

TE OGH 2001/12/17 160k9/01

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.12.2001

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Horst Schlosser als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Birgit Langer und Dr. Manfred Vogel sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer, Dkfm. Joachim Lamel, Dkfm. Alfred Reiter und Dr. Thomas Lachs als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Anmelder 1. W***** Beteiligungsgesellschaft mbH, ***** vertreten durch Dr. Peter Kisler und DDr. Karl Pistotnik, Rechtsanwälte in Wien, 2. L***** Gesellschaft mbH, ***** und 3. Axel J***** , wegen Untersagung eines Zusammenschlusses infolge Rekurses der Erstanmelderin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 29. August 2001, GZ 26 Kt 143, 186, 191, 192/01-45, den Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und die Rechtssache zur Ergänzung des Verfahrens und neuerlichen Beschlussfassung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Text

Begründung:

Am 5. 4. 2001 wurde der beabsichtigte Medienzusammenschluss, mit den die W***** Beteiligungsgesellschaft mbH in Wien (Erstanmelderin) das gesamte Stammkapital der L***** Gesellschaft mbH (Zweitmelderin) von Axel J***** (Drittmelder) übernimmt, "vorsorglich" beim Kartellgericht angemeldet und beantragt, auszusprechen, dass der beabsichtigte Erwerb keinen anmeldebedürftigen Medienzusammenschluss iSd § 42c KartG darstelle, in eventu - für den Fall, dass ein solcher angenommen und von den Amtsparteien kein Prüfungsantrag gestellt werden sollte - eine Bestätigung darüber auszustellen, in eventu - nach fristgerechter Einbringung eines solchen Prüfungsantrags auszusprechen, dass der Zusammenschluss nicht untersagt werde. Aufgrund der Bekanntmachung des Zusammenschlusses äußerten sich dazu gemäß § 42a Abs 3a KartG am 24. 4. 2000 die Verlag Ö***** Gesellschaft mbH und die Verlag O***** Gesellschaft mbH & Co KG, beide juristische Fachverlage, mit der Anregung, ein Prüfungsverfahren einzuleiten, den Zusammenschluss zu untersagen oder die Nichtuntersagung von Auflagen abhängig zu machen, weil durch den Zusammenschluss die bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der M***** Gesellschaft mbH verstärkt würde. Die Verlag O***** Gesellschaft mbH & Co KG zog ihre Äußerung am 25. 5. 2001 zurück. Die Anmeldung wurde den Amtsparteien am 10. 4. 2001 zugestellt. Am 3. 5. 2001 beantragte die Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokuratur, die Einleitung eines Prüfungsverfahrens ohne Begründung. Am 5. 4. 2001 wurde der beabsichtigte Medienzusammenschluss, mit den die W***** Beteiligungsgesellschaft mbH in Wien (Erstanmelderin) das gesamte Stammkapital der L***** Gesellschaft mbH (Zweitmelderin) von Axel J*****

(Drittanmelder) übernimmt, "vorsorglich" beim Kartellgericht angemeldet und beantragt, auszusprechen, dass der beabsichtigte Erwerb keinen anmeldebedürftigen Medienezusammenschluss iSd Paragraph 42 c, KartG darstelle, in eventu - für den Fall, dass ein solcher angenommen und von den Amtsparteien kein Prüfungsantrag gestellt werden sollte - eine Bestätigung darüber auszustellen, in eventu - nach fristgerechter Einbringung eines solchen Prüfungsantrags auszusprechen, dass der Zusammenschluss nicht untersagt werde. Aufgrund der Bekanntmachung des Zusammenschlusses äußerten sich dazu gemäß Paragraph 42 a, Absatz 3 a, KartG am 24. 4. 2000 die Verlag Ö***** Gesellschaft mbH und die Verlag O***** Gesellschaft mbH & Co KG, beide juristische Fachverlage, mit der Anregung, ein Prüfungsverfahren einzuleiten, den Zusammenschluss zu untersagen oder die Nichtuntersagung von Auflagen abhängig zu machen, weil durch den Zusammenschluss die bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der M***** Gesellschaft mbH verstärkt würde. Die Verlag O***** Gesellschaft mbH & Co KG zog ihre Äußerung am 25. 5. 2001 zurück. Die Anmeldung wurde den Amtsparteien am 10. 4. 2001 zugestellt. Am 3. 5. 2001 beantragte die Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokuratur, die Einleitung eines Prüfungsverfahrens ohne Begründung.

Die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte beantragte ua am 4. 5. 2001 ebenfalls die Prüfung des Zusammenschlusses unter Hinweis auf einen Anteil der W***** Gruppe am relevanten Fachverlagsmarkt von 27 %, wobei durch den Beteiligungserwerb ein Marktanteil von nahezu 42 % erreicht würde.

Der Paritätische Ausschuss für Kartellangelegenheiten gelangte in seinem Endgutachten zum Ergebnis, durch den Zusammenschluss entstünde eine ganz außerordentliche marktbeherrschende Stellung von W***** und eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen, die geeignet sei, die Nachteile der Marktbeherrschung auszugleichen, sei nicht erkennbar. Ebenso wenig sei eine volkswirtschaftlich gerechtfertigte Notwendigkeit der Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen gegeben. Der Erwerb des L***** Verlags wäre nur dann gerechtfertigt, wenn W***** seine gesamte Beteiligung an M***** vorher abgebe, bzw auf ein kartellrechtlich vertretbares Ausmaß dauerhaft reduziere. Aufgrund der Sitzungsergebnisse des Paritätischen Ausschusses, der eigenen Angaben der Anmelder und der Urkunden stellte das Erstgericht fest:

Die Erstanmelderin W***** Beteiligungsgesellschaft mbH (mit Sitz in Wien) ist eine 100 %ige Tochtergesellschaft der W***** International Holding B.V. Amsterdam, deren gesamtes Stammkapital von der börsennotierten W***** N.V. gehalten wird. Die gesamte W***** Gruppe ist spezialisiert auf Fachbücher und Fachzeitschriften mit dem besonderen Schwergewicht Fachbücher und Fachzeitschriften auf dem Sektor Recht, Steuern und Wirtschaft. Sie erzielte weltweit im Jahre 2000 einen Umsatz von rund Euro 3,664 Mio; der weltweite Marktanteil von W***** auf dem Gebiet der Fachpublikationen liegt bei ca 10 %. W***** ist in Österreich direkt oder indirekt an einer Reihe von Medien- und Medienhilfsunternehmen im Sinne des § 42c KartG beteiligt, die dem angeschlossenen Organigramm zu entnehmen sind: Die Erstanmelderin W***** Beteiligungsgesellschaft mbH (mit Sitz in Wien) ist eine 100 %ige Tochtergesellschaft der W***** International Holding B.V. Amsterdam, deren gesamtes Stammkapital von der börsennotierten W***** N.V. gehalten wird. Die gesamte W***** Gruppe ist spezialisiert auf Fachbücher und Fachzeitschriften mit dem besonderen Schwergewicht Fachbücher und Fachzeitschriften auf dem Sektor Recht, Steuern und Wirtschaft. Sie erzielte weltweit im Jahre 2000 einen Umsatz von rund Euro 3,664 Mio; der weltweite Marktanteil von W***** auf dem Gebiet der Fachpublikationen liegt bei ca 10 %. W***** ist in Österreich direkt oder indirekt an einer Reihe von Medien- und Medienhilfsunternehmen im Sinne des Paragraph 42 c, KartG beteiligt, die dem angeschlossenen Organigramm zu entnehmen sind:

Insbesondere ist die Muttergesellschaft der Erstanmelderin, die W***** International Holding B.V. zu 40 % an der M***** Gesellschaft mbH (in der Folge M*****) beteiligt. M***** hält 75,1 % an der RDB Rechtsdatenbank Gesellschaft mbH, deren weitere Gesellschafter die O***** Gesellschaft mbH & Co KG und die E***** GmbH & Co KG sind. Die weiteren Beteiligungsverhältnisse sind dem genannten Organigramm zu entnehmen.

Alleingesellschafter der Zweitanmelderin L***** Gesellschaft mbH (in der Folge L*****) ist der Drittanmelder Axel J*****. L***** ist Alleingesellschafterin der U***** Werbegesellschaft mbH Wien und Mehrheitsgesellschafterin der L***** Bildungsforum Seminarveranstaltungs Gesellschaft mbH, sowie der L***** Praha a.s. in Prag und der L***** Verlag s.r.o. in Prag.

