

Kartellgerichtsbarkeit nach dem Kartellgesetz 2005

DISSERTATION
zur
Einreichung an der
Juristischen Fakultät der
Universität Wien

Peter Schober, 2005

Iubemus, ne quis cuiuscumque vestis aut piscis vel pectinum forte aut echini vel cuiuslibet alterius ad uictum vel ad quemcumque usum pertinentis speciei vel cuiuslibet materiae [...] monopolium audeat exercere, neve quis illicitis habitis conventionibus coniuraret aut pacisceretur, ut species diversorum corporum negotiationis non minoris, quam inter se statuerint, venumdentur. Si quis autem monopolium ausus fuerit exercere, bonis propriis spoliatus perpetuitate damnetur exilii.

Codex Iustinianus C 4.59

Wir verordnen, dass niemand auf irgendwelche Kleidung oder Fische oder Käme oder Seeigel oder auf eine beliebige andere, als Nahrung oder zu irgendeiner Verwendung dienende Ware oder auf irgendein Material ein [...] Monopol auszuüben wage, noch dass jemand sich in unerlaubt abgehaltenen Zusammenkünften verschwöre oder übereinkomme, dass Waren der verschiedenen Handelsvereinigungen nicht um weniger, als sie unter sich festgesetzt hatten, verkauft würden. Wenn aber jemand gewagt haben sollte, ein Monopol auszuüben, soll er seines Vermögens verlustig zu immerwährender Verbannung verurteilt werden.

Inhaltsverzeichnis:

A. <u>Rechtsgrundlagen</u>	8
1. Europäisches Recht	8
1.1 <u>Kartelle</u>	8
1.2 <u>Marktbeherrschende Unternehmen</u>	12
1.3 <u>Zusammenschlüsse</u>	12
2. Österreichisches Recht	13
2.1 Kartellgesetz 2005	13
2.1.1 Geltungsbereich	13
2.1.2 Kartelle	14
2.1.3 Missbrauch marktbeherrschender Stellung	16
2.1.4 Zusammenschlusskontrolle	17
2.1.5 Institutionelles Recht	18
2.2 <u>Wettbewerbsgesetz</u>	18
2.3 <u>Weitere Zuständigkeiten des Kartellgerichts</u>	19
3. Ausländisches einzelstaatliches Kartellrecht	20
4. Abgrenzung zwischen österreichischem Recht und europäischem Recht	20
4.1 <u>Kartelle</u>	20
4.2 <u>Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung</u>	21
4.3 <u>Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten</u>	22
B. <u>Verfahrensarten</u>	24
1. Abstellaufträge	24
1.1 <u>Anwendungsbereich</u>	24
1.2 <u>Rechtswirkungen von Abstellaufträgen</u>	25
2. Feststellung beendeter Zuwiderhandlungen	27
3. Feststellung der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes	28
3.1 <u>Entstehungsgeschichte</u>	28
3.2 <u>Feststellung vergangener Sachverhalte</u>	29
3.3 <u>Feststellung zukünftiger Sachverhalte</u>	32

3.4	<u>Feststellung und Legalausnahme</u>	32
3.5	<u>Rechtswirkung der Feststellung</u>	35
4.	Genehmigungsverfahren	37
4.1	<u>Zusammenschlüsse</u>	37
4.1.1	Anmeldung, Prüfung und Genehmigung	37
4.1.2	Nachträgliche Maßnahmen	39
4.1.3	Abstellaufträge bei Zusammenschlüssen	40
4.2	<u>Kartelle</u>	41
4.2.1	Kartellgenehmigung	41
4.2.2	Widerruf der Kartellgenehmigung und Untersagung von Kartellen	42
5.	Ermittlungsmaßnahmen	43
5.1	<u>Auskunftsverlangen und Urkundenvorlagen</u>	43
5.2	<u>Hausdurchsuchungen</u>	45
5.3	<u>Grundrechtliche Erwägungen zu den Ermittlungsmaßnahmen</u>	46
6.	Bußgelder	51
6.1	<u>Materielles Bußgeldrecht</u>	51
6.2	<u>Kartellgerichtliches Strafverfahren</u>	54
6.3	<u>Kronzeugenregelung</u>	55
7.	Entzug des Rechtsvorteils einer Gruppenfreistellung im Einzelfall	57
C.	<u>Zulässigkeit des Rechtswegs</u>	59
1.	Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes	59
2.	Sonstige Zuständigkeiten von Verwaltungsbehörden	60
2.1	<u>Gesetzlich geregelte Fälle</u>	60
2.2	<u>Nicht gesetzlich geregelte Fälle</u>	60
3.	Öffentlich-rechtliche Rechtsakte	61
D.	<u>Zulässigkeit des außerstreitigen Rechtswegs</u>	63
1.	Abgrenzung zum streitigen Verfahren	63
1.1	<u>Abstellauftrag</u>	63
1.2	<u>Unterlassung künftiger Störungen und vorbeugende Unterlassungsklage</u>	64
1.3	<u>Gültigkeit von Verträgen</u>	65

1.3.1	Kartellvertrag	65
1.3.2	Folgeverträge	66
1.4	<u>Schadenersatz</u>	66
2.	Wechselwirkungen zwischen Kartellverfahren und streitigem Verfahren	68
2.1	<u>Streitanhängigkeit</u>	68
2.2	<u>Rechtskraft (Einmaligkeitswirkung)</u>	69
2.3	<u>Rechtskraft (Bindungswirkung)</u>	70
E.	<u>Internationale Zuständigkeit</u>	74
1.	Österreichisches Zuständigkeitsrecht	74
2.	Europäisches Zivilprozessrecht	74
2.1	<u>Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung</u>	74
2.2	<u>Zivil- oder Handelssache</u>	76
2.2.1	Definition	76
2.2.2	Kartellrecht als Zivil- oder Handelssache	78
2.3	<u>Verfahren vor einem Gericht</u>	81
2.4	<u>Rechtswirkungen des Europäischen Zivilprozessrechts</u>	83
2.4.1	Streitanhängigkeit	83
2.4.2	Rechtskraft	85
F.	<u>Zuständigkeit der Europäischen Kommission</u>	87
1.	Kartelle und marktbeherrschende Unternehmen	87
1.1	<u>Streitanhängigkeit</u>	87
1.2	<u>Bindungswirkung</u>	91
2.	Fusionskontrolle	92
2.1	<u>Österreichische Fusionskontrolle und Europäische Fusionskontrolle</u>	92
2.2	<u>Österreichische Fusionskontrolle und Europäisches Kartellverbot</u>	94
2.3	<u>Österreichisches Kartellverbot und Europäische Fusionskontrolle</u>	96
G.	<u>Kartellgericht und Parteien</u>	97
1.	Kartellgericht	97
1.1	<u>Organisation der Kartellgerichtsbarkeit</u>	97
1.2	<u>Laienrichter</u>	99

2. Parteien und Parteienvertretung	100
2.1 <u>Antragsteller</u>	100
2.1.1 Amtsparteien	101
2.1.1.1 Bundeswettbewerbsbehörde	101
2.1.1.2 Bundeskartellanwalt	102
2.1.2 Regulatoren	103
2.1.3 Kammern	107
2.1.4 Unternehmer	107
2.2 <u>Antragsgegner</u>	108
2.3 <u>Weitere Verfahrensbeteiligte</u>	108
2.3.1 Amtsparteien	108
2.3.2 Kammern und Regulatoren	109
3. Parteienvertretung	109
H. <u>Verfahren</u>	111
1. <u>Verfahrensgrundsätze</u>	111
1.1 <u>Untersuchungsgrundsatz</u>	111
1.2 <u>Unmittelbarkeit des Verfahrens</u>	112
1.3 <u>Rechtliches Gehör</u>	112
1.4 <u>Mündlichkeit</u>	113
1.5 <u>Bestimmtheit von Anträgen</u>	114
1.5.1 Anmeldung eines Zusammenschlusses	115
1.5.2 Antrag auf Genehmigung eines Kartells	116
1.5.3 Abstellaufträge	117
1.5.4 Aufträge zur Abschwächung einer marktbeherrschenden Stellung	119
1.5.5 Bußgelder	120
1.6 <u>Vergleiche und Verpflichtungszusagen</u>	121
1.6.1 Vergleiche	121
1.6.2 Verpflichtungszusagen	121
1.7 <u>Kosten</u>	122
1.7.1 Rahmengebühr	122

1.7.2	Sonstige gerichtliche Kosten	124
1.7.3	Kostenersatz	124
2.	Rechtsmittel	125
2.1	<u>Rekurs</u>	125
2.1.1	Charakterisierung des Rechtsmittels	125
2.1.2	Rekurslegitimation	127
2.1.3	Rekursfrist	130
2.1.4	Rekursgründe	130
2.1.5	Neuerungen	132
2.1.6	Rekursverfahren	133
2.1.7	Rekursentscheidung	133
2.2	<u>Abänderungsantrag</u>	135
2.3	<u>Geltendmachung nachträglicher Sachverhaltsänderungen</u>	136
2.4	<u>Grundrechtliche Erwägungen zum Rechtsschutz im Kartellverfahren</u>	138
3.	Durchsetzung kartellgerichtlicher Beschlüsse	139
3.1	<u>Exekution</u>	139
3.1.1	Exekutionstitel	139
3.1.2	Betreibende Partei	140
3.1.3	Zuständigkeit	141
3.1.4	Exekutionsmittel	142
3.1.4.1	Exekution von Abstellaufträgen	142
3.1.4.2	Exekution von Geldbußen	143
3.2	<u>Kartellgerichtliche Zwangsgelder</u>	145
4.	Einstweilige Verfügung	146
4.1	<u>Anwendungsbereich</u>	146
4.2	<u>Erlassung</u>	146
4.3	<u>Rechtsmittel</u>	146
4.4	<u>Vollzug</u>	147
4.5	<u>Vertretung</u>	147
4.6	<u>Kosten</u>	148

4.7	<u>Sicherheitsleistung und Schadenersatz</u>	149
4.8	<u>Internationale Zuständigkeit</u>	150
5.	Kartellregister	151
I.	<u>Ausblick</u>	152
J.	<u>Literaturverzeichnis</u>	154

A. Rechtsgrundlagen

1. Europäisches Recht

Das Europäische Wettbewerbsrecht umfasst Regeln über Kartelle, über marktbeherrschende Unternehmen und über Zusammenschlüsse. Rechtsgrundlagen sind Art 81 EGV (Kartellverbot) und Art 82 EGV (Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung) und die in Art 83 EGV vorgesehene Ermächtigung an den Rat zur Erlassung von Verordnungen und Richtlinien. Auf Basis der Verordnungsermächtigung wurden unter anderem die Fusionskontrollverordnung¹ und die neue Kartellverordnung VO (EG) 1/2003² beschlossen. In den Verordnungen des Rates wird der Kommission das Recht eingeräumt, wiederum Durchführungsverordnungen zu erlassen. In der Praxis haben die Leitlinien der Kommission große Bedeutung erlangt (die nach der Rechtsprechung des OGH zwar auch bei der Prüfung nationaler Sachverhalte sinngemäß zu berücksichtigen sind³, jedoch für den EuGH und die nationalen Gerichte nur Indizien bieten und nicht verbindlich sind⁴.)

1.1 Kartelle

Die Regelung des Art 81 EGV⁵ besteht aus 2 Teilen: Erstens legt Art 81 Abs 1 EGV ein ex-lege Verbot für Kartelle fest. Zweitens können Vereinbarungen, selbst wenn sie unter dieses Kartellverbot fallen, nach Art 81 Abs 3 EGV vom Verbot ausgenommen werden, sofern⁶

- die Vereinbarung zu Effizienzgewinnen führt (Kosteneinsparungen oder Verbesserung der Produkte); und
- die Beschränkung zur Erlangung dieser Effizienzgewinne unerlässlich ist; und
- die Verbraucher an diesen Effizienzgewinnen angemessen beteiligt werden; und
- der Wettbewerb auf dem betroffenen Markt nicht vollständig ausgeschaltet wird⁷.

Ursprünglich⁸ konnte die Entscheidung über die Ausnahme vom Kartellverbot aufgrund dieser 4 Kriterien nur die Europäische Kommission treffen. Dies tat sie entweder, indem sie die einzelne, konkrete Vereinbarung genehmigte („Einzelfreistellung“) oder indem sie eine ganze Art von Vereinbarungen pauschal genehmigte („Gruppenfreistellungen“). Die

¹ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Jänner 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 2004 Nr L 24 S 1ff; *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 20.

² Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl 2003 Nr L 1 S 1ff; *Urlesberger*, Der Wandel im europäischen Kartellvollzug, RWZ 2003/29; *Gruber*, Das neue Kartellverfahren der Europäischen Union, wbl 2004, 1; *Gruber*, Ermittlungsbefugnisse und Sanktionen im neuen Kartellverfahren der EU, RdW 2004/108; *Görg/Brandstätter*, Das neue EG-Kartellverfahren, RdW 2003/297.

³ OGH 23.6.2003, 16 Ok 4/03; vgl OGH 23.6.2003, 16 Ok 13/03.

⁴ OLG Wien 18.10.2004, 29 Kt 387/04.

⁵ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 17.

⁶ Reihenfolge nach den Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, Abl. 2004 Nr C 101 S 97ff.

⁷ *Bauer*, Zur Legalausnahme nach § 2 Abs 1 KartG 2005, ecolex 2005, 508.

⁸ nach der „Verordnung 17/62 Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages“ ABl 1962 Nr 13 S 204ff.

Einzelfreistellungen haben jedoch einen Großteil der Arbeitskapazität der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission beansprucht, sodass sich diese ihres Erachtens zu wenig der Aufdeckung bedeutender Kartelle widmen konnte⁹. (Des weiteren gab es in fast 40 Jahren zwar eine Flut von Anmeldungen, aber nur 9 förmliche Untersagungen¹⁰.) Daher wurde im Rahmen des „Modernisierungspakets des Wettbewerbsrechts“¹¹ zur Anwendung des Art 81 EGV die neue Kartellverordnung VO (EG) 1/2003 erlassen. Sie regelt das EG-Kartellverfahrensrecht völlig neu¹². Diese Verordnung enthält eine ex-lege Genehmigung aller Wettbewerbsbeschränkungen, welche die 4 Kriterien (Effizienzgewinne, etc) erfüllen. Eine Einzelfreistellung ist daher nicht mehr erforderlich (und bis auf ganz wenige Ausnahmen auch nicht mehr zu erlangen)¹³. Vor der Reform haben Gerichte und nationale Wettbewerbsbehörden geprüft, ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt (Art 81 Abs 1 EGV) und, falls ja, ob eine Genehmigung der Kommission vorliegt (Art 81 Abs 3 EGV)¹⁴. Nunmehr prüfen Gerichte und nationale Wettbewerbsbehörden, ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt (Art 81 Abs 1 EGV) und, falls ja, ob die in Art 81 Abs 3 EGV genannten Kriterien (Effizienzgewinne, etc) vorliegen¹⁵. Dabei regelt die VO (EG) 1/2003 auch die Beweislast: Die Beweislast dafür, dass eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt (Art 81 Abs 1 EGV) trifft jene Partei oder Behörde, die diesen Vorwurf erhebt; die Beweislast dafür, dass die in Art 81 Abs 3 EGV genannten Rechtfertigungsgründe (Effizienzgewinne, etc) gegeben sind, trifft die beschuldigte Partei¹⁶. Dabei wird der Beweis durch Sachverständige zentrale Bedeutung erlangen¹⁷. (*Görg/Brandstätter* lehnen für Verfahren über Bußgelder diese (Teil-)Beweislast der beschuldigten Partei aufgrund der Unschuldsvermutung nach Art 6 EMRK zurecht ab¹⁸.) Um die Rechtsanwender bei der direkten Anwendung der Kriterien des Art 81 Abs 3 EGV zu unterstützen, hat die Kommission in einer Reihe neuer Leitlinien ihre bisherigen Erfahrungen bei der Anwendung des Kartellrechts bekannt gemacht.

Gruppenfreistellungsverordnungen passen eigentlich nicht in dieses neue System des Kartellrechtsvollzuges. Tatsächlich war ursprünglich ihre Aufhebung beabsichtigt¹⁹. Sie wurden jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit beibehalten. Daher sind Wettbewerbsbeschränkungen, die unter eine Gruppenfreistellung fallen, jedenfalls erlaubt, außer die Kommission oder eine einzelstaatliche Wettbewerbsbehörde entzieht diesen Rechtsvorteil im Einzelfall²⁰.

⁹ Weissbuch der Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, ABl 1999 Nr C 132 S 1ff; *Urlesberger*, RWZ 2003, 97.

¹⁰ *Gruber*, wbl 2004, 5.

¹¹ Weissbuch der Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, ABl 1999 Nr C 132 S 1ff.

¹² so OGH 20.12.2004, 16 Ok 17/04.

¹³ Art 10 VO (EG) 1/2003.

¹⁴ vgl OGH 20.12.2004, 16 Ok 19/04 *ecolex* 2005, 545 mit Anm *Lukaschek*; *Eilmansberger*, *Bedeutung*, 43.

¹⁵ *Urlesberger*, RWZ 2003, 98.

¹⁶ Art 2 VO (EG) 1/2003; *Urlesberger*, RWZ 2003, 98.

¹⁷ *Görg/Brandstätter*, RdW 2003, 362.

¹⁸ *Görg/Brandstätter*, RdW 2003, 362.

¹⁹ Weissbuch der Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, ABl 1999 Nr C 132 S 1ff.

²⁰ Art 29 VO (EG) 1/2003.

Der Zusammenhang der Kartellrechtsreform mit der Arbeitsüberlastung der europäischen Kommission zeigt sich auch darin, dass die VO (EG) 1/2003 am 1. Mai 2004, somit am Tag der Erweiterung der Europäischen Union um zehn neue Mitgliedstaaten, in Kraft trat²¹. Bestehende Einzelfreistellungen bleiben weiterhin gültig²²; unter der alten Verordnung gestellte Freistellungsanträge, über die bei Inkrafttreten der VO (EG) 1/2003 noch nicht entschieden wurde, werden jedoch unwirksam²³.

(Österreich hatte sich in den Verhandlungen über die Reform des Kartellrechtvollzugs gegen das Modell der Legalausnahme und für die Beibehaltung des Systems der konstitutiven Einzelfreistellung ausgesprochen; nur sollten in Zukunft neben der Kommission auch die nationalen Wettbewerbsbehörden Einzelfreistellungen erteilen können. Österreich konnte sich mit diesem Ansatz aber nicht durchsetzen²⁴.)

Insgesamt umfasst das nicht branchenspezifische²⁵ Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft nunmehr folgende Rechtsgrundlagen:

Allgemein anwendbare Bestimmungen:

- Artikel 81ff EGV
- Verordnung 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln
- Leitlinien über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag²⁶
- Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft²⁷
- Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages²⁸ (zentral für die Abgrenzung der Geltungsbereiche des Europäischen Wettbewerbsrechts und der nationalen Wettbewerbsrechte)
- Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Abs 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis)²⁹.

Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen:

- Verordnung 2790/1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen³⁰

²¹ *Urlesberger*, RWZ 2003, 97.

²² Art 34 Abs 2 VO (EG) 1/2003.

²³ Art 34 Abs 1 VO (EG) 1/2003.

²⁴ *Urlesberger*, RWZ 2003, 98.

²⁵ Es gibt darüber hinaus Sondervorschriften für den KFZ-Sektor, Versicherungen, Landwirtschaft, Telekommunikation, Luftverkehr und Seeverkehr.

²⁶ ABI 2004 Nr C 101 S 97ff; *Bauer*, *ecolex* 2005, 508.

²⁷ ABI 1997 Nr C 372 S 13ff; herangezogen in OLG Wien 23.5.2003, 26 Kt 16/03.

²⁸ ABI 2004 Nr C 101 S 81ff.

²⁹ ABI 2001 Nr C 368 S 13ff.

- Leitlinien für vertikale Beschränkungen³¹

Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen:

- Verordnung 2658/2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen³²
- Verordnung 2659/2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung³³
- Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit³⁴

Technologietransfer:

- Verordnung 772/2004 der Kommission über die Anwendung von Artikel 81 Abs 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen³⁵
- Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen³⁶

Verfahren der Kommission

- Verordnung 773/2004 der Kommission über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission³⁷
- Bekanntmachung der Kommission über die Behandlung von Beschwerden durch die Kommission gemäß Artikel 81 und 82 EG-Vertrag³⁸
- Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrages³⁹
- Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden⁴⁰
- Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen⁴¹
- Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen⁴²
- Mitteilung der Kommission über interne Verfahrensvorschriften über die Behandlung von Anträgen auf Akteneinsicht in Fällen einer Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, der Artikel 65 und 66 EGKS-Vertrag und der Verordnung (EWG) 4064/89 des Rates⁴³

³⁰ ABI 1999 Nr L 336 S 21ff.

³¹ ABI 2000 Nr C 291 S 1ff; *Bauer*, Das Kartellverbot des KartG 2005, *ecolex* 2005, 505.

³² ABI 2000 Nr L 304 S 3ff.

³³ ABI 2000 Nr L 304 S 7ff.

³⁴ ABI 2001 Nr C 3 S 2ff; *Bauer*, *ecolex* 2005, 507.

³⁵ ABI 2004 Nr L 123 S 11ff.

³⁶ ABI 2004 Nr C 101 S 2ff.

³⁷ ABI 2004 Nr L 123 S 18ff.

³⁸ ABI 2004 Nr C 101 S 65ff.

³⁹ ABI 2004 Nr C 101 S 54ff.

⁴⁰ ABI 2004 Nr C 101 S 43ff.

⁴¹ ABI 1998 Nr C 9 S 3ff.

⁴² ABI 2002 Nr C 45 S 3ff.

⁴³ ABI 1997 Nr C 23 S 3ff.

1.2 Marktbeherrschende Unternehmen

1.2.1 Nach Art 82 EG-Vertrag ist der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verboten⁴⁴. Der EG-Vertrag kennt keine Rechtfertigungsgründe für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Ob eine Maßnahme verboten oder zulässig ist, muss daher allein anhand des Begriffs des „Missbrauchs“ ermittelt werden. (Dem Missbrauchsverbot nach Art 82 EGV entspricht das österreichische Missbrauchsverbot des § 5 Kartellgesetz 2005, sodass der OGH das österreichische Missbrauchsverbot analog zu Art 82 EGV und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH auslegt⁴⁵).

1.2.2 Die oben erwähnten Leitlinien zur Marktabgrenzung und zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten (als Abgrenzung zum nationalen Missbrauchsrecht) finden aber auch auf Art 82 EGV Anwendung. Eigene Leitlinien der Kommission zur Anwendung des Art 82 EGV gibt es nicht; die Kommission beabsichtigt jedoch, solche bis Ende des Jahres 2005 zu veröffentlichen. Jüngst hat die Kommission ein ökonomisches Gutachten veröffentlicht, das sie im Zuge der Vorbereitung der geplanten Richtlinien in Auftrag gegeben hat⁴⁶. Darin wird für die Beurteilung, ob eine Handlung ein Missbrauch ist, vorgeschlagen, anstatt auf die Form der Handlung auf ihre Auswirkung auf den Wettbewerb abzustellen. Zu diesem Zweck wird für bestimmte Formen des (bisherigen) Missbrauchs festgestellt, unter welchen Voraussetzungen sie sich positiv und unter welchen Voraussetzungen sie sich negativ auf den Wettbewerb auswirken. Dies betrifft etwa Preisdiskriminierung, Verweigerung der Belieferung, etc. Das Gutachten könnte einen Anhaltspunkt für den zukünftigen Inhalt der Leitlinien bieten.

1.3 Zusammenschlüsse

Der EG-Vertrag enthält keine Bestimmungen über die Zusammenschlusskontrolle. Jedoch hat der Rat die Fusionskontrollverordnung erlassen. Nach dieser bedarf die Durchführung eines Zusammenschlusses der vorherigen Genehmigung durch die Europäische Kommission, sofern der Zusammenschluss die in der Verordnung angeführten Umsatzschwellen überschreitet ("Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung"). Die Europäische Kommission ist für den Vollzug der Fusionskontrollverordnung ausschließlich zuständig; anders als im Recht der Kartelle und im Recht des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung darf die Fusionskontrollverordnung daher vom Kartellgericht nicht vollzogen werden. Die Kommission hat zur Fusionskontrollverordnung eine Durchführungsverordnung und Leitlinien erlassen. Insgesamt umfasst das nicht branchenspezifische Fusionskontrollrecht der Europäischen Gemeinschaft folgende Rechtsgrundlagen:

- Fusionskontrollverordnung⁴⁷

⁴⁴ *Aigner*, Oligopolistischer Preisparallelismus unter dem Regime des Art 82 EG, ÖBl 2002, 52; *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 18.

⁴⁵ OGH 17.11.2003, 16 Ok 11/03.

⁴⁶ Report by the EAGCP: An economic approach to Article 82
http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf.

⁴⁷ VO (EG) 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 2004 Nr L 24 S 1ff.

- Durchführungsverordnung der Kommission zur Fusionskontrollverordnung⁴⁸ (Anmeldungen, Fristen, Anhörungen, Akteneinsicht, Formblätter)
- Bekanntmachung der Kommission über ein vereinfachtes Verfahren für bestimmte Zusammenschlüsse⁴⁹
- Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft⁵⁰
- Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse⁵¹
- Bekanntmachung über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Zusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind⁵².

2. Österreichisches Recht

2.1 Kartellgesetz 2005

2.1.1 Geltungsbereich

2.1.1.1 Die Rechtsgrundlage des österreichischen Kartellrechts ist das österreichische Kartellgesetz. Der Inhalt des Kartellgesetzes zerfällt in zwei Teile: Einerseits regelt es die Einrichtung und das Verfahren des Kartellgerichts (und des Kartellobergerichts). Andererseits enthält es die materiellen Bestimmungen des österreichischen Kartellrechts (über Kartelle, marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlüsse). In dem im Kartellgesetz geregelten Verfahren vollzieht das Kartellgericht sowohl das österreichische Kartellrecht (über Kartelle, marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlüsse) als auch das Europäische Kartellrecht (über Kartelle und marktbeherrschende Unternehmen; nicht aber über Zusammenschlüsse).

2.1.1.2 Derzeit in Kraft ist das Kartellgesetz 1988⁵³. Dieses wird jedoch mit 31. Dezember 2005 außer Kraft treten⁵⁴. Am 1. Jänner 2006 tritt das Kartellgesetz 2005 in Kraft⁵⁵, das am 5. Juli 2005 im Bundesgesetzblatt⁵⁶ veröffentlicht wurde⁵⁷. Das Kartellgesetz 2005 übernimmt weitgehend unverändert die Bestimmungen des Kartellgesetzes 1988 über

- die institutionellen Regelungen;
- das Verfahren;
- marktbeherrschende Unternehmen; und
- Unternehmenszusammenschlüsse⁵⁸.

⁴⁸ VO (EG) 802/2004 der Kommission über die Anwendung der Verordnung 139/2004 des Rates, ABI 2004 Nr L 133 S 1ff.

⁴⁹ ABI 2005 Nr C 56 S 32ff.

⁵⁰ ABI 1997 Nr C 372 S 5ff.

⁵¹ ABI 2004 Nr C 31 S 5ff.

⁵² ABI 2005 Nr C 56 S 24ff.

⁵³ BGBl 600/1988 idF BGBl I 2003/112 (Außerstreit-Begleitgesetz).

⁵⁴ § 87 Abs 1 KartG 2005 (Verfassungsbestimmung) BGBl I 61/2005.

⁵⁵ § 86 Abs 1 KartG 2005 (Verfassungsbestimmung).

⁵⁶ BGBl I 2005/61.

⁵⁷ *Wollmann*, Ein modernes Kartellrecht für Österreich, *ecolex* 2005, 500.

⁵⁸ EB zur RV 926/XXII (Kartellgesetz 2005), Vorblatt.

Jedoch werden die Bestimmungen über Kartelle vollständig geändert, indem das bereits dargestellte Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft übernommen wird⁵⁹.

2.1.1.3 Die Übergangsbestimmungen des Kartellgesetzes 2005 sehen vor, dass

- Kartelle, die vom Kartellgericht unter Anwendung des Kartellgesetzes 1988 genehmigt worden sind, auch dann bis zum 31. Dezember 2006 durchgeführt werden dürfen, wenn sie nach dem Kartellgesetz 2005 eigentlich verboten wären⁶⁰ (*Hoffer/Barbist*⁶¹ bringen eine Aufstellung der 17 derzeit registrierten Kartelle, darunter das Schulbuchkartell);
- die Bußgeldbestimmungen des Kartellgesetzes 2005 nur auf Sachverhalte anzuwenden sind, die nach seinem Inkrafttreten verwirklicht worden sind. Auf Sachverhalte, die bereits vorher verwirklicht worden sind, sind weiterhin die Bußgeldbestimmungen des KartG 1988 anzuwenden⁶²;
- Verfahren auf Genehmigung eines Kartells, die bei Inkrafttreten des Kartellgesetzes 2005 anhängig sind, nicht fortzusetzen sind. Anhängige Verfahren über Unternehmenszusammenschlüsse sind jedoch nach den Bestimmungen des Kartellgesetzes 1988 weiterzuführen;
- anhängige Anträge auf Widerruf einer Kartellgenehmigung sind als Abstellauftrag zu behandeln⁶³.

2.1.2 Kartelle

Die zentrale Änderung durch das Kartellgesetz 2005 besteht darin, dass es das (neue) europäische System der Legalausnahme übernimmt⁶⁴. Es bestimmt in (bis auf das Erfordernis der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten) wörtlicher Entsprechung⁶⁵ zu Art 81 EGV, dass Kartelle (ex lege) verboten sind. Gegen das Verbot verstoßende Kartellverträge sind nichtig⁶⁶. Im Rahmen des ex lege Verbots kann das Kartellgericht Abstellaufträge erlassen, die Exekutionstitel sind.

In wörtlicher Entsprechung⁶⁷ zu Art 81 Abs 3 EGV bestimmt das Kartellgesetz 2005, dass von diesem Verbot jene Kartelle ausgenommen sind, welche die nachstehenden (bereits oben behandelten) 4 Kriterien erfüllen, nämlich dass sie

- unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn
- zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen,

⁵⁹ *Matousek*, Die Kartellrechtsreform 2005 im Überblick, *ecolex* 2005, 501; *Gruber*, Zum Entwurf des Kartellgesetzes 2005, *RWZ* 2005/20, 65.

⁶⁰ § 89 KartG 2005.

⁶¹ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 89 KartG.

⁶² § 87 Abs 2 KartG 2005.

⁶³ § 90 KartG 2005.

⁶⁴ *Matousek*, *ecolex* 2005, 501; *Bauer*, *ecolex* 2005, 505.

⁶⁵ *Matousek*, *ecolex* 2005, 501; *Bauer*, *ecolex* 2005, 505; *Gruber*, *RWZ* 2005, 65.

⁶⁶ *Matousek*, *ecolex* 2005, 501.

⁶⁷ *Bauer*, *ecolex* 2005, 505.

- ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht erforderlich sind,
- und ohne dass Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten⁶⁸.

Bauer bietet anhand der Leitlinien der Kommission einen sehr nützlichen Überblick über den Tatbestand des Kartellverbots nach § 1 KartG 2005⁶⁹ und die Ausnahmen nach § 2 Abs 1 KartG 2005⁷⁰.

Das Kartellgesetz 2005 sieht vor, dass der Justizminister durch Verordnung feststellen kann, dass bestimmte Gruppen von Kartellen vom Kartellverbot ausgenommen sind⁷¹. In solchen Verordnungen kann auf die jeweils geltende Fassung einer Verordnung nach Art 81 Abs 3 EGV (Gruppenfreistellungsverordnungen) verwiesen werden⁷². Es ist davon auszugehen, dass etwa die Gruppenfreistellungsverordnung zu vertikalen Vereinbarungen übernommen werden wird. *Bauer* argumentiert, dass aufgrund des Harmonisierungsziels auch die Leitlinien der Kommission für das österreichische Kartellrecht noch größere Bedeutung erlangen müssten als bisher⁷³.

Die Genehmigung und Registrierung von Kartellen war der historische Kern des Österreichischen Kartellrechts⁷⁴. So sah das Kartellgesetz 1988 bis zuletzt eine kasuistische Unterscheidung verschiedener Kartelltypen vor⁷⁵, wobei die Durchführung mancher Kartelltypen vor Erhalt einer kartellgerichtlichen Genehmigung verboten war, andere Kartelltypen jedoch durchgeführt werden durften, solange sie nicht untersagt worden waren⁷⁶. Nach mehreren Verschiebungen durften zuletzt⁷⁷ Absichtskartelle⁷⁸ (unabhängig davon, ob sie auf einer Vereinbarung oder auf abgestimmtem Verhalten beruhen)⁷⁹ nur nach kartellgerichtlicher Genehmigung durchgeführt werden. Bloße Wirkungskartelle⁸⁰ (ebenfalls unabhängig davon, ob sie auf einer Vereinbarung oder auf abgestimmtem Verhalten beruhen)⁸¹ durften hingegen durchgeführt werden, solange sie nicht untersagt worden waren. (Als Ausnahme von dieser Regel durften Vertikale Vertriebsbindungen immer durchgeführt werden, solange sie nicht verboten waren; als Ausnahme von der Ausnahme galt für Vertikale Vertriebsbindungen, mit denen der Preis fixiert wurde, wieder die Grundregel, also die Unterscheidung in Absichtskartelle und Wirkungskartelle⁸².) Insbesondere die

⁶⁸ *Bauer*, *ecolex* 2005, 508.

⁶⁹ *Bauer*, *ecolex* 2005, 506.

⁷⁰ *Bauer*, *ecolex* 2005, 508.

⁷¹ § 3 KartG 2005; *Gruber*, *RWZ* 2005, 65.

⁷² *Bauer*, *ecolex* 2005, 505.

⁷³ *Bauer*, *ecolex* 2005, 505.

⁷⁴ vgl. *Schönherr*, *Kartellgesetz*, 6; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, *Kartellrecht*, 3.

⁷⁵ *Matousek*, *ecolex* 2005, 501; *Bauer*, *ecolex* 2005, 505.

⁷⁶ *Koppensteiner*, *Wettbewerbsrecht*, § 4 Rz 9; *Bauer*, *ecolex* 2005, 505.

⁷⁷ seit BGBl I 1999/126 (*Kartellgesetznovelle* 1999).

⁷⁸ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, *Kartellrecht*, 38.

⁷⁹ § 18 Abs 1 Z 1 iVm § 10 Abs 1 und § 11 Abs 1 KartG 1988; *Bauer*, *ecolex* 2005, 505.

⁸⁰ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, *Kartellrecht*, 39.

⁸¹ § 18 Abs 1 Z 1 iVm § 10 Abs 1 und § 11 Abs 1 KartG 1988; *Bauer*, *ecolex* 2005, 505.

⁸² *Bauer*, *ecolex* 2005, 505; *Gruber*, *RWZ* 2005, 65; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, *Kartellrecht*, 13.

Wirtschaftskammer hatte darauf gedrängt, das österreichische Kartellrecht an das (neue) europäische Kartellrecht anzupassen, wodurch es letztlich zum Kartellgesetz 2005 gekommen ist⁸³.

Zugleich mit der Abschaffung der Registrierung von Kartellen hat das Kartellgesetz 2005 auch zivilprozessuale Sonderbestimmungen für Kartellverträge abgeschafft, die weithin totes Recht waren⁸⁴. Diese werden daher im Folgenden nicht mehr behandelt⁸⁵. Dies betrifft:

- Vertragshilfe gegen Sperren (Klagemöglichkeit beim Kartellgericht gegen die Durchführung von vertraglich vereinbarten Liefersperren bei Verstößen gegen den Kartellvertrag⁸⁶);
- Landesgerichtszuständigkeit unabhängig vom Streitwert⁸⁷;
- Beschränkung von Schiedsverträgen⁸⁸ (Nach der einzigen ersichtlichen Entscheidung zu dieser Bestimmung, mit der sich *Thalhammer* im Schrifttum auseinandergesetzt hat, galt sie nur für Kartelle nach Abschnitt II⁸⁹ und nicht auch für vertikale Vertriebsbindungen nach Abschnitt IIa⁹⁰ des Kartellgesetzes 1988, was ihre Bedeutung weiter eingeschränkt hat⁹¹).

2.1.3 Missbrauch marktbeherrschender Stellung

Die Bestimmungen zur Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen übernimmt das Kartellgesetz 2005 fast unverändert⁹² von der zuletzt gültigen Fassung des Kartellgesetzes 1988⁹³. Denn die zentrale Änderung der Missbrauchsaufsicht war bereits während der Geltung des Kartellgesetzes 1988 durch die Kartellrechtsnovelle 2002 erfolgt: Während vor der Kartellrechtsnovelle 2002 der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach überwiegender Ansicht erst nach einem Abstellauftrag des Kartellgesetzes verboten war⁹⁴ (sodass ein marktbeherrschender Unternehmer nicht zu einer ständigen Markt- und Wirtschaftsforschung verhalten sei⁹⁵), besteht seit der Kartellrechtsnovelle 2002⁹⁶ ein ex lege Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung⁹⁷. Im Rahmen des ex lege

⁸³ EB zur RV 926/XXII (Kartellgesetz 2005) Allgemeiner Teil, 1.3.

⁸⁴ EB zur RV 926/XXII (Kartellgesetz 2005) Allgemeiner Teil, 1.4.

⁸⁵ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 48-50.

⁸⁶ § 30 KartG 1988.

⁸⁷ § 122 Abs 1 KartG 1988.

⁸⁸ § 124 KartG 1988.

⁸⁹ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 9.

⁹⁰ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 9.

⁹¹ OGH 16.12.2003, 1 Ob 270/03t; Besprechung in: *Thalhammer*, Die Rolle der Schiedsgerichte bei der Durchsetzung von EG-Kartellrecht, wbl 2005, 67.

⁹² *Matousek*, *ecolex* 2005, 502.

⁹³ *Tahedl*, Missbrauch, 123 ff.

⁹⁴ *Urlesberger*, Die Kartellgesetz-Novelle 2002, RWZ 2002/55; *Novotny/Berger*, Anforderungen an Unterlassungsverfügungen bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Preisunterbieten, ÖBI 1998, 3; *Barbist/Görg*, Wettbewerbsgesetz und Kartellgesetznovelle 2002 im Überblick, *ecolex* 2002, 404.

⁹⁵ *Novotny/Berger*, ÖBI 1998, 3.

⁹⁶ BGBl I 2002/62 (Kartellgesetznovelle 2002).

⁹⁷ § 5 KartG 2005 (§ 35 KartG 1988); *Urlesberger*, RWZ 2002/55.

Verbots kann das Kartellgericht Abstellaufräge erlassen⁹⁸, die Exekutionstitel sind⁹⁹. Eine durch das Kartellgesetz 2005 bewirkte Änderung in Bereich der Missbrauchsaufsicht liegt darin, dass das Kartellgericht auch Aufträge zur Abschwächung der marktbeherrschenden Stellung¹⁰⁰ erteilen kann („Zerschlagung“), was unter dem Kartellgesetz 1988 nur bei Unternehmen im Medienbereich möglich war¹⁰¹.

2.1.4 Zusammenschlusskontrolle

2.1.4.1 Auch die Bestimmungen zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen übernimmt das Kartellgesetz 2005 weitgehend unverändert von der zuletzt gültigen Fassung des Kartellgesetzes 1988. Die „echte, präventive“¹⁰² Zusammenschlusskontrolle wurde erst nachträglich durch die Kartellrechtsnovelle 1993¹⁰³ eingeführt¹⁰⁴. Seither bedürfen Zusammenschlüsse von Unternehmen, die bestimmte Umsatzschwellen¹⁰⁵ übersteigen, einer vorherigen kartellgerichtlichen Genehmigung¹⁰⁶. Dabei prüft das Kartellgericht insbesondere, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird¹⁰⁷.

2.1.4.2 Bei Medienezusammenschlüssen prüft das Kartellgericht über die bloß wirtschaftlichen Aspekte hinaus auch, ob durch den Medienezusammenschluss eine Beeinträchtigung der Medienvielfalt¹⁰⁸ zu erwarten ist¹⁰⁹. Medienezusammenschlüsse sind Zusammenschlüsse, bei denen mindestens zwei der beteiligten Unternehmen zu einer der folgenden Gruppe gehören¹¹⁰

- Medienunternehmen nach § 1 Abs 1 Z 6 Mediengesetz;
- Mediendiensten nach § 1 Abs 1 Z 7 Mediengesetz;
- Verlagen;
- Druckereien und Unternehmen der Druckvorstufe (Repro- und Satzanstalten);
- Unternehmen, die Werbeaufträge beschaffen oder vermitteln;
- Unternehmen, die den Vertrieb von Medienstücken im großen besorgen;
- Filmverleihunternehmen; und
- Unternehmen, die an solchen Unternehmen zu mindestens 25 % beteiligt sind.

⁹⁸ § 5 iVm § 26 KartG 2005 (§ 35 Abs 1 KartG 1988).

⁹⁹ § 34 Abs 1 KartG 2005 (§ 126 Abs 1 KartG 1988); *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 15 Rz 10.

¹⁰⁰ vgl § 26 letzter Satz KartG 2005 (§ 35 Abs 2 KartG 1988); *Barbist/Görg*, *ecolex* 2002, 406.

¹⁰¹ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 106.

¹⁰² *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 111.

¹⁰³ BGBl 1993/693 (Kartellgesetznovelle 1993); *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 3 Rz 24; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 2.

¹⁰⁴ *Wessely*, Fusionskontrolle, 2.

¹⁰⁵ § 9 Abs 1 KartG 2005 (§ 42a Abs 1 KartG 1988); *Hauck/Resch*, Zusammenschlusskontrolle 2005, *ecolex* 2005, 511.

¹⁰⁶ § 17 Abs 1 KartG 2005 (§ 42a Abs 4 KartG 1988); *Hauck/Resch*, *ecolex* 2005, 511.

¹⁰⁷ § 12 Abs 1 Z 2 KartG 2005; *Wessely*, Fusionskontrolle, 184ff.

¹⁰⁸ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 132; *Wessely*, Fusionskontrolle, 246ff.

¹⁰⁹ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 130.

¹¹⁰ § 8 KartG 2005; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 131; *Wessely*, Fusionskontrolle, 94ff.

2.1.5 Institutionelles Recht

Das Kartellgesetz 2005 übernimmt auch die verfahrensrechtlichen Bestimmungen fast unverändert von der zuletzt gültigen Fassung des Kartellgesetzes 1988. Seit der Kartellrechtsnovelle 1995¹¹¹ wird das Kartellgesetz von dafür bestimmten Senatsabteilungen¹¹² der ordentlichen Gerichtsbarkeit (1. Instanz: OLG Wien als Kartellgericht; 2. Instanz: OGH als Kartellobergericht)¹¹³ vollzogen. Die wichtigsten kartellgerichtlichen Befugnisse sind¹¹⁴:

(i) die Erlassung von Abstellaufträgen

- bei Verstößen gegen das ex-lege Verbot von Kartellen¹¹⁵,
- bei Verstößen gegen das ex-lege Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung¹¹⁶, und
- bei Verstößen gegen das Durchführungsverbot bei Zusammenschlüssen¹¹⁷.

(ii) die Genehmigung von Zusammenschlüssen¹¹⁸;

(iii) die Feststellung der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf einen Sachverhalt¹¹⁹;

(iv) die Verhängung von Geldbußen¹²⁰.

2.2 Wettbewerbsgesetz

Die zweite zentrale innerstaatliche Rechtsgrundlage ist das Wettbewerbsgesetz, das im Zuge der Kartellrechtsnovelle 2002¹²¹ erlassen wurde. Mit dem Wettbewerbsgesetz wurde die weisungsfreie¹²² Bundeswettbewerbsbehörde geschaffen¹²³. Die Bundeswettbewerbsbehörde hat als Amtspartei¹²⁴ im Verfahren vor dem Kartellgericht umfangreiche Antrags- und Verfahrensrechte. Die Prüfung eines Zusammenschlusses und die Verhängung von Geldbußen kann nur auf Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde (oder des ebenfalls im Zuge der Kartellrechtsnovelle 2002 geschaffenen Bundeskartellanwalts¹²⁵) erfolgen¹²⁶. Die Bundeswettbewerbsbehörde kann selbständig Ermittlungen durchführen¹²⁷. Auf Antrag der

¹¹¹ BGBl 1995/520 (Kartellgesetznovelle 1995); *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 3 Rz 25.

¹¹² § 60 KartG 2005 (§ 90 Abs 1 KartG 1988).

¹¹³ § 58 KartG 2005 (§ 88 KartG 1988); *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 14 Rz 3.

¹¹⁴ vgl *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 136.

¹¹⁵ § 5 iVm § 26 KartG 2005.

¹¹⁶ § 5 iVm § 26 KartG 2005 (§ 35 Abs 1 KartG 1988).

¹¹⁷ § 17 Abs 1 iVm § 26 KartG 2005.

¹¹⁸ § 12 KartG 2005 (§ 42b Abs 2 KartG 1988).

¹¹⁹ § 28 Abs 2 KartG 2005 (§ 8a KartG 1988).

¹²⁰ § 29 KartG 2005 (§ 142 KartG 1988).

¹²¹ BGBl I 2002/62 (Kartellgesetznovelle 2002); *Barbist/Görg*, *ecolex* 2002, 404; *Stockenhuber*, Das neue Kartellrecht 2002, *ÖZW* 2002, 74 (80).

¹²² § 1 Abs 3 WettbG (Verfassungsbestimmung); *Barbist/Görg*, *ecolex* 2002, 406; *Stockenhuber*, *ÖZW* 2002, 80. *Urlesberger*, *RWZ* 2002/55.

¹²³ § 40 26 KartG 2005 (§ 44 KartG 1988).

¹²⁴ § 75 ff KartG 2005 (§ 112 ff KartG 1988).

¹²⁵ § 36 Abs 2 KartG 2005 (§ 42b Abs 1 KartG 1988; § 142 KartG 1988).

¹²⁶ § 11 Abs 1 WettbG.

Bundswettbewerbsbehörde hat das Kartellgericht die Erteilung von Auskünften¹²⁸, die Vorlage von Unterlagen¹²⁹ sowie Hausdurchsuchungen¹³⁰ anzuordnen. Zur Sicherung der Ermittlungen und bei Hausdurchsuchungen haben die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes der Bundeswettbewerbsbehörde Hilfe zu leisten¹³¹.

Gleichzeitig mit dem Kartellgesetz 2005 wird am 1. Jänner 2006 eine Novelle zum Wettbewerbsgesetz in Kraft treten. Sie war als tiefgreifende Novelle geplant, hat aber tatsächlich nur beschränkte Auswirkungen. Denn auf die zentrale beabsichtigte Änderung, nämlich die Übertragung von Ermittlungsbefugnissen des Kartellgerichts auf die Bundeswettbewerbsbehörde wurde „in letzter Minute“¹³² verzichtet¹³³.

2.3 Weitere Zuständigkeiten des Kartellgerichts

a) Das Kartellgericht ist für Verfahren nach dem Nahversorgungsgesetz zuständig¹³⁴. Dieses umfasst folgende Tatbestände:

- Gefährdung leistungsgerechten Wettbewerbs¹³⁵;
- Forderung oder Gewährung unterschiedlicher Bezugsbedingungen¹³⁶;
- Abhilfe gegen Bezugssperren¹³⁷;
- Verpflichtung zur Belieferung von Letztverkäufern¹³⁸.

Im Zuge der Erlassung des Kartellgesetzes 2005 und der Novelle 2005 zum Wettbewerbsgesetz wurde auch das Nahversorgungsgesetz novelliert, indem die bisherige Stellung der Finanzprokuratur als Amtspartei auf die Bundeswettbewerbsbehörde und den Bundeskartellanwalt übertragen wurde¹³⁹.

b) Das Kartellgericht ist zur Festsetzung der Abschöpfung der Bereicherung aus Verstößen gegen das Telekommunikationsgesetz 2003 zuständig. Die Feststellung erfolgt auf Antrag der Regulierungsbehörde und setzt eine vorhergehende Feststellung des Verstoßes durch die Regulierungsbehörde voraus. Die Regulierungsbehörde hat Parteistellung. In diesem Verfahren ist das Kartellgericht an die Feststellung der Regulierungsbehörde über das Vorliegen einer rechtswidrigen Handlung gebunden. Die Abschöpfung kann bis zu 10 % des Vorjahresumsatzes betragen¹⁴⁰.

¹²⁸ § 11a Abs 1 Z 1 WettbG idF Wettbewerbsgesetznovelle 2005 (§ 11 Abs 5 WettbG idF vor Wettbewerbsgesetznovelle 2005).

¹²⁹ § 11a Abs 1 Z 2 WettbG idF Wettbewerbsgesetznovelle 2005 (§ 11 Abs 5 WettbG idF vor Wettbewerbsgesetznovelle 2005).

¹³⁰ § 12 Abs 1 WettbG.

¹³¹ § 14 WettbG.

¹³² *Bauer*, Korrekturen in letzter Minute, Rechtspanorama vom 4. Juli 2005.

¹³³ *Bauer*, Korrekturen in letzter Minute, Rechtspanorama vom 4. Juli 2005.

¹³⁴ §§ 6 und 7 NVG; *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 30 Rz 6.

¹³⁵ § 1 NVG; *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 31 Rz 1-7.

¹³⁶ § 2 NVG; *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 31 Rz 8-10.

¹³⁷ § 3 NVG; *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 31 Rz 11.

¹³⁸ § 4 NVG; *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 31 Rz 12.

¹³⁹ *Matousek*, *ecolx* 2005, 504.

¹⁴⁰ § 111 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2003.

3. Ausländisches einzelstaatliches Kartellrecht

Es stellt sich die Frage, ob das Kartellgericht auch ausländisches Kartellrecht anwenden muss, etwa wenn an das Kartellgericht der Antrag gestellt wird, einem österreichischen Unternehmen die Abstellung des Missbrauchs seiner marktbeherrschenden Stellung auf dem deutschen Markt aufzutragen. Die dem Kartellgericht eingeräumten Zuständigkeiten betreffen jedoch nur das österreichische und das europäische Kartellrecht, sodass der Antrag, wenn das Verhalten nur gegen das deutsche Kartellrecht verstößt, abzuweisen wäre.

Ein derartiges Begehren kann zwar nicht vor dem Kartellgericht, aber auf dem streitigen Rechtsweg durchgesetzt werden. In diesem sind Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb nach dem Recht des Staates zu beurteilen, auf dessen Markt sich der Wettbewerb auswirkt¹⁴¹. Besteht der Missbrauch in einem Vertrag zwischen den Parteien, so ist deutsches Kartellrecht anzuwenden, wenn der Vertrag deutschem Recht unterliegt¹⁴². Wenn er nicht deutschem Recht unterliegt, kann das österreichische Gericht dem deutschen Kartellrecht Wirkung verleihen; bei der Entscheidung, ob es dies tut, sind die Natur und der Gegenstand des Kartellrechts und die Folgen zu berücksichtigen, die sich aus seiner Anwendung oder Nichtanwendung ergäben. Entscheidungen, die auf Verträge fremdes Kartellrecht anwenden, das nicht das Recht des Vertragsstatuts ist, sind sehr selten¹⁴³.

4. Abgrenzung zwischen österreichischem Recht und europäischem Recht

4.1 Kartelle

Das Verhältnis zwischen materiellem europäischen Recht und materiellem nationalen Recht auf dem Gebiet der Kartelle bestimmt Art 3 der Verordnung (EG) 1/2003¹⁴⁴. Diese Bestimmung besteht konzeptionell aus 2 Teilen¹⁴⁵:

- Einerseits bestimmt sie, dass die Wettbewerbsbehörden und Gerichte der Mitgliedstaaten, wenn sie ihr eigenes Kartellrecht anwenden, auch das materielle europäische Kartellrecht anwenden müssen¹⁴⁶ (Die Mitgliedstaaten müssen verbieten, wenn das materielle europäische Kartellrecht verbietet).
- Andererseits darf die Anwendung des nationalen Kartellrechts nicht zum Verbot einer Vereinbarung (oder abgestimmten Verhaltensweise oder des Beschlusses einer Unternehmensvereinigung) führen, die geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (und dadurch das Anwendungskriterium des europäischen Kartellrechts erfüllt) und die (i) entweder keine Wettbewerbsbeschränkung nach Art 81 Abs 1 EGV ist oder (ii) durch die Rechtfertigungskriterien des Art 81 Abs 3 EGV (Effizienzgewinne, etc) gerechtfertigt ist oder (iii) durch eine Gruppenfreistellung

¹⁴¹ § 48 Abs 2 IPRG; *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 6 Rz 15.

¹⁴² *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 6, Rz 14.

¹⁴³ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 6, Rz 14.

¹⁴⁴ *Urlesberger*, RWZ 2003, 98.

¹⁴⁵ *Gruber*, wbl 2004, 1.

¹⁴⁶ Art 3 Abs 1 VO (EG) 1/2003; *Gruber*, wbl 2004, 2.

gerechtfertigt ist¹⁴⁷ (Die Mitgliedstaaten dürfen nicht verbieten, wenn das materielle europäische Kartellrecht in seinem Anwendungsbereich nicht verbietet).

So hat das Kartellgericht bereits in seiner ersten Entscheidung zur Verordnung 1/2003 festgehalten: „Eine Vereinbarung kann aufgrund nationalem Recht nur noch dann verboten werden, wenn sie auch nach Art 81 EGV verboten ist. Umgekehrt können das nationale Recht und die nationale Wettbewerbsbehörde eine Vereinbarung nicht unbeanstandet lassen, wenn sie gegen Art 81 EGV verstößt. Das nationale Recht darf zwar angewendet werden, im Ergebnis setzt sich aber das Gemeinschaftsrecht durch“¹⁴⁸.

Der Bereich, in dem das materielle europäische Kartellrecht diese Wirkung hat, wird durch das Kriterium der Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten abgegrenzt: Denn einerseits findet das Kartellverbot des europäischen Wettbewerbsrechts nur bei Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten Anwendung¹⁴⁹. Andererseits bestimmt Art 3 der VO (EG) 1/2003, dass nur bei Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten die Zulässigkeit nach materiellem europäischem Kartellrecht die Zulässigkeit nach nationalem Kartellrecht nach sich ziehen muss.

4.2 Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Auch im Bereich der marktbeherrschenden Unternehmen bestimmt Art 3 der Verordnung (EG) 1/2003 das Verhältnis zwischen materiellem europäischem und österreichischem Recht. Im Gegensatz zu Kartellen ist die Regelung für marktbeherrschende Unternehmen jedoch asymmetrisch:

- Wie bei Kartellen wenden die Wettbewerbsbehörden und Gerichte der Mitgliedstaaten, wenn sie ihr eigenes Recht gegen Missbrauch marktbeherrschender Stellungen anwenden, auch das materielle europäische Recht gegen Missbrauch marktbeherrschender Stellung an¹⁵⁰. (Die Mitgliedstaaten müssen verbieten, wenn das materielle europäische Missbrauchsrecht verbietet.)
- Anders als beim Recht der Kartelle können die Mitgliedstaaten jedoch auch im Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung strengere Bestimmungen erlassen und anwenden¹⁵¹. (Die Mitgliedsstaaten dürfen auch dann verbieten, wenn das materielle europäische Missbrauchsrecht in seinem Anwendungsbereich nicht verbietet.)

(Praktische Bedeutung hat dies etwa dadurch, dass das österreichische Kartellgesetz das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung schon bei einem Marktanteil von 30 %, das europäische Recht hingegen erst bei einem Marktanteil von 50 %¹⁵² vermutet.)

¹⁴⁷ Art 3 Abs 2 VO (EG) 1/2003; sehr eingehend *Gruber*, wbl 2004, 2.

¹⁴⁸ OLG Wien 18.10.004, 29 Kt 387/04.

¹⁴⁹ Art 81 EGV.

¹⁵⁰ Art 3 Abs 1 VO (EG) 1/2003.

¹⁵¹ Art 3 Abs 2 letzter Satz VO (EG) 1/2003.

¹⁵² *Urlesberger*, RWZ 2003, 99.

Der Anwendungsbereich des europäischen Rechts gegen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bestimmt sich wie bei Kartellen nach der Eignung, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen¹⁵³.

Gruber bestreitet die „derzeitige“ Auffassung, dass die Mitgliedstaaten auch strengere Bestimmungen des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen erlassen können¹⁵⁴: Zwar würde dem die VO (EG) 1/2003 nicht entgegenstehen, aber Art 82 EGV. Meines Erachtens gründet diese Meinung auf einer missverstandenen Analogie zum Kartellverbot vor Inkrafttreten der VO (EG) 1/2003. Damals durfte nationales Kartellrecht nicht strenger sein als ein Rechtsakt der Gemeinschaft, mit dem ein Kartell erlaubt wird (in der Praxis: eine Einzelfreistellung oder Gruppenfreistellung der Kommission). Letzteres ist durchaus naheliegend, da die gemeinschaftsrechtliche Erlaubnis dem einzelstaatlichen Recht vorgeht. Im Recht des Missbrauchs einer marktbeherrschender Stellungen gibt es aber keine erlaubenden Rechtsakte. Und da im Wettbewerbsrecht (anders als etwa im Außenhandelsrecht) keine ausschließliche Kompetenz der Gemeinschaft besteht, ist nicht erkennbar, warum das einzelstaatliche Recht nicht eine Handlung verbieten dürfte, nur weil die Handlung nicht auch vom europäischen Recht verboten ist. Bei genauem Lesen ist bei *Gruber* auch kein Grund angegeben.

4.3 Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Das Kriterium der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten hat den Zweck, auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts von dem des innerstaatlichen Rechts abzugrenzen¹⁵⁵. Die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts setzt voraus, dass die Beeinträchtigung des Handels spürbar ist¹⁵⁶. Zur Frage, wann eine Vereinbarung oder eine Verhaltensweise geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen, gibt es eine umfangreiche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Zusätzlich hat die Kommission im Zuge des Modernisierungspakets sehr umfangreiche Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels herausgegeben. Diese werden auch von der österreichischen Rechtsprechung herangezogen¹⁵⁷.

Danach liegt die Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten vor, wenn sich anhand objektiver Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersagen lässt, dass eine Vereinbarung oder Verhaltensweise den Handel zwischen zumindest einem Teil¹⁵⁸ eines Mitgliedstaates und einem Teil eines anderen Mitgliedstaates unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell, spürbar beeinflussen (reduzieren, erhöhen¹⁵⁹ oder sonst wie verändern) kann¹⁶⁰. Abzustellen ist dabei auf die Vereinbarung oder

¹⁵³ Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.

¹⁵⁴ *Gruber*, wbl 2004, 3.

¹⁵⁵ OGH 20.12.2004, 16 Ok 17/04.

¹⁵⁶ Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, Rn 44ff; OGH 20.12.2004, 16 Ok 17/04.

¹⁵⁷ OGH 30.12.2004, 16 Ok 17/04.

¹⁵⁸ Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, Rn 20.

¹⁵⁹ Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, Rn 34 und 35.

