jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2006/2/27 16Ok49/05

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 27.02.2006

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Birgit Langer als Vorsitzende, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Manfred Vogel und Dr. Gerhard Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Mag. Dorothea Herzele als weitere Richter in der Kartellrechtssache der E*****, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte OEG, wegen Feststellung gem § 8a KartG 1988, nunmehr § 28 Abs 2 KartG 2005, über den Rekurs der Antragstellerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 12. August 2005, GZ 27 Kt 554/04-7, in nichtöffentlicher Sitzung den BeschlussDer Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Birgit Langer als Vorsitzende, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Manfred Vogel und Dr. Gerhard Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Mag. Dorothea Herzele als weitere Richter in der Kartellrechtssache der E*****, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte OEG, wegen Feststellung gem Paragraph 8 a, KartG 1988, nunmehr Paragraph 28, Absatz 2, KartG 2005, über den Rekurs der Antragstellerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 12. August 2005, GZ 27 Kt 554/04-7, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird in seinem Punkt 1 dahin abgeändert, dass er zu lautet:

„1. Es wird festgestellt, dass der im Antrag dargestellte Erwerb der C***** und der Erwerb der S***** durch die Antragstellerin nicht der Zusammenschlusskontrolle gemäß §§ 41ff KartG unterliegen."„1. Es wird festgestellt, dass der im Antrag dargestellte Erwerb der C***** und der Erwerb der S***** durch die Antragstellerin nicht der Zusammenschlusskontrolle gemäß Paragraphen 41 f, f, KartG unterliegen."

Text

Begründung:

Die Antragstellerin beantragte mit dem am 4. 5. 2005 überreichtem Schriftsatz, gem § 8a KartG festzustellen, dass ihre Beteiligungserwerbe ua an den im Spruch genannten Zielgesellschaften nicht der Zusammenschlusskontrolle nach den §§ 41 ff KartG unterlagen. Sie habe ua im Jahr 2000 52,07 % des Stammkapitals der C***** (im Folgenden „C*****") und im Jahr 2001 87,19 % des Stammkapitals der S***** (im Folgenden „S*****") erworben. Sämtliche Zielgesellschaften seien kleinere Retailbanken mit geschäftlichem Schwerpunkt im Privatkundenbereich, die auf national bzw. regional begrenzten Produktmärkten tätig seien, aber nie auf dem inländischen Markt Leistungen erbracht oder Niederlassungen bzw Tochtergesellschaften gehabt hätten. Die Zielgesellschaften verfügten weder über gewerbliche Schutzrechte oder Know-how, welches sich die Antragstellerin im Inland zunutze habe machen können,

noch sei eine spürbare Verstärkung der Finanzkraft der Erwerberin vorhersehbar gewesen. Die Antragstellerin habe zum Zeitpunkt des Erwerbs der Zielgesellschaften keine Ressourcen erworben, die ihre Marktposition in Österreich spürbar verbesserten habe. Mangels spürbarer Inlandsauswirkung sei sie nicht zur Anmeldung der Zusammenschlüsse gemäß §§ 41 ff KartG verpflichtet gewesen.Die Antragstellerin beantragte mit dem am 4. 5. 2005 überreichtem Schriftsatz, gem Paragraph 8 a, KartG festzustellen, dass ihre Beteiligungserwerbe ua an den im Spruch genannten Zielgesellschaften nicht der Zusammenschlusskontrolle nach den Paragraphen 41, ff KartG unterlagen. Sie habe ua im Jahr 2000 52,07 % des Stammkapitals der C***** (im Folgenden „C*****") und im Jahr 2001 87,19 % des Stammkapitals der S***** (im Folgenden „S*****") erworben. Sämtliche Zielgesellschaften seien kleinere Retailbanken mit geschäftlichem Schwerpunkt im Privatkundenbereich, die auf national bzw. regional begrenzten Produktmärkten tätig seien, aber nie auf dem inländischen Markt Leistungen erbracht oder Niederlassungen bzw Tochtergesellschaften gehabt hätten. Die Zielgesellschaften verfügten weder über gewerbliche Schutzrechte oder Know-how, welches sich die Antragstellerin im Inland zunutze habe machen können, noch sei eine spürbare Verstärkung der Finanzkraft der Erwerberin vorhersehbar gewesen. Die Antragstellerin habe zum Zeitpunkt des Erwerbs der Zielgesellschaften keine Ressourcen erworben, die ihre Marktposition in Österreich spürbar verbesserten habe. Mangels spürbarer Inlandsauswirkung sei sie nicht zur Anmeldung der Zusammenschlüsse gemäß Paragraphen 41, ff KartG verpflichtet gewesen.

Die Bundeswettbewerbsbehörde erstattete dazu eine Stellungnahme, wonach die Möglichkeit einer Inlandsauswirkung nicht prima facie ausgeschlossen werden könne, da es sich um nicht unbedeutende Finanzdienstleistungsunternehmen handle, die ihren Sitz in Ländern mit geographischer Nähe zu Österreich hätten und sich ein Synergiepotential ergeben könne.

Das Erstgericht hat die Antragstellerin ua zur Vorlage der Geschäftsberichte der Antragstellerin für die Jahre 1999 bis 2001, der Unterlagen für die Entscheidungsfindung und die Umsatzentwicklung der Zielgesellschaften aufgefordert und ua folgenden Sachverhalt festgestellt:

Die Antragstellerin ist eine Universalbank mit Sitz in Wien. Sie ist das Spitzeninstitut des österreichischen Sparkassensektors. Die Antragstellerin ist an zahlreichen Unternehmen im In- und Ausland beteiligt. Mit einer Konzernbilanzsumme von EUR 128,6 Mrd zählt sie heute zu den größten österreichischen Kreditinstituten. In den letzten Jahren hat sich die Antragstellerin intensiv um eine Ausweitung ihrer geschäftlichen Tätigkeit in Zentral- bzw Osteuropa sowie um die Etablierung als führende supraregionale Privatkundenbank in diesem Raum bemüht.

