im folgenden „K*****“) einen Vorvertrag über die Lieferung von Sägerundholz abgeschlossen, in welchen die Antragsgegnerin gemäß dessen Punkt 8.2 eingetreten ist. Auf Basis dieses Vertrags beliefert die Antragsgegnerin K***** zusammen mit den verbundenen Unternehmen („K***** Gruppe“) seit kurzem mit 500.000 fm Sägerundholz pro Jahr für das Werk Bayern. Wenn K***** das Werk Bayern nicht spätestens bis zum 31. 12. 2007 in Betrieb genommen hätte, hätten die

Parteien gemäß Z 8 des Vorvertrags von diesem zurücktreten können. Der Freistaat Bayern hat am 4. 4. 2005 mit der K***** Bayern GmbH, *****, Deutschland, (im folgenden „K*****“) einen Vorvertrag über die Lieferung von Sägerundholz abgeschlossen, in welchen die Antragsgegnerin gemäß dessen Punkt 8.2 eingetreten ist. Auf Basis dieses Vertrags beliefert die Antragsgegnerin K***** zusammen mit den verbundenen Unternehmen („K***** Gruppe“) seit kurzem mit 500.000 fm Sägerundholz pro Jahr für das Werk Bayern. Wenn K***** das Werk Bayern nicht spätestens bis zum 31. 12. 2007 in Betrieb genommen hätte, hätten die Parteien gemäß Ziffer 8, des Vorvertrags von diesem zurücktreten können.

Die Vertragslaufzeit des Kaufvertrags beträgt fünf Jahre und kann von jeder der beiden Vertragsparteien um weitere fünf Jahre verlängert werden.

Die Preise für Fichtenholz, von dem 450.000 fm geliefert werden, betragen für die Güteklassen SL B, SL D, SL BC

für die Sorte 1b jeweils 45 EUR, 28 EUR, 45 EUR pro fm,

für die Sorte 2a jeweils 55 EUR, 28 EUR, 55 EUR pro fm,

für die Sorte 2b+ jeweils 60 EUR, 32 EUR, 60 EUR pro fm.

Diese Preise gelten bis 2 Jahre nach Beginn der Holzlieferungen, längstens jedoch bis zum 31. 12. 2008 und werden danach nach einem Index angepasst, wobei diese Anpassungen auf +/- 2 EUR im Vergleich zum Vorjahr begrenzt sind.

Diese Vertragsmenge darf nur bis zu 30 % mit Holz der Güteklasse SL BC (Windwurf, Schneebruch oder Käferbefall ohne Bohrlöcher) erfüllt werden, das aber keine Gütebeeinträchtigung aufweisen darf.

Für Käferholz, nur soweit es von Rindenbrütern befallen oder qualitätsbeeinträchtigt ist, gilt ein Preisabschlag von 20 %. Die Antragsgegnerin verpflichtet sich, K***** Käferholz, welches im Einkaufsgebiet anfällt, oberhalb der Mindestjahresmenge anzubieten.

Sollte die Antragsgegnerin im Rundholzverkauf kein Skonto gewähren, wird der Skontoverzicht bei diesen Preisen berücksichtigt, sodass diese Preise um das bisherige, nach den derzeit gültigen Verkaufs- und Zahlungsbedingungen für Holzverkäufe aus dem Staatswald des Freistaats Bayern gewährte Skonto verringert werden.

Im Katastrophenfall - also wenn für Bayern eine Einschlagsbeschränkung nach § 1 Forstschaden-Ausgleichsgesetz verhängt wird - kann K***** auf Auslieferung der vertraglich vereinbarten Mindest-Jahresmenge bestehen. Im Katastrophenfall - also wenn für Bayern eine Einschlagsbeschränkung nach Paragraph eins, Forstschaden-Ausgleichsgesetz verhängt wird - kann K***** auf Auslieferung der vertraglich vereinbarten Mindest-Jahresmenge bestehen.

Im Gegenzug ist K***** für die Dauer der Einschlagsbeschränkung zur Abnahme einer bis zum 1,6-fachen der Liefermonatswerte erhöhten Vertragsmenge verpflichtet, sofern die Antragsgegnerin dies verlangt. Dabei gilt auch die Begrenzung der Menge von Holz der Güteklasse SL-BC auf 30 % der Liefermenge nicht.

Solange die Einschlagsbeschränkung besteht, werden die Vertragspreise um 10 % reduziert.

Demgegenüber beträgt die Laufzeit der Verträge der Antragsgegnerin mit H***** 14 Monate (38.000 fm), mit S***** 3 Monate (4.000 fm), mit dem Unternehmen F***** 13 Monate (250.000 fm), mit D***** 3 Monate (bis zu 9 Monaten) (10.000 fm [bis zu 30.000 fm]). Diese Verträge liefen im Zeitraum von August 2006 bis September 2007.

Die Kaufpreise für Fichtenholz (Frischholz) unentrindet, frei Waldstraße, betragen netto für H***** für die Sorte SL B, Stärke 1b und 2a 68 EUR bzw 78 EUR pro fm, für die Sorte SL D 47 EUR pro fm und für Fichtenholz (Käferholz), Sorte SL BC, Stärke 1b 52 EUR pro fm, sowie Sorte SL D Stärke 1b 47 EUR.

Für S***** betragen die Preise für Frischholz der Sorte SL B Stärke 1b 66 EUR, für die Stärken 2a und 2b+ 76 EUR und für Käferholz der Sorte SL BC, Stärke 1b 48 EUR und Stärken 2a und 2b+ 63 EUR.

Für das Unternehmen F***** betragen die Preise für Frischholz der Sorte SL B, Stärkeklassen 1b, 2a und 2b+ jeweils 58 EUR, 70 EUR bzw 73 EUR und für Käferholz der Sorte SL BC Stärkeklasse 1b 50 EUR, Stärkeklassen 2a und 2b+ 60 EUR.

Für D***** betragen die Preise für Frischholz der Sorte SL B für die Stärkeklassen 1b, 2a und 2b+ 66 EUR, 77 EUR und 80 EUR, für Käferholz der Sorte SL BC 51 EUR, 62 EUR und 65 EUR (frei Waldstraße).