Verhaltensweise als ganzes, das heißt nicht nur auf eine einzelne Wettbewerbsbeschränkung¹⁶¹ und nicht nur auf die Beteiligung eines einzelnen Unternehmens¹⁶². Der Begriff des Handels umfasst alle grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeiten einschließlich Waren, Dienstleistungen und Niederlassung¹⁶³. Mittelbar wird der Handel beschränkt, wenn zwar das von der Vereinbarung erfasste Produkt nicht handelbar ist, aber in die Produktion eines handelbaren Produkts eingeht¹⁶⁴, nicht aber schon deshalb, weil die Erhöhung eines Preises die (allgemeine) reale Kaufkraft und daher die Nachfrage nach anderen (gehandelten) Produkten senkt.

Die Kommission geht davon aus, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten dann nicht spürbar beeinträchtigt wird, wenn

- weder der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen am betroffenen, relevanten Markt 5 % übersteigt,
- noch der Jahresumsatz vor Steuern mit den von der Vereinbarung umfassten Waren EUR 40.000.000,-- übersteigt¹⁶⁵.

Dies gilt selbst dann, wenn die Vereinbarung ihrem Wesen nach geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen¹⁶⁶ (etwa die direkte Regelung von Einfuhren und Ausfuhren¹⁶⁷).

Wenn eine dieser beiden Grenzen überstiegen wird, unterscheidet die Kommission zwei Fälle: Bei Vereinbarungen, die ihrem Wesen nach geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Vereinbarungen, die sich auf mehrere Mitgliedstaaten beziehen oder die direkt Einfuhren oder Ausfuhren betreffen) besteht eine widerlegbare Vermutung, dass eine Eignung besteht, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Bei Vereinbarungen, die nicht bereits ihrem Wesen nach geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, ist eine Einzelfallentscheidung erforderlich. Die Leitlinien umfassen eine Fülle von Beispielen zu Vereinbarungen, die nur einen einzigen Mitgliedstaat betreffen¹⁶⁸, wobei der Grundsatz gilt, dass horizontale Kartelle, die sich auf das ganze Gebiet eines Mitgliedstaates erstrecken, in der Regel geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen¹⁶⁹. Letzteres entspricht der Rechtsprechung des OGH als Kartellobergericht¹⁷⁰.

¹⁶⁰ EuGH 14.7.1981, 172/80, *Züchner*.

¹⁶¹ EuGH 25.2.1986, C-193/83, *Windsurfing*.

¹⁶² EuG 24.10.1991, T-2/89, *Petrofina*.

¹⁶³ Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, Rn 19 mwN.

¹⁶⁴ Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, Rn 38.

¹⁶⁵ Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, Rn 52.

¹⁶⁶ Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, Rn 58.

¹⁶⁷ Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, Rn 53.

¹⁶⁸ Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, Rn 77-99.

¹⁶⁹ EuGH 19.2.2002, C-309/99, *Wouters*; Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, Rn 78.

¹⁷⁰ OGH 20.12.2004, 16 Ok 17/04.

B. Verfahrensarten

1. Abstellaufträge

1.1 Anwendungsbereich

1.1.1 Das Kartellgesetz 2005 bestimmt unter dem Titel „Abstellung“, dass das Kartellgericht Zuwiderhandlungen gegen die in seinem ersten Hauptstück enthaltenen Verbote mit dazu erforderlichen Aufträgen wirksam abzustellen hat; die Aufträge dürfen mit Beziehung auf die Zuwiderhandlung nicht unverhältnismäßig sein¹⁷¹. Diese Abstellaufträge sind Exekutionstitel¹⁷². Das erste Hauptstück umfasst die gesamten materiellen Vorschriften des Kartellgesetzes, das heißt die Bestimmungen über

- Kartelle;
- Marktbeherrschende Unternehmen; und
- Zusammenschlüsse.

1.1.2 Das Kartellgericht kann auch die Änderung der Unternehmensstruktur auftragen¹⁷³ („Entflechtung“; „Zerschlagung“). Dies wird jedoch im Schrifttum als „eher theoretisch“ bezeichnet¹⁷⁴. Die Änderung der Unternehmensstruktur darf das Kartellgericht aber nur dann auftragen, wenn

- keine anderen, gleich wirksamen Maßnahmen zur Verfügung stehen, oder
- wenn diese anderen Maßnahmen mit einer noch größeren Belastung für die betroffenen Unternehmen verbunden wären¹⁷⁵.

Wenn anzunehmen ist, dass auch sonstige Aufträge den Unternehmer von einem weiteren Missbrauch abhalten können, kommt nach der Rechtsprechung ein Auftrag zur Änderung der Unternehmensstruktur nicht in Betracht¹⁷⁶.

1.1.3 Einen Abstellauftrag können beantragen¹⁷⁷:

- die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt,
- durch bundesgesetzliche Vorschriften zur Regulierung bestimmter Wirtschaftszweige eingerichtete Behörden (Regulatoren),
- die Wirtschaftskammer Österreich, die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs,
- jeder Unternehmer und jede Unternehmervereinigung, der oder die ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung hat.

¹⁷¹ § 26 KartG 2005; *Matousek*, *ecolex* 2005, 503.

¹⁷² § 26 KartG 2005.

¹⁷³ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, *Kartellrecht*, 106.

¹⁷⁴ *Urlesberger*, *RWZ* 2002/55.

¹⁷⁵ § 26 letzter Satz KartG 2005.

¹⁷⁶ OGH 4.4.2005, 16 Ok 20/04; vgl *Gugerbauer*, *Kommentar*, § 35 Rz 19.

¹⁷⁷ § 36 Abs 4 KartG 2005.

1.1.4 Unter dem Kartellgesetz 1988 gab es Abstellaufträge, die Exekutionstitel sind, nur bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung¹⁷⁸. Bei Kartellen konnte zwar die Untersagung beantragt werden¹⁷⁹ (genauer: der Widerruf der Genehmigung bei solchen Kartellarten, die nur mit Genehmigung durchgeführt werden durften¹⁸⁰; die Untersagung bei solchen Kartellarten, die grundsätzlich ohne Genehmigung durchgeführt werden durften¹⁸¹). Jedoch war die Untersagung eines Kartells kein Exekutionstitel¹⁸². Bei Zusammenschlüssen konnte nicht einmal ein Abstellauftrag beantragt werden, sondern nur die Feststellung des Verstoßes¹⁸³. Folglich hat das Kartellgesetz 2005 die Bestimmungen des Kartellgesetzes 1988 über die Durchsetzung des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auf alle Verstöße gegen das Kartellgesetz ausgedehnt.

1.2 Rechtswirkungen von Abstellaufträgen

Ein Abstellauftrag unterscheidet sich seinem Wesen nach und in seinen Wirkungen von einem Unterlassungsurteil. Dabei müssen drei Wirkungen unterschieden werden:

- (i) Wirkungen für die am Verfahren Beteiligten;
- (ii) Wirkungen für die nicht am Verfahren Beteiligten;
- (iii) Wirkungen für nicht am Verfahren beteiligte Amtsparteien.

ad (i) Wirkungen für die am Verfahren Beteiligten

Für die am Verfahren Beteiligten entwickelt ein formell rechtskräftiger Beschluss materielle Rechtskraft¹⁸⁴. Insoweit entsprechen die Rechtswirkungen von Abstellaufträgen denen des Unterlassungsurteils.

Nach dem Außerstreitgesetz 2003 kann ein Beschluss auch für nicht aktenkundige Parteien rechtskräftig werden¹⁸⁵. Dies hat im Kartellverfahren aber keine Bedeutung: Denn wegen des vom Außerstreitgesetz abweichenden Parteibegriffs des Kartellgesetzes¹⁸⁶ werden keine materiell Betroffenen in das Verfahren einbezogen¹⁸⁷. Materiell Betroffene, die nicht am Kartellverfahren beteiligt waren, sind bei der Ermittlung des Umfangs der Rechtskraft daher nicht als „nicht aktenkundige Parteien“ zu behandeln, sondern als Nicht-Parteien.

ad (ii) Wirkungen für die nicht am Verfahren Beteiligten

Aus einem Unterlassungsurteil ist der Beklagte nur gegenüber dem Kläger verpflichtet, eine bestimmte Handlung zu unterlassen. Dritte können keine Rechte aus dem Unterlassungsurteil

¹⁷⁸ § 126 KartG 1988 iVm §§ 35, 36 KartG 1988.

¹⁷⁹ Barfuß/Wollmann/Tahedl, Kartellrecht, 68.

¹⁸⁰ Gugerbauer, Kommentar, § 27 Rz 1.

¹⁸¹ Gugerbauer, Kommentar, § 25 Rz 1.

¹⁸² § 126 KartG 1988.

¹⁸³ Barfuß/Wollmann/Tahedl, Kartellrecht, 130.

¹⁸⁴ § 43 AußStrG 2003.

¹⁸⁵ § 46 Abs 2 iVm § 43 Abs 3 AußStrG; Mayr/Fucik, Verfahren außer Streitsachen, 83.

¹⁸⁶ Gugerbauer, Kommentar, § 27 Rz 2.

¹⁸⁷ vgl OGH 11.1.2004, 16 Ok 13/04.

ableiten¹⁸⁸. In diesem Bereich hat der kartellgerichtliche Abstellauftrag weitergehende Wirkungen. Dies ist auf die historische Entwicklung des Abstellauftrags zurückzuführen: Der Wortlaut der Bestimmung über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in der Stammfassung des Kartellgesetzes 1988 besagte, dass

„das Kartellgericht auf Antrag den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen hat. Ein Missbrauch kann insbesondere bestehen in [...]“¹⁸⁹.

Aufgrund dieser Formulierung war die überwiegende Meinung, dass der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht ex lege verboten war. Vielmehr würde erst der Abstellauftrag des Kartellgerichts das Verbot bewirken¹⁹⁰. Anträge auf Abstellaufträge konnten damals nur die Finanzprokuratur und Kammern stellen¹⁹¹. Das Verbot berechnete sich nicht nur den konkreten Antragsteller, sondern es wirkte absolut. So konnte (und kann) nach § 126 KartG 1988 (§ 34 Abs 2 KartG 2005) auf Basis der Abstellaufträge nicht nur der Antragsteller des Erkenntnisverfahrens, sondern auch ein vom Missbrauch betroffener Unternehmer, der nicht am Erkenntnisverfahren beteiligt war, Exekution führen¹⁹². Folglich wurde der Abstellauftrag bereits als Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB betrachtet, als die Schutzgesetzeigenschaft des gesetzlichen Missbrauchsverbots aufgrund seines unklaren Wortlauts noch überwiegend abgelehnt wurde¹⁹³. (Auch war zum damaligen Zeitpunkt nur die Übertretung des Abstellauftrags gerichtlich strafbar¹⁹⁴; der bloße Missbrauch ohne vorhergehenden Abstellauftrag war straffrei.) Durch die Kartellrechtsnovelle 2002 zum Kartellgesetz 1988 wurde die Antragsbefugnis ausgeweitet. Jedoch unterscheiden weder das Kartellgesetz 1988 noch das Kartellgesetz 2005 hinsichtlich der Wirkungen von Abstellaufträgen zwischen solchen, die auf Antrag eines betroffenen Unternehmers erlassen wurden und solchen, die auf Antrag einer Amtspartei erlassen wurden. Folglich können sich meines Erachtens (in einer asymmetrischen Erweiterung der Rechtskraft) am Verfahren nicht beteiligte Dritte weiterhin auf den Abstellauftrag berufen; sie müssen sich (Abweisungen von Anträgen auf) Abstellaufträgen aber nicht entgegenhalten lassen.

ad (iii) Wirkungen für nicht am Verfahren beteiligte Amtsparteien.

Es stellt sich die Frage, ob ein Abstellauftrag Rechtskraft für eine Amtspartei entfaltet, die sich nicht am Verfahren beteiligt hat. Diese Frage ist im Kartellgesetz (wie alle Fragen zu Amtsparteien, die sich nicht am Verfahren beteiligt haben¹⁹⁵) nicht geregelt. Jedoch gibt das Außerstreitgesetz 2003 durch die Einführung der nicht-aktenkundigen Partei einen Hinweis auf die Rechtslage: Denn Beschlüsse in Außerstreitverfahren werden auch für nicht-aktenkundige Parteien rechtskräftig¹⁹⁶; diesen bleibt nur die Möglichkeit eines

¹⁸⁸ OGH 13.4.1999, ÖBl 2000, 118 (wo dem Beklagten eine Behauptung untersagt worden war, auf die er anschließend in dem anderen Verfahren erfolgreich eine Klage gegen einen Dritten stützte); *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 400.

¹⁸⁹ § 35 Abs 1 KartG 1988 idF BGBl 600/1988.

¹⁹⁰ *Urlesberger*, RWZ 2002/55.

¹⁹¹ § 37 KartG 1988 idF BGBl 600/1988.

¹⁹² *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 142.

¹⁹³ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 12 Rz 59.

¹⁹⁴ § 131 KartG 1988 idF vor der Kartellrechtsnovelle 2002; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 206.

¹⁹⁵ OGH 20.12.2004, 16 Ok 6/04.

¹⁹⁶ § 46 Abs 2 iVm § 43 Abs 3 AußStG; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 83.

Abänderungsantrages¹⁹⁷. Wenn dies aber schon für nicht-aktenkundige Parteien gilt, dann muss es (a minori ad maius) umso mehr für Amtsparteien gelten, die sich nicht an Verfahren beteiligt haben: Denn diese erhalten Abschriften der Schriftsätze¹⁹⁸ und haben Parteistellung¹⁹⁹; sie entscheiden sich lediglich, nicht aktiv am Verfahren teilzunehmen. Das Recht der Amtsparteien auf Teilnahme am Verfahren ist daher auch eine Obliegenheit; denn die Nichtausübung kann zu Nachteilen für mögliche spätere Verfahren führen.

2. Feststellung beendeter Zuwiderhandlungen

2.1 Nach der Rechtsprechung zum Kartellgesetz 1988 setzte ein Abstellauftrag einen bei Beschlussfassung²⁰⁰ aktuellen Verstoß voraus²⁰¹. Wenn der Verstoß zwischen Antragseinbringung und Beschlussfassung abgestellt wurde, wurde der Antrag abgewiesen²⁰². *Reidlinger* hat diese Rechtsprechung kritisiert²⁰³. Nunmehr sieht das Kartellgesetz 2005 in § 28 Abs 1 vor, dass das Kartellgericht bei bereits abgestellten Verstößen die Zuwiderhandlung festzustellen hat, sofern daran ein berechtigtes Interesse besteht²⁰⁴.

2.2 Es stellt sich die Frage, ob auch Verstöße festgestellt werden können, die nicht einmal mehr bei Einbringung des Antrags aktuell waren. *Hoffer/Barbist*²⁰⁵ halten fest, dass der Wortlaut des § 28 Abs 1 KartG 2005 („...bei bereits abgestellten Verstößen die Zuwiderhandlung feststellen...“) keinen zum Zeitpunkt der Antragstellung aktuellen Verstoß voraussetzt. *Hoffer/Barbist* scheinen aber Zweifel zu haben. Meines Erachtens kann diese Frage nur bei der Behandlung des Verhältnisses zwischen der Feststellung beendeter Zuwiderhandlung (§ 28 Abs 1 KartG 2005) und der Feststellung der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes (§ 28 Abs 2 KartG 2005) behandelt werden. Dies wird im nächsten Kapitel versucht werden.

2.3 Die Rechtswirkung der Feststellung beendeter Zuwiderhandlungen entspricht meines Erachtens exakt denen des Abstellauftrags²⁰⁶. Denn diese Feststellung ist die „Verlängerung“ des Anspruchs auf Erlassung eines Abstellauftrags. Sie sollte gerade das bisherige Problem beheben, dass ein Antragsgegner durch Modifikation seines Verhaltens kurz vor Beschlussfassung eine Entscheidung in der Sache verhindert. Um diesen Zweck zu erfüllen, müssen die Rechtswirkungen dieser Feststellung aber (bis auf den nicht mehr denkbaren Auftrag, die Zuwiderhandlung abzustellen) jenen des Abstellauftrags entsprechen.

¹⁹⁷ *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 83.

¹⁹⁸ § 42 KartG 2005.

¹⁹⁹ § 40 KartG 2005.

²⁰⁰ OGH 17.11.2003, Ok 11/03; *Reidlinger*, Die private Durchsetzung von Kartellrecht im Wege von § 1 UWG – Königsweg oder Irrweg?, *ecolex* 2004, 114; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 26 KartG.

²⁰¹ OGH 17.11.2003, Ok 19/03.

²⁰² *Reidlinger*, *ecolex* 2004, 114.

²⁰³ *Reidlinger*, *ecolex* 2004, 114.

²⁰⁴ *Matousek*, *ecolex* 2005, 503.

²⁰⁵ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 28 Abs 1 KartG.

²⁰⁶ siehe Abschnitt B.1.2 (ii).

2.4 § 28 Abs 1 KartG 2005 könnte (im Rahmen der Förderung des "Private Enforcement") dazu dienen, für Schadensersatzklagen Vorfragen zu klären, für die das Kartellgericht besondere Erfahrung aufweist. Dies betrifft etwa Marktabgrenzung und Marktbeherrschung. Nach *Hoffer/Barbist*²⁰⁷ liegt in diesem Fall auch das erforderliche berechnete Interesse regelmäßig vor. Jedoch hat das Kartellgericht zur Feststellung nach § 8a KartG 1988 (§ 28 Abs 2 KartG 2005) entschieden, dass diese Feststellung nicht dazu diene, schadenersatzrechtliche Vorfragen vom Kartellgericht klären zu lassen²⁰⁸. Es ist zu hoffen, dass diese Rechtsprechung nicht auf die Feststellung nach § 28 Abs 1 KartG 2005 übertragen wird.

3. Feststellung der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes

3.1 Entstehungsgeschichte

3.1.1 Im Gegensatz zur Feststellung nach § 28 Abs 1 KartG 2005 (Feststellung beendeter Zuwiderhandlungen) stammt die Feststellung nach § 28 Abs 2 KartG 2005 (Feststellung der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes) unverändert aus dem Kartellgesetz 1988. Nach § 28 Abs 2 KartG 2005 hat das Kartellgericht auf Antrag²⁰⁹ festzustellen, ob und inwieweit ein Sachverhalt dem Kartellgesetz 2005 unterliegt²¹⁰.

3.1.2 Antragsbefugte zu einem Feststellungsantrag sind wiederum:

- die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt,
- durch bundesgesetzliche Vorschriften zur Regulierung bestimmter Wirtschaftszweige eingerichtete Behörden (Regulatoren),
- die Wirtschaftskammer Österreich, die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs,
- jeder Unternehmer und jede Unternehmervereinigung, der oder die ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung hat.

3.1.3 Diese Bestimmung war durch die Kartellrechtsnovelle 1993 als § 8a in das Kartellgesetz 1988 eingefügt worden²¹¹. Es handelt sich dabei um eine umfassende, allgemeine Feststellungsbefugnis für das gesamte Kartellgesetz²¹². Zuvor hatte sich bei Parteien, die kartellähnliche Vereinbarungen trafen, die Übung von „Negativanträgen“ herausgebildet, bei denen dem Kartellgericht ein Sachverhalt mit dem Antrag mitgeteilt wurde, die Eintragung als Kartell abzuweisen²¹³. Es wurde gar beantragt, „den hiermit gestellten Antrag auf Genehmigung des Sachverhalts als Verhaltenskartell mangels Vorliegens eines

²⁰⁷ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 28 Abs 1 KartG.

²⁰⁸ OLG Wien 26.3.2003, 25 Kt 95/02.

²⁰⁹ § 36 Abs 1 KartG 2005.

²¹⁰ *Matousek*, *ecolex* 2005, 503.

²¹¹ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 142.

²¹² *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 142.

²¹³ *Straberger*, Die Feststellung nach § 8a Kartellgesetz 1988/93, *GesRZ* 1994, 34 (36).

Verhaltenskartells zurückzuweisen“²¹⁴. Eine enge Auslegung des Anwendungsbereichs durch die Rechtsprechung hat dazu geführt, dass Feststellungsanträge (bis vor kurzem) nicht die ursprünglich erwartete Bedeutung erlangten²¹⁵:

- So kann nach der Rechtsprechung ein Unternehmen nicht die Feststellung begehren, dass seine eigene Verhaltensweise keinen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt. Denn aus § 8a Kartellgesetz 1988 lasse sich nicht ableiten, dass dadurch dem Marktbeherrscher eine „ex-ante-Prüfung“ der Angemessenheit oder Unangemessenheit seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne einer aufsichtsbehördlichen Vorkontrolle des Inhalts seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen ermöglicht werden sollte²¹⁶.
- Die zentrale Einschränkung der Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des § 8a KartG 1988 bestand aber darin, dass es sich um einen zum Zeitpunkt der Beschlussfassung aktuellen Sachverhalt handeln müsse: Das Kartellgericht habe Feststellungskompetenz weder über bereits abgestellte noch über zukünftige, nur geplante Sachverhalte²¹⁷. Nachstehend wird der Frage nachgegangen, ob sich daran durch das Kartellgesetz 2005 etwas geändert hat.

3.2 Feststellung vergangener Sachverhalte

3.2.1 Der Gesetzgeber hat die ursprüngliche, sehr weite Befugnis zur Feststellung der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes (§ 28 Abs 2 KartG 2005) zur Behebung eines konkreten Missstandes um die Befugnis zur Feststellung beendeter Zuwiderhandlungen ergänzt, ohne dass er das Verhältnis der beiden Bestimmungen behandelt hätte. Dabei ist zu beachten, dass in Verfahren über die Feststellung der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes (§ 28 Abs 2 KartG 2005) die Rahmengebühr bis zu 15.000 Euro²¹⁸, in Verfahren über die Feststellung beendeter Zuwiderhandlungen aber bis zu 30.000 Euro beträgt²¹⁹. Es kann daher nicht sein, dass es sich nur um ein Verfahren handelt, das lediglich durch eine zusätzliche Bestimmung präzisiert wird (und auch nicht, dass das eine Verfahren eine besondere Ausprägung des anderen ist). Vielmehr sind es zwei verschiedene Verfahren, die voneinander abgegrenzt werden müssen.

²¹⁴ KOG 22.5.1990, Okt 27/90 ÖBI 1990, 238.

²¹⁵ *Straberger*, GesRZ 1994, 36.

²¹⁶ OGH 20.12.2004, 16 Ok 19/04 ecolex 2005, 545 mit Anm *Lukaschek*.

²¹⁷ OGH 20.12.2004, 16 Ok 19/04 ecolex 2005, 545 mit Anm *Lukaschek*; *Reidlinger*, ecolex 2004, 114.

²¹⁸ § 50 Z 3 KartG 2005.

²¹⁹ § 50 Z 2 3. Var KartG 2005.

		vor Antrag beendet	Sachverhalt ist nach Antrag beendet	bei Beschluss noch aktuell
Antrag auf	Abstellung		§ 28 Abs 1 (30.000 Euro)	§ 26 (30.000 Euro)
	Feststellung eines Verstoßes		§ 28 Abs 2 (15.000 Euro)	§ 28 Abs 2 (15.000 Euro)
	Feststellung eines Nicht-Verstoßes		§ 28 Abs 2 (15.000 Euro)	§ 28 Abs 2 (15.000 Euro)
	Feststellung eines bereits beendeten Verstoßes	? / § 28 Abs 1 (30.000 Euro)		
	Feststellung eines bereits beendeten Nicht-Verstoßes	? / unzulässig		

3.2.2 Eindeutig zulässig sind die (hervorgehobenen) klassischen vier Fälle, nämlich

- dass ein Abstellauftrag (§ 26 KartG) oder die Feststellung eines Verstoßes (§ 28 Abs 2 KartG) oder die Feststellung des Nicht-Verstoßes beantragt wird und der jeweilige Sachverhalt bei Beschlussfassung noch aktuell ist (§ 28 Abs 2 KartG); und
- dass ein Abstellauftrag beantragt wird und wegen zwischenzeitiger Einstellung des Verstoßes nur die beendete Zuwiderhandlung festgestellt wird (§ 28 Abs 1 KartG).

3.2.3 Bei dem (fünften) Fall, dass bloß die Feststellung eines (bei Antragstellung) aktuellen Verstoßes beantragt wird und der Verstoß in der Folge (vor Beschlussfassung) abgestellt wird, war nach der Rechtsprechung zum Kartellgesetz 1988 keine Feststellung möglich. Diese Rechtsprechung kann meines Erachtens nach dem Kartellgesetz 2005 nicht aufrechterhalten werden: Denn da sogar die Umstellung des Begehrens von Abstellung des (aktuellen) Verstoßes auf Feststellung des (beendeten) Verstoßes zulässig ist, muss aufgrund eines Größenschlusses umso mehr die Umstellung von Feststellung des (aktuellen) Verstoßes auf Feststellung des (beendeten) Verstoßes möglich sein. (Dies ist symbolisch durch den Pfeil ganz oben angezeigt).

Dies ist zum Teil bereits in der Rechtsprechung des OGH zu § 8a KartG 1988 vorgezeichnet. Denn dass bisher keine Feststellungskompetenz für vergangene Sachverhalte besteht, begründet der OGH zwar wörtlich-grammatikalisch: Er habe festzustellen, ob ein bestimmter Sachverhalt „vorliegt“, nicht ob er „vorlag“. Am Wortlaut hat sich nichts geändert, sodass auch § 28 Abs 2 Kartellgesetz 2005 in der Gegenwart steht. Jedoch hat der OGH diesen Satz eingebettet in eine ausführliche Darlegung seiner ständigen Rechtsprechung, wonach ein Abstellauftrag nach dem Kartellgesetz 1988 einen bei Beschlussfassung aktuellen Sachverhalt voraussetzt.

Obwohl er keine ausdrückliche Analogie zog, wird doch deutlich, dass er die zeitlichen Voraussetzungen der Feststellung parallel zu den zeitlichen Voraussetzungen des Abstellauftrags auslegen wollte. Bei letzterer ist seit dem KartG 2005 aber eine Feststellung möglich, wenn der Verstoß nach Einbringung des Antrags abgestellt wird.

Da somit meines Erachtens die Umstellung des Begehrens von Feststellung des (aktuellen) Verstoßes auf Feststellung des (beendeten) Verstoßes möglich ist, stellt sich die Folgefrage, ob das Verfahren dadurch von einem Feststellungsverfahren nach § 28 Abs 2 KartG 2005 (Rahmengebühr bis 15.000 Euro) zu einem Feststellungsverfahren nach § 28 Abs 1 KartG 2005 (Rahmengebühr bis 30.000 Euro) wird. Meines Erachtens ist dafür aber kein Grund ersichtlich, warum die zwischenzeitige Einstellung des Verstoßes zu einer Erhöhung der Rahmengebühr führen sollte. Es handelt sich daher weiterhin um ein Verfahren nach § 28 Abs 2 KartG 2005 (Rahmengebühr bis 15.000 Euro), dessen Anwendungsbereich unter dem Kartellgesetz 2005 weiter sein muss als der Anwendungsbereich seiner Vorgängerbestimmung im Kartellgesetz 1988. (Dies ist symbolisch durch den Pfeil in der Mitte angezeigt).

3.2.4 Da somit nach § 28 Abs 2 KartG 2005 auch (nach Antragstellung) beendete Verstöße festgestellt werden können, stellt sich die Frage, ob (als sechster Fall) auch die Feststellung beantragt werden kann, dass ein (nach Antragstellung) beendeter Sachverhalt kein Verstoß war. Auch dies muss meines Erachtens möglich sein, weil § 28 Abs 2 KartG 2005 hinsichtlich seines Anwendungsbereichs nicht zwischen „Verstößen“ und „Nicht-Verstößen“ unterscheidet. (Dies ist symbolisch durch den Pfeil ganz unten angezeigt).

3.2.5 Nunmehr kann die bereits aufgeworfene Frage behandelt werden, ob auch Verstöße festgestellt werden können, die nicht einmal mehr bei Einbringung des Antrags aktuell waren. *Hoffer/Barbist*²²⁰ halten dazu fest, dass der Wortlaut des § 28 Abs 1 KartG 2005 („...bei bereits abgestellten Verstößen die Zuwiderhandlung festzustellen...“) keinen zum Zeitpunkt der Antragstellung aktuellen Verstoß voraussetzt, sie scheinen aber Zweifel zu haben. Tatsächlich ist der Wortlaut des § 28 Abs 1 KartG 2005 der einzige Hinweis darauf, dass diese Möglichkeit bestehen könnte. Es müsste sich daher um ein Verfahren nach § 28 Abs 1 KartG 2005 (mit Rahmengebühr bis 30.000 Euro) handeln. (Da in diesem Verfahren nur Verstöße festgestellt werden können, scheidet meines Erachtens jedenfalls die Feststellung eines Nicht-Verstoßes von Sachverhalten aus, die bereits vor Antragseinbringung beendet wurden.) Da alle sonstigen Anträge auf bloße Feststellung solche nach § 28 Abs 2 KartG 2005 (mit Rahmengebühr bis 15.000 Euro) sind, denke ich, dass der Wortlaut von § 28 Abs 1 KartG 2005 in Bezug auf bereits vor Antragseinbringung beendete Verstöße überschießend ist. Meines Erachtens setzt ein Feststellungsantrag nach § 28 Abs 1 KartG 2005 immer einen Abstellantrag voraus (daher auch die Rahmengebühr von EUR 30.000 wie bei Abstellaufträgen). Da ein Antrag auf einen Abstellauftrag nicht mehr möglich ist, wenn der Verstoß bereits vorher beendet wurde, ist daher meines Erachtens in diesem Fall auch ein Feststellungsantrag nach § 28 Abs 1 KartG 2005 nicht mehr möglich.

²²⁰ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 28 Abs 1 KartG.

3.3 Feststellung zukünftiger Sachverhalte

3.3.1 Im Gegensatz zur (eben behandelten) Feststellung vergangener Sachverhalte enthält das Kartellgesetz 2005 keine neuen Bestimmungen zu Feststellungen über zukünftige Sachverhalte. Nach der jüngsten Rechtsprechung²²¹ zum Kartellgesetz 1988 umfasst eine Feststellungskompetenz keine zukünftigen Sachverhalte²²². (Diese Rechtsprechung wird von *Bauer*²²³ insbesondere wegen der Bußgelddrohung und der durch das System der Legalausnahme bewirkten Rechtsunsicherheit kritisiert.)

3.3.2 Der einzige Anhaltspunkt für die Möglichkeit einer Änderung dieser Rechtsprechung durch das Kartellgesetz 2005 liegt in den erläuternden Bemerkungen²²⁴ der Regierungsvorlage, wonach sich die Feststellungsbefugnis auch auf die Feststellung der Nichtanwendbarkeit bezieht, das heißt, dass das Kartellgericht auch festzustellen hat, dass das Kartellverbot auf eine Vereinbarung keine Anwendung findet.

Es scheint kaum mit dem in der Regierungsvorlage verfolgten Zweck vereinbar, dass Unternehmen, die über eine möglicherweise kartellrechtswidrige Vereinbarung eine Feststellung erlangen möchten, die Vereinbarung zu diesem Zweck (gegen ihren Willen) erst durchführen müssten. Wenn andererseits aber auch eine präventive Feststellung möglich ist, würde sich die Praxis unter dem Kartellgesetz 2005 von der Praxis unter dem Kartellgesetz 1988 in nicht viel mehr unterscheiden, als dass Anträge auf Kartellgenehmigung nunmehr als Anträge auf Feststellung eingebracht würden.

3.4 Feststellung und Legalausnahme

3.4.1 Die zentrale Frage zur kartellgerichtlichen Feststellung war in jüngster Zeit die Frage nach dem Verhältnis der Feststellung zur Legalausnahme im Kartellrecht. Seit Inkrafttreten der VO (EG) 1/2003 hat die Anzahl der Feststellungsverfahren zugenommen. Unternehmen, die den Abschluss kartellähnlicher Vereinbarungen beabsichtigten, haben versucht, durch Feststellungsanträge (etwa auf „Nichtvorliegen eines Kartelltatbestandes im Sinne der §§ 10 ff KartG 1988“²²⁵) für ihre Vereinbarungen jene Rechtssicherheit zu erlangen, die vor dem Inkrafttreten der VO 1/2003 durch Einzelfreistellungen der Kommission erlangt werden konnten. Diese Feststellungsanträge beim Kartellgericht wurden einerseits auf § 8 a KartG 1988 und andererseits unmittelbar auf den 2. Satz von Artikel 5 der VO 1/2003 gestützt, der lautet:

[Satz 1]

[Die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten können] von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde Entscheidungen erlassen, mit denen

²²¹ OGH 20.12.2004, 16 Ok 19/04 ecolex 2005, 545 mit Anm *Lukaschek*; OGH 20.12.2004, 16 Ok 17/04; *Bauer*, ecolex 2005, 506, FN 15.

²²² *Bauer*, ecolex 2005, 506, FN 15.

²²³ *Bauer*, ecolex 2005, 506, FN 15.

²²⁴ EB zu RV 926/XXII (Kartellgesetz 2005), zu den §§ 26 bis 28.

²²⁵ OGH 20.12.2004, 16 Ok 19/04 ecolex 2005, 545 mit Anm *Lukaschek*.

- die Abstellung der Zuwiderhandlung angeordnet wird;
- einstweilige Maßnahmen auferlegt werden;
- Verpflichtungszusagen angenommen werden oder
- Geldbußen, Zwangsgelder oder sonstige im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Sanktionen verhängt werden.

[Satz 2]

Sind die Voraussetzungen für ein Verbot nach den ihnen vorliegenden Informationen nicht gegeben, so können sie auch entscheiden, dass für sie kein Anlass besteht, tätig zu werden.

Die Rechtsprechung hat jedoch entschieden, dass keine der beiden herangezogenen Rechtsgrundlagen geeignet ist, die gewünschte Feststellung zu erwirken:

(i) § 8a Kartellgesetz 1988

Eine Feststellungsbefugnis hinsichtlich Art 81 und Art 82 EGV ergibt sich aus § 8a KartG 1988 (§ 28 Abs 2 KartG 2005) nicht, da diese sich nach ihrem Wortlaut nur auf das Kartellgesetz bezieht²²⁶.

Im Parallelanwendungsbereich hätte sich aber eine Feststellung nach österreichischem Kartellrecht auch an den Art 81 und Art 82 EGV zu orientieren, sodass dies ebenfalls zur gerade ausgeschlossenen Feststellung über die Art 81 und Art 82 EGV führen würde. Im übrigen wäre eine Feststellung nur über das österreichische Kartellrecht rechtlich unwirksam, da bei jedem nachfolgenden Verfahren sowohl das österreichische als auch das europäische Kartellrecht angewendet werden müssten²²⁷.

(ii) Art 5 Satz 2 VO 1/2003

Der Oberste Gerichtshof hat entschieden, dass auch ein auf Art 5 Satz 2 VO 1/2003 gestützter Antrag auf Feststellung, dass eine Vereinbarung nicht gegen den Art 81 und Art 82 EGV verstößt, unzulässig ist, weil derartige Feststellungen nur die Kommission (und selbst diese nur in Ausnahmefällen²²⁸) treffen kann. Eine Entscheidung nach Art 5 Satz 2 VO 1/2003 beziehe sich nicht unmittelbar auf das Nichtvorliegen der Voraussetzungen von Art 81 und Art 82 EGV, sondern lediglich darauf, dass kein Anlass besteht, tätig zu werden²²⁹. Diese Auslegung sei eindeutig, sodass für eine Vorlage beim Europäischen Gerichtshof kein Anlass bestehe.

²²⁶ OGH 20.12.2004, 16 Ok 19/04 ecolex 2005, 545 mit Anm *Lukaschek*.

²²⁷ OLG Wien 25.6.2004, 29 Kt 202/04 (nicht veröffentlicht) in OGH 20.12.2004, 16 Ok 19/04 ecolex 2005, 545 mit Anm *Lukaschek*.

²²⁸ Art 10 VO (EG) 1/2003.

²²⁹ OGH 20.12.2004, 16 Ok 19/04 ecolex 2005, 545 mit Anm *Lukaschek*.

In der Regierungsvorlage zum Kartellgesetz 2005 wird diese Rechtsprechung offenbar übernommen indem zur Feststellungskompetenz des Kartellgerichts ausgeführt wird, dass dieses keine „gemeinschaftsrechtlichen Negativatteste“ ausstellen könne.²³⁰

3.4.2 Aufgrund der Übernahme des Systems der Legalausnahme in das österreichische Recht stellt sich auch bei rein innerstaatlichen Sachverhalten die Frage, ob Feststellungsanträge künftig noch möglich sein werden. Denn das Wesen der Legalausnahme war von zentraler Bedeutung bei der Begründung der Unzulässigkeit von Feststellungsanträgen im Parallelanwendungsbereich von österreichischem und europäischem Kartellrecht. So hat auch das Kartellgericht unter dem Kartellgesetz 1988 (als obiter dictum) festgehalten, dass „das im Gemeinschaftsrecht nunmehr verankerte Legalausnahmesystem bislang vom österreichischen Kartellrecht nicht übernommen wurde und somit eine Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens eines Kartelltatbestandes theoretisch möglich und zulässig“²³¹ sei. Daraus hätte der Umkehrschluss gezogen werden können, dass ab Einführung des Legalausnahmesystems im österreichischen Kartellrecht auch bei reinen Inlandsfällen keine Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens eines Kartelltatbestandes mehr möglich sein würde.

Offenbar wurde dieser Umkehrschluss von Interessenvertretern gezogen: Im Verlauf der Begutachtung des Gesetzesvorschlags zum Kartellgesetz 2005 wurde in die erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage die (in den erläuternden Bemerkungen zum Ministerialentwurf noch nicht enthaltene²³²) Anmerkung²³³ aufgenommen, dass

„diese Feststellungsbefugnis, die auch eine Feststellungspflicht ist, sich im Bereich des innerstaatlichen Kartellrechts auch auf die Feststellung der Nichtanwendbarkeit bezieht, wie sie Art 10 der VO (EG) 1/2003 als Befugnis der Kommission vorsieht. Das heißt, dass das Kartellgericht auf Antrag [...] festzustellen hat, dass [das Kartellverbot des] § 1 auf eine Vereinbarung [...] keine Anwendung findet, weil die Voraussetzungen des [Kartellverbots des] § 1 nicht vorliegen, oder weil die Voraussetzungen [der Rechtfertigung nach] § 2 Abs 1 erfüllt sind.“

Darin zeigt sich das jahrzehntelang anerzogene Bedürfnis österreichischer Unternehmer nach kartellgerichtlicher „Zustimmung“ zu ihren Verträgen, das bereits in den vielen kartellgerichtlichen Feststellungsverfahren zum europäischen Kartellrecht nach Einführung des Legalausnahmesystems zu Tage trat. Wenn die Rechtsprechung der erläuternden Bemerkung der Regierungsvorlage folgt (und sie weder wegen des Hinweises auf Art 10 der VO (EG) 1/2003 auf Fälle von öffentlichem Interesse beschränkt noch sie aufgrund der bisherigen Rechtsprechung auf die Feststellung bereits aktueller Sachverhalte beschränkt), würde das Kartellgesetz 2005 in der Praxis stark an das Kartellgesetz 1988 angenähert sein: Ein großer Teil jener Anträge, die unter dem Kartellgesetz 1988 als Genehmigungsanträge eingebracht worden wären, würden dann unter dem Kartellgesetz 2005 als

²³⁰ EB zur RV 926/XXII (Kartellgesetz 2005) zu den §§ 26 bis 28 KartG; *Matousek*, *ecolex* 2005, 503.

²³¹ OLG Wien 25.6.2004, 29 Kt 202/04 (nicht veröffentlicht) in OGH 20.12.2004, 16 Ok 19/04 *ecolex* 2005, 545 mit Anm *Lukaschek*.

²³² EB zu ME 140/XXII (Kartellgesetz 2005), zu den §§ 26 bis 28.

²³³ EB zu RV 926/XXII (Kartellgesetz 2005), zu den §§ 26 bis 28.

Feststellungsanträge eingebracht werden. Da dies nur bei Kartellen möglich ist, die keine Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten haben, wird die Frage dieser Eignung trotz Angleichung der materiellen Kartellbestimmungen in der kartellgerichtlichen Praxis weiterhin von zentraler Bedeutung sein. *Grubers*²³⁴ Hoffnung, dass mit dem Kartellgesetz 2005 die in der Praxis durch die Zwischenstaatlichkeitsklausel entstehenden Probleme gelöst wären, wird sich kaum bewahrheiten. (In einer jüngsten Entscheidung hat der OGH bereits entschieden, dass die Prüfung der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durch das Kartellgericht ein Umstand ist, der bei der Festsetzung der Gerichtsgebühren erhöhend berücksichtigt werden kann²³⁵.)

3.5 Rechtswirkung der Feststellung

3.5.1 Es stellt sich die Frage, ob die Rechtswirkungen einer Feststellung über die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nach § 28 Abs 2 KartG 2005 (wie die Rechtswirkungen eines Abstellauftrags und der Feststellung eines bereits beendeten Verstoßes nach § 28 Abs 1 KartG 2005) über die Parteien des Verfahrens hinausgehen können.

Die Frage der Wirkung einer Feststellung nach § 28 Abs 2 KartG 2005 wurde im Schrifttum nur sehr spärlich behandelt. Dies steht in auffallendem Kontrast zur großen praktischen Bedeutung, die diese Frage durch die Abschaffung von Kartellgenehmigungen und ihre teilweise Substituierung durch Feststellungen erlangen wird. Soweit ersichtlich haben sich mit der Frage der Wirkung einer Feststellung auf Dritte (unter dem Kartellgesetz 1988) nur *Koppensteiner* und (vielleicht) *Barfuß/Wollmann/Tahedl* befasst.

- *Barfuß/Wollmann/Tahedl*²³⁶ meinen, welche Wirkung eine Feststellungsentscheidung für den Antragsteller oder die von der Feststellung betroffenen Unternehmer habe, ergäbe sich jeweils aus dem Sachverhalt und seiner Beurteilung. So bewirke etwa die Feststellung, dass ein Vertag keinen Kartell-Tatbestand verwirklicht, eine individuelle „Freistellung“²³⁷ vom KartG.
(Ob diese „Freistellung“ nur im Verhältnis zwischen den Verfahrensbeteiligten gelten soll oder ob sie auch für nicht am Verfahren beteiligte Dritte irgendwelche Rechtsfolgen nach sich zieht, schreiben *Barfuß/Wollmann/Tahedl* nicht ausdrücklich.)
- *Koppensteiner*²³⁸ beschäftigt sich zweifellos mit der Frage der Wirkung der Feststellung auf nicht am Verfahren beteiligte Dritte. Er meint, die Antwort sei de lege lata unklar; es sei wegen Art 6 EMRK aber wohl zu verneinen, dass die Rechtskraft für Personen wirkt, die nicht Partei des Verfahrens waren. De lege ferenda könne das Problem eines Verstoßes gegen Art 6 EMRK unter Heranziehung von Elementen des Firmenbuchrechts gelöst werden.

Meines Erachtens ist *Koppensteiner* Recht zu geben, dass Personen, die nicht Partei des Verfahrens waren, von der Rechtskraft der Entscheidung wegen Art 6 EMRK nicht gebunden sein

²³⁴ *Gruber*, RWZ 2005, 65.

²³⁵ OGH 30.5.2005, 16 Ok 5/05.

²³⁶ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 143.

²³⁷ Anführungszeichen im Original.

²³⁸ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 14, Rz 15.

können. Für die Frage, ob die Feststellung die gleiche asymmetrisch erweiterte Rechtskraft hat wie der Abstellauftrag, kann aus Art 6 EMRK aber nicht abgeleitet werden. Denn der Verpflichtete war ja ohnehin Partei des Verfahrens. Für die Dritten, die nicht am Verfahren beteiligt waren, wäre die Berufung auf die Entscheidung ohnehin nur eine Option, sodass ihre Rechte nach Art 6 EMRK nicht verletzt sein können. Hingegen enthielt das Kartellgesetz 1988 selbst einen Hinweis, dass Feststellungen diese erweiterte Wirkung zukommt. Es regelte die Rechtsfolgen einer Feststellung nach § 8a KartG 1988 aber nur in einem sehr engen Bereich: Grundsätzlich durften bloße Wirkungskartelle (das heißt solche, die den Wettbewerb beschränkten, ohne dass dies beabsichtigt war²³⁹) ohne Genehmigung durchgeführt werden²⁴⁰ und zwar so lange, bis das Kartellgericht die Durchführung rechtskräftig verboten hatte²⁴¹. Für den Fall, dass das Kartellgericht nach § 8a KartG 1988 feststellte, dass ein Wirkungskartell vorlag, durfte das Wirkungskartell (das grundsätzlich ohne Genehmigung durchgeführt werden durfte) nur mehr 6 Monate durchgeführt werden. Wenn aber innerhalb der 6 Monate ein Antrag auf Genehmigung gestellt worden war, durfte es weiterhin bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Genehmigungsantrag durchgeführt werden²⁴². Das heißt, auf die Feststellung, dass überhaupt ein Kartell vorlag und dass die Durchführung (nach Ablauf von 6 Monaten ohne Genehmigungsantrag) verboten war, konnte sich jedermann berufen, unabhängig davon, ob er Partei des Verfahrens war oder nicht.

3.5.2 Die erweiterte Rechtskraft ist letztlich darauf zurückzuführen, dass sich das kartellgerichtliche Verfahren aus einem System von Genehmigung, Registrierung, Entzug der Genehmigung, das heißt aus einem System von Rechtsgestaltung, entwickelt hat. Dem entspricht etwa der Meinung zu sittenwidrigen Kartellverträgen nach dem Kartellgesetz 1988: Beurteilte das Kartellgericht einen Kartellvertrag als sittenwidrig, so verweigerte es die Genehmigung, wodurch das Kartell gegenüber jedermann verboten war²⁴³. Genehmigte das Kartellgericht jedoch das Kartell, konnten sich Dritte weiterhin auf die Sittenwidrigkeit des Vertrages berufen²⁴⁴.

3.5.2 Für den praktisch wichtigen Fall bedeutet dies: Wenn zwei Unternehmen eine Vereinbarung schließen und einer bewirkt die Feststellung, dass die Vereinbarung nicht gegen das Kartellverbot verstößt, dann wirkt die Feststellung (a minori ad maius von der nicht-aktenkundigen Partei) nur gegenüber den Amtsparteien. Wenn die Feststellung von beiden Unternehmen bewirkt wird, dann wirkt sie auch zwischen den beiden Unternehmen. (Führen sie gegeneinander ein Streitiges Verfahren, können sie sich nicht auf die Nichtigkeit der Vereinbarung wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot berufen.) Dritte Unternehmen, die Regulatoren und die Kammern werden von der Feststellung des Nicht-Verstoßes überhaupt nicht gebunden. Weist das Kartellgericht jedoch den Antrag auf Feststellung des Nicht-Verstoßes ab, weil die Vereinbarung tatsächlich gegen das Kartellverbot verstößt, können sich Dritte etwa bei einem Antrag auf Erlassung eines Abstellauftrags oder bei einer

²³⁹ § 10 Abs 1 KartG 1988; § 11 Abs 1 KartG 1988; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 39.

²⁴⁰ § 18 Abs 1 Z 1 KartG 1988.

²⁴¹ § 25 Abs 1 Z 1 iVm § 18 Abs 1 Z 2 KartG 1988.

²⁴² § 18 Abs 3 KartG 1988.

²⁴³ § 18 Abs 1 Z 1 iVm § 23 Z 2 KartG 1988.

²⁴⁴ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 8 Rz 49.

Schadenersatzklage auf diesen Beschluss stützen, wobei die beiden Unternehmen nicht mehr einwenden können, es liege kein Verstoß gegen das Kartellverbot vor.

4. Genehmigungsverfahren

4.1 Zusammenschlüsse

4.1.1 Anmeldung, Prüfung und Genehmigung

4.1.1.1 Zusammenschlüsse von Unternehmen müssen (seit dem Kartellgesetz 2005 bei der Bundeswettbewerbsbehörde) angemeldet werden²⁴⁵, wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die im Kartellgesetz festgesetzten Umsatzschwellen²⁴⁶ überschreiten (und die in Artikel 1 der Fusionskontrollverordnung²⁴⁷ vorgesehenen Umsatzschwellen, welche die Zuständigkeit der Europäischen Kommission begründen würden, nicht erreichen)²⁴⁸.

4.1.1.2 Unter den Begriff des Zusammenschlusses fallen²⁴⁹:

- Unternehmenserwerb, insbesondere durch Verschmelzung oder Umwandlung;
- Betriebsüberlassungs- oder Betriebsführungsverträge;
- Anteilerwerb bei einem Beteiligungserwerb von 25 % und von 50 %;
- Personengleichheit mindestens der Hälfte der Mitglieder des Geschäftsführungsorgans oder des Aufsichtsrates;
- Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das eine selbständige wirtschaftliche Einheit bildet und keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründungsgesellschaften mit sich bringt;
- jede sonstige Unternehmensverbindung, aufgrund der ein Unternehmen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben kann.

4.1.1.3 Zur Anmeldung ist jedes der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen berechtigt²⁵⁰. Nach Erhalt der Anmeldung leitet die Bundeswettbewerbsbehörde zwei Gleichschriften an den Bundeskartellanwalt weiter und macht die Anmeldung auf ihrer Website²⁵¹ bekannt²⁵². Unternehmer, deren wirtschaftliche oder rechtliche Interessen durch den Zusammenschluss berührt werden, können binnen 14 Tagen ab Bekanntmachung gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde oder gegenüber dem Bundeskartellanwalt eine

²⁴⁵ § 9 Abs 1 KartG 2005; *Matousek*, *ecolex* 2005, 502.

²⁴⁶ § 9 KartG 2005 (§ 42a Abs 1 KartG 1988).

²⁴⁷ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 2004 Nr L 24 S 1ff.

²⁴⁸ Art 21 Abs 3 Fusionskontrollverordnung.

²⁴⁹ § 7 Abs 1 KartG 2005 (§ 41 Abs 1 KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, *Kartellrecht*, 112-120; *Wessely*, *Fusionskontrolle*, 28ff.

²⁵⁰ § 10 Abs 1 KartG 2005 (§ 42a Abs 2 KartG 1988); *Wessely*, *Fusionskontrolle*, 119.

²⁵¹ § 10b WettbG idF Wettbewerbsgesetznovelle 2005.

²⁵² *Matousek*, *ecolex* 2005, 502.

schriftliche Äußerung abgeben²⁵³. Dadurch erlangen diese Unternehmen aber kein Recht auf eine bestimmte Behandlung der Äußerung²⁵⁴. Binnen 4 Wochen ab Einlagen der (ordnungsgemäß vergewährten²⁵⁵) Anmeldung bei der Bundeswettbewerbsbehörde können sowohl die Bundeswettbewerbsbehörde als auch der Bundeskartellanwalt beim Kartellgericht die Prüfung des Zusammenschlusses beantragen²⁵⁶ (oder zuvor auf die Stellung eines Prüfungsantrags verzichten²⁵⁷ oder die Frist ungenutzt verstreichen lassen²⁵⁸). Wenn ein Prüfungsantrag gestellt wird, hat die Bundeswettbewerbsbehörde dies wiederum auf ihrer Homepage bekannt zu machen²⁵⁹. Unternehmer, deren wirtschaftliche oder rechtliche Interessen durch den Zusammenschluss berührt werden, können (zeitlich unbefristet²⁶⁰) eine schriftliche Äußerung gegenüber dem Kartellgericht abgeben²⁶¹. Eine zweite Äußerung wird zurückgewiesen²⁶². Durch die Äußerung erlangen diese Unternehmen keine Parteistellung im Prüfungsverfahren²⁶³. Das Kartellgericht darf den Zusammenschluss nur innerhalb von 5 Monaten ab Einlangung des (allenfalls ersten von zwei²⁶⁴) Prüfungsantrags untersagen; nach Ablauf dieser Frist muss es das Verfahren einstellen²⁶⁵. In diesem Fall darf der Zusammenschluss durchgeführt werden²⁶⁶.

4.1.1.4 Im Prüfverfahren prüft das Kartellgericht, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird²⁶⁷. Wenn durch den Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, spricht es aus, dass der Zusammenschluss nicht untersagt wird²⁶⁸.

Selbst wenn durch den Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, spricht es dennoch aus, dass der Zusammenschluss nicht untersagt wird, wenn²⁶⁹

- zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, welche die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen²⁷⁰; oder
- der Zusammenschluss zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen notwendig und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist²⁷¹.

²⁵³ vgl § 10 Abs 4 KartG 2005 (§ 42 Abs 3a KartG 1988); *Matousek*, *ecolex* 2005, 502.

²⁵⁴ § 10 Abs 4 KartG 2005.

²⁵⁵ § 10a WettbG idF Wettbewerbsgesetznovelle 2005.

²⁵⁶ vgl § 11 Abs 1 KartG 2005 (§ 42b Abs 1 KartG 1988).

²⁵⁷ § 11 Abs 4 KartG 2005; § 17 Abs 1 1. Var KartG 2005.

²⁵⁸ § 17 Abs 1 2. Var KartG 2005.

²⁵⁹ § 11 Abs 2 KartG 2005 iVm § 10b WettbG idF Wettbewerbsgesetznovelle 2005.

²⁶⁰ *Matousek*, *ecolex* 2005, 502; *Hoffer/Barbist*, *Kartellrecht*, § 11 Abs 3 KartG.

²⁶¹ § 11 Abs 3 KartG 2005.

²⁶² OGH 17.11.2003, 16 Ok 17/03.

²⁶³ § 11 Abs 3 letzter Satz KartG 2005; OGH 23.6. 1997, 16 Ok 6/97, SZ 70/125.

²⁶⁴ *Matousek*, *ecolex* 2005, 502.

²⁶⁵ § 14 Abs 1 KartG 2005.

²⁶⁶ § 17 Abs 1 KartG 2005.

²⁶⁷ *Wessely*, *Fusionskontrolle*, 184ff.

²⁶⁸ § 12 Abs 1 Z 3 KartG 2005.

²⁶⁹ § 12 Abs 2 KartG 2005.

²⁷⁰ *Wessely*, *Fusionskontrolle*, 219ff.

Andernfalls untersagt es Zusammenschlüsse, bei denen eine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt würde²⁷².

4.1.1.5 Der Zusammenschluss darf erst durchgeführt werden wenn:

- beide Amtsparteien auf die Stellung einer Prüfung verzichtet haben (wobei der Zugang des Verzichts konstitutiv wirkt²⁷³); oder
- die vierwöchige Frist zur Stellung einer Prüfung ungenutzt verstrichen ist (die verpflichtende Verständigung des Anmelders wirkt hier nur deklarativ²⁷⁴); oder
- nach Einstellung des kartellgerichtlichen Prüfverfahrens (wegen Ablauf der Entscheidungsfrist von 5 Monaten²⁷⁵ oder wegen Zurückziehung des Prüfungsantrags); oder
- nach Rechtskraft der Entscheidung, mit der das Kartellgericht den Prüfungsantrag (meist mangels anmeldebedürftigen Zusammenschlusses) zurückgewiesen oder den Zusammenschluss nicht untersagt hat.

4.1.1.6 Die eben dargestellte Rechtslage nach dem Kartellgesetz 2005 unterscheidet sich in der Rechtssache nach dem Kartellgesetz 1988 vor allem dadurch, dass bisher die Anmeldung des Zusammenschlusses (nicht bei der Bundeswettbewerbsbehörde sondern) beim Kartellgericht einzubringen war. Das Kartellgericht hat dann die Anmeldung an die Bundeswettbewerbsbehörde und den Bundeskartellanwalt weitergeleitet und sie im Amtsblatt zur Wiener Zeitung veröffentlicht. Eine weitere Änderung besteht darin, dass die Pauschalgebühr für Anmeldungen, denen kein Prüfverfahren folgt, von EUR 75²⁷⁶ auf EUR 1.500²⁷⁷ angehoben wurde²⁷⁸.

4.1.2 Nachträgliche Maßnahmen

4.1.2.1 Nach der zulässigen Durchführung eines Zusammenschlusses kann das Kartellgericht (unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit) den beteiligten Unternehmen nachträglich Maßnahmen auftragen, durch welche die Wirkungen des Zusammenschlusses abgeschwächt oder beseitigt werden, wenn²⁷⁹

- die Nichtuntersagung des Zusammenschlusses (oder der Verzicht auf einen Prüfantrag, etc.) auf unrichtigen oder unvollständigen Angaben beruht, die von einem der beteiligten Unternehmen zu vertreten sind, oder
- einer mit der Nichtuntersagung verbundenen Auflage zuwidergehandelt wird.

²⁷¹ *Wessely*, Fusionskontrolle, 235.

²⁷² § 12 Abs 1 Z 2 KartG 2005.

²⁷³ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 11 Abs 4 KartG.

²⁷⁴ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 17 Abs 1 KartG.

²⁷⁵ § 14 Abs 1 KartG 2005.

²⁷⁶ § 80 Z 10a KartG 1988.

²⁷⁷ § 10a WettbG idF Wettbewerbsgesetznovelle 2005.

²⁷⁸ *Matousek*, *ecolex* 2005, 502.

²⁷⁹ § 16 KartG 2005 (§ 42b Abs 7 KartG 1988); *Urlesberger*, *RWZ* 2002/55.

4.1.2.2 Während im Verfahren über die Genehmigung eines Zusammenschlusses nur die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und die beiden Amtsparteien Parteistellung haben, sind bei Anträgen auf Auftragung nachträglicher Maßnahmen antragsberechtigt:

- die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt,
- durch bundesgesetzliche Vorschriften zur Regulierung bestimmter Wirtschaftszweige eingerichtete Behörden (Regulatoren),
- die Wirtschaftskammer Österreich, die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs,
- jeder Unternehmer und jede Unternehmervereinigung, der oder die ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung hat.

4.1.3 Abstellaufträge bei Zusammenschlüssen

4.1.3.1 Die Möglichkeit von Anträgen auf Erlassung eines Abstellauftrags besteht seit dem Kartellgesetz 2005 bei allen Verstößen gegen das Kartellgesetz, daher auch im Bereich der Zusammenschlusskontrolle²⁸⁰. Daher sind antragsberechtigt:

- die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt,
- durch bundesgesetzliche Vorschriften zur Regulierung bestimmter Wirtschaftszweige eingerichtete Behörden (Regulatoren),
- die Wirtschaftskammer Österreich, die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs,
- jeder Unternehmer und jede Unternehmervereinigung, der oder die ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung hat.

4.1.3.2 Unter dem Kartellgesetz 1988 waren Anträge auf Erlassung von Abstellaufträgen im Recht der Zusammenschlüsse nicht möglich; vorgesehen war vielmehr ein eigenes Verfahren zur (bloßen) Feststellung, ob ein Zusammenschluss in verbotener Weise durchgeführt worden war²⁸¹. Nach der Rechtsprechung des OGH konnte in diesem Feststellungsverfahren nur geltend gemacht werden, dass entweder überhaupt keine Genehmigung vorlag oder dass der tatsächliche Zusammenschluss so weit vom genehmigten Zusammenschluss abweicht, dass in Wirklichkeit ein anderer Zusammenschluss (als der angemeldete) durchgeführt worden war. Es kann jedoch nicht geltend gemacht werden, dass die Genehmigung zu unrecht erfolgt sei²⁸². Dies wird daraus abgeleitet, dass nur die Amtsparteien einen Prüfantrag stellen können und dass dies nicht durch ein nachträgliches Verfahren umgangen werden kann. (Außerdem hat die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang etwas verhalten Überlegungen zur Rechtskraft angestellt²⁸³. Denn dies passt auf das Zusammenschlussverfahren nicht wirklich, weil die meisten Zusammenschlüsse „genehmigt“ werden, indem einfach kein Prüfantrag

²⁸⁰ § 26 KartG 2005.