Der Antragstellerin hatte gemeinsam mit den Sparkassen zum 31. 12. 2000 unter den österreichischen Banken einen Marktanteil von ca 30 %. Die Konzernbilanzsummen, die Konzernumsätze und die Betriebserträge der Antragstellerin entwickelten sich in den Jahren 1998 bis 2003 wie folgt:

Jahr	Bilanzsumme	Konzernumsatz*	Betriebserträge**
1998	EUR 51,9 Mrd	EUR 3,36 Mrd	EUR 1,17 Mrd
1999	EUR 52,4 Mrd	EUR 3,32 Mrd	EUR 1,17 Mrd
2000	EUR 71,2 Mrd	EUR 4,14 Mrd	EUR 1,47 Mrd
2001	EUR 86,0 Mrd	EUR 5,06 Mrd	EUR 2,17 Mrd

(* Summe aus Zins- und Provisionserträgen, Handelsergebnis und sonstigem betrieblichen Erfolg

** Summe aus den Zins- und Provisionsüberschuss und dem Handelsergebnis des Konzerns der Antragstellerin; aus :/II = Geschäftsbericht 2003, 48 F)

Im Februar 2000 erwarb die Antragstellerin 52,07 % der Anteile an der C*****, einem tschechischen Kreditinstitut mit Sitz in Prag. Es wurde eine Vereinbarung geschlossen, wonach sich eine im Eigentum der Tschechischen Republik stehende zur Förderung von Privatisierungsvorhaben eingerichtete Bank im Wesentlichen verpflichtete, die bestehenden Kreditrisiken der C***** für die Dauer von fünf Jahren nach dem Erwerb weitgehend zu übernehmen. Im letzten Geschäftsjahr vor dem Anteilserwerb betrug die Bilanzsumme der C***** EUR 12,3 Mrd, die Erträge ca. EUR 1 Mrd. Sie verfügte über 700 Filialen und beschäftige über 14.000 Mitarbeiter. Gemessen an der Anzahl der Filialen,

Kunden und dem Einlagenvolumen handelte es sich im Erwerbsjahr um die größte Bank in der Tschechischen Republik mit einem 34 %igen Marktanteil bei den Kundeneinlagen und Ausleihungen, 21 % bei den Hypothekarkrediten und von 79 % bei den Bankomat- und Kreditkarten.

Eine pro forma Konsolidierung im Oktober 1999 aufgrund der Einbeziehung der C***** in den Konzernabschluss der Antragstellerin ergab, dass die Konzernbilanzsumme um 18,1 % und die Konzernerfolgsrechnung um 43-45 % steigen würde. Weder Synergieeffekte noch Restrukturierungskosten wurden berücksichtigt. Im Rahmen einer Planungsrechnung 1998-2004 rechnete die Antragstellerin nach einem negativen Betriebsergebnis der Zielgesellschaft im Jahr 1999 bereits im Erwerbsjahr mit einem ersten positiven Ergebnis. Ab 2002 rechnete man mit einem konstanten Ergebniszuwachs zwischen 2002 und 2004 von über 170 % und 320 % beim Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit bzw einer stetig verbessertes Cost/Income-Ratio sowie einer insgesamt um über das Vierfache steigenden Eigenkapitalrentabilität.

Im Januar 2001 erwarb die Antragstellerin 87,18 % der Anteile an der S*****. Die Bilanzsumme der S***** im Geschäftsjahr vor dem Anteilserwerb betrug EUR 4,2 Mrd, die Erträge ca. EUR 0,55 Mrd. Sie verfügte im Erwerbsjahr über 530 Filialen und beschäftigte ca. 6.500 Mitarbeiter. Mit 1,8 Mio Kunden (30 % der slowakischen Bevölkerung), Marktanteilen von 35 % bei Privateinlagen, 34 % bei Privatkrediten und 50 % im Kartengeschäft war die S***** zum Erwerbszeitpunkt eine der größten Banken in der Slowakischen Republik.

Das konsolidierte Konzernbetriebsergebnis der Antragstellerin stieg im Jahr 2000 insgesamt um 35,1 %, ohne der C***** um 16,3 %. Laut Geschäftsbericht 2000 zeigte dies, dass sich die Akquisition der C***** bereits positiv auf die Gewinn- und Verlustrechnung der Antragstellerin auswirkt. Die Betriebserträge der Antragstellerin stiegen im Erwerbsjahr um 25,8 %, ohne die C***** hätte der Zuwachs an Betriebserträgen 5,8 % betragen. Der Cash Flow der Antragstellerin betrug 1998 EUR 0,74 Mrd, 1999 EUR 0,94 Mrd, 2000 EUR 1,15 Mrd, 2001 EUR 2,57 Mrd. Während das Sparkassengeschäft zum Jahresüberschuss lediglich 3,5 % zum Jahresüberschuss vor Steuern beitrug, betrug der Anteil der C***** zum Selben 13,1 %. Das Konzernbetriebsergebnis der Antragstellerin erfuhr 2001 einen Zuwachs von über 50 % gegenüber dem Vorjahr. Bereinigt um die Auswirkungen der C***** und der S***** betrug der Zuwachs in dieser Periode lediglich 18,6 %. Unter Berücksichtigung der Akquisitionseffekte der beiden erworbenen Unternehmen gegenüber dem Vorjahr konnte die Cost/Income Ratio gesenkt und die Eigenkapitalverzinsung erhöht werden. Die Akquisition der S***** alleine generierte einen Zahlungsmittelzufluss zugunsten der Antragstellerin in Höhe von EUR 1 Mio. Laut Geschäftsbericht 2000 der Antragstellerin ist es mit den Akquisitionen gelungen, ein wichtiges Fundament für eine weitere wesentliche Steigerung des Unternehmenswertes zu legen. Auch die Attraktivität der Bank als Partner der Versicherungsbranche und der internationalen Fondsgesellschaften sei durch diese starke Position erheblich gestiegen.

Keine der Zielgesellschaften war vor oder nach dem jeweiligen Erwerb ihrer Anteile durch die Antragstellerin am österreichischen Markt tätig.

Das Erstgericht traf darüber hinaus noch Feststellungen ua dazu, dass sich in beiden Anboten zum Anteilserwerb allgemeine Ausführungen über die Strategien der Antragstellerin etwa hinsichtlich der Prüfung der Möglichkeit zur Konzentration von gruppenweiten Funktionen in den Ländern finden, in denen die Erwerbe getätigt wurden. Dabei wurde auch auf die hohe Marktpräsenz und die Kosten- und Know how Vorteile der erworbenen Banken und die durch einen Austausch erzielbaren Vorteile hingewiesen. Auch solle untersucht werden, inwieweit in den Bereichen „Back-Office" Funktionen und interner Softwareentwicklung nicht etwa die S***** zum gruppenweiten Kompetenzzentrum erhoben werden könne. Der S***** Akademie solle eine bedeutende Rolle in der Aus- und Weiterbildung von Mitarbeitern der österreichischen und zentraleuropäischen Filialen der Antragstellerin eingeräumt werden. Das Privat- und Firmenkundengeschäft solle im Wesentlichen unabhängig geführt werden, jedoch solle vor allem die tägliche Kooperation im Bereich Treasury sehr eng gestaltet werden, um den Kapital- und Geldmarktaktivitäten des Konzerns bestmöglich zu dienen. Das Erstgericht wies den Feststellungsantrag hinsichtlich der beiden dargestellten Zusammenschlüsse ab. Auch Zusammenschlüsse, die im Ausland vollzogen werden, seien anmeldebedürftig, wenn einerseits - wie hier an sich unstrittig - die Kriterien eines Zusammenschlusses (Mehrheitserwerb) erfüllt sind und andererseits sich der Zusammenschluss nicht bloß im Ausland, sondern in Österreich auswirkt oder auswirken könne. Auswirkungen auf Österreich habe ein Zusammenschluss dann, wenn sich an der Marktstellung des erwerbenden Unternehmens in Österreich durch den Zusammenschluss etwas ändere, also zu erwarten sei, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt werde. §