H*****, S***** und dem Unternehmen F***** werden Frischholz, Käferholz oder Windwurfholz alternativ zur Erfüllung der Gesamtlieferverpflichtung bereitgestellt. D***** kann die Vertragsmenge sowohl als Frischholz, aus Windwurf (zeitnah aufgearbeitet) oder Käferholz geliefert werden.

Im Vertrag mit S***** wurde vereinbart, dass im Falle einer Einschlagsbeschränkung ein den neuen Marktverhältnissen angepasster Preis zu vereinbaren ist, der um bis zu 10 % niedriger sein kann. Die mengenmäßigen Liefer- und Abnahmeverpflichtungen bleiben in diesem Fall unberührt.

Die Nachfrage nach Sägerundholz aus den Wäldern der Antragsgegnerin liegt gewöhnlich über dem verfügbaren Angebot. Daher können größere Bestellmengen zu höheren Preisen führen.

Die von der Antragsgegnerin K***** eingeräumten vergleichsweise günstigen Vertragsbindungen hinsichtlich Menge und Qualität bzw Lieferbedingungen sowie Vertragsdauer und auch Preis haben einerseits auf dem Einkaufsmarkt für Sägerundholz wettbewerbliche Auswirkungen auf andere Sägerundholz verarbeitende Mitglieder des Antragstellers, insbesondere in räumlicher Nähe zum grenznahen Verkaufsgebiet für das „Werk Bayern“ (Einkaufsgebiet von K*****). Günstige Einkaufsbedingungen wirken sich aufgrund des hohen Anteils des Materialaufwands an den Produktionskosten im Wettbewerb stark aus. Diese Auswirkungen der günstigen Vertragsbedingungen werden zusätzlich verstärkt durch den zunehmenden Preiswettbewerb um den vorhandenen Rohstoff sowie eine deutliche Steigerung der Einschnitts- und Verarbeitungskapazitäten in den nächsten Jahren bei einem zunehmenden Konzentrationsprozess.

Jenen österreichischen Sägewerken, die nie Vertragspartner der Antragsgegnerin waren, hat die Antragsgegnerin bis jetzt auch für die Zukunft keinen Vertragsabschluss in Aussicht gestellt.

Aufgrund der K***** über einen längeren Zeitraum zugesicherten Mengen ist es unter Berücksichtigung des Nachfrageüberhangs möglich, dass Mitglieder des Antragstellers in räumlicher Nähe des Einkaufsgebiets für das Werk Bayern über einen längeren Zeitraum schon von vornherein kaum mehr als Abnehmer von Sägerundholz in Betracht kommen.

Andererseits ist K***** unmittelbar Wettbewerber von Mitgliedern des Antragstellers auch auf dem österreichischen wie auch internationalen Verkaufsmarkt für das von Sägewerken produzierte Schnittholz.

Die gegenständlichen Vertragsbedingungen können somit Mitglieder des Antragstellers im Wettbewerb sowohl unmittelbar auf dem Einkaufsmarkt für Sägerundholz als auch mittelbar auf dem Verkaufsmarkt für Schnittholz benachteiligen und daher zu Wettbewerbsverzerrungen in Österreich bis hin zu einem Verdrängungswettbewerb führen.

In rechtlicher Sicht würdigte das Erstgericht diesen Sachverhalt dahin, dass nach dem in § 24 Abs 2 KartG verankerten Auswirkungsprinzip das österreichische Kartellrecht, zu dessen Vorschriften auch das NVG zähle, grundsätzlich auf den vorliegenden Sachverhalt angewendet werden könne. Die Zuständigkeit des Kartellgerichts sei daher gegeben. Sie folge auch aus Art 5 Nr 3 EuGVVO, der auch für das Verfahren in Außerstreitsachen gelte. In rechtlicher Sicht würdigte das Erstgericht diesen Sachverhalt dahin, dass nach dem in Paragraph 24, Absatz 2, KartG verankerten Auswirkungsprinzip das österreichische Kartellrecht, zu dessen Vorschriften auch das NVG zähle, grundsätzlich auf den vorliegenden Sachverhalt angewendet werden könne. Die Zuständigkeit des Kartellgerichts sei daher gegeben. Sie folge auch aus Artikel 5, Nr 3 EuGVVO, der auch für das Verfahren in Außerstreitsachen gelte.

Allerdings sei der Tatbestand des § 2 NVG nicht erfüllt. Das NVG definiere den Ausdruck „gewerberechtlich befugter Wiederverkäufer“ zwar nicht, dieser ziele aber begrifflich auf den Erwerb von Gütern mit dem Ziel ihres Weiterverkaufs im Rahmen eines Gewerbes ab (Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur Gewerbeordnung² § 154 Rz 2), ohne jedoch detailliert die verschiedenen Ausprägungen des Handelsgewerbes sowie andere Gewerbe aufzuzählen, in deren Rahmen ein Weiterverkauf erfolgt. Dieser sei das Wesen des Handelsgewerbes sowie einiger weniger anderer Gewerbe bzw einzelner (Neben-)Tätigkeiten im Rahmen verschiedener Gewerbe, wobei etwa an den Betrieb von Tankstellen oder an das Gastgewerbe zu denken sei. Im Gegensatz dazu könne im Wesen des Gewerbes des Sägers - wie auch schon im Zeitpunkt der Erlassung des NVG - kein unmittelbarer Weiterverkauf gesehen werden. Es bestünden auch keine Anhaltspunkte für eine Intention des Gesetzgebers, § 2 NVG auf dieses Gewerbe anzuwenden. § 2 NVG sei vielmehr nur auf den Handel anzuwenden. Fehle es aber bereits an der Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf den vorliegenden Fall, so sei auf die weiteren Einwendungen der Antragsgegnerin nicht