²⁸¹ vgl § 28 Abs 1 KartG 2005 (§ 42a Abs 5 KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 130.

²⁸² OGH 1.7.2002, 16 Ok 2/02.

²⁸³ OGH 1.7.2002, 16 Ok 2/02.

gestellt wird. Die Nichteinleitung eines Außerstreitverfahrens begründet aber technisch keine Rechtskraft.) Meines Erachtens wird diese Rechtsprechung auch für Abstellaufträge bei Zusammenschlüssen nach dem Kartellgesetz 2005 gelten. Denn diese gehen zwar hinsichtlich der Rechtfolge über die Feststellung der verbotenen Durchführung eines Zusammenschlusses nach dem Kartellgesetz 1988 hinaus, sind aber strukturell gleich.

4.2 Kartelle

Im folgenden soll kurz das Verfahren über die Genehmigung von Kartellen nach dem Kartellgesetz 1988 dargestellt werden, obwohl es durch das Kartellgesetz 2005 ersatzlos aufgehoben wird. Dies aus zwei Gründen:

- Das Kartellgesetz 1988 ist noch bis 31.12.2005 in Kraft;
- Ein großer Teil der bisherigen Rechtsprechung und Literatur zu Grundsätzen des Kartellgesetzes ist zu Kartellgenehmigungen und deren Widerrufern ergangen.

4.2.1 Kartellgenehmigung

4.2.1.1 Das Kartellgesetz 1988 unterschied zwischen Absichtskartellen und Wirkungskartellen²⁸⁴. (Ob die Beteiligten eine förmliche Vereinbarung trafen oder ob sie bloß ihr Verhalten abstimmten war hingegen seit der Kartellrechtsnovelle 1999 nicht mehr entscheidend. Seither hatte die früher zentrale Unterscheidung in Vereinbarungskartelle²⁸⁵ und Verhaltenskartelle²⁸⁶ keine Bedeutung mehr).

- Ein Absichtskartell lag vor, wenn durch das Kartell eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirkt werden sollte²⁸⁷.
- Hingegen lag ein Wirkungskartell vor, wenn die Beschränkung des Wettbewerbs, ohne dass sie beabsichtigt war, tatsächlich bewirkt wurde²⁸⁸.

Absichtskartelle durften nur nach vorheriger Genehmigung durch das Kartellgericht durchgeführt werden²⁸⁹. Wirkungskartelle durften hingegen durchgeführt werden, bis das Kartellgericht die Durchführung untersagte²⁹⁰.

4.2.1.2 Bei Kartellen, die geeignet waren, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, muss das Kartellgericht sowohl das europäische Kartellrecht als auch das österreichische Kartellrecht anwenden. Daher trafen unter dem Kartellgesetz 1988 das österreichische Genehmigungsprinzip und das europäische Prinzip des Kartellverbots mit Legalausnahme aufeinander. Nach der Rechtsprechung des OGH war im Bereich der Parallelanwendung von materiellem österreichischen und materiellem europäischem

²⁸⁴ *Bauer*, *ecolex* 2005, 505; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, *Kartellrecht*, 38-39.

²⁸⁵ § 10 KartG 1988; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, *Kartellrecht*, 12.

²⁸⁶ § 11 KartG 1988; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, *Kartellrecht*, 12.

²⁸⁷ § 10 Abs 1 und § 11 Abs 1 KartG 1988; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, *Kartellrecht*, 38; *Bauer*, *ecolex* 2005, 505.

²⁸⁸ § 10 Abs 1 und § 11 Abs 1 KartG 1988; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, *Kartellrecht*, 39; *Bauer*, *ecolex* 2005, 505.

²⁸⁹ § 18 Abs 1 Z 1 KartG 1988.

²⁹⁰ § 18 Abs 1 Z 2 KartG 1988.

Kartellrecht eine Genehmigung von Kartellen auch nach dem Kartellgesetz 1988 nicht mehr erforderlich und auch nicht mehr möglich. Dahingehende Anträge wurden zurückgewiesen. Denn die Genehmigung einer Vereinbarung nach dem Kartellgesetz scheiterte daran, dass sie wegen der parallelen Anwendbarkeit ex-ante auch im Hinblick auf Art 81 EGV zu beurteilen gewesen wäre, was jedoch in der VO (EG) 1/2003 nicht vorgesehen ist. Zuletzt war daher lediglich bei Kartellen, die nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, eine Genehmigung nach dem Kartellgesetz möglich. (Da die Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten sehr weit ausgelegt wird und etwa auch Kartelle zwischen österreichischen Unternehmen umfassen kann, hatte das System der Genehmigung auch nach dem Kartellgesetz 1988 seit Inkrafttreten der VO (EG) 1/2003 einen großen Teil seiner Bedeutung verloren. Dennoch haben Unternehmen aus Vorsichtsgründen weiterhin Anträge auf Genehmigung von Kartellen gestellt. Denn das Kriterium der Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten ist nicht sehr präzise: Wenn daher ein Zivilgericht zum Schluss gekommen wäre, dass ein Kartellvertrag doch nicht geeignet ist sei, diesen Handel zu beeinträchtigen, dann wäre der Vertrag nach dem Kartellgesetz 1988 schon allein wegen des fehlenden Genehmigungsaktes unwirksam gewesen. Seit Inkrafttreten der VO (EG) 1/2003 macht in Verfahren über Kartellgenehmigungen die Frage, ob eine Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten vorliege, einen großen Teil der Beschlussbegründung aus.

4.2.2 Widerruf der Kartellgenehmigung und Untersagung von Kartellen

Nach dem Kartellgesetz 1988 war die erteilte Genehmigung eines Kartells auf Antrag vom Kartellgericht zu widerrufen, wenn eine der Voraussetzungen für die Genehmigung weggefallen war²⁹¹. Kartelle, die ohne Genehmigung durchgeführt werden durften, waren auf Antrag vom Kartellgericht zu untersagen, wenn die materiellen Voraussetzungen für eine Genehmigung fehlten. Während somit die materiellen Voraussetzungen für den Widerruf der Genehmigung und für die Untersagung gleich waren, setzte der Widerruf einer Genehmigung voraus, dass der Verstoß gegen die vom Kartellgesetz aufgestellten Kriterien durch eine Änderung des der Genehmigung zugrundeliegenden Sachverhalts eintrat²⁹². Der Genehmigungsentscheidung kam daher eine Rechtskraftwirkung zu.

Antragsberechtig²⁹³ waren sowohl bei Verfahren über den Widerruf der Genehmigung als auch bei Verfahren über die Untersagung von Kartellen:

- die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt²⁹⁴,
- durch bundesgesetzliche Vorschriften zur Regulierung bestimmter Wirtschaftszweige eingerichtete Behörden (Regulatoren),
- die Wirtschaftskammer Österreich, die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs,

²⁹¹ Barfuß/Wollmann/Tahedl, Kartellrecht, 68.

²⁹² Gugerbauer, Kommentar, § 27 Rz 1.

²⁹³ vgl § 36 KartG 2005 (§ 25 Abs 3 und § 27 Abs 2 KartG 1988).

²⁹⁴ § 40 KartG 2005 (§ 44 KartG 1988).

- Vereinigungen, die wirtschaftliche Unternehmerinteressen vertreten, wenn diese Interessen durch das Kartell berührt werden,
- jeder Unternehmer, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch das Kartell berührt werden.

5. Ermittlungsmaßnahmen

5.1 Auskunftsverlangen und Urkundenvorlagen

5.1.1 Die Bundeswettbewerbsbehörde kann selbständig unter sinngemäßer Anwendung des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes Zeugen, Beteiligte und Sachverständige heranziehen²⁹⁵.

Bei Sachverständigen kommen nach der Regierungsvorlage die §§ 52 - § 53a AVG (Amtsachverständige; nichtamtliche Sachverständige; Befangenheit von Sachverständigen; Gebühren der nichtamtlichen Sachverständigen) in Betracht.

Bei Zeugen sind nachstehende Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes anzuwenden:

- Ladung; Ausschluss eines Rechtsmittels gegen Ladungen (§ 19 AVG)²⁹⁶
- Ladung öffentlich Bediensteter (§ 20 AVG)
- Vernehmungsverbote von Zeugen (§ 48 AVG)²⁹⁷
- Entschlagungsrechte von Zeugen (§ 49 AVG)
- Wahrheitsermahnung an Zeugen (§ 50 AVG)
- Belehrung von Zeugen über Entschlagungsrechte (§ 50 AVG)
- Mittelbare Beweisaufnahme (§ 55 AVG)
- Ordnungs- und Mutwillensstrafen (I. Teil Abschnitt 6 AVG).

Bei Beteiligten ist § 51 AVG anzuwenden²⁹⁸, der auf die Bestimmungen über Vernehmungsverbote (§ 48 AVG) und über Entschlagungsrechte (§ 49 AVG) von Zeugen verweist, jedoch den Entschlagungsgrund der Gefahr eines Vermögensnachteils bei Beteiligten nicht übernimmt²⁹⁹.

Die Befolgung von Ladungen der Bundeswettbewerbsbehörde ist gemäß § 19 Abs 3 AVG verpflichtend und kann durch Vorführung durchgesetzt werden³⁰⁰.

²⁹⁵ § 11 Abs 1 WettbG; *Roniger/Spallinger*, Die Ermittlungsbefugnisse der Bundeswettbewerbsbehörde, *ecolex* 2002, 407 (408).

²⁹⁶ *Roniger/Spallinger*, *ecolex* 2002, 408.

²⁹⁷ *Roniger/Spallinger*, *ecolex* 2002, 408.

²⁹⁸ *Roniger/Spallinger*, *ecolex* 2002, 408.

²⁹⁹ *Roniger/Spallinger*, *ecolex* 2002, 408.

³⁰⁰ *Roniger/Spallinger*, *ecolex* 2002, 408.

5.1.2 Über das AVG hinausgehend³⁰¹ ist die Bundeswettbewerbsbehörde befugt³⁰²,

- von Unternehmen und von Unternehmensvereinigungen die Erteilung von Auskünften innerhalb einer jeweils zu setzenden, angemessenen Frist anzufordern,
- geschäftliche Unterlagen, gleich in welcher Form diese vorliegen, einzusehen und zu prüfen oder durch geeignete Sachverständige einsehen und prüfen zu lassen, Abschriften und Auszüge der Unterlagen anzufertigen, sowie
- vor Ort alle für die Durchführung von Ermittlungshandlungen erforderlichen Auskünfte zu verlangen.

Der Verstoß gegen diese Pflichten bleibt sanktionslos³⁰³. Jedoch hat das Kartellgericht auf Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde mit Beschluss

- die Erteilung von Auskünften, und
- die Einsichtgewährung in geschäftliche Unterlagen

binnen angemessener Frist aufzutragen. Wenn dem Auftrag nicht nachgekommen wird, hat das Kartellgericht auf Antrag einer Amtspartei

- für jeden Tag ein Zwangsgeld von bis zu 5 % des durchschnittlichen Tagesumsatzes³⁰⁴, und
- eine Geldbuße von bis zu 1 % des Jahresumsatzes³⁰⁵

zu verhängen. Darüber hinausgehende Sanktionsmöglichkeiten bestehen nicht.

Die Erlassung derartiger kartellgerichtlicher Aufträge wird zur Zeit (auch in der Öffentlichkeit) heftig diskutiert. Im Zuge einer allgemeinen Untersuchung des Lebensmittelsektors hat die Bundeswettbewerbsbehörde Zulieferern der großen Lebensmittelketten die Erteilung von Auskünften aufgetragen. Der Großteil der Unternehmen ist diesem Auftrag nicht nachgekommen. Daraufhin hat die Bundeswettbewerbsbehörde beim Kartellgericht den Antrag gestellt, den Unternehmern die Erteilung der Auskünfte aufzutragen. Das Kartellgericht hat diesen Anträgen noch am gleichen Tag stattgegeben. Im Rekursverfahren hat der OGH als Kartellobergericht die Beschlüsse aufgehoben: Denn auch im Verfahren über die Auftragung von Auskünften sei den betroffenen Unternehmern vor Beschlussfassung rechtliches Gehör zu gewähren. Denn sie könnten etwa vorbringen, die Fragen seien bereits beantwortet, seien nicht zur Wahrnehmung der Aufgaben der Bundeswettbewerbsbehörde erforderlich oder stünden nicht in einem angemessenen Verhältnis zur Wahrnehmung der Aufgaben der Bundeswettbewerbsbehörde³⁰⁶. Inzwischen hat das Kartellgericht die Vorlage der Urkunden neuerlich aufgetragen³⁰⁷. (Diese

³⁰¹ *Roniger/Spallinger*, *ecolex* 2002, 408.

³⁰² § 11a Abs 1 WettbG idF Wettbewerbsgesetznovelle 2005 (§ 11 Abs 3 WettbG idF vor Wettbewerbsgesetznovelle 2005).

³⁰³ *Stockenhuber*, *ÖZW* 2002, 80; vgl *Roniger/Spallinger*, *ecolex* 2002, 409.

³⁰⁴ § 35 Abs 1 lit c KartG 2005.

³⁰⁵ § 29 Z 2 lit c KartG 2005.

³⁰⁶ OGH 30.5.2005, 16 Ok 13/05; *Fellner*, *Fairness*, *Rechtspanorama* vom 4. Juli 2005.

³⁰⁷ *N.N.*, *Justiz-Groteske*, *Die Presse* vom 7. Juli 2005.

Angelegenheit fand während der Beschlussfassung über die Novelle 2005 zum Wettbewerbsgesetz statt, deren Regierungsvorlage eine gänzliche Neufassung der Zwangsbefugnisse vorgesehen hatte. Künftig sollte die Erteilung von Auskünften und die Einsicht in Unterlagen von der Bundeswettbewerbsbehörde selbst durch Bescheid aufgetragen werden können³⁰⁸. Gegen den Bescheid wäre kein ordentliches Rechtsmittel zulässig gewesen³⁰⁹. Die Bescheide sollten von der Bundeswettbewerbsbehörde selbst vollstreckbar sein. Wer keine Auskünfte erteilt hätte, wäre von der Bundeswettbewerbsbehörde unter Anwendung des Verwaltungsstrafgesetzes mit einer Geldstrafe bis zu 35.000 Euro zu bestrafen gewesen. Jedoch wurde von dieser geplanten Änderung der Ermittlungsbefugnisse „in letzter Minute“³¹⁰ abgesehen³¹¹. Dies soll auf Druck aus der Lebensmittelbranche aufgrund der damals durchgeführten Untersuchung zurückzuführen sein³¹².

5.2 Hausdurchsuchungen

Hinsichtlich von Hausdurchsuchungen bestehen (anders als bei der Heranziehung von Zeugen und Beteiligten) keine eigenständigen Ermittlungsbefugnisse der Bundeswettbewerbsbehörde, die sie ohne Mitwirkung des Kartellgerichts ausüben könnte³¹³.

Der Vorsitzende des jeweiligen Senats des Kartellgerichts hat, wenn dies erstens zur Erlangung von Informationen aus geschäftlichen Unterlagen erforderlich ist und wenn zweitens ein begründeter Verdacht

- eines Verstoßes gegen das Kartellverbot (§ 1 KartG 2005)
- eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§ 5 KartG 2005)
- eines Verstoßes gegen das Verbot der Durchführung eines Zusammenschlusses (§ 17 KartG 2005)
- eines Verstoßes gegen Art 81 EGV
- eines Verstoßes gegen Art 82 EGV

vorliegt, eine Hausdurchsuchung anzuordnen³¹⁴. Bei Weigerung, die Hausdurchsuchung zuzulassen, sind (anders als bei Verweigerung von Auskünften und Unterlagen) keine Zwangsstrafen vorgesehen; die Hausdurchsuchung wird vielmehr unter Heranziehung der Organe der öffentlichen Sicherheitsdienste³¹⁵ physisch erzwungen³¹⁶. Unmittelbar vor einer angeordneten Hausdurchsuchung ist derjenige, bei dem die Hausdurchsuchung vorgenommen werden soll, zu den Voraussetzungen der Hausdurchsuchung zu befragen, es sei denn, dies würde den Ermittlungserfolg wegen Gefahr im Verzug gefährden³¹⁷. (Das bedeutet, dass

³⁰⁸ § 11a Abs 3 RV 942/XXII (Wettbewerbsgesetznovelle 2005).

³⁰⁹ § 11a Abs 3 RV 942/XXII (Wettbewerbsgesetznovelle 2005).

³¹⁰ *Bauer*, Korrekturen in letzter Minute, Rechtspanorama vom 4. Juli 2005.

³¹¹ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 11a Abs 1 - 3 Wettbewerbsgesetz.

³¹² *Kordik*, Causa „Wurst“, Die Presse vom 30. Juli 2005.

³¹³ § 12 WettbG.

³¹⁴ § 12 Abs 1 WettbG; *Roniger/Spallinger*, *ecolex* 2002, 409.

³¹⁵ § 14 WettbG.

³¹⁶ *Roniger/Spallinger*, *ecolex* 2002, 410.

³¹⁷ § 12 Abs 5 1. Satz WettbG; *Roniger/Spallinger*, *ecolex* 2002, 410.

anders als bei Beschlüssen, mit denen die Erteilung von Auskünften oder die Vorlage von Urkunden aufgetragen wird, bei Hausdurchsuchungen dem Betroffenen nicht schon vor Erlass des Beschlusses rechtliches Gehör gewährt werden muss.) Ein Rekurs gegen den Beschluss des Kartellgerichts ist zulässig, hat aber keine aufschiebende Wirkung³¹⁸.

Anlässlich der Hausdurchsuchung kann die Bundeswettbewerbsbehörde Auskünfte verlangen³¹⁹ und geschäftliche Unterlagen einsehen und davon Abschriften anfertigen³²⁰. Jedoch darf die Bundeswettbewerbsbehörde (e contrario) keine Unterlagen beschlagnahmen³²¹. (Hinsichtlich des Verlangens von Auskünften bei Hausdurchsuchungen wird das in der Vorbildbestimmung vorgesehene, gleichlautende Recht der Europäischen Kommission von der Lehre so ausgelegt, dass nur in Hinblick auf vorgefundene Unterlagen Erklärungen verlangt werden dürfen³²².)

Will der Inhaber von geschäftlichen Unterlagen deren Durchsuchung oder Einsichtnahme bei der Hausdurchsuchung nicht gestatten, so sind diese Unterlagen auf geeignete Art und Weise gegen unbefugte Einsichtnahme oder Veränderung zu sichern und dem Kartellgericht vorzulegen; zuvor dürfen sie nicht durchsucht oder eingesehen werden³²³. Das Kartellgericht hat die Unterlagen zu sichten und zu entscheiden, ob und in welchem Umfang eingesehen und Abschriften und Auszüge daraus angefertigt werden dürfen oder sie dem Inhaber zurückzustellen sind³²⁴. Gegen diesen Beschluss steht das Rechtsmittel des Rekurses offen, das aber keine aufschiebende Wirkung hat³²⁵.

*Wollmann*³²⁶ stellt fest, dass wirklich große Verfahren, die simultane Ermittlungen bei mehreren Unternehmen erfordern, praktisch undurchführbar sind. Denn diese würden die Bundeswettbewerbsbehörde wegen ihres geringen Personalstandes auf Monate stilllegen.

5.3 Grundrechtliche Erwägungen zu den Ermittlungsmaßnahmen

5.3.1 Mit seinen Bestimmungen zu den Zwangsbefugnissen der Bundeswettbewerbsbehörde und des Kartellgerichts folgt das Wettbewerbsgesetz dem Vorbild der Befugnisse der Kommission in Wettbewerbssachen³²⁷. Auch deren Befugnisse bestehen im wesentlichen aus dem verpflichtenden Auskunftsverlangen³²⁸ und der Nachprüfung in Räumlichkeiten³²⁹. Wenn Unternehmen die geforderten Auskünfte nicht erteilen oder die Nachprüfung nicht dulden, kann die Kommission Geldbußen bis zu 1 % des Vorjahresumsatzes auferlegen³³⁰.

³¹⁸ § 12 Abs 2 2. Satz WettbG; *Roniger/Spallinger*, *ecolex* 2002, 409.

³¹⁹ § 12 Abs 4 letzter Satz iVm § 11 Abs 3 Z 3 WettbG; *Roniger/Spallinger*, *ecolex* 2002, 409.

³²⁰ § 12 Abs 4 letzter Satz iVm § 11 Abs 3 Z 2 WettbG; *Roniger/Spallinger*, *ecolex* 2002, 409.

³²¹ *Roniger/Spallinger*, *ecolex* 2002, 410.

³²² *Urlesberger*, *RWZ* 2003, 99.

³²³ § 12 Abs 5 2. Satz WettbG; *Roniger/Spallinger*, 410.

³²⁴ § 12 Abs 5 3. Satz WettbG; *Roniger/Spallinger*, *ecolex* 2002, 410.

³²⁵ § 12 Abs 5 4. und 5. Satz WettbG; *Roniger/Spallinger*, *ecolex* 2002, 410.

³²⁶ *Wollmann*, *ecolex* 2005, 500.

³²⁷ *Gruber*, *RdW* 2004, 142.

³²⁸ Art 18 Abs 3 VO (EG) 1/2003; *Gruber*, *RdW* 2004, 142.

³²⁹ Art 20 VO (EG) 1/2003; *Gruber*, *RdW* 2004, 143.

³³⁰ Art 23 Abs 1 lit b und lit c VO (EG) 1/2003; *Gruber*, *RdW* 2004, 144.

(Über die Geldbuße hinaus kann die Kommission die Nachprüfung nicht selbst gewaltsam erzwingen; jedoch sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, der Kommission gegebenenfalls durch den Einsatz von Polizeikräften Unterstützung zu gewähren³³¹. Wenn das innerstaatliche Recht dazu einen Gerichtsbeschluss voraussetzt, dann ist dieser zu beantragen³³². Dabei prüft das innerstaatliche Gericht neben der Echtheit der Entscheidung der Kommission nur, ob die beantragten Zwangsmaßnahmen nicht willkürlich und, gemessen am Gegenstand der Nachprüfung, nicht unverhältnismäßig sind³³³. Das einzelstaatliche Gericht darf jedoch nicht die Notwendigkeit der Nachprüfung in Frage stellen; die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kommissionsentscheidung ist dem Europäischen Gerichtshof vorbehalten³³⁴. Das innerstaatliche Gericht kann von der Kommission Erläuterungen, nicht jedoch den Akt anfordern³³⁵. (Diesen Vorgaben entspricht die „Umsetzung“ durch § 12 Abs 2 Wettbewerbsgesetz.)

5.3.2 Die Vereinbarkeit dieser Regelungen mit den Grundrechten, insbesondere mit dem Recht, sich nicht selbst beschuldigen zu müssen („*nemo tenetur se ipsum accusare*“) und mit dem Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, ist in jüngster Zeit eine der meistdiskutierten Fragen des europäischen Wettbewerbsrechts³³⁶. Dies hat einen materiellrechtlichen und einen prozessrechtlichen Hintergrund:

5.3.3 Materiellrechtlicher Hintergrund ist eine Judikaturdivergenz zwischen dem EuGH und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Bereich des Grundrechtsschutzes im Kartellverfahren.

- Der EuGH lehnt seit seinem Urteil in der Rechtsache „*Hoechst*“³³⁷ die Ausweitung des Rechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung auf Geschäftsräume ab, weil es keine einheitliche, dahingehende Verfassungslage der Mitgliedstaaten gäbe. Er wies in „*Hoechst*“ noch darauf hin, dass es keine einschlägige Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gäbe. In der Folge entschied jedoch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Fall *Société Colas* gg. Frankreich³³⁸ (über eine Hausdurchsuchung durch die französische „Generaldirektion für Wettbewerb, Verbrauch und Ahndung von Wettbewerbsverstößen“ ohne richterlichen Durchsuchungsbefehl), dass das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung auch für Geschäftsräume gilt und stellte im konkreten Fall eine Konventionsverletzung fest. Nichtsdestoweniger hat der EuGH in seiner nachfolgenden Entscheidung „*Roquette Frères*“³³⁹ seine Rechtsprechung bestätigt, wonach das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung nicht für Geschäftsräume gelte.

³³¹ Art 20 Abs 6 VO (EG) 1/2003.

³³² Art 20 Abs 7 VO (EG) 1/2003; *Gruber*, RdW 2004, 143.

³³³ Art 20 Abs 8 VO (EG) 1/2003; *Gruber*, RdW 2004, 143.

³³⁴ Art 20 Abs 8 VO (EG) 1/2003; *Gruber*, RdW 2004, 143.

³³⁵ Art 20 Abs 8 VO (EG) 1/2003; *Gruber*, RdW 2004, 143.

³³⁶ *Giefing*, Der Schutz von Geschäftsräumlichkeiten und das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung, JBl 2005, 85; *Hemetsberger*, Die Kronzeugenregelung im europäischen Kartellrecht – ein Verstoß gegen das Recht auf Aussageverweigerung bei Gefahr der Selbstbezichtigung?, ÖZW 2004, 8; *Scheer*, The Interaction of ECHR and EC Law, ZEuS, 2004, 663.

³³⁷ EuGH 21.9.1989, C-46/87 und C-227/88, *Hoechst*.

³³⁸ EGMR 16.4.2002, 37971/97, *Société Colas* gg. Frankreich.

³³⁹ EuGH 22.10.2002, C-94/00, *Roquette Frères*.

- Ganz ähnlich ist die Lage beim Recht auf Verweigerung der Aussage. Nach der Rechtsprechung des EuGH³⁴⁰ haben grundsätzlich nur natürliche Personen ein Recht auf Aussageverweigerung; bei juristischen Personen umfasst dieses nur „geständnisgleiche Antworten“³⁴¹. Wenn die Kommission die Fragen geschickt formuliert, ist der Schutzbereich „sehr beschränkt bzw. de facto nicht existent“³⁴². Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte folgt das Recht auf Aussageverweigerung aus Art 6 EMRK³⁴³, von dessen Schutzbereich auch juristische Personen umfasst sind³⁴⁴.

5.3.4 Der prozessrechtliche Hintergrund ist der Versuch von Unternehmen, Handlungen der Kommission in Wettbewerbssachen vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu bekämpfen. Obwohl die Gemeinschaft der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht beigetreten ist, prüft der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte Gemeinschaftsrecht, sofern der behauptete Verstoß direkt einem Mitgliedstaat zurechenbar ist. Dies war etwa der Fall bei wörtlicher Umsetzung einer konventionswidrigen Richtlinie³⁴⁵. Die Handlungen der Kommission in Wettbewerbssachen (wie etwa bußgeldbewehrte Auskunftsverlangen) sind jedoch in der Regel keinem einzelnen Mitgliedstaat direkt zurechenbar.

- Mit dieser Konstellation war der Europäische Gerichtshof bisher nur im Fall *Senator Lines*³⁴⁶ befasst: Die Europäische Kommission hat der Reederei *Senator Lines* ein Bußgeld wegen Wettbewerbsverstößen auferlegt³⁴⁷ und in der Bußgeldentscheidung einen Zahlungsaufschub für das Bußgeld für den Fall gewährt, dass *Senator Lines* den Bußgeldbescheid beim Europäischen Gericht erster Instanz bekämpfen sollte. Diesen Zahlungsaufschub hat sie von der Beibringung einer Bankgarantie abhängig gemacht, welche *Senator Lines* wegen ihrer schlechten wirtschaftlichen Situation nicht beibringen konnte. Der von *Senator Lines* dagegen eingebrachte Antrag auf einstweilige Verfügung wurde vom Europäischen Gericht³⁴⁸ erster Instanz und schließlich vom EuGH³⁴⁹ abgewiesen. Daraufhin brachte *Senator Lines* gegen die (damals) 15 Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft eine Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht nach Art 6 EMRK ein: Denn sie hätte eine Geldbuße zahlen müssen, bevor ein Gericht den Fall in der Sache entschieden hatte³⁵⁰. Nach 3 Jahren hat das Europäische Gericht erster Instanz

³⁴⁰ EuGH 18.10.1989, C-374/87, *Orkem*.

³⁴¹ *Hemetsberger*, ÖZW 2004, 8.

³⁴² *Hemetsberger*, ÖZW 2004, 8.

³⁴³ EGMR 25.2.1993, 10828/84, *Funke* gg. Frankreich.

³⁴⁴ EKMR 30.5.1991, 11598/85, *Société Stenuit* gg. Frankreich (EGMR 27.2.1992, 11598/85, *Société Stenuit* gg. Frankreich).

³⁴⁵ EGMR 15.11.1996, 17862/91, *Cantoni* gg. Frankreich.

³⁴⁶ EGMR 10.3.2004, 56672/00, *Senator Lines GmbH* gegen Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden, Spanien und das Vereinigte Königreich.

³⁴⁷ ABI 1999 Nr L 193 S 23ff.

³⁴⁸ EuG 21.7.1999, T-191/98 R, *DSR-Senator Lines* gg. Kommission.

³⁴⁹ EuGH 14.12.1999, C-364/99 P (R) 1, *DSR-Senator Lines* gg. Kommission.

³⁵⁰ zum materiellrechtlichen Aspekt: *Rosbaud*, Das Kartellstrafrecht ist tot! Lang lebe das Kartellstrafrecht!, JBI 2003, 907 (922-926).

im Hauptverfahren das auferlegte Bußgeld aufgehoben³⁵¹, worauf der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Beschwerde wegen Wegfalls des Eingriffs abwies. Obwohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte somit nicht in der Sache entschieden hat, war bemerkenswert, dass er die Beschwerde zugelassen hat³⁵².

- In Zusammenhang mit dem Fall *Senator Lines* wurde auch die Möglichkeit von Grundrechtsschutz gegen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs diskutiert³⁵³. Denn seit längerer Zeit war mit *Bosphorus Hava*³⁵⁴ ein solcher Fall beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte anhängig, zu dem jüngst das Urteil erging. *Bosphorus Hava*, eine türkische Fluggesellschaft, hatte von einer jugoslawischen Fluggesellschaft ein Flugzeug geleast. Bei einer Landung in Irland wurde das Flugzeug auf Basis des Embargos, das wegen des Jugoslawienkriegs gegen Jugoslawien verhängt worden war, von den irischen Behörden beschlagnahmt. Das irische Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob das Flugzeug unter das Embargo falle, was der EuGH³⁵⁵ bejahte. Das irische Gericht folgte dem EuGH und bestätigte die Beschlagnahmung. *Bosphorus Hava* brachte eine Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen Verletzung des Grundrechts auf Eigentum ein. Das Verfahren wurde wegen seiner Bedeutung bereits in erster Instanz vor einer Großen Kammer geführt³⁵⁶. Der Gerichtshof erklärte sich für zuständig und stellte einstimmig fest, dass keine Verletzung der Konvention stattgefunden habe. Eine Mehrheit von 10 Richtern hat in der Urteilsbegründung festgehalten, dass das Gemeinschaftsrecht einen gleichwertigen Schutz der Menschenrechte biete³⁵⁷, womit „vergleichbar“ und nicht „ident“ gemeint sei³⁵⁸. Daher bestehe die rechtliche Vermutung, dass Irland bei der Erfüllung seiner Pflichten aus der EG-Mitgliedschaft nicht von den Erfordernissen der EMRK abgewichen sei. Im vorliegenden Fall sei keine Funktionsstörung des Kontrollmechanismus vorgelegen, sodass nicht gesagt werden könne, dass der Grundrechtsschutz offensichtlich unzulänglich gewesen sei. Folglich habe *Bosphorus Hava* die Vermutung nicht widerlegen können; es sei daher keine Konventionsverletzung vorgelegen. Eine Minderheit von 7 Richtern hat diese Begründung abgelehnt, den Sachverhalt unmittelbar an der EMRK gemessen und festgestellt, dass keine Verletzung vorgelegen sei. (Im Schrifttum hat die Diskussion über dieses wichtige Urteil wegen der Kürze der seither verstrichenen Zeit noch nicht begonnen. Eine Unklarheit liegt darin, dass in der Urteilsbegründung der Einrichtung des EuGH eine große Bedeutung zukommt und im konkreten Fall auch ein Urteil des EuGH vorlag; der EGMR spricht im Urteilstenor dann aber allgemein vom Grundrechtsschutz durch Gemeinschaftsrecht. Daher ist etwa unklar, wie der Fall *Senator Lines* nunmehr zu entscheiden wäre: Denn die Geldbuße stützte sich zwar auf Gemeinschaftsrecht, der

³⁵¹ EuG 30.9.2003, T-191/98, *Atlantic Container Line u.a. gg. Kommission*.

³⁵² EGMR 10.3.2004, 56672/00, *Senator Lines GmbH* gegen Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden, Spanien und das Vereinigte Königreich; *Scheer*, ZEuS, 2004, 663.

³⁵³ *Scheer*, ZEuS, 2004, 663.

³⁵⁴ EGMR 30.6.2005, 45036/98, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim İrketi gg. Irland*.

³⁵⁵ EuGH 30.7.1996, C-84/95, *Bosphorus gg. Minister for Transport, Energy and Communications u.a.*

³⁵⁶ Art 31 lit a iVm Art 30 EMRK.

³⁵⁷ EGMR 30.6.2005, 45036/98, *Bosphorus Hava gg. Irland*, Rn 165.

³⁵⁸ EGMR 30.6.2005, 45036/98, *Bosphorus Hava gg. Irland*, Rn 155.

behauptete Konventionsverstoß war aber gerade, dass der EuGH noch nicht in der Sache entschieden hatte.)

5.3.5 Im österreichischen Recht stellt sich dieselbe Frage bei Hausdurchsuchungen aufgrund eines Nachprüfungsauftrags der Kommission, da regelmäßig kein Gericht die Rechtmäßigkeit der Kommissionsentscheidung prüft. Die einzige Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit vor der Hausdurchsuchung von einem Gericht prüfen zu lassen, ist die Beantragung einer einstweiligen Verfügung beim Präsidenten des Europäischen Gerichts erster Instanz, was in der Regel schon daran scheitern wird, dass das betroffene Unternehmen im vorhinein keine Kenntnis von der Hausdurchsuchung hat. Der Wortlaut von Art 8 EMRK fordert keine richterliche Genehmigung. Jedoch prüft der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte das Erfordernis der Notwendigkeit einer Hausdurchsuchung besonders streng, wenn keine richterliche Genehmigung vorliegt. Aus diesem Grund hat er etwa eine Hausdurchsuchung durch die französische Wettbewerbsbehörde als Verstoß gegen Art 8 EMRK beurteilt. Es stellt sich die Frage nach den Möglichkeiten des Kartellgerichts, wenn es zur Auffassung gelangt, dass die Anordnung einer Hausdurchsuchung bei Ausschluss der Überprüfbarkeit des Tatverdachts ein Verstoß gegen das Grundrecht auf die Unversehrtheit der Wohnung ist:

Die Beschränkung der Prüfbefugnis beruht auf einem österreichischen Gesetz, welches das Gericht grundsätzlich anwenden muss. (Eine Verdrängung durch entgegenstehendes Gemeinschaftsrecht liegt nicht vor, da die Bestimmung wörtlich Gemeinschaftsrecht wiedergibt). Das Kartellgericht könnte erwägen, beim Verfassungsgericht die Aufhebung des Wortes „nur“ in der Bestimmung „Das Kartellgericht hat nur zu prüfen, ob...“ zu beantragen. Die Antragstellung durch das Kartellgericht wird schon daran scheitern, dass nur ein zur Entscheidung in zweiter Instanz berufenes Gericht einen Antrag auf Gesetzesprüfung stellen kann³⁵⁹. Dies kommt daher nur im Rekursverfahren in Betracht.

- Der OGH könnte erwägen, den Antrag auf das Gesetz vom 27. Oktober 1862 zum Schutze des Hausrechts³⁶⁰ zu stützen, welches nach Art 149 Abs 1 Z 3 B-VG in Verfassungsrang steht. Dies scheitert jedoch daran, dass die Bestimmung wörtlich einer Verordnung der Europäischen Gemeinschaft entspricht, sodass sie in diesem Umfang der Prüfung am Maßstab der Verfassung entzogen ist.
- Eine Berufung auf Art 8 EMRK ist anders gelagert: Nach Art 307 EGV werden die Rechte und Pflichten aus Übereinkünften, die vor dem 1. Jänner 1958 oder, im Falle später beigetretener Staaten vor dem Zeitpunkt ihres Beitritts zwischen einem oder mehreren Mitgliedstaaten einerseits und einem oder mehreren dritten Ländern andererseits geschlossen wurden, durch den Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht berührt³⁶¹. Art 307 EGV hat allgemeine Tragweite und gilt für alle internationalen Übereinkünfte, die sich auf die Anwendung des Vertrages auswirken können, unabhängig von ihrem Gegenstand, sofern Drittstaaten die Erfüllung der Pflicht des Mitgliedstaates aus dem Übereinkommen weiterhin verlangen können³⁶². Das

³⁵⁹ Art 14 Abs 1 B-VG.

³⁶⁰ RGL 1862/88.

³⁶¹ *Hartley*, European Union Law, 334.

³⁶² EuGH 2. August 1993, C-158/91, *Levy*; *Hartley*, European Union Law, 335.

Gemeinschaftsrecht verdrängt innerstaatliches Recht nicht, soweit die innerstaatliche Bestimmung zur Erfüllung von Verpflichtungen erforderlich ist, die sich aus vor dem Beitritt zur Gemeinschaft mit Drittstaaten abgeschlossenen Verträgen ergibt³⁶³.

So hat der EuGH entschieden, dass das französische Nachtarbeitsverbot für Frauen deshalb kein Verstoß gegen das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot ist, weil es im ILO-Übereinkommen Nr. 89 vorgesehen ist und dieses Übereinkommen von Frankreich vor Gründung der EWG ratifiziert worden war³⁶⁴.

Art 8 EMRK findet sich in der Stammfassung der EMRK, die von Österreich am 3. September 1958³⁶⁵ ratifiziert wurde. Die Türkei hat die EMRK am 4. November 1950 ratifiziert, die Schweiz am 21.12.1972 und San Marino am 6.11.1988³⁶⁶. Wie aus der Möglichkeit der Staatenbeschwerde³⁶⁷ im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention ersichtlich ist, begründet die Konvention Verpflichtungen jedes einzelnen Staates gegen jeden einzelnen Staat unabhängig davon, ob die Rechte eines Staatsbürgers eines ganz anderen Staates verletzt wurden³⁶⁸ (erga omnes Verpflichtungen³⁶⁹). Daher entfaltet meines Erachtens Gemeinschaftsrecht keine innerstaatliche Wirkung, soweit es der Europäischen Menschenrechtskonvention oder jenen Zusatzprotokollen widerspricht, die von Österreich vor dem Beitritt zur EU mit heutigen Drittstaaten abgeschlossen wurde. Daher kann der VfGH das Wort „nur“ in der Bestimmung „Das Kartellgericht hat nur zu prüfen, ob...“ aufheben, wenn er sie als Verstoß gegen Art 8 EMRK betrachtet. An die wortgleiche Bestimmung der VO (EG) 1/2003 wäre das Kartellgericht meines Erachtens mangels innerstaatlicher Wirkungen wegen Verstoßes gegen Art 8 EMRK ebenfalls nicht gebunden³⁷⁰.

6. Bußgelder

6.1 Materielles Bußgeldrecht

6.1.1 Mit der Kartellrechtsnovelle 2002 wurden die im Kartellgesetz bis dahin vorgesehenen strafgerichtlichen Strafen³⁷¹ abgeschafft³⁷². Diese wurden durch eine Ausweitung der Bußgelder ersetzt, die bis dahin in Kartellsachen nur für geringere Delikte wie Verstöße gegen Anzeigepflichten vorgesehen waren³⁷³. (Auch diese Geldbußen für geringere Delikte

³⁶³ EuGH 2. August 1993, C-158/91, Levy; *Hartley*, European Union Law, 339.

³⁶⁴ EuGH 2. August 1993, C-158/91, Levy; *Hartley*, European Union Law, 337.

³⁶⁵ Website des Europarats

<http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=&DF=&CL=ENG>.

³⁶⁶ Website des Europarats

<http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=&DF=&CL=ENG>.

³⁶⁷ Art 33 EMRK.

³⁶⁸ *Hummer* in *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Handbuch, 273, Rz 1445.

³⁶⁹ International Law Commission, Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, Art 42 lit b (ii), http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibilityfra.htm; *Zemanek* in *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Handbuch, 463, Rz 2515.

³⁷⁰ vgl EuGH 2. August 1993, C-158/91, Levy.

³⁷¹ vgl *Tahedl*, Missbrauch, 239.

³⁷² *Barbist*, Die geplante Reform des österr. Kartellrechts, medien und recht 2001, 207; *Rosbaud*, JBl 2003, 907.

³⁷³ § 142 KartG 1988 in der Fassung BGBl I 2001/98; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 16; *Rosbaud*, JBl 2003, 907.

sind erst seit der Kartellnovelle 1993 vom Kartellgericht zu verhängen; zuvor waren die Bezirksverwaltungsbehörden und die Bundespolizeibehörden zuständig.³⁷⁴) Das gerichtliche Kartellstrafrecht „fristete ein Schattendasein“³⁷⁵ und erwies sich als unzulänglich³⁷⁶.

6.1.2 Bußgelder sind nicht gegen bestimmte Personen, sondern gegen Unternehmen oder Verbände von Unternehmen zu verhängen³⁷⁷. Geldbußen sind aufzuerlegen, wenn Unternehmen oder Verbände von Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig³⁷⁸

- gegen das Kartellverbot verstoßen;
- gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verstoßen;
- gegen das Verbot von Vergeltungsmaßnahmen verstoßen;
- einem Auftrag nachträglicher Maßnahmen nach der zulässigen Durchführung eines Zusammenschlusses nicht nachkommen;
- gegen Art 81 oder Art 82 EGV verstoßen.

(Zu beachten ist, dass seit der Kartellrechtsnovelle 2002 bereits der bloße Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bußgeldbewehrt ist. Vor dieser Novelle war erst der Verstoß gegen einen kartellgerichtlichen Auftrag auf Abstellung des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung strafbar gewesen.³⁷⁹)

6.1.3 Die Geldbuße ist nur auf Antrag einer Amtspartei (Bundswettbewerbsbehörde oder Bundeskartellanwalt) aufzuerlegen; bei Vorliegen eines Antrags muss das Kartellgericht die Geldbuße verhängen (arg: hat aufzuerlegen)³⁸⁰.

6.1.4 Die Höhe der Geldbuße beträgt bis zu 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes³⁸¹. Bei Geldbußen gegen eine Unternehmensvereinigung ist die Summe der Gesamtumsätze derjenigen Mitglieder maßgeblich, die auf dem Markt tätig waren, auf dem sich die Zuwiderhandlung der Vereinigung ausgewirkt hat³⁸². Das Kartellgesetz 2005 hat bei der Bemessung der Geldbußen eine Ungleichbehandlung zwischen Unternehmensvereinigungen mit gesetzlicher Mitgliedschaft und solchen ohne gesetzlicher Mitgliedschaft gebracht: Denn die obige Regelung für Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen gilt nicht für Unternehmensvereinigungen mit gesetzlicher Mitgliedschaft³⁸³. (Bezeichnenderweise gibt die Regierungsvorlage keinen Grund für die Ungleichbehandlung an.) Das Kartellgesetz 2005 bestimmt nicht, wie sich die Höhe von Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen mit gesetzlicher Mitgliedschaft stattdessen

³⁷⁴ BGBl 1988/600 (Stammfassung KartG 1988).

³⁷⁵ Rosbaud, JBl 2003, 907.

³⁷⁶ Rosbaud, JBl 2003, 907.

³⁷⁷ Urlesberger, RWZ 2002/55; Rosbaud, JBl 2003, 907.

³⁷⁸ vgl § 29 KartG 2005 (§ 142 Z 1 KartG 1988).

³⁷⁹ Urlesberger, RWZ 2002/55; Rosbaud, JBl 2003, 907.

³⁸⁰ § 29 1. Satz KartG 2005 (§ 142 1 Satz KartG 1988).

³⁸¹ § 29 Z 1 KartG 2005 (§ 142 Z 1 KartG 1988); Matousek, eolex 2005, 503; Gruber, RWZ 2005, 66.

³⁸² § 31 KartG 2005.

³⁸³ § 31 letzter Satz KartG 2005.

ermittelt. *Hoffer/Barbist* formulieren bezeichnend, dass „der Gesetzestext diesbezüglich nicht ganz klar [ist], es ist jedoch davon auszugehen, dass es hier um eine Privilegierung der Unternehmensvereinigungen mit gesetzlicher Mitgliedschaft geht“³⁸⁴. Die Bestimmung ist offenbar so zu lesen, dass nur die eigenen Einkünfte der jeweiligen Kammer Basis für die Bemessung der Geldbuße sein soll.

6.1.5 Bei der Bemessung der Geldbuße sind insbesondere zu berücksichtigen³⁸⁵:

- Schwere und Dauer der Rechtsverletzung;
- die durch die Rechtsverletzung erzielte Bereicherung;
- den Grad des Verschuldens;
- die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit;

Der Oberste Gerichtshof ist der Anregung einer Partei, er möge beim Verfassungsgerichtshof die Aufhebung dieser Bestimmung wegen fehlender Bestimmtheit beantragen, mangels Zweifel an der Verfassungskonformität nicht gefolgt³⁸⁶.

6.1.6 Es fällt auf, dass das Kartellgesetz keine Bestimmungen enthält, die dem "Allgemeinen Teil" etwa des Strafgesetzbuchs³⁸⁷, des Verwaltungsstrafgesetzes³⁸⁸ oder des Finanzstrafgesetzes³⁸⁹ entsprechen. Ob Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs analog Anwendung finden können, hat das Kartellgericht unter dem Kartellgesetz 1988 ausdrücklich offen gelassen. Dies betraf etwa mangelnde Strafwürdigkeit der Tat (§ 42 StGB)³⁹⁰ und die außerordentliche Strafmilderung bei Überwiegen der Milderungsgründe (§ 41 StGB)³⁹¹. Die praktische Bedeutung dieser Frage ist durch das Kartellgesetz 2005 gesunken:

- Erstens stellt das Kartellgesetz 2005 klar, dass sowohl vorsätzliche als auch fahrlässige Verstöße bußgeldbewehrt sind³⁹².
- Zweitens hat das Kartellgesetz 2005 das Mindestbußgeld von EUR 10.000 abgeschafft, sodass mangelnde Strafwürdigkeit der Tat und außerordentliche Strafmilderung nunmehr keinen Rückgriff auf das Strafgesetzbuch erfordern.

Im Schrifttum setzt sich *Bauer*³⁹³ mit der Irrtumsproblematik auseinander, die nach wie vor nicht im Kartellgesetz geregelt ist.

Meines Erachtens kann der „Allgemeine Teil“ anderer Strafgesetze jedenfalls nur dann herangezogen werden, wenn dies zu einer Einschränkung der Strafbarkeit führt. Denn da das

³⁸⁴ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 31 KartG, FN 145.

³⁸⁵ § 30 KartG 2005 (§ 143 KartG 1988).

³⁸⁶ OGH 20.12.2004, 16 Ok 12/04.

³⁸⁷ § 1 bis § 16 StGB.

³⁸⁸ § 1 bis § 8 VStG.

³⁸⁹ § 4 bis § 14 FinStrG.

³⁹⁰ OLG Wien 2.4.2004, 25 Kt 38/04; OGH 20.12.2004, 16 Ok 21/04.

³⁹¹ OLG Wien 2.4.2004, 25 Kt 38/04.

³⁹² vgl zum KartG 1988: OGH 20.12.2004, 16 Ok 12/04.

³⁹³ *Bauer*, *ecolex* 2005, 506, FN 15.

Kartellgesetz nicht ausdrücklich auf einen allgemeinen Teil verweist, käme es andernfalls zu einer Ausweitung der Strafbarkeit über die Grenze des Wortlauts hinaus:

- So darf etwa nicht aus der Tatsache, dass Verstöße gegen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht nur fahrlässig, sondern auch vorsätzlich begangen werden können, abgeleitet werden, dass in letzterem Fall wie bei sonstigen Vorsatzdelikten bereits der Versuch strafbar sei³⁹⁴.
- Ähnliches gilt für die Beteiligungslehre: Da Geldbußen nur für „Unternehmen“ und „Unternehmensvereinigungen“ angedroht werden, liegt ein Sonderdelikt nach der Grundidee des § 14 Abs 1 StGB vor, bei dem die Strafbarkeit von persönlichen Verhältnissen des Täters abhängig gemacht wird. Dennoch darf § 14 Abs 1 StGB, wonach in diesem Fall die Strafbestimmung auch auf andere Beteiligte anzuwenden ist, sofern die besondere persönliche Eigenschaft („Unternehmen“) auch nur bei einem von ihnen vorliegt, auf kartellgerichtliche Bußgelder nicht angewandt werden.

6.2 Kartellgerichtliches Strafverfahren

6.2.1 Das Verfahren über die Verhängung von Geldbußen durch ein Zivilgericht auf Antrag staatlicher Behörden weicht so weit wie nur denkbar von den Vorstellungen ab, die der Gesetzgeber bei Erlassung der Zivilprozessgesetze vor Augen hat. Es stellt sich daher die Frage, ob die Regelung der Verfahren über Geldbußen im Außerstreitverfahren Lücken aufweist, die durch analoge Anwendung von Bestimmungen der Strafprozessordnung oder des Verwaltungsstrafgesetzes zu füllen sind³⁹⁵.

6.2.2 So bestimmt etwa § 381 ZPO (der auch im Außerstreitverfahren anzuwenden ist³⁹⁶), dass das Gericht unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zu beurteilen hat, welchen Einfluss es auf die Herstellung des Beweises hat, wenn eine Partei die Aussage verweigert. Aufgrund des Rechts des Beschuldigten auf Aussageverweigerung nach der StPO³⁹⁷ und nach Art 6 EMRK³⁹⁸ kann dies meines Erachtens nur so ausgelegt werden, dass im kartellgerichtlichen Bußgeldverfahren aus der Aussageverweigerung keine für den Beschuldigten (Antragsgegner) nachteiligen Schlüsse gezogen werden dürfen³⁹⁹.

6.2.3 Da das Gesetz keinen Hinweis enthält und jede Rechtsprechung und Literatur fehlt, ist die Grenze dieser Analogie schwer abschätzbar. Meines Erachtens ist sie in verfassungskonformer Auslegung soweit geboten, als sie zur Sicherstellung der Anforderungen der EMRK in Strafverfahren nötig ist, nicht aber darüber hinaus: So begründet die Unterlassung der Belehrung eines Zeugen von seinem Entschlagungsrecht nach

³⁹⁴ § 8 VStG; § 15 StGB.

³⁹⁵ vgl. *Rosbaud*, JBl 2003, 920-925.

³⁹⁶ § 35 AußStrG 2003; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 89.

³⁹⁷ *Bertl/Venier*, Strafprozessrecht, 76.

³⁹⁸ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 8.

³⁹⁹ vgl. *Rosbaud*, JBl 2003, 920; *Bertl/Venier*, Strafprozessrecht, 76.

herrschender Meinung im Zivilverfahren eben keinen Verfahrensmangel⁴⁰⁰; im Strafverfahren wäre das gleiche ein Nichtigkeitsgrund⁴⁰¹.

6.2.4 *Rosbaud*⁴⁰² beschäftigt sich intensiv mit der Zuerkennung vorläufiger Verbindlichkeit von Beschlüssen⁴⁰³ im kartellgerichtlichen Strafverfahren. Denn die Fälligkeit des Bußgeldes vor einer rechtskräftigen „Verurteilung“ könnte im Widerspruch zur Unschuldvermutung nach Art 6 Abs 2 EMRK stehen. Er kommt zum Schluss, dass das Gericht die vorläufige Verbindlichkeit nur in den vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gezogenen Grenzen zuerkennen darf.

6.3 Kronzeugenregelung

6.3.1 Bereits das Kartellgesetz 1988 sah seit der Kartellrechtsnovelle 2002 als (einzigen) Milderungsgrund vor, dass bei Geldbußen wegen verbotener Durchführung eines Kartells auf die Mitwirkung an der Aufklärung der Rechtsverletzung Bedacht zu nehmen sei⁴⁰⁴. Dies war als „Ansatz zu einer Kronzeugenregelung“ gedacht⁴⁰⁵. (Kronzeugenregelungen im Kartellrecht entsprechen einem europäischen Trend⁴⁰⁶, da inzwischen die Europäische Kommission und 17 Mitgliedstaaten ein derartiges Programm unterhalten⁴⁰⁷. Im Jahr 2004 hat die Kommission die Kronzeugenregelung in 49 Fällen angewandt⁴⁰⁸.)

6.3.2 Das Kartellgesetz 2005 übernimmt diesen Milderungsgrund abgesehen von sprachlichen Anpassungen⁴⁰⁹. Durch die Novelle 2005 des Wettbewerbsgesetzes wird jedoch zusätzlich eine echte Kronzeugenregelung geschaffen, die bereits auf Ebene der Bundeswettbewerbsbehörde ansetzt und die Einleitung eines kartellgerichtlichen Bußgeldverfahrens ganz verhindern kann⁴¹⁰. Denn künftig kann die Bundeswettbewerbsbehörde davon Abstand nehmen, die Verhängung einer Geldbuße wegen eines Verstoßes gegen das österreichische oder das europäische Kartellverbot (nicht aber etwa auch gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung) eine Geldbuße zu beantragen, wenn das Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung

- ihre Mitwirkung an der Zuwiderhandlung eingestellt hat;
- die Bundeswettbewerbsbehörde über diese Zuwiderhandlung informiert, bevor diese von dem Sachverhalt erfährt;

⁴⁰⁰ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 362.

⁴⁰¹ § 281 Z 3 StPO iVm § 152 Abs 5 StPO.

⁴⁰² *Rosbaud*, JBI 2003, 924.

⁴⁰³ § 44 AußStrG 2003.

⁴⁰⁴ § 30 letzter Satz KartG 2005 (§ 143 letzter Satz KartG 1988).

⁴⁰⁵ EB zu RV 1005/XXI (Kartellrechtsnovelle 2002), zu § 142 KartG; *Urlesberger*, RWZ 2002/55.

⁴⁰⁶ *Matousek*, *ecolex* 2005, 503.

⁴⁰⁷ Rede der Wettbewerbskommissarin *Kroes* am 1. März 2005; veröffentlicht auf der Homepage der Kommission:

<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/157&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

⁴⁰⁸ Rede der Wettbewerbskommissarin *Kroes* am 1. März 2005.

⁴⁰⁹ § 30 letzter Satz KartG 2005.

⁴¹⁰ *Matousek*, *ecolex* 2005, 503.

- in der Folge uneingeschränkt und zügig mit der Bundeswettbewerbsbehörde zwecks vollständiger Aufklärung des Sachverhaltes zusammenarbeitet und
- andere Unternehmer oder Unternehmervereinigungen nicht zur Teilnahme an der Zuwiderhandlung gezwungen hat⁴¹¹.

Die Kronzeugenregelung gilt nur für Verstöße gegen das Kartellverbot, nicht etwa auch für Verstöße gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.

6.3.3 War der Sachverhalt der Bundeswettbewerbsbehörde bereits bekannt, so kann sie bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen eine geringere Geldbuße beantragen⁴¹². Hat die Bundeswettbewerbsbehörde dem Bundeskartellanwalt mitgeteilt, dass sie von der Kronzeugenregelung Gebrauch gemacht hat, so entfällt dessen Befugnis, eine Geldstrafe zu beantragen⁴¹³.

6.3.4 Die Kronzeugenregelung war während des Gesetzgebungsprozesses sehr umkämpft: So wurde nachträglich eingeführt, dass die Bundeswettbewerbsbehörde auf Verlangen eines Unternehmers rechtsunverbindlich bekannt zu geben hat, ob sie in seinem Fall von der Kronzeugenregelung Gebrauch machen wird⁴¹⁴. Diese Bekanntgabe ist kein Bescheid⁴¹⁵. Informationen aus derartigen Anfragen dürfen nicht als Grundlage für einen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße herangezogen werden; jedoch kann die Bundeswettbewerbsbehörde aufgrund von Informationen aus anderen Quellen Anträge auf Verhängung einer Geldbuße stellen⁴¹⁶. Die Bundeswettbewerbsbehörde hat ihre Praxis bei der Durchführung der Kronzeugenregelung in einem Handbuch darzulegen, das auf ihrer Website zu veröffentlichen ist⁴¹⁷.

6.3.5 Es wird, teilweise über die Medien⁴¹⁸, vertreten, dass die Kronzeugenregelung verfassungswidrig sei. Im wissenschaftlichen Schrifttum vertritt *Hemetsberger*⁴¹⁹ die Meinung, dass die Kronzeugenregelung gegen das Grundrecht auf Aussageverweigerung bei Gefahr der Selbstbezeichnung verstoße. Denn der (teilweise) Bußgelderlass sei ein „negatives Zwangsmittel“ (im Gegensatz zu positiven Zwangsmitteln wie Zwangsstrafen), um Unternehmen zur Selbstbezeichnung anzuhalten⁴²⁰. *Hemetsberger* weist auch darauf hin, dass es zu dieser Frage noch keine Gerichtsentscheidung gibt⁴²¹. Ich kann die Meinung von *Hemetsberger* nicht teilen: Meines Erachtens kann die Einräumung eines Vorteils, aufgrund dessen sich jemand zu einer Handlung entschließt, nicht mit der Ausübung von („positivem“) Zwang gleichgestellt werden, mit dem er zu dieser Handlung genötigt wird.

⁴¹¹ *Matousek*, *ecolex* 2005, 504.

⁴¹² § 11 Abs 3 2. Satz WettbG idF idF RV 942/XXII (Wettbewerbsgesetznovelle 2005).

⁴¹³ § 36 Abs 3 KartG 2005.

⁴¹⁴ § 11 Abs 5 WettbG idF Wettbewerbsgesetznovelle 2005.

⁴¹⁵ *Matousek*, *ecolex* 2005, 504.

⁴¹⁶ § 11 Abs 6 WettbG idF Wettbewerbsgesetznovelle 2005.

⁴¹⁷ *Matousek*, *ecolex* 2005, 504.

⁴¹⁸ *N.N.*, Kronzeugen-Regel, *Die Presse* vom 27. Juli 2005.

⁴¹⁹ *Hemetsberger*, *ÖZW* 2004, 8.

⁴²⁰ *Hemetsberger*, *ÖZW* 2004, 8.

⁴²¹ *Hemetsberger*, *ÖZW* 2004, 12.

6.3.6 Die Europäische Kommission plant zur Zeit eine Harmonisierung der Kronzeugenregelungen in der Gemeinschaft⁴²². Denn derzeit schließt die Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung in einem Mitgliedstaat (oder bei der Kommission) nicht aus, dass das Unternehmen aufgrund der bekanntgegebenen Informationen von der Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaats (oder von der Kommission) bestraft wird⁴²³. Daher muss das Unternehmen alle in Betracht kommenden Wettbewerbsbehörden von dem Kartell informieren. Dabei müssen alle Wettbewerbsbehörden zur gleichen Zeit informiert werden, weil Kronzeugenregelungen zumeist voraussetzen, dass die Informationen für die jeweilige Wettbewerbsbehörde neu sind⁴²⁴. Bei größeren Kartellen müssen zugleich außereuropäische Wettbewerbsbehörden informiert werden, sodass die Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung in der Praxis mit sehr großem Aufwand verbunden ist.