34 KartG stelle in seiner Definition der Marktbeherrschung nicht nur auf Marktanteile, sondern ua auch auf die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmen, Marktzutrittsschranken und die Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten ab. Es genüge bereits die abstrakte Möglichkeit von Auswirkungen bzw. eine potentielle Beeinträchtigung der Wettbewerbsvoraussetzungen im Inland. Hier entstehe durch einen Zusammenschluss für die beteiligten Unternehmen auch ein Zuwachs an finanziellen Ressourcen, der eine erhöhte Finanzkraft bewirke. Wichtige Kennzahlen seien dabei der Cash Flow, aber auch die Umsatzerlöse und der Zugang zu den Kapitalmärkten. Der Erwerb der C***** und der S***** sei ex ante betrachtet geeignet, die Finanz- und Ertragslage der Antragstellerin wesentlich zu erhöhen, was ist in der Folge auch eingetreten sei. Ein wettbewerblich relevanter Einsatz der Finanzkraft sei jedenfalls - ex ante betrachtet - dann zu erwarten, wenn der Zusammenschluss eine unternehmerische Zielsetzung erkennen lässt, insbesondere bei unternehmerisch motivierten Mehrheitsbeteiligungen. Aus den Unterlagen zur Vorbereitung der Kaufentscheidung der Antragstellerin gehe hervor, dass sie ein deutliches Diversifikations- und damit in Zusammenhang stehendes Ertragspotential der C***** erblickt habe. Ein Einfluss auf die Finanz- und Ertragslage einer österreichischen Bankengruppe, welche eines der führenden Finanzdienstleistungsunternehmen dargestellt habe, sei auch geeignet gewesen, sich spürbar auf den inländischen Markt auszuwirken. Insbesondere könne die Finanzkraft dem Unternehmen Verhaltensspielräume bei den Wettbewerbsparametern Preis, Investition, Forschung und Werbung verschaffen. Kapital könne einfacher und günstiger beschafft werden, neue Wettbewerber könnten vom Marktzutritt bzw. vorhandene Wettbewerber von einer aggressiven Preispolitik abgeschreckt werden. Der Vorstand der Antragstellerin sei auf die strategische Bedeutung des Erwerbs sowie auf die bedeutenden Ertrags- und Einsparungspotenziale der Zielgesellschaften hingewiesen worden. Die Nutzung gemeinsamer Ressourcen könne darüber hinaus zu Synergieeffekten führen, welche den Verhaltensspielraum der beteiligten Unternehmen erweitern könne, etwa durch Verbundvorteile im Bereich der allgemeinen Verwaltung oder im Personalbereich. So etwa auch bei der potentiellen Zusammenlegung und Auslagerung von „Back-Office" Funktionen ins Ausland sowie der Zusammenarbeit und Annäherung von Prozessabläufen oder die Errichtung von einem gruppenweiten Schulungszentrum in der Slowakischen Republik. Im Zusammenhang mit der Fixkosteneinsparung könne dies Wettbewerbswirkungen auf dem inländischen Markt erzeugen. Liege auch nur die Möglichkeit einer solchen Auswirkung im Inland vor, so müsse jedenfalls angemeldet werden.Das Erstgericht traf darüber hinaus noch Feststellungen ua dazu, dass sich in beiden Anboten zum Anteilserwerb allgemeine Ausführungen über die Strategien der Antragstellerin etwa hinsichtlich der Prüfung der Möglichkeit zur Konzentration von gruppenweiten Funktionen in den Ländern finden, in denen die Erwerbe getätigt wurden. Dabei wurde auch auf die hohe Marktpräsenz und die Kosten- und Know how Vorteile der erworbenen Banken und die durch einen Austausch erzielbaren Vorteile hingewiesen. Auch solle untersucht werden, inwieweit in den Bereichen „Back-Office" Funktionen und interner Softwareentwicklung nicht etwa die S***** zum gruppenweiten Kompetenzzentrum erhoben werden könne. Der S***** Akademie solle eine bedeutende Rolle in der Aus- und Weiterbildung von Mitarbeitern der österreichischen und zentraleuropäischen Filialen der Antragstellerin eingeräumt werden. Das Privat- und Firmenkundengeschäft solle im Wesentlichen unabhängig geführt werden, jedoch solle vor allem die tägliche Kooperation im Bereich Treasury sehr eng gestaltet werden, um den Kapital- und Geldmarktaktivitäten des Konzerns bestmöglich zu dienen. Das Erstgericht wies den Feststellungsantrag hinsichtlich der beiden dargestellten Zusammenschlüsse ab. Auch Zusammenschlüsse, die im Ausland vollzogen werden, seien anmeldebedürftig, wenn einerseits - wie hier an sich unstrittig - die Kriterien eines Zusammenschlusses (Mehrheitserwerb) erfüllt sind und andererseits sich der Zusammenschluss nicht bloß im Ausland, sondern in Österreich auswirkt oder auswirken könne. Auswirkungen auf Österreich habe ein Zusammenschluss dann, wenn sich an der Marktstellung des erwerbenden Unternehmens in Österreich durch den Zusammenschluss etwas ändere, also zu erwarten sei, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt werde. Paragraph 34, KartG stelle in seiner Definition der Marktbeherrschung nicht nur auf Marktanteile, sondern ua auch auf die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmen, Marktzutrittsschranken und die Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten ab. Es genüge bereits die abstrakte Möglichkeit von Auswirkungen bzw. eine potentielle Beeinträchtigung der Wettbewerbsvoraussetzungen im Inland. Hier entstehe durch einen Zusammenschluss für die beteiligten Unternehmen auch ein Zuwachs an finanziellen Ressourcen, der eine erhöhte Finanzkraft bewirke. Wichtige Kennzahlen seien dabei der Cash Flow, aber auch die Umsatzerlöse und der Zugang zu den Kapitalmärkten. Der Erwerb der C***** und der S***** sei ex ante betrachtet geeignet, die Finanz- und Ertragslage der Antragstellerin wesentlich zu erhöhen, was ist in der Folge auch eingetreten sei. Ein wettbewerblich

