

# TE OGH 2002/7/1 160k2/02

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 01.07.2002

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Birgit Langer als Vorsitzende sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Manfred Vogel und Dr. Gerhard Kuras und die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Dr. Thomas Lachs in der Kartellrechtssache der Antragsteller 1) S\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, 2) J. W\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, 3) S\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, 4) Z\*\*\*\*\*-Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, 5) Eugen R\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, 6) "D\*\*\*\*\*" \*\*\*\*\*-Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, und 7) "S\*\*\*\*\*" Verlags-Gesellschaft mbH & Co KG, \*\*\*\*\*, sämtliche vertreten durch Dr. Michael Krüger & Partner, Rechtsanwälte in Linz, wider die Antragsgegner 1) Verlagsgruppe N\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, 2) T\*\*\*\*\*Verlagsservice Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, 3) Z\*\*\*\*\* Verlagsbeteiligungs AG, \*\*\*\*\*, und 4) K\*\*\*\*\* Verlags GmbH, \*\*\*\*\*, sämtliche vertreten durch Dr. Peter Kisler und DDr. Karl Pistotnik, Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung der Durchführung eines Zusammenschlusses in verbotener Weise (§ 42a Abs 5 KartG), über den Rekurs der Antragsteller gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 7. November 2001, GZ 26 Kt 224/01-13, den Beschluss

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Birgit Langer als Vorsitzende sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Manfred Vogel und Dr. Gerhard Kuras und die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Dr. Thomas Lachs in der Kartellrechtssache der Antragsteller 1) S\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, 2) J. W\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, 3) S\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, 4) Z\*\*\*\*\*-Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, 5) Eugen R\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, 6) "D\*\*\*\*\*" \*\*\*\*\*-Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, und 7) "S\*\*\*\*\*" Verlags-Gesellschaft mbH & Co KG, \*\*\*\*\*, sämtliche vertreten durch Dr. Michael Krüger & Partner, Rechtsanwälte in Linz, wider die Antragsgegner 1) Verlagsgruppe N\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, 2) T\*\*\*\*\*Verlagsservice Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, 3) Z\*\*\*\*\* Verlagsbeteiligungs AG, \*\*\*\*\*, und 4) K\*\*\*\*\* Verlags GmbH, \*\*\*\*\*, sämtliche vertreten durch Dr. Peter Kisler und DDr. Karl Pistotnik, Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung der Durchführung eines Zusammenschlusses in verbotener Weise (Paragraph 42 a, Absatz 5, KartG), über den Rekurs der Antragsteller gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 7. November 2001, GZ 26 Kt 224/01-13, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

## Text

Begründung:

Mit rechtskräftigem Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 26. 1. 2001 zu 26 Kt 342, 369, 380 bis 383/00 wurde nach amtswegiger Einleitung eines Prüfungsverfahrens das hier maßgeblich Zusammenschlussvorhaben teilweise untersagt und teilweise mit Auflagen bewilligt. Konkret wurde von der

Zeitschriften Verlagsbeteiligungs AG, der ORAC-Zeitschriftenverlag Gesellschaft mbH, der Profil-Trend Zeitschriften Verlagsgesellschaft mbH, der Wirtschafts- Trend Zeitschriften Verlagsgesellschaft mbH, der Communication Service Verlagsgesellschaft mbH, der Verlagsgruppe NEWS Beteiligungsgesellschaft mbH & CO KG, der Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH und der Top Media Verlagsservice Gesellschaft mbH ein Zusammenschlussvorhaben angemeldet. Bei diesem sollte die Zeitschriften Verlagsbeteiligungs AG (ZVB) den von ihren operativen Tochtergesellschaften betriebenen Zeitschriftenbetrieb in einer neuen Kurier-Magazine Verlags GmbH durch Umgründung zusammenfassen, um diesen Zeitschriftenvertrieb sodann durch stille Beteiligung der Kurier Magazine Verlags GmbH an der Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH auf diese zu übertragen und im Gegenzug 30 % an der Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH und an der Top Media Verlagsservice Gesellschaft mbH zu erwerben. Die Verlagsgruppe NEWS Beteiligungsgesellschaft mbH sollte damit die alleinige Kontrolle über die Kurier-Magazine Verlags GmbH erwerben.

Ausgegangen wurde dabei von folgenden Beteiligungsverhältnissen vor der Zusammenlegung:

Als Ergebnis des angemeldeten Zusammenschlusses wurden vom Kartellgericht - ohne die teilweise Untersagung bzw die Auflagen - folgende Beteiligungsverhältnisse zugrundegelegt:

Dieser Zusammenschluss wurde nun insoweit untersagt, als jene Gesellschaft, die die Redaktionsagenden der Zeitschrift "profil" einschließlich der Bestimmung der Herausgeber, der Chefredakteure und der unverändert fortzuführenden Blattlinie wahrnimmt (das ist nach dem geplanten Zusammenschlussvorhaben die durch Umgründung aus der Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlagsgesellschaft mbH hervorgehende profil-Redaktionsgesellschaft) uneingeschränkt im ausschließlichen Eigentum der Zeitschriften Verlagsbeteiligungs AG zu verbleiben hat. Im Übrigen wurde das angemeldete Zusammenschlussvorhaben mit einer Reihe von Auflagen im Wesentlichen zur Absicherung der Unabhängigkeit und des Bestandes des Nachrichtenmagazins Profil genehmigt. Nach Rechtskraft dieses Beschlusses des Kartellgerichtes wurden durch die ZVB die Kurier-Magazine Anzeigenvermittlung und Verwaltung GmbH und die Profil-Redaktion GmbH gegründet. In die Kurier-Magazine Anzeigenvermittlung und Verwaltung GmbH wurden der Unternehmensanteil der Kurier Zeitungsverlag und Druckerei Gesellschaft mbH an der "Wirtschafts-Trend" Zeitschriften-Verlagsgesellschaft mbH (atypische stille Beteiligung), der Betrieb der Communication Service Verlagsgesellschaft mbH der Teilbetrieb Anzeigen-, Marketing-, EDV-, Verwaltungs-, Buchhaltungsagenden sowie das dazugehörige graphische Gewerbe TVT der "Wirtschafts-Trend" Zeitschriften-Verlagsgesellschaft mbH und der Teilbetrieb, welcher Anzeigen-, Marketing-, EDV-, Verwaltungs- und Buchhaltungsagenden sowie die graphische Produktion und der ORAC-Zeitschriftenerlag Gesellschaft mbH mit Einbringungsverträgen vom 27. 3. 2001 eingebracht. Mit den weiteren Einbringungsverträgen vom gleichen Tag wurden der Trend-Redaktionsbetrieb von der Wirtschafts-Trend Zeitschriften Verlagsgesellschaft mbH in die Trend-Redaktion GmbH, der profil-Redaktionsbetrieb durch die Wirtschafts-Trend Zeitschriften Verlagsgesellschaft mbH in die Profil-Redaktion GmbH und der gesamte Verlagsbetrieb einschließlich Markenrechte, Titelrechte und Kundenstock durch die "Wirtschafts-Trend" Zeitschriften-Verlagsgesellschaft mbH in die ORAC-Zeitschriftenverlag Gesellschaft mbH eingebracht. Die Firma der ORAC-Zeitschriften Verlag Gesellschaft mbH wurde in Kurier-Magazine Verlags GmbH geändert. Die Profil-Redaktion GmbH steht im ausschließlichen Eigentum der ZVB. Beim Firmenbuchgericht angemeldet wurden die Verträge vom 29. 3. 2001 zwischen der Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH, der Verlagsgruppe NEWS Beteiligungsgesellschaft mbH & Co KG und der ORAC-Zeitschriftenverlag Gesellschaft mbH, nunmehr Kurier-Magazine Verlags GmbH über die Erweiterung einer atypischen stillen Gesellschaft durch Beitritt, wonach die Kurier-Magazine Verlags GmbH ihr Unternehmen mit Ausnahme der Redaktion der Zeitschrift profil als Sacheinlage in die Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH einbringt und der stillen Gesellschaft als weitere stille Gesellschafterin beitrifft, sodass die Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH Eigentümerin, Verlegerin und Medieninhaberin dieser Zeitschriften - mit Ausnahme der Redaktion der Zeitschrift profil - wurde. Die Trend-Redaktion GmbH wurde als Tochter der Kurier-Magazine Verlags GmbH mitübertragen. Weiters wurde in einem Vertrag zwischen der Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH als Verlegerin und der Profil-Redaktion GmbH die Verpflichtung der Profil-Redaktion GmbH, den redaktionellen Teil des Magazins profil herzustellen und zu liefern und die Verpflichtung der Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH für die ausreichende Mittelbereitstellung an die Profil-Redaktion GmbH zur Erfüllung dieser Aufgabenstellung Sorge zu tragen, vereinbart. Die Verlagsgruppe NEWS Beteiligungsgesellschaft mbH & Co KG trat an die Kurier-Magazine Verlags GmbH Geschäftsanteile von je 25,3 % an der Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH und an der Top Media Verlagsservice Gesellschaft mbH ab. Die Kurier-Magazine Verlags GmbH trat an die Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH das gesamte Stammkapital der Trend-Redaktion GmbH ab. Die ZVB