7. Entzug des Rechtsvorteils einer Gruppenfreistellung im Einzelfall

Nach Art 29 Abs 2 der VO (EG) 1/2003 kann die Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaates den Rechtsvorteil einer Gruppenfreistellung (nämlich die automatische Zulässigkeit einer Vereinbarung ohne dass die vier Rechtfertigungskriterien wie Effizienzgewinne, etc. im Einzelfall geprüft würden) im Einzelfall entziehen, wenn dieser Einzelfall (obwohl er unter eine Gruppenfreistellungsverordnung fällt) mit den vier Rechtfertigungskriterien unvereinbar ist. Dies setzt jedoch voraus, dass die Wirkungen dieser Unvereinbarkeit im Gebiet dieses Mitgliedstaates auftreten und dass dieses Gebiet alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist. (Liegt kein gesonderter räumlicher Markt vor, ist die Europäische Kommission für den Entzug des Rechtsvorteils einer Gruppenfreistellungsverordnung im Einzelfall zuständig⁴²⁵.)

Diese Befugnis unterscheidet sich von allen bisher behandelten Befugnissen dadurch, dass sie im innerstaatlichen Recht nicht ausdrücklich geregelt ist. Es enthält lediglich die allgemeine Zuständigkeitsbestimmung des § 83 KartG 2005, wonach das Kartellgericht bei der Anwendung der Art 81 und 82 EGV die in der VO (EG) 1/2003 angeführte nationale Wettbewerbsbehörde für die Erlassung von Entscheidungen ist. Dabei hat es die Verfahrensvorschriften des Kartellgesetzes 2005 anzuwenden⁴²⁶. Zuständig für die Entziehung des Rechtsvorteils einer Gruppenfreistellung ist folglich das Kartellgericht⁴²⁷. (Wenn *Wollmann*⁴²⁸ kritisiert, dass der Gesetzgeber die Klarstellung verabsäumt hat, wer für den Entzug des Rechtsvorteils einer Gruppenfreistellung zuständig ist, kann sich das nur auf das Versäumnis einer ausdrücklichen Erwähnung dieser Verfahrensart beziehen.) Aufgrund der (asymmetrisch) erweiterten Rechtskraft kartellgerichtlicher Abstellaufträge und kartellgerichtlicher Feststellungen stellt das Kartellgesetz auch geeignete Verfahrensvorschriften zur Verfügung: Denn hat das Kartellgericht in einem Abstellauftrag

⁴²² *Klees*, „One Stop Shop“ bei Anträgen auf Kronzeugenbehandlung in Europa?, *EuZW* 2005, 449.

⁴²³ *Klees*, *EuZW* 2005, 449.

⁴²⁴ *Klees*, *EuZW* 2005, 449.

⁴²⁵ Art 29 Abs 1 VO (EG) 1/2003.

⁴²⁶ § 83 Abs 2 KartG 2005.

⁴²⁷ *Hoffer/Barbist*, *Kartellrecht*, § 83 Abs 1 KartG.

⁴²⁸ *Wollmann*, *ecolx* 2005, 500.

oder in einer Feststellung den Rechtsvorteil entzogen, kann sich (etwa in einem streitigen Verfahren) jedermann darauf berufen.

(Hätten Beschlüsse des Kartellgerichts keine asymmetrisch erweiterte Rechtskraft, wäre das innerstaatliche Verfahrenrecht für den Entzug des Rechtsvorteils einer Gruppenfreistellung im Einzelfall tatsächlich sehr ungeeignet: Denn wenn das Kartellgericht den Rechtsvorteil auch entzöge, würde dies als Beschluss eines Außerstreitgerichts nur zwischen den Parteien wirken. Dritte könnten sich in einem streitigen Verfahren nicht unmittelbar auf den Beschluss stützen. Das Gericht im streitigen Verfahren könnte die in dem Beschluss vertretene Auffassung aber auch nicht autonom nachvollziehen, weil nur nationale Wettbewerbsbehörden dafür zuständig sind. Ein Verfahren, mit dem einer Vereinbarung der Vorteil der Gruppenfreistellung ein für alle mal entzogen werden kann, stünde dann gar nicht zur Verfügung. Dies könnte einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht bedeuten, da die Mitgliedstaaten nach Art 35 Art 1 VO (EG) 1/2003 Wettbewerbsbehörden bestimmen müssen, welche die Bestimmungen der Verordnung wirksam anwenden können. Ganz ähnlich hat *Matousek* den im Kartellgesetz 1988 vorgesehenen Ausschluss der kartellgerichtlichen Zuständigkeit im Kompetenzbereich der Bundesländer als „klar gemeinschaftsrechtswidrig“⁴²⁹ angesehen, weil die Bundesländer selbst keine Wettbewerbsbehörden eingerichtet hatten.)

⁴²⁹ *Matousek*, *ecolex* 2005, 503.

C. Zulässigkeit des Rechtswegs

1. Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes

Das Kartellgesetz 2005 nimmt von seinem Anwendungsbereich bestimmte Sachverhalte aus, die der Aufsicht einer Verwaltungsbehörde unterliegen. Dies betrifft

- Sachverhalte, die der Aufsicht der Finanzmarktaufsichtsbehörde über Banken, Bausparkassen oder private Versicherungsunternehmen unterliegen⁴³⁰; und
- Sachverhalte, die der Aufsicht des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie über Verkehrsunternehmen unterliegen⁴³¹.

Ausgenommen sind nicht Unternehmen, sondern nur (kartellrechtlich relevante) Sachverhalte⁴³². Daher ist die praktische Bedeutung dieser Ausnahmebestimmungen sehr gering: Nach überwiegender Auffassung umfasst die Aufsicht der Finanzmarktaufsichtsbehörde keinerlei kartellrechtlich relevante Sachverhalte, sodass diese Bestimmung keinen Anwendungsbereich hat⁴³³. Auch die Ausnahme für Sachverhalte, die der Aufsicht des Bundesministers für öffentliche Wirtschaft und Verkehr über Verkehrsunternehmen unterliegen, hat sehr geringe Bedeutung erlangt.

Wenn einer Ausnahme vom Kartellgesetz die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde gegenübersteht (wie etwa im Bereich der Verkehrsunternehmen die Genehmigung der Festsetzung und Erhöhung des Beförderungspreises nach § 2 Abs 2 Z 12 und § 31 Kraftfahrliniengesetz⁴³⁴) liegt meines Erachtens eine Frage der Zulässigkeit des (Zivil-) Rechtswegs vor. Wird ein Verfahren in einer solchen Angelegenheit anhängig gemacht, ist die Nichtigkeit vom Kartellgericht und vom Kartellobergericht in jeder Phase des Verfahrens von Amts wegen wahrzunehmen⁴³⁵. Wird der Mangel erst nach Rechtskraft des Beschlusses des Kartellgerichts offenbar, so ist auf Antrag der Obersten Verwaltungsbehörde vom Obersten Gerichtshof die Nichtigkeit des Verfahrens auszusprechen⁴³⁶. Wenn das Kartellgericht hingegen eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes nicht beachtet, der keine Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde gegenübersteht (etwa die Ausnahme von Vereinbarungen zwischen Genossenschaften vom Kartellverbot⁴³⁷), liegt meines Erachtens bloß der Rekursgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung vor.

⁴³⁰ § 24 Abs 3 Z 1 1. Var KartG 2005 (§ 5 Abs 1 Z 1 1. Var KartG 1988); *Tahedl*, Missbrauch, 36; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 19.

⁴³¹ § 24 Abs 3 Z 1 2. Var KartG 2005 (§ 5 Abs 1 Z 1 2. Var KartG 1988); *Tahedl*, Missbrauch, 36; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 20.

⁴³² *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 20.

⁴³³ vgl KOG 9.9.1991, Okt 7/91; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 20.

⁴³⁴ Bundesgesetz über die linienmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen, BGBl I 203/1999; vgl EB zur RV 633/XVII.

⁴³⁵ § 42 Jurisdiktionsnorm; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 33.

⁴³⁶ § 42 Abs 2 Jurisdiktionsnorm; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 33.

⁴³⁷ § 2 Abs 2 Z 3 KartG 2005 (§ 5 Abs 3 KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 22-23.

2. Sonstige Zuständigkeiten von Verwaltungsbehörden

Wenn für einen Sachverhalt und für ein Begehren die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde besteht und das Kartellgesetz keine entsprechende Ausnahme seines Anwendungsbereichs vorsieht, stellt sich die Frage, ob das Kartellgericht zur Anwendung des Kartellgesetzes zuständig bleibt.

2.1 Gesetzlich geregelte Fälle

Die Gesetze, mit denen in jüngster Zeit Regulatoren eingerichtet wurden, sehen ausdrücklich vor, dass die Zuständigkeiten des Kartellgerichts zur Anwendung des Kartellgesetzes unberührt bleiben. Dies gilt etwa für

- die Behörden nach dem Telekommunikationsgesetz⁴³⁸ (Telecom-Control Kommission sowie Rundfunk- und Telecom Regulierungs GmbH)
- Energie-Control - GmbH⁴³⁹ und Energie - Control-Kommission⁴⁴⁰
- Schienen - Control Kommission⁴⁴¹.

Dabei kann der Gesetzgeber vorsehen, dass die Zuständigkeit des Kartellgerichts und der Behörde nebeneinander bestehen (z.B. im Telekommunikationsgesetz⁴⁴²) oder dass die Zuständigkeit der Behörde entfällt, soweit die Zuständigkeit des Kartellgerichts reicht (z.B. die Zuständigkeit der Energie-Control-Kommission bei Streitigkeiten über den Netzzugang zwischen Netzzugangsberechtigten und Netzbetreibern⁴⁴³).

Der OGH als Kartellobergericht hat es bei der Verhängung einer Geldbuße (von letztlich EUR 500.000) als Milderungsgrund gewertet, dass das Tarifsysteem, das er als wettbewerbswidrig beurteilte, zuvor von der Telecom-Control Kommission genehmigt worden war⁴⁴⁴.

2.2 Nicht gesetzlich geregelte Fälle

Wenn ein Gesetz die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde für einen Sachverhalt und ein Begehren begründet ohne dass es das Verhältnis zum Kartellgesetz und zum Kartellgericht ausdrücklich regelt, dann erachtet sich das Kartellgericht (wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs) als unzuständig, wenn der Gesetzgeber mit dem Verwaltungsgesetz auch kartellrechtliche Fragen abschließend regeln wollte und insoweit die Bestimmungen des Kartellgesetzes und die Zuständigkeit des Kartellgerichts aufheben wollte⁴⁴⁵. Dabei ist

⁴³⁸ § 2 Abs 4 Telekommunikationsgesetz 2003.

⁴³⁹ § 10 Abs 1 Z 1 Energie-Regulierungsbehördengesetz.

⁴⁴⁰ § 21 Abs 1 Elektrizitätswirtschafts- und Organisationsgesetz.

⁴⁴¹ § 53f Eisenbahngesetz 1957; § 74 Eisenbahngesetz 1957.

⁴⁴² § 2 Abs 4 Telekommunikationsgesetz 2003; vgl OGH 20.12.2004, 16 Ok 12/04.

⁴⁴³ § 21 Abs 1 Elektrizitätswirtschafts- und Organisationsgesetz.

⁴⁴⁴ OGH 20.12.2004, 16 Ok 12/04.

⁴⁴⁵ OGH 16.12.2002, 16 Ok 14/02 (15/02) ecolex 2003, 258 = wbl 2003, 345.

insbesondere zu prüfen, ob der jeweilige Rechtsbereich auch eine Regelung der kartellrechtlichen Aspekte umfasst⁴⁴⁶. Inwieweit und unter Berücksichtigung welcher Aspekte des Verwaltungsgesetzes die kartellrechtlichen Bestimmungen dann vom Kartellgericht anzuwenden sind, ist eine Frage des materiellen Rechts, für die Zulässigkeit des Rechtswegs aber nicht entscheidend⁴⁴⁷.

Mit dieser Konstellation hatte sich der Oberste Gerichtshof im Bereich des Vergaberechts zu befassen⁴⁴⁸. Antragsteller war ein Bieter in einem Vergabeverfahren über ein Autobahnmautsystem: Er stellte den Antrag, das Kartellgericht möge der vergebenden Stelle (als Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung) auftragen,

- die Antragsteller zu angemessenen Bedingungen zum Vergabeverfahren zuzulassen,
- in eventu das gegenständliche Vergabeverfahren auszusetzen,
- in eventu den Zuschlag nicht zu erteilen.

Der OGH hat entschieden, dass nicht davon ausgegangen werden könne, der Gesetzgeber habe mit der Schaffung der Regelungen des Vergaberechts den gesamten, sehr breiten wirtschaftlichen Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe generell von den kartellrechtlichen Regelungen ausnehmen wollen. Die Zielrichtung des Vergaberechts sei die Gleichbehandlung der Bieter. Es sei hingegen kein Ziel des Vergaberechts, einem Auftraggeber (bei gleicher Behandlung der Bieter) unter dem Aspekt der Marktbeherrschung an der Erzielung besonders günstiger Einkaufsbedingungen zu hindern. Denn der Aspekt der Marktbeherrschung sei vom Bundesvergabeamt gar nicht zu prüfen. Im konkreten Fall hatte sich das Bundesvergabeamt für unzuständig erklärt, was für das OLG Wien als Kartellgericht entscheidend gewesen war. Der OGH erwähnte dies nur nach seiner Darlegung der Zulässigkeit des Rechtswegs ("Hinzu kommt hier auch noch, dass..."⁴⁴⁹). Im Ergebnis sei von der allgemeinen Zulässigkeit der Anrufung des Kartellgerichts bei kartellrechtlichen Fragestellungen zum Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung eines öffentlichen Auftraggebers auszugehen⁴⁵⁰. Der Antrag wurde letztlich aber abgewiesen, weil keine marktbeherrschende Stellung festgestellt werden konnte.

3. Öffentlich-rechtliche Rechtsakte

In Kartellrechtssachen ist der Rechtsweg ausgeschlossen, wenn ein privatrechtlicher Anspruch behauptet wird, mit dem jedoch ein unmittelbarer Eingriff in das hoheitliche Handeln eines Rechtsträgers angestrebt wird, sei es durch Beseitigung der Folgen hoheitlichen Handelns durch Vornehmen oder Rückgängigmachen eines Verwaltungsakts, sei es durch Untersagung hoheitlichen Handelns⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ OGH 16.12.2002, 16 Ok 14/02 (15/02) ecolex 2003, 258 = wbl 2003, 345.

⁴⁴⁷ OGH 16.12.2002, 16 Ok 14/02 (15/02) ecolex 2003, 258 = wbl 2003, 345.

⁴⁴⁸ OGH 16.12.2002, 16 Ok 14/02 (15/02) ecolex 2003, 258 = wbl 2003, 345.

⁴⁴⁹ OGH 16.12.2002, 16 Ok 14/02 (15/02) ecolex 2003, 258 = wbl 2003, 345.

⁴⁵⁰ OGH 16.12.2002, 16 Ok 14/02 (15/02) ecolex 2003, 258 = wbl 2003, 345.

⁴⁵¹ OGH 17.11.2003, 16 Ok 3/03.

Mit dieser Konstellation war der OGH als Kartellobergericht befasst, als ein Hersteller von Arzneimitteln die Feststellung begehrte, dass der Hauptverband der Sozialversicherungsträger seine marktbeherrschende Stellung missbraucht habe: Denn er habe die Zustimmung des Arzneimittelherstellers zur Anpassung des Kassenverkaufspreises eines Medikaments im Heilmittelverzeichnis erzwungen⁴⁵². Das OLG Wien als Kartellgericht hatte den Antrag abgewiesen, da der Hauptverband zwar eine marktbeherrschende Stellung habe, diese aber im konkreten Fall nicht missbraucht habe. Während des Rekursverfahrens ist (unabhängig von diesem Fall) ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs ergangen, wonach das Heilmittelverzeichnis und jede Änderung des Heilmittelverzeichnisses Verordnungen im Sinne des Art 139 B-VG sind⁴⁵³. Der OGH hat den Rekurs in der Folge wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurückgewiesen.

⁴⁵² OGH 17.11.2003, 16 Ok 3/03.

⁴⁵³ VfGH 10.10.2003, G 222/02, G 1/03.

D. Zulässigkeit des außerstreitigen Rechtswegs

Als Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot oder das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung kommen

- Abstellaufträge (Unterlassungsurteile),
- vorbeugende Unterlassungsaufträge,
- Nichtigkeit von Verträgen und
- Schadenersatz

in Betracht. In der Folge soll untersucht werden, welche dieser Rechtsfolgen vor dem Kartellgericht, welche im streitigen Verfahren und welche wahlweise in beiden Arten der Gerichtsbarkeit geltend gemacht werden können. Anschließend sollen die Wirkungen untersucht werden, die ein Verfahren, das in dem einen Zweig der Gerichtsbarkeit geführt wird, auf ein zweites Verfahren hat, das im anderen Zweig der Gerichtsbarkeit geführt wird.

1. Abgrenzung zum streitigen Verfahren

1.1 Abstellauftrag

Die Zuständigkeiten des Kartellgerichts umfassen im wesentlichen Genehmigungen (von Zusammenschlüssen) und Abstellaufträge. Für Genehmigungsverfahren (über Zusammenschlüsse) ist das Kartellgericht ausschließlich zuständig. Anstelle des kartellgerichtlichen Abstellauftrags kann nach ständiger Rechtsprechung⁴⁵⁴ jedoch auch eine auf § 1 UWG (Fallgruppe Gesetzesverstoß) gestützte Unterlassungsklage im streitigen Verfahren eingebracht werden⁴⁵⁵. Diesem Anspruch nach dem UWG steht die Zuständigkeit des Kartellgerichts nicht entgegen⁴⁵⁶.

Im Schrifttum wurde vertreten, dass im streitigen Verfahren auch direkt gestützt auf das Kartellgesetz (als Schutzgesetz im Sinn des § 1311 ABGB) Unterlassungsansprüche geltend gemacht werden könnten⁴⁵⁷. Dies war schon deshalb zweifelhaft, weil die Rechtsprechung Unterlassungsansprüche nur zum Schutz vor Eingriffen in dingliche Rechte, im Rahmen von bestehenden Schuldverhältnissen sowie in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen (wie § 14 UWG) zulässt⁴⁵⁸. Aufgrund des üblichen Umwegs über das UWG war die praktische Bedeutung dieser Frage so gering, dass es nur zufällig und letztlich aufgrund eines Versehens des OGH zu einer Klärung dahingehend kam, dass der streitige Rechtsweg unzulässig ist, soweit eine Zuständigkeit des Kartellgerichts besteht⁴⁵⁹. Das einschlägige

⁴⁵⁴ so OGH 5.4.2005, 4 Ob 52/05h mwN.

⁴⁵⁵ OGH 17.3.1998, 4 Ob 62/98s ÖBl 1998, 256 = RdW 1998, 465; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 109; *Reidlinger*, *ecolex* 2004, 114; *Tahedl*, *Missbrauch*, 265-281; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 26 KartG.

⁴⁵⁶ OGH 17.3.1998, 4 Ob 62/98s ÖBl 1998, 256 = RdW 1998, 465.

⁴⁵⁷ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 8 Rz 104; unklar *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 26 KartG.

⁴⁵⁸ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 8 FN 215; *Gamerith*, *Der vorbeugende Unterlassungsanspruch*, ÖBl 2005, 52.

⁴⁵⁹ OGH 25.5.2004, 4 Ob 110/04m.

Urteil erging zum Nahversorgungsgesetz, das in seinen Verfahrensbestimmungen im wesentlichen dem Kartellgesetz entspricht:

Der OGH hatte im streitigen Verfahren aufgetragen, „im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“ das Gewähren von Rückvergütungen zu unterlassen (wegen Verstoßes gegen § 2 Nahversorgungsgesetz). Er hat jedoch vergessen, im Urteil das UWG überhaupt zu erwähnen. In einem Folgeverfahren hat derselbe Kläger, gestützt auf § 1 UWG, für den selben Verstoß Schadenersatz gefordert. In diesem zweiten Verfahren haben die Untergerichte die Sittenwidrigkeit verneint, sodass der OGH klären musste, ob er in seinem ersten Urteil bereits das Vorliegen von Sittenwidrigkeit rechtskräftig festgestellt hatte (indem er das Unterlassungsbegehren unausgesprochen auf § 1 UWG in Verbindung mit § 2 NahVG gestützt hatte). Dabei hat er entschieden, dass die Formulierung „im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“ bereits zeige, dass sein Urteil auf das UWG gestützt sei und im übrigen bestehe für Unterlassungsbegehren nach § 2 NahVG eine Zuständigkeit des Kartellgerichts, „insoweit demnach der streitige Rechtsweg unzulässig ist“⁴⁶⁰.

1.2 Unterlassung künftiger Störungen und vorbeugende Unterlassungsklage

Ein Abstellauftrag durch das Kartellgericht setzt einen bei Beschlussfassung aktuellen Verstoß gegen eine Bestimmung des Kartellgesetzes voraus⁴⁶¹. Eine vorbeugende Unterlassungsklage kann nach der Rechtsprechung nicht Gegenstand eines Kartellverfahrens sein⁴⁶². Inwieweit vergangenes Verhalten Unterlassungsansprüche auslösen kann, sei nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften zu beurteilen⁴⁶³. Solche sind daher im streitigen Verfahren geltend zu machen.

- Wenn in der Vergangenheit bereits ein gleichartiger Verstoß begangen wurde, spricht nach der Rechtsprechung bis zum Beweis des Gegenteils die Vermutung dafür, dass derjenige, der bereits wettbewerbswidrig gehandelt hat, hierzu neuerlich geneigt sein wird. Es sei daher Sache des Beklagten, Umstände darzutun, welche die Wiederholung zwar nicht schlechthin als unmöglich, aber als äußerst unwahrscheinlich erscheinen ließen⁴⁶⁴. In diesem Fall kann die Unterlassung künftiger Verstöße gestützt auf § 14 UWG regelmäßig durchgesetzt werden, auch wenn die Störung zwischenzeitig abgestellt wurde. Die unmittelbare Berufung auf § 1311 ABGB scheitert in diesem Fall nicht an der Unzulässigkeit des Rechtswegs, weil bei zwischenzeitiger Abstellung keine Zuständigkeit des Kartellgerichtes für ein Abstellverfahren besteht. Die unmittelbare Berufung auf § 1311 ABGB wird jedoch daran scheitern, dass die Rechtsprechung Unterlassungsansprüche nur zum Schutz vor Eingriffen in dingliche Rechte, im Rahmen von bestehenden Schuldverhältnissen sowie in den vom Gesetz ausdrücklich aufgezählten

⁴⁶⁰ OGH 25.5.2004, 4 Ob 110/04m.

⁴⁶¹ OGH 17.11.2003, Ok 19/03; OGH 17.11.2003, Ok 11/03; *Reidlinger*, *ecolex* 2004, 114; *Hoffer/Barbist*, *Kartellrecht*, § 34 KartG.

⁴⁶² OGH 16.12.2002, 16 Ok 10/02.

⁴⁶³ OGH 16.12.2002, 16 Ok 10/02.

⁴⁶⁴ *Koppensteiner*, *Wettbewerbsrecht*, § 34 Rz 6 mit Angaben zur Rechtsprechung; *Gamerith*, *ÖBl* 2005, 52.

Fällen (wie eben § 14 UWG) zulässt, nicht jedoch bei bloßen Verletzungen von Schutzgesetzen⁴⁶⁵.

- Wenn eine Klage auf Unterlassung zukünftiger Handlungen eingebracht wurde, obwohl noch kein entsprechender Verstoß stattgefunden hat, spricht man von einer vorbeugenden Unterlassungsklage⁴⁶⁶. Diese werden im Rahmen der Zulässigkeit von gewöhnlichen Unterlassungsklagen behandelt, setzen jedoch zusätzlich voraus, dass der Verstoß unmittelbar drohend bevorsteht⁴⁶⁷. Bei unmittelbar drohenden bevorstehenden Verstößen kann daher eine auf § 14 UWG gestützte Unterlassungsklage eingereicht werden. Die unmittelbare Berufung auf § 1311 ABGB wird wiederum nicht an der Unzulässigkeit des streitigen Rechtswegs scheitern, weil keine Zuständigkeit des Kartellgerichts für vorbeugende Unterlassungsklagen besteht; jedoch wird sie daran scheitern, dass bei bloßen Schutzgesetzverletzungen keine Unterlassungsansprüche bestehen⁴⁶⁸.

1.3 Gültigkeit von Verträgen

Die Frage nach der Gültigkeit oder Ungültigkeit von Verträgen bei Verstößen gegen das Kartellgesetz stellt sich einerseits beim Kartellvertrag selbst und andererseits bei Folgeverträgen, die unter Ausnutzung des Kartells oder unter Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung geschlossen wurden:

1.3.1 Kartellvertrag

1.3.1.1 Das Kartellgesetz 2005 sieht vor, dass Verträge, die gegen das Kartellverbot verstoßen, nichtig sind. Da das Kartellgesetz bei Verstößen gegen das Kartellverbot einen Abstellauftrag zu erlassen hat, steht ein Verfahren vor dem Kartellgericht zur Verfügung, in dem die Unwirksamkeit von Kartellverträgen geltend gemacht werden kann. Dasselbe gilt für Verstöße gegen Art 81 EGV, der ebenfalls bei Verstößen die Sanktion der Nichtigkeit vorsieht und vom Kartellgericht unmittelbar anwendbar ist.

(Unter dem Kartellgesetz 1988 konnte bei einem genehmigungspflichtigen Kartell der Widerruf der Genehmigung beantragt werden und einem Kartell, das grundsätzlich ohne Genehmigung durchgeführt werden durfte, dessen Untersagung. In beiden Fällen durfte das Kartell in der Folge nicht mehr durchgeführt werden, wodurch der Kartellvertrag unwirksam war⁴⁶⁹. Auf diesem indirekten Weg konnte auch unter dem Kartellgesetz 1988 eine Entscheidung des Kartellgerichts zur Wirksamkeit eines Kartellvertrages erwirkt werden. Meines Erachtens war dies auch bei Verstößen gegen Art 81 EGV möglich: Denn das Kartellgericht hatte die Durchführung von Kartellen, die ohne Genehmigung durchgeführt werden dürfen – dazu gehören im Parallelanwendungsbereich des österreichischen und des europäischen Kartellrechts alle Kartelle, weil es in diesem Bereich zuletzt keine

⁴⁶⁵ OGH 9.11.1982, 4 Ob 404/81 ÖBl 1983, 9; OGH 8.7.1993, 2 Ob 546/93 RdW 1994, 77; *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 8 FN 215; *Gamerith*, ÖBl 2005, 52.

⁴⁶⁶ *Gamerith*, ÖBl 2005, 52; *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 34 Rz 8.

⁴⁶⁷ OGH 3.5.2000, ÖBl 2001, 91; *Gamerith*, ÖBl 2005, 52.

⁴⁶⁸ *Gamerith*, ÖBl 2005, 52.

⁴⁶⁹ § 22 KartG 1988.

Genehmigungen mehr gab – zu untersagen, wenn dem Kartell die Voraussetzungen nach § 23 KartG 1988 fehlen⁴⁷⁰. Nach § 23 KartG 1988 unzulässig war etwa ein Kartell, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt⁴⁷¹, wovon auch ein Verstoß gegen Art 81 EGV umfasst war⁴⁷².)

1.3.1.2 Darüber hinaus kann die Unwirksamkeit von Kartellverträgen auch auf dem streitigen Rechtsweg geltend gemacht werden. Unter dem Kartellgesetz 2005 ergibt sich dies aus der Nichtigkeitssanktion⁴⁷³; bei Verstößen gegen Art 81 EGV bildet dies sogar den Grundpfeiler der unmittelbaren Anwendbarkeit des Kartellverbots nach der VO (EG) 1/2003⁴⁷⁴.

(Das Kartellgesetz 1988 sah bei den zivilprozessualen Besonderheiten unabhängig vom Streitwert die Landesgerichtszuständigkeit für Streitigkeiten über das Bestehen und Nichtbestehen von Kartellverträgen vor⁴⁷⁵. Daraus ergibt sich, dass ein Streitiges Verfahren in diesem Bereich nicht durch die Zuständigkeiten des Kartellgerichts ausgeschlossen war.)

1.3.2 Folgeverträge

1.3.2.1 Das Kartellgericht kann nicht über die zivilrechtliche Gültigkeit oder Ungültigkeit von Folgeverträgen befinden⁴⁷⁶. Jedoch kann es in einem Abstellauftrag die Durchführung bestimmter Verträge oder Vertragspunkte (ex nunc) untersagen⁴⁷⁷. (Ob bei einem Nichtigkeitsbegehren die Umdeutung in einen solchen Abstellauftrag in Betracht kommt, hat der OGH ausdrücklich offen gelassen⁴⁷⁸.)

1.3.2.2 Über die Nichtigkeit von Folgeverträgen kann daher nur im Streitigen Verfahren entschieden werden⁴⁷⁹.

1.4 Schadenersatz

1.4.1 Das Kartellgesetz gibt dem Kartellgericht die Zuständigkeit für Abstellaufträge, nicht jedoch für den Zuspruch von Schadenersatz⁴⁸⁰. Schadenersatzansprüche aufgrund von Kartellverstößen können nicht im Kartellverfahren geltend gemacht werden, sondern sind nach allgemeinem Zivilrecht zu beurteilen⁴⁸¹. Sie können daher nur im Streitigen Verfahren

⁴⁷⁰ § 25 Abs 1 Z 1 KartG 1988.

⁴⁷¹ § 23 Z 2 KartG 1988.

⁴⁷² *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 8 Rz 62; OGH 15.12.1998, 16 Ok 7/98 ÖBl 1999, 138 = wbl 1999, 126.

⁴⁷³ § 1 Abs 3 KartG 2005.

⁴⁷⁴ Art 6 VO (EG) 1/2003.

⁴⁷⁵ § 122 Abs 1 KartG 1988.

⁴⁷⁶ OGH 11.10.2004, 16 Ok 14/04; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 26 KartG.

⁴⁷⁷ OGH 11.10.2004, 16 Ok 14/04.

⁴⁷⁸ OGH 11.10.2004, 16 Ok 14/04.

⁴⁷⁹ OGH 11.10.2004, 16 Ok 14/04; OGH 15.10.2002, 4 Ob 187/02g EvBl 2003/19 = wbl 2003, 92.

⁴⁸⁰ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 26 KartG.

⁴⁸¹ OGH 16.12.2002, 16 Ok 10/02; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 26 KartG; *Tahedl*, Missbrauch, 247; *Stillfried/Stockenhuber*, Schadenersatz bei Verstoß gegen das Kartellverbot, wbl 1995, 301 und 345; *Gehmacher/Hauck/Madl*, Schadenersatz bei Kartellverstoß – Zur Lombard-Club Entscheidung der Kommission, *ecolex* 2002, 564; *Wilhelm*, Lombard-Club – Schadenersatz bei Kartellverstoß, *ecolex* 2002, 557.

geltend gemacht werden. (Die Beweisschwierigkeiten bei Schadenersatzansprüchen wegen Kartellverstößen sind so groß, dass ein solcher Schadenersatz in Österreich bisher noch nie zugesprochen wurde⁴⁸² und es nach dem Stand von 1996 auch noch keinen Versuch dazu gegeben hatte⁴⁸³.)

1.4.2 Bei Verstößen gegen das europäische Wettbewerbsrecht hat der EuGH in der Rechtsache *Courage/Crehan*⁴⁸⁴ entschieden, dass die Wirksamkeit („effet utile“) des Gemeinschaftsrechts erfordert, dass „jedermann“ nach den nationalen Rechtsvorschriften einen Anspruch auf Ersatz des durch ein Kartell erlittenen Schadens hat.

In dieser Rechtsache hat ein Bierlieferant mit Marktanteil von 19 % einen Abnehmer wegen unbeglichener Bierlieferungen auf Zahlung geklagt. Der Abnehmer hat im Wege der Widerklage Schadenersatz vom Bierlieferanten verlangt. Er habe sein Unternehmen schließen müssen, da er aufgrund eines wettbewerbswidrigen Alleinbezugsvertrags mit dem Bierlieferanten eine Mindestmenge Bier zu einem überhöhten Preis abnehmen musste. Nach englischem Recht haben die Parteien eines verbotenen Vertrages gegeneinander keine Schadenersatzansprüche. Nach dem Urteil des EuGH ist dies mit dem Europarecht unvereinbar, da dieses fordere, dass jedermann den durch einen Kartellverstoß erlittenen Schaden ersetzt bekomme⁴⁸⁵. Dies könne nur für Personen ausgeschlossen werden, die erhebliche Verantwortung für die Wettbewerbsverzerrung tragen, wobei die Stärke der Verhandlungsposition zu berücksichtigen ist⁴⁸⁶.

In Folge von *Courage/Crehan* sieht der 7. Erwägungsgrund der Verordnung VO (EG) 1/2003 vor, dass die einzelstaatlichen Gerichte die Rechte einzelner unter anderem durch Zuspruch von Schadenersatz schützen.

*Eilmansberger*⁴⁸⁷ hat diese Rechtsprechung kritisiert, da sie durch die Forderung, jedermann müsse einen Anspruch auf Ersatz seines Schadens haben, niemanden vom Schutzzweck des Kartellverbots ausnimmt⁴⁸⁸. Dies bedeutet in österreichischer Terminologie, dass sie das Erfordernis eines Rechtswidrigkeitszusammenhangs ausschließt. Daher wären etwa auch Aktionäre und gekündigte Arbeitnehmer von geschädigten Unternehmen anspruchsberechtigt. (Gerade der Rechtswidrigkeitszusammenhang war das zentrale Kriterium in einer zuvor von *Eilmansberger* abgefassten, sehr umfangreichen Abhandlung⁴⁸⁹ zu Schadenersatzansprüchen bei Verstößen gegen das europäische Wettbewerbsrecht).

⁴⁸² *Wollmann/Prisker*, Länderbericht Österreich, 1; vgl. zu anderen Mitgliedstaaten: *Hack*, Handlungsmöglichkeiten Einzelner bei Kartellrechtsverstößen, *ecolex* 2003, 311 (315); *Woods/Sinclair/Ashton*, Private enforcement, 32.

⁴⁸³ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 47.

⁴⁸⁴ EuGH 20. September 2001, C-453/99, *Courage/Crehan*; *Eilmansberger*, Schadenersatz wegen Kartellverstoßes: Zum EuGH-Urteil *Courage/Crehan*, *ecolex* 2002, 28; *Hack*, *ecolex* 2003, 311.

⁴⁸⁵ EuGH 20. September 2001, C-453/99, *Courage/Crehan*, Rz 26.

⁴⁸⁶ EuGH 20. September 2001, C-453/99, *Courage/Crehan*, Rz 32.

⁴⁸⁷ *Eilmansberger*, *ecolex* 2002, 28.

⁴⁸⁸ vgl. *Hack*, *ecolex* 2003, 315.

⁴⁸⁹ *Eilmansberger*, Bedeutung, 130-154.

1.4.3 Dementsprechend wird bei einer derzeit im Auftrag der Kommission durchgeführten Untersuchung⁴⁹⁰ zur Vorbereitung eines „Grünbuchs“ zu Schadenersatzklagen bei Kartellverstößen ein weites Feld von Geschädigten untersucht⁴⁹¹:

- Direkte Abnehmer;
- Indirekte Abnehmer (Abnehmer von Abnehmern);
- Abnehmer von Nichtkartellmitgliedern (wegen autonomen Nachvollzug der Kartellpreise);
- Lieferanten von Vorprodukten (bei Produktionsbeschränkung der Kartellmitglieder);
- Anbieter von Komplementärgütern (etwa Rückgang des Benzinverbrauchs bei Verteuerung von Kraftfahrzeugen).

1.4.4 Bei den innerstaatlichen Rechtsgrundlagen ist (wie bei Unterlassungsbegehren) zu unterscheiden, ob der Anspruch direkt auf § 1311 ABGB iVm dem Kartellverbot⁴⁹² oder ob der Anspruch auf § 16 UWG iVm dem Kartellverbot gestützt wird⁴⁹³. Nach der neueren Rechtsprechung des OGH können auch Konsumenten Schadensersatzansprüche nach § 16 UWG geltend machen⁴⁹⁴. Die Voraussetzungen beider Anspruchsgrundlagen sind daher grundsätzlich gleich⁴⁹⁵. Die Rechtsfolgen des Anspruchs nach § 16 UWG können jedoch für den Kläger günstiger sein, da das UWG die Haftung für entgangenen Gewinn unabhängig vom Verschuldensgrad⁴⁹⁶, Ersatz immaterieller Schäden⁴⁹⁷ und generelle Solidarhaftung mehrerer Schädiger⁴⁹⁸ vorsieht.

2. Wechselwirkungen zwischen Kartellverfahren und Streitigem Verfahren

Wie gezeigt, können bei Verstößen gegen das Kartellrecht Verfahren vor dem Kartellgericht und im Streitigen Verfahren anhängig gemacht werden⁴⁹⁹: Dies etwa durch einen Antrag auf Erlass eines Abstellauftrags vor dem Kartellgericht und einer Schadenersatzklage im Streitigen Verfahren. Damit stellt sich die Frage nach den wechselseitigen Wirkungen zwischen den beiden Verfahren, insbesondere in Hinblick auf Streitanhängigkeit und Rechtskraft.

2.1 Streitanhängigkeit

Nach ständiger Rechtsprechung begründet die Erhebung desselben Anspruchs im Streitigen und im außerstreitigen Verfahren keine Streitanhängigkeit⁵⁰⁰. Gegen diese Rechtsprechung

⁴⁹⁰ Ashurst, Damages, 4.

⁴⁹¹ vgl *Hack*, *ecolex* 2003, 311.

⁴⁹² *Wilhelm*, *ecolex* 2002, 557.

⁴⁹³ *Hoffer/Barbist*, *Kartellrecht*, § 26 KartG.

⁴⁹⁴ OGH 24.2.1998, 4 Ob 53/98t EvBl 1998/124 = *ecolex* 1998, 497 = *RdW* 1998, 399.

⁴⁹⁵ *Wollmann/Prisker*, *Länderbericht Österreich*, 3.

⁴⁹⁶ § 16 Abs 1 UWG.

⁴⁹⁷ § 16 Abs 2 UWG.

⁴⁹⁸ § 17 UWG.

⁴⁹⁹ *Zanger*, *Rechtsdurchsetzung am Telekom-Markt*, *medien und recht* 2002, 132.

⁵⁰⁰ OGH 27.10.1998, 5 Ob 256/98b wobl 1999/125.

findet sich Kritik im Schrifttum, wobei jedoch regelmäßig darauf hingewiesen wird, dass nicht ersichtlich sei, wie es überhaupt zu einer solchen Konkurrenzsituation kommen sollte⁵⁰¹. Im Kartellverfahren ist die Konkurrenzsituation zu einem auf das UWG gestützten streitigen Verfahren jedoch naheliegend⁵⁰².

Für die Frage der Streitanhängigkeit muss daher nicht untersucht werden, ob der Antrag auf einen kartellgerichtlichen Abstellaufrag und eine (auf das UWG oder § 1311 ABGB gestützte) Unterlassungsklage denselben Streitgegenstand betreffen. Wird ein Unterlassungsbegehren auf das UWG oder auf § 1311 ABGB gestützt, gehört es nach dem Vorbringen der Partei und nach dem Inhalt des Begehrens auf den streitigen Rechtsweg, sodass eine amtswegige Umqualifizierung in einen Außerstreitantrag nach § 40a JN von vornherein ausscheidet⁵⁰³.

Da im Kartellverfahren Fragen wie das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung geklärt werden, die für ein streitiges Verfahren Vorfragen sein können, kann das streitige Verfahren nach § 190 ZPO bis zum Abschluss des Verfahrens vor dem Kartellgericht unterbrochen werden⁵⁰⁴. Diese Möglichkeit wurde im Zuge der Erlassung des Außerstreitgesetzes 2003 in die ZPO aufgenommen⁵⁰⁵.

2.2 Rechtskraft (Einmaligkeitswirkung)

Ein rechtskräftiges Urteil über dieselbe Sache ist ein Prozesshindernis und führt zur amtswegigen Zurückweisung einer neuerlichen Klage⁵⁰⁶. Dieses Prozesshindernis ist in jedem Stadium des Verfahrens wahrzunehmen. Der Fall einer Vorentscheidung über dieselbe Sache ist im Kartellverfahren nur bei zwei Unterlassungs- (Abstell-) Begehren praktisch relevant. Denn zwei parallele Feststellungsverfahren werden schon daran scheitern, dass die Klage im streitigen Verfahren auch unmittelbar auf Unterlassung lauten kann, wodurch ein bloßes Feststellungsbegehren im streitigen Verfahren unzulässig sein wird⁵⁰⁷.

Es gibt keine ersichtliche Behandlung der Frage, ob im Verhältnis zwischen einem streitigen Verfahren und einem außerstreitigen Verfahren eine rechtskräftige Entscheidung über die gleiche Sache für die jeweils andere Verfahrensart das Prozesshindernis der Rechtskraft bewirkt. Denn in der Literatur wird vertreten, dass die Wirkung von Rechtskraft zwischen beiden Verfahren „wegen der unüberwindlichen Hindernisse des Außerstreitverfahrens“ nur für den Bereich der Vorfragen Bedeutung habe⁵⁰⁸. Im Kartellverfahren ist diese Konstellation hingegen nicht ungewöhnlich.

⁵⁰¹ *Fasching*, Kommentar III, § 411 ZPO Rz 28; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 87.

⁵⁰² *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 109.

⁵⁰³ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 75.

⁵⁰⁴ § 190 ZPO idF BGBl I 111/2003 (Außerstreitgesetz 2003).

⁵⁰⁵ *Mayer/Fucik*, Das neue Verfahren außer Streitsachen, 73.

⁵⁰⁶ § 411 ZPO; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 399.

⁵⁰⁷ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 237.

⁵⁰⁸ *Fasching*, Kommentar III, § 411 ZPO, Rz 28.

In den einzigen beiden kartellgerichtlichen Entscheidungen⁵⁰⁹ zu diesem Bereich hatte in erster Instanz das OLG Wien als Kartellgericht einen Antrag auf Erlassung eines Abstellauftrags abgewiesen. Während des Rekursverfahrens beim OGH als Kartellobergericht hat das Handelsgericht Wien im streitigen Verfahren eine in Rechtskraft erwachsene einstweilige Unterlassungsverfügung über jenes Begehren erlassen, welches das Kartellgericht abgewiesen hatte⁵¹⁰. Es findet sich im Beschluss kein Hinweis darauf, dass der Verpflichtete der einstweiligen Verfügung des Handelsgerichts nachgekommen wäre.

Dennoch hat der OGH als Kartellobergericht den Rekurs gegen den Beschluss des OLG Wien als Kartellgericht mangels Beschwer zurückgewiesen, weil die Antragstellerin mit der Entscheidung des Handelsgerichts jenes Rechtsschutzziel erreicht habe, das sie auch mit ihrem Antrag beim Kartellgericht verfolgt hatte: Denn wenn die einstweilige Verfügung des Handelsgerichts im Hauptverfahren bestätigt würde, dann wäre die durch die einstweilige Verfügung geschaffene Rechtslage endgültig; wenn sie nicht bestätigt würde, dann wäre die „kartellrechtlich relevante (Vor-) Frage“ dahingehend beantwortet, dass die Handlung keinen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot darstelle.

Folglich entscheidet das Kartellgericht nicht neuerlich über dieselbe Sache, wenn über das gleiche Begehren bereits eine Entscheidung aus dem streitigen Verfahren vorliegt. Dass es dabei keinen Unterschied zwischen stattgebenden und abweisenden Vorentscheidungen macht, zeigt, dass es sich dabei um eine Rechtskraftwirkung und nicht um das Fehlen von Rechtsschutzbedürfnis handelt (das der Antragsteller bei einer abweisenden Entscheidung weiterhin hätte, ohne dass hier auf die grundsätzliche Zulässigkeit des Kriteriums des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses eingegangen werden soll⁵¹¹).

Meines Erachtens ist kein Grund ersichtlich, warum die Einmaligkeitswirkung eines streitigen Urteils (auf ein Außerstreitverfahren) anders sein soll als die Einmaligkeitswirkung eines Außerstreitbeschlusses (auf ein streitiges Verfahren). Daher begründet meines Erachtens auch die rechtskräftige Vorentscheidung des Kartellgerichts über einen Antrag auf Erlassung eines Abstellauftrags Rechtskraft für einen späteren Antrag auf Erlassung eines Unterlassungsurteils gestützt auf § 14 UWG iVm dem Kartellgesetz.

2.3 Rechtskraft (Bindungswirkung)

Wenn das Verfahren vor dem Kartellgericht und das streitige Verfahren nicht die gleiche Sache betreffen (etwa weil im streitigen Verfahren nicht Unterlassung, sondern Schadenersatz begehrt wird) stellt sich die Frage, inwieweit die frühere rechtskräftige Entscheidung das andere, später entscheidende Gericht bindet. Dies ist eine Frage der materiellen Rechtskraft, zu der sowohl Entscheidungen im streitigen Verfahren⁵¹² als auch Beschlüsse des

⁵⁰⁹ OGH 17.11.2003, 16 Ok 19/03; OGH 1.7.2002, 16 Ok 4/02.

⁵¹⁰ *Reidlinger, ecolex* 2004, 116.

⁵¹¹ vgl dazu *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht*, 10.

⁵¹² *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht*, 397.

Außerstreitverfahrens⁵¹³ fähig sind. Diese Frage stellt sich sowohl bei stattgebenden als auch bei abweisenden Vorentscheidungen.

- Stattgebende Vorentscheidung des Kartellgerichts

Wenn das Kartellgericht einen rechtskräftigen Abstellauftrag erlassen hat, dann erlegt dieser dem Verpflichteten die entsprechende Pflicht auch gegenüber dem Kläger des streitigen Verfahrens auf, unabhängig davon, ob der Kläger eine Partei des Kartellverfahrens war⁵¹⁴. Wenn daher ein derartiger Abstellauftrag vorliegt, so bindet er das Gericht im streitigen Verfahren, indem zu diesem Zeitpunkt eine zusätzliche Rechtsnorm vorliegt, die dem Beklagten ein bestimmtes Verhalten untersagt. Dies hindert das Gericht im streitigen Verfahren nicht, etwa im Fall einer Unterlassungsklage nach dem UWG, die Sittenwidrigkeit zu prüfen oder bei einer Schadenersatzklage die Frage, ob der Abstellauftrag gerade auch Schäden des Klägers verhindern sollte (Rechtswidrigkeitszusammenhang).

- Stattgebende Vorentscheidung im streitigen Verfahren

Die Frage nach der Wirkung einer solchen Vorentscheidung im streitigen Verfahren stellt sich nur, wenn sich im kartellgerichtlichen Folgeverfahren wieder dieselben Parteien gegenüberstehen: Denn ein Urteil entfaltet Rechtskraft nur zwischen den Parteien⁵¹⁵. (Wenn der Antragsteller im Kartellverfahren nicht bereits Partei des streitigen Verfahrens war, dann kann das Urteil vielleicht durch die Überzeugungskraft seiner Begründung auf die Entscheidung des Kartellgerichts einwirken. Es handelt sich dabei aber nicht um Rechtskraft.)

Die für das Kartellgericht maßgeblichen Fragen wie Marktbeherrschung und Missbrauch sind im streitigen Verfahren in der Regel nur Vorfragen. (Die Bereiche Marktbeherrschung und Missbrauch setzen umgekehrt keine umfangreichen Vorfragen voraus, sodass die Hauptfrage des streitigen Verfahrens in der Praxis kaum jemals Vorfrage des Kartellverfahrens sein wird). Dies ist etwa der Fall, wenn im streitigen Verfahren ein Vertrag (oder eine einzelne Vertragsbestimmung wie ein Aufrechnungsverbot⁵¹⁶) wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung für nichtig erklärt wird oder dem Kläger Schadenersatz wegen Kartellverstoß zugesprochen wurde.

Grundsätzlich ist von der materiellen Rechtskraft nur der Urteilsspruch erfasst⁵¹⁷. Von der Begründung des Urteils, die allein Hinweise auf das Kartellrecht enthalten wird, werden nur tragende Gründe, die zur Individualisierung des Urteilsspruchs erforderlich sind, von der Rechtskraft mitumfasst⁵¹⁸. (Da etwa ein Urteilsspruch, der die Zahlung eines

⁵¹³ *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 83.

⁵¹⁴ siehe Abschnitt B.1.2 (ii).

⁵¹⁵ OGH 12.11.1997, 4 Ob 216/97m ÖBl 1998, 232; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 400.

⁵¹⁶ OGH 15.10.2002, 4 Ob 187/02g EvBl 2003/19 = wbl 2003, 92.

⁵¹⁷ § 411 ZPO; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 402.

⁵¹⁸ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 403.

Geldbetrages aufträgt, gar nicht erkennen lässt, aus welchem Sachverhalt sich dieser Anspruch ableitet, wäre in einem solchen Fall die Rechtskraft allein des Urteilsspruchs gar nicht denkbar). Jedoch wird die Lösung von Vorfragen nicht rechtskräftig⁵¹⁹, sofern sie nicht im Rahmen eines Zwischenantrags auf Feststellung⁵²⁰ entschieden wurde:

- Die Frage, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, ist eine bloße Vorfrage, die beim Zuspruch von Schadenersatz oder der Nichtigkeit von Verträgen nicht zur Individualisierung des Spruchs erforderlich ist. Oft ist auch nicht sicher, ob ein Verhalten bei allen Unternehmern sittenwidrig wäre oder nur bei marktbeherrschenden Unternehmern.
- Die Frage, ob die Feststellung des Missbrauchs von der Rechtskraft umfasst ist, kann meines Erachtens nicht losgelöst vom konkreten Fall beantwortet werden. Wenn ein bestimmter Betrag an Schadenersatz zugesprochen wird, wird die Beurteilung eines bestimmten Sachverhalts als sittenwidriges Verhalten zur Individualisierung des Urteilsspruchs erforderlich und daher von der Rechtskraft umfasst sein, sodass sie für die Tatsache des „Missbrauchs“ (einer marktbeherrschenden Stellung) Bindungswirkung entfaltet. Bei der Feststellung der Nichtigkeit eines Vertrages wird die Begründung des Urteils nicht zur Individualisierung des Spruchs erforderlich sein, sodass die Begründung nicht von der Rechtskraft umfasst sein wird.
- Abweisende Entscheidung des Kartellgerichts

Die Frage nach der Wirkung einer abweisenden Entscheidung des Kartellgerichts auf ein nachfolgendes Streitiges Verfahren stellt sich nur, wenn sich im Streitigen Verfahren wieder die selben Parteien gegenüberstehen: Denn die Entscheidung des Kartellgerichts, mit der ein Antrag auf Erlassung eines Abstellauftrags abgewiesen wird, hat nicht die über die Parteien hinausgehende Wirkung eines stattgebenden Beschlusses: Einerseits findet sich im Kartellgesetz kein dahingehender Hinweis und andererseits kann die Abweisung etwa auch darauf zurückzuführen sein, dass dem Antragsteller des Kartellverfahrens keine ausreichenden Beweise zur Verfügung standen, die einem anderen Antragsteller oder Kläger jedoch vorliegen. (Dies entspricht den Rechtsfolgen einer Abweisung der ebenfalls mit erweiterter Rechtskraft ausgestatteten Anfechtungsklage gegen die Beschlüsse der Hauptversammlung im Aktienrecht⁵²¹.)

Bei abweisenden Urteilen gilt ebenso wie bei stattgebenden Urteilen, dass nur der Spruch und jene Teile der Begründung, die zur Individualisierung des Urteilsspruchs erforderlich sind, von der Rechtskraft umfasst sind⁵²². Jedoch entfaltet die für die Abweisung maßgebliche Verneinung einer Vorfrage Bindungswirkung, wenn die negative

⁵¹⁹ § 411 Abs 1 1. Satz 2. Variante ZPO; OGH 12.11.1997, 4 Ob 216/97m ÖBl 1998, 232; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 402.

⁵²⁰ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 242.

⁵²¹ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht, 278.

⁵²² *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 403.

Entscheidung über die Hauptfrage für ein anderes Verfahren relevant ist⁵²³. Weist daher das Kartellgericht einen Antrag „dem Antragsgegner die Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aufzutragen“ mit der Begründung ab, der Antragsgegner habe keine marktbeherrschende Stellung, so ist die negative Entscheidung meines Erachtens für einen nachfolgenden Schadenersatzprozess relevant. Denn wäre die Entscheidung stattgebend gewesen, hätte sie eine Vorfrage des Schadenersatzprozesses rechtskräftig entschieden. Daher entfaltet die für die Abweisung maßgebliche Verneinung einer marktbeherrschenden Stellung für das Schadenersatzverfahren Bindungswirkung zwischen den Parteien des Vorverfahrens.

- Abweisendes Urteil im streitigen Verfahren

Bei einem abweisenden Schadenersatzurteil im streitigen Verfahren, bei der die für das Kartellgericht wesentliche Frage der marktbeherrschenden Stellung eine Vorfrage gewesen wäre, ist die abweisende Entscheidung über die Hauptsache für das Kartellverfahren nicht relevant, weil es auch bei einem stattgebenden Urteil nicht an die Entscheidung der Vorfrage über das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung gebunden gewesen wäre. Folglich entfaltet die Verneinung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung keine Bindungswirkung für das Kartellgericht.

⁵²³ *Rechberger in Rechberger*, Kommentar, § 411, Rz 10.

E. Internationale Zuständigkeit

1. Österreichisches Zuständigkeitsrecht

Das Kartellgesetz 2005 ist nur anzuwenden, soweit sich ein Sachverhalt auf den inländischen Markt auswirkt, unabhängig davon, ob er im Inland oder im Ausland verwirklicht wurde⁵²⁴.

Das Kartellgesetz 1988 sah dieses Wirkungsprinzip nur für die Bestimmungen über Kartelle und über marktbeherrschende Unternehmen vor⁵²⁵. Die Rechtsprechung wandte es aber auch auf Zusammenschlüsse an⁵²⁶. Daher wurde die Anmeldung des Zusammenschlusses eines österreichischen Unternehmens mit einem ausländischen Unternehmen, das am Inlandsmarkt in keiner Weise auftrat, mangels Vorliegen eines anmeldepflichtigen Zusammenschlusses zurückgewiesen, obwohl der Zusammenschluss (wegen der Größe des österreichischen Unternehmens) die vorgegebenen Umsatzschwellen überstieg⁵²⁷. Um solche Fälle von der Anmeldepflicht auszunehmen, sieht das Kartellgesetz 2005 nunmehr bei den Umsatzschwellen einen in Österreich zu erzielenden Mindestumsatz von 5 Millionen Euro für jedes der beiden Unternehmen vor⁵²⁸. Noch im Ministerialentwurf zum Kartellgesetz 2005 war geplant, den erforderlichen Inlandsbezug bei Zusammenschlüssen allein über diesen Mindestumsatz zu regeln (Die Bestimmung über das Auswirkungserfordernis sollte „unbeschadet“ der Bestimmung über die Umsatzschwellen gelten⁵²⁹). Diese Einschränkung hat keinen Eingang in das Gesetz gefunden, sodass (auch) in Zukunft nur Zusammenschlüsse angemeldet werden müssen, die sowohl die Umsatzschwellen überschreiten (einschließlich des durch das KartG 2005 neu eingeführten Mindestumsatzes jedes der beiden Unternehmen) als auch Auswirkungen auf den inländischen Markt haben⁵³⁰. Freilich wird sich der Zusammenschluss von Unternehmen, von denen jedes in Österreich mehr als 5 Millionen Euro Umsatz erzielt, in der Regel auf dem inländischen Markt auswirken.

2. Europäisches Zivilprozessrecht

2.1 Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung

2.1.1 Für den Bereich der Zivil- und Handelssachen stellen das Übereinkommen von Lugano⁵³¹ (im Verhältnis zur Schweiz, zu Norwegen und zu Island), das EuGVÜ⁵³² (im

⁵²⁴ § 24 Abs 2 KartG 2005.

⁵²⁵ *Tahedl*, Missbrauch, 35.

⁵²⁶ OLG Wien 11.7.2003, 27 Kt 238/03; OLG Wien 3.4.2000, 25 Kt 52/00.

⁵²⁷ OLG Wien 11.7.2003, 27 Kt 238/03.

⁵²⁸ § 9 Abs 2 Z 1 KartG 2005.

⁵²⁹ *Hauck/Resch*, *ecolex* 2005, 513; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 24 Abs 2 KartG.

⁵³⁰ *Hauck/Resch*, *ecolex* 2005, 513; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 24 Abs 2 KartG.

⁵³¹ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, geschlossen in Lugano am 16.9.1988, BGBl 1996/448.

⁵³² Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, geschlossen in Brüssel am 27.9.1968, in der Fassung des Beitrittsübereinkommens mit Österreich, Finnland und Schweden, BGBl III 1998/209 mit Berichtigung (betreffend Schiffshypotheken) BGBl III 2000/53.

Verhältnis zu Dänemark⁵³³) und die EuGVVO⁵³⁴ Zuständigkeiten auf, die in ihrem Geltungsbereich den österreichischen innerstaatlichen Zuständigkeitsregeln vorgehen⁵³⁵. Die Anwendung dieser Abkommen setzt voraus, dass der Wohnsitz des Beklagten in der EU ist (beim EuGVÜ: in Dänemark; beim Lugano-Übereinkommen: in der EFTA) und dass ein Bezug zu einem anderen Staat vorliegt⁵³⁶. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dieser andere Staat ebenfalls Mitglied der EU (bzw. der EFTA) ist oder nicht⁵³⁷. Die EuGVVO gilt unabhängig von der Art der Gerichtsbarkeit⁵³⁸, das heißt auch im Außerstreitverfahren⁵³⁹. Die Europäische Kommission hat in ihrer Bekanntmachung zur Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Art 81 und 82 EGV festgehalten, dass die EuGVVO auf alle Wettbewerbssachen zivil- und handelsrechtlicher Art anzuwenden ist⁵⁴⁰.

Sofern Teile der Kartellgerichtsbarkeit in den Anwendungsbereich der EuGVVO fallen, so steht für Unterlassungsanträge⁵⁴¹ der Gerichtstand für Deliktssklagen, die am Ort des Eintritts des Schadens eingebracht werden können, zur Verfügung⁵⁴². (Bei einer vertraglichen Beziehung zwischen den Prozessparteien ist zu beachten, dass der Europäische Gerichtshof erst den Gerichtstand der Vertragserfüllung und erst subsidiär den Gerichtstand der Deliktssklage prüft⁵⁴³. Jedoch auch bei Vorliegen einer vertraglichen Beziehung ist nach der EuGVVO die Zuständigkeit des Kartellgerichts gegeben: Wenn der Lieferant seinen Sitz in Österreich hat, ist dies der allgemeine Gerichtstand⁵⁴⁴, wenn der Abnehmer in Österreich ist, ist es der Gerichtstand des Erfüllungsorts der Kauf- oder Dienstleistungsverträge⁵⁴⁵.) Die praktische Bedeutung liegt daher weniger darin, dass das Kartellgericht für die vom Kartellgesetz zugewiesenen Aufgaben bei Auslandsbezug unzuständig wäre, als vielmehr im

⁵³³ Die Kommission hat kürzlich den Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die Unterzeichnung des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark zur Ausdehnung der VO (EG) 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen auf Dänemark vorgelegt [KOM(2005) 145 endg].