relevanter Einsatz der Finanzkraft sei jedenfalls - ex ante betrachtet - dann zu erwarten, wenn der Zusammenschluss eine unternehmerische Zielsetzung erkennen lässt, insbesondere bei unternehmerisch motivierten Mehrheitsbeteiligungen. Aus den Unterlagen zur Vorbereitung der Kaufentscheidung der Antragstellerin gehe hervor, dass sie ein deutliches Diversifikations- und damit in Zusammenhang stehendes Ertragspotential der C***** erblickt habe. Ein Einfluss auf die Finanz- und Ertragslage einer österreichischen Bankengruppe, welche eines der führenden Finanzdienstleistungsunternehmen dargestellt habe, sei auch geeignet gewesen, sich spürbar auf den inländischen Markt auszuwirken. Insbesondere könne die Finanzkraft dem Unternehmen Verhaltensspielräume bei den Wettbewerbsparametern Preis, Investition, Forschung und Werbung verschaffen. Kapital könne einfacher und günstiger beschafft werden, neue Wettbewerber könnten vom Marktzutritt bzw. vorhandene Wettbewerber von einer aggressiven Preispolitik abgeschreckt werden. Der Vorstand der Antragstellerin sei auf die strategische Bedeutung des Erwerbs sowie auf die bedeutenden Ertrags- und Einsparungspotenziale der Zielgesellschaften hingewiesen worden. Die Nutzung gemeinsamer Ressourcen könne darüber hinaus zu Synergieeffekten führen, welche den Verhaltensspielraum der beteiligten Unternehmen erweitern könne, etwa durch Verbundvorteile im Bereich der allgemeinen Verwaltung oder im Personalbereich. So etwa auch bei der potentiellen Zusammenlegung und Auslagerung von „Back-Office" Funktionen ins Ausland sowie der Zusammenarbeit und Annäherung von Prozessabläufen oder die Errichtung von einem gruppenweiten Schulungszentrum in der Slowakischen Republik. Im Zusammenhang mit der Fixkosteneinsparung könne dies Wettbewerbswirkungen auf dem inländischen Markt erzeugen. Liege auch nur die Möglichkeit einer solchen Auswirkung im Inland vor, so müsse jedenfalls angemeldet werden.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Rekurs der Antragstellerin mit dem Antrag diese dahin abzuändern, dass festgestellt wird, dass der Erwerb nicht der Zusammenschlusskontrolle unterliegt, hilfsweise, die Rechtssache zur Verfahrensergänzung aufzuheben und an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Die Bundeswettbewerbsbehörde beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben, ebenso der Bundeskartellanwalt.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs ist berechtigt.

Mit 1. 1. 2006 ist das KartG 2005 (BGBl I 2005/61) in Kraft getreten. Gem § 90 Z 3 lit a KartG 2005 sind Verfahren über Feststellungsanträge nach § 8a KartG 1988, die am 1. 1. 2006 anhängig sind, als Anträge nach § 28 Abs 2 KartG 2005 fortzusetzen. Der im Anlassfall vorgetragene Sachverhalt hat sich zur Gänze im Geltungszeitraum des KartG 1988 ereignet. Die Wesentlichen Bestimmungen des KartG 1988 lauteten:Mit 1. 1. 2006 ist das KartG 2005 (BGBl römisch eins 2005/61) in Kraft getreten. Gem Paragraph 90, Ziffer 3, Litera a, KartG 2005 sind Verfahren über Feststellungsanträge nach Paragraph 8 a, KartG 1988, die am 1. 1. 2006 anhängig sind, als Anträge nach Paragraph 28, Absatz 2, KartG 2005 fortzusetzen. Der im Anlassfall vorgetragene Sachverhalt hat sich zur Gänze im Geltungszeitraum des KartG 1988 ereignet. Die Wesentlichen Bestimmungen des KartG 1988 lauteten:

Räumlicher Anwendungsbereich

§ 6. (1).....Paragraph 6, (1).....

(2) Dieses Bundesgesetz ist vorbehaltlich des § 7 nicht auf einen Sachverhalt anzuwenden, soweit er sich auf den ausländischen Markt auswirkt.(2) Dieses Bundesgesetz ist vorbehaltlich des Paragraph 7, nicht auf einen Sachverhalt anzuwenden, soweit er sich auf den ausländischen Markt auswirkt.

V. ABSCHNITTrömisch fünf. ABSCHNITT

Zusammenschlüsse Begriffsbestimmung

§ 41.Paragraph 41,

(1) Als Zusammenschluß im Sinn dieses Bundesgesetzes gelten

.....

3. der unmittelbare oder mittelbare Erwerb von Anteilen an einer

Gesellschaft, die Unternehmer ist, durch einen anderen Unternehmer

sowohl dann, wenn dadurch ein Beteiligungsgrad von 25 %, als auch

dann, wenn dadurch ein solcher von 50 % erreicht oder überschritten

wird,

.....

Anmeldebedürftige Zusammenschlüsse

§ 42a.

(1) Zusammenschlüsse bedürfen der Anmeldung beim Kartellgericht, wenn

die beteiligten Unternehmer beziehungsweise Unternehmen im letzten

Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss mindestens die folgenden

Umsatzerlöse erzielten:

1. weltweit insgesamt 4,2 Milliarden Schilling,

2. im Inland insgesamt 210 Millionen Schilling und

3. mindestens zwei Unternehmer beziehungsweise Unternehmen weltweit

jeweils 28 Millionen Schilling.

.....

(4) Die Durchführung von anmeldebedürftigen Zusammenschlüssen ist vor

der Ausstellung einer Bestätigung nach § 42b Abs 1 oder 5 oder dem

rechtskräftigen Ausspruch des Kartellgerichts, dass der

Zusammenschluß nicht untersagt wird (§ 42b Abs 3 bis 5), verboten.

Verträge sind unwirksam, soweit sie diesem Verbot widersprechen.

.....

Prüfung von Zusammenschlüssen

§ 42b. .....

(2) Wenn die Prüfung des Zusammenschlusses nach Abs 1 beantragt wurde, hat das Kartellgericht ..(2) Wenn die Prüfung des Zusammenschlusses nach Absatz eins, beantragt wurde, hat das Kartellgericht ...

2. den Zusammenschluss zu untersagen, wenn zu erwarten ist, daß durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung (§ 34) entsteht oder verstärkt wird; ...2. den Zusammenschluss zu untersagen, wenn zu erwarten ist, daß durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung (Paragraph 34,) entsteht oder verstärkt wird; ...

(3) Trotz Vorliegens der Untersagungsvoraussetzungen nach Abs 2 hat das Kartellgericht auszusprechen, dass der Zusammenschluss nicht untersagt wird, wenn(3) Trotz Vorliegens der Untersagungsvoraussetzungen nach Absatz 2, hat das Kartellgericht auszusprechen, dass der Zusammenschluss nicht untersagt wird, wenn

1. zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen, oder

2. der Zusammenschluss zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen notwendig und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist.

...

(5) Das Kartellgericht darf den Zusammenschluss nur binnen fünf Monaten nach dem Einlangen der Anmeldung untersagen;... Ferner war nach dem KartG 1988 vor dem Inkrafttreten des KartG 2005 folgendes anzuwenden:

Verbotene Durchführung eines Kartells, einer vertikalen

Vertriebsbindung oder eines Zusammenschlusses

§ 130. (1) Wer, wenn auch nur fahrlässig, ... einen

Zusammenschluss in verbotener Weise durchführt (§§ 18, 42a Abs 4, §

59 Abs 2) ....., ist mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu

bestrafen.