übertrag das gesamte Stammkapital der Kurier-Magazine Anzeigenvermittlung und Verwaltung GmbH an die Top Media Verlagsservice Gesellschaft mbH. Die Kurier-Magazine Anzeigenvermittlung und Verwaltung GmbH als übertragende Gesellschaft wurde mit der Top Media Verlagsservice Gesellschaft mbH als übernehmende Gesellschaft verschmolzen. Die Antragsteller begehren nun die Feststellung, dass der zu 26 Kt 342/00 des OLG Wien angemeldete Zusammenschluss der Antragsgegner sowie der ORAC Zeitschriften Verlag Gesellschaft mbH, der profil-trend-Zeitschriften Verlag Gesellschaft mbH, der "Wirtschafts-Trend"- Zeitschriften-Verlagsgesellschaft mbH, der Communication Service Verlagsgesellschaft mbH und der Verlagsgruppe NEWS Beteiligungsgesellschaft mbH & Co KG in verbotener Weise durchgeführt wurde.

Zu ihrer Antragslegitimation stützen sich die Antragsteller darauf, dass sie selbst jeweils Medieninhaber von Tageszeitungen und mit unterschiedlichen Anteilen an der "tele-Zeitschriften Verlagsgesellschaft mbH & Co KG" sowie deren persönlich haftender Gesellschafterin der tele-Zeitschriften Verlagsgesellschaft mbH beteiligt seien. Gesellschafter seien überdies die Deutsche Supplement Verlag GmbH mit 24,9 %, die selbst wieder von der Bertelsmann AG, kontrolliert werde. Die tele-Zeitschriften Verlagsgesellschaft mbH & Co KG sei Herausgeberin des TV-Supplements "tele", das eine nationale Reichweite von 38,3 % habe. Der bewilligte Zusammenschluss bewirke auch eine gesellschaftsrechtliche Verflechtung der Verlagsgruppe NEWS mit den Tageszeitungen der Mediaprint, weil die WAZ-Gruppe neben der Beteiligung von 49,5 %-Anteilen an der Kuriergruppe auch 50 %-Anteile an der Verlagsgruppe Kronen Zeitung halte. Die Tageszeitungen Kronen Zeitung und Kurier würden von der Mediaprint, einer gemeinsamen Tochtergesellschaft der Verlagsgruppen Kronen Zeitung und Kurier verlegt. Eine derart hohe Konzentration am sachlich relevanten Markt der Tageszeitungen in Verbindung mit dem sachlich relevanten Markt von Nachrichtenmagazinen sei einzigartig. Der Zusammenschluss habe gravierende Auswirkungen auf den Lesemarkt, den Anzeigenmarkt, die Beschaffungsmärkte und den Vertriebsmarkt. Die Antragsteller seien gemäß § 42a Abs 5 Z 3 KartG aktiv legitimiert. Zu ihrer Antragslegitimation stützen sich die Antragsteller darauf, dass sie selbst jeweils Medieninhaber von Tageszeitungen und mit unterschiedlichen Anteilen an der "tele-Zeitschriften Verlagsgesellschaft mbH & Co KG" sowie deren persönlich haftender Gesellschafterin der tele-Zeitschriften Verlagsgesellschaft mbH beteiligt seien. Gesellschafter seien überdies die Deutsche Supplement Verlag GmbH mit 24,9 %, die selbst wieder von der Bertelsmann AG, kontrolliert werde. Die tele-Zeitschriften Verlagsgesellschaft mbH & Co KG sei Herausgeberin des TV-Supplements "tele", das eine nationale Reichweite von 38,3 % habe. Der bewilligte Zusammenschluss bewirke auch eine gesellschaftsrechtliche Verflechtung der Verlagsgruppe NEWS mit den Tageszeitungen der Mediaprint, weil die WAZ-Gruppe neben der Beteiligung von 49,5 %-Anteilen an der Kuriergruppe auch 50 %-Anteile an der Verlagsgruppe Kronen Zeitung halte. Die Tageszeitungen Kronen Zeitung und Kurier würden von der Mediaprint, einer gemeinsamen Tochtergesellschaft der Verlagsgruppen Kronen Zeitung und Kurier verlegt. Eine derart hohe Konzentration am sachlich relevanten Markt der Tageszeitungen in Verbindung mit dem sachlich relevanten Markt von Nachrichtenmagazinen sei einzigartig. Der Zusammenschluss habe gravierende Auswirkungen auf den Lesemarkt, den Anzeigenmarkt, die Beschaffungsmärkte und den Vertriebsmarkt. Die Antragsteller seien gemäß Paragraph 42 a, Absatz 5, Ziffer 3, KartG aktiv legitimiert.