⁵³⁴ Verordnung (EG) des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI 2001 Nr L 174 S 1ff.

⁵³⁵ Czernich/Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Kurzkomentar, Einleitung, Rz 42; Mayr/Czernich, Zivilprozessrecht, 29.

⁵³⁶ Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Kurzkomentar, Art 1 Rz 3-4; Mayr/Czernich, Zivilprozessrecht, 51.

⁵³⁷ EuGH 1. März 2005, C-281/02, Owusu; *Blobel*, Unzulässigkeit der forum non conveniens – Doktrin im europäischen Zivilprozessrecht – EuGH-Urteil vom 1. März 2005, Rs C-281/02 – Owusu, GPR 2005, 140; *Mankowski*, Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2004/2005 (Teil 2), RIW 2005, 561 (564).

⁵³⁸ Art 1 EuGVVO.

⁵³⁹ Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Kurzkomentar, Art 1 Rz 12; Mayr/Czernich, Zivilprozessrecht, 44.

⁵⁴⁰ Bekanntmachung der Kommission zur Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrages, ABI 2004 Nr C 101 S 54ff, FN 4.

⁵⁴¹ Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Kurzkomentar, Art 5 Rz 75; Mayr/Czernich, Zivilprozessrecht, 70.

⁵⁴² Art 5 Z 3 EuGVVO.

⁵⁴³ Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Kurzkomentar, Art 5 Rz 75.

⁵⁴⁴ Art 2 EuGVVO.

⁵⁴⁵ Art 5 Abs 1 EuGVVO; Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Kurzkomentar, Art 5 Rz 33 und Rz 41; Mayr/Czernich, Zivilprozessrecht, 61 und 64.

Fall der Rechtshängigkeit und der Vollstreckung von Entscheidungen im Europäischen Ausland.

2.2 Zivil- oder Handelssache

2.2.1 Definition

Der Begriff der Zivil- und Handelssache wird vom Europäischen Gerichtshof autonom ausgelegt⁵⁴⁶. Nach dieser Rechtsprechung liegt eine Zivil- oder Handelssache dann nicht vor, wenn eine Behörde einen Rechtsstreit in Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse führt⁵⁴⁷. Die Fälle, in denen hoheitliche Gewalt bejaht wurde, betrafen die Geltendmachung von Überfluggebühren durch die Niederländische Flugaufsicht vor Niederländischen Gerichten⁵⁴⁸ und die Geltendmachung von Schiffladegebühren durch das niederländische Transportministerium ebenfalls vor Niederländischen Gerichten⁵⁴⁹.

Die Anwendung der EuGVVO auf die Privatbeteiligung⁵⁵⁰ im Strafverfahren zeigt darüber hinaus, dass bei Parteienhäufung die Teilnahme einer Partei, die in Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse handelt (im Fall der Privatbeteiligung: der Staatsanwalt) nicht verhindert, dass zwischen den anderen Parteien (im Fall der Privatbeteiligung: dem Privatbeteiligten und dem Beschuldigten) eine Zivil- oder Handelssache vorliegt.

Hinsichtlich der hoheitlichen Befugnisse können die im Kartellverfahren Antragsberechtigten (außer privaten Unternehmen) in folgende Gruppen eingeteilt werden:

- (i) Staatliche Behörden (Bundswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt, Regulatoren),
- (ii) Kammern (Wirtschaftskammer, Arbeiterkammer; Landwirtschaftskammer),
- (iii) Unternehmensvereinigungen.

ad (i) Staatliche Behörden

Für die Frage, ob trotz Verfahrenseteiligung einer Einrichtung öffentlichen Rechts eine Zivil- oder Handelssache vorliegt, ist entscheidend, ob diese Einrichtung in Wahrnehmung von Befugnissen handelt, die von den im Verhältnis zwischen Privatpersonen geltenden Rechtsvorschriften abweicht⁵⁵¹. Entscheidend sind die Befugnisse, nicht die Aufgaben⁵⁵². Die Tatsache, dass die Behörde Parteistellung hat,

⁵⁴⁶ Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Kurzkommentar, Art 1 Rz 8; Mayr/Czernich, Zivilprozessrecht, 44.

⁵⁴⁷ EuGH 14. Juli 1977, C-29/76, LTU/Eurocontrol; Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Kurzkommentar, Art 1 Rz 9; Mayr/Czernich, Zivilprozessrecht, 44.

⁵⁴⁸ EuGH 14. Juli 1977, C-29/76, LTU/Eurocontrol.

⁵⁴⁹ EuGH 16. Dezember 1980, C-814/79, Niederlande/Rüffler.

⁵⁵⁰ Art 5 Abs 4 EuGVVO; EuGH 21. April 1993, C-172/91, Sonntag/Waidmann; Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Kurzkommentar Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht, Art 5 Rz 90; Mayr/Czernich, Zivilprozessrecht, 70.

⁵⁵¹ EuGH 1. Oktober 2002, C 167/00, Verein für Konsumenteninformation/Karl Heinz Henkel, Rn 30; Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Kurzkommentar, Art 1 Rz 9.

⁵⁵² EuGH 1. Oktober 2002, C 167/00, Verein für Konsumenteninformation/Karl Heinz Henkel, Rn 30.

obwohl ihre eigenen Interessen nicht betroffen sind, begründet dabei noch keinen Zusammenhang mit der Wahrnehmung öffentlicher Befugnisse⁵⁵³.

Die Bundeswettbewerbsbehörde und die Regulatoren haben umfangreiche Ermittlungsbefugnisse und werden im Kartellverfahren in Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse tätig. Die über die Parteistellung hinausgehenden hoheitlichen Befugnisse des Bundeskartellanwalts sind zwar schwach ausgeprägt, er kann jedoch, anders als Unternehmen, die Verhängung von Geldbußen beantragen⁵⁵⁴ (wobei dem Kartellgericht nur hinsichtlich der Höhe ein Ermessen zukommt). Darüber hinaus kann er die Bundeswettbewerbsbehörde um Auskünfte ersuchen⁵⁵⁵, in die Akten der Bundeswettbewerbsbehörde Einsicht nehmen⁵⁵⁶ und die Bundeswettbewerbsbehörde um die Durchführung von Ermittlungen ersuchen⁵⁵⁷. Er hat daher Befugnisse, die Unternehmen nicht haben und wird im Kartellverfahren in Zusammenhang mit diesen hoheitlichen Befugnissen tätig. Zwischen der Bundeswettbewerbsbehörde, dem Bundeskartellanwalt und den Regulatoren einerseits und Unternehmen andererseits liegt daher keine Zivil- oder Handelssache vor, sodass die EuGVVO keine Anwendung findet.

ad (ii) Kammern

Die Wirtschaftskammer, die Arbeiterkammer und die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern sind berechtigt, in allen kartellgerichtlichen Verfahren Stellungnahmen abzugeben. Da aber nicht einmal die Einräumung von Parteistellung ohne eigene Betroffenheit ein Tätigwerden im Zusammenhang mit hoheitlichen Befugnissen begründet⁵⁵⁸, kann dies bei der Berechtigung zum Abgeben bloßer Stellungnahmen nicht anders sein. Des weiteren können diese Kammern durch ihre verbindlichen Vorschläge für die Bestellung von Laienrichtern Einfluss auf die Zusammensetzung des Kartellgerichts nehmen. Dies kann aber nicht bedeuten, dass diese Kammern als Parteien im Zusammenhang mit öffentlichen Befugnissen tätig werden. Denn wenn es so wäre, dann bestünde bei Beteiligung des Zentralstaates an einem Rechtsstreit nie eine Zivil- oder Handelssache, da die Richter in der Regel vom Staat bestimmt werden. Dass der Staat (als Träger von Privatrechten) an einem Rechtsstreit beteiligt ist, schließt das Vorliegen einer Zivil- oder Handelssache aber nicht aus⁵⁵⁹. Die kartellrechtsspezifischen Befugnisse der Kammern begründen daher kein Tätigwerden im Zusammenhang mit hoheitlichen Befugnissen.

Daher ist zu untersuchen, ob sie ein Verfahren im Zusammenhang mit sonstigen hoheitlichen Befugnissen führen, was meines Erachtens aber nur im konkreten Einzelfall beurteilt werden kann. Es gibt Fälle, in denen die Kammern aufgrund von außerhalb des

⁵⁵³ EuGH 1. Oktober 2002, C 167/00, *Verein für Konsumenteninformation/Karl Heinz Henkel*, Rn 25 und 29.

⁵⁵⁴ § 36 Abs 2 KartG 2005 (§ 142 1. Satz KartG 1988).

⁵⁵⁵ § 81 Abs 3 Z 1 KartG 2005 (§ 117 Abs 3 Z 1 KartG 1988).

⁵⁵⁶ § 81 Abs 3 Z 2 KartG 2005 (§ 117 Abs 3 Z 2 KartG 1988).

⁵⁵⁷ § 81 Abs 3 Z 3 KartG 2005 (§ 117 Abs 3 Z 3 KartG 1988).

⁵⁵⁸ EuGH 1. Oktober 2002, C 167/00, *Verein für Konsumenteninformation/Karl Heinz Henkel*, Rn 25 und 29.

⁵⁵⁹ *Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 1 Rz 9.

Kartellrechts bestehenden Informations- und Mitwirkungsrechten Informationen haben, die privaten Unternehmen nicht zur Verfügung stehen (was häufig für die Wirtschaftskammer zutreffen wird). Andererseits gibt es Verfahren, in denen die Kammer zwar ihre Parteistellung nutzt, aber über keine Informationen verfügt, die nicht auch einem Unternehmer oder dem Verein für Konsumenteninformation zur Verfügung stünden (was häufig bei der Arbeiterkammer der Fall sein wird).

ad (iii) Unternehmensvereinigungen

Unternehmensvereinigungen im Sinn des Kartellrechts können privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Einrichtungen sein; so begründen etwa Teilorganisationen der Wirtschaftskammer ihre Parteistellung mit ihrer Eigenschaft als Unternehmensvereinigungen⁵⁶⁰. Bei Unternehmensvereinigungen des Privatrechts besteht hinsichtlich der Einordnung als Zivil- oder Handelssache kein Unterschied zum Fall der Klage betroffener Unternehmen⁵⁶¹. Bei öffentlich-rechtlichen Einrichtungen ist wie bei Kammern im konkreten Fall zu prüfen, ob sie im Zusammenhang mit öffentlichen Befugnissen tätig werden.

2.2.2 Kartellrecht als Zivil- oder Handelssache

2.2.2.1 Nachstehend werden aus den dargestellten Grundsätzen die Folgerungen für die Verfahrensarten des Kartellgerichts gezogen.

- Abstellaufträge

Abstellaufträge (und Aufträge zur Weiterbelieferung) sind zwischen dem Antragsgegner und jenen Antragstellern, die nicht im Zusammenhang mit hoheitlichen Befugnissen tätig werden, Zivil- und Handelssachen. Sie entsprechen hinsichtlich des Begehrens und des zugrundeliegenden Sachverhalts einer auf das UWG gestützten Unterlassungsklage.

Zivil- und Handelssache ist auch der Antrag auf Auftragung von Maßnahmen zur Abschwächung der marktbeherrschenden Stellung („Entflechtung“; „Zerschlagung“). Denn dabei handelt es sich aber nur um eine auf Antrag zu erlassende weitere Sanktion des Missbrauchstatbestands, sodass kein Grund vorliegt, warum diese Sanktion nicht ebenfalls eine Zivil- und Handelssache wäre, sofern der Antragsteller nicht im Zusammenhang mit hoheitlichen Befugnissen handelt.

- Feststellung der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes

Einen Antrag auf Feststellung der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes können sowohl die (möglicherweise) dem Kartellgesetz unterliegenden Unternehmen selbst stellen (naturgemäß als Antrag auf Feststellung, dass ihr Verhalten dem Kartellgesetz nicht unterliegt) als auch andere Antragsteller (als Alternative zum Antrag auf Erlassung eines Abstellauftrags). Im ersten Fall liegt keine Zivil- oder Handelssache im Sinne der

⁵⁶⁰ OGH 17.11.2003, 16 Ok 14/03; *Tahedl*, Missbrauch, 220.

⁵⁶¹ EuGH 1. Oktober 2002, C 167/00, *Verein für Konsumenteninformation/Karl Heinz Henkel*, Rn 30.

EuGVVO vor, da die EuGVVO „ein kontradiktorisches Verfahren über zwischen den Parteien bestehende Streitpunkte“ voraussetzt⁵⁶². Im letzteren Fall ist der Antrag auf Feststellung zu behandeln wie das jeweils korrespondierende Leistungs- (Abstell-) Begehren, also als Zivil- oder Handelssache, sofern der Antragsteller nicht im Zusammenhang mit hoheitlichen Befugnissen tätig wird.

- Genehmigung von Zusammenschlüssen

Bei Verfahren über die Genehmigung von Zusammenschlüssen⁵⁶³ haben neben den Anmeldern nur die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt Parteistellung, die beide im Zusammenhang mit hoheitlichen Befugnissen tätig werden⁵⁶⁴. Solche Verfahren können daher keine Zivil- oder Handelssachen sein.

- Nachträgliche Auflagen für Zusammenschlüsse

Bei Anträgen auf nachträgliche Auflagen für Zusammenschlüsse besteht die Besonderheit darin, dass sie im Zusammenhang mit einem vorangegangenen Genehmigungsverfahren stehen. Die Rechtsfolgen solcher Anträge entsprechen aber den im Missbrauchsrecht vorgesehenen Maßnahmen zur Abschwächung der marktbeherrschenden Stellung („Zerschlagung“). Daher wird die Eigenschaft als Zivil- und Handelssache meines Erachtens nicht dadurch ausgeschlossen, dass zuvor ein (Genehmigungs-)Verfahren zwischen dem Antragsgegner und der Bundeswettbewerbsbehörde stattgefunden hat. Daher sind meines Erachtens auch Verfahren über nachträgliche Auflagen für Zusammenschlüsse Zivil- und Handelssachen, sofern der Antragsteller nicht im Zusammenhang mit hoheitlichen Befugnissen tätig wird.

- Bußgelder

Bei Verfahren über Bußgelder haben neben den Anmeldern nur die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt Parteistellung, die beide im Zusammenhang mit hoheitlichen Befugnissen tätig werden. Solche Verfahren können daher keine Zivil- oder Handelssachen sein. (Ein Verfahren über punitive damages, in dem die Strafe dem privaten Kläger zufließt, wäre meines Erachtens aber eine Zivil- oder Handelssache).

2.2.2.2 Im Schrifttum haben sich *Czernich*⁵⁶⁵ (wortgleich *Mayr/Czernich*⁵⁶⁶) und *Fuchs*⁵⁶⁷ damit befasst, ob das Kartellrecht eine Zivil- oder Handelssache im Sinn der EuGVVO ist:

- *Czernich* vertritt die Meinung, dass „Ansprüche nach dem KartG“ unter Art 5 Abs 3 EuGVVO fallen.

⁵⁶² EuGH 14. Oktober 2004, Rs C-39/02 – *Mærsk*, Rn 45.

⁵⁶³ § 11 Abs 1 KartG 2005 (§ 42b Abs 1 KartG 1988).

⁵⁶⁴ § 40 KartG 2005 (§ 44 KartG 1988).

⁵⁶⁵ *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkomentar, Art 5 Rz 76.

⁵⁶⁶ *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht, 70.

⁵⁶⁷ *Fuchs*, Zuständigkeit, Rz 447.

- *Fuchs* vertritt die Meinung, dass es sich beim „Kartellrecht“ um keine Zivil- oder Handelssache im Sinn der EuGVVO handle, weil dem Kartellrecht die Aufgabe zukomme, die wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Funktionen des Wettbewerbs zu erhalten; es erfülle eine öffentlich-rechtliche Funktion.

Die beiden Beiträge sind so kurz und deshalb in ihrer Tragweite so unklar, dass nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, dass sie einander widersprechen. Ebenso ist möglich, dass *Czernich* nur Schadenersatz-„Ansprüche nach dem KartG“ meint, während *Fuchs* möglicherweise nur Genehmigungsverfahren im Auge hat. Meines Erachtens kann aus einer pauschalen Zuordnung zum Kartellrecht wenig gewonnen werden, wie folgende Überlegungen zum Beitrag von *Fuchs* zeigen:

- Nach „ständiger Rechtsprechung“⁵⁶⁸ kann bei Verstößen gegen das Kartellrecht im streitigen Verfahren eine auf § 1 UWG gestützte Unterlassungsklage eingebracht werden. (Die Bedeutung des UWG in einem solchen Verfahren ist so gering, dass der OGH sogar vergessen hat, es zu erwähnen⁵⁶⁹. Die Praxis tendierte zuletzt bei Unterlassungsbegehren dann, wenn auch eine einstweilige Verfügung beantragt wird, zum streitigen Rechtsweg⁵⁷⁰.) Sofern man akzeptiert, dass die auf das UWG gestützte Klage eine Zivil- oder Handelssache ist, ist meines Erachtens kein Grund ersichtlich, warum nicht ein von einem betroffenen Unternehmer eingebrachter Antrag auf Erlassung eines Abstellauftrags ebenso eine Zivil- oder Handelssache sein soll.
- Ohne jeden Zweifel zuzustimmen ist *Czernich* darin, dass ein Schadenersatzanspruch wegen Verletzung des Kartellrechts eine Zivil- oder Handelssache ist⁵⁷¹. Der Zuspruch von Schadenersatz schließt jedoch die Feststellung der Rechtsverletzung ein. Daher bleibt unerfindlich, warum die bloße Feststellung der Rechtsverletzung (nach § 28 KartG 2005) keine Zivil- oder Handelssache sein soll.

Diese Beispiele zum Kartellrecht zeigen auch, dass „die wirtschafts- und gesellschaftspolitische Funktion des Kartellrechts, den Wettbewerb zu erhalten“, das Vorliegen einer Zivil- oder Handelssache nicht ausschließt. Dies liegt nicht nur daran, dass *Fuchs* eine für den Ausschluss der Qualifikation als Zivil- oder Handelssache unzureichende öffentliche Funktion herangezogen hätte (denn auch dem UWG kommt „die Aufgabe zu, die wirtschafts- und gesellschaftspolitische Funktion des Wettbewerbs zu erhalten“). Vielmehr ist es (wie *Czernich*⁵⁷² in Anlehnung an die Rechtsprechung festgehalten hat) für die Qualifikation als Zivil- oder Handelsache überhaupt unerheblich, ob das Verfahren öffentlichen Zwecken dient. Der EuGH prüft lediglich, ob eine Partei im Zusammenhang mit hoheitlichen Befugnissen tätig wird⁵⁷³. Zwischen Personen, die nicht im Zusammenhang mit hoheitlichen Befugnissen tätig werden, ist folglich jeder Anspruch auf Leistung, Feststellung

⁵⁶⁸ so OGH 5.4.2005, 4 Ob 52/05h mwN.

⁵⁶⁹ OGH 26.9.1989, 4 Ob 94/89 EvBl 1990/23 = medien und recht 1989, 225; OGH 25.5.2004, 4 Ob 110/04m.

⁵⁷⁰ *Reidlinger*, *ecolex* 2004, 114.

⁵⁷¹ Bekanntmachung der Kommission zur Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrages, ABI 2004 Nr C 101 S 54ff, FN 4.

⁵⁷² *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 1 Rz 11.

⁵⁷³ EuGH 1. Oktober 2002, C 167/00, *Verein für Konsumenteninformation/Karl Heinz Henkel*.

oder Rechtsgestaltung eine Zivil- oder Handelssache und fällt daher in den sachlichen Anwendungsbereich der EuGVVO.

2.3 Verfahren vor einem Gericht

2.3.1 Dass ein Anspruch eine Zivil- oder Handelssache ist und in den sachlichen Anwendungsbereich der EuGVVO fällt, bedeutet aber noch nicht, dass die Anwendbarkeit der EuGVVO auch praktische Bedeutung hätte. Denn alle konkreten Bestimmungen der EuGVVO erfordern als weitere Voraussetzung, dass mit dieser Zivil- oder Handelssache ein Gericht befasst ist:

- Personen mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat können von dessen „Gerichten“ geklagt werden⁵⁷⁴;
- Zusätzlich können Personen vor den „Gerichten“ anderer Orte geklagt werden⁵⁷⁵;
- Vereinbarungen, dass ein bestimmtes „Gericht“ entscheiden soll, sind wirksam⁵⁷⁶;
- Rechtshängigkeit setzt voraus, dass die „Gerichte“ mehrerer Mitgliedstaaten befasst werden⁵⁷⁷;
- Anerkannt und vollstreckt wird jede von einem „Gericht“ eines Mitgliedstaates gefällte Entscheidung⁵⁷⁸.

2.3.2 Hingegen finden die Bestimmungen der EuGVVO nicht auf Verwaltungsbehörden Anwendung⁵⁷⁹ (wobei der Fall weisungsfreier Kollegialbehörden nicht eindeutig ist⁵⁸⁰). Daher ist es möglich, dass auf idente Entscheidungen in Ländern, die zur Entscheidung in Wettbewerbssachen ein Gericht berufen, die Bestimmungen der EuGVVO anwendbar sind, während sie in Ländern (wie etwa Deutschland), die zur Entscheidung in Wettbewerbssachen eine Verwaltungsbehörde einrichten, nicht anwendbar sind.

2.3.3 Die EuGVVO enthält keine Definition des Gerichtsbegriffs. Der Gerichtsbegriff ist autonom-europarechtlich auszulegen⁵⁸¹. Der Europäische Gerichtshof hat für den gemeinschaftsrechtlichen Gerichtsbegriff (den er zur Bestimmung der Antragsbefugnis im Vorabentscheidungsverfahren nach Art 234 EGV geschaffen hat) die nachstehenden Kriterien aufgestellt⁵⁸²:

- gesetzliche Grundlage;
- ständige Einrichtung;
- Anwendung von Rechtsnormen;

⁵⁷⁴ Art 2 Abs 1 EuGVVO.

⁵⁷⁵ insb. Art 5 EuGVVO.

⁵⁷⁶ Art 23 EuGVVO.

⁵⁷⁷ Art 27 EuGVVO.

⁵⁷⁸ Art 32 EuGVVO.

⁵⁷⁹ *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, Art 32 EuGVVO, Rz 9.

⁵⁸⁰ *Kodek* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 32 Rz 6.

⁵⁸¹ *Kodek* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 32 Rz 6.

⁵⁸² zuletzt EuGH 31. Mai 2005, C-53/03, *Syfait*, Rn 29.

- obligatorische Gerichtsbarkeit;
- Unabhängigkeit;
- Streitiges Verfahren;
- Rechtsprechungscharakter der abschließenden Entscheidung.

2.3.4 Meines Erachtens ist das Kriterium des streitigen Verfahrens für den Gerichts begriff der EuGVVO enger auszulegen als der Gerichts begriff nach Art 234 EGV. Denn die EuGVVO setzt ein kontradiktorisches Verfahren über „zwischen den Parteien“ bestehende Streitpunkte voraus⁵⁸³. Hingegen konstruiert der EuGH bei der Frage der Vorlageberechtigung (etwa in Firmenbuch sachen) zuweilen einen Rechtsstreit vor dem Rechtsmittelgericht zwischen dem Rechtsmittelwerber und der unteren Instanz.

Entgegen *Mayr/Czernich*⁵⁸⁴ geht die EuGVVO aber nicht so weit, dass sie voraussetzt, „dass einer einen anderen klagt“. Das Erfordernis des „kontradiktorischen Verfahrens über zwischen den Parteien bestehende Streitpunkte“ ist bereits dann erfüllt, wenn im Verfahren über die Erlassung der Entscheidung ausschließlich der Antragsteller Parteistellung hat; jedoch müssen die Betroffenen die Entscheidung vor dem Antrag auf Vollstreckung in einem anderen Staat zum Gegenstand einer kontradiktorischen Erörterung machen können⁵⁸⁵. (Der entsprechenden Entscheidung des EuGH⁵⁸⁶ lag ein besonderes Institut des Seerechts zugrunde: Ein Schiffseigentümer kann den Antrag stellen, ihm die Hinterlegung eines Haftungsfonds aufzutragen, wodurch seine Haftung für zukünftige Schäden auf die Höhe dieses Haftungsfonds beschränkt wird. Der Beschluss wird erst wirksam, nachdem er den Gläubigern mitgeteilt wurde, worauf diese Rechtsmittel einlegen können. Der EuGH entschied, dass der Beschluss in einem Streitigen Verfahren im Sinn der EuGVVO ergangen war.)

Dass die EuGVVO „ein kontradiktorisches Verfahren über zwischen den Parteien bestehende Streitpunkte“ voraussetzt, erfordert meines Erachtens auch, dass die Parteien den Umfang des Verfahrens bestimmen und das Verfahren beenden können. Auf ein Verfahren vor einer (wenngleich weisungsfreien) Verwaltungsbehörde, deren Entscheidung im öffentlichen Interesse auch über den Antrag hinausgehen kann oder die trotz Rücknahme des Antrags das Verfahren von Amts wegen weiterführen kann, kommen die Bestimmungen der EuGVVO daher nicht zur Anwendung⁵⁸⁷.

2.3.5 Bei der Anwendung der obigen Grundsätze auf das Kartellgericht zeigt sich, dass das Kartellgericht

- auf gesetzlicher Grundlage (nämlich durch das Kartellgesetz)
- ständig eingerichtet ist, um

⁵⁸³ EuGH 14. Oktober 2004, Rs C-39/02 – *Mærsk*, Rn 45.

⁵⁸⁴ *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht, 44.

⁵⁸⁵ EuGH 14. Oktober 2004, Rs C-39/02 – *Mærsk*, Rn 52.

⁵⁸⁶ EuGH 14. Oktober 2004, Rs C-39/02 – *Mærsk*; *Mankowski*, RIW 2005, 565.

⁵⁸⁷ vgl *Kodek in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 32 Rz 6.

- mit obligatorischer Zuständigkeit
- unabhängig
- in einem streitigen Verfahren (im engeren Sinn, da es nicht über den Antrag hinausgehende Entscheidungen treffen kann⁵⁸⁸ und die Rücknahme des Antrags durch die Parteien zur Beendigung des Verfahrens führt⁵⁸⁹)
- durch die Anwendung von Rechtsnormen (nämlich des Kartellgesetzes und des europäischen Kartellrechts)
- eine abschließende Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter zu treffen.

Folglich ist das Kartellgericht ein Gericht im Sinn der EuGVVO. Daher finden auf Zivil- oder Handelssachen, die vor dem Kartellgericht geführt werden, die Bestimmungen der EuGVVO Anwendung.

2.4 Rechtswirkungen des Europäischen Zivilprozessrechts

Selbst bei Anwendbarkeit der EuGVVO ist für Verfahren, an denen österreichische Unternehmen beteiligt sind, die Zuständigkeit des Kartellgerichts gegeben, nämlich

- für Anträge gegen österreichische Unternehmen der allgemeine Gerichtstand⁵⁹⁰;
- für Anträge österreichischer Unternehmen gegen ausländische Unternehmen der Gerichtstand für Delikts-⁵⁹¹ und Unterlassungsklagen⁵⁹². (Denn dafür reicht eine Auswirkung auf dem österreichischen Markt⁵⁹³, und ohne diese Auswirkung bestünde nicht einmal nach österreichischem Recht eine Zuständigkeit des Kartellgerichts⁵⁹⁴).

Jedoch stellen sich bei Anwendbarkeit der EuGVVO Fragen zur Streitanhängigkeit und zur Rechtskraft, wenn Verfahren in verschiedenen Staaten geführt werden.

2.4.1 Streitanhängigkeit

2.4.1.1 Wenn im Anwendungsbereich der EuGVVO bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten Klagen über denselben Anspruch anhängig gemacht werden, muss das später angerufene Gericht von Amts wegen das Verfahren unterbrechen, bis das zuerst angerufene Gericht über seine Zuständigkeit rechtskräftig entschieden hat⁵⁹⁵. Wenn sich das zuerst angerufene Gericht

⁵⁸⁸ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 36 Abs 1 KartG.

⁵⁸⁹ § 36 Abs 5 KartG 2005.

⁵⁹⁰ Art 2 EuGVVO; *Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 2 Rz 1.

⁵⁹¹ Art 5 Z 3 EuGVVO; *Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 5 Rz 74.

⁵⁹² *Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 5 Rz 75; *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht, 70.

⁵⁹³ *Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 5 Rz 82.

⁵⁹⁴ § 24 Abs 2 KartG 2005.

⁵⁹⁵ Art 27 Abs 1 EuGVVO; *Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 27 Rz 15; *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht, 112.

- für zuständig erklärt, dann muss sich das später angerufene Gericht für unzuständig erklären⁵⁹⁶;
- für unzuständig erklärt, dann kann das später angerufene Gericht sein Verfahren fortführen⁵⁹⁷ (und wird als ersten Schritt ebenfalls seine eigene Zuständigkeit prüfen).

2.4.1.2 Daher stellt sich die Frage, ob der Fall eintreten kann, dass das Kartellgericht wegen eines im europäischen Ausland geführten Unterlassungs- Feststellungs- oder Schadenersatzverfahrens sein eigenes Verfahren unterbrechen oder sich für unzuständig erklären muss:

- Ist im Ausland eine Unterlassungsklage anhängig und wird zusätzlich vor dem Kartellgericht ein Antrag auf Abstellung gestellt, dann ist entscheidend, ob vom ausländischen Verfahren auch der österreichische Markt umfasst ist. Dies ist ausschließlich anhand des Vorbringens in der Klage zu prüfen⁵⁹⁸. Bezieht sich die Klage auch auf Unterlassung dieses Verhaltens in Österreich, so ist diese Sache bereits bei den Gerichten eines anderen Mitgliedstaates anhängig, sodass sich das Kartellgericht meines Erachtens für unzuständig erklären muss, sobald sich das zuvor angerufene Gericht für zuständig erklärt hat. Zuvor muss der Antrag den Amtsparteien zugestellt werden, denn wenn eine Amtspartei sich entschließt, den Antrag als eigenen Antrag aufrecht zu erhalten, dann ist mit dem Verfahren zwischen der Amtspartei und dem Antragsgegner ein Verfahren anhängig, das nicht unter die EuGVVO fällt und daher weitergeführt werden kann.
- Ist im Ausland eine Feststellungsklage anhängig und wird zusätzlich vor dem Kartellgericht ein Antrag auf Feststellung gestellt, so gilt das gleiche wie beim (eben behandelten) Fall einer ausländischen Unterlassungsklage und eines inländischen Antrags auf Abstellung.
- Ist im Ausland eine Schadenersatzklage anhängig, so kann ein identes Verfahren vor dem Kartellgericht nicht anhängig gemacht werden, weil dieses keine Zuständigkeit für Schadenersatzverfahren hat. Wenn in diesem Fall beim Kartellgericht hingegen ein Antrag auf Abstellung (oder Feststellung) eingebracht wird, dann stellt sich die Frage, ob damit „Klagen wegen desselben Anspruchs“⁵⁹⁹ im Sinn der EuGVVO anhängig gemacht werden: Denn in diesem Fall würden die Wirkungen der Streitanhängigkeit nach der EuGVVO eintreten. Dazu hat der EuGH mit der Kernpunkttheorie⁶⁰⁰ einen sehr weiten Streitgegenstandsbegriff definiert⁶⁰¹, der weiter ist als der österreichische

⁵⁹⁶ Art 27 Abs 2 EuGVVO; *Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 27 Rz 17; *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht, 112.

⁵⁹⁷ *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht, 112.

⁵⁹⁸ EuGH 8. Mai 2003, C-111/01, *Ganter Electronic GmbH*.

⁵⁹⁹ Art 27 Abs 1 EuGVVO.

⁶⁰⁰ *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht, 110

⁶⁰¹ *Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 27 Rz 10.

Streitgegenstandsbegriff⁶⁰². Nach der Kernpunkttheorie handelt es sich etwa bei einer Klage auf Leistung aus einem Vertrag und einer Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit dieses Vertrags um dieselbe Sache, weil es in beiden Verfahren im Kern um die Frage der Gültigkeit des Vertrags geht, auch bei der Leistungsklage, welche die Gültigkeit des Vertrages incidenter voraussetzt⁶⁰³. Meines Erachtens geht es auch bei einer Schadenersatzklage einerseits und einer Unterlassungsklage (Antrag auf Abstellung) andererseits im Kern um dieselbe Sache, nämlich ob ein Verhalten auf einem bestimmten Markt ein Verstoß gegen das Kartellverbot bzw. das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ist. Daher begründet meines Erachtens auch ein im Ausland anhängiges Schadenersatzverfahren Streitanhängigkeit für Anträge auf Abstellung (und Anträge auf Feststellung).

2.4.1.3 Folglich kann ein im Ausland geführtes Streitiges Verfahren für ein österreichisches Außerstreitverfahren Streitanhängigkeit bewirken, obwohl ein in Österreich geführtes Streitiges Verfahren keine Streitanhängigkeit für österreichische Außerstreitverfahren begründet. Dies ist im Anwendungsbereich der EuGVVO aber kein Einzelfall: Auch die Privatbeteiligung in einem österreichischen Strafverfahren bewirkt grenzüberschreitende Streitanhängigkeit (da der „Anspruch bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten anhängig gemacht“ wird⁶⁰⁴), während sie innerösterreichisch für ein Verfahren vor den Zivilgerichten keine Streitanhängigkeit begründet⁶⁰⁵.

2.4.2 Rechtskraft

2.4.2.1 Im Anwendungsbereich der EuGVVO hat ein ausländisches Urteil im Inland automatisch (*ipso iure*⁶⁰⁶) die gleiche Wirkung wie im Staat, in dem es erlassen wurde⁶⁰⁷; lediglich die Vollstreckbarkeit erfordert ein eigenes Verfahren⁶⁰⁸. Einem ausländischen Urteil können daher in Österreich auch Wirkungen zukommen, die über die Wirkungen eines österreichischen Urteils hinausgehen und die dem österreichischen Recht fremd sind⁶⁰⁹.

2.4.2.2 Regelmäßig kommt einem ausländischen Urteil Einmaligkeitswirkung und Bindungswirkung zu⁶¹⁰.

- Aufgrund der Einmaligkeitswirkung kann über denselben Anspruch in Österreich kein weiteres Erkenntnisverfahren eingeleitet werden⁶¹¹. Vielmehr muss ein Antrag auf

⁶⁰² *Tiefenthaler* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 27 Rz 10; *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht, 110.

⁶⁰³ *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht, 110.

⁶⁰⁴ Art 27 Abs 1 EuGVVO.

⁶⁰⁵ *Seiler*, Strafprozessreform, 64.

⁶⁰⁶ *Kodek* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 33 Rz 1.

⁶⁰⁷ Art 33 Abs 1 EuGVVO; *Kodek* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 33 Rz 7; *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht, 118.

⁶⁰⁸ Art 38 Abs 1 EuGVVO; *Kodek* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 38 Rz 1; *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht, 126.

⁶⁰⁹ *Kodek* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 33 Rz 5; *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht, 118.

⁶¹⁰ *Kodek* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar, Art 33 Rz 6-7.

Vollstreckbarkeit der ausländischen Entscheidung in Österreich gestellt werden⁶¹². Dies muss meines Erachtens bei Vorliegen eines ausländischen Unterlassungsurteils, das auch den österreichischen Markt umfasst, zur Zurückweisung eines vom Begünstigten gestellten Antrags auf einen identischen Abstellauftrag beim Kartellgericht führen.

- Aufgrund der Bindungswirkung ist das Kartellgericht an ein ausländisches Urteil gebunden, mit dem eine Vorfrage des kartellgerichtlichen Verfahrens entschieden wurde.

Wenn die Vorfrage des Kartellgerichts für das ausländische Gericht Hauptfrage war, kommt dem Urteil wohl nach jeder europäischen Rechtsordnung Bindungswirkung zu. Dies wird aber keine große praktische Bedeutung haben: Weil das Kartellgericht (etwa mit Marktbeherrschung und Missbrauch) sehr grundsätzliche Fragen untersucht, ist kaum denkbar, dass eine Vorfrage des Kartellgerichts bereits Hauptfrage in einem anderen Verfahren war.

Von viel größerer praktischer Bedeutung ist der Fall, dass die betreffende Frage für das ausländische Gericht nur Vorfrage war (etwa wenn das ausländische Gericht in einem Schadenersatzverfahren prüfen muss, ob der Beklagte in Österreich überhaupt eine marktbeherrschende Stellung hat). Ob dem ausländischen Urteil in Österreich diese Bindungswirkung zukommt, hängt vom ausländischen Prozessrecht ab⁶¹³. Dass österreichische Urteile diese Wirkung nur sehr eingeschränkt haben, ist für diese Frage bedeutungslos⁶¹⁴.

⁶¹¹ Vorschlag für eine Verordnung (EG) des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, KOM(1999) 348 endg., 23.

⁶¹² *Kodek in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkomentar, Art 33 Rz 7.

⁶¹³ *Kodek in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkomentar, Art 33 Rz 6.

⁶¹⁴ *Kodek in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkomentar, Art 33 Rz 5; *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht, 118.

F. Zuständigkeit der Europäischen Kommission

1. Kartelle und marktbeherrschende Unternehmen

Die Verordnung VO (EG) 1/2003 sieht vor, dass grundsätzlich sowohl die Kommission als auch die nationalen Wettbewerbsbehörden in vollem Umfang zum Vollzug des europäischen Kartellrechts und des europäischen Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zuständig sind⁶¹⁵. Dazu müssen die Mitgliedstaaten Wettbewerbsbehörden bestimmen, welche die Verordnung wirksam anwenden können⁶¹⁶.

In Österreich ist das Kartellgericht die zuständige nationale Wettbewerbsbehörde für die Erlassung von Entscheidungen⁶¹⁷. Soweit nicht die Zuständigkeit des Kartellgerichts gegeben ist, ist die Bundeswettbewerbsbehörde die österreichische nationale Wettbewerbsbehörde⁶¹⁸. Seit dem Kartellgesetz 2005 ist auch der Bundeskartellanwalt nationale Wettbewerbsbehörde „für die Antragstellung beim Kartellgericht“⁶¹⁹.

Wenn sowohl die Kommission ein Verfahren führt als auch ein Verfahren beim Kartellgericht anhängig ist, stellt sich die Frage, ob beide gleichzeitig geführt werden können (Streitanhängigkeit) und die Frage nach den Wirkungen der in dem einen Verfahren getroffenen Entscheidung auf die Entscheidung im anderen Verfahren (Bindungswirkung). Diese Fragen werden von der Verordnung VO (EG) 1/2003 geregelt.

1.1 Streitanhängigkeit

Ist bereits ein innerstaatliches Verfahren anhängig und leitet die Kommission später ebenfalls ein Verfahren ein, so hängen die Rechtsfolgen davon ab, ob das innerstaatliche Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht (im Sinne des Art 6 VO (EG) 1/2003) oder ob es bei einer einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörde (im Sinne des Art 5 VO (EG) 1/2003) anhängig ist. Denn Wettbewerbsbehörden (im Sinne des Art 5 VO (EG) 1/2003) verlieren ihre Zuständigkeit zur Anwendung von Art 81 und Art 82 EGV mit Einleitung des Kommissionsverfahrens⁶²⁰. Gerichte bleiben hingegen auch nach Einleitung eines Kommissionsverfahrens zur Anwendung dieser Bestimmungen zuständig⁶²¹.

Es ist folglich entscheidend, ob das Kartellgericht (im Sinne der VO (EG) 1/2003) Gericht oder Wettbewerbsbehörde ist. Da das Kartellgesetz 2005 vorsieht, dass das Kartellgericht die im Einzelfall zuständige Wettbewerbsbehörde im Sinn der VO (EG) 1/2003 ist, stellt sich die

⁶¹⁵ Art 4 und Art 5 VO (EG) 1/2003; Punkt 2 der Bekanntmachung der Kommission zur Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl 2004 Nr C 101 S 43ff; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, Einleitung, 2.

⁶¹⁶ Art 35 Abs 1 VO (EG) 1/2003; *Matousek*, *ecolex* 2005, 503.

⁶¹⁷ § 83 Abs 2 Z 1 KartG 2005 (§ 42 KartG 1988); *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 83 Abs 1 KartG.

⁶¹⁸ § 3 Abs 1 WettbG.

⁶¹⁹ § 83 Abs 2 Z 2 KartG 2005.

⁶²⁰ Art 11 Abs 6 EuGVVO; *Urlesberger*, RWZ 2003, 99; *Gruber*, wbl 2004, 5; *Görg/Brandstätter*, RdW 2003, 363.

⁶²¹ *Gruber*, wbl 2004, 7.

Frage, ob es bei der Anwendung der Art 81 und 82 EGV immer Wettbewerbsbehörde (im Sinn der VO (EG) 1/2003) ist oder ob es dann, wenn sich in einem Verfahren zwei Unternehmen gegenüberstehen, bei der Anwendung der Art 81 und 82 EGV Gericht (im Sinn der VO (EG) 1/2003) ist.

Das Kartellgericht⁶²² selbst hat bei der Anwendung der VO (EG) 1/2003 vorausgesetzt, dass es Wettbewerbsbehörde ist. So hat es etwa keinen Zweifel gelassen, dass es die zuständige Stelle für eine Feststellung nach Art 5 VO (EG) 1/2003 ist⁶²³ (bei der es sich um eine den nationalen Wettbewerbsbehörden eingeräumte Kompetenz handelt.) Jedoch war bei allen bisher zur VO (EG) 1/2003 ergangenen Entscheidungen die möglicherweise gegen das Kartellrecht verstoßende Unternehmen selbst der Antragsteller⁶²⁴. An keinem dieser Verfahren hat sich ein anderes Unternehmen beteiligt. Für die Frage ob das Kartellgericht in Verfahren zwischen Unternehmen bei der Anwendung der Art 81 und 82 EGV Gericht (im Sinn der VO (EG) 1/2003) ist, kann daher aus der bisherigen Rechtsprechung nichts gewonnen werden.

Jedoch folgt aus Erwägungsgrund 21 der VO (EG) 1/2003, dass „Gericht“ eine Einrichtung bedeutet, welche die betreffenden Regeln in Streitigkeiten zwischen Privatpersonen anzuwenden hat. Auch die Kommission geht offenbar davon aus, dass die Gerichte, denen die Aufgabe der einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden übertragen werden, je nach Verfahren Wettbewerbsbehörde oder Gericht sind: Denn die „Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten“ hält fest, dass als Wettbewerbsbehörde auch ein Gericht bestimmt werden kann und dass in diesem Fall für dieses Gericht sowohl die Regeln über das Verhältnis der Kommission zu einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden als auch die Regeln über das Verhältnis der Kommission zu einzelstaatlichen Gerichten Anwendung finden können⁶²⁵. Meines Erachtens ist daher das Kartellgericht bei Streitigkeiten zwischen Unternehmen nicht einzelstaatliche Wettbewerbsbehörde (im Sinne des Art 5 VO (EG) 1/2003), sondern einzelstaatliches Gericht (im Sinne des Art 6 VO (EG) 1/2003).

Im Schrifttum haben sich (soweit ersichtlich) nur *Görg/Brandstätter*⁶²⁶ (in einer Fußnote) mit dieser Frage beschäftigt. Sie befassen sich mit dem Fall, dass die Kommission ein Verfahren einleitet und schreiben in der Fußnote:

„es sei unklar, was zu gelten habe, wenn der Antragsteller beim Kartellgericht ein betroffener Unternehmer [...] ist. Die Bedeutung von Art 35 Abs 4 sei für sie in diesem Zusammenhang nicht recht nachvollziehbar. Ihres Erachtens sei davon auszugehen, dass es auch in diesem Fall zu einer Beendigung des nationalen Verfahrens kommen müsse, wofür wohl nur die Zurückweisung durch das Kartellgericht in Frage käme.“

⁶²² OLG Wien 18.10.2004, 29 Kt 387/04.

⁶²³ OLG Wien 18.10.2004, 29 Kt 387/04.

⁶²⁴ OLG Wien 18.10.2004, 29 Kt 387/04; OGH 20.12.2004, 16 Ok 17/04; OGH 20.12.2004, 16 Ok 19/04 ecolex 2005, 545 mit Anm *Lukaschek*; OGH 20.12.2004, 16 Ok 22/04.

⁶²⁵ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Anwendung von Art 81 und Art 82 des Vertrages, Rz 2.

⁶²⁶ *Görg/Brandstätter*, RdW 2003, 363, FN 33.

Meines Erachtens ist die Unsicherheit darauf zurückzuführen, dass *Görg/Brandstätter* (ohne dies zu thematisieren) automatisch davon ausgehen, dass das Kartellgericht auch in einem Verfahren zwischen zwei Unternehmen Wettbewerbsbehörde sei. Die Bedeutung von Art 35 Abs 4 in diesem Zusammenhang ist deshalb nicht recht nachvollziehbar, weil diese Bestimmung in diesem Zusammenhang gar keine Anwendung findet. Denn dass dem Kartellgericht die Aufgaben der Wettbewerbsbehörde übertragen wurden, bedeutet nicht, dass es (oder gar das gesamte OLG Wien und der OGH) bei der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts immer Wettbewerbsbehörde wäre. In der Praxis hätte dies die Folge, dass sich kartellrechtliche Verfahren in noch stärkerem Ausmaß vom Kartellgericht auf den streitigen Rechtsweg verlagern würde: Denn jeder Antragsteller müsste befürchten, dass durch die Einleitung eines Kommissionsverfahrens (in dem er keinen Exekutionstitel erlangen kann) das von ihm eingeleitete Verfahren beendet würde.

Bei einzelstaatlichen Gerichten anhängige Verfahren:

Ein einzelstaatliches Gericht (etwa das Kartellgericht in einem Verfahren zwischen zwei Unternehmern) kann bei ihm anhängige Verfahren unabhängig von der Einleitung eines Verfahrens durch die Kommission weiterführen. Wenn es jedoch von einer Entscheidung abweichen will, welche die Kommission zu erlassen beabsichtigt „kann es prüfen, ob es notwendig ist, das Verfahren auszusetzen“⁶²⁷. (Dies kann das Gericht in der Regel nur dann wissen, wenn es von einer Kommissionsentscheidung abweichen will, gegen die beim Europäischen Gericht erster Instanz ein Rechtsmittel anhängig ist.) Es ist in der Literatur umstritten, ob die einzelstaatlichen Gerichte aufgrund dieser Bestimmung ihr Verfahren unterbrechen müssen oder ob sie die Wahl haben⁶²⁸. *Gruber*⁶²⁹ vertritt, dass einzelstaatliche Gerichte dann die Wahl haben, wenn die Möglichkeit der Wiederaufnahme ihres Verfahrens besteht, sollte die Kommission letztlich anders entscheiden.

Bei einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden anhängige Verfahren:

Wenn bei einer einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörde (etwa beim Kartellgericht, wenn es auf Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde handelt oder im Feststellungsverfahren auf Antrag der möglicherweise gegen das Kartellrecht verstoßenden Unternehmer) ein Verfahren anhängig ist und die Kommission in der Folge ein Verfahren einleitet, dann darf die einzelstaatliche Wettbewerbsbehörde Art 81 und Art 82 EGV nicht mehr anwenden. Auf welchem Weg dies erfolgt, hängt davon ab, wie die einzelstaatliche Wettbewerbsbehörde organisiert ist⁶³⁰:

Var. 1: Ist die einzelstaatliche Wettbewerbsbehörde eine Verwaltungsbehörde, verliert sie mit der Einleitung des Verfahrens bei der Kommission die Zuständigkeit für die Anwendung von Art 81 und 82 EGV⁶³¹.

⁶²⁷ Art 16 Abs 1 VO (EG) 1/2003.

⁶²⁸ *Gruber*, wbl 2004, 6.

⁶²⁹ *Gruber*, wbl 2004, 6.

⁶³⁰ *Gruber*, wbl 2004, 6.

⁶³¹ Art 11 Abs 6 VO (EG) 1/2003.

- Var. 2: Ist die Wettbewerbsbehörde ein Gericht, das Aufgaben in Bezug auf die Vorbereitung oder den Erlass der in der Verordnung vorgehenden Maßnahmen wahrnimmt, so verliert auch dieses Gericht bei Einleitung des Verfahrens bei der Kommission die Zuständigkeit für die Anwendung von Art 81 und 82 EGV. Dies erstreckt sich jedoch nicht auf Gerichte, die als Rechtsmittelinstanzen tätig werden⁶³².
- Var 3: Hat der Mitgliedstaat ein System eingerichtet, in dem eine Verwaltungsbehörde Fälle vor ein Gericht bringt, dann entfällt mit der Einleitung eines Verfahrens durch die Kommission die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde zur Anwendung von Art 81 und 82 EGV⁶³³. Die Verwaltungsbehörde muss daraufhin ihren Antrag beim Gericht zurückziehen; erst mit der Zurückziehung des Antrags wird das nationale Verfahren beendet⁶³⁴.

Der österreichische Gesetzgeber hat die Variante 3 eingerichtet, bei dem die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt Fälle vor das Kartellgericht bringen⁶³⁵. Daher verliert das Kartellgericht seine Zuständigkeit erst mit der Rücknahme des Antrags der Bundeswettbewerbsbehörde und des Bundeskartellanwalts⁶³⁶. (Dies obwohl im Gesetz auch das Kartellgericht als Wettbewerbsbehörde bezeichnet wird, was auf Variante 2 hindeuten könnte: Denn die Mitgliedstaaten müssen Wettbewerbsbehörden bestimmen, welche die Verordnung wirksam anwenden können⁶³⁷. Dazu gehört auch die Erlassung von Entscheidungen⁶³⁸. Daher kann eine Behörde, die nur Fälle vor ein Gericht bringt, gar nicht allein die einzelstaatliche Wettbewerbsbehörde sein. Dass in Variante 3 so wie in der österreichischen Umsetzung sowohl die Behörde als auch das Gericht Wettbewerbsbehörde ist, ist daher bereits in der Verordnung angelegt. Dies ist folglich genau der Fall, den Variante 3 im Auge hat.)

Hat die Amtspartei nur ihre Parteistellung in einem von einem Unternehmer eingeleiteten Verfahren wahrgenommen, dann endet meines Erachtens die Zuständigkeit des Kartellgerichts zur Anwendung der Art 81 und 82 EGV nur im Verhältnis zwischen der Amtspartei und dem Antragsgegner. Die Zuständigkeit endet nicht im Verhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Antragsgegner, da das Kartellgericht hier als Gericht im Sinn der VO (EG) 1/2003 tätig wird.

Ist das Verfahren bei Einleitung des Kommissionsverfahrens bereits im Stadium des Rekursverfahrens, endet die Zuständigkeit des OGH als Kartellobergericht zur Anwendung von Art 81 und 82 EGV nicht⁶³⁹.

⁶³² Art 35 Abs 2 VO (EG) 1/2003.

⁶³³ Art 35 Abs 3 iVm Art 11 Abs 6 VO (EG) 1/2003.

⁶³⁴ Art 35 Abs 3 letzter Halbsatz VO (EG) 1/2003.

⁶³⁵ § 83 Abs 1 KartG 2005 (§ 42f KartG 1988).

⁶³⁶ *Görg/Brandstätter*, RdW 2003, 363.

⁶³⁷ Art 35 Abs 1 VO (EG) 1/2003.

⁶³⁸ Art 5 VO (EG) 1/2003.

⁶³⁹ Art 35 Abs 3 letzter Satz VO (EG) 1/2003.

1.2 Bindungswirkung

1.2.1 Erwägungsgrund 22 der VO (EG) 1/2003 hält fest, dass im Interesse der Rechtssicherheit und der einheitlichen Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft einander widersprechende Entscheidungen vermieden werden müssen. Der Erwägungsgrund befasst sich jedoch nachfolgend nur mit der Wirkung von Entscheidungen der Kommission auf einzelstaatliche Entscheidungen.

1.2.2 Dementsprechend bestimmt Art 16 VO (EG) 1/2003 für den Fall, dass bereits eine Entscheidung der Kommission vorliegt, dass die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte der Mitgliedstaaten keine Entscheidung treffen dürfen, die der von der Kommission erlassenen Entscheidung zuwiderlaufen würde⁶⁴⁰. Damit bestimmt die VO (EG) 1/2003 aber nicht, dass die einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden oder Gerichte überhaupt keine Entscheidung treffen dürften, wenn bereits eine Entscheidung der Kommission vorliegt. Entscheidungen der Kommission entfalten daher Bindungswirkung, aber keine Einmaligkeitswirkung. Befolgt der Verpflichtete den Abstellauftrag der Kommission nicht, kann ein betroffener Unternehmer daher beim Kartellgericht weiterhin einen Antrag auf Erlassung eines Abstellauftrags stellen. Will das Kartellgericht in einem solchen Fall von der Entscheidung der Kommission abweichen, kann das nur durch Einholung einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs erfolgen⁶⁴¹. Die Bindung eines Gerichts an die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde über eine Vorfrage ist auch mit Art 6 EMRK vereinbar, soweit die Partei die Entscheidung der Verwaltungsbehörde durch ein Gericht (das Europäische Gericht erster Instanz) überprüfen lassen konnte⁶⁴².

1.2.3 Für den umgekehrten Fall, nämlich dass bereits eine Entscheidung des Kartellgerichts vorliegt, wenn die Kommission ein Verfahren einleitet, enthält die VO (EG) 1/2003 (abgesehen von der oben angeführten Begründungserwägung 22) keine Bestimmung über eine Bindungswirkung. In ihrer Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden hat die Kommission festgehalten, dass sie im Regelfall – soweit das Gemeinschaftsinteresse nicht auf dem Spiel steht – keine Entscheidung erlassen werde, die zu einer Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde im Widerspruch steht, sofern die nationale Wettbewerbsbehörde die Kommission von der Einleitung des Verfahrens⁶⁴³ und von der in Aussicht genommenen Entscheidung⁶⁴⁴ in Kenntnis gesetzt hat⁶⁴⁵. (*Rosbaud* thematisiert für den Fall, dass das Kartellgericht bereits eine Geldbuße auferlegt hat, ein Einschreiten der Europäischen Kommission unter dem Aspekt des Verbots

⁶⁴⁰ Gruber, wbl 2004, 6.

⁶⁴¹ EuGH 22. Oktober 1987, C-314/85, *Foto Frost*; Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Anwendung von Art 81 und Art 82 des Vertrages, Rz 13.

⁶⁴² Grabenwarter, Menschenrechtskonvention, 348 (mit Angaben zur Rechtsprechung des EGMR).

⁶⁴³ Art 11 Abs 3 VO (EG) 1/2003.

⁶⁴⁴ Art 11 Abs 4 VO (EG) 1/2003; § 85 KartG 2005.

⁶⁴⁵ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden ABl 2004 Nr C 101 S 43ff, Rn 57.

der Doppelbestrafung nach Art 4 des 7. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention⁶⁴⁶.)

2. Fusionskontrolle

2.1 Abgrenzung der Österreichischen Fusionskontrolle zur Europäischen Fusionskontrolle

2.1.1 Zur Erlassung der in der Fusionskontrollverordnung⁶⁴⁷ vorgesehenen Entscheidungen ist ausschließlich die Europäische Kommission zuständig⁶⁴⁸. Die Mitgliedstaaten wenden auch ihr innerstaatliches Wettbewerbsrecht nicht auf Zusammenschlüsse an, die unter die Fusionskontrollverordnung fallen⁶⁴⁹. Daher sind im Fusionskontrollrecht mit dem Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung zugleich die Zuständigkeiten der Europäischen Kommission und des Kartellgerichts abgegrenzt. (Hingegen sagt im Kartellrecht und im Recht der marktbeherrschenden Unternehmen die Tatsache, dass ein Sachverhalt unter Art 81 oder 82 EGV fällt, noch nichts über die Zuständigkeiten der Kommission und des Kartellgerichts aus: Denn diese Bestimmungen werden sowohl von der Kommission als auch vom Kartellgericht vollzogen.)

2.1.2 Ob ein bei ihr angemeldeter Zusammenschluss unter die Fusionskontrollverordnung fällt, entscheidet die Kommission. Sie ist daher für die Kontrolle eines Zusammenschlusses so lange ausschließlich zuständig, bis sie entscheidet, dass der Zusammenschluss nicht unter die Fusionskontrollverordnung fällt⁶⁵⁰. Durch diese Entscheidung werden die Mitgliedstaaten ipso jure wieder zuständig⁶⁵¹.

2.1.3 Wenn beim Kartellgericht die Prüfung eines Zusammenschlusses beantragt wird, der unter die Fusionskontrollverordnung fällt, so ist das Kartellgericht unzuständig⁶⁵² und müsste den Antrag zurückweisen. *Koppensteiner* vertritt meines Erachtens zurecht, dass im Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung die §§ 41ff KartG 1988 unanwendbar sind⁶⁵³. Dies bedeutet, dass in diesem Fall nicht nur die Bewilligung des Zusammenschlusses ausgeschlossen ist, sondern auch

- die Auftragung nachträglicher Maßnahmen nach der zulässigen Durchführung eines Zusammenschlusses⁶⁵⁴, und
- die Feststellung, dass ein Zusammenschluss zu Unrecht durchgeführt wurde⁶⁵⁵ (die im Kartellgesetz 2005 im allgemeinen Feststellungsverfahren aufgegangen ist).

⁶⁴⁶ *Rosbaud*, JBl 2003, 920.

⁶⁴⁷ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Jänner 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

⁶⁴⁸ Art 21 Abs 2 Fusionskontrollverordnung.

⁶⁴⁹ Art 21 Abs 3 Fusionskontrollverordnung.

⁶⁵⁰ Art 6 Abs 1 lit a Fusionskontrollverordnung.

⁶⁵¹ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 20 Rz 6.

⁶⁵² *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 20 Rz 6.

⁶⁵³ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 13, Rz 12.

⁶⁵⁴ § 42b Abs 7 KartG 1988.

⁶⁵⁵ § 42a Abs 5 KartG 1988.

Auch die Erlassung von einstweiligen Maßnahmen, etwa wenn ein Zusammenschluss vorzeitig vollzogen wurde, ist eine in der Fusionskontrollverordnung vorgesehene Entscheidung⁶⁵⁶, sodass die Kommission meines Erachtens ausschließlich zu ihrer Erlassung zuständig ist.

2.1.4 Die Fusionskontrollverordnung findet auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung Anwendung. Gemeinschaftsweite Bedeutung hat ein Zusammenschluss, wenn die beteiligten Unternehmen folgende Umsätze erzielen:

- einen weltweiten Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen von zusammen mehr als 5 Mrd. EUR und
- einen gemeinschaftsweiten Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Mio. EUR.

Der Zusammenschluss hat trotz Erreichen dieser Umsatzschwellen keine gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen.