Die Bestimmung des § 130 KartG wurde zwar mit der KartG Novelle 2002 (BGBl I Nr 62/2002) aufgehoben, ist aber zufolge der Übergangsbestimmung dieser Novelle für Handlungen, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens begangen wurde, weiter anzuwenden (vgl Art V Abs 6 der KartG Nov 2002, der zufolge § 87 Abs 3 des KartG 2005 weiter anzuwenden ist).Die Bestimmung des Paragraph 130, KartG wurde zwar mit der KartG Novelle 2002 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 62 aus 2002,) aufgehoben, ist aber zufolge der Übergangsbestimmung dieser Novelle für Handlungen, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens begangen wurde, weiter anzuwenden vergleiche Art römisch fünf Absatz 6, der KartG Nov 2002, der zufolge Paragraph 87, Absatz 3, des KartG 2005 weiter anzuwenden ist).

Vorweg ist nun festzuhalten, dass Gegenstand der Feststellungsverfahren nach § 8a KartG 1988 nur ein Antrag sein konnte, festzustellen, ob und inwieweit ein Sachverhalt diesem Bundesgesetz unterliegt. Schon nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung (arg. "... ein Sachverhalt ... ") obliegt es somit dem Antragsteller, einen bestimmten Sachverhalt substantiiert zu behaupten und zu beweisen, der sodann allein Gegenstand der gerichtlichen Beurteilung unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten ist. (OGH 23. 6. 3003, 16 Ok 4/04; Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht). Nach dem Antrag ist es im Wesentlichen nur um den Kauf von Banken gegangen, die nicht im österreichischen Markt tätig sind und waren und die daraus entstandene Umsatzerweiterung.Vorweg ist nun festzuhalten, dass Gegenstand der Feststellungsverfahren nach Paragraph 8 a, KartG 1988 nur ein Antrag sein konnte, festzustellen, ob und inwieweit ein Sachverhalt diesem Bundesgesetz unterliegt. Schon nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung (arg. "... ein Sachverhalt ... ") obliegt es somit dem Antragsteller, einen bestimmten Sachverhalt substantiiert zu behaupten und zu beweisen, der sodann allein Gegenstand der gerichtlichen Beurteilung unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten ist. (OGH 23. 6. 3003, 16 Ok 4/04; Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht). Nach dem Antrag ist es im Wesentlichen nur um den Kauf von Banken gegangen, die nicht im österreichischen Markt tätig sind und waren und die daraus entstandene Umsatzerweiterung.

Eine klare Regelung zur Abgrenzung der österreichischen Zusammenschlusskontrolle nach dem KartG 1988 unter territorialen Gesichtspunkten war dem Gesetz nicht zu entnehmen (vgl zur Abgrenzung von der Fusionskontrolle der Europäischen Kommission etwa OGH 9. 12. 1996, 16 Ok 1/95 = SZ 69/271 = ecolex 1997, 172 [Wollmann, 171) = ÖBl 1997, 185). Im Wesentlichen wurde hier das in § 6 Abs 2 verankerte „Wirkungsprinzip" in modifizierte Weise angewendet (vgl etwa zur Ansicht, dass der Zusammenschluss nicht nur Auswirkungen auf den österreichischen Markt haben muss, sondern hier auch" strukturell verankert" sein muss Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht, 24; vgl zu den Rückschlüssen aus der Funktion der Verhinderung einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, Koppensteiner, Österreichischen und europäisches Wettbewerbsrecht3, 252).Eine klare Regelung zur Abgrenzung der österreichischen Zusammenschlusskontrolle nach dem KartG 1988 unter territorialen Gesichtspunkten war dem Gesetz nicht zu entnehmen vergleiche zur Abgrenzung von der Fusionskontrolle der Europäischen Kommission etwa OGH 9. 12. 1996, 16 Ok 1/95 = SZ 69/271 = ecolex 1997, 172 [Wollmann, 171) = ÖBl 1997, 185). Im Wesentlichen wurde hier das in Paragraph 6, Absatz 2, verankerte „Wirkungsprinzip" in modifizierte Weise angewendet vergleiche etwa zur Ansicht, dass der Zusammenschluss nicht nur Auswirkungen auf den österreichischen Markt haben muss, sondern hier auch" strukturell verankert" sein muss Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht, 24; vergleiche zu den Rückschlüssen aus der Funktion der Verhinderung einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, Koppensteiner, Österreichischen und europäisches Wettbewerbsrecht3, 252).

In seiner Entscheidung vom 9. 12. 1996, 16 Ok 1/95 (= SZ 69/271 =

ecolex 1997, 172 [Wollmann, 171] = ÖBl 1997, 185) hat der Oberste

Gerichtshof im Zusammenhang mit der damals vor der KartG Novelle 1999 maßgeblichen Frage der Abgrenzung zwischen bloß anzeigepflichtigen und anmeldebedürftigen Zusammenschlüssen Stellung bezogen. Dabei ging es darum, welche Umsätze zur Berechnung der Umsatzschwelle für die Anmeldungspflicht heranzuziehen sind. Bereits damals wurde unter umfassender Berücksichtigung der einschlägigen Lehrmeinung (unter Hinweis auf die nach dem deutschen GWB bestehende tw unterschiedliche Rechtslage) unter anderem betont, dass der Zweck des österreichischen Kartellgesetzes der Schutz des österreichischen Marktes ist und dieses daher nur anzuwenden ist,