In der Sache selbst machten die Antragsteller folgende noch im Rekursverfahren aufrecht erhaltene Verstöße beim Zusammenschluss geltend:

Die Antragsgegner hätten im Zusammenschlussverfahren unvollständige Angaben gemacht. Im Zusammenschlussverfahren sei nicht offengelegt worden, dass 24,9 % der Anteile an der Telezeitschriften Verlagsgesellschaft mbH & Co KG und ihrer persönlich haftenden Gesellschafterin von der Bertelsmann AG kontrolliert würden. Über diese Tochtergesellschaft bestehe eine im Kartellverfahren unterschlagene Einflussmöglichkeit, die die gesamte Bundesländerzeitungslandschaft berühre. Das Fernsehmagazin "tele" stehe als wöchentliche Beilage der Bundesländerzeitungen in scharfem Wettbewerb zum Konkurrenzprodukt der Mediaprint, dem Supplement TV-Woche. Nach Vorliegen des Genehmigungsbeschlusses seien Redaktion und Produktion der TV-Woche von Österreich nach Deutschland ausgelagert worden, und zwar zu einer Bertelsmann Tochter, die bereits das Konkurrenzmagazin der Bundesländerzeitungen tele produziere. Bei pflichtgemäßer Offenlegung der Beteiligung des Bertelsmann-Konzerns an der tele-Zeitschriften Verlag Gesellschaft mbH & Co KG und ihrer persönlich haftenden Gesellschafterin wäre der Zusammenschluss infolge Beeinträchtigung der Medienvielfalt und des Ausbaues der marktbeherrschenden Stellung der Erstantragsgegnerin untersagt worden. Infolge dieser Unterlassung und der damit nicht vollständig möglichen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens sei dieses in verbotener Weise durchgeführt worden.

Weiters machten die Antragsteller eine Inkongruenz von Anmeldung und Durchführung des Zusammenschlusses geltend, die darin liegen soll, dass nach der Anmeldung die Kurier Verlags GesmbH gegen Einbringung ihres Zeitschriftenteilbetriebes je 30 % des Stammkapitals an der Verlagsgruppe NEWS bzw der Top Media Service GesmbH erwerben sollte, tatsächlich aber nur 25,3 % Anteilen erworben habe. Die Antragsgegnerinnen beantragten die Abweisung des Antrages und die Feststellung, dass der Zusammenschluss entsprechend dem Beschluss des Kartellgerichts vom 26. 1. 2001 zu 26 Kt 342/00 durchgeführt wurde. Es bestehe keine kartellrechtliche Verflechtung zwischen der Verlagsgruppe NEWS und der Mediaprint. Es sei nur zu einem Zusammenschluss im Bereich der genannten Magazine gekommen, den das Kartellgericht nach einer sorgfältigen Prüfung unter bestimmten Auflagen genehmigt habe. Dabei seien auch die relevanten Beteiligungsstrukturen durchleuchtet worden. Das Kartellgericht sei zutreffend davon ausgegangen, dass die Aktivitäten im Tageszeitungsbereich für den vorliegenden Zusammenschluss rechtlich nicht relevant seien, ebenso das TV-Supplement "tele". Dieses hänge mit dem Zusammenschluss nicht zusammen, weshalb die Beteiligung an der Gesellschaft den Antragstellern auch gar nicht präsent gewesen sei. Diese Beteiligung liege auch unter dem relevanten Schwellenwert von 25 %. Die Verlagerung des TV-Supplements "TV-Woche" nach Deutschland sei im Ergebnis wegen eines von den Antragstellern selbst ausgeübten Druckes erfolgt.

Bereits im Zusammenschlussverfahren sei auch offengelegt worden, dass mittelfristig die Beteiligung der Kurier Gruppe von 30 % auf 25,3 % zurückgenommen werde.

Das Erstgericht wies den Antrag ab. Es bejahte die Antragslegitimation gemäß § 42a Abs 5 KartG. Die indirekte Beteiligung der Bertelsmann AG an der tele-Zeitschriften Verlag Gesellschaft mbH & Co KG, die das TV-Supplement "tele" herausgibt, sei nicht entscheidend. Zwar hätten gemäß § 68a Abs 1 KartG die Anmeldungen nach § 42a KartG unter anderem genaue und erschöpfende Angaben zur Unternehmensstruktur zu enthalten, und zwar insbesondere für jedes beteiligte Unternehmen die Angabe der Eigentumsverhältnisse einschließlich von Unternehmensverbindungen im Sinne des § 41 KartG, jedoch sei eine Beteiligung von weniger als 25 % nicht relevant. Dass Anmeldungen nach § 68 Abs 1 Z 2 KartG dann, wenn es sich um einen Medienzusammenschluss handelt, auch genaue und erschöpfende Angaben zu den Umständen zu enthalten hätten, durch die die Medienvielfalt überdies beeinträchtigt werden könne, sei ebenfalls nicht ausschlaggebend, da dies nicht die Feststellung der Durchführung eines verbotenen Zusammenschlusses bewirken könne. Das folge schon daraus, dass erst der mittlerweile zur Begutachtung versendete Entwurf einer Kartellgesetznovelle 2001 - neu - unrichtige oder unvollständige Angaben, die von einem der beteiligten Unternehmen zu vertreten sind, in § 42b Abs 6 Z 1 der geplanten Novelle sanktioniere. Danach habe in diesem Fall das Kartellgericht auf Antrag unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nachträglich Maßnahmen aufzutragen, durch die die Wirkungen des Zusammenschlusses abgeschwächt oder beseitigt werden. Nach geltender Rechtslage könnten jedoch im Sinne des § 68a Abs 1 Z 2 KartG unvollständige Angaben im Anmeldeverfahren kein nachträgliches Durchführungsverbot bewirken. Auch hätte das Wissen um diese Minderheitsbeteiligung der Bertelsmann AG an der Herausgeberin eines weiteren in Österreich erscheinenden Printmediums, dem TV-Supplement "tele" bezüglich der Beeinträchtigung der Frage der Medienvielfalt im Zusammenschlussverfahren keine andere Entscheidung bewirkt, weil dort als sachlich relevant der Markt jener der politischen Wochenmagazine erkannt worden sei, dem der Markt von Fernsehzeitschriften als Beilage zu Tageszeitungen nur als benachbart zugeordnet werden könne. Für die Frage der Medienvielfalt komme einer das Fernsehprogramm enthaltenden Zeitungsbeilage - im Vergleich zum Markt politischer Nachrichtenmagazine - auch nur untergeordnete Bedeutung zu. Die Kurier-Magazine Verlags GmbH sei entgegen den Antragsbehauptungen auch mit einer voll einbezahlten Stammeinlage von EUR 17.710,-- Gesellschafterin der Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH (FN 183971x) und mit einer solchen von S 253.000,-- Gesellschafterin der Top Media Verlagsservice Gesellschaft mbH (FN 130804i) geworden. Die umgekehrte Einbringung ihres Unternehmens in die Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH in Form einer stillen Gesellschaft entspreche der genehmigten Anmeldung. Dass anstelle der angemeldeten Beteiligung von 30 % nur 25,3 % des Stammkapitals erworben wurden, sei als "minus" zulässig. Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der Antragstellerinnen mit dem Antrag, den Beschluss des Erstgerichts dahin abzuändern, dass festgestellt werde, dass der Zusammenschluss in verbotener Weise erfolgte; hilfsweise beantragen die Rekurswerberinnen, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Das Erstgericht wies den Antrag ab. Es bejahte die Antragslegitimation gemäß Paragraph 42 a, Absatz 5, KartG. Die indirekte Beteiligung der Bertelsmann AG an der tele-Zeitschriften Verlag Gesellschaft mbH & Co KG, die das TV-Supplement "tele" herausgibt, sei nicht entscheidend. Zwar hätten gemäß Paragraph 68 a, Absatz eins, KartG die Anmeldungen nach Paragraph 42 a, KartG unter anderem