Damit bei Zusammenschlüssen, welche typischerweise in der EU zu vielen parallelen nationalen Fusionskontrollverfahren führen würden, aber die obigen Umsatzschwellen nicht erreichen, dennoch nur ein Fusionskontrollverfahren durchgeführt werden muss, wurde der Begriff des Zusammenschlusses von gemeinschaftsweiter Bedeutung erweitert um Zusammenschlüsse, bei denen

- der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen mehr als 2,5 Mrd. EUR beträgt,
- der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Mio. EUR übersteigt,
- in jedem von mindestens drei der oben genannten Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 25 Mio. EUR beträgt, und
- der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils 100 Mio. EUR übersteigt.

Auch bei Erreichen dieser Umsatzschwellen hat der Zusammenschluss dennoch keine gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen.

2.1.5 Die Mitgliedstaaten können jedoch auch im Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung Zusammenschlüsse zum Schutz anderer berechtigter Interessen prüfen als jener, welche in der Verordnung berücksichtigt sind⁶⁵⁷. Als eines dieser berechtigten Interessen nennt die Fusionskontrollverordnung die Medienvielfalt⁶⁵⁸. Daher werden die Bestimmungen des Kartellgesetzes über die Anmeldung und Genehmigung von Medienezusammenschlüssen⁶⁵⁹ durch die Fusionskontrollverordnung nicht verdrängt.

⁶⁵⁶ Art 8 Abs 5 lit 7 Fusionskontrollverordnung.

⁶⁵⁷ Art 21 Abs 4 Fusionskontrollverordnung; Erwägungsgrund 19 Fusionskontrollverordnung.

⁶⁵⁸ Art 21 Abs 4 Unterabsatz 2 Fusionskontrollverordnung.

⁶⁵⁹ § 13 Abs 1 RV KartG 2005 (§ 42c KartG 1988).

In welchem Umfang genau die Überprüfung von Zusammenschlüssen gemeinschaftsweiter Bedeutung unter dem Aspekt Medienvielfalt zulässig ist, ist im österreichischen Schrifttum umstritten⁶⁶⁰: Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Medienbegriff des Kartellgesetzes sehr weit ist: So kritisieren etwa *Bauer/Reidlinger*⁶⁶¹, dass auch Produzenten von Tonträgern Medienunternehmer sind, obwohl man dies im allgemeinen nicht als Medienaktivitäten im eigentlichen (engeren) Sinn bezeichnen würde. Zudem unterscheidet die Bundeswettbewerbsbehörde bei den erforderlichen Angaben in der Anmeldung eines Medienzusammenschlusses nicht zwischen solchen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung und solchen ohne gemeinschaftsweite Bedeutung: Daher müssten der Bundeswettbewerbsbehörde die (sehr aufwendigen) Angaben über die wirtschaftlichen Verhältnisse auch bei Zusammenschlüssen gemeinschaftsweiter Bedeutung übermittelt werden⁶⁶², obwohl die österreichischen Behörden solche Zusammenschlüsse ohnehin nicht unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten (sondern nur unter dem Aspekt der Medienvielfalt) prüfen dürfen. *Bauer/Reidlinger* sprechen in diesem Zusammenhang von einem „Drängen der Bundeswettbewerbsbehörde“⁶⁶³. Sie argumentieren, dass der Begriff der Medienvielfalt in der Fusionskontrollverordnung ein europarechtlicher Begriff ist und auf Bereiche beschränkt ist, in denen mediale Meinungsmacht entstehen kann. Dies sei etwa bei der Musikindustrie und bei Druckereien nicht der Fall. *Görg* vertritt hingegen auch im Bereich des Fusionskontrollrechts einen weiteren Medienbegriff, indem er darauf hinweist, dass (nach einer Feststellung des Europarats) Musik „ebenfalls in gewissem Ausmaß Ideologien oder Meinungen ausdrücken und des Menschen Sicht der Gesellschaft beeinflussen kann“ und dass aufgrund der Spezialisierung im Printmedienbereich gerade Druckereien Flaschenhals-Potential haben und Auswirkungen auf die Medienvielfalt haben können⁶⁶⁴. Während der österreichische Gesetzgeber nach Ansicht von *Görg* die Musikindustrie aus europarechtlicher Sicht unter dem Aspekt „Medienvielfalt“ durchaus regeln dürfte, weist *Görg* zurecht darauf hin, dass der österreichische Gesetzgeber dies in Wirklichkeit gar nicht getan hat: Denn die Definition des Kartellgesetzes von Medienvielfalt⁶⁶⁵ stellt auf „Berichterstattung“ ab, wovon bei Musik nicht die Rede sein kann⁶⁶⁶.

2.2 Verhältnis der Österreichischen Fusionskontrolle zum Europäischen Kartellverbot

2.2.1 Das Verhältnis des einzelstaatlichen Fusionskontrollrechts zum europäischen Kartellrecht ist ein rechtlich sehr schwieriges Thema, das in der Praxis seine Lösung darin gefunden hat, dass es konsequent ignoriert wird. Zusammenschlüsse erfolgen regelmäßig durch (Beteiligungserwerbs- oder Fusions-) Verträge und können daher im Sinne des Art 81 EGV als Verträge betrachtet werden, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Vor Erlassung

⁶⁶⁰ *Bauer/Reidlinger*, Medienfusionskontrolle und Gemeinschaftsrecht, medien und recht 2004, 357.

⁶⁶¹ *Bauer/Reidlinger*, medien und recht 2004, 357.

⁶⁶² *Bauer/Reidlinger*, medien und recht 2004, 358.

⁶⁶³ *Bauer/Reidlinger*, medien und recht 2004, 357.

⁶⁶⁴ *Görg*, Nochmals zum Begriff der Medienvielfalt, medien und recht 2004, 427.

⁶⁶⁵ § 13 Abs 2 KartG 2005 (§ 35 Abs 2a KartG 1988).

⁶⁶⁶ *Görg*, medien und recht 2004, 428.

der Fusionskontrollverordnung hat der EuGH daher einen Zusammenschluss im Hinblick auf Art 81 und Art 82 EGV geprüft⁶⁶⁷. Die Anwendbarkeit des Art 81 EGV kann dabei weder von den Bestimmungen des Kartellgesetzes über Zusammenschlüsse (da dieses bloß nationales Recht ist) noch von der Fusionskontrollverordnung (da diese bloß Sekundärrecht ist) eingeschränkt werden.

2.2.2 Aus diesem Grund hat die Kommission bei Erlassung der Fusionskontrollverordnung die Erklärung⁶⁶⁸ abgegeben, dass sie „normalerweise nicht beabsichtigt, die Art 81 und 82 des Vertrages auf Zusammenschlüsse anders anzuwenden als im Wege der Fusionskontrollverordnung. Sie behält sich jedoch vor, gegenüber Zusammenschlüssen, die keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinn des Art 1 der Fusionskontrollverordnung haben, nach Art 85 des Vertrages (Verfahren bei Verletzung von Art 81 und Art 82 EGV) tätig zu werden. Sie beabsichtigt in jedem Fall kein Tätigwerden gegenüber Zusammenschlüssen mit einem weltweiten Umsatz unter 2 Milliarden ECU oder einem gemeinschaftsweiten Umsatz von weniger als 100 Millionen ECU, da ein Zusammenschluss unterhalb dieser Schwelle normalerweise den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht nennenswert beeinflussen dürfte“. Tatsächlich hat diese Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens durch die Kommission keine praktische Bedeutung erlangt.

2.2.3 Aufgrund der direkten Anwendbarkeit der Art 81 und 82 EGV kann diese Situation aber auch ohne Tätigwerden der Kommission eintreten, wie dies kürzlich in der Bundesrepublik Deutschland beim Zusammenschluss von *e.on* und *Ruhrigas* der Fall war⁶⁶⁹. Der Zusammenschluss hatte keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne des Art 1 Fusionskontrollverordnung und unterlag daher der deutschen Fusionskontrolle. Da der Zusammenschluss zu einer marktbeherrschenden Stellung geführt hätte, wäre er nach den deutschen Fusionskontrollbestimmungen unzulässig gewesen. Jedoch hat die deutsche Bundesregierung beabsichtigt, von der im deutschen Fusionskontrollrecht vorgesehenen Ausnahmebestimmung der „Ministererlaubnis“⁶⁷⁰ Gebrauch zu machen. Vor dieser Ministererlaubnis war ein unverbindliches Gutachten der deutschen Monopolkommission einzuholen⁶⁷¹. Die Monopolkommission sprach sich gegen den Zusammenschluss aus und merkte darüber hinaus an, dass auch mit Ministererlaubnis der Zusammenschluss wegen Verstoßes gegen Art 81 EGV unzulässig wäre⁶⁷². Die Ministererlaubnis wurde dennoch gewährt⁶⁷³. Daraufhin haben Konkurrenten auf Unterlassung des Zusammenschlusses wegen Verstoßes gegen Art 81 EGV geklagt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat dem Unterlassungsbegehren vorläufig stattgegeben⁶⁷⁴. Das Hauptverfahren wurde nach einem Vergleich einvernehmlich beendet.

⁶⁶⁷ EuGH 17.11.1987, C-142/84, *Phillip Morris*.

⁶⁶⁸ <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/notes.html>; abgedruckt in *Wirtschaft und Wettbewerb* 1990, 240 und in *Langen/Bunte*, Kommentar, Art 22 Fusionskontrollverordnung, Rz 2.

⁶⁶⁹ *Müller*, Unmittelbare Anwendbarkeit der Art 81 und 82 EG im Fusionskontrollverfahren, wbl 2003, 1.

⁶⁷⁰ *Müller*, wbl 2003, 2.

⁶⁷¹ *Müller*, wbl 2003, 2.

⁶⁷² *Müller*, wbl 2003, 2.

⁶⁷³ *Müller*, wbl 2003, 2.

⁶⁷⁴ *Müller*, wbl 2003, 2.

2.3 Verhältnis des Österreichischen Kartellverbots zur Europäischen Fusionskontrolle

2.3.1 Auch ein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung könnte aus Sicht des innerstaatlichen Kartellverbots grundsätzlich als eine (Beteiligungserwerbs-)Vereinbarung zwischen Unternehmern gesehen werden, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bewirkt. Jedoch kann das österreichische Kartellverbot nicht auf einen Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung angewandt werden, weil der Ausschluss nationalen Rechts durch die Fusionskontrollverordnung nicht nur nationales Fusionskontrollrecht, sondern allgemein nationales Wettbewerbsrecht umfasst⁶⁷⁵.

2.3.2 Die Frage des Verhältnisses dieser beiden Rechtsgebiete stellt sich jedoch in einem anderen Zusammenhang. Nach Art 8 Abs 2 Fusionskontrollverordnung gelten mit der Genehmigung eines Zusammenschlusses auch die mit seiner Durchführung unmittelbar verbundenen und notwendigen Wettbewerbsbeschränkungen als genehmigt⁶⁷⁶. Die Kommission legt in der jeweiligen Genehmigungsentscheidung aber nicht (mehr) fest, welche Nebenabreden davon im konkreten Fall umfasst sind⁶⁷⁷. Vielmehr hat sie eine allgemeine Bekanntmachung über solche Nebenabreden veröffentlicht⁶⁷⁸. Demnach müssen die beteiligten Unternehmen (ähnlich der Legalausnahme im Kartellrecht) vorerst selbst beurteilen, ob die Wettbewerbsbeschränkung für den Zusammenschluss notwendig ist⁶⁷⁹. Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht für den Zusammenschluss notwendig sind, sind nicht von der Genehmigung umfasst und unterliegen daher Art 81 und den nationalen Wettbewerbsrechten⁶⁸⁰. Die Frage wird daher von den nationalen Gerichten⁶⁸¹ und den sonst zum Vollzug des Wettbewerbsrechts zuständigen Behörden entschieden⁶⁸².

In ihrer Bekanntmachung behandelt die Kommission nachstehende Wettbewerbsbeschränkungen, die unmittelbar mit Zusammenschlüssen verbunden sind und zu deren Durchführung notwendig sein können:

- Wettbewerbsklauseln⁶⁸³;
- Lizenzvereinbarungen⁶⁸⁴; und
- Abnahme- und Lieferverpflichtungen⁶⁸⁵.

⁶⁷⁵ Art 21 Abs 3 Fusionskontrollverordnung.

⁶⁷⁶ *Hoffer/Hornek*, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen: Zulässige „Nebenabreden“, RdW 2002/65.

⁶⁷⁷ Bekanntmachung über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Zusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABI 2005 Nr C 56 S 24ff, Rn 2.

⁶⁷⁸ Bekanntmachung über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Zusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABI 2005 Nr C 56 S 24ff.

⁶⁷⁹ Bekanntmachung über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Zusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, Rn 2; *Hoffer/Hornek*, RdW 2002/65, 72.

⁶⁸⁰ Bekanntmachung über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Zusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, Rn 7.

⁶⁸¹ Bekanntmachung über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Zusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, Rn 2.

⁶⁸² Bekanntmachung über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Zusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, Rn 7.

⁶⁸³ *Hoffer/Hornek*, RdW 2002/65, 71.

⁶⁸⁴ *Hoffer/Hornek*, RdW 2002/65, 71.

G. Kartellgericht und Parteien

1. Kartellgericht

1.1 Organisation der Kartellgerichtsbarkeit

1.1.1 Die Kartellgerichtsbarkeit wird unter dem Kartellgesetz 2005 und wurde bereits unter dem Kartellgesetz 1988 (seit der Kartellrechtsnovelle 1995) im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit durch das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht und den Obersten Gerichtshof als Kartellobergericht ausgeübt⁶⁸⁶. Dabei sind Sachen der Kartellgerichtsbarkeit beim OLG Wien auf zwei bis höchstens fünf Senatsabteilungen zu verteilen; beim OGH sind sie einer einzigen Senatsabteilung zuzuweisen⁶⁸⁷.

1.1.2 Durch die Kartellrechtsnovelle 2002 wurde die Senatszusammensetzung zugunsten der Berufsrichter geändert, nachdem das Kartellgericht den Zusammenschluss der *Profil*-Gruppe mit der *Format*-Gruppe genehmigt hatte⁶⁸⁸ (was offenbar gegen die Pläne der Berufsrichterin erfolgte, was daraus ersichtlich ist, dass alle im Beschluss getroffenen Feststellungen auf eine Ablehnung hindeuten, bis im letzten Absatz die Genehmigung erteilt wird)⁶⁸⁹. Im wissenschaftlichen Schrifttum wird bemängelt, dass die Kammern ihre Funktion politisch und nicht allgemein zur Wahrung des öffentlichen Interesses verstanden⁶⁹⁰. *Barbist* spricht im Hinblick auf die Zusammensetzung der Senate vor der Kartellrechtsnovelle 2002 von „sozialpartnerschaftlicher Dominanz“⁶⁹¹, *Urlesberger* von „sozialpartnerschaftlicher Übermacht in Kartellangelegenheiten“⁶⁹².

1.1.3 Seit der Kartellrechtsnovelle 2002 bestehen folgende Senate:

- Senate des Kartellgerichts bestehen seither anstatt aus einem Berufsrichter und zwei Laienrichtern⁶⁹³ aus zwei Berufsrichtern und zwei Laienrichtern⁶⁹⁴;
- Senate des Kartellobergerichts bestehen anstatt aus einem Berufsrichter und vier Laienrichtern⁶⁹⁵ aus drei Berufsrichtern und zwei Laienrichtern⁶⁹⁶;
- Verstärkte Senate des Kartellobergerichts bestehen anstatt aus sieben Berufsrichtern und vier Laienrichtern⁶⁹⁷ aus sieben Berufsrichtern und zwei Laienrichtern⁶⁹⁸.

⁶⁸⁵ *Hoffer/Hornek*, RdW 2002/65, 72.

⁶⁸⁶ § 58 KartG 2005 (§ 88 KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 134.

⁶⁸⁷ § 60 KartG 2005 (§ 90 KartG 1988).

⁶⁸⁸ *Barbist*, medien und recht 2001, 207; *Urlesberger*, RWZ 2002/55.

⁶⁸⁹ vgl *Barbist*, medien und recht 2001, 207.

⁶⁹⁰ *Urlesberger*, RWZ 2002/55.

⁶⁹¹ *Barbist*, medien und recht 2001, 208.

⁶⁹² *Urlesberger*, RWZ 2002/55.

⁶⁹³ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 135.

⁶⁹⁴ § 59 Abs 1 Z 1 KartG 2005 (§ 89 Abs 1 Z 1 KartG 1988).

⁶⁹⁵ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 135.

⁶⁹⁶ § 59 Abs 1 Z 2 KartG 2005 (§ 89 Abs 1 Z 2 KartG 1988).

⁶⁹⁷ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 135.

⁶⁹⁸ § 59 Abs 1 Z 3 KartG 2005 (§ 89 Abs 1 Z 3 KartG 1988).

Bei Stimmgleichheit entscheidet die Stimme des Senatsvorsitzenden⁶⁹⁹, der immer ein Berufsrichter ist⁷⁰⁰. Dies ist bei den Senaten des Kartellgerichts von großer Bedeutung, da sich diese aus gleich vielen Laienrichtern wie Berufsrichtern zusammensetzen.

Die durch die Kartellrechtsnovelle 2002 bezweckte Einschränkung des Einflusses der sogenannten Sozialpartner⁷⁰¹ erfolgte neben der geänderten Zusammensetzung der Senate vor allem durch die Abschaffung des paritätischen Ausschusses⁷⁰², der als der eigentliche „Kapitän“ des Kartellgerichts bezeichnet worden war⁷⁰³. Seine vorherige Bedeutung zeigt etwa eine Entscheidung des OGH aus dem Jahr 2002: Der Umstand, dass nach Richterwechsel ein neu zusammengesetzter Senat ohne neuerliche Verhandlung die Entscheidung gefällt hat, begründe keinen Nichtigkeitsgrund, da „einer jahrzehntelangen Tradition folgend“ die Beweisaufnahmen ohnehin vom paritätischen Ausschuss durchgeführt worden seien⁷⁰⁴.

1.1.4 Die Senatszusammensetzung vor der Kartellrechtsnovelle 2002 war insbesondere vor dem Hintergrund der europäischen Menschenrechtskonvention kritisiert worden⁷⁰⁵. Nach *Urlesberger* war die politisch motivierte Einflussnahme der „Sozialpartner“ in Kartellverfahren, in denen es typischerweise um civil right geht, kaum mit den Erfordernissen eines fairen Verfahrens nach Art 6 EMRK in Einklang zu bringen⁷⁰⁶. Auch *Barfuß/Wollmann/Tahedl* haben hervorgehoben, dass Entscheidungen des Kartellgerichts „politisch geprägt“ waren⁷⁰⁷. *Urlesberger* hält die Unzulänglichkeiten durch die Kartellrechtsnovelle 2002 offenbar für „behoben“⁷⁰⁸. Meines Erachtens hat sich am bemängelten Zustand durch die Kartellrechtsnovelle 2002 aber nichts geändert. Denn nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte führt schon mangelnde Unabhängigkeit eines Tribunalmitglieds zur mangelnden Unabhängigkeit des Tribunals⁷⁰⁹. Dies muss in besonderem Ausmaß für österreichische Gerichte gelten, weil diese die Abstimmungsverhältnisse bei der Entscheidungsfindung nicht bekannt geben: Daher kann die unterlegene Partei nicht wissen, ob sie eine Mehrheit der unabhängigen Berufsrichter gegen sich hatte. In noch höherem Ausmaß muss dies gelten, wenn (etwa bei Verfahren mit Beteiligung von ausländischen Unternehmern oder von Freiberuflern) nur die Interessenvertretung der gegnerischen Partei (d.h. die Wirtschaftskammer Österreich) einen Laienrichter stellt. (Auch *Rosbaud*⁷¹⁰ thematisiert noch nach der Kartellrechtsnovelle 2002 im

⁶⁹⁹ § 63 letzter Satz KartG 2005; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 63 KartG.

⁷⁰⁰ § 59 Abs 1 KartG 2005; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 63 KartG.

⁷⁰¹ EB zu RV 1005/XXI (Kartellrechtsnovelle 2002), zu § 89 KartG.

⁷⁰² § 112 ff KartG 1988 idF BGBl 600/1988; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 145; *Barbist*, Medien und recht 2001, 207.

⁷⁰³ *Urlesberger*, RWZ 2002/55.

⁷⁰⁴ OGH 16.12.2002, 16 Ok 8/02; vgl *Urlesberger*, RWZ 2002/55.

⁷⁰⁵ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 134; *Urlesberger*, RWZ 2002/55.

⁷⁰⁶ *Urlesberger*, RWZ 2002/55.

⁷⁰⁷ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 134.

⁷⁰⁸ *Urlesberger*, RWZ 2002/55.

⁷⁰⁹ EGMR 22.10.1984, *Sramek* gg. Österreich; zuletzt EGMR 15.7.2005, 71615/01, *Mežnari* gg. Kroatien (einer von fünf Richtern).

⁷¹⁰ *Rosbaud*, JBI 2003, 920.

Hinblick auf Art 6 EMRK, dass „die Laienrichter einer parteiischen Interessenvertretung angehören“.)

Gugerbauer kritisierte die Zusammensetzung der Senate des Kartellgerichts aus verfassungsrechtlicher Sicht (über Art 6 EMRK hinaus⁷¹¹) auch nach Art 91 Abs 1 B-VG, wonach „das Volk“ an der Rechtsprechung „mitzuwirken“ habe. Diese Bestimmung könne nicht als Basis der Zusammensetzung der Senate herangezogen werden: Denn angesichts des (damaligen) Zahlenverhältnisses könne nicht von einer bloßen „Mitwirkung“ gesprochen werden⁷¹²; des weiteren würden Kammern nicht das Volk repräsentieren, sodass von Kammern bestimmte Personen keine Vertreter des Volkes seien⁷¹³. Das erstere Argument dürfte durch die Änderung des Zahlenverhältnisses zwischen Berufs- und Laienrichtern seit der Kartellrechtsnovelle 2002 hinfällig sein.

1.2 Laienrichter

1.2.1 Die Kartellrechtspflege obliegt Berufsrichtern und fachkundigen Laienrichtern⁷¹⁴. Die Bestellung zum Laienrichter setzt ein rechts-, handels- oder wirtschaftswissenschaftliches Hochschulstudium und längere Berufserfahrung auf rechtlichem oder wirtschaftlichem Gebiet voraus⁷¹⁵. Die 15 fachkundigen Laienrichter für das Kartellgericht und die 20 fachkundigen Laienrichter für das Kartellobergericht werden vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung ernannt⁷¹⁶. Dabei schlägt die Bundesregierung jeweils 5 der 15 fachkundigen Laienrichter für das Kartellgericht nach Vorschlägen (i) der Wirtschaftskammer Österreich, (ii) der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und (iii) der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs vor. Jeweils 10 der 20 fachkundigen Laienrichter für das Kartellobergericht schlägt die Bundesregierung nach Vorschlägen (i) der Wirtschaftskammer Österreich und (ii) der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte vor⁷¹⁷. (Anders als nach dem Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz⁷¹⁸ ist im Kartellgesetz keine Wahl der Laienrichter vorgesehen.) Das Amt eines fachkundigen Laienrichters endet mit Ablauf des Jahres, in dem das 65. Lebensjahr vollendet wird oder durch Amtsenthebung aufgrund eines im Kartellgesetz vorgesehenen Enthebungsgrundes⁷¹⁹. Die Bestimmungen der Jurisdiktionsnorm zur Befangenheit von Richtern finden auch auf die Laienrichter der Kartellsenate Anwendung⁷²⁰.

1.2.2 Die Laienrichter eines Senats müssen je zur Hälfte dem Kreis der von der Arbeiterkammer und dem Kreis der von der Wirtschaftskammer entsandten Mitglieder

⁷¹¹ *Gugerbauer*, Kommentar, § 89 Rz 5.

⁷¹² *Gugerbauer*, Kommentar, § 52 Rz 3.

⁷¹³ *Gugerbauer*, Kommentar, § 52 Rz 4.

⁷¹⁴ § 59 Abs 1 KartG 2005 (§ 89 Abs 1 KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 135.

⁷¹⁵ § 66 KartG 2005 (§ 96 KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 135.

⁷¹⁶ §§ 65, 68 KartG 2005 (§§ 95, 98 KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 135.

⁷¹⁷ § 68 Abs 1 KartG 2005 (§ 98 Abs 1 KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 135.

⁷¹⁸ §§ 18 ff ASGG.

⁷¹⁹ §§ 69, 70 KartG 2005 (§§ 99, 100 KartG 1988).

⁷²⁰ OGH 14.6.2004, 16 Ok 24/03; OGH als Kartellobergericht 1.7.2004, 1 Nc 67/04z.

angehören⁷²¹. Wenn ein Kartell ausschließlich Waren zum Gegenstand hat, die im Anhang zum Kartellgesetz 2005 angeführt sind, muss dem Senat des Kartellgerichts anstelle des von der Arbeiterkammer entsandten Mitglieds ein von der Landwirtschaftskammer entsandtes Mitglied angehören⁷²². Bei den Waren im Anhang handelt es sich um solche, die mit der Landwirtschaft in Verbindung stehen (z.B. Hufnägel). Der Gesetzgeber hat diesem Anhang solche Bedeutung beigemessen, dass er die Bestimmung über seine Geltung in den Verfassungsrang gehoben hat⁷²³. Die Bestimmung gilt nur für das Kartellgericht, nicht auch für das Kartellobergericht (zu dem die Landwirtschaftskammer gar keine Laienrichter entsendet⁷²⁴). Des weiteren gilt die Bestimmung nach ihrem Wortlaut nur für Kartelle, nicht auch für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder für einen Zusammenschluss. Wenn ein Senat mit einem Laienrichter der Arbeiterkammer über ein Kartell über eine im Anhang angeführte Ware entscheidet, liegt der Rekursgrund der nicht ordnungsgemäßen Gerichtsbesetzung vor, der von Amts wegen wahrzunehmen ist und in jedem Fall zur Aufhebung des Beschlusses und zur Zurückverweisung der Rechtssache an das Kartellgericht führt⁷²⁵.

2. Parteien und Parteienvertretung

Das Kartellgesetz regelt die Parteistellung abweichend vom Außerstreitgesetz⁷²⁶. Es regelt sehr detailliert, wer Antragsteller der jeweiligen Art von Verfahren sein kann, weil die schrittweise Ausweitung der Antragsbefugnis nur gegen den Widerstand der Sozialpartner möglich war⁷²⁷. Über die Bestimmung der Antragsberechtigten hinaus bestimmt das Kartellgesetz nur, dass die Amtsparteien auch in Verfahren, in denen sie nicht Antragsteller sind, Parteistellung haben. Die Fragen, die durch das Fehlen näherer Regelungen über den Umfang dieser Parteistellung aufgeworfen werden⁷²⁸, waren im Zusammenhang mit dem Zusammenschluss der *Format*-Gruppe mit der *Profil*-Gruppe sogar Gegenstand der tagespolitischen Diskussion.

2.1 Antragsteller

Bei Genehmigungsverfahren ist die Antragsbefugnis naturgemäß sehr beschränkt: Bei Verfahren zur Genehmigung eines Zusammenschlusses sind nur am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen zur Anmeldung berechtigt⁷²⁹. Ein Prüfverfahren findet jedoch nur statt, wenn es eine der beiden Amtsparteien beantragt⁷³⁰, sodass die Amtsparteien die eigentlichen Antragsteller des kartellgerichtlichen Verfahrens sind. Nach der Rechtsprechung

⁷²¹ § 59 Abs 2 KartG 2005; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 135.

⁷²² § 59 Abs 3 KartG 2005; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 135.

⁷²³ § 87 Abs 1 letzter Satz KartG 2005.

⁷²⁴ § 68 Abs 1 KartG 2005.

⁷²⁵ § 58 Abs 4 Z 3 iVm § 55 Abs 3 letzte Variante AußStrG 2003.

⁷²⁶ *Gugerbauer*, Kommentar, § 27 Rz 2.

⁷²⁷ *Tahedl*, Missbrauch, 222; EB zur RV 633/XVII GP (Kartellgesetznovelle 1988) Erläuterungen zu Abschnitt IV: „Die im Ministerialentwurf ursprünglich vorgesehene Antragslegitimation des betroffenen Unternehmens ist wegen des Widerstandes der Sozialpartner nicht beibehalten worden“.

⁷²⁸ OGH 20.12.2004, 16 Ok 6/04.

⁷²⁹ § 10 Abs 1 KartG 2005 (§ 42a Abs 2 KartG 1988).

⁷³⁰ § 11 Abs 1 KartG 2005 (§ 42b Abs 1 KartG 1988).

des OGH als Kartellobergericht liegt keine Verfassungswidrigkeit darin, dass Unternehmer, die ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung des Zusammenschlussverfahrens haben, keine Parteistellung haben⁷³¹.

Bei allen übrigen Verfahren (etwa bei Anträgen auf einen Abstellauftrag und bei Feststellungsanträgen) sind antragberechtigt:

- die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt,
- durch bundesgesetzliche Vorschriften zur Regulierung bestimmter Wirtschaftszweige eingerichtete Behörden (Regulatoren),
- die Wirtschaftskammer Österreich, die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs,
- jeder Unternehmer und jede Unternehmervereinigung, der oder die ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung hat.

2.1.1 Amtsparteien

2.1.1.1 Bundeswettbewerbsbehörde

Die Bundeswettbewerbsbehörde ist beim Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit mit dem Ziel eingerichtet, funktionierenden Wettbewerb und die Anwendung des Kartellgesetzes sicherzustellen⁷³². Die Bundeswettbewerbsbehörde wird vom Generaldirektor für Wettbewerb geleitet⁷³³, der auf Vorschlag der Bundesregierung vom Bundespräsidenten für 5 Jahre ernannt wird⁷³⁴. Bei der Besorgung seiner Aufgaben ist der Generaldirektor für Wettbewerb weisungsfrei⁷³⁵. Die Bediensteten der Bundeswettbewerbsbehörde sind bei der Besorgung ihrer Aufgaben nur an die Weisungen des Generaldirektors für Wettbewerb gebunden⁷³⁶. *Wollmann*⁷³⁷ kritisiert, dass der Bundeswettbewerbsbehörde nur 16,9 Fallbearbeiter (einschließlich des Generaldirektors) und 7,1 Kanzleikräfte zur Verfügung stehen, was trotz Modernisierung an der Ernsthaftigkeit der Österreichischen Wettbewerbspolitik zweifeln lasse.

Die Bundeswettbewerbsbehörde nimmt ihre Befugnisse von Amts wegen wahr⁷³⁸; sie muss aufgrund von Beschwerden nicht tätig werden⁷³⁹. Zu den Befugnissen der Bundeswettbewerbsbehörde gehört neben ihren eigenen Ermittlungsbefugnissen die Antragstellung beim Kartellgericht. Auch bei Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts wird das Verhältnis der Bundeswettbewerbsbehörde zum Kartellgericht

⁷³¹ OGH 1.7.2002, 16 Ok 2/02.

⁷³² § 1 Abs 1 WettbG; *Urlesberger*, RWZ 2002/55.

⁷³³ § 1 Abs 2 WettbG; *Barbist*, medien und recht 2001, 209.

⁷³⁴ § 6 WettbG; *Stockenhuber*, ÖZW 2002, 75.

⁷³⁵ § 1 Abs 3 WettbG (Verfassungsbestimmung); *Barbist*, medien und recht 2001, 207.

⁷³⁶ § 9 Abs 3 WettbG (Verfassungsbestimmung).

⁷³⁷ *Wollmann*, *ecolex* 2005, 500.

⁷³⁸ § 2 Abs 2 WettbG; § 2 Abs 3 WettbG idF RV 942/XXII (Wettbewerbsgesetznovelle 2005).

⁷³⁹ EB zu RV 1005/XXI (Kartellrechtsnovelle 2002), zu § 2 WettbG.

nur vom innerstaatlichen Recht bestimmt⁷⁴⁰. Die Bundeswettbewerbsbehörde kann vor allen Behörden und Gerichten selbst auftreten, sofern nicht die Vertretung durch einen Rechtsanwalt vorgeschrieben ist⁷⁴¹; sie kann sich aber auch durch einen Rechtsanwalt oder durch die Finanzprokuratur vertreten lassen⁷⁴². Aufgrund dieser Vertretungsbestimmung wurde bei der Einführung des Außerstreitgesetzes 2003 in das Kartellgesetz die Bestimmung aufgenommen, dass sich Amtsparteien vor dem Kartellgericht nicht durch Rechtsanwälte vertreten lassen müssen⁷⁴³. Gegen die Antragstellung der Bundeswettbewerbsbehörde stehen dem Antragsgegner nur die Mittel des Kartellgerichtsverfahrens zur Verfügung, nicht jedoch ein öffentlich-rechtlicher Rechtszug gegen die Entscheidung als solche, da es sich bei Parteihandlungen vor anderen Behörden nicht um die Setzung verbindlicher Normen handelt⁷⁴⁴.

2.1.1.2 Bundeskartellanwalt

Der Bundeskartellanwalt ist zur Wahrung der öffentlichen Interessen in Angelegenheiten des Wettbewerbsrechts beim Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht berufen⁷⁴⁵.

(Diese Formulierung des Gesetzes ist nicht sehr geglückt⁷⁴⁶, weil die Einschränkung „beim Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht“ so gedeutet werden könnte, dass er zur Wahrung öffentlicher Interessen beim Obersten Gerichtshof als Kartellobergericht nicht berufen ist. Jedoch stellt § 40 Kartellgesetz 2005 im III. Hauptstück über das „Verfahren vor dem Kartellgericht und dem Kartellobergericht“ fest, dass „die Amtsparteien“ Parteistellung haben. Auch findet sich in der Regierungsvorlage kein Hinweis darauf, dass der Bundeskartellanwalt nur im erstinstanzlichen Verfahren tätig sein soll. Es scheint sich daher nur um eine unglückliche Formulierung zu handeln, die vielleicht ausdrücken sollte, dass das Wettbewerbsrecht, bei dem der Bundeskartellanwalt öffentliche Interessen zu vertreten hat, nicht auch das Lauterkeitsrecht umfasst.)

Der Bundeskartellanwalt wird vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung für jeweils 5 Jahre bestellt⁷⁴⁷. Er ist dem Bundesminister für Justiz unterstellt⁷⁴⁸ und ist nicht weisungsfrei⁷⁴⁹. Der Bundeskartellanwalt hat einen Stellvertreter⁷⁵⁰, aber keinen darüber hinausgehenden Hilfsapparat. Die Kanzleigeschäfte des Bundeskartellanwalts sind vielmehr

⁷⁴⁰ Gruber, wbl 2004, 8.

⁷⁴¹ § 15 Abs 1 WettbG.

⁷⁴² § 15 Abs 1 WettbG.

⁷⁴³ § 49 Abs 1 KartG 2005 (§ 53 Abs 1 KartG 1988).

⁷⁴⁴ EB zu RV 1005/XXI (Kartellrechtsnovelle 2002), zu §§ 11 bis 13 WettbG.

⁷⁴⁵ § 75 Abs 1 KartG 2005 (§ 112 Abs 1 KartG 1988); Barbist, medien und recht 2001, 207; Urlesberger, RWZ 2002/55.

⁷⁴⁶ vielleicht krit Urlesberger, RWZ 2002/55.

⁷⁴⁷ § 76 Abs 1 KartG 2005 (§ 113 Abs 1 KartG 1988); Stockenhuber, ÖZW 2002, 76.

⁷⁴⁸ § 75 Abs 2 KartG 2005 (§ 112 Abs 2 KartG 1988); Stockenhuber, ÖZW 2002, 76.

⁷⁴⁹ Barbist, medien und recht 2001, 209; Urlesberger, RWZ 2002/55; Stockenhuber, ÖZW 2002, 76.

⁷⁵⁰ § 75 Abs 3 KartG 2005 (§ 112 Abs 3 KartG 1988); Stockenhuber, ÖZW 2002, 76.

von der Geschäftsstelle des OLG Wien wahrzunehmen⁷⁵¹ und Ausgaben des Bundeskartellanwalts werden aus Kreditmitteln des OLG Wien getragen⁷⁵².

Der Umfang der Parteistellung des Bundeskartellanwalts entspricht dem Umfang der Parteistellung der Bundeswettbewerbsbehörde mit der Ausnahme, dass der Bundeskartellanwalt keine Antragsbefugnis für die im Wettbewerbsgesetz vorgesehenen Zwangsmaßnahmen hat (Auskunftsverlangen; Einsicht in Unterlagen; Hausdurchsuchung). Er kann jedoch Anträge auf Verhängung von Bußgeldern stellen⁷⁵³.

Neben seinen Antragsbefugnissen beim Kartellgericht kann der Bundeskartellanwalt⁷⁵⁴:

- in die Akten der Bundeswettbewerbsbehörde Einsicht nehmen;
- die Bundeswettbewerbsbehörde um Auskünfte ersuchen; und
- die Bundeswettbewerbsbehörde um die Durchführung von Ermittlungen ersuchen⁷⁵⁵.

(Der Wortlaut der Bestimmung weist darauf hin, dass die Bundeswettbewerbsbehörde den Ersuchen des Bundeskartellanwalts nicht nachkommen muss. So hat der Gesetzgeber im gleichzeitig erlassenen § 14 Wettbewerbsgesetz ausdrücklich festgehalten, dass die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes der Bundeswettbewerbsbehörde über deren Ersuchen „Hilfe zu leisten haben“).

Obwohl der Bundeskartellanwalt nur als Ergebnis eines politischen Kompromisses zweier Ressortminister unterschiedlicher Parteizugehörigkeit eingerichtet wurde, hat seine Einrichtung wegen der Weisungsgebundenheit den Vorteil, dass (trotz der Unanhängigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde) die politische Verantwortung bei der Vollziehung des Kartellrechts erhalten bleibt⁷⁵⁶.

2.1.2 Regulatoren

2.1.2.1 Antragsbefugt sind durch Bundesgesetz zur Regulierung bestimmter Wirtschaftszweige eingerichtete Behörden (Regulatoren)⁷⁵⁷. Regulierungsbehörden wurden im Zuge der Marktöffnung von Sektoren geschaffen, in denen zuvor staatliche Monopole bestanden hatten (Telekommunikation, Energie, Rundfunk, Schienenverkehr). Grund für die Verleihung von Antragsrechten an die Regulatoren war dementsprechend, dass von ihnen ein wertvoller Beitrag zur Durchsetzung des Kartellrechts, insbesondere im Bereich der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmer, erwartet wurde⁷⁵⁸. Denn sie

⁷⁵¹ § 80 Abs 1 KartG 2005 (§ 116 Abs 1 KartG 1988); *Stockenhuber*, ÖZW 2002, 76.

⁷⁵² § 80 Abs 3 KartG 2005 (§ 116 Abs 3 KartG 1988).

⁷⁵³ § 36 Abs 2 KartG 2005 (§ 142 iVm § 44 KartG 1988).

⁷⁵⁴ § 81 Abs 3 KartG 2005; *Stockenhuber*, ÖZW 2002, 76.

⁷⁵⁵ *Barbist*, medien und recht 2001, 209.

⁷⁵⁶ *Urlesberger*, RWZ 2002/55.

⁷⁵⁷ § 36 Abs 4 Z 2 KartG 2005 (§§ 8a Abs 2 Z 7, § 25 Abs 2 Z 7, usw. KartG 1988); *Urlesberger*, RWZ 2002/55; *Stockenhuber*, ÖZW 2002, 79.

⁷⁵⁸ EB zu RV 1005/XXI (Kartellrechtsnovelle 2002), zu § 8a KartG; *Urlesberger*, RWZ 2002/55; *Stockenhuber*, ÖZW 2002, 76.

haben aus ihrer behördlichen Tätigkeit besonders profunde Kenntnisse über die maßgeblichen Verhältnisse in dem jeweiligen Wirtschaftszweig⁷⁵⁹.

2.1.2.2 Die Rechtsbegriffe „Regulierungsbehörde“ und „Regulator“ wurden nicht durch das Kartellgesetz neu geschaffen. Vielmehr werden bestimmte Behörden in den Materiegesetzen ausdrücklich als Regulierungsbehörden bezeichnet. Bloße Aufsichtsbehörden wie etwa die Finanzmarktaufsicht, die in dem Gesetz, mit dem sie eingerichtet werden, nicht als Regulierungsbehörden (sondern als Aufsichtsbehörden) bezeichnet sind, sind folglich keine Regulatoren. Regulierungsbehörden sind:

- Energie-Control-GmbH⁷⁶⁰;
- Energie-Control-Kommission⁷⁶¹;
- Rundfunk- und Telecom Regulierungs-GmbH⁷⁶²;
- Telecom-Control Kommission⁷⁶³;
- KommAustria⁷⁶⁴;
- Schienen-Control GmbH⁷⁶⁵;
- Schienen-Control Kommission⁷⁶⁶.

Hingegen ist der Bundeskommunikationssenat meines Erachtens keine Regulierungsbehörde: Denn dieser wurde „zur Kontrolle der Verwaltung in Angelegenheiten der Rundfunkregulierung“ und zur Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk eingerichtet⁷⁶⁷. In erster Instanz entscheidet er ausschließlich über Beschwerden nach dem ORF-Gesetz⁷⁶⁸, was nicht als Regulierungsmaterie bezeichnet wird. Im Bereich der Rundfunkregulierung wird der Bundeskommunikationssenat ausschließlich als Rechtsmittelinstanz gegen Bescheide der KommAustria tätig⁷⁶⁹. Folglich wird der Bundeskommunikationssenat weder als Regulierungsbehörde bezeichnet, noch wird ihm die Wahrnehmung von Regulierungsaufgaben übertragen. Die bloße Befugnis „zur Kontrolle der Verwaltung in Angelegenheiten der Rundfunkregulierung“ führt nicht zum Vorliegen einer Regulierungsbehörde. Denn zur Kontrolle von Regulierungstätigkeiten ist etwa auch der Verwaltungsgerichtshof zuständig, bei dem gegen Bescheide des Bundeskommunikationssenats eine Beschwerde eingebracht werden kann⁷⁷⁰.

⁷⁵⁹ EB zu RV 1005/XXI (Kartellrechtsnovelle 2002), zu § 8a KartG.

⁷⁶⁰ § 4 Energie-Regulierungsbehördengesetz („Regulierungsbehörden sind die Energie-Control GmbH und die Energie-Control Kommission“).

⁷⁶¹ § 4 Energieliberalisierungsgesetz.

⁷⁶² § 5 KommAustria Gesetz; § 115 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2003.

⁷⁶³ § 117 iVm § 9 Abs 2, § 18 Abs 3, § 25 Telekommunikationsgesetz 2003 („Regulierungsbehörde“).

⁷⁶⁴ § 1 Abs 1 KommAustria Gesetz („Zur Verwaltungsführung in Angelegenheiten der Rundfunkregulierung wird die Kommunikationsbehörde Austria "KommAustria" eingerichtet.“).

⁷⁶⁵ 7. Teil Eisenbahngesetz („Regulierungsbehörden“).

⁷⁶⁶ 7. Teil Eisenbahngesetz („Regulierungsbehörden“).

⁷⁶⁷ Art 1 Abs 2 KommAustria Gesetz.

⁷⁶⁸ § 11 Abs 2 Z 2 KommAustria Gesetz.

⁷⁶⁹ § 11 Abs 2 Z 1 KommAustria Gesetz.

⁷⁷⁰ § 11 Abs 3 KommAustria Gesetz.

2.1.2.3 Es stellt sich die Frage, ob Regulierungsbehörden nur in dem von ihnen jeweils regulierten Wirtschaftsbereich vor dem Kartellgericht antragsbefugt sind oder ob ihnen umfassende Antragsbefugnis zukommt.

Das Kartellgesetz räumt die Antragsbefugnis den „durch bundesgesetzliche Vorschriften zur Regulierung bestimmter Wirtschaftszweige eingerichteten Behörden (Regulatoren)“ ein. Eine Beschränkung der Antragsbefugnis wie etwa bei Unternehmen, die nur soweit antragsbefugt sind, wie ihre rechtlichen oder wirtschaftlichen Interessen berührt sind, enthält das Kartellgesetz. Jedoch bestimmt § 46 KartG 2005, dass „durch bundesgesetzliche Vorschriften zur Regulierung bestimmter Wirtschaftszweige eingerichtete Behörden (Regulatoren)“ zu Fragen, die ihren Wirtschaftszweig betreffen, auch dann Stellungnahmen abgeben können, wenn sie nicht Antragsteller sind.

Meines Erachtens ergibt sich aus einem Größenschluss, dass sie außerhalb des Wirtschaftszweigs, zu dem sie Stellungnahmen abgeben können, auch keine Antragsbefugnis haben. Dies entspricht der Erwägung der Regierungsvorlage, den Regulatoren die Antragsbefugnis wegen der besonderen Kenntnisse in ihrem jeweiligen Wirtschaftszweig einzuräumen. Des weiteren entspricht es der Regelung jener Materiengesetze, die ausdrückliche Bestimmungen zu Anträgen beim Kartellgericht vorsehen. Danach stellen die Regulatoren Anträge, wenn sich im Rahmen ihrer Tätigkeit die Vermutung ergibt, dass Bestimmungen des Kartellgesetzes verletzt sind⁷⁷¹, wenn die Zweck- und Zielbestimmungen des TKG berührt sind⁷⁷² oder „zur Wahrung der den Regulatoren durch das Kartellgesetz eingeräumten Antragsrechte für den Elektrizitäts- und Erdgasbereich“⁷⁷³.

2.1.2.4 Ob bei Einrichtung mehrerer Regulatoren für einen Wirtschaftszweig alle diese Regulatoren antragsbefugt sind oder nur bestimmte, ähnelt einer Denksportaufgabe: Denn die Bestimmungen der einzelnen Materiengesetze zu Anträgen beim Kartellgericht folgen keinem einheitlichen Muster.

- Im Telekommunikationsbereich gibt es mit der Rundfunk- und Telecom Regulierungs-GmbH und der Telecom-Control Kommission zwei Regulierungsbehörden, wobei die Antragstellung beim Kartellgericht nur bei der Telecom-Control Kommission als Aufgabe angeführt ist⁷⁷⁴.
- Im Energiebereich gibt es mit der Energie-Control-GmbH und der Energie-Control-Kommission ebenfalls zwei Regulierungsbehörden, wobei die Antragstellung beim Kartellgericht (anders als im Telekommunikationsbereich nicht bei der Kommission sondern) nur bei den Aufgaben der Energie-Control-GmbH angeführt ist⁷⁷⁵. Nach den Materialien würde „durch die Umschreibung der Geschäfte der Energie-Control GmbH

⁷⁷¹ § 127 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2003.

⁷⁷² § 127 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2003.

⁷⁷³ § 7 Abs 2 Energie-Regulierungsbehördengesetz.

⁷⁷⁴ § 117 Z 15 Telekommunikationsgesetz 2003.

⁷⁷⁵ § 7 Abs 2 Energie-Regulierungsbehördengesetz.

eindeutig klargestellt, dass ihr auch die Wahrnehmung der den Regulatoren im Kartellgesetz eingeräumten Antragsrechte zur Besorgung zugewiesen ist⁷⁷⁶.

- Im Rundfunkbereich gibt es mit der Rundfunk- und Telecom Regulierungs-GmbH und der Komm-Austria ebenfalls zwei Regulierungsbehörden. Weder im Komm-Austria Gesetz noch im Privatradiogesetz noch im Privatfernsehgesetz findet sich eine Zuteilung der Antragsrechte beim Kartellgericht zu einer der beiden Behörden. Lediglich im Telekommunikationsgesetz ist vorgesehen, dass die Komm-Austria im Telekommunikationsbereich dann anstelle der Telecom-Control Kommission zuständig ist, wenn es sich um die Nutzung eines Kommunikationsnetzes zur Verbreitung von Rundfunk handelt⁷⁷⁷. Zu den im Telekommunikationsgesetz angeführten Aufgaben der KommAustria ist (wie oben ausgeführt) auch die Antragstellung beim Kartellgericht vorgesehen⁷⁷⁸.
- Im Schienenbereich sind mit der Schienen-Control GmbH und der Schienen-Control Kommission ebenfalls zwei Regulierungsbehörden eingerichtet. Im Eisenbahngesetz findet sich keine Erwähnung der Antragstellung beim Kartellgericht, sodass sie keiner der Behörden ausdrücklich als Aufgabe zugewiesen ist. (Der Gesetzgeber hat bei der Einrichtung der beiden Regulatoren aber sehr wohl an das Kartellgesetz gedacht, indem er in den Bestimmungen zur Wettbewerbsaufsicht⁷⁷⁹ vorgesehen hat, dass die Zuständigkeiten des Kartellgerichts unberührt bleiben).

Im Schrifttum hat sich *Liebmann*⁷⁸⁰ mit dem Verhältnis der Schienen-Control GmbH und der Schienen-Control Kommission zum Kartellgericht befasst, allerdings mit einiger Undeutlichkeit. Er hält zur Schienen-Control GmbH (und gleichlautend zur Schienen-Control Kommission) eingangs fest, dass die Zuständigkeit des Kartellgerichts von ihren Befugnissen nicht berührt werden⁷⁸¹. Als Schnittstelle zwischen dem Kartellgericht und der Schienen-Control GmbH (gleichlautend zur Schienen-Control Kommission) fungiere die Bundeswettbewerbsbehörde, zu deren Aufgaben die Leistung von Amtshilfe⁷⁸² an Regulatoren gehöre und die beim Kartellgericht Anträge stellen könne⁷⁸³. Das eigene Antragsrecht der Regulatoren beim Kartellgericht erwähnt *Liebmann* nicht⁷⁸⁴. Dadurch werden offenbar sowohl die Schienen-Control GmbH als auch die Schienen-Control Kommission als Regulatoren im Sinne (der Amtshilfebestimmung) des Wettbewerbsgesetzes betrachtet; ob die Nichterwähnung der eigenen Antragbefugnis der Regulatoren beim Kartellgericht bedeuten soll, dass *Liebmann* den beiden Regulatoren die eigene Antragsbefugnis abspricht oder ob er sie nur übersehen hat, bleibt unklar.

⁷⁷⁶ EB zur RL XXI/1116 (Gaswirtschaftsgesetz) zu Artikel 2 Z 8 (§ 7 Energie-Regulierungsbehördengesetz).

⁷⁷⁷ § 120 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2003.

⁷⁷⁸ § 120 Abs 1 Z 11 iVm § 127 Telekommunikationsgesetz 2003.

⁷⁷⁹ § 73 Eisenbahngesetz.

⁷⁸⁰ *Liebmann*, Kurzkommentar, § 53f Rz 4, § 74 Rz 5.

⁷⁸¹ *Liebmann*, Kurzkommentar, § 53f Rz 4, § 74 Rz 5.

⁷⁸² § 2 Abs 1 Z 4 WettbG.

⁷⁸³ *Liebmann*, Kurzkommentar, § 53f Rz 4, § 74 Rz 5.

⁷⁸⁴ *Liebmann*, Kurzkommentar, § 53f Rz 4, § 74 Rz 5.

Meines Erachtens erfordert die Antragsbefugnis eines Regulators nicht, dass diese auch in seinem jeweiligen Materiengesetz angeführt ist. Denn einerseits wäre in diesem Fall die Einräumung der Antragsbefugnis durch das Kartellgesetz selbst unnötig, wovon im Zweifel nicht auszugehen ist. Weiters zeigen dies auch die Materialien zum Energie-Regulierungsbehördengesetz, wonach die ausdrückliche Erwähnung der Antragsbefugnis zur eindeutigen Klarstellung dient. Offenbar sollte die Antragsbefugnis nicht erst eingeräumt, sondern nur bekräftigt werden.

2.1.3 Kammern

Die abstrakte Antragsbefugnis, die der Wirtschaftskammer Österreich, der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte sowie der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs eingeräumt ist, haben nur diese drei juristischen Personen. Untergruppen der Kammern wie Landesorganisationen oder Sektionen können nur als Unternehmensvereinigungen antragsbefugt sein, das heißt nur dann, wenn die von ihnen vertretenen wirtschaftlichen Interessen berührt sind⁷⁸⁵.

2.1.4 Unternehmer

Der Begriff des „Unternehmers“ ist im Kartellgesetz nicht definiert⁷⁸⁶. Das Kartellgesetz verwendet den Begriff einerseits zur Bestimmung der Passivlegitimation (indem es bestimmt, für wen das Kartell- und das Missbrauchsverbot gelten) und andererseits zur Bestimmung der Aktivlegitimation. Die Rechtsprechung hat sich bisher ausschließlich bei der Feststellung der Passivlegitimation mit dem Unternehmerbegriff befasst. Sie spricht jedoch einheitlich vom Begriff des „Unternehmers im Sinn des Kartellgesetzes“⁷⁸⁷ und es ist auch kein Grund ersichtlich, warum im Bereich des Kartellgesetzes zwei unterschiedliche Unternehmerbegriffe bestehen sollten.

Unternehmer ist derjenige Rechts- bzw. Willensträger, dem die als Unternehmen qualifizierte Tätigkeit zuzurechnen ist⁷⁸⁸. Dabei ist die Tätigkeit ausreichend, eine organisierte Erwerbsgelegenheit ist nicht notwendig („funktionaler Unternehmensbegriff“)⁷⁸⁹. Eine solche Tätigkeit ist jede selbständige, nicht rein private und außerhalb des Erwerbslebens liegende Tätigkeit in der Erzeugung von Waren oder gewerblichen Leistungen⁷⁹⁰. Abzustellen ist auf die Art der Tätigkeit und nicht auf die Eigenschaft derjenigen, welche die Tätigkeit ausüben⁷⁹¹. Es muss um den Erhalt einer Gegenleistung gehen; das Fehlen oder Vorhandensein einer Gewinnerzielungsabsicht ist jedoch unerheblich⁷⁹². Eine Tätigkeit mit rein sozialem Zweck begründet kein Unternehmen, was für den OGH auf die

⁷⁸⁵ § 36 Abs 4 Z 4 2. Var. KartG 2005 (§§ 8a Abs 2 Z 2, § 25 Abs 2 Z 2, usw. KartG 1988); *Tahedl*, Missbrauch, 220.

⁷⁸⁶ OGH 15.12.2003, 16 Ok 12/03; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 16.

⁷⁸⁷ OGH 15.12.2003, 16 Ok 12/03.

⁷⁸⁸ OGH 15.12.2003, 16 Ok 12/03; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 17-18.

⁷⁸⁹ OGH 15.12.2003, 16 Ok 12/03; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 17.

⁷⁹⁰ OGH 15.12.2003, 16 Ok 12/03; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 17-18.

⁷⁹¹ OGH 15.12.2003, 16 Ok 12/03; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 18.

⁷⁹² OGH 15.12.2003, 16 Ok 12/03; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 18.

Gebietskrankenkassen zutrifft (nach einer Änderung seiner Judikatur aufgrund eines Urteils des EuGH)⁷⁹³. Rein privat ist die Betätigung privater Haushalte⁷⁹⁴. Wenn der Antragsteller während des anhängigen Verfahrens sein Unternehmen aufgibt, verliert er seine Parteistellung⁷⁹⁵.

2.2 Antragsgegner

Bei der Bestimmung des Antragsgegners folgt die Rechtsprechung ausschließlich dem formellen Parteibegriff, sodass Antragsgegner ausschließlich derjenige ist, der als solcher bezeichnet ist.

In einer jüngeren Entscheidung hat ein Taxiunternehmen (unter gleichzeitiger Stellung eines Verfahrenshilfeantrags) vorgebracht, die Marktgemeinde T habe das konkurrierende Unternehmen *City-Taxi* mit Taxidienstleistungen im Gemeindegebiet zu einem subventionierten Fixpreis beauftragt. In einem Verbesserungsauftrag hat das Kartellgericht dem Antragsteller die Klarstellung aufgetragen, gegen wen sich der Antrag richte. Aus dem ergänzenden Vorbringen war (undeutlich) abzuleiten, dass sich der Antrag gegen das Unternehmen *City-Taxi* richtete. Das Kartellgericht hat den Antrag (und den Antrag auf Verfahrenshilfe mangels Erfolgsaussicht) abgewiesen, weil dem Unternehmen *City-Taxi* kein Vorwurf gemacht werden könne. Die Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes und vergaberechtlicher Bestimmungen sei gegen die Marktgemeinde T geltend zu machen; gegen die richte sich aber der Antrag nicht. (Der OGH hat den Beschluss nach Rekurs der Bundeswettbewerbsbehörde aufgehoben, weil diese erst durch die Zustellung des Abweisungsbeschlusses von der Rechtssache in Kenntnis gesetzt worden war und weil sie im Verfahren eigene Anträge hätte stellen können, die „unter Umständen zielführender gewesen wären als jene der Antragstellerin“.)⁷⁹⁶

2.3 Weitere Verfahrensbeteiligte

2.3.1 Amtsparteien

Die Amtsparteien haben Parteistellung auch dann, wenn sie nicht Antragsteller sind⁷⁹⁷. Nähere Regelungen über den Umfang der Parteistellung der Amtsparteien in jenen Verfahren, in denen kein eigener Antrag der Amtspartei gestellt wurde, finden sich im Kartellgesetz nicht⁷⁹⁸. Jedoch sieht es vor, dass Anträge in so vielen Gleichschriften eingebracht werden müssen, dass auch den Amtsparteien Gleichschriften zugestellt werden können⁷⁹⁹. Die Amtsparteien können entweder dem Verfahren formell als Partei beitreten oder sich sonstwie,

⁷⁹³ OGH 14.6.2004, 16 Ok 5/04.

⁷⁹⁴ OGH 15.12.2003, 16 Ok 12/03.

⁷⁹⁵ *Gugerbauer*, Kommentar, § 44 letzter Satz.

⁷⁹⁶ OGH 11.1.2004, 16 Ok 13/04.

⁷⁹⁷ § 40 KartG 2005 (§ 44 KartG 1988); *Urlesberger*, RWZ 2002/55.

⁷⁹⁸ OGH 20.12.2004, 16 Ok 6/04.

⁷⁹⁹ § 42 KartG 2005 (§ 46 KartG 1988).

etwa durch Schriftsätze mit rechtlichen Erwägungen, beteiligen⁸⁰⁰. Wenn sich zwei Parteien gegenüberstehen, müssen die Amtsparteien nicht für eine der beiden Parteien Stellung beziehen, vielmehr obliegt ihnen die Wahrung des allgemeinen öffentlichen Interesses an einem funktionierenden Wettbewerb⁸⁰¹. Die Amtsparteien können jedoch Parteienanträgen beitreten⁸⁰² und zurückgezogene Parteienanträge aufrechterhalten⁸⁰³. Der sehr umstrittene Umfang der Rekurslegitimation der Amtsparteien wird im Abschnitt über Rechtsmittel behandelt werden.

2.3.2 Kammern und Regulatoren

Wenn die antragsberechtigten Kammern und Regulatoren nicht Antragsteller sind, haben sie keine Parteistellung⁸⁰⁴. Die antragsberechtigten Kammern können jedoch in allen kartellgerichtlichen Verfahren Stellungnahmen abgeben⁸⁰⁵; Regulatoren können dies in allen Verfahren zu den den jeweiligen Wirtschaftszweig betreffenden Fragen⁸⁰⁶. Die Regulatoren können vom Kartellgericht zu einer solchen Stellungnahme auch aufgefordert werden⁸⁰⁷. Das Kartellgericht muss im Beschluss auf die Stellungnahme aber nicht eingehen und muss sie auch nicht erwähnen⁸⁰⁸.