Sowohl M***** als auch L***** sind Fachverlage, die sich mit der Herausgabe von juristischen Fachzeitschriften und Fachbüchern sowie fachelektronischen Medien und Dienstleistungen im Wege von Seminaren befassen. Beide

betreiben jeweils auch einen Buchhandel, der neben eigenen und fremden Fachverlagsprodukten auch sonstige Bücher und Zeitschriften einschließlich Belletristik vertreibt. Der Gesamtumsatz von M***** mit Erzeugnissen, die dem Bereich Recht, Wirtschaft und Steuern zuzuordnen sind, betrug im Jahr 2000 (einschließlich der von der J***** Verlag Gesellschaft mbH, an der zu 100 % M***** beteiligt ist, herausgegebenen Fachbücher) rund 179 Mio S. Davon entfielen auf Seminare, rund 5 Mio S, auf elektronische Produkte On- und Offline rund 4 Mio S und auf Zeitschriften rund 22 Mio S.

Der Gesamtumsatz derartiger Erzeugnisse im Jahr 2000 betrug bei L*****, reduziert um die Umsätze ihrer Prager Gesellschaften, rund 113 Mio S; davon entfielen auf elektronische Produkte rund 1,2 Mio S, auf Zeitschriften rund 45 Mio S und auf Seminare rund 8 Mio S. Die wesentlichen Mitbewerber von M***** und L***** sind in Österreich die O***** Gesellschaft mbH & Co KG (Umsatz 1999 rund 44 Mio S), die S***** Verlag KG (Umsatz 1999/2000 rund 125 Mio S, die Verlag Ö***** Gesellschaft mbH (Umsatz rund 108,5 Mio S) und W***** Gesellschaft mbH (Umsatz 1999/2000 rund 53 Mio S). Die Umsatzerlöse der Mitbewerber für das Jahr 2000, insbesondere aufgegliedert nach Fachbüchern, Zeitschriften und elektronischen Medien und Seminaren konnten nicht festgestellt werden.

Auch der bundesweite Gesamtumsatz auf dem Gebiet der Fachpublikationen im Bereich Recht, Wirtschaft und Steuern (iS von Wirtschafts- und Steuerrecht) konnte nur sehr grob in einer Bandbreite von 500 bis 600 Mio S eingeschätzt werden. Abnehmer der in Rede stehenden Fachverlagspublikationen sind zu 24 % Gerichte und Behörden, zu 31 % rechtsberatende Berufe (Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftstreuhand), zu 22 % Fach- und Führungskräfte in der Wirtschaft (Banken, Versicherungen, Rechtsbüros), zu 2 % Universitäten, Fachhochschulen und Professoren und zu 11 % Studenten. 10 % der Umsätze können nicht zugeordnet werden.

Gerichte haben in den letzten zehn Jahren ihren Bedarf sowohl bei Fachbüchern als auch bei Zeitschriften stets zu mehr als 30 % bei M***** gedeckt. In Rechtsanwaltskanzleien sind M*****-Produkte etwas geringfügiger vertreten, was österreichisches Recht betrifft, aber sowohl bei Büchern als auch bei Zeitschriften jedenfalls mit mehr als 30 %.

Bei Neuerscheinungen im Bereich Recht/Steuern führte in den letzten Jahren M***** mit 38 % (1999) bzw 44 % (2000). Auf L***** entfielen bei den Neuerscheinungen 13 % (1999) bzw 22 % (2000). Im Bereich Steuern allein waren es bei M***** 29 % (1999) bzw 23 % (2000) und bei L***** 49 % (1999) bzw 48 % (2000).

Zunehmende Bedeutung gewinnen elektronische Publikationen, insbesondere im Online-Bereich, der von der RDB (daran zu 75,1 % M***** beteiligt) dominiert wird. Es kann nicht festgestellt werden, ob bei den der RDB eingeräumten Werknutzungsbewilligungen Ausschließlichsbindungen bestehen. Daneben werden noch Spezialdatenbanken für den Bereich Steuern und Wirtschaftsrecht (L***** und O*****) und für Arbeits- und Sozialrecht betrieben. In der Vollabdeckung juristischer Bedürfnisse ist die RDB allerdings konkurrenzlos. Das kostenlos im Internet zur Verfügung gestellte Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS) beinhaltet sämtliche Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder einschließlich der Judikatur und ermöglicht den Usern des Bundes die Nutzung der RDB. Prognosen über eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen durch den beabsichtigten Zusammenschluss, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen, konnten nicht erstellt werden. Es konnte auch nicht festgestellt werden, dass der Zusammenschluss zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen notwendig wäre.

In rechtlicher Hinsicht meinte das Erstgericht: Zusammenschlüsse bedürften gemäß § 42a Abs 1 KartG der Anmeldung beim Kartellgericht, wenn die beteiligten Unternehmer bzw Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss mindestens die folgenden Umsatzerlöse erzielten, und zwar weltweit insgesamt 4,2 Mrd S, im Inland insgesamt 210 Mio S und mindestens zwei Unternehmer bzw Unternehmen weltweit jeweils 28 Mio S. Diese Voraussetzungen lägen hier auch ohne die bei Medienezusammenschlüssen gemäß § 42c Abs 4 KartG vorzunehmende Multiplikation der Umsatzerlöse jedenfalls vor. Ein Zusammenschluss sei gemäß § 42b Abs 2 KartG dann zu untersagen, wenn zu erwarten sei, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung (§ 34 KartG) entstehe oder verstärkt werde, wobei die Marktbeherrschung gemäß § 34 Abs 1 KartG jedenfalls dann vermutet werde, wenn ein Unternehmer als Anbieter oder Nachfrager auf dem gesamten inländischen Markt oder einem anderen örtlich relevanten Markt einen Anteil von mindestens 30 % habe. Hinsichtlich der Berechnung der Umsatzerlöse seien gemäß § 2a Z 1 KartG Unternehmen, die in der in § 41 KartG beschriebenen Form miteinander verbunden seien, als einziges Unternehmen zu behandeln. Dieser Tatbestand werde durch die 40 %ige Beteiligung von W***** International B.V., der Muttergesellschaft der L***** erwerbenden Erstanmelderin iSd § 41 Abs 1 Z 3 KartG

erfüllt. M***** und W***** seien daher als wettbewerbliche Einheit aufzufassen, wobei es hier nicht darauf ankomme, inwieweit W***** tatsächlich die Möglichkeit der Beeinflussung strategischer Entscheidungen bei der M***** Geschäftsführung habe, weil schon die Verbindung in der in § 41 KartG beschriebenen Form die Annahme begründe, dass intern der Wettbewerb ausgeschaltet oder doch geregelt sei. Der Erwerb des Mitbewerbers L***** durch die W***** ermögliche jedenfalls eine Abstimmung der Unternehmenspolitik von L***** auf jene von M*****, die wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben könne. In rechtlicher Hinsicht meinte das Erstgericht: Zusammenschlüsse bedürften gemäß Paragraph 42 a, Absatz eins, KartG der Anmeldung beim Kartellgericht, wenn die beteiligten Unternehmer bzw Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss mindestens die folgenden Umsatzerlöse erzielten, und zwar weltweit insgesamt 4,2 Mrd S, im Inland insgesamt 210 Mio S und mindestens zwei Unternehmer bzw Unternehmen weltweit jeweils 28 Mio S. Diese Voraussetzungen lägen hier auch ohne die bei Medienezusammenschlüssen gemäß Paragraph 42 c, Absatz 4, KartG vorzunehmende Multiplikation der Umsatzerlöse jedenfalls vor. Ein Zusammenschluss sei gemäß Paragraph 42 b, Absatz 2, KartG dann zu untersagen, wenn zu erwarten sei, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung (Paragraph 34, KartG) entstehe oder verstärkt werde, wobei die Marktbeherrschung gemäß Paragraph 34, Absatz eins, KartG jedenfalls dann vermutet werde, wenn ein Unternehmer als Anbieter oder Nachfrager auf dem gesamten inländischen Markt oder einem anderen örtlich relevanten Markt einen Anteil von mindestens 30 % habe. Hinsichtlich der Berechnung der Umsatzerlöse seien gemäß Paragraph 2 a, Ziffer eins, KartG Unternehmen, die in der in Paragraph 41, KartG beschriebenen Form miteinander verbunden seien, als einziges Unternehmen zu behandeln. Dieser Tatbestand werde durch die 40 %ige Beteiligung von W***** International B.V., der Muttergesellschaft der L***** erwerbenden Erstanmelderin iSd Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 3, KartG erfüllt. M***** und W***** seien daher als wettbewerbliche Einheit aufzufassen, wobei es hier nicht darauf ankomme, inwieweit W***** tatsächlich die Möglichkeit der Beeinflussung strategischer Entscheidungen bei der M***** Geschäftsführung habe, weil schon die Verbindung in der in Paragraph 41, KartG beschriebenen Form die Annahme begründe, dass intern der Wettbewerb ausgeschaltet oder doch geregelt sei. Der Erwerb des Mitbewerbers L***** durch die W***** ermögliche jedenfalls eine Abstimmung der Unternehmenspolitik von L***** auf jene von M*****, die wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben könne.

Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes habe nach dem sogenannten Bedarfsmarktkonzept (§ 3 KartG), nämlich der funktionellen Austauschbarkeit der fraglichen Güter oder Dienstleistungen aus der Sicht eines verständigen Abnehmers, zu erfolgen. In Übereinstimmung mit der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission (15. 2. 1999, Bertelsmann/Wissenschaftsverlag Springer, Fall IV/M.1377) gehe daher auch der Paritätische Ausschuss in seinem Gutachten von einem eigenständigen Markt für die Verlegung rechtswissenschaftlicher Erzeugnisse (Print und elektronische Produkte) aus. Die Richtigkeit dieser Auffassung werde zwanglos bestätigt, betrachte man das Verlagsangebot aus der Sicht der Marktgegenseite, nämlich jener der Autoren und Herausgeber, die ihre Werke selbstverständlich einem auf derartige Fachpublikationen spezialisierten Verlag, der über ein entsprechendes Renommee verfüge, anbieten würden. Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes habe nach dem sogenannten Bedarfsmarktkonzept (Paragraph 3, KartG), nämlich der funktionellen Austauschbarkeit der fraglichen Güter oder Dienstleistungen aus der Sicht eines verständigen Abnehmers, zu erfolgen. In Übereinstimmung mit der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission (15. 2. 1999, Bertelsmann/Wissenschaftsverlag Springer, Fall IV/M.1377) gehe daher auch der Paritätische Ausschuss in seinem Gutachten von einem eigenständigen Markt für die Verlegung rechtswissenschaftlicher Erzeugnisse (Print und elektronische Produkte) aus. Die Richtigkeit dieser Auffassung werde zwanglos bestätigt, betrachte man das Verlagsangebot aus der Sicht der Marktgegenseite, nämlich jener der Autoren und Herausgeber, die ihre Werke selbstverständlich einem auf derartige Fachpublikationen spezialisierten Verlag, der über ein entsprechendes Renommee verfüge, anbieten würden.

Der räumlich relevante Markt sei der gesamte inländische Markt. Wenn der örtlich relevante Markt tatsächlich größer sein sollte (etwa der ganze Binnenmarkt der "EG"), so wäre dies für die "vermutungsbegründende" Berechnung des 30 %-Anteils zwar unerheblich, könnte aber im Rahmen des Gegenbeweises geltend gemacht werden. Dass tatsächlich "EG-weit" abgesetzte Produkte dieses sachlich-relevanten Marktes von wirtschaftlich ins Gewicht fallender Bedeutung wären, sei nicht nachgewiesen worden.

Auf dem sachlich und örtlich relevanten Markt habe M***** bereits jetzt einen Anteil von 30 bis 35 % der Umsatzerlöse, wobei sich diese starke Position auch in der Anzahl der Publikationen, Neuerscheinungen, Repräsentanz

bei den Abnehmern etc widerspiegeln. Die starke Marktposition werde durch die Beherrschung der den Online-Sektor dominierenden RDB untermauert.

Durch den Erwerb von L***** mit einem derzeitigen Marktanteil von ca 18 bis 22 % würde diese marktbeherrschende Position eine Verstärkung erfahren, die weder durch eine zu erwartende Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen noch durch eine notwendige Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen gerechtfertigt werden könnte. Was die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen anlangt, so liege es auf der Hand, dass das Kartellgesetz damit nicht eine Verbesserung der eigenen Wettbewerbsbedingungen der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen meine. Aufgabe der kartellrechtlichen Bestimmungen sei es, den Wettbewerb als Institution zu schützen und die Ausübung wirtschaftlicher Macht im Interesse der davon betroffenen Konsumenten und Unternehmer zu begrenzen. Ob durch den geplanten Zusammenschluss die eigenen Wettbewerbsbedingungen der daran beteiligten Unternehmen verbessert würden, könne dahin gestellt bleiben. Nur wenn es um die internationale Wettbewerbsfähigkeit gehe, werde das Interesse an der Stärkung des eigenen Unternehmens unter dem Vorbehalt der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung als Grund für die Nichtuntersagung trotz marktbeherrschender Stellung vom Gesetz releviert. Bei der Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen gehe es um strukturelle Verbesserungen auf einem Drittmarkt.

Rationalisierungseffekte seien im Allgemeinen keine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen; sie bewirkten - im Gegenteil - häufig eine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Eine über die einem Zusammenschluss im Allgemeinen immanente Verbesserung der eigenen Wettbewerbsbedingungen hinausgehende Verbesserung, etwa auf Drittmärkten, sei von den Anmeldern nicht darzutun versucht worden. Dass sich L***** in Osteuropa durch Tochtergesellschaften engagiere, reiche nicht aus, die Notwendigkeit des Zusammenschlusses im Hinblick auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit zu begründen, zumal keine konkreten Umstände dargelegt worden seien, aus denen auf die Notwendigkeit der Veräußerung der Anteile von L***** an W***** zur Erhaltung oder Verstärkung des Engagements von L***** in Osteuropa geschlossen werden könnte.

Da gemäß § 42b Abs 5 KartG binnen 5 Monaten nach Einlangen der Anmeldung über den Prüfungsantrag zu entscheiden gewesen sei, hätte kein weiteres Beweisverfahren mehr durchgeführt werden können. Kurz vor Fristablauf erstattetes Vorbringen, vorgelegte Urkunden und insbesondere Privatgutachten seien zur Kenntnis genommen worden, könnten aber einer detaillierten Erörterung nicht mehr zugeführt werden. Aufgrund der bisher vorliegenden Verfahrensergebnisse müsse der Zusammenschluss daher untersagt werden. Da gemäß Paragraph 42 b, Absatz 5, KartG binnen 5 Monaten nach Einlangen der Anmeldung über den Prüfungsantrag zu entscheiden gewesen sei, hätte kein weiteres Beweisverfahren mehr durchgeführt werden können. Kurz vor Fristablauf erstattetes Vorbringen, vorgelegte Urkunden und insbesondere Privatgutachten seien zur Kenntnis genommen worden, könnten aber einer detaillierten Erörterung nicht mehr zugeführt werden. Aufgrund der bisher vorliegenden Verfahrensergebnisse müsse der Zusammenschluss daher untersagt werden.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der umfangreiche Rekurs der Erstanmelderin wegen Nichtigkeit analog § 477 Abs 1 Z 4 ZPO iVm mit Art 6 EMRK, Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der Tatsachenfeststellung inklusive Aktenwidrigkeiten sowie unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss allenfalls wegen Nichtigkeit ersatzlos zu beheben und dem Erstgericht die Ausstellung der Freigabebestätigung des angemeldeten Zusammenschlusses aufzutragen; in eventu den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass der angemeldete Zusammenschluss unter Auferlegung von Auflagen genehmigt werde, in denen der Erstanmelderin (und allen ihren Rechtsnachfolgern als Allein- und Mitgesellschaftern der Zweitanmelderin) mehrere näher definierte Verhaltensweisen (Punkt a bis d) verboten werden, die alle eine direkte Einflussnahme von M***** auf L***** verhindern sollen; hilfsweise beantragt die Rekurswerberin, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Gegen diesen Beschluss richtet sich der umfangreiche Rekurs der Erstanmelderin wegen Nichtigkeit analog Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 4, ZPO in Verbindung mit Artikel 6, EMRK, Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der Tatsachenfeststellung inklusive Aktenwidrigkeiten sowie unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss allenfalls wegen Nichtigkeit ersatzlos zu beheben und dem Erstgericht die Ausstellung der Freigabebestätigung des angemeldeten Zusammenschlusses aufzutragen; in eventu den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass der angemeldete Zusammenschluss unter Auferlegung von Auflagen genehmigt werde, in denen der Erstanmelderin (und allen ihren Rechtsnachfolgern als Allein- und Mitgesellschaftern der Zweitanmelderin)

mehrere näher definierte Verhaltensweisen (Punkt a bis d) verboten werden, die alle eine direkte Einflussnahme von M***** auf L***** verhindern sollen; hilfsweise beantragt die Rekurswerberin, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

Gegenäußerungen wurden nicht erstattet.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs ist im Sinne des hilfsweise gestellten Aufhebungs- und Rückverweisungsantrags berechtigt.