genaue und erschöpfende Angaben zur Unternehmensstruktur zu enthalten, und zwar insbesondere für jedes beteiligte Unternehmen die Angabe der Eigentumsverhältnisse einschließlich von Unternehmensverbindungen im Sinne des Paragraph 41, KartG, jedoch sei eine Beteiligung von weniger als 25 % nicht relevant. Dass Anmeldungen nach Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 2, KartG dann, wenn es sich um einen Medienzusammenschluss handelt, auch genaue und erschöpfende Angaben zu den Umständen zu enthalten hätten, durch die die Medienvielfalt überdies beeinträchtigt werden könne, sei ebenfalls nicht ausschlaggebend, da dies nicht die Feststellung der Durchführung eines verbotenen Zusammenschlusses bewirken könne. Das folge schon daraus, dass erst der mittlerweile zur Begutachtung versendete Entwurf einer Kartellgesetznovelle 2001 - neu - unrichtige oder unvollständige Angaben, die von einem der beteiligten Unternehmen zu vertreten sind, in Paragraph 42 b, Absatz 6, Ziffer eins, der geplanten Novelle sanktioniere. Danach habe in diesem Fall das Kartellgericht auf Antrag unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nachträglich Maßnahmen aufzutragen, durch die die Wirkungen des Zusammenschlusses abgeschwächt oder beseitigt werden. Nach geltender Rechtslage könnten jedoch im Sinne des Paragraph 68 a, Absatz eins, Ziffer 2, KartG unvollständige Angaben im Anmeldeverfahren kein nachträgliches Durchführungsverbot bewirken. Auch hätte das Wissen um diese Minderheitsbeteiligung der Bertelsmann AG an der Herausgeberin eines weiteren in Österreich erscheinenden Printmediums, dem TV-Supplement "tele" bezüglich der Beeinträchtigung der Frage der Medienvielfalt im Zusammenschlussverfahren keine andere Entscheidung bewirkt, weil dort als sachlich relevant der Markt jener der politischen Wochenmagazine erkannt worden sei, dem der Markt von Fernsehzeitschriften als Beilage zu Tageszeitungen nur als benachbart zugeordnet werden könne. Für die Frage der Medienvielfalt komme einer das Fernsehprogramm enthaltenden Zeitungsbeilage - im Vergleich zum Markt politischer Nachrichtenmagazine - auch nur untergeordnete Bedeutung zu. Die Kurier-Magazine Verlags GmbH sei entgegen den Antragsbehauptungen auch mit einer voll einbezahlten Stammeinlage von EUR 17.710,-- Gesellschafterin der Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH (FN 183971x) und mit einer solchen von S 253.000,-- Gesellschafterin der Top Media Verlagsservice Gesellschaft mbH (FN 130804i) geworden. Die umgekehrte Einbringung ihres Unternehmens in die Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH in Form einer stillen Gesellschaft entspreche der genehmigten Anmeldung. Dass anstelle der angemeldeten Beteiligung von 30 % nur 25,3 % des Stammkapitals erworben wurden, sei als "minus" zulässig. Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der Antragstellerinnen mit dem Antrag, den Beschluss des Erstgerichts dahin abzuändern, dass festgestellt werde, dass der Zusammenschluss in verbotener Weise erfolgte; hilfsweise beantragen die Rekurswerberinnen, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

Die Antragsgegnerinnen beantragen, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Die Rekurswerberinnen machen nun erstmals geltend, dass die Antragsgegnerinnen im Zusammenschlussverfahren dadurch gegen § 68a Abs 1 Z 2 KartG verstoßen hätten, dass sie nicht offenlegten, dass der Bertelsmannkonzern über Gruner + Jahr auch den Fernsehsender RTL beherrsche. Bei Kenntnis des Umstandes, der die Medienvielfalt betreffe und auch Fragen der Werbung berühre, hätte das Kartellgericht den Zusammenschluss nicht genehmigt. Nach ständiger Judikatur können im Rekursverfahren in Kartellsachen die Parteien entsprechend den anzuwendenden Bestimmungen des Außerstreitverfahren (§ 43 KartG) zwar das vorliegende Tatsachenmaterial ergänzen oder berichtigen. Es kann jedoch der Antragsteller ein in erster Instanz nicht einmal ansatzweise erstattetes Vorbringen im Rekursverfahren nicht mehr nachholen (vgl. RIS-Justiz RS0063600 mwN; SZ 71/103 uva; Barfuß/Wollmann/Tahedl Österreichisches Kartellrecht, 139). Die Rekurswerberinnen machen nun erstmals geltend, dass die Antragsgegnerinnen im Zusammenschlussverfahren dadurch gegen Paragraph 68 a, Absatz eins, Ziffer 2, KartG verstoßen hätten, dass sie nicht offenlegten, dass der Bertelsmannkonzern über Gruner + Jahr auch den Fernsehsender RTL beherrsche. Bei Kenntnis des Umstandes, der die Medienvielfalt betreffe und auch Fragen der Werbung berühre, hätte das Kartellgericht den Zusammenschluss nicht genehmigt. Nach ständiger Judikatur können im Rekursverfahren in Kartellsachen die Parteien entsprechend den anzuwendenden Bestimmungen des Außerstreitverfahren (Paragraph 43, KartG) zwar das vorliegende Tatsachenmaterial ergänzen oder berichtigen. Es kann jedoch der Antragsteller ein in erster Instanz nicht einmal ansatzweise erstattetes Vorbringen im Rekursverfahren nicht mehr nachholen vergleiche RIS-Justiz RS0063600 mwN; SZ 71/103 uva; Barfuß/Wollmann/Tahedl Österreichisches Kartellrecht, 139).

Da aber im erstgerichtlichen Verfahren weder die Beteiligung an RTL noch überhaupt die Relevanz der Beteiligung an einem Fernsehsender behauptet wurde, ist auf die nunmehr im Rekursverfahren erstmalig erstatteten Ausführungen schon aus diesem Grund nicht weiter einzugehen.

Im Übrigen halten die Rekurswerberinnen im Wesentlichen die auf die nicht bekanntgegebene Minderheitsbeteiligung von Bertelsmann an "tele" sowie das Unterschreiten der Kurierbeteiligung an NEWS (25,3 % statt 30 %) gestützten Einwendungen gegen die rechtmäßige Durchführung des Zusammenschlusses aufrecht.

Vorweg ist dazu auf die Frage einzugehen, welche Umstände im Rahmen eines Verfahrens nach § 42a Abs 5 Kartellgesetz überhaupt noch geprüft werden können, wenn ein Zusammenschluss angemeldet und rechtskräftig genehmigt wurde. Vorweg ist dazu auf die Frage einzugehen, welche Umstände im Rahmen eines Verfahrens nach Paragraph 42 a, Absatz 5, Kartellgesetz überhaupt noch geprüft werden können, wenn ein Zusammenschluss angemeldet und rechtskräftig genehmigt wurde.