wenn sich der wettbewerbsbeschränkende Sachverhalt in Österreich auswirkt (vgl auch Koppensteiner, Wettbewerbsrecht I3 251 f). Dies sprach aber gegen die Einbeziehung von Auslandsumsätzen, wobei auf die abweichende Situation in Deutschland hingewiesen wurde (vgl die Nachweise bei Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, Komm GWB2 Rz 82 zu § 23). Ein zu weiter Fusionskontrollanspruch des österreichischen Gesetzes wäre - wie der Oberste Gerichtshof bereits damals ausgeführt hat - auch aus völkerrechtlichen Gründen bedenklich (im vorliegenden Fall wurden etwa die Fusionen von den slowakischen und tschechischen Behörden als volkswirtschaftlich wünschenswert beurteilt vgl Blg A und H1 S 9). Eine solche Lösung wurde damals auch als unangemessen beurteilt, weil dann unter Umständen sogar Zusammenschlüsse der österreichischen Fusionskontrolle zu unterziehen wären, die dann, wenn solche Auslandsumsatzerlöse nicht mitberücksichtigt würden, kartellrechtlich völlig uninteressant wären. Damals wurde darauf hingewiesen, dass dann im Sinn der in Deutschland herrschenden Ansicht von der Notwendigkeit der spürbaren Auswirkung im Inland (- Hinweis auf Rehberger in Immenga/Mestmäcker, Komm GWB2 Rz 68 f zu § 98 Abs 2 mwN) jedenfalls eine inländische Untergrenze (vgl die ausdrücklich vorgesehene Doppelgrenze bei der EU-Fusionskontrolle) eingezogen werden müsste, die aber mangels gesetzlicher Konkretisierung völlig unbestimmt wäre und daher zu Auslegungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten führen müsste und der vom Gesetz geforderten zügigen Fusionskontrolle im Wege stünde. In einer weiteren Entscheidung vom 23. 6. 1997 16 Ok 2/97 (= SZ70/124 = ÖBl 1998, 264) wurde an dieser Rechtsansicht festgehalten und dazu ausgeführt, dass auch „Kompromisslösungen" (dazu Wesselys RdW 1997, 123 ff) dahin, im Einzelfall zu prüfen, ob die Auslandsumsätze von beteiligten oder mit ihnen iSd § 41 KartG verbundenen Unternehmen eine spürbare Auswirkung auf den österreichischen Markt haben, praktisch schwerlich handhabbar und für den Rechtsverkehr kaum akzeptabel seien. Die Vorprüfung, ob überhaupt ein allenfalls zu prüfender Zusammenschluß vorliegt, bedarf leicht abgrenzbarer Kriterien. Das erfordert einerseits die Rechtssicherheit für die den Zusammenschluß ins Auge fassenden Unternehmer/n (eine falsche Einschätzung der Wirkung der Auslandsumsätze auf den inländischen Markt könnte zur Nichtigkeit der Verträge führen; die Beteiligten könnten sich allenfalls auch strafbar machen), andererseits die wirtschaftliche Notwendigkeit für diese, rasch geklärt zu bekommen, ob mit einer weiteren Prüfung zu rechnen ist oder der Zusammenschluss komplikationslos vollzogen werden kann, und - ganz allgemein - die vom Gesetzgeber geforderte zügige Fusionskontrolle. Daher wurde damals eine Anmeldepflicht unter Berücksichtigung der Auslandsumsätze verneint.Gerichtshof im Zusammenhang mit der damals vor der KartG Novelle 1999 maßgeblichen Frage der Abgrenzung zwischen bloß anzeigepflichtigen und anmeldebedürftigen Zusammenschlüssen Stellung bezogen. Dabei ging es darum, welche Umsätze zur Berechnung der Umsatzschwelle für die Anmeldungspflicht heranzuziehen sind. Bereits damals wurde unter umfassender Berücksichtigung der einschlägigen Lehrmeinung (unter Hinweis auf die nach dem deutschen GWB bestehende tw unterschiedliche Rechtslage) unter anderem betont, dass der Zweck des österreichischen Kartellgesetzes der Schutz des österreichischen Marktes ist und dieses daher nur anzuwenden ist, wenn sich der wettbewerbsbeschränkende Sachverhalt in Österreich auswirkt vergleiche auch Koppensteiner, Wettbewerbsrecht I3 251 f). Dies sprach aber gegen die Einbeziehung von Auslandsumsätzen, wobei auf die abweichende Situation in Deutschland hingewiesen wurde vergleiche die Nachweise bei Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, Komm GWB2 Rz 82 zu Paragraph 23,). Ein zu weiter Fusionskontrollanspruch des österreichischen Gesetzes wäre - wie der Oberste Gerichtshof bereits damals ausgeführt hat - auch aus völkerrechtlichen Gründen bedenklich (im vorliegenden Fall wurden etwa die Fusionen von den slowakischen und tschechischen Behörden als volkswirtschaftlich wünschenswert beurteilt vergleiche Blg A und H1 S 9). Eine solche Lösung wurde damals auch als unangemessen beurteilt, weil dann unter Umständen sogar Zusammenschlüsse der österreichischen Fusionskontrolle zu unterziehen wären, die dann, wenn solche Auslandsumsatzerlöse nicht mitberücksichtigt würden, kartellrechtlich völlig uninteressant wären. Damals wurde darauf hingewiesen, dass dann im Sinn der in Deutschland herrschenden Ansicht von der Notwendigkeit der spürbaren Auswirkung im Inland (- Hinweis auf Rehberger in Immenga/Mestmäcker, Komm GWB2 Rz 68 f zu Paragraph 98, Absatz 2, mwN) jedenfalls eine inländische Untergrenze vergleiche die ausdrücklich vorgesehene Doppelgrenze bei der EU-Fusionskontrolle) eingezogen werden müsste, die aber mangels gesetzlicher Konkretisierung völlig unbestimmt wäre und daher zu Auslegungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten führen müsste und der vom Gesetz geforderten zügigen Fusionskontrolle im Wege stünde. In einer weiteren Entscheidung vom 23. 6. 1997 16 Ok 2/97 (= SZ70/124 = ÖBl 1998, 264) wurde an dieser Rechtsansicht festgehalten und dazu ausgeführt, dass auch „Kompromisslösungen" (dazu Wesselys RdW 1997, 123 ff) dahin, im Einzelfall zu prüfen, ob die Auslandsumsätze von beteiligten oder mit ihnen iSd Paragraph 41, KartG verbundenen Unternehmen eine spürbare Auswirkung auf den österreichischen Markt haben,

praktisch schwerlich handhabbar und für den Rechtsverkehr kaum akzeptabel seien. Die Vorprüfung, ob überhaupt ein allenfalls zu prüfender Zusammenschluß vorliegt, bedarf leicht abgrenzbarer Kriterien. Das erfordert einerseits die Rechtssicherheit für die den Zusammenschluß ins Auge fassenden Unternehmer/n (eine falsche Einschätzung der Wirkung der Auslandsumsätze auf den inländischen Markt könnte zur Nichtigkeit der Verträge führen; die Beteiligten könnten sich allenfalls auch strafbar machen), andererseits die wirtschaftliche Notwendigkeit für diese, rasch geklärt zu bekommen, ob mit einer weiteren Prüfung zu rechnen ist oder der Zusammenschluss komplikationslos vollzogen werden kann, und - ganz allgemein - die vom Gesetzgeber geforderte zügige Fusionskontrolle. Daher wurde damals eine Anmeldepflicht unter Berücksichtigung der Auslandsumsätze verneint.

Mit der KartG Nov 1999 (BGBl 1998/126) wurde in § 42a Abs 1 KartG teilweise ausdrücklich auf die weltweiten Umsätze abgestellt, teilweise aber auch auf die im Inland „insgesamt" erzielten Umsätze. Schon durch das Wort „insgesamt" wird ein Verständnis des Gesetzgebers dahin, dass wohl regelmäßig von beiden beteiligten Unternehmen auch der österreichische Markt betroffen sein muss, indiziert. Eine darüber hinausgehende ausdrückliche Abgrenzung der österreichischen Zusammenschlusskontrolle wurde erneut nicht vorgenommen.Mit der KartG Nov 1999 (BGBl 1998/126) wurde in Paragraph 42 a, Absatz eins, KartG teilweise ausdrücklich auf die weltweiten Umsätze abgestellt, teilweise aber auch auf die im Inland „insgesamt" erzielten Umsätze. Schon durch das Wort „insgesamt" wird ein Verständnis des Gesetzgebers dahin, dass wohl regelmäßig von beiden beteiligten Unternehmen auch der österreichische Markt betroffen sein muss, indiziert. Eine darüber hinausgehende ausdrückliche Abgrenzung der österreichischen Zusammenschlusskontrolle wurde erneut nicht vorgenommen.