einzugehen. Allerdings sei der Tatbestand des Paragraph 2, NVG nicht erfüllt. Das NVG definiere den Ausdruck „gewerberechtlich befugter Wiederverkäufer“ zwar nicht, dieser ziele aber begrifflich auf den Erwerb von Gütern mit dem Ziel ihres Weiterverkaufs im Rahmen eines Gewerbes ab (Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur Gewerbeordnung² Paragraph 154, Rz 2), ohne jedoch detailliert die verschiedenen Ausprägungen des Handelsgewerbes sowie andere Gewerbe aufzuzählen, in deren Rahmen ein Weiterverkauf erfolgt. Dieser sei das Wesen des Handelsgewerbes sowie einiger weniger anderer Gewerbe bzw einzelner (Neben-)Tätigkeiten im Rahmen verschiedener Gewerbe, wobei etwa an den Betrieb von Tankstellen oder an das Gastgewerbe zu denken sei. Im Gegensatz dazu könne im Wesen des Gewerbes des Sägers - wie auch schon im Zeitpunkt der Erlassung des NVG - kein unmittelbarer Weiterverkauf gesehen werden. Es bestünden auch keine Anhaltspunkte für eine Intention des Gesetzgebers, Paragraph 2, NVG auf dieses Gewerbe anzuwenden. Paragraph 2, NVG sei vielmehr nur auf den Handel anzuwenden. Fehle es aber bereits an der Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf den vorliegenden Fall, so sei auf die weiteren Einwendungen der Antragsgegnerin nicht einzugehen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs des Antragstellers.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs ist berechtigt.

1. Zur Rechtzeitigkeit

1.1. Nach § 7 Abs 1 NVG gelten für das Verfahren vor dem Kartellgericht und vor dem Kartellobergericht die allgemeinen Bestimmungen des Verfahrens außer Streitsachen mit den in §§ 47, 49 KartG 2005 festgelegten Besonderheiten, soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt ist. 1.1. Nach Paragraph 7, Absatz eins, NVG gelten für das Verfahren vor dem Kartellgericht und vor dem Kartellobergericht die allgemeinen Bestimmungen des Verfahrens außer Streitsachen mit den in Paragraphen 47,, 49 KartG 2005 festgelegten Besonderheiten, soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt ist.

Nach § 7 Abs 3 NVG bestimmt alle Fristen mit Ausnahme der vier Wochen betragenden Notfrist für die Erhebung des Rekurses gegen die Endentscheidung und für die Erstattung der Rekursgegenschrift der Senatsvorsitzende. Diese Frist hat - ausgenommen im Verfahren nach Abs 4 - mindestens acht Tage zu betragen. Nach Paragraph 7, Absatz 3, NVG bestimmt alle Fristen mit Ausnahme der vier Wochen betragenden Notfrist für die Erhebung des Rekurses gegen die Endentscheidung und für die Erstattung der Rekursgegenschrift der Senatsvorsitzende. Diese Frist hat - ausgenommen im Verfahren nach Absatz 4, - mindestens acht Tage zu betragen.

Nach § 7 Abs 4 NVG kann das Kartellgericht zur Abwendung eines drohenden unwiederbringlichen Schadens auf Antrag eine vorläufige Untersagung oder eine vorläufige Anordnung erlassen. Der Antragsgegner ist vor der Entscheidung zu hören. Der Rekurs gegen eine solche Entscheidung des Kartellgerichts hat keine aufschiebende Wirkung. Nach Paragraph 7, Absatz 4, NVG kann das Kartellgericht zur Abwendung eines drohenden unwiederbringlichen Schadens auf Antrag eine vorläufige Untersagung oder eine vorläufige Anordnung erlassen. Der Antragsgegner ist vor der Entscheidung zu hören. Der Rekurs gegen eine solche Entscheidung des Kartellgerichts hat keine aufschiebende Wirkung.

1.2. Nach den Gesetzesmaterialien (Bericht des Handelsausschusses 565 BlgNR 14. GP 2) erschien es dem Ausschuss angesichts des materiellen Zusammenhangs mit Normen des Kartellgesetzes zweckmäßig, auch Verfahrensbestimmungen des Kartellgesetzes „unter Anpassung an die spezifischen Erfordernisse des vorliegenden Gesetzesentwurfs“ zu übernehmen. Eine nähere Begründung für die zitierte Regelung des § 7 Abs 3 und 4 NVG enthalten die Materialien nicht (zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes und zu legislatischen Mängeln vgl Barfuß, Das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen [„NVG“], ÖZW 1978, 10). 1.2. Nach den Gesetzesmaterialien (Bericht des Handelsausschusses 565 BlgNR 14. Gesetzgebungsperiode 2) erschien es dem Ausschuss angesichts des materiellen Zusammenhangs mit Normen des Kartellgesetzes zweckmäßig, auch Verfahrensbestimmungen des Kartellgesetzes „unter Anpassung an die spezifischen Erfordernisse des vorliegenden Gesetzesentwurfs“ zu übernehmen. Eine nähere Begründung für die zitierte Regelung des Paragraph 7, Absatz 3 und 4 NVG enthalten die Materialien nicht (zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes und zu legislatischen Mängeln vergleiche Barfuß, Das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen [„NVG“], ÖZW 1978, 10).

1.3. Die Rekursfrist des § 49 Abs 2 KartG ist auf den vorliegenden Fall nicht (unmittelbar) anzuwenden, enthält § 7 Abs 3 NVG hier doch eine abweichende Sonderregelung. Demnach sieht das Gesetz keine fixen Fristen vor, sondern überlässt deren Festsetzung dem Senatsvorsitzenden. Dass dies offenbar grundsätzlich auch für Rekursfristen gelten soll, ergibt sich daraus, dass § 7 Abs 3 NVG (nur) für die Erhebung des Rekurses gegen die Endentscheidung eine Fristbestimmung durch den Senatsvorsitzenden ausschließt. Andere Rekursfristen können hingegen offenbar vom Vorsitzenden im jeweiligen Einzelfall festgelegt werden, wobei freilich wertungsmäßig die vierwöchige Höchstfrist für die Bekämpfung der Hauptsacheentscheidung nach § 7 Abs 3 NVG und die Frist des § 49 Abs 2 KartG hier wohl eine Obergrenze für die richterliche Fristfestsetzung bilden. Im vorliegenden Fall hat der Vorsitzende des Erstgerichts jedoch entgegen § 7 Abs 3 NVG keine Frist für die Rekuserhebung gesetzt. Damit ist der innerhalb der vierwöchigen Frist des § 48 KartG erhobene Rekurs des Antragstellers rechtzeitig.