3. Parteienvertretung

3.1 Das Kartellgesetz sieht keine Bestimmungen über die Parteienvertretung vor. Durch das Außerstreitgesetz 2003 wurden die Bestimmungen der Parteienvertretung in Außerstreitverfahren geändert. Im Zuge der Erlassung des Außerstreitgesetzes 2003 wurde ein neuer § 53 Abs 1 Kartellgesetz eingefügt, wonach sich Amtsparteien nicht im Verfahren vor dem Kartellobergericht durch Rechtsanwälte vertreten lassen müssen. Folglich sind die übrigen Änderungen durch das Außerstreitgesetz 2003 auch in Kartellsachen anzuwenden.

3.2 Im Außerstreitverfahren erster Instanz, das heißt im Verfahren vor dem Kartellgericht, müssen sich die Parteien nicht vertreten lassen⁸⁰⁹. Wenn sie sich aber vertreten lassen wollen, können sie sich durch jede eigenberechtigte Person vertreten lassen⁸¹⁰.

3.3 Im Rekursverfahren, das heißt im Verfahren vor dem Kartellobergericht, müssen sich die Parteien ebenfalls nicht vertreten lassen⁸¹¹. Wenn sie sich jedoch vertreten lassen wollen, so muss die Vertretung durch einen Rechtsanwalt oder (in Kartellsachen eher unrealistisch)

⁸⁰⁰ OGH 20.12.2004, 16 Ok 6/04.

⁸⁰¹ OGH 20.12.2004, 16 Ok 6/04.

⁸⁰² vgl OGH 23.6.2003, 16 Ok 7/03.

⁸⁰³ OGH 20.12.2004, 16 Ok 6/04.

⁸⁰⁴ EB zu RV 1005/XXI (Kartellrechtsnovelle 2002) zu § 50 KartG.

⁸⁰⁵ § 45 KartG 2005 (§ 49 KartG 1988).

⁸⁰⁶ § 46 KartG 2005 (§ 50 KartG 1988).

⁸⁰⁷ § 46 KartG 2005 (§ 50 KartG 1988).

⁸⁰⁸ OGH 14.2.2005, 16 Ok 1/05 RdW 2005, 427.

⁸⁰⁹ § 4 Abs 1 AußStrG 2003; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 59.

⁸¹⁰ § 4 Abs 1 AußStrG 2003; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 59.

⁸¹¹ § 4 Abs 1 AußStrG 2003; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 59.

durch einen Notar erfolgen⁸¹². Wenn sie sich im Rekursverfahren zu einem „streitigen Außerstreitverfahren“ vertreten lassen wollen (das heißt einem Verfahren, in denen einander Anträge zweier oder mehrerer Parteien gegenüberstehen), können sie sich nur durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen⁸¹³.

⁸¹² § 6 Abs 2 AußStrG 2003; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 59.

⁸¹³ § 6 Abs 1 AußStrG 2003; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 59.

H. Verfahren

1. Verfahrensgrundsätze

1.1 Untersuchungsgrundsatz

1.1.1 Das Außerstreitgesetz 2003 bestimmt, dass das Gericht von Amts wegen dafür zu sorgen hat, dass alle für seine Entscheidung maßgeblichen Tatsachen aufgeklärt werden und dass es sämtliche Hinweise auf solche Tatsachen entsprechend zu berücksichtigen hat⁸¹⁴. Bereits das Außerstreitgesetz 1854 hatte dem Gericht vorgeschrieben, dass alle Umstände und Verhältnisse, welche auf die richterliche Verfügung Einfluss haben, von Amts wegen zu untersuchen sind⁸¹⁵, und sogar auf Tatsachen Bedacht zu nehmen ist, welche die Parteien nicht vorgebracht haben, die aber dem Gericht auf andere Weise bekannt sind⁸¹⁶. Daher wird im Schrifttum vertreten, dass die von der Judikatur zum Außerstreitgesetz 1854 entwickelten Grundsätze weiterhin gelten⁸¹⁷.

1.1.2 Obwohl das Kartellgericht nach dem Außerstreitgesetz zu entscheiden hat⁸¹⁸, werden die obigen Vorgaben im Kartellverfahren nicht eingehalten. In Verfahren, die nur über Antrag einzuleiten sind, müssen die Antragsteller das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen für den Antrag wenigstens behaupten⁸¹⁹.

Die Behauptungslast wird von der Rechtsprechung streng beurteilt: Wird die Feststellung beantragt, dass eine Vereinbarung (im konkreten Fall die Vereinbarung über die gemeinsame Vermarktung der Werbezeiten der zum *Krone-Hit-R@dio* zusammengeschlossenen Radiostationen, deren Existenz der informierten Öffentlichkeit bekannt ist) dem Kartellgesetz unterliegt, so muss im Antrag angegeben werden, welche konkreten Vertragsklauseln eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Liegt dem Antragsteller der Vertrag nicht vor, muss er im Verfahren schon wegen Verletzung der Behauptungslast unterliegen. Da er die konkrete Vertragsklausel nicht angeben konnte, wurde auch der Antrag, das Kartellgericht möge die Vorlage der Vereinbarung auftragen, mangels ausreichenden Sachvorbringens als unzulässiger Erkundungsbeweis abgewiesen⁸²⁰.

1.1.3 In Verfahren, in denen sich die Parteien in gegenläufigen Rollen gegenüberstehen, sind nach der ständigen Rechtsprechung ganz allgemein die Behauptungs- und Beweislastregeln, die das streitige Verfahren beherrschen, heranzuziehen⁸²¹.

⁸¹⁴ § 16 Abs 1 AußStrG 2003.

⁸¹⁵ § 2 Abs 2 Z 5 AußStrG 1854; *Klicka/Oberhammer*, Außerstreitverfahren, 30.

⁸¹⁶ § 2 Abs 2 Z 6 AußStrG 1854; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 137.

⁸¹⁷ *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 16 Rz 1.

⁸¹⁸ § 38 KartG 2005 (§ 43 KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 136.

⁸¹⁹ OGH 23.6.2003, 16 Ok 4/03; vgl *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 137.

⁸²⁰ OGH 23.6.2003, 16 Ok 4/03.

⁸²¹ OGH 17.11.2003, 16 Ok 11/03; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 137.

1.2 Unmittelbarkeit des Verfahrens

1.2.1 Das Kartellgesetz 2005 enthält keine Bestimmung zur Unmittelbarkeit des Verfahrens. Auch das Außerstreitgesetz 1854 enthielt keine Vorschrift über den Unmittelbarkeitsgrundsatz⁸²². Nach der Rechtsprechung des OGH als Kartellobergericht gilt dieser Grundsatz im Kartellverfahren folglich nicht⁸²³. Es ist daher kein Verfahrensmangel, wenn der Senat bei der Entscheidung über die Eintragung eines Kartells anders besetzt ist als bei der vorangehenden mündlichen Verhandlung⁸²⁴.

1.2.2 Auch das Außerstreitgesetz 2003 enthält keinen allgemeinen Unmittelbarkeitsgrundsatz⁸²⁵. Dazu hält die Regierungsvorlage fest, im erstinstanzlichen Verfahren könne der Unmittelbarkeitsgrundsatz nur als eine gewisse Leitlinie für eine möglichst sachnahe und sachrichtige Verfahrensgestaltung Geltung beanspruchen, sollte aber nicht als starres Grundprinzip in das Gesetz aufgenommen werden. Daher ist davon auszugehen, dass Verstöße gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz weiterhin keinen Rekursgrund bilden werden.

1.2.3 Für das Rechtsmittelverfahren bestimmt § 52 Abs 2 Außerstreitgesetz 2003, dass das Rekursgericht von den Feststellungen des Erstgerichts nur abweichen darf, wenn es die für die Feststellung maßgeblichen Beweise wiederholt (oder die Parteien die Wiederholung nicht beantragen, obwohl ihnen das Gericht seine Bedenken gegen die Würdigung des Beweises mitgeteilt hat und ihnen Gelegenheit zur Beantragung der neuerlichen Beweisdurchführung gegeben hat)⁸²⁶. Diese Bestimmung hat für das Kartellverfahren aber keine Bedeutung, weil nach der Rechtsprechung der OGH als Kartellobergericht auch unter dem Außerstreitgesetz 2003 keine Tatsacheninstanz ist⁸²⁷.

1.3 Rechtliches Gehör

1.3.1 Das Außerstreitgesetz 2003 sieht vor, dass alle Parteien vom Vorbringen anderer Parteien und vom Inhalt von Erhebungen Kenntnis zu erhalten haben und dazu Stellung nehmen können⁸²⁸. Dabei darf eine Partei gegenüber der anderen nicht benachteiligt werden⁸²⁹. Wenn einer Partei erst im Rekursverfahren rechtliches Gehör gewährt wird und auch danach der erstinstanzliche Beschluss zur Gänze zu bestätigen ist, hat das Rekursgericht diese (bestätigende) Entscheidung selbst zu treffen und nicht allein wegen der Nichtgewährung rechtlichen Gehörs den Beschluss aufzuheben und die Rechtssache an die erste Instanz zurückzuverweisen⁸³⁰.

⁸²² *Klicka/Oberhammer*, Außerstreitverfahren, 30.

⁸²³ OGH 16.12.2002, 16 Ok 8/02; KOK 19.6.1958, Okt 2/58, ÖBl 1958, 71 = *Reich-Rohrwig/Zehetner*, Kartellrecht, § 43 E 59.

⁸²⁴ KOK 19.6.1958, Okt 2/58, ÖBl 1958, 71 = *Reich-Rohrwig/Zehetner*, Kartellrecht, § 43 E 59.

⁸²⁵ *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 31 Rz 4.

⁸²⁶ *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 52 Rz 4.

⁸²⁷ siehe Abschnitt H.2.1.1.3.

⁸²⁸ § 15 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 15 Rz 2.

⁸²⁹ *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 15 Rz 2.

⁸³⁰ § 58 Abs 1 Z 1 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 15 Rz 3, § 58 Rz 1.

1.3.2 Das entspricht der Rechtsprechung des Kartellobergerichts unter dem AußStrG 1854, wonach die unterbliebene Möglichkeit der Stellungnahme im Verfahren erster Instanz grundsätzlich keinen Verfahrensmangel darstellt, sofern im Rekursverfahren die Möglichkeit der Stellungnahme bestand⁸³¹. Dieser Grundsatz gilt jedoch nach der Rechtsprechung des OGH als Kartellobergericht nur dann, wenn das Vorbringen im Rekurs noch wirksam erstattet werden kann. Wurde hingegen ein Antrag ohne Zustellung an die Amtsparteien wegen mangelnder Konkretisierung des Vorbringens abgewiesen, wird der Beschluss als nichtig aufgehoben: Denn dadurch war den Amtsparteien die Möglichkeit entzogen worden, den Sachverhalt selbst zu beurteilen und eigene Anträge zu stellen⁸³².

1.4 Mündlichkeit

1.4.1 Nach dem Kartellgesetz hat auf Antrag einer Partei eine mündliche Verhandlung stattzufinden⁸³³. Diese Bestimmung bezieht sich wegen ihrer Stellung im Kartellgesetz nur auf das Verfahren vor dem OLG Wien als Kartellgericht, nicht auch vor dem OGH als Kartellobergericht⁸³⁴. (Zu beachten ist, dass nach der Rechtsprechung des EGMR bei strafrechtlichen Verfahren, das heißt bei Verfahren über Geldbußen, eine mündliche Verhandlung nur bei ausdrücklichem Verzicht entfallen darf⁸³⁵.)

Nach § 18 Außerstreitgesetz 2003 steht es dem erstinstanzlichen Gericht frei, auch dann eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, wenn dies zwar nicht zwingend vorgeschrieben ist, aber das Gericht eine mündliche Verhandlung für zweckmäßig erachtet⁸³⁶. Ebenso bestimmt § 52 Außerstreitgesetz 2003 für das Rekursgericht, dass es eine mündliche Verhandlung durchzuführen hat, wenn es eine solche für erforderlich erachtet⁸³⁷. Letztere Bestimmung wird für das Kartellverfahren aber keine Bedeutung erlangen, weil nach der Rechtsprechung der OGH als Kartellobergericht auch unter dem Außerstreitgesetz 2003 keine Tatsacheninstanz ist⁸³⁸.

1.4.2 Nach dem Kartellgesetz sind mündliche Verfahren grundsätzlich volksöffentlich⁸³⁹. Auf Antrag einer Partei ist die Öffentlichkeit jedoch auszuschließen, soweit dies zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen notwendig ist⁸⁴⁰. Da nicht angenommen werden kann, dass mit dieser Bestimmung des Kartellgesetzes etwa die Möglichkeit ausgeschlossen werden sollte, die Öffentlichkeit bei Störung der Verhandlung auszuschließen, kann es sich bei dieser Bestimmung nicht um eine abschließende Regelung handeln. Vielmehr kommen auch die im Außerstreitgesetz vorgesehenen Möglichkeiten des Ausschlusses der Öffentlichkeit in

⁸³¹ OGH 11.10.2004, 16 Ok 13/04.

⁸³² OGH 11.10.2004, 16 Ok 13/04.

⁸³³ § 47 Abs 1 KartG 2005 (§ 51 KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 138.

⁸³⁴ OGH 11.10.2004, 16 Ok 14/04.

⁸³⁵ *Grabenwarter*, Menschenrechtskonvention, 371; vgl. *Rosbaud*, JBl 2003, 920.

⁸³⁶ *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 18 Rz 1.

⁸³⁷ *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 52 Rz 2.

⁸³⁸ siehe Abschnitt H.2.1.1.3.

⁸³⁹ § 47 Abs 1 KartG 2005 (§ 51 KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 138.

⁸⁴⁰ § 47 Abs 1 KartG 2005 (§ 51 KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 138.

Betracht: Nach diesen ist die Öffentlichkeit bei Störung der Verhandlung⁸⁴¹ und auch aus anderen berücksichtigungswürdigen Gründen einer Partei⁸⁴² auszuschließen. Auch wenn die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist, kann eine Partei verlangen, dass außer ihr und ihrem Vertreter auch einer Person ihres Vertrauens die Anwesenheit gestattet werde⁸⁴³. Rechtsanwältin bleibt der Zutritt trotz Ausschlusses der Öffentlichkeit gestattet⁸⁴⁴. (Die öffentliche Verlautbarung dessen, was sich in einer Verhandlung ereignet hat, von der die Öffentlichkeit ausgeschlossen war, ist ein strafrechtliches Delikt⁸⁴⁵.) Die Verhandlung über den Antrag auf Ausschluss der Öffentlichkeit erfolgt in nichtöffentlicher Sitzung; die Verkündung des Beschlusses erfolgt öffentlich⁸⁴⁶. Gegen den Beschluss auf Ausschluss der Öffentlichkeit ist kein abgesondertes Rechtsmittel zulässig⁸⁴⁷; der ungerechtfertigte Ausschluss der Öffentlichkeit ist aber ein Grund für einen Rekurs gegen den abschließenden Beschluss⁸⁴⁸.

1.4.3 Beweisaufnahmen außerhalb von mündlichen Verhandlungen sind nicht volksöffentlich⁸⁴⁹. Die Parteien und ihre Vertreter dürfen teilnehmen⁸⁵⁰. Sie werden vom Gericht aber nur dann von der Beweisaufnahme verständigt, wenn sie dies beantragt haben⁸⁵¹. Jedenfalls ist ihnen nachträglich rechtliches Gehör zu gewähren⁸⁵². Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des OGH als Kartellobergericht, wonach eine Zeugeneinvernahme in Abwesenheit der Parteien keinen Verfahrensmangel begründet, wenn den Parteien nachträglich rechtliches Gehör gewährt wird⁸⁵³.

1.5 Bestimmtheit von Anträgen

Nach dem Außerstreitgesetz 2003 muss ein Antrag kein bestimmtes Begehren enthalten, jedoch hinreichend erkennen lassen, welche Entscheidung oder sonstige gerichtliche Tätigkeit der Antragsteller anstrebt und aus welchem Sachverhalt er dies ableitet⁸⁵⁴. Der Antragsteller muss keine rechtliche Qualifikation des Sachverhalts vornehmen; eine dennoch ausdrücklich vorgenommene Qualifikation bildet jedoch eine Begrenzung für die vom Kartellgericht vorzunehmende rechtliche Prüfung⁸⁵⁵. Bei Verfahren, die auf eine Genehmigung abzielen, sieht das Kartellgesetz als *lex specialis* Anforderungen an den Inhalt der Anträge vor⁸⁵⁶.

⁸⁴¹ § 19 Abs 2 Z 2 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 19 Rz 2.

⁸⁴² § 19 Abs 3 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 19 Rz 2.

⁸⁴³ § 19 Abs 5 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 19 Rz 4.

⁸⁴⁴ § 19 Abs 5 AußStrG 2003 iVm § 174 Abs 2 ZPO.

⁸⁴⁵ § 301 StGB iVm § 19 Abs 4 AußStrG 2003.

⁸⁴⁶ § 19 Abs 5 AußStrG 2003 iVm § 173 ZPO; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 19 Rz 5.

⁸⁴⁷ § 19 Abs 5 AußStrG 2003 iVm § 173 ZPO; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 19 Rz 5.

⁸⁴⁸ § 57 Z 2 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 19 Rz 5.

⁸⁴⁹ § 20 Abs 1 AußStrG 2003 e contrario; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 20 Rz 1.

⁸⁵⁰ *Mair/Solé*, Kartellverfahren – (halb)neu!, *ecolex* 2004, 930 (931).

⁸⁵¹ § 20 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 20 Rz 3.

⁸⁵² § 15 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 19 Rz 4.

⁸⁵³ OGH 17.11.2003, 16 Ok 11/03.

⁸⁵⁴ § 9 Abs 1 AußStrG 2003; *Mair/Solé*, *ecolex* 2004, 930.

⁸⁵⁵ OLG Wien 10.10.2003, 25 Kt 327/03.

⁸⁵⁶ § 10 KartG 2005 (§§ 60-64 und § 68a KartG 1988).

1.5.1 Anmeldung eines Zusammenschlusses

Die Bestimmungen des Kartellgesetzes 2005 über den Inhalt von Anmeldungen von Zusammenschlüssen sind wenig umfangreich⁸⁵⁷. Das Gesetz sieht lediglich vor, dass der Antrag genaue und erschöpfende Angaben zu den Umständen, durch die eine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt werden kann, enthalten muss, vor allem⁸⁵⁸:

- (a) zur Unternehmensstruktur, und zwar insbesondere für jedes beteiligte Unternehmen die Angabe
 - der Eigentumsverhältnisse einschließlich von Unternehmensverbindungen;
 - der im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss erzielten Umsätze (Menge und Erlöse) getrennt nach bestimmten Waren und Dienstleistungen;
- (b) für jedes beteiligte Unternehmen die Angabe der Marktanteile bei den angeführten Waren und Dienstleistungen;
- (c) zur allgemeinen Marktstruktur.

Wenn es sich um einen Medienzusammenschluss handelt, muss der Antrag auch genaue und erschöpfende Angaben zu den Umständen enthalten, durch welche die Medienvielfalt beeinträchtigt werden kann⁸⁵⁹.

Als Ausgleich für diese wenig detaillierte Bestimmung sieht das Kartellgesetz 2005 vor, dass der Bundesminister für Justiz im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit durch Verordnung nähere Bestimmungen über die Form und den Inhalt von Anmeldungen von Zusammenschlüssen erlassen kann⁸⁶⁰. Obwohl dies auch schon das Kartellgesetz 1988 vorgesehen hatte, wurde eine solche Verordnung bisher nicht erlassen⁸⁶¹. Jedoch hat die Bundeswettbewerbsbehörde ein Formblatt zur Anmeldung von Zusammenschlüssen veröffentlicht⁸⁶², das zwar nur Empfehlungscharakter hat⁸⁶³, in der Praxis aber der Anmeldung von Zusammenschlüssen zugrunde gelegt wird⁸⁶⁴. In diesem Formblatt sind 35 Fragen zu nachstehenden Untergruppen zusammengefasst:

- Allgemeine Angaben (Kurzbeschreibung zur Veröffentlichung);
- Angaben zu den beteiligten Unternehmen;
- Beschreibung des Vorhabens;

⁸⁵⁷ § 10 KartG 2005 (§ 68a KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 126

⁸⁵⁸ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 126-127.

⁸⁵⁹ § 10 Abs 1 Z 2 KartG 2005 (§ 68a Abs 1 Z 2 KartG 1988).

⁸⁶⁰ § 10 Abs 2 KartG 2005 (§ 68 Abs 3 KartG 1988); *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 10 Abs 2 KartG.

⁸⁶¹ *Auer/Urlesberger*, Kartellrecht, § 68a KartG, Anm 1; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 10 Abs 2 KartG.

⁸⁶² <http://www.bwb.gv.at/BWB/Gesetze/default.htm>; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 10 Abs 2 KartG; *Roniger/Neumayr*, Merger Filings in Austria: FCA Issues New Form of Notification of Concentrations, *International Business Lawyer* 2004, 11

⁸⁶³ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 10 Abs 2 KartG.

⁸⁶⁴ *Roniger/Neumayr*, *International Business Lawyer* 2004, 11.

- Marktdefinition;
- Angaben zum betroffenen Markt;
- Rechtfertigungsgründe;
- Zusatzangaben bei Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens;
- Zusatzangaben bei Medienzusammenschlüssen.

Des weiteren fordert das Formblatt die Vorlage folgender Urkunden:

- Geschäftsbericht bzw. Jahresabschlüsse der beteiligten Unternehmen für das letzte abgelaufene Wirtschaftsjahr;
- Business Plan der beteiligten Unternehmen für die betroffenen Märkte;
- Aktuelles Prospektmaterial mit Produktbeschreibungen und Preisliste.

In der Praxis gewährt die Bundeswettbewerbsbehörde von Fall zu Fall inoffiziell Erleichterungen gegenüber den Anforderungen des Formblattes⁸⁶⁵.

1.5.2 Antrag auf Genehmigung eines Kartells

Das Kartellgesetz 1988 stellte sehr umfangreiche Anforderungen an einen Antrag auf Genehmigung eines Kartells. Mit dem Entfall der Genehmigungspflicht von Kartellen durch das Kartellgesetz 2005 entfallen diese Bestimmungen zu Gänze. Vorgesehen waren⁸⁶⁶:

- (i) genaue und erschöpfende Angaben, die eine Beurteilung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung ermöglichen, insbesondere
 - Angaben über die Größe der Gesamtproduktion des betreffenden Wirtschaftszweiges und des Teiles der Produktion, der durch das Kartell erfasst wurde;
 - die Nennung der maßgebenden Unternehmer desselben Wirtschaftszweiges, die sich dem Kartell nicht anschlossen (außer es handelte sich um eine Preis- oder Vertriebsbindung);
 - Angaben über das Verhältnis zu bestehenden Kartellen.
- (ii) eine Urkunde über die Kartellvereinbarung⁸⁶⁷. Wenn das Kartell durch eine Organisation durchgeführt werden sollte, war auch die Satzung dieser Organisation vorzulegen⁸⁶⁸. Die Kartellvereinbarung musste folgende Angaben enthalten⁸⁶⁹:
 - Name und Anschrift der Kartellmitglieder;

⁸⁶⁵ *Bauer/Reidlinger*, medien und recht 2004, 357, FN 4.

⁸⁶⁶ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 65.

⁸⁶⁷ § 62 Z 1 KartG 1988.

⁸⁶⁸ § 62 Z 3 KartG 1988.

⁸⁶⁹ § 63 Abs 1 KartG 1988; Erläuterungen, die zum Verständnis der Kartellvereinbarung erforderlich sind, müssen in den Antrag aufgenommen werden (§ 60 Z 2 KartG 1988).

- den Gegenstand der Vereinbarung, insbesondere Waren, Warengruppen, geographische Begrenzung, Quoten und Preise;
- Tag des Zustandekommens der Vereinbarung und gegebenenfalls ihre Geltungsdauer;
- sofern das Kartell durch eine Organisation durchgeführt werden sollte: auch die Firma, die Rechtsform und die Anschrift der durchführenden Organisation sowie Namen und Anschrift ihrer Vertreter.

Der kartellrechtliche Begriff des Kartellvertrags konnte zivilrechtlich unterschiedliche Vertragstypen bezeichnen. Der Kartellvertrag konnte die schlichte Vereinbarung einer Verhaltensweise sein. Er konnte aber auch Organe wie eine Kartellgeschäftsstelle, einen Kartellbeirat und eine Kartellgeneralversammlung einrichten⁸⁷⁰ (wodurch in der Regel eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts entsteht⁸⁷¹) und konnte auch in der Satzung einer Kapitalgesellschaft (etwa einer gemeinsamen Vertriebsgesellschaft⁸⁷²) bestehen.

1.5.3 Abstellaufträge

1.5.3.1 Anträge auf einen Abstellauftrag müssen so deutlich sein, dass ihre Verletzung nach § 355 EO sanktioniert werden kann⁸⁷³ (Geldstrafe; Freiheitsstrafe; Sicherstellung für allfällige Schäden). Dabei darf der Abstellauftrag nicht so weit formuliert sein, dass der Rechtsstreit zu den nicht zur Klärung kartellrechtlicher Fragen berufenen Exekutionsgerichten verlagert wird⁸⁷⁴. Daher ist im Kartellverfahren ein enges, am konkret missbräuchlichen Verhalten orientiertes Begehren angebracht, nicht zuletzt weil kartellgerichtliche Abstellaufträge empfindlich in die unternehmerische Handlungsfreiheit eingreifen und Verstöße gegen Abstellaufträge mit beträchtlichen Geldstrafen bedroht sind⁸⁷⁵. Unzulässig ist folglich das allgemeine Begehren, der Antragsgegner müsse den Missbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung abstellen⁸⁷⁶. Wegen mangelnder Präzision unzulässig war auch der Antrag des Bundeskartellanwalts

„auf Untersagung (Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem § 35 KartG) der beanstandeten missbräuchlichen Verhaltensweisen (fehlende Transparenz und sachwidrige Begründung bei der Vergabe von Filmkopien; Diskriminierung bei der Vergabe von Filmkopien, bei Konditionen und bei Werbung, diskriminierende Geschäftspolitik, intransparente Filmvergabe, Konditionenmissbrauch und Boykott bzw Aufruf zum Boykott)“⁸⁷⁷.

(In der Begründung dieser Entscheidung hat der OGH die Ausdrücke „bei Konditionen“ und „diskriminierende Geschäftspolitik“ besonders hervorgehoben).

⁸⁷⁰ OGH 21.4.1976, 1 Ob 535/76 ÖBl 1977, 14 – Ziegelkartell.

⁸⁷¹ OGH 21.4.1976, 1 Ob 535/76 ÖBl 1977, 14 – Ziegelkartell.

⁸⁷² KOG 2.6.1976, Okt 1/76, ÖBl 1976, 168.

⁸⁷³ OGH 17.11.2003, 16 Ok 11/03; *Novotny/Berger*, ÖBl 1998, 3.

⁸⁷⁴ OGH 17.11.2003, 16 Ok 11/03; OGH 11.10.2004, 16 Ok 11/04.

⁸⁷⁵ OGH 11.10.2004, 16 Ok 11/04.

⁸⁷⁶ OLG Wien 25.6.2003, 29 Kt 177/99.

⁸⁷⁷ OGH 4.4.2005, 16 Ok 20/04.

1.5.3.2 Es ist zwar zulässig, ein allgemeines Begehren durch konkrete Einzelverbote zu ergänzen⁸⁷⁸; jedoch darf nach der jüngsten Rechtsprechung auch das allgemeine Begehren nicht über das Verhalten hinausgehen, das der Antragsgegner bereits auf dem jeweiligen Markt gezeigt hat⁸⁷⁹. Unzulässig ist demnach ein Begehren, das über das konkret vorgeworfene Verhalten „den wahren wirtschaftlichen Gehalt eines Verhaltens“ umfassen soll⁸⁸⁰. *Wessely* kritisiert diese Änderung der Rechtsprechung wegen der dadurch bestehenden Umgehungsmöglichkeiten (durch geringfügige Modifikationen)⁸⁸¹ und zieht die Bestimmung des Kartellgesetzes heran, wonach für die Beurteilung eines Sachverhalts „in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt maßgebend“ ist⁸⁸².

1.5.3.3 Da etwa der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auch in einem Unterlassen bestehen kann, kann durch einen kartellgerichtlichen Abstellauftrag auch ein positives Tun angeordnet werden⁸⁸³. Dies jedoch nur dann, wenn sich – wie etwa bei Liefersperre oder bei Preismissbrauch – das missbräuchliche Verhalten sonst nicht zuverlässig abstellen lässt⁸⁸⁴.

1.5.3.4 Besondere Probleme ergeben sich regelmäßig bei der Formulierung von Anträgen, mit denen ein bestimmtes Preisverhalten erreicht werden soll. Ausreichend konkret ist das Begehren auf Abstellung der Veräußerung unter dem Einstandspreis⁸⁸⁵. Ebenfalls ausreichend konkret war das Begehren auf Belieferung „zu marktkonformen Bedingungen (wie Wettbewerb)“⁸⁸⁶ und zu „wirtschaftlich angemessenen Bedingungen“⁸⁸⁷. Bei letzterem Begehren ermittelt das Kartellgericht einen konkreten Wert. (In einem konkreten Urteil hat das Kartellgericht⁸⁸⁸ aufgrund der in einem Antrag von Trafikanten geforderten Belieferung „zu wirtschaftlich angemessenen Bedingungen“ dem Antragsgegner aufgetragen, den Missbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung bei der Ausgabe von Postwertzeichen durch Gewährung einer „Verschleißerprovision“ von 3 % abzustellen.) Zulässig ist auch der Antrag, dem Antragsteller gleiche Bedingungen zu gewähren wie einem bestimmten anderen Unternehmen⁸⁸⁹.

1.5.3.5 Besteht der Missbrauch in einem Preisdumping, kann der Abstellauftrag lauten, die Preise nicht unter das zu einem bestimmten Datum geltenden Preisniveau abzusenken⁸⁹⁰. *Novotny/Berger* haben diese Rechtsprechung kritisiert, weil die Festlegung des missbräuchlichen Preises als Fixpreis unverhältnismäßig sei⁸⁹¹. (Ausdrücklich findet sich das

⁸⁷⁸ OGH 17.11.2003, 16 Ok 11/03.

⁸⁷⁹ OGH 11.10.2004, 16 Ok 11/04; abl *Wessely*, Enge oder weite Formulierung des kartellgerichtlichen Abstellauftrags, *medien und recht* 2004, 364.

⁸⁸⁰ OGH 11.10.2004, 16 Ok 11/04; abl *Wessely*, *medien und recht* 2004, 364.

⁸⁸¹ *Wessely*, *medien und recht* 2004, 364.

⁸⁸² § 20 KartG 2005 (§ 1 KartG 1988); *Wessely*, *medien und recht* 2004, 364.

⁸⁸³ OGH 11.10.2004, 16 Ok 11/04; vgl noch *Tahedl*, *Missbrauch*, 231.

⁸⁸⁴ OGH 11.10.2004, 16 Ok 11/04.

⁸⁸⁵ OGH 23.6.2003, 16 Ok 13/03.

⁸⁸⁶ vgl OGH 10.3.2003, 16 Ok 1/03.

⁸⁸⁷ vgl OGH 17.11.2003, 16 Ok 14/03.

⁸⁸⁸ OGH 17.11.2003, 16 Ok 14/03.

⁸⁸⁹ OGH 4.4.2005, 16 Ok 20/04.

⁸⁹⁰ OGH 26.2.1996, 16 Ok 1/96, ÖBl 1996, 289 = WBl 1996, 251.

⁸⁹¹ *Novotny/Berger*, ÖBl 1998, 5.

Erfordernis der Verhältnismäßigkeit von Abstellaufträgen erst im Kartellgesetz 2005⁸⁹², doch *Novotny/Berger* argumentierten, dass schon unter dem Kartellgesetz 1988 nur verhältnismäßige Aufträge erteilt werden dürften⁸⁹³.) Anstelle eines Fixpreises hätte ein Parameter ermittelt werden müssen, der die Berücksichtigung zukünftiger Marktentwicklung zulasse⁸⁹⁴. *Novotny/Berger* schlagen als Alternativfassung des Abstellauftrags vor, dass

„dem marktbeherrschenden Unternehmen verboten wird, sein allgemein gefordertes Preisniveau unter Berücksichtigung der üblichen Nachlässe und Rabatte um mehr als 10 % unter das am Markt für das Produkt allgemein geforderte Preisniveau (wobei bestimmte Anbieter als Referenzunternehmen genannt werden können) abzusenken“⁸⁹⁵.

Meines Erachtens leidet der Ansatz von *Novotny/Berger* daran, dass sie die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft und damit die Möglichkeit einer Oppositionsklage nicht in ihre Erwägungen einbeziehen. Meines Erachtens kommen die Wirkungen, die von *Novotny/Berger* für den Fall von Marktänderungen als unverhältnismäßig beurteilt werden, dem Abstellauftrag überhaupt nicht zu⁸⁹⁶.

1.5.3.6 Wenn das Abstellbegehren unzulässig weit gefasst ist und eine naheliegende Modifikation ersichtlich ist, gibt ihm das Kartellgericht nur zum Teil statt, indem es das Begehren modifiziert. So hat das Kartellgericht den Antrag, die *Telekom Austria* solle die Anwendung „ihres Tarifsystems unterlassen, aus dem sich ergibt, dass...“ eingeschränkt auf „ihres Tarifsystems unterlassen, soweit sich ergibt, dass...“⁸⁹⁷.

1.5.4 Aufträge zur Abschwächung einer marktbeherrschenden Stellung

1.5.4.1 Das bisher einzige Verfahren über Maßnahmen, die zur Abschwächung einer marktbeherrschenden Stellung führen sollten („Entflechtung“, „Zerschlagung“), betraf die *Cineplexx GmbH*, die sowohl im Filmverleih marktbeherrschend tätig war als auch eigene Kinos betrieb, die von ihr bevorzugt beliefert wurden. (Unter dem Kartellgesetz 1988 waren solche Aufträge ja nur bei Medienunternehmen möglich.) Im Antrag, der sich sowohl gegen die *Cineplexx GmbH* selbst als auch gegen ihre Muttergesellschaft richtete, wurde (grob vereinfacht) beantragt:

- beide Antragsgegnerinnen zu verpflichten,
 - binnen 6 Monaten ab Rechtskraft eines der beiden Teilunternehmen Filmverleih oder Kinobetrieb in einen selbständigen Rechtsträger auszugliedern, wobei dieser Rechtsträger und die Erstantragsgegnerin [*Cineplexx GmbH*] auf Dauer jeweils andere geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Organe haben müssen, und
 - in rechtlich wirksamer Weise sicherzustellen, dass der neue Rechtsträger und die Erstantragsgegnerin [*Cineplexx GmbH*] voneinander unabhängig, ohne jegliche

⁸⁹² § 26 KartG 2005.

⁸⁹³ *Novotny/Berger*, ÖBl 1998, 5.

⁸⁹⁴ *Novotny/Berger*, ÖBl 1998, 5.

⁸⁹⁵ *Novotny/Berger*, ÖBl 1998, 6.

⁸⁹⁶ § 35 EO, siehe Kapitel H.2.3.

⁸⁹⁷ OGH 20.12.2004, 16 Ok 12/04.

gegenseitige rechtliche und wirtschaftliche Einflussnahme auf dem Markt auftreten und tätig werden.

- die Zweitantragsgegnerin [*Cineplexx Holding*] zu verpflichten, ihre Gesellschafterrechte als Gesellschafter der Erstantragsgegnerin [*Cineplexx GmbH*] sowie ihre Gesellschafterrechte als Gesellschafter des neuen Rechtsträgers oder ihre rechtlichen und wirtschaftlichen Einflüsse auf die Erstantragsgegnerin [*Cineplexx GmbH*] und den neuen Rechtsträger auf Dauer so auszuüben, dass die Erstantragsgegnerin [*Cineplexx GmbH*] und der neue Rechtsträger voneinander unabhängig, ohne jegliche gegenseitige rechtliche oder wirtschaftliche Einflussnahme auf dem Markt auftreten und tätig werden.

Der Antrag gegen die *Cineplexx Holding* wurde abgewiesen, weil sie kein kartellrechtswidriges Verhalten gesetzt hatte. Der Antrag gegen die *Cineplexx GmbH* wurde aus materiellen Gründen abgewiesen, im wesentlichen, weil keine Gefährdung der Medienfreiheit vorgelegen sei.

1.5.4.2 Zu beachten ist, dass das Kartellgericht eine Änderung der Unternehmensstruktur „auftragen“ kann. Der Beschluss des Gerichts bewirkt daher meines Erachtens nicht selbst die Änderung der Unternehmensstruktur (wie etwa bei der gerichtlichen Begründung von Wohnungseigentum⁸⁹⁸). Eine Spaltung nach dem Spaltungsgesetz kommt meines Erachtens nicht in Betracht, weil dies ohne Zustimmung der Muttergesellschaft nicht möglich ist⁸⁹⁹ (der aber mangels Rechtsverstoßes keine kartellgerichtlichen Aufträge erteilt werden können). Die Gesellschaft kann aber selbständig eine Tochtergesellschaft gründen und einen Teil ihres Betriebs einbringen. Daher ist es ihr rechtlich möglich, dem Auftrag nachzukommen, sodass für den Fall der Zuwiderhandlung auch die Auferlegung von Zwangsstrafen möglich ist.

1.5.5 Bußgelder

Unter dem Kartellgesetz 1988 hat die Bundeswettbewerbsbehörde die Verhängung eines „angemessenen Bußgeldes“ beantragt, was hinreichend konkret war⁹⁰⁰. Das Kartellgesetz 1988 sah jedoch nur vor, dass das Kartellgericht auf Antrag der Amtsparteien ein Bußgeld aufzuerlegen hat.

Das Kartellgesetz 2005 sieht zusätzlich vor, dass das Kartellgericht kein höheres Bußgeld verhängen darf, als beantragt wurde⁹⁰¹. Es ist daher zweifelhaft, ob der Antrag auf „angemessenes Bußgeld“ unter dem Kartellgesetz 2005 weiterhin ausreichend ist.

⁸⁹⁸ § 3 Abs 1 Z 1 – Z 3 WEG 2002.

⁸⁹⁹ § 8 Abs 1 SpaltG.

⁹⁰⁰ OGH 20.12.2004, 16 Ok 21/04.

⁹⁰¹ § 36 Abs 1 KartG 2005; *Matousek*, *ecolex* 2005, 503.

1.6 Vergleiche und Verpflichtungszusagen

1.6.1 Vergleiche

1.6.1.1 Das Kartellgesetz 1988 sah zu gerichtlichen Vergleichen (so wie damals auch bei Beschlüssen) vor, dass die in Verfahren über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abgeschlossenen Vergleiche Exekutionstitel waren⁹⁰². Dies war eine sehr unglückliche Bestimmung: Denn aus dem Außerstreitgesetz⁹⁰³ und der Exekutionsordnung⁹⁰⁴ hätte sich ergeben, dass Vergleiche in allen Verfahrensarten (und selbst ohne anhängiges Verfahren in Form eines prätorischen Vergleichs) Exekutionstitel gewesen wären. Es stellte sich die Frage, ob dies in den anderen Verfahrensarten des Kartellgerichts (e contrario) ausgeschlossen sein sollte⁹⁰⁵.

1.6.1.2 Das Kartellgesetz 2005 bestimmt nunmehr, dass „die vor dem Kartellgericht oder dem Kartellobergericht abgeschlossenen Vergleiche Exekutionstitel [sind]“⁹⁰⁶. Dadurch wird klargestellt, dass auch in anderen kartellgerichtlichen Verfahren als solchen über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung Vergleiche abgeschlossen werden können⁹⁰⁷.

1.6.2 Verpflichtungszusagen

1.6.2.1 Das Kartellgesetz 2005 bestimmt (in Anlehnung an Art 9 der VO 1/2003⁹⁰⁸), dass das Kartellgericht statt einen Abstellauftrag zu erlassen auch Verpflichtungszusagen der beteiligten Unternehmer und Unternehmervereinigungen für bindend erklären kann⁹⁰⁹. Dies aber nur, wenn zu erwarten ist, dass diese Zusagen künftige Zuwiderhandlungen ausschließen⁹¹⁰. Durch diese Entscheidung wird das Verfahren beendet⁹¹¹.

1.6.2.2 Das Kartellgericht kann von dieser Möglichkeit Gebrauch machen; das heißt, dass es nicht von dieser Möglichkeit Gebrauch machen muss. Ein Beschluss, mit dem das Kartellgericht einen Abstellauftrag erlässt, anstatt die Verpflichtungszusagen für bindend zu erklären, ist daher meines Erachtens nicht fehlerhaft und kann folglich nicht (aus diesem Grund) mit Rekurs bekämpft werden.

1.6.2.3 Zu beachten ist, dass das Kartellgericht die Verpflichtungszusagen „statt einem Abstellauftrag“ für bindend erklären kann. Diese Bestimmung könnte so verstanden werden, dass sie lediglich ausschließt, dass das Kartellgericht zugleich die Verpflichtungszusagen für

⁹⁰² § 126 Abs 1 KartG 1988.

⁹⁰³ § 30 AußStrG 2003; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 100.

⁹⁰⁴ § 1 Z 5 EO; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 100.

⁹⁰⁵ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 34 KartG.

⁹⁰⁶ § 34 Abs 1 KartG 2005.

⁹⁰⁷ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 34 KartG.

⁹⁰⁸ *Gruber*, Verpflichtungszusagen im europäischen Kartellrecht, EWS 2005, 310.

⁹⁰⁹ § 27 Abs 1 KartG 2005; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 27 Abs 1 KartG.

⁹¹⁰ § 27 Abs 1 KartG 2005; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 27 Abs 1 KartG.

⁹¹¹ § 27 Abs 1 KartG 2005; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 27 Abs 1 KartG.

bindend erklärt und einen Abstellauftrag erlässt. *Hoffer/Barbist*⁹¹² leiten aus dieser Formulierung aber darüber hinaus ab,

- dass ein Verfahren auf Erlassung eines Abstellauftrags anhängig sein muss;
- dass ein Verstoß vorliegen muss; und
- dass das Kartellgericht diesen Verstoß im Beschluss feststellen muss.

Das Kartellgesetz 2005⁹¹³ sieht (ebenfalls in Anlehnung an Art 9 der VO 1/2003⁹¹⁴) vor, dass das Kartellgericht das Verfahren wieder aufzunehmen hat, wenn

- die beteiligten Unternehmer oder Unternehmervereinigungen ihre Verpflichtungen nicht einhalten oder
- sich die tatsächlichen Verhältnisse in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt geändert haben, oder
- die Entscheidung auf unvollständigen, unrichtigen oder irreführenden Angaben der beteiligten Unternehmer oder Unternehmervereinigungen beruht.

1.7 Kosten

1.7.1 Rahmengebühr

1.7.1.1 Die Gerichtsgebühren für Verfahren vor dem Kartellgericht und dem Kartellobergericht richten sich nicht nach dem Gerichtsgebührengesetz⁹¹⁵. Vielmehr sind die im Kartellgesetz vorgesehenen Rahmengebühren zu entrichten⁹¹⁶, die (anders als Gebühren nach dem GGG) erst nach Abschluss des Verfahrens festgesetzt und fällig werden⁹¹⁷.

1.7.1.2 Zahlungspflichtig für die Pauschalgebühr sind⁹¹⁸:

- bei Verfahren über die Genehmigung eines Zusammenschlusses die anmeldenden Unternehmer zur ungeteilten Hand⁹¹⁹;
- bei allen übrigen Verfahrensarten nach Maßgabe des Verfahrenserfolgs der Antragsteller, der Antragsgegner oder beide verhältnismäßig; jedoch sind die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt von der tatsächlichen Entrichtung des auf sie entfallenen Betrags befreit⁹²⁰.

⁹¹² *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 27 Abs 1 KartG.

⁹¹³ § 27 Abs 2 KartG 2005; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 27 Abs 2 KartG.

⁹¹⁴ *Gruber*, EWS 2005, 310.

⁹¹⁵ §§ 51, 56 KartG 2005 (§§ 81, 86 KartG 1988).

⁹¹⁶ § 50 KartG 2005 (§ 80 KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 140; *Tahedl*, Missbrauch, 229.

⁹¹⁷ § 54 KartG 2005 (§ 84 KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 140.

⁹¹⁸ vgl *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 140.

⁹¹⁹ § 52 Abs 1 KartG 2005 (§ 82 Z 2 KartG 1988).

⁹²⁰ vgl § 52 Abs 2 KartG 2005 (§ 82 Z 3 KartG 1988).

1.7.1.3 Die Rahmengebühr beträgt bis 30.000 Euro bei

- Verfahren über Abstellaufräge wegen eines Kartells, Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung oder verbotener Durchführung eines Zusammenschlusses⁹²¹ (selbst wenn die Zuwiderhandlung schon abgestellt ist und nur mehr die Feststellung der früheren Zuwiderhandlung möglich ist⁹²²);
- Verfahren über die Prüfung eines Zusammenschlusses⁹²³ (das heißt, nachdem eine Amtspartei einen Prüfantrag gestellt hat; für die bloße Anmeldung sind 1.500 Euro direkt an die Bundeswettbewerbsbehörde zu leisten⁹²⁴);
- selbständigen Verfahren über die Verhängung einer Geldbuße.

Bei Verfahren über die Feststellung, ob ein Sachverhalt dem Kartellgesetz unterliegt, beträgt die Pauschalgebühr bis zu 15.000 Euro⁹²⁵.

Bei Verfahren über die Verhängung von Zwangsgeldern beträgt die Rahmengebühr bis zu 7.500 Euro⁹²⁶.

1.7.1.4 Die konkrete Höhe der Rahmengebühr, welche die eben dargelegten Höchstwerte nicht übersteigen darf, ist nach freiem Ermessen mit Beschluss festzusetzen⁹²⁷. Dabei sind insbesondere zu berücksichtigen⁹²⁸:

- wieweit der Zahlungspflichtige Anlass für die Amtshandlung geben hat;
(Bei Zuwiderhandlung gegen das KartG gibt der Zuwiderhandelnde Anlass zur Amtshandlung und nicht derjenige, der an das Kartellgericht den Antrag auf Abstellung stellt⁹²⁹.
Anlass für eine Amtshandlung gibt auch derjenige, der seine Eingaben unrichtig oder unvollständig ausführt⁹³⁰.)
- die wirtschaftspolitische Bedeutung des Verfahrens;
(Diese hängt nicht nur vom Umsatz, sondern auch vom Marktanteil ab⁹³¹.)
- der mit der Amtshandlung verbundene Aufwand;
(Maßgeblich ist auch der Aktenumfang⁹³².)

⁹²¹ § 50 Z 2 KartG 2005; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 50 KartG.

⁹²² § 50 Z 2 KartG 2005.

⁹²³ § 50 Z 1 KartG 2005.

⁹²⁴ § 10a Abs 1 WettbG idF RV 942/XXII (Wettbewerbsgesetznovelle 2005); *Matousek*, *ecolex* 2005, 502; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 50 KartG.

⁹²⁵ § 50 Z 3 KartG 2005.

⁹²⁶ § 50 Z 4 KartG 2005.

⁹²⁷ § 54 KartG 2005 (§ 84 KartG 1988); *Tahedl*, Missbrauch, 229.

⁹²⁸ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 140.

⁹²⁹ OGH 14.6.2004, 16 Ok 7/04.

⁹³⁰ OGH 23.06.2003, 16 Ok 10/03.

⁹³¹ OGH 23.6.2003, 16 Ok 10/03.

⁹³² OGH 23.6.2003, 16 Ok 10/03.

Der Mindestbetrag wird nur für die denkmöglich kleinste Amtshandlung festgelegt; der Höchstbetrag nur für Amtshandlungen, die nicht mehr spürbar aufwendiger sein könnten⁹³³.)

- die wirtschaftlichen Verhältnisse des Zahlungspflichtigen.
(Bei Nachweis der Zahlungsunfähigkeit etwa durch einen mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesenen Konkursantrag wird die Mindestsumme festgesetzt⁹³⁴.
Ein Konzernunternehmen muss sich das Vermögen der Muttergesellschaft zurechnen lassen⁹³⁵.)

1.7.2 Sonstige gerichtliche Kosten

Neben den Rahmengebühren sind (auch wenn sich ein Rechtsmittelverfahren anschließt⁹³⁶) keine weiteren Gerichtsgebühren zu entrichten⁹³⁷. Kosten des Gerichts sind jedoch zusätzlich zu bezahlen. Dazu zählen insbesondere Sachverständigengebühren und die Vergütung der fachkundigen Laienrichter⁹³⁸. (Vor der Abschaffung des paritätischen Ausschusses waren auch dessen Sitzungsgebühren zu bezahlen, die, wie auch die Rechtsprechung anerkannte, nicht selten ein prohibitives Ausmaß erreichte⁹³⁹.)

1.7.3 Kostenersatz

1.7.3.1 In der Bestimmung über den Kostenersatz legt das Kartellgesetz 2005 fest, dass die Regelungen der Zivilprozessordnung über den Kostenersatz mit der Maßgabe anzuwenden sind, dass ein Kostenersatz der unterlegenen Partei nur soweit eintritt, als die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung mutwillig war⁹⁴⁰. Diesen Kostenersatz sieht das Kartellgesetz 2005 nur bei bestimmten Verfahren vor, nämlich bei Verfahren über

- Abstellaufträge;
- Feststellung der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes;
- Verhängung von Geldbußen;
- Verhängung von Zwangsgeldern.

1.7.3.2 Auch das Kartellgesetz 1988 sah diesen Kostenersatzanspruch nur bei bestimmten Verfahren vor. Dazu hat jedoch der Oberste Gerichtshof⁹⁴¹ entschieden, dass diese Verfahren jene sind, bei denen sich Antragsteller und Antragsgegner ähnlich einem streitigen Verfahren gegenüberstehen und dass dieses Prinzip daher auf andere derartige Fälle, die nicht

⁹³³ OGH 23.6.2003, 16 Ok 10/03; OGH 23.6.2003, 16 Ok 13/03.

⁹³⁴ OGH 14.6.2004, 16 Ok 8/04.

⁹³⁵ OGH 8.9.2003, 16 Ok 15/03.

⁹³⁶ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 50 KartG.

⁹³⁷ § 51 KartG 2005 (§ 81 KartG 1988).

⁹³⁸ § 55 KartG 2005 (§ 85 KartG 1988); vgl OGH 8.9.2003, 16 Ok 16/03; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 140; *Tahedl*, Missbrauch, 229.

⁹³⁹ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 141.

⁹⁴⁰ § 41 KartG 2005 (§ 45 Abs 2 KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 139.

⁹⁴¹ OGH 14.6.2004, 16 Ok 10/04.

ausdrücklich geregelt sind, analog anzuwenden ist. Dies betrifft etwa den Fall, dass ein Unternehmen in einem Verfahren über die Prüfung eines Zusammenschlusses mutwillig Parteistellung behauptet, die ihm tatsächlich nicht zukommt. Diese Rechtsprechung wird auch unter dem Kartellgesetz 2005 anwendbar bleiben.

1.7.3.3 Mutwillen liegt vor, wenn dem Antragsteller die Unzulässigkeit seines Antrags bewusst war oder er das Verfahren ausschließlich zu einem nicht von der Rechtsordnung geschützten Zweck verfolgt hat⁹⁴². Wenn die Antragstellung nicht völlig unvertretbar ist, kann nicht davon ausgegangen werden, dass dem Antragsteller die Unzulässigkeit seines Antrags bewusst gewesen war⁹⁴³. Mutwillen wurde „gerade noch verneint“ bei einem Antrag eines Tankstellenpächters auf Weiterbelieferung durch das angeblich marktbeherrschende Mineralölunternehmen, obwohl er nicht zur Herausgabe von Geld bereit war, das er von Kunden für das Mineralölunternehmen entgegengenommen hatte⁹⁴⁴. Hingegen wurde Mutwillen bejaht bei einem Rekurs gegen die Bestimmung der Rahmengebühr, in dem der Rekurswerber behauptete, er habe das erstinstanzliche Verfahren im wesentlichen gewonnen, weil sein Gegner nur mit dem Hauptbegehren, nicht aber auch mit den Eventualbegehren durchgedrungen sei⁹⁴⁵. Im Schrifttum wird Mutwillen auch angenommen, wenn ein Verfahren nur wegen der damit verbundenen „Publicity“ geführt wird⁹⁴⁶.

1.7.3.4 Da es im Kartellverfahren nicht notwendigerweise eine mündliche Verhandlung geben muss, empfiehlt es sich, den Kostenersatz bereits in den jeweiligen Schriftsätzen zu beantragen. Wenn der Beschluss ohne mündliche Verhandlung gefällt wird, kann ein Kostenersatz nicht nachträglich geltend gemacht werden⁹⁴⁷.

2. Rechtsmittel

2.1 Rekurs

2.1.1 Charakterisierung des Rechtsmittels

2.1.1.1 Das Kartellgericht entscheidet in erster Instanz durch Beschluss⁹⁴⁸. Die Beschlüsse sind folglich mit Rekurs bekämpfbar⁹⁴⁹. Jedoch sind verfahrensleitende Beschlüsse, sofern nicht ihre selbständige Anfechtung angeordnet ist, nur durch Rekurs gegen den Beschluss in

⁹⁴² OGH 14.6.2004, 16 Ok 10/04; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 139.

⁹⁴³ OGH 22.12.2003, 16 Ok 23/03.

⁹⁴⁴ OGH 20.12.2004, 16 Ok 18/04.

⁹⁴⁵ OGH 1.7.2002, 16 Ok 3/02.

⁹⁴⁶ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 140.

⁹⁴⁷ OGH 17.11.2003, 16 Ok 20/03.

⁹⁴⁸ § 38 KartG 2005 (§ 43 KartG 1988); § 36 Abs 1 AußStrG 2003.

⁹⁴⁹ § 49 Abs 2 KartG 2005 (§ 53 Abs 2 KartG 1988); „Dabei ist es Aufgabe des OGH als Rekursgericht in Kartellrechtssachen, über einen konkreten Sachverhalt zu entscheiden, aber nicht ein umfassendes rechtstheoretisches Gutachten über von einer Partei als klärens Wert befundene Rechtsfragen unter Berücksichtigung verschiedener Varianten abzugeben“ (OGH 17.12.1997, 16 Ok 19/97 *ecolex* 1998, 335 = ÖBl 1999, 48 = SZ 70/271).

der Sache bekämpfbar⁹⁵⁰. Gegen die Rekursentscheidung des Obersten Gerichtshofs kann es kein weiteres Rechtsmittel geben.

2.1.1.2 Dass das Rechtsmittel gegen Beschlüsse des OLG Wien als Kartellgericht ein Rekurs und nicht ein Revisionsrekurs ist hat der OGH nicht immer eindeutig ausgedrückt, weil im Außerstreitgesetz 1854 der Revisionsrekurs unter der Überschrift „Rekurs an den obersten Gerichtshof“ behandelt wurde. So hat der OGH als Kartellobergericht die Überprüfung der Beweiswürdigung des OLG Wien als Kartellgericht mit der Begründung abgelehnt, ein Rekurs an den Obersten Gerichtshof sei nur wegen der in § 15 AußStrG 1854 genannten Rekursgründe zulässig. Dazu würde aber die Bekämpfung der Tatsachenfeststellungen und der Beweiswürdigung nicht gehören, sodass diese unzulässig seien⁹⁵¹. (§ 15 AußStrG war zwar mit „Rekurs an den Obersten Gerichtshof“ übertitelt, regelte aber den Revisionsrekurs.) Jedoch waren unter dem Außerstreitgesetz 1854 die Rekursgründe nicht ausdrücklich geregelt, sodass umstritten war, ob es über die Revisionsrekursgründe hinaus überhaupt weitere Rekursgründe gab⁹⁵².

2.1.1.3 Das Außerstreitgesetz 2003 unterscheidet bei Rechtsmittel nunmehr terminologisch präzise zwischen Rekursen⁹⁵³ und Revisionsrekursen⁹⁵⁴, sodass sich kein „Rekurs an den Obersten Gerichtshof“ findet. Da das Außerstreitgesetz 2003 im Rekursverfahren die Überprüfung der Beweiswürdigung vorsieht, im Revisionsrekursverfahren aber nicht⁹⁵⁵, musste der Oberste Gerichtshof⁹⁵⁶ das an ihn gerichtete Rechtsmittel gegen Beschlüsse des Kartellgerichts eindeutig einordnen. Unter Berufung auf das „grundsätzliche Gefüge des Instanzenaufbaus“, wonach „der Oberste Gerichtshof abgesehen von der Beseitigung von Aktenwidrigkeiten und der Ergänzung durch unbestrittene oder notorische Tatsachen ausschließlich als Rechtsinstanz zur Überprüfung von Rechtsfragen tätig wird“, hat der OGH entschieden, dass er auch im Kartellverfahren ausschließlich Rechtsinstanz ist. Er sei zur Überprüfung der Beweiswürdigung nicht berufen⁹⁵⁷. Anderes hätte der Gesetzgeber ausdrücklich anordnen müssen. Aus der Frist von nur 2 Monaten, die dem OGH für Entscheidungen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle eingeräumt ist, folge aber im Gegenteil, dass der Gesetzgeber den OGH als Kartellobergericht nicht als Tatsacheninstanz einsetzen wollte: Denn da ein Rechtsmittelverfahren, in dem Beweise aufgenommen werden müssen, in 2 Monaten nicht durchzuführen sei, wären alle Zusammenschlüsse nach Ablauf der 2 Monate zulässig.

2.1.1.4 *Wollmann* sieht in dieser Rechtssprechung einen „Ruf des Kartellgerichts an den Gesetzgeber nach Klärung, ob im kartellrechtlichen Rekursverfahren eine Überprüfung der Beweiswürdigung stattfinden soll oder nicht“⁹⁵⁸. Ich vermag diesen Ruf nicht zu erkennen

⁹⁵⁰ § 45 Abs 2 AußStrG 2003.

⁹⁵¹ OGH 9.12.1996, 16 Ok 12/96.

⁹⁵² *Klicka/Oberhammer*, Außerstreitverfahren, 43.

⁹⁵³ 4 Abschnitt des AußStrG 2003.

⁹⁵⁴ 5 Abschnitt des AußStrG 2003.

⁹⁵⁵ § 66 Abs 1 AußStrG 2003 e contrario; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 66 Rz 4.

⁹⁵⁶ OGH 14.2.2005, 16 Ok 1/05 RdW 2005, 427.

⁹⁵⁷ *Wollmann*, *ecolex* 2005, 500.

⁹⁵⁸ *Wollmann*, *ecolex* 2005, 500.

und habe eher den Eindruck gewonnen, dass der OGH gezielt nach Argumenten gesucht hat, nicht zur Tatsacheninstanz „degradiert“ zu werden.