§ 42a Abs 5 KartG ordnet nun allgemein an, dass das Kartellgericht auf Antrag festzustellen hat, ob ein Zusammenschluss in verbotener Weise "durchgeführt" wurde. Dies bezieht sich auf § 42a Abs 4 KartG, der festlegt, dass die "Durchführung" von anmeldebedürftigen Zusammenschlüssen vor der Ausstellung einer Bestätigung nach § 42b KartG oder dem rechtskräftigen Ausspruch des Kartellgerichts, dass der Zusammenschluss nicht untersagt wird (§ 42b Abs 3 bis 5 KartG), verboten ist. Dies bedeutet nun, dass der Antrag nach § 42 Abs 5 KartG grundsätzlich keine Zusammenschlüsse erfassen kann, die - so wie hier - gemäß § 42b Abs 4 KartG genehmigt - also nicht untersagt - wurden. Dies setzt nur voraus, dass der durchgeführte Zusammenschluss mit dem angemeldeten Zusammenschluss ident ist. Darüber hinaus müssen auch allfällige Beschränkungen oder Auflagen nach § 42b Abs 4 KartG eingehalten werden (vgl dazu auch die RV zur KartGNov 1993, wiedergegeben in Reich-Rohrwig/Zehetner Kartellrecht I, 266; Gugerbauer Kommentar zum Kartellgesetz<sup>2</sup>, 303; anders nunmehr § 42b der KartG-Nov 2002, BGBl I 62/2002, die aber mangels gesetzlicher Anordnung auf den vorliegenden Sachverhalt noch nicht anzuwenden ist - vgl Bydlinski in Rummel ABGB I 3 § 5 Rz 2). Umstände, die nicht unmittelbar den Zusammenschluss als solches betreffen, sondern nur zu dessen Beurteilung dienen, ändern nun an der Identität des Zusammenschlusses nichts. Paragraph 42 a, Absatz 5, KartG ordnet nun allgemein an, dass das Kartellgericht auf Antrag festzustellen hat, ob ein Zusammenschluss in verbotener Weise "durchgeführt" wurde. Dies bezieht sich auf Paragraph 42 a, Absatz 4, KartG, der festlegt, dass die "Durchführung" von anmeldebedürftigen Zusammenschlüssen vor der Ausstellung einer Bestätigung nach Paragraph 42 b, KartG oder dem rechtskräftigen Ausspruch des Kartellgerichts, dass der Zusammenschluss nicht untersagt wird (Paragraph 42 b, Absatz 3 bis 5 KartG), verboten ist. Dies bedeutet nun, dass der Antrag nach Paragraph 42, Absatz 5, KartG grundsätzlich keine Zusammenschlüsse erfassen kann, die - so wie hier - gemäß Paragraph 42 b, Absatz 4, KartG genehmigt - also nicht untersagt - wurden. Dies setzt nur voraus, dass der durchgeführte Zusammenschluss mit dem angemeldeten Zusammenschluss ident ist. Darüber hinaus müssen auch allfällige Beschränkungen oder Auflagen nach Paragraph 42 b, Absatz 4, KartG eingehalten werden vergleiche dazu auch die RV zur KartGNov 1993, wiedergegeben in Reich-Rohrwig/Zehetner Kartellrecht römisch eins, 266; Gugerbauer Kommentar zum Kartellgesetz<sup>2</sup>, 303; anders nunmehr Paragraph 42 b, der KartG-Nov 2002, Bundesgesetzblatt Teil eins, 62 aus 2002,, die aber mangels gesetzlicher Anordnung auf den vorliegenden Sachverhalt noch nicht anzuwenden ist - vergleiche Bydlinski in Rummel ABGB I 3 Paragraph 5, Rz 2). Umstände, die nicht unmittelbar den Zusammenschluss als solches betreffen, sondern nur zu dessen Beurteilung dienen, ändern nun an der Identität des Zusammenschlusses nichts.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass ja grundsätzlich auch Beschlüsse im Außerstreitverfahren der materiellen Rechtskraft fähig sind (vgl etwa Klicka/Oberhammer Außerstreitverfahren<sup>3</sup>, 37 f; Mayr/Fucik Verfahren außer Streitsachen, 70; RIS-Justiz RS0007171 mzwN). Von den dabei bestehenden Grenzen sind im vorliegenden Fall vor allem die Beeinträchtigung Dritter, in deren Interessen unmittelbar eingegriffen wurde, die aber ohne ihr Verschulden nicht am Verfahren beteiligt waren, oder denen das Gesetz auch nachträglich ein besonderes "Klagerecht" gewährt, relevant (vgl Klicka/Oberhammer aaO, 37 f; Mayr/Fucik aaO, 70). Dabei ist zu berücksichtigen, dass ja grundsätzlich auch Beschlüsse im Außerstreitverfahren der materiellen Rechtskraft fähig sind vergleiche etwa Klicka/Oberhammer Außerstreitverfahren<sup>3</sup>, 37 f; Mayr/Fucik Verfahren außer Streitsachen, 70; RIS-Justiz RS0007171 mzwN). Von den dabei bestehenden Grenzen sind im vorliegenden Fall vor allem die Beeinträchtigung Dritter, in deren Interessen unmittelbar eingegriffen wurde, die aber ohne ihr Verschulden nicht am Verfahren beteiligt waren, oder denen das Gesetz auch nachträglich ein besonderes "Klagerecht" gewährt, relevant vergleiche Klicka/Oberhammer aaO, 37 f; Mayr/Fucik aaO, 70).