1. In Erledigung der Rekursausführungen, der Untersagungsbeschluss sei wegen der zufolge Fristablaufs eingetretenen absoluten Unzuständigkeit des Kartellgerichts als nichtig zu beheben, wird auf die detaillierten Ausführungen in der zugleich ergangenen Entscheidung 16 Ok 10/01 verwiesen: Die Untersagung erfolgte innerhalb der Fünf-Monatsfrist des § 42b Abs 5 KartG, weil es auf den das Kartellgericht selbst bindenden Zeitpunkt (Abgabe der Urschrift an die Geschäftsabteilung) und nicht den zufälligen Zeitpunkt der Zustellung der Entscheidung an die Anmelder ankommt. 1. In Erledigung der Rekursausführungen, der Untersagungsbeschluss sei wegen der zufolge Fristablaufs eingetretenen absoluten Unzuständigkeit des Kartellgerichts als nichtig zu beheben, wird auf die detaillierten Ausführungen in der zugleich ergangenen Entscheidung 16 Ok 10/01 verwiesen: Die Untersagung erfolgte innerhalb der Fünf-Monatsfrist des Paragraph 42 b, Absatz 5, KartG, weil es auf den das Kartellgericht selbst bindenden Zeitpunkt (Abgabe der Urschrift an die Geschäftsabteilung) und nicht den zufälligen Zeitpunkt der Zustellung der Entscheidung an die Anmelder ankommt.

2. Unter dem Rekursgrund der Nichtigkeit des Verfahrens macht die Rekurswerberin weiters geltend, es seien fundamentale Verfahrensgrundsätze und Garantien verletzt worden, weil das Erstgericht kurz vor Fristablauf erstattetes Vorbringen, vorgelegte Urkunden und Privatgutachten nicht mehr detailliert erörtert habe, wodurch ihr Grundrecht auf "fair trial" verletzt worden sei. Dieser Behauptung ist entgegenzuhalten:

Die mit ON 42 (Äußerung zum Gutachten des Paritätischen Ausschusses) vorgelegte Urkunde ./GG (Stellungnahme der Wolters K***** Deutschland zur Frage der Beherrschung von M***** vom 6. 8. 2001) wurde von den Anmelderinnen bereits am 7. 8. 2001 dem Paritätischen Ausschuss vorgelegt und als Beilage ./33 einjournalisiert; dieser hat sich mit ihr auch ausführlich auseinandergesetzt (siehe Endgutachten ON 39 S 10 ff).

Über die für die Untersagung eines Zusammenschlusses maßgeblichen Umstände ist gemäß 49 Abs 1 Z 4 KartG ein Gutachten des Paritätischen Ausschusses einzuholen. Der Paritätische Ausschuss wird insofern als Hilfsorgan des Gerichts tätig. Das mit der Äußerung zum Gutachten des Paritätischen Ausschusses vorgelegte Privatgegengutachten zur volkswirtschaftlichen Rechtfertigung des Zusammenschlusses ist ein Gutachten, das nicht von einem gerichtlich bestellten Sachverständigen stammt. Ein solches Gutachten gilt nicht als Sachverständigengutachten iSd ZPO und daher auch nicht im außerstreitigen Kartellverfahren. Ein solches Privatgutachten hat nur den Rang einer Privaturkunde und beweist bloß, welche Ansicht der Verfasser vertritt. Widersprüche zwischen einem Privatgutachten und dem Gutachten eines gerichtlich bestellten Sachverständigen sollten zwar im Sinn einer erschöpfenden Erörterung möglichst aufgeklärt werden (Rechberger in Rechberger ZPO2 Rz 8 vor § 351 mwN), dass das Erstgericht in seiner Entscheidung aus Zeitgründen auf dieses Privatgutachten nicht näher eingegangen ist, begründet aber nicht die Nichtigkeit des Verfahrens. Im Übrigen hat das Erstgericht die meisten der im Privatgutachten aufgeworfenen Fragen ohnedies (offenbar von sich aus) in seiner Entscheidung behandelt. Entgegen den Behauptungen der Rekurswerberin wurde ihr vom Paritätischen Ausschuss vor Abschluss seiner Erhebungen und Erstattung seines Endgutachtens am 7. 8. 2001 nochmals Gelegenheit gegeben, zu den Informations- und Anhörungsgesprächen Stellung zu nehmen, ihren Standpunkt zusammenzufassen und unter Umständen neue Aspekte vorzutragen. Die Anmelderinnen machten hievon allerdings nur in äußerst bescheidenem Umfang Gebrauch. Sie erstatteten dort und in der gleichzeitig nochmals vorgelegten Stellungnahme von W***** Deutschland (./GG) lediglich zur Nichtberücksichtigung der Beteiligung an M***** Vorbringen. In der Verhandlung vom 29. 8. 2001 vor dem Kartellgericht wiederholten sie diesen Standpunkt, und die Erstanmelderin schloss Auflagen im Sinn der Anregung des Paritätischen Ausschusses, die Beteiligung an M***** zu reduzieren, kategorisch aus und bot lediglich ihr Einverständnis zu Auflagen im Sinn ihres nunmehrigen Rekursantrags an. Über die für die Untersagung eines Zusammenschlusses maßgeblichen Umstände ist gemäß Paragraph 49, Absatz eins, Ziffer 4, KartG ein Gutachten des Paritätischen Ausschusses einzuholen. Der Paritätische Ausschuss wird insofern als Hilfsorgan des Gerichts tätig. Das mit der Äußerung zum Gutachten des Paritätischen

Ausschusses vorgelegte Privatgegengutachten zur volkswirtschaftlichen Rechtfertigung des Zusammenschlusses ist ein Gutachten, das nicht von einem gerichtlich bestellten Sachverständigen stammt. Ein solches Gutachten gilt nicht als Sachverständigengutachten iSd ZPO und daher auch nicht im außerstreitigen Kartellverfahren. Ein solches Privatgutachten hat nur den Rang einer Privaturkunde und beweist bloß, welche Ansicht der Verfasser vertritt. Widersprüche zwischen einem Privatgutachten und dem Gutachten eines gerichtlich bestellten Sachverständigen sollten zwar im Sinn einer erschöpfenden Erörterung möglichst aufgeklärt werden (Rechberger in Rechberger ZPO2 Rz 8 vor Paragraph 351, mwN), dass das Erstgericht in seiner Entscheidung aus Zeitgründen auf dieses Privatgutachten nicht näher eingegangen ist, begründet aber nicht die Nichtigkeit des Verfahrens. Im Übrigen hat das Erstgericht die meisten der im Privatgutachten aufgeworfenen Fragen ohnedies (offenbar von sich aus) in seiner Entscheidung behandelt. Entgegen den Behauptungen der Rekurswerberin wurde ihr vom Paritätischen Ausschuss vor Abschluss seiner Erhebungen und Erstattung seines Endgutachtens am 7. 8. 2001 nochmals Gelegenheit gegeben, zu den Informations- und Anhörungsgesprächen Stellung zu nehmen, ihren Standpunkt zusammenzufassen und unter Umständen neue Aspekte vorzutragen. Die Anmelderinnen machten hievon allerdings nur in äußerst bescheidenem Umfang Gebrauch. Sie erstatteten dort und in der gleichzeitig nochmals vorgelegten Stellungnahme von W***** Deutschland (.GG) lediglich zur Nichtberücksichtigung der Beteiligung an M***** Vorbringen. In der Verhandlung vom 29. 8. 2001 vor dem Kartellgericht wiederholten sie diesen Standpunkt, und die Erstanmelderin schloss Auflagen im Sinn der Anregung des Paritätischen Ausschusses, die Beteiligung an M***** zu reduzieren, kategorisch aus und bot lediglich ihr Einverständnis zu Auflagen im Sinn ihres nunmehrigen Rekursantrags an.