Die grundsätzlichen Überlegungen der vorgenannten Entscheidungen lassen sich daher auch auf das vorliegende Problem übertragen. Die Zielrichtung der Zusammenschlusskontrolle liegt darin, präventiv das Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung einer „österreichischen" Marktstruktur - mag sich diese auch etwa als Teil eines Weltmarktes präsentieren - zu gewährleisten, die einen funktionierenden Wettbewerb verspricht (vgl etwa OGH 10. 3. 2003, 16 Ok 20/02; OGH 1.7.2002 16 Ok 2/02 mwN; OGH 21.12.2001 16 Ok 8/01;Die grundsätzlichen Überlegungen der vorgenannten Entscheidungen lassen sich daher auch auf das vorliegende Problem übertragen. Die Zielrichtung der Zusammenschlusskontrolle liegt darin, präventiv das Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung einer „österreichischen" Marktstruktur - mag sich diese auch etwa als Teil eines Weltmarktes präsentieren - zu gewährleisten, die einen funktionierenden Wettbewerb verspricht vergleiche etwa OGH 10. 3. 2003, 16 Ok 20/02; OGH 1.7.2002 16 Ok 2/02 mwN; OGH 21.12.2001 16 Ok 8/01;

Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO, 111; ähnlich zur europäischen Fusionskontrolle Stockenhuber Europäisches Kartellrecht, 147;

Koppensteiner Österreichisches Wettbewerbsrecht3, 249 f; Wessely, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, 2 uva). Es soll eine entsprechende Anzahl an potentiell mit einander konkurrierenden „selbständigen Marktteilnehmern" auf diesem Markt erhalten bleiben (vgl OGH 10. 3. 2003 16 Ok 20/02; 16. 12. 2002 16 Ok 9/02). Dies ist jenes „Rechtsgut", das von den Bestimmungen der Zusammenschlusskontrolle geschützt werden soll und nach dem auch die Frage der „Inlandswirkung" zu beurteilen ist (vgl dazu Jungbluth in Lange/Bunte, Komm zum deutschen und europäischen Kartellrecht 1, 1673; Rehbinder in Immenga/Mestmäcker GWB, 2714). Damit muss die ebenfalls als Abgrenzungsargument herangezogene Frage der Verstärkung der - diesen - Markt beherrschenden Stellung (vgl dazu Koppensteiner aaO, 252; ähnlich Feyl Räumliche Geltung der Zusammenschlusskontrolle nach der Kartellnovelle 1993, 640 ff) im Zusammenhang stehen. Zu den nach Art 9 Abs 1 B-VG ja jedenfalls im Rahmen der Interpretation zu berücksichtigenden anerkannten Regeln des Völkerrechtes (vgl dazu etwa RIS-Justiz RS0053183 mwN) wird überzeugend vertreten, dass bei allfälligen Wettbewerbsbeschränkungen, die von ausländischen Unternehmen ausgehen, nur eine unmittelbare Inlandsauswirkung die Anwendung des nationalen Kartellrecht rechtfertigt (vgl dazu Jungbluth aaO, 1674).Koppensteiner Österreichisches Wettbewerbsrecht3, 249 f; Wessely, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, 2 uva). Es soll eine entsprechende Anzahl an potentiell mit einander konkurrierenden „selbständigen Marktteilnehmern" auf diesem Markt erhalten bleiben vergleiche OGH 10. 3. 2003 16 Ok 20/02; 16. 12. 2002 16 Ok 9/02). Dies ist jenes „Rechtsgut", das von den Bestimmungen der Zusammenschlusskontrolle geschützt werden soll und nach dem auch die Frage der „Inlandswirkung" zu beurteilen ist vergleiche dazu Jungbluth in Lange/Bunte, Komm zum deutschen und europäischen Kartellrecht 1, 1673; Rehbinder in Immenga/Mestmäcker GWB, 2714). Damit muss die ebenfalls als Abgrenzungsargument herangezogene Frage der Verstärkung der - diesen - Markt beherrschenden Stellung vergleiche dazu Koppensteiner aaO, 252; ähnlich Feyl

Räumliche Geltung der Zusammenschlusskontrolle nach der Kartellnovelle 1993, 640 ff) im Zusammenhang stehen. Zu den nach Artikel 9, Absatz eins, B-VG ja jedenfalls im Rahmen der Interpretation zu berücksichtigenden anerkannten Regeln des Völkerrechtes vergleiche dazu etwa RIS-Justiz RS0053183 mwN) wird überzeugend vertreten, dass bei allfälligen Wettbewerbsbeschränkungen, die von ausländischen Unternehmen ausgehen, nur eine unmittelbare Inlandsauswirkung die Anwendung des nationalen Kartellrecht rechtfertigt vergleiche dazu Jungbluth aaO, 1674).

Durch den Erwerb eines Unternehmens im Ausland, das auf einem abgegrenzten ausländischen Markt tätig wird, ändert sich aber an der Anzahl der am für das Inland relevanten Markt - dieser kann auch Teil eines Weltmarktes sein (vgl dazu OGH 14. 2. 200516 Ok 1/05) - tätig werdenden „selbständigen Marktteilnehmer" nichts. Derartige Zusammenschlüsse wurden auch bisher nicht von der österreichischen Zusammenschlusskontrolle erfasst. Die Frage, ob sich durch einen günstigen Kauf eines Unternehmens in einem anderen Land, das auch nur in diesem anderen Markt tätig wird, die Finanzkraft des heimischen Unternehmens verstärkt, ist keine Frage, die auf die Aufrechterhaltung der Marktstruktur hinsichtlich der Anzahl der daran teilnehmenden selbständigen Unternehmen abzielenden Zusammenschlusskontrolle unmittelbar einwirkt (die wirtschaftliche Potenz könnte auch durch einen besonders günstigen Grundstückskauf verbessert werden). Die Verbesserung der Finanzkraft durch den Kauf von ausländischen Unternehmensbeteiligungen - wobei dem Erwerb naturgemäß auch der Abfluss liquider Mittel durch Zahlung des Kaufpreises gegenübersteht - mag dann, wenn überhaupt ein Sachverhalt verwirklicht ist, der dieser Zusammenschlusskontrolle unterliegt, bei der Beurteilung der weiteren Fragen eine Rolle spielen. So war sie etwa bei der Beurteilung der nachfolgenden Fragen, inwieweit eine Marktbeherrschung entsteht oder verstärkt wird bzw ob die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen diese Nachteile aufwiegt bzw eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit notwendig und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist, relevant (vgl früher KartG 1988 § 42b Abs 2 und 3). Eine solche doch sehr mittelbare Auswirkung bei dem Erwerb einer ausländischen Zielgesellschaft, die weder aktuell noch potentiell am österreichischen Markt tätig war oder werden sollte bzw auf diesen einwirkte, kann aber auch unter Beachtung der oben dargestellten völkerrechtlichen Grundsätze nicht eine entsprechende „Inlandswirkung", die eine Anwendung der österreichischen Fusionskontrolle rechtfertigte, nachweisen. Einer aus den Zielrichtungen der Zusammenschlusskontrolle nicht ableitbaren, auf bloß „mittelbare" Wirkungen abstellenden, kaum