Genau davon kann aber hier nicht ausgegangen werden. Der Gesetzgeber hat bewusst den Mitbewerbern im Zusammenschlussverfahren nach § 42a KartG idF der Nov 1999 nur ein eingeschränktes Mitwirkungsrecht dahin eingeräumt, dass sie eine schriftliche Äußerung abgeben können, aber kein Recht auf eine bestimmte Behandlung der Äußerung haben (vgl zur mangelnden Parteistellung RV 1773 BlgNR 20. GP, 13; ferner etwa Wessely Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, 7). Insoweit kann also nicht argumentiert werden, dass sie noch weitergehend am Verfahren zu beteiligen gewesen wären und daher kein bewilligter Zusammenschluss vorliege. Dies ist auch unter dem Aspekt des Art 6 MRK verfassungsrechtlich unbedenklich. Als entscheidend für die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine entsprechende verfahrensrechtliche Beteiligung zu ermöglichen, wird angesehen, ob wesentliche, geschützte Interessen der Person, die diese Beteiligung anstrebt, betroffen sind und ob andere Interessen an diesem Verfahren überwiegen (vgl zuletzt OGH 21. 2. 2002 8 Ob 251/01x mwN = OGH 8. 7. 1998, 9 ObA 104/48d = ASoK 1999, 35 = DRdA 1998, 444; VfGH VfSlg 11.934 = ZAS 1990/16 [Stolzlechner]; Kerschner Art 6 MRK und Zivilrecht JBI 1999, 689 ff; Musger, Verfahrenswesentliche Bindungswirkung und Art 6 MRK, JBI 1991, 420 [425]; im Übrigen auch zur Darstellung der Judikatur des EGMR Peukert in Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup>, 158 ff; Miehsler, Kommentar zur europäischen Menschenrechtskonvention Art 6 Rz 59 ff; Walter-Mayer Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>9</sup>, 625 ff; Berka, Die Grundrechte 446 ff ua). Es steht nun aber im Rahmen des rechtspolitischen Ermessens des Gesetzgebers, hier die Interessen eines einzelnen Mitbewerbers im Zusammenschlussverfahren als nicht so maßgeblich zu betrachten, dass diesen die volle Parteistellung einzuräumen wäre. Wird doch der Zweck dieser Verfahren darin gesehen, "präventiv" das allgemeine Interesse an der Aufrechterhaltung einer Marktstruktur, die einen funktionierenden Wettbewerb verspricht zu fördern (vgl OGH 21. 12. 2000 16 Ok 8/01; Barfuß/Wollmann/Tahedl Österreichisches Kartellrecht, 111; ähnlich zur europäischen Fusionskontrolle Stockenhuber Europäisches Kartellrecht, 147; Koppensteiner Österreichisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup>, 249 f; Wessely Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, 2 uva). Die unmittelbaren Interessen des einzelnen Mitbewerbers aufgrund von konkreten Beeinträchtigungen werden im Missbrauchsverfahren nach den §§ 34 ff KartG geschützt. Durch die Äußerung der Mitbewerber sollen dem Kartellgericht nur zusätzliche Informationen zukommen (vgl RV 1775 BlgNR 20. GP, 13). Ist dieses doch auch nach dem KartG in der hier noch maßgeblichen Fassung vor der Kartellgesetznovelle BGBl I 62/2002 nicht nur zur amtswegigen Prüfung der Zusammenschlüsse (vgl § 44a KartG), sondern auch zur amtswegigen Ermittlung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes (vgl zum Untersuchungsgrundsatz Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO, 137) verpflichtet gewesen. Die richtige Ermittlung des Sachverhaltes ist ferner dadurch abgesichert, dass sich auch strafbar macht, wer in einer Anmeldung nach § 42a KartG über Umstände, die für die Entscheidung des Kartellgerichts wesentlich sind, unrichtige oder unvollständige Erklärungen (vgl auch § 68a KartG) abgibt. Schließlich bestehen auch Antrags- und Mitwirkungsrechte der Amtsparteien (nunmehr auch des Bundeskartellanwaltes und der Bundeswettbewerbsbehörde). Dies hat der Gesetzgeber für eine "präventive" Sicherung des allgemeinen Interesses an der Aufrechterhaltung einer Marktstruktur, die einen funktionierenden Wettbewerb verspricht, offenbar als ausreichend erachtet. Wurde also in einem Zusammenschlussverfahren ein bestimmter Zusammenschluss mit Auflagen bewilligt, so können Mitbewerber nach § 42a Abs 5 KartG nur noch relevieren, dass überhaupt ein anderer Zusammenschluss vorliege (§ 41 KartG) oder die Auflagen nicht eingehalten worden seien. Er kann aber keine Gründe heranziehen, die nur der kartellrechtlichen Beurteilung des Zusammenschlusses (§§ 42a bis 42c KartG) dienen. Unbenommen bleiben den Mitbewerbern die sonstigen Bereiche des kartellrechtlichen Schutzes, insbesondere jene zum Schutz vor dem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung im Sinne der § 34 ff KartG. Genau davon kann aber hier nicht ausgegangen werden. Der Gesetzgeber hat bewusst den Mitbewerbern im Zusammenschlussverfahren nach Paragraph 42 a, KartG in der Fassung der Nov 1999 nur ein eingeschränktes Mitwirkungsrecht dahin eingeräumt, dass sie eine schriftliche Äußerung abgeben können, aber kein Recht auf eine bestimmte Behandlung der Äußerung haben vergleiche zur mangelnden Parteistellung RV 1773 BlgNR 20. GP, 13; ferner etwa Wessely Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, 7). Insoweit kann also nicht argumentiert werden, dass sie noch weitergehend am Verfahren zu beteiligen gewesen wären und daher kein bewilligter Zusammenschluss vorliege. Dies ist auch unter dem Aspekt des Artikel 6, MRK verfassungsrechtlich unbedenklich. Als entscheidend für die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine entsprechende verfahrensrechtliche Beteiligung zu ermöglichen, wird angesehen, ob wesentliche, geschützte Interessen der Person, die diese Beteiligung anstrebt, betroffen sind und ob andere Interessen an diesem Verfahren überwiegen vergleiche zuletzt OGH 21. 2. 2002 8 Ob 251/01x mwN = OGH 8. 7. 1998, 9 ObA 104/48d = ASoK 1999, 35 = DRdA 1998, 444; VfGH VfSlg 11.934 = ZAS 1990/16 [Stolzlechner]; Kerschner

Artikel 6, MRK und Zivilrecht JBI 1999, 689 ff; Musger, Verfahrenswesentliche Bindungswirkung und Artikel 6, MRK, JBI 1991, 420 [425]; im Übrigen auch zur Darstellung der Judikatur des EGMR Peukert in Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup>, 158 ff; Miehsler, Kommentar zur europäischen Menschenrechtskonvention Artikel 6, Rz 59 ff; Walter-Mayer Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>9</sup>, 625 ff; Berka, Die Grundrechte 446 ff ua). Es steht nun aber im Rahmen des rechtspolitischen Ermessens des Gesetzgebers, hier die Interessen eines einzelnen Mitbewerbers im Zusammenschlussverfahren als nicht so maßgeblich zu betrachten, dass diesen die volle Parteistellung einzuräumen wäre. Wird doch der Zweck dieser Verfahren darin gesehen, "präventiv" das allgemeine Interesse an der Aufrechterhaltung einer Marktstruktur, die einen funktionierenden Wettbewerb verspricht zu fördern vergleiche OGH 21. 12. 20001 16 Ok 8/01; Barfuß/Wollmann/Tahedl Österreichisches Kartellrecht, 111; ähnlich zur europäischen Fusionskontrolle Stockenhuber Europäisches Kartellrecht, 147; Koppensteiner Österreichisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup>, 249 f; Wessely Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, 2 uva). Die unmittelbaren Interessen des einzelnen Mitbewerbers aufgrund von konkreten Beeinträchtigungen werden im Missbrauchsverfahren nach den Paragraphen 34, ff KartG geschützt. Durch die Äußerung der Mitbewerber sollen dem Kartellgericht nur zusätzliche Informationen zukommen vergleiche RV 1775 BlgNR 20. GP, 13). Ist dieses doch auch nach dem KartG in der hier noch maßgeblichen Fassung vor der Kartellgesetznovelle Bundesgesetzblatt Teil eins, 62 aus 2002, nicht nur zur amtswegigen Prüfung der Zusammenschlüsse vergleiche Paragraph 44 a, KartG), sondern auch zur amtswegigen Ermittlung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes vergleiche zum Untersuchungsgrundsatz Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO, 137) verpflichtet gewesen. Die richtige Ermittlung des Sachverhaltes ist ferner dadurch abgesichert, dass sich auch strafbar macht, wer in einer Anmeldung nach Paragraph 42 a, KartG über Umstände, die für die Entscheidung des Kartellgerichts wesentlich sind, unrichtige oder unvollständige Erklärungen vergleiche auch Paragraph 68 a, KartG) abgibt. Schließlich bestehen auch Antrags- und Mitwirkungsrechte der Amtsparteien (nunmehr auch des Bundeskartellanwaltes und der Bundeswettbewerbsbehörde). Dies hat der Gesetzgeber für eine "präventive" Sicherung des allgemeinen Interesses an der Aufrechterhaltung einer Marktstruktur, die einen funktionierenden Wettbewerb verspricht, offenbar als ausreichend erachtet. Wurde also in einem Zusammenschlussverfahren ein bestimmter Zusammenschluss mit Auflagen bewilligt, so können Mitbewerber nach Paragraph 42 a, Absatz 5, KartG nur noch relevieren, dass überhaupt ein anderer Zusammenschluss vorliege (Paragraph 41, KartG) oder die Auflagen nicht eingehalten worden seien. Er kann aber keine Gründe heranziehen, die nur der kartellrechtlichen Beurteilung des Zusammenschlusses (Paragraphen 42 a bis 42c KartG) dienen. Unbenommen bleiben den Mitbewerbern die sonstigen Bereiche des kartellrechtlichen Schutzes, insbesondere jene zum Schutz vor dem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung im Sinne der Paragraph 34, ff KartG.