1.3. Die Rekursfrist des Paragraph 49, Absatz 2, KartG ist auf den vorliegenden Fall nicht (unmittelbar) anzuwenden, enthält Paragraph 7, Absatz 3, NVG hier doch eine abweichende Sonderregelung. Demnach sieht das Gesetz keine fixen Fristen vor, sondern überlässt deren Festsetzung dem Senatsvorsitzenden. Dass dies offenbar grundsätzlich auch für Rekursfristen gelten soll, ergibt sich daraus, dass Paragraph 7, Absatz 3, NVG (nur) für die Erhebung des Rekurses gegen die Endentscheidung eine Fristbestimmung durch den Senatsvorsitzenden ausschließt. Andere Rekursfristen können hingegen offenbar vom Vorsitzenden im jeweiligen Einzelfall festgelegt werden, wobei freilich wertungsmäßig die vierwöchige Höchstfrist für die Bekämpfung der Hauptsacheentscheidung nach Paragraph 7, Absatz 3, NVG und die Frist des Paragraph 49, Absatz 2, KartG hier wohl eine Obergrenze für die richterliche Fristfestsetzung bilden. Im vorliegenden Fall hat der Vorsitzende des Erstgerichts jedoch entgegen Paragraph 7, Absatz 3, NVG keine Frist für die Rekuserhebung gesetzt. Damit ist der innerhalb der vierwöchigen Frist des Paragraph 48, KartG erhobene Rekurs des Antragstellers rechtzeitig.

1.4. Zum selben Ergebnis käme man, wenn man das Provisorialverfahren nach dem NVG als im Sinne des § 7 Abs 3 NVG eigenständiges Verfahren (arg: „ausgenommen im Verfahren nach Abs 4“) versteht, sodass die Entscheidung über die Erlassung einer einstweiligen Verfügung als „Endentscheidung“ des Provisorialverfahrens anzusehen ist, für deren Bekämpfung das Gesetz eine fixe Notfrist von vier Wochen vorsieht. Auch diesfalls wäre der Rekurs des Antragstellers rechtzeitig.

1.4. Zum selben Ergebnis käme man, wenn man das Provisorialverfahren nach dem NVG als im Sinne des Paragraph 7, Absatz 3, NVG eigenständiges Verfahren (arg: „ausgenommen im Verfahren nach Absatz 4“,) versteht, sodass die Entscheidung über die Erlassung einer einstweiligen Verfügung als „Endentscheidung“ des Provisorialverfahrens anzusehen ist, für deren Bekämpfung das Gesetz eine fixe Notfrist von vier Wochen vorsieht. Auch diesfalls wäre der Rekurs des Antragstellers rechtzeitig.

2. Inländische Gerichtsbarkeit

2.1. In Hinblick auf die Eigenschaft der Antragsgegnerin als Anstalt öffentlichen Rechts ist zunächst auf die - eine in jeder Lage des Verfahrens wahrzunehmende Prozessvoraussetzung bildende - inländische Gerichtsbarkeit einzugehen: Die Frage der der Antragsgegnerin zukommenden Immunität ist unabhängig von der allfälligen, im Folgenden zu erörternden Anwendbarkeit der EuGVVO zu prüfen, weil die EuGVVO Raum für die Berücksichtigung diesbezüglicher, vor allem völkerrechtlicher Regelungen lässt, diesen Aspekt mithin daher gar nicht regelt (Kodek in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht² Art 34 Rz 43; Geimer, IPRax 2008, 225; vgl. EuGH 15. 2. 2007, C-292/05; dazu M. Stürner, Staatenimmunität und Brüssel I-Verordnung - Die zivilprozessuale Behandlung und Entschädigungsklagen wegen Kriegsverbrechen im europäischen Justizraum, IPRax 2008, 197).

2.1. In Hinblick auf die Eigenschaft der Antragsgegnerin als Anstalt öffentlichen Rechts ist zunächst auf die - eine in jeder Lage des Verfahrens wahrzunehmende Prozessvoraussetzung bildende - inländische Gerichtsbarkeit einzugehen: Die Frage der der Antragsgegnerin zukommenden Immunität ist unabhängig von der allfälligen, im Folgenden zu erörternden Anwendbarkeit der EuGVVO zu prüfen, weil die EuGVVO Raum für die Berücksichtigung diesbezüglicher, vor allem völkerrechtlicher Regelungen lässt, diesen Aspekt mithin daher gar nicht regelt (Kodek in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht² Artikel 34, Rz 43; Geimer, IPRax 2008, 225; vergleiche EuGH 15. 2. 2007, C-292/05; dazu M. Stürner, Staatenimmunität und Brüssel I-Verordnung - Die zivilprozessuale Behandlung und Entschädigungsklagen wegen Kriegsverbrechen im europäischen Justizraum, IPRax 2008, 197).

2.2. Ob und unter welchen Voraussetzungen ein ausländischer Staat vor einem inländischen Gericht geklagt werden kann, wird durch verschiedene Normen des Völkergewohnheitsrechts und des Völkervertragsrechts geregelt (Matscher in Fasching² I Art IX EGJN Rz 115). Kraft allgemeinen Völkerrechts sind fremde Staaten von der inländischen

Gerichtsbarekeit weitgehend ausgenommen (Matscher aaO Rz 196). Was als ein Staat anzusehen ist, regelt das Völkerrecht (Matscher aaO); auch territoriale Untergliederungen eines (Bundes-)Staats (Länder, Regionen, Gemeinden usw) fallen darunter (Matscher aaO Rz 197). Teilweise werden - vor allem im anglo-amerikanischen Rechtsbereich - darunter auch staatliche Unternehmen verstanden.2.2. Ob und unter welchen Voraussetzungen ein ausländischer Staat vor einem inländischen Gericht geklagt werden kann, wird durch verschiedene Normen des Völkergewohnheitsrechts und des Völkervertragsrechts geregelt (Matscher in Fasching² römisch eins Art römisch IX EGJN Rz 115). Kraft allgemeinen Völkerrechts sind fremde Staaten von der inländischen Gerichtsbarekeit weitgehend ausgenommen (Matscher aaO Rz 196). Was als ein Staat anzusehen ist, regelt das Völkerrecht (Matscher aaO); auch territoriale Untergliederungen eines (Bundes-)Staats (Länder, Regionen, Gemeinden usw) fallen darunter (Matscher aaO Rz 197). Teilweise werden - vor allem im anglo-amerikanischen Rechtsbereich - darunter auch staatliche Unternehmen verstanden.