Von einem nichtigen Verfahren infolge Verletzung des Art 6 Abs 1 EMRK kann daher keine Rede sein. Es ist mangels einer obligatorischen mündlichen Verhandlung im Außerstreitverfahren nicht geboten, die Beteiligten den Vernehmungen oder Befundaufnahmen beizuziehen; sie müssen nur Gelegenheit haben, sich hiezu zu äußern; diese Gelegenheit wurde ihnen dreimal geboten (Vernehmung am 7. 8. 2001 vor dem Paritätischen Ausschuss, schriftliche Stellungnahme zum Gutachten des Paritätischen Ausschusses (ON 42) und mündliche Verhandlung am 29. 8. 2001). Von einem nichtigen Verfahren infolge Verletzung des Artikel 6, Absatz eins, EMRK kann daher keine Rede sein. Es ist mangels einer obligatorischen mündlichen Verhandlung im Außerstreitverfahren nicht geboten, die Beteiligten den Vernehmungen oder Befundaufnahmen beizuziehen; sie müssen nur Gelegenheit haben, sich hiezu zu äußern; diese Gelegenheit wurde ihnen dreimal geboten (Vernehmung am 7. 8. 2001 vor dem Paritätischen Ausschuss, schriftliche Stellungnahme zum Gutachten des Paritätischen Ausschusses (ON 42) und mündliche Verhandlung am 29. 8. 2001).

3. Im vorliegenden Fall empfiehlt es sich, jeweils vor Erledigung der einzelnen Punkte der Verfahrensrüge zur rechtlichen Beurteilung Stellung zu nehmen.

Gemäß § 42b Abs 2 Z 2 KartG ist ein Zusammenschluss zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird und kein Rechtfertigungsgrund iSd Abs 3 vorliegt. Gemäß Paragraph 42 b, Absatz 2, Ziffer 2, KartG ist ein Zusammenschluss zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird und kein Rechtfertigungsgrund iSd Absatz 3, vorliegt.

Marktbeherrschend ist gemäß § 34 KartG ein Unternehmer, der als Anbieter oder Nachfrager 1. keinem oder nur unwesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder 2. eine im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; dabei sind insbesondere die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmern, die Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie die Umstände zu berücksichtigen, die den Marktzutritt für andere Unternehmer beschränken. Hat ein Unternehmer als Anbieter oder Nachfrager auf dem gesamten inländischen Markt oder einem anderen örtlich relevanten Markt ua einen Anteil von mindestens 30 % hat, so trifft ihn die Beweislast dafür, dass keine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Marktbeherrschend ist gemäß Paragraph 34, KartG ein Unternehmer, der als Anbieter oder Nachfrager 1. keinem oder nur unwesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder 2. eine im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; dabei sind insbesondere die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmern, die Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie die Umstände zu berücksichtigen, die den Marktzutritt für andere Unternehmer beschränken. Hat ein Unternehmer als Anbieter oder Nachfrager auf dem gesamten inländischen Markt oder einem anderen örtlich relevanten Markt ua einen Anteil von mindestens 30 % hat, so trifft ihn die Beweislast dafür, dass keine marktbeherrschende Stellung vorliegt.

a) Um einen Unternehmer als marktbeherrschend qualifizieren zu können, ist es daher vorerst notwendig, den sachlich und örtlich relevanten Markt zu bestimmen. Der sachlich relevante Markt wird - wie das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat - nach dem sogenannten Bedarfsmarktkonzept ermittelt. Produkte, die - aus der Sicht der Marktgegenseite - nicht der Deckung desselben Bedarfs dienen, gehören somit nicht demselben sachlich relevanten Markt an. Entscheidend ist die (funktionelle) Austauschbarkeit der Waren bzw Leistungen aus der Sicht der Marktgegenseite. Unter Berücksichtigung der Entscheidung der Kommission zum Zusammenschluss Bertelsmann/Wissenschaftsverlag Springer Fall IV/ M. 1377 vom 15. 2. 1999 und den dort angeführten Vorentscheidungen sowie der Entscheidung des BKartA vom 9. 11. 1999 betreffend den Zusammenschluss Beck/Nomos (die Aktiengesellschaft 2000, 477) zu Grunde gelegten Kriterien ist hier von einem modifizierten Bedarfsmarktkonzept auszugehen und ist es sachgemäß, den Anmelderinnen folgend von einem sachlich eigenständigen Markt für juristische Fachliteratur im Bereich Recht, Wirtschaft und Steuern auszugehen und hiebei als Untergruppen Märkte für Fachbücher, Fachzeitschriften und elektronische Medien, wobei in diesem Bereich Rechtsdatenbanken besondere Bedeutung zukommt, zu unterscheiden. Anders als bei wissenschaftlichen medizinischen Fachpublikationen ist der örtlich relevante Markt ein im Wesentlichen nationaler, österreichweiter Markt (BKartA aaO; siehe auch S 12 des erstgerichtlichen Beschlusses); die gegenteiligen Ausführungen im vorgelegten Privatgutachten können nicht überzeugen. Den weitwendigen Ausführungen im Rahmen der Verfahrensrüge, im angefochtenen Beschluss seien keine schlüssigen Feststellungen über den relevanten Markt, insbesondere die Produktpalette und deren umsatzmäßigen Umfang, getroffen worden, ist entgegenzuhalten:

Da von einem einheitlichen Markt für juristische Fachliteratur auf den genannten Gebieten auszugehen ist, erübrigen sich detaillierte Feststellungen über die Produktpalette, die im Übrigen ohnedies nicht strittig ist (siehe die vorgelegten Kataloge), und deren Marktanteile. Der Vorwurf der inkonsequenten Terminologie trifft zwar teilweise auf das Gutachten des Paritätischen Ausschusses, nicht aber auf die angefochtene Entscheidung zu.

Es liegt in der Natur der Sache, dass die bundesweiten Gesamtumsatzzahlen wegen des Vorhandenseins auch einiger kleiner Anbieter nur annähernd, nicht aber exakt festgestellt werden können; diese Schwankungsbreite fällt aber bei dem hier zu beurteilenden Marktvolumen und den Marktanteilen nicht ins Gewicht. Soweit die Rekurswerberin beklagt, das Erstgericht sei nicht ihren Angaben, sondern den Angaben von Vertretern von Konkurrenzunternehmen gefolgt, bekämpft sie unzulässigerweise (SZ 71/103 ua) die Tatsachenfeststellungen des Kartellgerichts, das dieses nicht nur auf Grund von Urkunden, sondern insbesondere auch auf Grund von Vernehmungen von Auskunftspersonen getroffen hat. Es ist daher nicht von dem von der Rekurswerberin behaupteten Umfang des relevanten Gesamtmarktes von 1,5 bis 2 Milliarden S, sondern von dem festgestellten bundesweiten Gesamtumsatz von 500 bis 600 Mio S auszugehen, sodass der Ansicht der Rekurswerberin, M***** habe weder allein, noch mit RDB, noch gemeinsam mit L***** einen Anteil von 30 oder mehr Prozent, die Tatsachengrundlage entzogen ist.