Die Identität des Zusammenschlusses ist entsprechend den Tatbeständen des § 41 KartG zu beurteilen. Zwar sind nach § 2a KartG bei der Berechnung der Umsatzerlöse Unternehmen, die bereits in der im § 41 KartG beschriebenen Form miteinander verbunden sind, als ein einziges Unternehmen anzusehen (nur Innenumsätze sind herauszurechnen). Jedoch erfasst der Tatbestand des § 41 KartG selbst, der nicht auf die Umsätze abstellt, nur den jeweiligen konkreten Rechts- oder Herrschaftserwerb an den unmittelbar betroffenen Unternehmen oder Betriebsstätten. Er stellt auf die konkrete Transaktion ab. Der Frage der Umsatzerlöse kommt dann im Rahmen der Beurteilung des Zusammenschlusses nach den §§ 42a bis 42c KartG Bedeutung zu. An der Identität des Zusammenschlusses kann daher die im Zusammenschlussverfahren nicht offengelegte Minderheitsbeteiligung der vom Zusammenschluss selbst gar nicht erfassten "Großmutter" eines unmittelbar am Zusammenschluss beteiligten Unternehmens an "tele" nichts ändern. Dabei handelt es sich nicht um einen Umstand, der als Frage der "Durchführung" des genehmigten Zusammenschlusses geprüft werden könnte. Im Übrigen hätte diese Minderheitsbeteiligung von einem Mitbewerber oder einer Amtspartei in einer Äußerung aufgezeigt werden können. Die Identität des Zusammenschlusses ist entsprechend den Tatbeständen des Paragraph 41, KartG zu beurteilen. Zwar sind nach Paragraph 2 a, KartG bei der Berechnung der Umsatzerlöse Unternehmen, die bereits in der im Paragraph 41, KartG beschriebenen Form miteinander verbunden sind, als ein einziges Unternehmen anzusehen (nur Innenumsätze sind herauszurechnen). Jedoch erfasst der Tatbestand des Paragraph 41, KartG selbst, der nicht auf die Umsätze abstellt, nur den jeweiligen konkreten Rechts- oder Herrschaftserwerb an den unmittelbar betroffenen Unternehmen oder Betriebsstätten. Er stellt auf die konkrete Transaktion ab. Der Frage der Umsatzerlöse kommt dann im Rahmen der Beurteilung des Zusammenschlusses nach den Paragraphen 42 a bis 42c KartG Bedeutung zu. An der Identität des Zusammenschlusses kann daher die im Zusammenschlussverfahren nicht offengelegte Minderheitsbeteiligung der vom Zusammenschluss selbst gar nicht erfassten "Großmutter" eines



unmittelbar am Zusammenschluss beteiligten Unternehmens an "tele" nichts ändern. Dabei handelt es sich nicht um einen Umstand, der als Frage der "Durchführung" des genehmigten Zusammenschlusses geprüft werden könnte. Im Übrigen hätte diese Minderheitsbeteiligung von einem Mitbewerber oder einer Amtspartei in einer Äußerung aufgezeigt werden können.

Die Rekurswerberinnen machen nun weiter geltend, dass die Durchführung des Zusammenschlusses deshalb nicht entsprechend der Anmeldung erfolgt sei, weil es schließlich nicht zu der angemeldeten Beteiligung von 30 %, sondern nur zu einer solchen von 25,3 % gekommen sei.

In dem konkreten Zusammenschlussverfahren wurde eine Summe von verschiedenen Transaktionen gemeinsam behandelt. Fasst man es grob zusammen, so wurden von der ZVB operative Tochtergesellschaften zuerst in einer neuen Kurier-Magazine Verlags GmbH zusammengefasst und dann dieser Zeitschriftenbereich an die Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH übertragen. Im Gegenzug hat die Kurier-Magazin und Verlags GesmbH eine Beteiligung von 25,3 % (ursprünglich angemeldet) 30 % an der Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH und an der Top Media Verlagsservice Gesellschaft mbH erworben. Es sollte die Verlagsgruppe NEWS Beteiligungsgesellschaft mbH über den genannten Zeitschriftenbereich die alleinige Kontrolle - ausgenommen Profil -, haben aber der Kurier Gruppe eine Beteiligung eingeräumt werden. Die Frage dieser Beteiligung ist in § 41 Abs 1 Z 3 KartG erfasst. Danach gilt als Zusammenschluss im Sinn des KartG auch der unmittelbare oder mittelbare Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft, die Unternehmer ist, durch einen anderen Unternehmer, wenn dadurch ein Beteiligungsgrad von 25 %, oder, wenn dadurch ein solcher von 50 % erreicht oder überschritten wird. In dem konkreten Zusammenschlussverfahren wurde eine Summe von verschiedenen Transaktionen gemeinsam behandelt. Fasst man es grob zusammen, so wurden von der ZVB operative Tochtergesellschaften zuerst in einer neuen Kurier-Magazine Verlags GmbH zusammengefasst und dann dieser Zeitschriftenbereich an die Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH übertragen. Im Gegenzug hat die Kurier-Magazin und Verlags GesmbH eine Beteiligung von 25,3 % (ursprünglich angemeldet) 30 % an der Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH und an der Top Media Verlagsservice Gesellschaft mbH erworben. Es sollte die Verlagsgruppe NEWS Beteiligungsgesellschaft mbH über den genannten Zeitschriftenbereich die alleinige Kontrolle - ausgenommen Profil -, haben aber der Kurier Gruppe eine Beteiligung eingeräumt werden. Die Frage dieser Beteiligung ist in Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 3, KartG erfasst. Danach gilt als Zusammenschluss im Sinn des KartG auch der unmittelbare oder mittelbare Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft, die Unternehmer ist, durch einen anderen Unternehmer, wenn dadurch ein Beteiligungsgrad von 25 %, oder, wenn dadurch ein solcher von 50 % erreicht oder überschritten wird.

Hier wurde nun sowohl in der Anmeldung des Zusammenschlusses als auch in dessen Durchführung zwar die Grenze von 25 %, nicht aber jene von 50 % überschritten.