2.3. Völkervertragsrechtlich besteht unter anderem das im Rahmen des Europarats verabschiedete - auf österreichische Initiative erarbeitete - europäische Übereinkommen über Staatenimmunität vom 16. Mai 1972, BGBl 1976/432 (EuÜStI; dazu Geimer, Internationales Zivilprozessrecht³ Rz 666 ff; Hess, Staatenimmunität bei Distanzdelikten 210 ff; Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht⁴ § 2 Rz 14; Matscher in Fasching² I Art IX EGJN Rz 235 ff). Diese Konvention ist nur im Verhältnis zwischen den Vertragsstaaten anzuwenden (Mayr in Rechberger, ZPO³ Art IX EGJN Rz 3; SZ 62/111 = JBl 1989, 799; 4 Ob 97/01w). Neben Österreich ist auch Deutschland Vertragsstaat dieses Abkommens (Matscher aaO Rz 237).2.3. Völkervertragsrechtlich besteht unter anderem das im Rahmen des Europarats verabschiedete - auf österreichische Initiative erarbeitete - europäische Übereinkommen über Staatenimmunität vom 16. Mai 1972, BGBl 1976/432 (EuÜStI; dazu Geimer, Internationales Zivilprozessrecht³ Rz 666 ff; Hess, Staatenimmunität bei Distanzdelikten 210 ff; Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht⁴ Paragraph 2, Rz 14; Matscher in Fasching² römisch eins Art römisch IX EGJN Rz 235 ff). Diese Konvention ist nur im Verhältnis zwischen den Vertragsstaaten anzuwenden (Mayr in Rechberger, ZPO³ Art römisch IX EGJN Rz 3; SZ 62/111 = JBl 1989, 799; 4 Ob 97/01w). Neben Österreich ist auch Deutschland Vertragsstaat dieses Abkommens (Matscher aaO Rz 237).

2.4. Art 15 des zitierten Übereinkommens gewährt einem Vertragsstaat - vorbehaltlich einer von Österreich nicht abgegebenen Fakultativklärung nach Art 24 leg cit - Immunität für solche Verfahren, die nicht die in Art 1 bis 14 EuÜStI aufgezählten Fälle betreffen; eine Unterscheidung zwischen Hoheitsakten (acta iure imperii) und privatrechtsgeschäftlichen Akten (acta iure gestionis) wird in diesem Zusammenhang nicht getroffen (Matscher aaO Rz 235; 4 Ob 97/01w).2.4. Artikel 15, des zitierten Übereinkommens gewährt einem Vertragsstaat - vorbehaltlich einer von Österreich nicht abgegebenen Fakultativklärung nach Artikel 24, leg cit - Immunität für solche Verfahren, die nicht die in Artikel eins bis 14 EuÜStI aufgezählten Fälle betreffen; eine Unterscheidung zwischen Hoheitsakten (acta iure imperii) und privatrechtsgeschäftlichen Akten (acta iure gestionis) wird in diesem Zusammenhang nicht getroffen (Matscher aaO Rz 235; 4 Ob 97/01w).

2.5. Nach der in Art 27 des Übereinkommens enthaltenen Legaldefinition schließt für Zwecke dieses Übereinkommens der Ausdruck „Vertragsstaat“ einen Rechtsträger eines Vertragsstaats nicht ein, der sich von diesem unterscheidet und die Fähigkeit hat, vor Gerichten aufzutreten, selbst wenn er mit öffentlichen Aufgaben betraut ist (Art 27 Z 1 EuÜStI). Jeder derartige Rechtsträger kann vor dem Gericht eines anderen Vertragsstaats wie eine Privatperson in Anspruch genommen werden; diese Gerichte können jedoch nicht über in Ausübung der Hoheitsgewalt vorgenommene Handlungen (acta iure imperii) des Rechtsträgers entscheiden.2.5. Nach der in Artikel 27, des Übereinkommens enthaltenen Legaldefinition schließt für Zwecke dieses Übereinkommens der Ausdruck „Vertragsstaat“ einen Rechtsträger eines Vertragsstaats nicht ein, der sich von diesem unterscheidet und die Fähigkeit hat, vor Gerichten aufzutreten, selbst wenn er mit öffentlichen Aufgaben betraut ist (Artikel 27, Ziffer eins, EuÜStI). Jeder derartige Rechtsträger kann vor dem Gericht eines anderen Vertragsstaats wie eine Privatperson in Anspruch genommen werden; diese Gerichte können jedoch nicht über in Ausübung der Hoheitsgewalt vorgenommene Handlungen (acta iure imperii) des Rechtsträgers entscheiden.

2.6. Dies entspricht auch der zum deutschen Recht vertretenen Ansicht. Nach traditioneller Auffassung können sich zwar staatlich beherrschte juristische Personen grundsätzlich nicht auf die Immunität berufen (BGHZ 18, 1, 9 = NJW 1955, 1435; BGH NJW1965, 1664 ua; dazu Reh binder in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁴ II § 130 GWB Rz 328). Nach Emmerich (in Immenga/Mestmäcker, Wettberbsrecht⁴ II § 130 GWB Rz 106) ist es sogar „selbstverständlich“, dass jede Kartellbehörde gegen verselbständigte öffentliche Unternehmen in privater Rechtsform