b) Auf dem relevanten Markt sind nach den getroffenen Feststellungen ua die Zweitanmelderin mit einem Marktanteil von 18 bis 22 % und M***** mit einem Marktanteil von bereits 30 bis 35 %, nicht jedoch die Erstanmelderin selbst, tätig; deren Tochtergesellschaften sind auf anderen Märkten tätig und scheiden daher aus der Betrachtung aus. Wesentlich ist daher, ob die 40 %-ige Beteiligung der Muttergesellschaft an M***** der Erstanmelderin zuzurechnen ist, was die Anmelderinnen mit der Begründung es mangle der Muttergesellschaft ein beherrschender Einfluss auf M*****, bestreiten. Die Erstanmelderin und M*****, seien daher nicht als wettbewerbsrechtliche Einheit iSd § 2a Z 1 KartG zu betrachten; hierauf haben sich die Anmelderinnen von allem Anfang an berufen und Beweise angeboten (ON 1 S 13 und Schriftsatz ON 21 AS 177 bis 179). Die Erstanmelderin soll durch den Zusammenschluss 100 % des Stammkapitals von L***** erwerben, diesbezüglich liegt ein Zusammenschluss iSd § 41 Abs 1 Z 1 KartG vor; damit allein erwirbt oder verstärkt diese aber keine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt iSd § 42b Abs 2 Z 2 KartG iVm § 34 KartG. Jedoch ist die Muttergesellschaft der Erstanmelderin mit 40 % an einem Unternehmen beteiligt, das ebenfalls auf dem relevanten Markt tätig ist und dort bereits einen Marktanteil von mehr als 30 % hat. Rechnet man diese Beteiligung der Erstanmelderin zu, entsteht durch den Zusammenschluss die gesetzliche Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung, die von der Anmelderin entkräftet werden müsste.b) Auf dem relevanten Markt sind nach den getroffenen Feststellungen ua die Zweitanmelderin mit einem Marktanteil von 18 bis 22 % und M***** mit einem Marktanteil von bereits 30 bis 35 %, nicht jedoch die Erstanmelderin selbst, tätig; deren Tochtergesellschaften sind auf anderen Märkten tätig und scheiden daher aus der Betrachtung aus. Wesentlich ist daher, ob die 40 %-ige Beteiligung der Muttergesellschaft an M***** der Erstanmelderin zuzurechnen ist, was die

Anmelderinnen mit der Begründung es mangle der Muttergesellschaft ein beherrschender Einfluss auf M*****, bestreiten. Die Erstanmelderin und M*****, seien daher nicht als wettbewerbsrechtliche Einheit iSd Paragraph 2 a, Ziffer eins, KartG zu betrachten; hierauf haben sich die Anmelderinnen von allem Anfang an berufen und Beweise angeboten (ON 1 S 13 und Schriftsatz ON 21 AS 177 bis 179). Die Erstanmelderin soll durch den Zusammenschluss 100 % des Stammkapitals von L***** erwerben, diesbezüglich liegt ein Zusammenschluss iSd Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer eins, KartG vor; damit allein erwirbt oder verstärkt diese aber keine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt iSd Paragraph 42 b, Absatz 2, Ziffer 2, KartG in Verbindung mit Paragraph 34, KartG. Jedoch ist die Muttergesellschaft der Erstanmelderin mit 40 % an einem Unternehmen beteiligt, das ebenfalls auf dem relevanten Markt tätig ist und dort bereits einen Marktanteil von mehr als 30 % hat. Rechnet man diese Beteiligung der Erstanmelderin zu, entsteht durch den Zusammenschluss die gesetzliche Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung, die von der Anmelderin entkräftet werden müsste.

Graphisch stellt sich der geplante Zusammenschluss wie folgt dar:

W***** Mutter
(Amsterdam)
40 % 100 %
M***** W***** L***** (100 %)

Tochter (Wien)

Hiebei geht es einerseits um die Zurechnung der Umsätze von M***** gemäß § 2a iVm § 41 KartG infolge Verbundenheit über eine mittelbare Beteiligung, die vorliegendenfalls aber unerheblich ist, da - von der Rekurswerberin unbestritten - jedenfalls die Umsatzschwellenwerte nach § 42a KartG auch ohne Einrechnung von M***** erreicht werden. Im Übrigen wäre diese Frage auch zu bejahen, weil auch die Umsätze von "Schwester-, Tanten- oder Cousinenunternehmen" immer dann zuzurechnen sind, wenn dieselbe Einflussintensität und dieselben Einflussmöglichkeiten bestehen wie bei einer unmittelbaren Beteiligung, für die nach dem klaren Wortlaut des § 41 Abs 1 Z 3 KartG eine 25 %ige Beteiligung ausreicht (Wessely, *ecolex* 1994, 475, insb 477 f), und die Unternehmen auf demselben Markt agieren (dazu 16 Ok 16/98, *ecolex* 1999, 407; zustimmend Wessely/Wolf, *ecolex* 1999, 403).

Von der Frage der Zurechnung von Umsätzen zur Erreichung des Schwellenwerts ist jedoch die Frage zu unterscheiden, ob für die Verwirklichung von Zusammenschlusstatbeständen generell ein beherrschender Einfluss notwendig ist, insbesondere ob für die Verwirklichung des Zusammenschlusstatbestands nach § 41 Abs 1 Z 3 KartG bei einem Erwerb bzw Besitz einer Minderheitsbeteiligung von mindestens 25 % ein beherrschender Einfluss erforderlich ist. Wessely (Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle 45 ff), Koppensteiner (Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ 258 f), Gugerbauer (Komm zum KartG² § 41 Rz 9 und Handbuch der Fusionskontrolle § 41 Rz 10) und die überwiegende deutsche 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) lassen eine bloß 25 %ige Beteiligung genügen, während Barfuß (*ecolex* 1992, 344 f; 1994, 626 und 1995, 191) und Barfuß/Wollmann/Tahedl (österreichisches Kartellrecht 114 f) zusätzlich das Vorliegen einer Beherrschungsmöglichkeit verlangen. Von der Frage der Zurechnung von Umsätzen zur Erreichung des Schwellenwerts ist jedoch die Frage zu unterscheiden, ob für die Verwirklichung von Zusammenschlusstatbeständen generell ein beherrschender Einfluss notwendig ist, insbesondere ob für die Verwirklichung des Zusammenschlusstatbestands

nach Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 3, KartG bei einem Erwerb bzw Besitz einer Minderheitsbeteiligung von mindestens 25 % ein beherrschender Einfluss erforderlich ist. Wessely (Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle 45 ff), Koppensteiner (Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ 258 f), Gugerbauer (Komm zum KartG² Paragraph 41, Rz 9 und Handbuch der Fusionskontrolle Paragraph 41, Rz 10) und die überwiegende deutsche 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) lassen eine bloß 25 %ige Beteiligung genügen, während Barfuß (ecolex 1992, 344 f; 1994, 626 und 1995, 191) und Barfuß/Wollmann/Tahedl (österreichisches Kartellrecht 114 f) zusätzlich das Vorliegen einer Beherrschungsmöglichkeit verlangen.

Der erkennende Senat gibt der erstgenannten Meinung den Vorzug: Eine Abschwächung des Wettbewerbs zwischen den beteiligten Unternehmen ist nicht nur dann möglich, wenn einer den anderen beherrscht oder beherrschen kann, sondern auch dann, wenn zB eine bloße Minderheitsbeteiligung besteht. Das Kartellgesetz geht offenbar davon aus, dass eine Abschwächung des Wettbewerbs typischerweise bereits bei einer Minderheitsbeteiligung von 25 % eintreten kann. Ein Vermögensengagement von immerhin 25 % indiziert ein Interesse des Gesellschafters am Unternehmen, das über das bloße Interesse an einer Dividende hinausgeht und es damit wahrscheinlich macht, dass er versuchen wird, auch unternehmerischen Einfluss geltend zu machen. Minderheitsbeteiligungen von 25 % bedingen bereits gewisse wirtschaftliche Einflussmöglichkeiten und können die Grundlage für einen wechselseitigen Interessenausgleich sein. Solches ist insbesondere dann zu erwarten, wenn zu einer bloßen Minderheitsbeteiligung über spezielle Satzungsbestimmungen besondere Informations-, Mitsprache- und Kontrollmöglichkeiten hinzukommen. Aus dieser Sicht ist es unbedenklich, den Katalog des § 41 Abs 1 KartG, insbesondere dessen Z 3 entsprechend seinem Wortlaut als abstrakte Gefährdungstatbestände aufzufassen, also auf den Nachweis einer konkreten Beherrschungsmöglichkeit zu verzichten. Der erkennende Senat gibt der erstgenannten Meinung den Vorzug: Eine Abschwächung des Wettbewerbs zwischen den beteiligten Unternehmen ist nicht nur dann möglich, wenn einer den anderen beherrscht oder beherrschen kann, sondern auch dann, wenn zB eine bloße Minderheitsbeteiligung besteht. Das Kartellgesetz geht offenbar davon aus, dass eine Abschwächung des Wettbewerbs typischerweise bereits bei einer Minderheitsbeteiligung von 25 % eintreten kann. Ein Vermögensengagement von immerhin 25 % indiziert ein Interesse des Gesellschafters am Unternehmen, das über das bloße Interesse an einer Dividende hinausgeht und es damit wahrscheinlich macht, dass er versuchen wird, auch unternehmerischen Einfluss geltend zu machen. Minderheitsbeteiligungen von 25 % bedingen bereits gewisse wirtschaftliche Einflussmöglichkeiten und können die Grundlage für einen wechselseitigen Interessenausgleich sein. Solches ist insbesondere dann zu erwarten, wenn zu einer bloßen Minderheitsbeteiligung über spezielle Satzungsbestimmungen besondere Informations-, Mitsprache- und Kontrollmöglichkeiten hinzukommen. Aus dieser Sicht ist es unbedenklich, den Katalog des Paragraph 41, Absatz eins, KartG, insbesondere dessen Ziffer 3, entsprechend seinem Wortlaut als abstrakte Gefährdungstatbestände aufzufassen, also auf den Nachweis einer konkreten Beherrschungsmöglichkeit zu verzichten.