Der erkennende Senat hat sich erst jüngst in seiner Entscheidung vom 17. 12. 2001 zu 16 Ok 9/01 (= ecolex 2002, 194, mit Anm Wollmann) mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit für die Verwirklichung von Zusammenschlusstatbeständen zusätzlich zur 25 %igen Beteiligung generell ein beherrschender Einfluss notwendig ist. Er hat sich dabei der Meinung von Wessely (Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle 45 ff), Koppensteiner (Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht 3 258 f), Gugerbauer (Komm zum KartG 2 § 41 Rz 9 und Handbuch der Fusionskontrolle § 41 Rz 10) und der überwiegenden deutschen Lehre zum vergleichbaren Tatbestand der § 23 Abs 2 GWB (für alle Ruppelt in Langen/Bunte, Deutsches und europäisches Kartellrecht Rz 19 ff zu § 23 und Rz 6 f zu § 24 GWB) angeschlossen, wonach bereits eine bloß 25 %ige Beteiligung genügt (abstrakter Gefährdungstatbestand-Prüfungsmöglichkeit; anders Barfuß in ecolex 1992, 344 f; 1994, 626 und 1995, 191 und Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht 114 f, die zusätzlich das Vorliegen einer Beherrschungsmöglichkeit verlangen). Wie groß nun die tatsächlichen Einflussmöglichkeiten sind bzw wie weit nach dem Zusammenschluss tatsächlich mit einem abgestimmten Marktverhalten zu rechnen ist, ist dann in einem zweiten Prüfungsschritt, bei dem es um die Frage geht, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, zu berücksichtigen (Einflussmöglichkeiten-Auswirkungen auf die Marktstellung). Im Prüfungsverfahren nach den §§ 42b und 42c KartG ist also die Prüfung des beherrschenden Einflusses dann zur Bewertung des Zusammenschlusses, nicht aber zur Erfassung im Zusammenschlussverfahren notwendig, da für letztere schon das Überschreiten der Schwelle der 25 %igen Beteiligung nach § 41 Abs 1 Z 3 KartG reicht. An der Identität des Zusammenschlusses ändert es also nichts, wenn statt einer 30 %igen nur eine 25,3 %ige Minderheitsbeteiligung erfolgt (anders zur Frage des Überschreitens der 50 % Grenze etwa die RV 1005 BlgNR 21. GP,

27 zum neuen § 42b Abs 7 KartG). Der erkennende Senat hat sich erst jüngst in seiner Entscheidung vom 17. 12. 2001 zu 16 Ok 9/01 (= ecolex 2002, 194, mit Anmerkung Wollmann) mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit für die Verwirklichung von Zusammenschlusstatbeständen zusätzlich zur 25 %igen Beteiligung generell ein beherrschender Einfluss notwendig ist. Er hat sich dabei der Meinung von Wessely (Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle 45 ff), Koppensteiner (Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> 258 f), Gugerbauer (Komm zum KartG<sup>2</sup> Paragraph 41, Rz 9 und Handbuch der Fusionskontrolle Paragraph 41, Rz 10) und der überwiegenden deutschen Lehre zum vergleichbaren Tatbestand der Paragraph 23, Absatz 2, GWB (für alle Ruppelt in Langen/Bunte, Deutsches und europäisches Kartellrecht Rz 19 ff zu Paragraph 23 und Rz 6 f zu Paragraph 24, GWB) angeschlossen, wonach bereits eine bloß 25 %ige Beteiligung genügt (abstrakter Gefährdungstatbestand-Prüfungsmöglichkeit; anders Barfuß in ecolex 1992, 344 f; 1994, 626 und 1995, 191 und Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht 114 f, die zusätzlich das Vorliegen einer Beherrschungsmöglichkeit verlangen). Wie groß nun die tatsächlichen Einflussmöglichkeiten sind bzw wie weit nach dem Zusammenschluss tatsächlich mit einem abgestimmten Marktverhalten zu rechnen ist, ist dann in einem zweiten Prüfungsschritt, bei dem es um die Frage geht, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, zu berücksichtigen (Einflussmöglichkeiten-Auswirkungen auf die Marktstellung). Im Prüfungsverfahren nach den Paragraphen 42 b und 42c KartG ist also die Prüfung des beherrschenden Einflusses dann zur Bewertung des Zusammenschlusses, nicht aber zur Erfassung im Zusammenschlussverfahren notwendig, da für letztere schon das Überschreiten der Schwelle der 25 %igen Beteiligung nach Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 3, KartG reicht. An der Identität des Zusammenschlusses ändert es also nichts, wenn statt einer 30 %igen nur eine 25,3 %ige Minderheitsbeteiligung erfolgt (anders zur Frage des Überschreitens der 50 % Grenze etwa die RV 1005 BlgNR 21. GP, 27 zum neuen Paragraph 42 b, Absatz 7, KartG).

Zu prüfen ist aber auch noch, ob in Fällen, in denen verschiedene Zusammenschlusstatbestände gemeinsam behandelt und bewilligt werden, der Bewilligung eines konkreten Teiles nicht der Charakter einer Auflage hinsichtlich der anderen Teile zukommen könnte. Da hier der Zeitschriftenbereich an die Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH übertragen und im Gegenzug von der Kurier-Gruppe eine Beteiligung von 30 % an der Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft mbH und an der Top Media Verlagsservice Gesellschaft mbH erworben werden sollte, stellt sich also die Frage, ob der 30 %igen Beteiligung der Charakter einer Auflage für die Kontrolle der Verlagsgruppe NEWS über diesen Zeitschriftenbereich (ausgenommen Profil) zugemessen werden sollte.

Dem steht aber entgegen, dass die Beherrschung der übertragenen Zeitschriften - Bereiche mit den dargestellten Ausnahmen dem Beschluss explizit zugrundegelegt wurde (vgl zum Begriff des "Medienkontrolleurs" auch Ablasser Medienmarkt und Fusionskontrolle, 72 f). Weiters ist das Kartellgericht ausdrücklich (vgl S 38 des Beschlusses) davon ausgegangen, dass die Beteiligung im Jahre 2003 auf 25,3 % reduziert wird. Es hat insoweit aber keinerlei Auflagen vorgegeben, obwohl diese spätere Reduktion ja nicht als Zusammenschluss bewilligungspflichtig ist. Von einer "impliziten" Auflage im dargestellten Sinne kann also ebenfalls nicht ausgegangen werden. Dem steht aber entgegen, dass die Beherrschung der übertragenen Zeitschriften - Bereiche mit den dargestellten Ausnahmen dem Beschluss explizit zugrundegelegt wurde vergleiche zum Begriff des "Medienkontrolleurs" auch Ablasser Medienmarkt und Fusionskontrolle, 72 f). Weiters ist das Kartellgericht ausdrücklich (vergleiche S 38 des Beschlusses) davon ausgegangen, dass die Beteiligung im Jahre 2003 auf 25,3 % reduziert wird. Es hat insoweit aber keinerlei Auflagen vorgegeben, obwohl diese spätere Reduktion ja nicht als Zusammenschluss bewilligungspflichtig ist. Von einer "impliziten" Auflage im dargestellten Sinne kann also ebenfalls nicht ausgegangen werden.

Ausgehend von den Feststellungen und dem Vorbringen der Antragstellerinnen im erstgerichtlichen Verfahren hat das Erstgericht also zutreffend das Vorliegen der verbotenen Durchführung eines Zusammenschlusses verneint.

Dem Rekurs war daher ein Erfolg zu versagen.

#### **Anmerkung**

E66396 16Ok2.02

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBL Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in SZ 2002/91 XPUBLEND

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

ECLI:AT:OGH0002:2002:0160OK00002.02.0701.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20020701\_OGH0002\_0160OK00002\_0200000\_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](http://www.jusline.at)