bestimmbaren Ausdehnung auf bloße Ressourcenverbesserungen kann auch

aus den in den Entscheidungen 9. 12. 1996,16 Ok 1/95 (= SZ 69/271 =

ecolex 1997, 172 [Wollmann, 171) = ÖBl 1997) und vom 23. 6. 1997 16

Ok 2/97 (= SZ70/124 = ÖBl 1998, 264) dargestellten Aspekten

(Rechtssicherheit, Raschheit; Schwere der Sanktion- Nichtigkeit,

Strafverfahren; vgl zur verfassungsrechtlichen Problematik der klaren

Abgrenzung von Straftatbeständen etwa VfSlg 12.947) nicht beigetreten

werden (im Übrigen liegt auch der in Richtung einer bloßen

Ressourcenverstärkung verstehbaren Lehrmeinung von Rehbinder in

Immenga/Mestmäcker GWB, 2750 - eine Entscheidung des BGH zugrunde -

vgl FN 259 - bei der beide Unternehmen am deutschen Markt tätig waren

und es auch nicht um die Anmeldepflichtigkeit, sondern nur um die in

Österreich nunmehr nicht mehr vorgesehene - Anzeigepflichtigkeit ging

- vgl BGH 25. 5. 1979 KVR 2/78 „Organische Pigmente" BGHZ 74, 322;

vgl zur früheren Anzeigepflicht etwa Gugerbauer, Handbuch der Fusionskontrolle, 31 ff; vgl im übrigen auch die ebenfalls teilweise auf an bestimmten Märkten „konkurrierende" Unternehmen abstellende Regelung des Art 1 Abs 2 lit b und Abs 3 inbes lit c FKVO). Sie würde im Übrigen auch zu dem völkerrechtlich problematischen Effekt führen, dass das ja dann an die Verstärkung der Marktbeherrschung typischer anknüpfende Anmeldeverfahren regelmäßig von einer Verstärkung der Marktbeherrschung im Sinne des § 42b Abs 2 Z 2 KartG 1988 auszugehen gehabt hätte. Von einer „Untersagung" konnte dann aber regelmäßig nur bei Vorliegen der „Rechtfertigungsgründe" des 42b Abs 3 KartG 1988 abgesehen werden, die aber in wesentlichen Teilen nur auf den inländischen Markt und die inländische Volkswirtschaft abstellen. Mangels der eingeschränkten Möglichkeit der Berufung auf diese Gründe hätte es also zu einer strukturellen Benachteiligung bei Unternehmenserwerben durch österreichischen Unternehmen im Ausland kommen können.vergleiche zur früheren Anzeigepflicht etwa Gugerbauer, Handbuch der Fusionskontrolle, 31 ff; vergleiche im übrigen auch die ebenfalls teilweise auf an bestimmten Märkten „konkurrierende" Unternehmen abstellende Regelung des Artikel eins, Absatz 2, Litera b und Absatz 3, inbes Litera c, FKVO). Sie würde im Übrigen auch zu dem völkerrechtlich problematischen Effekt führen, dass das ja dann an die Verstärkung der Marktbeherrschung typischer anknüpfende Anmeldeverfahren regelmäßig von einer Verstärkung der Marktbeherrschung im Sinne des Paragraph 42 b, Absatz 2, Ziffer 2, KartG 1988 auszugehen gehabt hätte. Von einer „Untersagung" konnte dann aber regelmäßig nur bei Vorliegen der „Rechtfertigungsgründe" des 42b Absatz 3, KartG 1988 abgesehen werden, die aber in wesentlichen Teilen nur auf den inländischen Markt und die inländische Volkswirtschaft abstellen. Mangels der eingeschränkten Möglichkeit der Berufung auf diese Gründe hätte es also zu einer strukturellen Benachteiligung bei Unternehmenserwerben durch österreichischen Unternehmen im Ausland kommen können.

Das Ergebnis, dass eine Erfassung des Anteilserwerbs an am inländischen Markt auch nicht potentiell wirkenden ausländischen Unternehmen durch österreichische Unternehmen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach den § 41 ff KartG 1988 nicht beabsichtigt war, wird auch durch einen Blick auf das KartG 2005 verstärkt.Das Ergebnis, dass eine Erfassung des Anteilserwerbs an am inländischen Markt auch nicht potentiell wirkenden ausländischen Unternehmen durch österreichische Unternehmen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach den Paragraph 41, ff KartG 1988 nicht beabsichtigt war, wird auch durch einen Blick auf das KartG 2005 verstärkt.

Die Abgrenzung im KartG 2005 wird durch§ 9 Abs 2 KartG 2005 insoweit erleichtert, als vorgesehen ist, dass Zusammenschlüsse ausgenommen sind, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die folgenden Umsatzerlöse erzielten:Die Abgrenzung im KartG 2005 wird durch Paragraph 9, Absatz 2, KartG 2005 insoweit erleichtert, als vorgesehen ist, dass Zusammenschlüsse ausgenommen sind, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die folgenden Umsatzerlöse erzielten:

1. nur eines der beteiligten Unternehmen im Inland mehr als fünf Millionen Euro und

2. die übrigen beteiligten Unternehmen weltweit insgesamt nicht mehr als 30 Millionen Euro.

Ohne „gemeinsamen" inländischen Umsatz erfasst werden sollen nach der Regierungsvorlage die Erwerbe österreichischer Unternehmen durch ausländische Großunternehmen -potentielle Marktteilnehmer (vgl dazu RV 926 Blg NR 22. GP, 7; insoweit soll weiter zur Abgrenzung auf das bloße Wirkungsprinzip entsprechend § 24 Abs 2 KartG 2005 abgestellt werden). Auch dem ist aber zu entnehmen, dass eine Erfassung des Anteilserwerbs an am inländischen Markt auch nicht potentiell wirkenden ausländischen Unternehmen durch österreichische Unternehmen nicht beabsichtigt ist.Ohne „gemeinsamen" inländischen Umsatz erfasst werden sollen nach der Regierungsvorlage die Erwerbe österreichischer Unternehmen durch ausländische Großunternehmen -potentielle Marktteilnehmer vergleiche dazu Regierungsvorlage 926 Blg NR 22. GP, 7; insoweit soll weiter zur Abgrenzung auf das bloße Wirkungsprinzip entsprechend Paragraph 24, Absatz 2, KartG 2005 abgestellt werden). Auch dem ist aber zu entnehmen, dass eine Erfassung des Anteilserwerbs an am inländischen Markt auch nicht potentiell wirkenden ausländischen Unternehmen durch österreichische Unternehmen nicht beabsichtigt ist.

Genau dies liegt aber dem Antrag zugrunde, sodass dem Rekurs Folge und dem Antrag spruchgemäß stattzugeben war.

Anmerkung

E79893 16Ok49.05

Schlagworte

Kennung XPUBL Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in ÖBl-LS 2006/112 = RdW 2006/467 S 506 - RdW 2006,506 XPUBLEND

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2006:0160OK00049.05.0227.000

Dokumentnummer

JJT_20060227_OGH0002_0160OK00049_0500000_000

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