Unternehmensverbindungen, die in den Zusammenschlusstatbeständen typisiert sind, können grundsätzlich Einfluss auf die Marktstellung der beteiligten Unternehmen haben. Die im Gesetz genannten Zusammenschlusstatbestände dienen dazu, in möglicherweise problematischen Fällen eine Prüfungsmöglichkeit zu eröffnen (Wessely aaO 45 ff; Koppensteiner aaO 258 f; für den deutschen Rechtsbereich Ruppelt aaO Rz 6 f zu § 24 GWB). Unternehmensverbindungen, die in den Zusammenschlusstatbeständen typisiert sind, können grundsätzlich Einfluss auf die Marktstellung der beteiligten Unternehmen haben. Die im Gesetz genannten Zusammenschlusstatbestände dienen dazu, in möglicherweise problematischen Fällen eine Prüfungsmöglichkeit zu eröffnen (Wessely aaO 45 ff; Koppensteiner aaO 258 f; für den deutschen Rechtsbereich Ruppelt aaO Rz 6 f zu Paragraph 24, GWB).

Die gegenteilige Ansicht (Barfuß aaO) ist schon deshalb abzulehnen, weil dem Gericht eine Prüfung des beherrschenden Einflusses in diesem Vorstadium, in dem es überhaupt erst um die Frage geht, ob ein Zusammenschlusstatbestand vorliegt, der überprüft werden könnte, mit der in diesem Stadium zur Verfügung stehenden Mitteln kaum möglich wäre.

Wie groß nun die tatsächlichen Einflussmöglichkeiten sind bzw wie weit nach dem Zusammenschluss tatsächlich mit einem abgestimmten Marktverhalten zu rechnen ist, ist erst in einem zweiten Prüfungsschritt, nämlich wenn es im Fall eines Prüfungsverfahrens um die Frage geht, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung

entsteht oder verstärkt wird, zu untersuchen. Hier ist es dann konkret erforderlich, dass sich aus dem Zusammenschluss Einflussmöglichkeiten ergeben - denn ohne entsprechende Einflussmöglichkeiten ist es letztlich nicht denkbar, dass ein Zusammenschluss Auswirkungen auf die Marktstellung hat (Wessely aaO; Koppensteiner aaO).

Gleichgültig aber, wie man letztlich diese Frage löst, zeigt sich, dass in einem Prüfungsverfahren nach § 42b KartG eine konkrete Prüfung des beherrschenden Einflusses notwendig ist, um beurteilen zu können, ob der Zusammenschluss zu untersagen ist. Gleichgültig aber, wie man letztlich diese Frage löst, zeigt sich, dass in einem Prüfungsverfahren nach Paragraph 42 b, KartG eine konkrete Prüfung des beherrschenden Einflusses notwendig ist, um beurteilen zu können, ob der Zusammenschluss zu untersagen ist.

Das Erstgericht hat - ausgehend von einer anderen Rechtsansicht, nämlich dass eine Verbindung in der in § 41 KartG beschriebenen Form stets die Annahme begründe, dass interner Wettbewerb ausgeschaltet oder doch geregelt sei und der Erwerb von L***** durch W***** jedenfalls eine Abstimmung der Unternehmenspolitik von L***** auf jene von M***** ermögliche, die wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben könne, - jegliche Feststellungen zur Möglichkeit von W*****, auf M***** Einfluss zu nehmen, unterlassen, obwohl sich der Paritätische Ausschuss mit dieser Frage eingehend und fundiert befasst hatte (S 10 bis 12). Das Erstgericht hat weder Feststellungen aus dem Gesellschaftsvertrag der Muttergesellschaft W***** mit M***** noch aus deren Kooperationsvertrag (erliegend in 25 Kt 193, 184/97) getroffen, noch die zu dieser Frage angebotenen Auskunftspersonen vernommen, sodass es dem erkennenden Senat nicht möglich ist, in der Sache selbst zu entscheiden. Der erstgerichtliche Beschluss muss daher aufgehoben und die Zusammenschlussache zur Ergänzung des Verfahrens und neuerlichen Beschlussfassung an das Erstgericht zurückverwiesen werden. Das Erstgericht hat - ausgehend von einer anderen Rechtsansicht, nämlich dass eine Verbindung in der in Paragraph 41, KartG beschriebenen Form stets die Annahme begründe, dass interner Wettbewerb ausgeschaltet oder doch geregelt sei und der Erwerb von L***** durch W***** jedenfalls eine Abstimmung der Unternehmenspolitik von L***** auf jene von M***** ermögliche, die wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben könne, - jegliche Feststellungen zur Möglichkeit von W*****, auf M***** Einfluss zu nehmen, unterlassen, obwohl sich der Paritätische Ausschuss mit dieser Frage eingehend und fundiert befasst hatte (S 10 bis 12). Das Erstgericht hat weder Feststellungen aus dem Gesellschaftsvertrag der Muttergesellschaft W***** mit M***** noch aus deren Kooperationsvertrag (erliegend in 25 Kt 193, 184/97) getroffen, noch die zu dieser Frage angebotenen Auskunftspersonen vernommen, sodass es dem erkennenden Senat nicht möglich ist, in der Sache selbst zu entscheiden. Der erstgerichtliche Beschluss muss daher aufgehoben und die Zusammenschlussache zur Ergänzung des Verfahrens und neuerlichen Beschlussfassung an das Erstgericht zurückverwiesen werden.

Bei der Prüfung der Einflussmöglichkeiten wird nicht vom gesellschaftsrechtlichen Beherrschungsbegriff (§ 15 AktG bzw § 115 GmbHG), sondern von einem eigenen (weiteren) kartellrechtlichen Beherrschungsbegriff, der einen wettbewerbsrechtlichen Bezug hat, auszugehen sein. Entscheidend wird sein, ob W***** bei den für die Markt- und Wettbewerbsstellung ausschlaggebenden Entscheidungen (also zB Entscheidungen über Investitionen, Produktion und Vertrieb) seine eigenen wettbewerbsrechtlichen Interessen im anderen Unternehmen durchsetzen kann. Dies wäre der Fall, wenn er wesentliche Markt- und Wettbewerbsstrategien dieses Unternehmens bestimmen oder - im Falle einer Wettbewerbssituation - wettbewerbsrechtliche Aktivitäten dieses anderen Unternehmens, die gegen das eigene Unternehmen gerichtet sind, verhindern kann. Anders als bei der konzernrechtlichen Beherrschung ist es aber nicht erforderlich, dass der beherrschende Einfluss auch tatsächlich ausgeübt wird; wie sich aus der Formulierung des § 41 Abs 1 Z 5 KartG ergibt, genügt kartellrechtlich bereits die bloße Beherrschungsmöglichkeit. Als Grundlage für einen beherrschenden Einfluss kommen alle rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen in Betracht, die dem herrschenden Unternehmen die Möglichkeit der Einflussnahme sichern. Deutlichstes Mittel der Beherrschung sind Stimmrechte. Solche können aber auch durch gesellschaftsvertragliche Bestimmungen, wie das Recht zur Entsendung in Gesellschaftsorgane, geschaffen werden. Daneben sind Einflussmöglichkeiten und Abhängigkeiten auch durch sonstige Verträge oder gegebenenfalls bloß tatsächliche Umstände möglich. Ein gesellschaftsintern vermittelter Bezug kann extern, über Marktbeziehungen verstärkt werden, zB durch langfristige Liefer-, Lizenz- oder Kreditverträge (in diesem Sinn Wessely aaO 78 ff). Sollten sich im fortgesetzten Verfahren ausreichende Anhaltspunkte für solche Einflussmöglichkeiten ergeben, wären die Marktanteile vorerst zusammenzurechnen und somit eine Beteiligung von zumindest 30 % erreicht. Es wäre dann Sache der Anmelderinnen, die Vermutung nach § 34 Abs 1a Z 1 KartG zu widerlegen (dazu Stockenhuber/Zib, RdW 1999, 193). Bei der Prüfung der Einflussmöglichkeiten wird nicht vom gesellschaftsrechtlichen Beherrschungsbegriff (Paragraph 15, AktG bzw Paragraph 115, GmbHG), sondern von einem