vorgehen könne. Auch für das deutsche autonome Recht ist allerdings jene Ansicht im Vordringen begriffen, wonach juristischen Personen des Privatrechts die Staatenimmunität dann zukommt, wenn diese hoheitliche Aufgaben wahrnehmen (zu dieser „funktionalen“ Betrachtungsweise Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht Rz 153; Reh binder aaO).2.6. Dies entspricht auch der zum deutschen Recht vertretenen Ansicht. Nach traditioneller Auffassung können sich zwar staatlich beherrschte juristische Personen grundsätzlich nicht auf die Immunität berufen (BGHZ 18, 1, 9 = NJW 1955, 1435; BGH NJW1965, 1664 ua; dazu Reh binder in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁴ römisch II Paragraph 130, GWB Rz 328). Nach Emmerich (in Immenga/Mestmäcker, Wettberbsrecht⁴ römisch II Paragraph 130, GWB Rz 106) ist es sogar „selbstverständlich“, dass jede Kartellbehörde gegen verselbständigte öffentliche Unternehmen in privater Rechtsform vorgehen könne. Auch für das deutsche autonome Recht ist allerdings jene Ansicht im Vordringen begriffen, wonach juristischen Personen des Privatrechts die Staatenimmunität dann zukommt, wenn diese hoheitliche Aufgaben wahrnehmen (zu dieser „funktionalen“ Betrachtungsweise Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht Rz 153; Reh binder aaO).

2.7. Lediglich in diesem Bereich hat somit die Abgrenzung zwischen hoheitlichem und privatwirtschaftlichem Handeln Bedeutung: Während nach älterem Völkerrecht die staatliche Immunität weitgehend absolut war (Matscher in Fasching² I Art IX EGJN Rz 203), setzte sich ab dem Beginn des 20. Jahrhunderts im Völkerrecht eine Differenzierung zwischen Hoheitsakten und privatrechtsgeschäftlichen Akten durch; Immunität wird dem Staat nur für den erstgenannten Bereich zuerkannt (Matschera aO; 1 Ob 167/49 = SZ 23/143 = EvBl 1950, 356). Als dem privatwirtschaftlichen Bereich zugehörig wurde unter anderem etwa der Betrieb eines Reisebusdienstes durch die Staatsbahnen, die Unterhaltung von Büros einer staatlichen Fluggesellschaft, der Betrieb eines Fremdenverkehrsamts oder einer Public Relations-Institution angesehen (Matscher aaO Rz 215 mwN).2.7. Lediglich in diesem Bereich hat somit die Abgrenzung zwischen hoheitlichem und privatwirtschaftlichem Handeln Bedeutung: Während nach älterem Völkerrecht die staatliche Immunität weitgehend absolut war (Matscher in Fasching² römisch eins Art römisch IX EGJN Rz 203), setzte sich ab dem Beginn des 20. Jahrhunderts im Völkerrecht eine Differenzierung zwischen Hoheitsakten und privatrechtsgeschäftlichen Akten durch; Immunität wird dem Staat nur für den erstgenannten Bereich zuerkannt (MatscheraaO; 1 Ob 167/49 = SZ 23/143 = EvBl 1950, 356). Als dem privatwirtschaftlichen Bereich zugehörig wurde unter anderem etwa der Betrieb eines Reisebusdienstes durch die Staatsbahnen, die Unterhaltung von Büros einer staatlichen Fluggesellschaft, der Betrieb eines Fremdenverkehrsamts oder einer Public Relations-Institution angesehen (Matscher aaO Rz 215 mwN).

2.8. Der Antragsgegnerin kommt als Anstalt öffentlichen Rechts zweifellos Rechtspersönlichkeit im Sinne des Art 27 Z 1 EuÜStI zu. Im Hinblick auf die ihr gesetzlich übertragene Aufgabe (§ 3 des Bayerischen Gesetzes zur Errichtung des Unternehmens „Bayerische Staatsforsten“ - Staatsforstengesetz, GVBl 2005, 138) der Bewirtschaftung des Staatswaldes liegt auch keine hoheitliche Tätigkeit im angeführten Sinn vor.2.8. Der Antragsgegnerin kommt als Anstalt öffentlichen Rechts zweifellos Rechtspersönlichkeit im Sinne des Artikel 27, Ziffer eins, EuÜStI zu. Im Hinblick auf die ihr gesetzlich übertragene Aufgabe (Paragraph 3, des Bayerischen Gesetzes zur Errichtung des Unternehmens „Bayerische Staatsforsten“ - Staatsforstengesetz, GVBl 2005, 138) der Bewirtschaftung des Staatswaldes liegt auch keine hoheitliche Tätigkeit im angeführten Sinn vor.

2.9. Damit unterliegt die Antragsgegnerin aber der inländischen Gerichtsbarkeit, ohne dass es eines weiteren Eingehens auf die in der Lehre unterschiedlich beantwortete Frage bedürfte, inwieweit die in Art 11 des Übereinkommens festgelegte Ausnahme für den Ersatz von Personen- und Sachschäden in erweiternder Auslegung allgemein auf Schadenersatz- und Unterlassungsklagen zu erstrecken ist (dazu 4 Ob 97/01w). Im Übrigen hat sich die Antragsgegnerin auf das Verfahren eingelassen, ohne ihre Gerichtspflichtigkeit nach österreichischem Recht zu bestreiten (vgl Art 3 Z 1 EuÜStI).2.9. Damit unterliegt die Antragsgegnerin aber der inländischen Gerichtsbarkeit, ohne dass es eines weiteren Eingehens auf die in der Lehre unterschiedlich beantwortete Frage bedürfte, inwieweit die in Artikel 11, des Übereinkommens festgelegte Ausnahme für den Ersatz von Personen- und Sachschäden in erweiternder Auslegung allgemein auf Schadenersatz- und Unterlassungsklagen zu erstrecken ist (dazu 4 Ob 97/01w). Im Übrigen hat sich die Antragsgegnerin auf das Verfahren eingelassen, ohne ihre Gerichtspflichtigkeit nach österreichischem Recht zu bestreiten vergleiche Artikel 3, Ziffer eins, EuÜStI).