eigenen (weiteren) kartellrechtlichen Beherrschungsbegriff, der einen wettbewerbsrechtlichen Bezug hat, auszugehen sein. Entscheidend wird sein, ob W***** bei den für die Markt- und Wettbewerbsstellung ausschlaggebenden Entscheidungen (also zB Entscheidungen über Investitionen, Produktion und Vertrieb) seine eigenen wettbewerbsrechtlichen Interessen im anderen Unternehmen durchsetzen kann. Dies wäre der Fall, wenn er wesentliche Markt- und Wettbewerbsstrategien dieses Unternehmens bestimmen oder - im Falle einer Wettbewerbssituation - wettbewerbsrechtliche Aktivitäten dieses anderen Unternehmens, die gegen das eigene Unternehmen gerichtet sind, verhindern kann. Anders als bei der konzernrechtlichen Beherrschung ist es aber nicht erforderlich, dass der beherrschende Einfluss auch tatsächlich ausgeübt wird; wie sich aus der Formulierung des Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 5, KartG ergibt, genügt kartellrechtlich bereits die bloße Beherrschungsmöglichkeit. Als Grundlage für einen beherrschenden Einfluss kommen alle rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen in Betracht, die dem herrschenden Unternehmen die Möglichkeit der Einflussnahme sichern. Deutlichstes Mittel der Beherrschung sind Stimmrechte. Solche können aber auch durch gesellschaftsvertragliche Bestimmungen, wie das Recht zur Entsendung in Gesellschaftsorgane, geschaffen werden. Daneben sind Einflussmöglichkeiten und Abhängigkeiten auch durch sonstige Verträge oder gegebenenfalls bloß tatsächliche Umstände möglich. Ein gesellschaftsintern vermittelter Bezug kann extern, über Marktbeziehungen verstärkt werden, zB durch langfristige Liefer-, Lizenz- oder Kreditverträge (in diesem Sinn Wessely aaO 78 ff). Sollten sich im fortgesetzten Verfahren ausreichende Anhaltspunkte für solche Einflussmöglichkeiten ergeben, wären die Marktanteile vorerst zusammenzurechnen und somit eine Beteiligung von zumindest 30 % erreicht. Es wäre dann Sache der Anmelderinnen, die Vermutung nach Paragraph 34, Absatz eins a, Ziffer eins, KartG zu widerlegen (dazu Stockenhuber/Zib, RdW 1999, 193).

c) Vollständigkeitshalber wird darauf hingewiesen, dass bei der Prüfung, ob der Zusammenschluss zu untersagen ist, auch darauf Bedacht zu nehmen ist, dass es sich um einen Medienezusammenschluss nach § 42c KartG handelt und deshalb nach Abs 5 dieser Bestimmung auch zu prüfen ist, ob zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss die Medienvielfalt beeinträchtigt wird; mit dieser Frage, hat sich zwar der Paritätische Ausschuss zumindest am Rande (Endgutachten S 14 f), nicht aber das Erstgericht beschäftigt. Hierbei wird aber bei juristischer Fachliteratur wohl ein anderer Maßstab als bei sonstigen Presseprodukten anzulegen sein.) Vollständigkeitshalber wird darauf hingewiesen, dass bei der Prüfung, ob der Zusammenschluss zu untersagen ist, auch darauf Bedacht zu nehmen ist, dass es sich um einen Medienezusammenschluss nach Paragraph 42 c, KartG handelt und deshalb nach Absatz 5, dieser Bestimmung auch zu prüfen ist, ob zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss die Medienvielfalt beeinträchtigt wird; mit dieser Frage, hat sich zwar der Paritätische Ausschuss zumindest am Rande (Endgutachten S 14 f), nicht aber das Erstgericht beschäftigt. Hierbei wird aber bei juristischer Fachliteratur wohl ein anderer Maßstab als bei sonstigen Presseprodukten anzulegen sein.

d) Auch wenn die Sache soweit noch nicht spruchreif ist, ist es doch zweckmäßig, bereits jetzt zu den Genehmigungsmöglichkeiten nach § 42b Abs 3 KartG anzumerken:d) Auch wenn die Sache soweit noch nicht spruchreif ist, ist es doch zweckmäßig, bereits jetzt zu den Genehmigungsmöglichkeiten nach Paragraph 42 b, Absatz 3, KartG anzumerken:

Es ist zwar richtig, dass die Rekurswerberin in AS 173 ff und 421 ff detaillierte Ausführungen zur Erhaltung und Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit durch den Ausbau der Verlagstätigkeit in den osteuropäischen Staaten erstattet hat, sie hat aber kein nachvollziehbares Vorbringen erstattet, wieso eine solche Zusammenarbeit der Erstantragstellerin mit L***** einen Zusammenschluss idS §§ 41 ff KartG notwendig mache und keine andere Art der Zusammenarbeit (zB Kooperation auf dem osteuropäischen Markt) erfolversprechend möglich sei. Ein Ausnahmetatbestand des § 42b Abs 3 KartG wurde daher nicht schlüssig behauptet. Unter solchen Umständen erübrigt es sich, Zeugen zu diesem Vorbringen zu vernehmen, ebenso wie die Prüfung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung aus diesem Gesichtspunkt. Es ist zwar richtig, dass die Rekurswerberin in AS 173 ff und 421 ff detaillierte Ausführungen zur Erhaltung und Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit durch den Ausbau der Verlagstätigkeit in den osteuropäischen Staaten erstattet hat, sie hat aber kein nachvollziehbares Vorbringen erstattet, wieso eine solche Zusammenarbeit der Erstantragstellerin mit L***** einen Zusammenschluss idS Paragraphen 41, ff KartG notwendig mache und keine andere Art der Zusammenarbeit (zB Kooperation auf dem osteuropäischen Markt) erfolversprechend möglich sei. Ein Ausnahmetatbestand des Paragraph 42 b, Absatz 3, KartG wurde daher nicht schlüssig behauptet. Unter solchen Umständen erübrigt es sich, Zeugen zu diesem Vorbringen zu vernehmen, ebenso wie die Prüfung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung aus diesem Gesichtspunkt.

Was die Auflagen (dazu Duursma/Kepplinger, WBI 2001, 10) betrifft, hat die Erstanmelderin die vom Paritätischen Ausschuss angeregten Auflagen in Form einer Verminderung ihrer Beteiligung an M***** kategorisch abgelehnt und erst unmittelbar vor Schluss der Verhandlung Auflagen angeboten, die im Einzelnen vom Erstgericht nicht mehr auf ihre Eignung, die Nachteile der Marktbeherrschung hintanzuhalten, überprüft wurden. Der Erstanmelderin wäre es freigestanden, bereits früher derartige Vorschläge zu erstatten. Dies hat sie jedoch unterlassen, weil sie sich bis zuletzt auf den Standpunkt stellte, mangels beherrschenden Einflusses ihrer Muttergesellschaft auf M***** liege gar kein Zusammenschlussfall des § 42b Abs 2 Z 2 KartG vor. Soweit das Erstgericht unter diesen Umständen von der Kann-Bestimmung des § 42b Abs 4 KartG keinen Gebrauch machte, weil infolge der Zeitknappheit (Ablauf der Fünfmonatsfrist für die Untersagung) keine ordnungsgemäße Prüfung mehr hätte erfolgen können, kann dem Erst

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

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at