3. Internationale Zuständigkeit

a) Anwendbarkeit der EuGVO

3.1. Die Antragsgegnerin hat im Verfahren erster Instanz ausdrücklich die Unzuständigkeit des Erstgerichts eingewandt. Dass die Antragsgegnerin in ihrer Rekursbeantwortung nicht mehr auf diesen Einwand zurückkommt, schadet nichts, weil selbst im - im Vergleich zum Außerstreitverfahren formstrengeren - Streitverfahren nach § 468 Abs 2 ZPO in der Rekursbeantwortung nur Verfahrensmängel und unrichtige Tatsachenfeststellungen, nicht aber Nichtigkeitsgründe gerügt werden müssen. Der in der Unzuständigkeit des Erstgerichts liegende Nichtigkeitsgrund ist vielmehr, solange keine Heilung eingetreten ist, in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen wahrzunehmen. Vor diesem Hintergrund der innerstaatlichen Rechtslage kann - wenngleich der Beklagte zur Vermeidung einer Heilung im Sinne des Art 24 EuGVVO grundsätzlich während des gesamten Verfahrens an seinem Einwand der internationalen Unzuständigkeit festhalten muss (Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht² Art 24 EuGVVO Rz 52) - in der Unterlassung der ausdrücklichen Aufrechterhaltung eines in erster Instanz erhobenen Einwands in der Rekursbeantwortung auch keine (vorbehaltlose) Einlassung in das Verfahren im Sinne des Art 24 EuGVVO erblickt werden.

3.1. Die Antragsgegnerin hat im Verfahren erster Instanz ausdrücklich die Unzuständigkeit des Erstgerichts eingewandt. Dass die Antragsgegnerin in ihrer Rekursbeantwortung nicht mehr auf diesen Einwand zurückkommt, schadet nichts, weil selbst im - im Vergleich zum Außerstreitverfahren formstrengeren - Streitverfahren nach Paragraph 468, Absatz 2, ZPO in der Rekursbeantwortung nur Verfahrensmängel und unrichtige Tatsachenfeststellungen, nicht aber Nichtigkeitsgründe gerügt werden müssen. Der in der Unzuständigkeit des Erstgerichts liegende Nichtigkeitsgrund ist vielmehr, solange keine Heilung eingetreten ist, in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen wahrzunehmen. Vor diesem Hintergrund der innerstaatlichen Rechtslage kann - wenngleich der Beklagte zur Vermeidung einer Heilung im Sinne des Artikel 24, EuGVVO grundsätzlich während des gesamten Verfahrens an seinem Einwand der internationalen Unzuständigkeit festhalten muss (Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht² Artikel 24, EuGVVO Rz 52) - in der Unterlassung der ausdrücklichen Aufrechterhaltung eines in erster Instanz erhobenen Einwands in der Rekursbeantwortung auch keine (vorbehaltlose) Einlassung in das Verfahren im Sinne des Artikel 24, EuGVVO erblickt werden.

3.2. Zur Anwendbarkeit der EuGVVO auf Kartellsachen werden im Schrifttum unterschiedliche Auffassungen vertreten. Ein Teil der Lehre bejaht die Anwendbarkeit der EuGVVO (Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht² Art 5 Rz 76; Mayr/Czernich, Das neue europäische Zivilprozessrecht [2002] 70). Demgegenüber vertritt Fuchs (Internationale Zuständigkeit im Außerstreitverfahren [2004] Rz 447), dass es sich beim Kartellrecht um keine Zivil- oder Handelssache im Sinn der EuGVVO handle, weil dem Kartellrecht die Aufgabe zukomme, die wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Funktionen des Wettbewerbs zu sichern; es erfülle eine öffentlich-rechtliche Funktion.

3.2. Zur Anwendbarkeit der EuGVVO auf Kartellsachen werden im Schrifttum unterschiedliche Auffassungen vertreten. Ein Teil der Lehre bejaht die Anwendbarkeit der EuGVVO (Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht² Artikel 5, Rz 76; Mayr/Czernich, Das neue europäische Zivilprozessrecht [2002] 70). Demgegenüber vertritt Fuchs (Internationale Zuständigkeit im Außerstreitverfahren [2004] Rz 447), dass es sich beim Kartellrecht um keine Zivil- oder Handelssache im Sinn der EuGVVO handle, weil dem Kartellrecht die Aufgabe zukomme, die wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Funktionen des Wettbewerbs zu sichern; es erfülle eine öffentlich-rechtliche Funktion.

3.3. Nach in Deutschland herrschender Auffassung fallen „zivilrechtliche Kartellsachen“ unter den Begriff der „Zivil- und Handelssachen“ im Sinne des Art 2 EuGVVO (Rehbinder in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁴ II § 130 GWB Rz 338; Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁴ I Anh 2 VO 1/2003 Rz 24; Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht² Art 1 Rz 31; Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht⁸ Art 1 Rz 15; Leible in Rauscher, Europäisches Zivilprozessrecht² Art 5 Rz 79). Demnach sei die EuGVVO daher auch auf zivilrechtliche Rechtsstreitigkeiten in Kartellsachen anzuwenden (Rehbinder aaO; Geimer/Schütze aaO; Kropholler aaO).

3.3. Nach in Deutschland herrschender Auffassung fallen „zivilrechtliche Kartellsachen“ unter den Begriff der „Zivil- und Handelssachen“ im Sinne des Artikel 2, EuGVVO (Rehbinder in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁴ römisch II Paragraph 130, GWB Rz 338; Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁴ römisch eins Anh 2 VO 1/2003 Rz 24; Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht² Artikel eins, Rz 31; Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht⁸ Artikel eins, Rz 15; Leible in Rauscher, Europäisches Zivilprozessrecht² Artikel 5, Rz 79). Demnach sei die EuGVVO daher auch auf zivilrechtliche Rechtsstreitigkeiten in Kartellsachen anzuwenden (Rehbinder aaO; Geimer/Schütze aaO; Kropholler aaO).

3.4. Demgegenüber unterliege das sogenannte „Kartellverwaltungsrecht“ nicht den Regelungen der EuGVVO; hier richtet sich die Zuständigkeit der nationalen Behörden ausschließlich nach autonomem nationalen Recht. Dies führt zu

einem weitestgehenden Gleichlauf von materiellem Recht und internationaler Zuständigkeit (Pfeiffer, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit - die internationale Zuständigkeit im Zivilprozess zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik [1993] 744; Immenga in MünchKomm BGB Band 11 IntWettbR/IntKartR Rz 82; Rehlinger - Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts 330 ff).

3.5. Das österreichische Kartellrecht (im weiteren Sinne) wird als duales System beschrieben, das auf einem verwaltungsbehördlich unterstützten und betriebenen Gerichtsmodell beruht (Thyri, Kartellrechtsvollzug in Österreich [2007] Rz 63). Die Bundeswettbewerbsbehörde spricht von einem „verwaltungsbehördlich-zivilgerichtlichen Mischsystem“ (TB 2002/2003, 6). Neben der Bundeswettbewerbsbehörde und dem Kartellanwalt kommt gerade im Bereich des NVG auch zahlreichen anderen Amtsparteien (vgl etwa Okt 1/93) Parteistellung zu. 3.5. Das österreichische Kartellrecht (im weiteren Sinne) wird als duales System beschrieben, das auf einem verwaltungsbehördlich unterstützten und betriebenen Gerichtsmodell beruht (Thyri, Kartellrechtsvollzug in Österreich [2007] Rz 63). Die Bundeswettbewerbsbehörde spricht von einem „verwaltungsbehördlich-zivilgerichtlichen Mischsystem“ (TB 2002/2003, 6). Neben der Bundeswettbewerbsbehörde und dem Kartellanwalt kommt gerade im Bereich des NVG auch zahlreichen anderen Amtsparteien vergleiche etwa Okt 1/93) Parteistellung zu.

3.6. Vor diesem Hintergrund ist zu fragen, inwieweit das vorliegende Verfahren im Rahmen der hier gebotenen autonomen Auslegung (vgl nur Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht⁸ Einl Rz 41) als „Zivilverfahren“ im Sinne der EuGVVO qualifiziert werden kann. Die eingehendste Untersuchung des Verhältnisses zwischen Kartellverfahren und EuGVVO stammt von Schober (Kartellgerichtsbarkeit nach dem Kartellgesetz 2005 [DissWien 2005] 78 ff). Demnach seien Verfahren über Abstellaufträge mit Antragstellern, die nicht im Zusammenhang mit hoheitlichen Befugnissen tätig werden, Zivil- und Handelssachen; diese Verfahren erfüllten eine ähnliche Funktion wie Unterlassungsklagen nach dem UWG. Insoweit handle es sich beim Verfahren vor dem Kartellgericht um ein Zivilverfahren im Sinne der EuGVVO, weil das Kartellgericht weitgehend an die Anträge der Parteien gebunden sei und eine abschließende Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter treffe. Anderes gelte für Verfahren mit Beteiligung der Bundeswettbewerbsbehörde, des Bundeskartellanwalts oder eines Regulators. 3.6. Vor diesem Hintergrund ist zu fragen, inwieweit das vorliegende Verfahren im Rahmen der hier gebotenen autonomen Auslegung vergleiche nur Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht⁸ Einl Rz 41) als „Zivilverfahren“ im Sinne der EuGVVO qualifiziert werden kann. Die eingehendste Untersuchung des Verhältnisses zwischen Kartellverfahren und EuGVVO stammt von Schober (Kartellgerichtsbarkeit nach dem Kartellgesetz 2005 [DissWien 2005] 78 ff). Demnach seien Verfahren über Abstellaufträge mit Antragstellern, die nicht im Zusammenhang mit hoheitlichen Befugnissen tätig werden, Zivil- und Handelssachen; diese Verfahren erfüllten eine ähnliche Funktion wie Unterlassungsklagen nach dem UWG. Insoweit handle es sich beim Verfahren vor dem Kartellgericht um ein Zivilverfahren im Sinne der EuGVVO, weil das Kartellgericht weitgehend an die Anträge der Parteien gebunden sei und eine abschließende Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter treffe. Anderes gelte für Verfahren mit Beteiligung der Bundeswettbewerbsbehörde, des Bundeskartellanwalts oder eines Regulators.

3.7. Dem ist zumindest für den hier vorliegenden Fall einer Klage eines Verbands im Sinne des § 7 Abs 2 Z 2 NVG zu folgen. Der EuGH hat in der Entscheidung Verein für Konsumenteninformation gegen Henkel (C 167/00, Tz 25 und 9) ausgesprochen, dass die Einräumung von Parteistellung an einen Verband ohne eigene Betroffenheit noch kein - nicht unter die EuGVVO fallendes - Tätigwerden im Zusammenhang mit hoheitlichen Befugnissen bildet (vgl hierzu auch Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht⁸ Art 1 Rz 15 mwN; vgl auch EuGH 15. 2. 2007, C-292/05). Dem klagenden Verband nach § 7 Abs 2 Z 2 NVG kommen abgesehen von der Parteistellung keinerlei prozessuale oder materielle Vorrechte zu. Insbesondere verfügt dieser über keine besonderen Ermittlungsbefugnisse oder sonstigen Zwangsbefugnisse und unterscheidet sich daher nicht von Individualparteien (vgl auch Geimer in Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht² Art 1 EuGVVO Rz 19; Mankowski in Rauscher, Europäisches Zivilprozessrecht² Art 1 Brüssel I-VO Rz 4 und Rott/von der Ropp, ZZPInt 2004, 3 [8] zum britischen Office of Fair Trading). 3.7. Dem ist zumindest für den hier vorliegenden Fall einer Klage eines Verbands im Sinne des Paragraph 7, Absatz 2, Ziffer 2, NVG zu folgen. Der EuGH hat in der Entscheidung Verein für Konsumenteninformation gegen Henkel (C 167/00, Tz 25 und 9) ausgesprochen, dass die Einräumung von Parteistellung an einen Verband ohne eigene Betroffenheit noch kein - nicht unter die EuGVVO fallendes - Tätigwerden im Zusammenhang mit hoheitlichen Befugnissen bildet vergleiche hierzu auch Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht⁸ Artikel eins, Rz 15 mwN; vergleiche auch EuGH 15. 2. 2007, C-292/05).

Dem klagenden Verband nach Paragraph 7, Absatz 2, Ziffer 2, NVG kommen abgesehen von der Parteistellung keinerlei prozessuale oder materielle Vorrechte zu. Insbesondere verfügt dieser über keine besonderen Ermittlungsbefugnisse oder sonstigen Zwangsbefugnisse und unters

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