So ergibt sich aus dem Kartellgesetz keineswegs eindeutig, dass Zusammenschlüsse nach Ablauf der Frist von 2 Monaten zulässig sind⁹⁵⁹. Das Kartellgesetz bestimmt vielmehr, dass ein Zusammenschluss automatisch zulässig ist, wenn das Kartellgericht nicht in 5 Monaten entscheidet⁹⁶⁰; die Folgen der Fristüberschreitung durch das Kartellobergericht regelt es nicht⁹⁶¹. Bezeichnend weisen *Hoffer/Barbist*⁹⁶² darauf hin, dass die Rechtsfolge der automatischen Zulässigkeit erst seit jener Entscheidung feststeht, in welcher der OGH sie (obiter) als Begründung herangezogen hat, nicht Tatsacheninstanz sein zu müssen. Da das Kartellgesetz diese Rechtsfolge bei der Entscheidungsfrist des Kartellgerichts vorsieht und (im selben Paragraphen) bei jener des Kartellobergerichts nicht, wäre ein Umkehrschluss vielleicht näher gelegen.

Wollmann weist auch kritisch darauf hin, dass der Ausschluss der Überprüfung der Beweiswürdigung und der Ausschluss des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bedeutet, dass die Feststellungen in der Regel durch eine einzelne Person, nämlich den Berichterstatter des Kartellgerichtssenats, getroffen werden.

2.1.2 Rekurslegitimation

2.1.2.1 Rekurslegitimiert ist jede Partei, die durch den angefochtenen Beschluss beschwert ist⁹⁶³. Wer am erstinstanzlichen Verfahren nicht beteiligt war, kann gegen Beschlüsse des Kartellgerichts aber keinen Rekurs erheben⁹⁶⁴.

2.1.2.2 Ob sich auch die beiden Amtsparteien am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt haben müssen, um rekurslegitimiert zu sein, ist wohl die am meisten umstrittene Frage des Kartellverfahrens. Sie war in der Diskussion um einen möglichen Rekurs gegen die Genehmigung des Zusammenschlusses der *Profil*-Gruppe mit der *Format*-Gruppe durch den Bund (vertreten durch die Finanzprokurator) als (damalige) Amtspartei bereits Gegenstand der Tagespolitik. Denn das Kartellgesetz enthält keine näheren Regelungen zum Umfang der Parteistellung der Amtsparteien in Verfahren, in denen kein eigener Antrag der Partei gestellt wurde⁹⁶⁵. Der Rekurs gegen die Genehmigung dieses Zusammenschlusses wurde letztlich nicht eingebracht, sodass die Frage bis heute nicht entschieden worden ist.

2.1.2.3 Es gibt jedoch inzwischen zwei Entscheidungen des OGH als Kartellobergericht, die Hinweise geben können:

- Die erste einschlägige Entscheidung stammt aus dem Jahr 1998, somit bereits aus der Zeit vor dem Zusammenschluss der *Profil*-Gruppe mit der *Format*-Gruppe. In der zu dieser

⁹⁵⁹ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 14 Abs 2 KartG.

⁹⁶⁰ § 14 Abs 1 KartG 2005; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 14 Abs 1 KartG.

⁹⁶¹ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 14 Abs 2 KartG.

⁹⁶² *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 14 Abs 2 KartG.

⁹⁶³ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 138; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 45 Rz 4, Rz 5.

⁹⁶⁴ OGH 20.12.2004, 16 Ok 19/04 ecolx 2005, 545 mit Anm *Lukaschek*.

⁹⁶⁵ OGH 20.12.2004, 16 Ok 6/04.

Zeit geltenden Fassung des Kartellgesetzes wurde zwischen der bloßen Anzeige⁹⁶⁶ von (kleineren) Zusammenschlüssen und der Anmeldung⁹⁶⁷ von (größeren) Zusammenschlüssen unterschieden, wobei nur bei letzteren, das heißt bei anmeldepflichtigen Zusammenschlüssen, die Amtsparteien einen Prüfantrag stellen konnten. Zwei Unternehmen zeigten einen Zusammenschluss an. Da sie mit der Arbeiterkammer, die damals noch eine Amtspartei war, über die richtige Abgrenzung und damit die Größe der sich zusammenschließenden Unternehmensgruppen uneinig waren, erstatteten die Unternehmen vorsichtshalber neben der Anzeige auch eine Anmeldung. In der Folge gab die Arbeiterkammer einen Prüfverzicht ab. Das Kartellgericht ordnete die Eintragung in das Kartellregister aufgrund der (bloßen) Anzeige an. Dagegen brachte die Arbeiterkammer einen Rekurs mit der Begründung ein, dass der Zusammenschluss nicht aufgrund der Anzeige, sondern aufgrund der Anmeldung einzutragen gewesen wäre. Der OGH als Kartellobergericht wies den Rekurs zurück und entschied, dass der Amtspartei ein rechtliches Interesse an der Rekurshebung fehle, wenn sie auf einen Prüfantrag verzichtet oder die ihr dafür eingeräumte Frist nicht genutzt hat⁹⁶⁸. (Die Tatsache, dass die Arbeiterkammer erst einen Prüfverzicht abgegeben hat und später Rekurs erhob zeigt neuerlich, dass die Entscheidung der Kartellrechtsnovelle 2002 richtig war, durch den Entzug der Amtsparteistellung der Kammern eine Professionalisierung der Kartellrechtspflege herbeizuführen.)

- In 16 Ok 2/03 meldeten zwei Unternehmen einen Zusammenschluss an. Die Bundeswettbewerbsbehörde brachte einen Verbesserungsantrag ein und vertrat in diesem die Rechtsmeinung, dass durch den Verbesserungsantrag die Frist von 4 Wochen, die ihr zur Stellung eines Prüfantrags zur Verfügung stehen, verlängert würde. Das OLG Wien als Kartellgericht hat diese Rechtsmeinung nicht geteilt und hat den Zusammenschluss mangels rechtzeitig gestellten Prüfantrags nach Ablauf der 4 Wochen genehmigt. Gegen die Genehmigung hat die Bundeswettbewerbsbehörde Rekurs erhoben. Der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht hat entschieden, dass die (eben dargestellte) Entscheidung 16 Ok 14/98 nicht einschlägig ist, weil es bei jener nur um die Frage gegangen sei, ob die Eintragung aufgrund der Anzeige oder der Anmeldung erfolgen müsse, womit keine unterschiedlichen Rechtsfolgen verbunden seien. Im nunmehrigen Fall gehe es um die Frage, ob überhaupt eine Eintragung vorzunehmen sei, sodass das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses zu bejahen sei. (Letztlich hat der OGH den Rekurs in der Sache abgewiesen, weil durch die Stellung des Verbesserungsantrags die Frist zur Stellung des Prüfantrags nicht verlängert wird.)⁹⁶⁹
- In 16 Ok 6/04 hat ein Unternehmer gegen einen anderen Unternehmer einen Antrag auf Feststellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gestellt. Die Bundeswettbewerbsbehörde hat sich im erstinstanzlichen Verfahren mit rechtlichen Erwägungen beteiligt, aber keine Anträge gestellt. Der Bundeskartellanwalt hat sich am

⁹⁶⁶ Barfuß/Wollmann/Tahedl, Kartellrecht, 123.

⁹⁶⁷ Barfuß/Wollmann/Tahedl, Kartellrecht, 124.

⁹⁶⁸ OGH 15.12.1998, 16 Ok 14/98.

⁹⁶⁹ OGH 10.3.2003, 16 Ok 2/03.

erstinstanzlichen Verfahren überhaupt nicht beteiligt. Das Kartellgericht hat dem Antrag des antragstellenden Unternehmers stattgegeben. Der Antragsgegner hat Rekurs erhoben. Der Antragsteller und die Bundeswettbewerbsbehörde haben beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben. Der Bundeskartellanwalt hat sich nicht geäußert. Während des Rekursverfahrens hat der Antragsgegner die missbräuchliche Geschäftspraktik modifiziert, worauf der Antragsteller mit Zustimmung des Antragsgegners den Antrag zurückgezogen hat. Beide Amtsparteien sprachen sich gegen die Zurückziehung des Antrags aus; beim Bundeskartellanwalt war dies die erste Beteiligung am Verfahren. Der OGH hat entschieden, dass in einem solchen Fall die Amtsparteien das Verfahren nunmehr als Antragsteller, das heißt als eigenes Verfahren fortsetzen können. Dieses Recht sei jedoch auf jene Amtsparteien zu beschränken, die sich bis zur Antragszurückziehung in irgendeiner Weise am bisherigen Verfahren beteiligt hatten. Hatte dies eine der Amtsparteien - wie im konkreten Fall der Bundeskartellanwalt - nicht getan, sei daraus zu schließen, dass aus ihrer Sicht kein öffentliches Interesse an dem Verfahren besteht.

Meines Erachtens zeigt die Entwicklung der Rechtsprechung, dass die Tatsache, dass eine Amtspartei im erstinstanzlichen Verfahren keinen (Prüf-)Antrag gestellt hat, nicht bedeutet, dass sie nicht rekurslegitimiert wäre. Jedoch setzt die Rekurslegitimation voraus, dass die Amtspartei in irgendeiner Weise im bisherigen Verfahren tätig geworden war.

2.1.2.4 Im Zuge der öffentlichen Diskussion hat sich *Tölg* im wissenschaftlichen Schrifttum mit dieser Thematik befasst⁹⁷⁰.

Tölg hat beinahe wortgleich zur (zeitlich nachfolgenden) Entscheidung 16 Ok 2/03 argumentiert, dass die (ebenfalls oben dargestellte) Entscheidung 16 Ok 14/98 für diese Frage nicht einschlägig sei: Denn bei dieser sei es nur darum gegangen, ob die Eintragung aufgrund der Anzeige oder der Anmeldung erfolgen müsse, wodurch sich die Rechtstellung nicht geändert hätte⁹⁷¹.

Anschließend hat *Tölg* ausgeführt, man könne grundsätzlich argumentieren, die Vertreter der Republik Österreich hätten deshalb auf einen Prüfantrag verzichtet, weil ihres Erachtens keine öffentlichen Interessen verletzt würden. Man könne nun die Meinung vertreten, dass die Republik Österreich aus diesem Grund nicht beschwert sei⁹⁷². (Genau diese Gründe liegen der späteren Rechtsprechung zugrunde). *Tölg* selbst lehnt diese Meinung jedoch ab, indem sie die Frage nach den Regeln des Rechtsmittelverzichts prüft und zum Schluss kommt, dass ein wirksamer Rechtsmittelverzicht ausdrücklich gegenüber dem Gericht abgegeben werden müsse. Einen „Verzicht auf die weitere Verfahrensteilnahme“ kenne das österreichische Recht nicht, wolle man so etwas dennoch anwenden, wären analog die Bestimmungen über den Rechtsmittelverzicht einzuhalten⁹⁷³. *Tölg* ist sich bewusst, dass der Schwachpunkt der

⁹⁷⁰ *Tölg*, Zur Frage des Rekursrechts der Republik Österreich als Amtspartei im Kartellverfahren, RdW 2002/64, 67

⁹⁷¹ *Tölg*, RdW 2002/64, 69.

⁹⁷² *Tölg*, RdW 2002/64, 69.

⁹⁷³ *Tölg*, RdW 2002/64, 70.

Argumentation die Frage der Beschwer ist. Sie versucht, diese aus einem Prüfantrag, den die Vertreter der Republik Österreich nach Erlass des Beschlusses gestellt haben, abzuleiten⁹⁷⁴.

Meines Erachtens kann es, wenn der Beschluss erst einmal ergangen ist, keinen Unterschied machen, ob der Prüfantrag getrennt vom Rekurs (in zwei Schriftstücken) oder im Rekurs selbst (in einem Schriftstück) gestellt wird. Da ein ausdrücklicher Prüfantrag im Rekurs aber nicht über das ohnehin erforderliche Rekursbegehren hinausginge, kann ein Rekurs mit nachträglichem Prüfantrag nicht für sich selbst Beschwer begründen.

2.1.3 Rekursfrist

Die Rekursfrist beträgt (abweichend von der 14-tägigen Rekursfrist des AußStrG⁹⁷⁵) 4 Wochen⁹⁷⁶. Das Außerstreitgesetz 2003 sieht vor, dass Beschlüsse nach Ablauf der Rekursfrist angefochten werden, wenn ihre Abänderung oder Aufhebung mit keinem Nachteil für eine andere Person verbunden ist⁹⁷⁷. Diese Möglichkeit wird im Kartellverfahren nicht durch die präzise Angabe der Rekursfrist von 4 Wochen ausgeschlossen⁹⁷⁸.

Die anderen Parteien können binnen 4 Wochen nach der Zustellung des Rekurses eine Gegenäußerung einbringen⁹⁷⁹. Eine Replik zur Gegenäußerung ist im kartellgerichtlichen Rechtsmittelverfahren nicht vorgesehen und wird nach ständiger Rechtsprechung zurückgewiesen⁹⁸⁰. Dasselbe gilt für eine Replik auf eine solche (unzulässige) Replik⁹⁸¹.

2.1.4 Rekursgründe

Die im Außerstreitgesetz 2003 vorgesehenen Rekursgründe können zu folgenden Gruppen zusammengefasst werden⁹⁸²:

- a. Nichtigkeitsgründe⁹⁸³ (sind von Amts wegen wahrzunehmen)⁹⁸⁴;
- Fehlen der inländischen Gerichtsbarkeit⁹⁸⁵;
 - Unzuständigkeit der Außerstreitgerichte⁹⁸⁶;
 - res judicata (einschließlich Antragszurückziehung unter Anspruchsverzicht)⁹⁸⁷;

⁹⁷⁴ Tölg, RdW 2002/64, 68.

⁹⁷⁵ § 46 Abs 1 AußStrG 2003; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 98.

⁹⁷⁶ § 49 Abs 2 KartG 2005 (§ 53 Abs 2 KartG 1988); *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 46 Rz 1; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 138.

⁹⁷⁷ § 46 Abs 3 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 46 Rz 3.

⁹⁷⁸ OGH 23.6.1997, 16 Ok 1/97 ÖBl 1998, 208.

⁹⁷⁹ § 49 Abs 2 letzter Satz KartG 2005 (§ 53 Abs 2 letzter Satz KartG 1988).

⁹⁸⁰ OGH 23.6.1997, 16 Ok 14/97 eclex 1997, 859 = ÖBl 1998, 208; OGH 14.6.2004, 16 Ok 5/04; AA *Barfuß*, Zum Rekursverfahren vor dem KOG, eclex 1992, 99; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 139.

⁹⁸¹ OGH 17.11.2003, 16 Ok 3/03.

⁹⁸² *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 100.

⁹⁸³ vgl *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 55 Rz 3.

⁹⁸⁴ § 55 Abs 3 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 55 Rz 3.

⁹⁸⁵ § 56 Abs 1 AußStrG 2003.

⁹⁸⁶ § 56 Abs 1 AußStrG 2003.

⁹⁸⁷ § 56 Abs 1 AußStrG 2003.

- Widersprüchlichkeit des Beschlusses⁹⁸⁸;
 - mangelhafte Beschlussfassung, die einer Überprüfung entgegensteht⁹⁸⁹;
 - Fehlen einer Begründung⁹⁹⁰;
 - Fehlendes rechtliches Gehör⁹⁹¹;
 - Fehlende Vertretung⁹⁹²;
 - Vorschriftswidrige Gerichtsbesetzung⁹⁹³;
 - Entscheidung durch einen ausgeschlossen Richter⁹⁹⁴.
- b. Verfahrensmängel (sind nicht von Amts wegen wahrzunehmen);
- Örtliche Unzuständigkeit⁹⁹⁵;
 - Gesetzwidriger Ausschluss der Öffentlichkeit⁹⁹⁶;
 - Gesetzwidrige Unterlassung einer mündlichen Verhandlung⁹⁹⁷;
 - Unvollständige Erledigung der Sachanträge⁹⁹⁸;
 - Fehlende Erhebung wesentlicher Tatsachen⁹⁹⁹;
 - Andere vergleichbar schwerwiegende Verfahrensmängel sowie Verfahrensmängel, die eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Sache verhindern¹⁰⁰⁰.
- c. Aktenwidrigkeit¹⁰⁰¹;
- d. unrichtige Beweiswürdigung und Sachverhaltsfeststellung¹⁰⁰²;
- e. unrichtige rechtliche Beurteilung¹⁰⁰³.

Da sich der OGH als Kartellobergericht auch unter dem Außerstreitgesetz 2003 nicht als Tatsacheninstanz versteht, entfallen im Kartellverfahren von den oben angeführten Rekursgründen jene der unrichtigen Beweiswürdigung und der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung zum größten Teil. Jedoch hat sich der OGH als Kartellobergericht bereits während der Geltung des Außerstreitgesetzes 1854 zur Überprüfung der Beweiswürdigung zuständig erachtet, wenn die Beweiswürdigung ausschließlich auf Urkunden basierte¹⁰⁰⁴. Die Beweiswürdigung wird auch darauf überprüft, ob sie den Denkgesetzen widerspricht¹⁰⁰⁵. In einem weiteren Teilbereich ist die Überprüfung des

⁹⁸⁸ § 57 Z 1 AußStrG 2003.

⁹⁸⁹ § 57 Z 1 AußStrG 2003.

⁹⁹⁰ § 57 Z 1 AußStrG 2003.

⁹⁹¹ § 58 Abs 1 Z 1 AußStrG 2003.

⁹⁹² § 58 Abs 1 Z 1 AußStrG 2003.

⁹⁹³ § 58 Abs 4 AußStrG 2003.

⁹⁹⁴ § 58 Abs 4 AußStrG 2003.

⁹⁹⁵ § 56 Abs 2 AußStrG 2003.

⁹⁹⁶ § 57 Z 2 AußStrG 2003.

⁹⁹⁷ § 58 Abs 1 Z 3 AußStrG 2003.

⁹⁹⁸ § 57 Z 3 AußStrG 2003.

⁹⁹⁹ § 58 Abs 1 Z 5 AußStrG 2003.

¹⁰⁰⁰ § 57 Z 6 und Z 4 AußStrG 2003.

¹⁰⁰¹ *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 100.

¹⁰⁰² *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 100.

¹⁰⁰³ *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 100.

¹⁰⁰⁴ OGH 9.5.2001, 16 Ok 5/01 SZ 74/149; OGH 17.11.2003, 16 Ok 11/03 mwN.

¹⁰⁰⁵ OGH 18.6.1998, 16 Ok 5/98 SZ 71/103.

festgestellten Sachverhalts durch den Verfahrensmangel der fehlenden Erhebung wesentlicher Tatsachen¹⁰⁰⁶ möglich. Die richtige Abgrenzung des relevanten Marktes und die Frage, ob eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirkt wird, sind Rechtsfragen und daher (auf Basis des festgestellten Sachverhalts) ebenfalls einer Überprüfung durch den OGH zugänglich¹⁰⁰⁷.

2.1.5 Neuerungen

2.1.5.1 Zu Neuerungen im Rekursverfahren beim OGH als Kartellobergericht gab es unter dem Außerstreitgesetz 1854 eine umfangreiche Rechtsprechung: Neues Tatsachenvorbringen und die Berufung auf neue Beweismittel waren grundsätzlich zulässig¹⁰⁰⁸. Die Parteien durften aber nicht von den bisherigen Behauptungen abweichende Tatsachenbehauptungen aufstellen oder solche vortragen, die bisher (nicht einmal ansatzweise¹⁰⁰⁹) aufgestellt worden waren¹⁰¹⁰. Dabei konnten auch Tatsachen, die nach Beschlussfassung entstanden waren (*nova producta*), wie etwa die zwischenzeitige Abänderung des Kartellvertrags, vorgebracht werden¹⁰¹¹. Nicht zulässig war es hingegen, im Rekursverfahren neue Sachanträge zu stellen¹⁰¹² oder einen bereits gestellten Sachantrag auf eine neue Anspruchsgrundlage zu stellen¹⁰¹³. Diese Rechtsprechung ist unter dem Außerstreitgesetz 1854 entstanden, das (von der Rechtsprechung sehr eingeschränkt¹⁰¹⁴) vorsah, dass es den Parteien unbenommen ist, in Rekursen neue Umstände und Beweismittel anzuführen¹⁰¹⁵.

2.1.5.2 Das Außerstreitgesetz 2003 brachte eine neue Regelung der im Rekurs zulässigen Neuerungen¹⁰¹⁶.

- Tatsachen und Beweismittel, die zum Zeitpunkt des Beschlusses erster Instanz schon vorhanden waren (*nova reperta*), können nur dann vorgebracht werden, wenn die Partei an der bisherigen Unterlassung des Vorbringens entweder gar kein Verschulden trifft oder es sich um eine entschuldbare Fehlleistung handelt¹⁰¹⁷.
- Tatsachen und Beweismittel, die zum Zeitpunkt des Beschlusses erster Instanz noch nicht vorhanden waren (*nova producta*) können vorgebracht werden, wenn sie nicht ohne wesentlichen Nachteil zum Gegenstand eines neuen Antrags gemacht werden können¹⁰¹⁸.

Da es bisher noch keine Entscheidung des OGH als Kartellobergericht zu Neuerungen unter dem Außerstreitgesetz 2003 gibt, ist noch nicht abzusehen, ob die bisherige Rechtsprechung

¹⁰⁰⁶ § 58 Abs 1 Z 5 AußStrG 2003.

¹⁰⁰⁷ OGH 23.6.2003, 16 Ok 4/03 .

¹⁰⁰⁸ OGH 17.12.1997, 16 Ok 20/97 eclex 1998, 334 = ÖBl 1998, 261 = SZ 70/272; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 139.

¹⁰⁰⁹ OGH 1.7.2002, 16 Ok 2/02; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 139.

¹⁰¹⁰ OGH 18.6.1998, 16 Ok 5/98 SZ 71/103; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 139.

¹⁰¹¹ KOG 28.6.1974, Okt 16,17/74.

¹⁰¹² *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 139, Fn 11.

¹⁰¹³ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 139, Fn 11.

¹⁰¹⁴ *Klicka/Oberhammer*, Außerstreitverfahren, 43f.

¹⁰¹⁵ § 10 AußStrG 1854.

¹⁰¹⁶ § 49 AußStrG 2003.

¹⁰¹⁷ § 49 Abs 2 AußStrG 2003.

¹⁰¹⁸ § 49 Abs 2 AußStrG 2003.

zu diesem Bereich (so wie die Rechtsprechung zu den Rekursgründen) weiterhin von Bedeutung sein wird.

2.1.6 Rekursverfahren

2.1.6.1 Die Bestimmung des Kartellgesetzes, dass auf Antrag einer Partei eine mündliche Verhandlung stattzufinden hat¹⁰¹⁹, gilt nach der Rechtsprechung nicht für das Rekursverfahren vor dem OGH als Kartellobergericht¹⁰²⁰. Nach dem Außerstreitgesetz 2003 hat das Rekursgericht eine mündliche Verhandlung durchzuführen, wenn es eine solche für erforderlich erachtet¹⁰²¹. Da sich der OGH als Kartellobergericht nicht als Tatsacheninstanz sieht, wird das Rekursverfahren aber ein reines Aktenverfahren¹⁰²² bleiben.

2.1.6.2 In Verfahren über die Genehmigung von Zusammenschlüssen sieht das Kartellgesetz vor, dass der OGH innerhalb von 2 Monaten ab dem Einlangen der letzten Gegenäußerung zu entscheiden hat¹⁰²³. Es stellt sich die Frage nach den Folgen, wenn nicht innerhalb der Frist von 2 Monaten entschieden wird:

Für das Verfahren beim OLG Wien als Kartellgericht sieht das Kartellgesetz vor, dass der Zusammenschluss als genehmigt gilt, wenn nicht innerhalb von 5 Monaten eine Entscheidung erfolgt¹⁰²⁴. Für das Verfahren beim OGH als Kartellobergericht findet sich im Kartellgesetz keine derartige Bestimmung. Nach Auffassung des OGH ist dennoch eine Untersagung des Zusammenschlusses nicht mehr möglich, wenn er nicht innerhalb von 2 Monaten über den Rekurs gegen den Beschluss, mit dem das Kartellgericht den Zusammenschluss untersagt hat, entscheidet¹⁰²⁵. (Dieses obiter dictum war das entscheidende Argument dafür, dass der OGH auch nach dem Außerstreitgesetz 2003 keine Tatsacheninstanz sein muss, weil eine Beweisaufnahme in den 2 Monaten nicht möglich wäre. Die Rechtsfolge der automatischen Zulässigkeit bei Überschreiten der Frist war aber bereits von *Barfuß/Wollmann/Tahedl*¹⁰²⁶ als jene betrachtet worden, die am ehesten anzunehmen sei.)

2.1.7 Rekursentscheidung

2.1.7.1 Seit dem Außerstreitgesetz 2003 kann das OLG Wien als Kartellgericht, wenn gegen einen Beschluss nur ein einziger Rekurs erhoben wird, dem Rekurs selbst stattgeben, wenn er sich richtet gegen

- einen (selbständig anfechtbaren) verfahrensleitenden Beschluss;
- eine Geldbuße¹⁰²⁷;

¹⁰¹⁹ § 47 Abs 1 KartG 2005 (§ 51 KartG 1988).

¹⁰²⁰ OGH 11.10.2004, 16 Ok 14/04.

¹⁰²¹ *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 52 Rz 2.

¹⁰²² vgl OGH 18.6.1998, 16 Ok 5/98 SZ 71/103.

¹⁰²³ § 14 Abs 2 KartG 2005 (§ 42b Abs 5 KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 129.

¹⁰²⁴ § 14 Abs 1 KartG 2005 (§ 42b Abs 5 KartG 1988).

¹⁰²⁵ OGH 14.2.2005, 16 Ok 1/2005; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 129.

¹⁰²⁶ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 129.

¹⁰²⁷ § 50 Abs 1 Z 2 AußStrG 2003; *Mair/Solé*, ecollex 2004, 933.

- die Zurückweisung eines Rechtsmittels;
- einen Sachbeschluss, wenn sich aus der Aktenlage ergibt, dass er aufzuheben und der zugrunde liegende Antrag zurückzuweisen oder dass er im Sinne des Rekursbegehrens zur Gänze abzuändern ist¹⁰²⁸.

Da erstinstanzliche Gerichte Rekursen wegen „Geldbußen“ selbst stattgeben können, stellt sich die Frage, ob dies auch das Kartellgericht bei Bußgeldentscheidungen kann.¹⁰²⁹ *Fucik/Kloiber*¹⁰³⁰ bejahen dies ohne Begründung. Das Kartellgesetz 2005 (als lex posterior) bestimmt, dass der Rechtszug gegen Beschlüsse des Kartellgerichts „in zweiter Instanz“ an den Obersten Gerichtshof geht¹⁰³¹. Damit schließt das Kartellgesetz aber meines Erachtens nicht aus, dass der Rechtszug gegen bestimmte Arten von Beschlüssen gar nicht „in die zweite Instanz“ geht. Damit stellt sich noch die Frage, ob die vom Kartellgericht zu verhängenden Bußgelder überhaupt Strafverfügungen im Sinn des § 50 AußStrG 2003 sind. Da das AußStrG 2003 diesen Begriff nur an dieser einen Stelle verwendet und ihn nicht definiert, ist es meines Erachtens kein terminus technicus und bedeutet nur, dass jemandem eine Strafe auferlegt wurde. (Der Grund für die Sonderstellung von Strafverfügungen ist offenbar, dass durch sie keine Rechte Dritter begründet werden und dass das Ermessen des Gerichts hinsichtlich der Höhe besonders groß ist. Dies trifft auch auf die Geldbußen des Kartellgerichts zu.) Daher kann das Kartellgericht meines Erachtens einem Rekurs gegen einen Bußgeldbeschluss selbst stattgeben.

2.1.7.2 Das Außerstreitgesetz 2003 sieht vor, dass in den anderen Fällen das Rekursgericht in der Sache selbst, erforderlichenfalls nach Verfahrensergänzung, zu entscheiden hat¹⁰³². Die Einschränkung der Praxis des Aufhebens und Zurückverweisens an das Gericht erster Instanz war eines der wesentlichen Ziele des Außerstreitgesetzes 2003¹⁰³³. Der OGH als Kartellobergericht kann aber das Verfahren nicht ergänzen, weil er sich nur als Rechtsinstanz, nicht aber als Tatsacheninstanz sieht¹⁰³⁴. Es ist aber festzuhalten, dass der OGH als Kartellobergericht bereits bisher regelmäßig in der Sache selbst entschieden hat. Bei den in den Jahren 2003 und 2004 eingeleiteten Rekursverfahren wurden lediglich drei an das OLG Wien als Kartellgericht zurückverwiesen: In einem hatte ein ausgeschlossener (Laien-)Richter mitentschieden¹⁰³⁵, in einem war der Antrag, ohne den Amtsparteien rechtliches Gehör zu gewähren, ohne Beweisverfahren abgewiesen worden¹⁰³⁶. Im dritten Fall hatte das Kartellgericht einen Teil der Anträge vorab ohne Beweisverfahren abgewiesen und führte zur Zeit der Rekursentscheidung über den anderen Teil ein Beweisverfahren durch¹⁰³⁷.

¹⁰²⁸ § 50 AußStrG 2003; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 102.

¹⁰²⁹ *Mair/Solé*, *ecolex* 2004, 933.

¹⁰³⁰ *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 50 Rz 2.

¹⁰³¹ § 58 Abs 2 KartG 2005.

¹⁰³² § 55 Abs 1 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 55 Rz 1.

¹⁰³³ *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 104.

¹⁰³⁴ OGH 14.2.2005, 16 Ok 1/05 RdW 2005, 427.

¹⁰³⁵ OGH 14.6.2004, 16 Ok 24/03.

¹⁰³⁶ OGH 11.10.2004, 16 Ok 13/04.

¹⁰³⁷ OGH 11.10.2004, 16 Ok 14/04.

2.2 Abänderungsantrag

Unter dem Außerstreitgesetz 1854 war umstritten, ob im Außerstreitverfahren die Bekämpfung rechtskräftiger Beschlüsse durch analoge Anwendung der in der ZPO vorgesehenen außerordentlichen Rechtsmittel (Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage) zulässig ist¹⁰³⁸. Das Außerstreitgesetz 2003 hat in Nachbildung dieser außerordentlichen Rechtsmittel der ZPO ein spezielles außerordentliches Rechtsmittel gegen rechtskräftige Beschlüsse in Form des Abänderungsantrags geschaffen¹⁰³⁹.

Ein Abänderungsantrag kann aus folgenden Gründen gestellt werden¹⁰⁴⁰:

- a. Fehlende Vertretung oder Entscheidung durch einen ausgeschlossenen Richter¹⁰⁴¹;
- b. Entscheidung basiert auf einer gefälschten Urkunde oder auf bestimmten strafrechtlichen Delikten wie falscher Zeugenaussage, Urkundenunterdrückung oder Amtsmissbrauch (durch den Richter)¹⁰⁴²;
- c. Entscheidung basiert auf einem später aufgehobenen strafgerichtlichen Urteil¹⁰⁴³;
- d. Auftauchen einer präjudiziellen Vorentscheidung¹⁰⁴⁴;
- e. Kenntniserlangung von neuen Tatsachen oder Beweismitteln, deren Vorbringen oder Benutzen im früheren Verfahren eine günstigere Entscheidung herbeigeführt hätte¹⁰⁴⁵ (das bedeutet, die Tatsachen müssen schon zur Zeit des früheren Verfahrens eingetreten gewesen sein¹⁰⁴⁶).

Ein Abänderungsgrund liegt nur dann vor, wenn er nicht bereits im ersten Verfahren geltend gemacht werden konnte (Punkte a. – d.)¹⁰⁴⁷ oder wenn die Partei, die den Abänderungsantrag stellt, im ersten Verfahren ohne ihr Verschulden den Grund nicht geltend machen konnte (Punkt e.)¹⁰⁴⁸.

Der Abänderungsantrag ist binnen vier Wochen ab der Kenntniserlangung des Abänderungsgrundes oder ab der Rechtskraft des verurteilenden strafgerichtlichen Urteils einzubringen¹⁰⁴⁹. Nach Ablauf von zehn Jahren ab Rechtskraft kann der Abänderungsantrag nur mehr wegen fehlender Vertretung oder Entscheidung durch einen ausgeschlossenen Richter (Punkt a.) gestellt werden¹⁰⁵⁰.

¹⁰³⁸ *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 114; *Klicka/Oberhammer*, Außerstreitverfahren, 49.

¹⁰³⁹ § 73 AußStrG 2003; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 115.

¹⁰⁴⁰ § 73 Abs 1 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 73 Rz 4 – Rz 9.

¹⁰⁴¹ § 73 Abs 1 Z 1 – Z 3 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 73 Rz 4 – Rz 5.

¹⁰⁴² § 73 Abs 1 Z 4 AußStrG 2003 iVm § 530 Abs 1 Z 1 – Z 4 ZPO; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 73 Rz 6.

¹⁰⁴³ § 73 Abs 1 Z 4 AußStrG 2003 iVm § 530 Abs 1 Z 5 ZPO; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 73 Rz 6.

¹⁰⁴⁴ § 73 Abs 1 Z 5 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 73 Rz 7.

¹⁰⁴⁵ § 73 Abs 1 Z 6 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 73 Rz 8 – Rz 9.

¹⁰⁴⁶ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 508.

¹⁰⁴⁷ § 73 Abs 2 AußStrG 2003.

¹⁰⁴⁸ § 73 Abs 3 AußStrG 2003.

¹⁰⁴⁹ § 74 Abs 1 und Abs 2 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 74 Rz 1, Rz 2.

¹⁰⁵⁰ § 74 Abs 5 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 74 Rz 1.

Zuständig für das Abänderungsverfahren (das heißt sowohl für die Entscheidung, ob ein neues Verfahren durchgeführt wird als auch für die Sachentscheidung in dem allenfalls durchzuführenden neuen Verfahren) ist das Gericht erster Instanz¹⁰⁵¹, da heißt das OLG Wien als Kartellgericht. Dies gilt auch dann, wenn es um die Abänderung eines Beschlusses geht, den der OGH als Kartellobergericht erlassen hat¹⁰⁵².

In einem neuen Verfahren ist der Beschluss nur so weit abzuändern, als er vom Abänderungsgrund betroffen ist¹⁰⁵³. Dritten Personen gegenüber wirkt die Abänderung von rechtsgestaltenden Beschlüssen nicht rückwirkend¹⁰⁵⁴.

2.3 Geltendmachung nachträglicher Sachverhaltsänderungen

2.3.1 In dem eben dargestellten Abänderungsverfahren können nur neue Tatsachen vorgebracht werden, die schon zur Zeit des ersten Verfahrens eingetreten waren¹⁰⁵⁵. Tatsachen, die erst nach Abschluss des ersten Verfahrens eingetreten sind, sind folglich kein Grund für einen Abänderungsantrag (Das erste Verfahren war ja nicht mangelhaft, nur weil sich später der Sachverhalt ändert.) Die Folgen einer nachträglichen Änderung des Sachverhalts sind vielmehr eine Frage der zeitlichen Grenzen der Rechtskraft des im ersten Verfahren ergangenen Beschlusses¹⁰⁵⁶. Denn von der Rechtskraft einer kartellgerichtlichen Entscheidung werden in der Zukunft liegende Sachverhaltsänderungen nicht erfasst¹⁰⁵⁷.

Bei der Geltendmachung nachträglicher Sachverhaltsänderungen handelt es sich nicht um ein Rechtsmittel. Es besteht jedoch in praktischer Hinsicht eine Nähe zum Abänderungsantrag: Denn wenn eine Partei nach Abschluss eines Verfahrens von einer bisher unbekanntem Tatsache Kenntnis erlangt

- ist ein Abänderungsantrag zu prüfen, wenn die Tatsache bereits zur Zeit des ersten Verfahrens eingetreten war;
- sind die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft zu prüfen, wenn die Tatsache erst nach Abschluss des Verfahrens eingetreten ist.

Daher wird das Thema in diesem Abschnitt behandelt.

2.3.2 Nachträgliche Sachverhaltsänderungen können in zwei Konstellationen von Bedeutung sein:

- Abweisende Erstentscheidung:

Wenn etwa das Kartellgericht einen Antrag auf Erlassung eines Abstellauftrags abgewiesen hat, weil der Antragsgegner keine marktbeherrschende Stellung hat, und wenn

¹⁰⁵¹ § 76 Abs 1 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 76 Rz 1.

¹⁰⁵² § 76 Abs 2 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 76 Rz 1.

¹⁰⁵³ § 77 Abs 2 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 77 Rz 3.

¹⁰⁵⁴ § 77 Abs 3 AußStrG 2003; *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, § 77 Rz 4.

¹⁰⁵⁵ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 508.

¹⁰⁵⁶ vgl *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 404.

¹⁰⁵⁷ OGH 4.4.2005, 16 Ok 20/04; vgl *Fasching*, Kommentar III, § 411 ZPO, Rz 95.

aber der Antragsgegner in der Folge eine marktbeherrschende Stellung erlangt, dann kann der ursprüngliche Antragssteller einen neuen Antrag auf Erlassung eines Abstellauftrags stellen, ohne dass er den früheren (abweisenden) Beschluss bekämpfen müsste¹⁰⁵⁸. Denn die nachträgliche Erlangung der marktbeherrschenden Stellung ist nicht von der Rechtskraft des abweisenden Beschlusses umfasst¹⁰⁵⁹.

- Stattgebende Erstentscheidung:

Kartellgerichtliche Aufträge legen oft ohne zeitliche Beschränkung zukünftiges Marktverhalten fest, etwa einen Höchst- oder Mindestpreis¹⁰⁶⁰. Dies wird im Schrifttum zum Teil kritisiert¹⁰⁶¹. Es stellt sich die Frage nach den Möglichkeiten eines solcherart verpflichteten Unternehmers, wenn sich die Marktverhältnisse so ändern, dass ein Preis jenseits der kartellgerichtlichen Vorgabe angemessen wäre (oder der Verpflichtete seine marktbeherrschende Stellung überhaupt verloren hat, etc.).

Hier ist der vom Kartellgericht zugesprochene Anspruch durch nachträgliche Sachverhaltsänderung weggefallen¹⁰⁶². Auf diese Änderung kann sich der Antragsgegner berufen, weil sie nicht von der Rechtskraft der kartellgerichtlichen Entscheidung erfasst ist¹⁰⁶³. Wie der Antragsgegner die nachträgliche Sachverhaltsänderung geltend machen kann, hängt davon ab, ob ein Exekutionsverfahren anhängig ist¹⁰⁶⁴:

- Ist ein Exekutionsverfahren anhängig, dann ist die nachträgliche Sachverhaltsänderung durch Oppositionsklage beim Exekutionsgericht geltend zu machen¹⁰⁶⁵. Wenn das Exekutionsgericht der Klage stattgibt, entscheidet es, dass der Abstellauftrag aufgehoben ist und jede Exekution aus dem Abstellauftrag unzulässig ist¹⁰⁶⁶.

Beispielsweise war in 16 Ok 20/04¹⁰⁶⁷ beim Kartellgericht beantragt worden, dem Antragsgegner im Wege eines (positiven) Abstellauftrags aufzutragen, die „Bestellungen des Antragstellers auszuführen, sofern kein gerechtfertigter Grund dagegen spricht“. Das Kartellgericht hat dem Antragsgegner aufgetragen, die Bestellungen des Antragstellers auszuführen. Die Einschränkung, dass dies bei gerechtfertigtem Grund nicht erfolgen müsse, hat es (wegen andernfalls fehlender Vollstreckbarkeit) von Amts wegen fallen gelassen. Der OGH hat dies bestätigt und in der Begründung ausgeführt: Wenn ein gerechtfertigter Grund gegen die Belieferung spräche, könne der Antragsgegner dem ja ohnehin „mit exekutionsrechtlichen Klagen begegnen“.

¹⁰⁵⁸ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 404.

¹⁰⁵⁹ *Fasching*, Kommentar III, § 411 ZPO, Rz 95.

¹⁰⁶⁰ *Novotny/Berger*, ÖBl 1998, 3.

¹⁰⁶¹ *Novotny/Berger*, ÖBl 1998, 3.

¹⁰⁶² vgl. *Jakusch in Angst*, Kommentar, § 35 EO Rz 12.

¹⁰⁶³ *Fasching*, Kommentar III, § 411 ZPO, Rz 95.

¹⁰⁶⁴ vgl. *Jakusch in Angst*, Kommentar, § 35 EO Rz 8.

¹⁰⁶⁵ § 35 Exekutionsordnung; *Jakusch in Angst*, Kommentar, § 35 EO Rz 12.

¹⁰⁶⁶ *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht, 89.

¹⁰⁶⁷ OGH 4.4.2005, 16 Ok 20/04.

- Ist kein Exekutionsverfahren anhängig, dann ist die nachträgliche Sachverhaltsänderung durch eine (negative) Feststellungsklage geltend zu machen¹⁰⁶⁸. Diese ist auf die Feststellung gerichtet, dass das im Abstellauftrag verbrieftete Recht nicht mehr besteht. Bei Aufträgen des Kartellgerichts stellt sich die Frage, ob dieses Feststellungsverfahren vor dem Kartellgericht oder als Streitiges Verfahren zu führen ist:

Nach dem Kartellgesetz 2005 hat das Kartellgericht festzustellen, ob und inwieweit ein Sachverhalt dem Kartellgesetz unterliegt¹⁰⁶⁹. Daher kann der Verpflichtete die Feststellung begehren, dass das im Abstellauftrag untersagte Verhalten keinen Verstoß gegen das Kartellgesetz (mehr) darstellt. Die „Feststellungsklage“ kann daher meines Erachtens beim Kartellgericht eingebracht werden.

Soweit eine Zuständigkeit des Kartellgerichts besteht, erklären sich die im Streitigen Verfahren befassten Gerichte wegen Unzulässigkeit des Streitigen Rechtswegs für unzuständig, sofern die Klage nicht auf das UWG gestützt werden kann¹⁰⁷⁰. Der Umweg über das UWG ist in diesem Fall nicht möglich: Denn selbst wenn das Gericht feststellt, dass ein Verhalten nicht gegen das UWG verstößt, dann bedeutet dies nicht notwendigerweise, dass das Verhalten kartellrechtskonform ist. Die Feststellung muss daher unmittelbar die Vereinbarkeit mit dem Kartellgesetz betreffen, wofür eine Zuständigkeit des Kartellgerichts besteht. Daher ist meines Erachtens der Streitige Rechtsweg unzulässig und das Kartellgericht ausschließlich zuständig.

2.4 Grundrechtliche Erwägungen zum Rechtsschutz im Kartellverfahren

In Kartellverfahren gibt es aufgrund der einschränkenden Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nur eine Tatsacheninstanz.

Art 6 EMRK gewährleistet kein Recht auf einen Instanzenzug¹⁰⁷¹. Ist das Rechtsmittelgericht reine Rechtsinstanz, muss im Rechtsmittelverfahren keine mündliche Verhandlung stattfinden¹⁰⁷². Das Rechtsmittelverfahren ist vor dem Kartellobergericht daher aus Sicht des Art 6 EMRK nicht zu beanstanden.

Art 2 Abs 1 des 7. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention gewährt das Recht auf Nachprüfung einer strafrechtlichen Verurteilung durch ein Gericht höherer Instanz. Der Begriff des Strafrechts in dieser Bestimmung entspricht jenem in Art 6 EMRK¹⁰⁷³, sodass auch Bußgelder nach dem Kartellgesetz darunter fallen. Im erläuternden Bericht zum 7. Zusatzprotokoll heißt es, dass die Überprüfung auch auf Rechtsfragen beschränkt sein kann¹⁰⁷⁴, sodass das Rechtsmittelverfahren vor dem Kartellobergericht auch aus Sicht des

¹⁰⁶⁸ Jakusch in *Angst*, Kommentar, § 35 EO Rz 8.

¹⁰⁶⁹ § 28 Abs 2 KartG 2005 (§ 8a KartG 1988).

¹⁰⁷⁰ OGH 25.5.2004, 4 Ob 110/04m; siehe Abschnitt D.1.1.

¹⁰⁷¹ Grabenwarter, Menschenrechtskonvention, 357.

¹⁰⁷² EGMR 22.2.1996, 17358/90, *Bulut* gg. Österreich (zur Nichtigkeitsbeschwerde beim OGH).

¹⁰⁷³ Grabenwarter, Menschenrechtskonvention, 397.

¹⁰⁷⁴ Grabenwarter, Menschenrechtskonvention, 398.

Art 2 Abs 1 des 7. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention nicht zu beanstanden ist.

Da die Europäische Menschenrechtskonvention kein allgemeines Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz vorsieht, wurde es in jüngerer Zeit gebräuchlicher, dass sich Österreicher an den Ausschuss für Menschenrechte¹⁰⁷⁵ nach dem Fakultativprotokoll¹⁰⁷⁶ zum UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte¹⁰⁷⁷ wenden¹⁰⁷⁸. (Denn dieser sieht in Art 26 das allgemeine Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz vor.) Art 14 Abs 5 des Pakts sieht vor, dass jeder, der wegen einer strafbaren Handlung verurteilt worden ist, das Recht hat, das Urteil entsprechend dem Gesetz durch ein Gericht höherer Instanz nachprüfen zu lassen. (Österreich hat zu dieser Bestimmung einen Vorbehalt erklärt, wonach das Rechtsmittelgericht eine erstmalige Verurteilung aussprechen darf, ohne dass diese durch ein weiteres Rechtsmittelgericht überprüfbar wäre)¹⁰⁷⁹. Nach der Spruchpraxis des Ausschusses erfordert diese Bestimmung die Möglichkeit der vollständigen Überprüfung und nicht nur der formellen oder rechtlichen Aspekte¹⁰⁸⁰.

3. Durchsetzung kartellgerichtlicher Beschlüsse

3.1 Exekution

3.1.1 Exekutionstitel

Die vom Kartellgericht erlassenen Beschlüsse können

- Leistungsbeschlüsse (z.B. Abstellaufträge¹⁰⁸¹),
- Feststellungsbeschlüsse (z.B. Feststellung, dass ein Sachverhalt gegen das Kartellverbot verstößt), oder
- Rechtsgestaltungsbeschlüsse (z.B. Genehmigung eines Zusammenschlusses¹⁰⁸²) sein.

Nur Leistungsbeschlüsse kommen für ein Exekutionsverfahren in Betracht; Feststellungsbeschlüsse und Rechtsgestaltungsbeschlüsse bedürfen hingegen keiner Zwangsvollstreckung¹⁰⁸³. Nach dem Kartellgesetz 1988 waren nur die Leistungsbeschlüsse

¹⁰⁷⁵ vgl. *von der Wense*, UN-Menschenrechtsausschuß, 27ff.

¹⁰⁷⁶ BGBl 1988/105.

¹⁰⁷⁷ BGBl 1978/591.

¹⁰⁷⁸ Beginnend mit *Pauger* gg. Österreich, CCPR/C/65/D/716/1996, 30.4.1999; zuletzt *Godfried* et al. gg. Österreich, CCPR/C/81/D/1160/2003, 23.8.2004; *Perterer* gg. Österreich, CCPR/C/81/D/1015/2001, 20.8.2004; *Dichtl* et al. gg. Österreich, CCPR/C/81/D/999/2001, 20.8.2004; alle auf <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>.

¹⁰⁷⁹ BGBl 1978/591.

¹⁰⁸⁰ *Vázquez* gg. Spanien, CCPR/C/69/D/701/1996, 11.8.2000, auf <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>.

“The Committee concludes that the lack of any possibility of fully reviewing the author's conviction and sentence, as shown by the decision referred to in paragraph 3.2, the review having been limited to the formal or legal aspects of the conviction, means that the guarantees provided for in article 14, paragraph 5, of the Covenant have not been met. The author was therefore denied the right to a review of his conviction and sentence, contrary to article 14, paragraph 5, of the Covenant.”

¹⁰⁸¹ § 26 KartG 2005 (§ 35 Abs 1 KartG 1988).

¹⁰⁸² § 12 Abs 1 Z 3 KartG 2005 (§ 42b Abs 3 Z 3 KartG 1988).

¹⁰⁸³ *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht, 2.

wegen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung Exekutionstitel¹⁰⁸⁴. Das Kartellgesetz 2005 bestimmt hingegen allgemein, dass Beschlüsse des Kartellgerichts Exekutionstitel sind¹⁰⁸⁵. Praktisch bedeutet dies, dass nunmehr alle Leistungsbeschlüsse vollstreckt werden können, also neben solchen wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auch solche

- auf Abstellung eines Kartells,
- auf Abstellung der verbotenen Durchführung eines Zusammenschlusses, sowie
- nachträgliche Aufträge bei genehmigten Zusammenschlüssen.

3.1.2 Betreibende Partei

3.1.2.1 Die Exekution kann vom Antragsteller¹⁰⁸⁶ des kartellgerichtlichen Erkenntnisverfahrens und (hinsichtlich eines allfälligen Kostenzuspruchs) vom Antragsgegner des kartellgerichtlichen Erkenntnisverfahrens beantragt werden.

3.1.2.2 Darüber hinaus sieht § 34 Abs 2 KartG (in Übernahme von § 126 Abs 2 KartG 1988¹⁰⁸⁷) vor, dass bei Abstellaufträgen wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung neben dem Antragsteller des kartellgerichtlichen Erkenntnisverfahrens auch der durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung unmittelbar betroffene Unternehmer Exekution beantragen kann¹⁰⁸⁸. Diese Bestimmung wurde zu einer Zeit erlassen, als Unternehmer noch nicht Parteien des kartellgerichtlichen Erkenntnisverfahrens sein konnten; sie sollten aber dennoch den von ihrer Kammer erwirkten Beschluss durchsetzen können¹⁰⁸⁹. Man könnte argumentieren, dass der Anwendungsbereich der Bestimmung weiterhin auf diesen Fall beschränkt ist, wofür der Singular in „neben dem Antragsteller [...] auch der unmittelbar betroffene Unternehmer“ sprechen könnte. Aber selbst in der Urkonstellation der Antragstellung durch eine Kammer kann es mehr als einen betroffenen Unternehmer geben, sodass der Ausdruck „der betroffene Unternehmer“ jedenfalls als „ein betroffener Unternehmer“ zu lesen ist¹⁰⁹⁰. Dann gibt es aber keinen Grund für eine Differenzierung zwischen Abstellaufträgen, die auf Antrag einer Kammer erlassen wurden, und solchen, die auf Antrag eines anderen Unternehmens erlassen wurden. Folglich kann ein betroffener Unternehmer auch dann Exekution führen, wenn Antragsteller im kartellgerichtlichen Verfahren ein anderes Unternehmen war¹⁰⁹¹.

3.1.2.3 Obwohl das Kartellgesetz 2005 die (ursprünglich nur bei Missbräuchen einer marktbeherrschenden Stellung vorgesehenen) Abstellaufträge auf alle Verstöße gegen das Kartellgesetz ausgeweitet hat, kann weiterhin nur bei Aufträgen zur Abstellung des

¹⁰⁸⁴ Barfuß/Wollmann/Tahedl, Kartellrecht, 142; Tahedl, Missbrauch, 238.

¹⁰⁸⁵ § 34 Abs 1 KartG 2005.

¹⁰⁸⁶ § 34 Abs 2 KartG 2005.

¹⁰⁸⁷ Barfuß/Wollmann/Tahedl, Kartellrecht, 142.

¹⁰⁸⁸ Barfuß/Wollmann/Tahedl, Kartellrecht, 142; Tahedl, Missbrauch, 238.

¹⁰⁸⁹ Tahedl, Missbrauch, 239.

¹⁰⁹⁰ Gugerbauer, Kommentar, § 126 Rz 1.

¹⁰⁹¹ vgl Tahedl, Missbrauch, 238.

Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (und nicht etwa eines Kartells) die Exekution von einem anderen betroffenen Unternehmer beantragt werden¹⁰⁹². Dieser Punkt ist folglich nicht von der Vereinheitlichung der Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Kartellgesetz umfasst.

3.1.2.4 Es stellt sich die Frage, ob eine Amtspartei Exekution aus einem Beschluss führen kann, bei dem sie nicht Antragsteller war. Wie der OGH bereits festgehalten hat, sind die Befugnisse der Amtsparteien in Verfahren, in denen sie nicht Antragsteller sind, von besonderer Unklarheit¹⁰⁹³. Die Amtsparteien haben Parteistellung im Erkenntnisverfahren und verlieren diese zumindest dann nicht, wenn sie sich auf irgendeine Weise (nicht notwendigerweise der Stellung von Anträgen) am Verfahren beteiligen. Andererseits könnte aus der (eben behandelten) Bestimmung, dass neben dem Antragsteller auch ein betroffener „Unternehmer“ Exekution führen kann, der (Gegen-)Schluss gezogen werden, dass dies sonst nur der Antragsteller kann. (Dies wird möglicherweise von *Hoffer/Barbist* vertreten¹⁰⁹⁴). Die praktische Bedeutung der Frage ist sehr gering: Denn nach dem Kartellgesetz 2005 kann nunmehr das Kartellgericht selbst auf Antrag der Amtsparteien Zwangsgelder zur Durchsetzung kartellgerichtlicher Anträge verhängen. Es ist anzunehmen, dass sich die Amtsparteien in Zukunft (anstelle eines Exekutionsverfahrens) dieser Möglichkeit bedienen werden.

3.1.3 Zuständigkeit

Für die Exekution von Beschlüssen des Kartellgerichts sind die Bezirksgerichte zuständig¹⁰⁹⁵. Örtlich zuständig ist das Bezirksgericht am allgemeinen Gerichtstand des Verpflichteten oder das nach §§ 18 und 19 Exekutionsordnung zuständige Bezirksgericht (Belegenheit von beweglichen oder unbeweglichen Sachen, etc)¹⁰⁹⁶.

Wenn die Exekution eines Abstellauftrages (wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung) von einem Unternehmer beantragt wird, der nicht Partei des Kartellverfahrens war¹⁰⁹⁷, dann muss das Bezirksgericht ein Zwischenverfahren über dessen Legitimation abführen¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹² *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 34 KartG.

¹⁰⁹³ OGH 20.12.2004, 16 Ok 6/04.

¹⁰⁹⁴ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 34 KartG.

¹⁰⁹⁵ § 34 Abs 3 KartG 2005 (§ 126 Abs 3 KartG 1988); OGH 15.5.2000, 16 Ok 3/00 ÖBl 2000, 255; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 142.

¹⁰⁹⁶ § 34 Abs 3 KartG 2005 (§ 126 Abs 3 KartG 1988); *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 142; *Tahedl*, Missbrauch, 239.

¹⁰⁹⁷ § 34 Abs 2 KartG 2005.

¹⁰⁹⁸ *Gugerbauer*, Kommentar, § 126 Rz 1; *Tahedl*, Missbrauch, 239.

3.1.4 Exekutionsmittel

3.1.4.1 Exekution von Abstellaufträgen

Abstellung durch Unterlassung:

Der Abstellauftrag als wichtigste Art von Beschlüssen in kartellgerichtlichen Verfahren ist mittels Exekution zur Erwirkung von Duldungen und Unterlassungen¹⁰⁹⁹ durchzusetzen¹¹⁰⁰. Dabei werden über den Verpflichteten wegen jedem Verstoß gegen den Abstellauftrag auf Antrag des Berechtigten Beugestrafen verhängt¹¹⁰¹. Beugestrafen sind Geldstrafen und Haft. Die Geldstrafe darf pro Antrag auf Verhängung einer Beugestrafe 100.000 Euro nicht übersteigen¹¹⁰², die Summe aller Geldstrafen ist unbeschränkt. Die Geldstrafe wird von Amts wegen vollstreckt. Die Haftstrafe darf je Strafantrag 2 Monate nicht übersteigen¹¹⁰³, die Gesamthaft darf ein Jahr nicht übersteigen¹¹⁰⁴. Ob Haftstrafen gegen organschaftliche Vertreter juristischer Personen verhängt werden können, ist im Schrifttum heftig umstritten¹¹⁰⁵. Im Strafantrag muss der Berechtigte die Zuwiderhandlung konkret und schlüssig behaupten¹¹⁰⁶. Wenn der Verpflichtete einwenden will, dass er keine Zuwiderhandlung begangen habe, muss er eine Impugnationsklage¹¹⁰⁷ erheben¹¹⁰⁸. Auf Antrag des Berechtigten kann das Exekutionsgericht dem Verpflichteten auch die Bestellung einer Sicherheit für den durch weitere Zuwiderhandlung entstehenden Schaden auftragen¹¹⁰⁹.

Abstellung durch positives Tun

Wenn sich das missbräuchliche Verhalten (wie etwa bei Liefersperren oder bei Preismissbrauch) sonst nicht zuverlässig abstellen lässt¹¹¹⁰, kann durch einen kartellrechtlichen Abstellauftrag auch ein positives Tun angeordnet werden¹¹¹¹.

Im Einzelfall können solche Aufträge zur Weiterbelieferung mit Waren so präzise sein (etwa der Auftrag, sämtliche vom Berechtigten betriebene Kinos mit Filmkopien von Filmen, welche österreichweit mit mindestens 10 Kopien gestartet werden und vom Berechtigten bestellt wurden, zum Starttermin zu beliefern¹¹¹²), dass sie mittels Exekution zur Erwirkung der Leistung beweglicher Sachen¹¹¹³ durchgesetzt werden können. Dabei werden die Sachen

¹⁰⁹⁹ § 355 Exekutionsordnung; *Klicka in Angst*, Kommentar, § 355 EO, Rz 15.

¹¹⁰⁰ OGH 17.11.2003, 16 Ok 11/03.

¹¹⁰¹ § 355 Abs 1 Exekutionsordnung.

¹¹⁰² § 359 Abs 1 Exekutionsordnung.

¹¹⁰³ § 361 Exekutionsordnung.

¹¹⁰⁴ § 355 Abs 1 Exekutionsordnung.

¹¹⁰⁵ *Klicka in Angst*, Kommentar, § 355 EO, Rz 21.

¹¹⁰⁶ OGH 15.5.2000, 16 Ok 3/00 ÖBl 2000, 255; *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht, 197; *Klicka in Angst*, Kommentar, § 355 EO, Rz 11.

¹¹⁰⁷ § 36 Exekutionsordnung.

¹¹⁰⁸ OGH 15.5.2000, 16 Ok 3/00 ÖBl 2000, 255; *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht, 197; *Klicka in Angst*, Kommentar, § 355 EO, Rz 22.

¹¹⁰⁹ § 355 Abs 2 Exekutionsordnung.

¹¹¹⁰ OGH 11.10.2004, 16 Ok 11/04.

¹¹¹¹ OGH 11.10.2004, 16 Ok 11/04.

¹¹¹² OGH 4.4.2005, 16 Ok 20/04.

¹¹¹³ § 346 Exekutionsordnung.

dem Verpflichteten vom Gerichtsvollzieher unter Anwendung von direktem Zwang abgenommen und dem Berechtigten übergeben¹¹¹⁴.

In der Regel schuldet der Verpflichtete zusätzlich zur Herausgabe auch Nebenleistungen wie Verpackung, Transport, Versicherung etc.:

- Soweit diese Nebenleistungen von einem Dritten erbracht werden können, sind sie durch Exekution zur Erwirkung von vertretbaren Handlungen¹¹¹⁵ durchzusetzen¹¹¹⁶. Dabei wird der Berechtigte vom Exekutionsgericht ermächtigt, die Handlung auf Kosten des Verpflichteten vornehmen zu lassen¹¹¹⁷. Auf Antrag des Berechtigten wird dem Verpflichteten auch ein Kostenvorschuss aufgetragen; dieser Auftrag ist in das Vermögen des Verpflichteten vollstreckbar¹¹¹⁸.
- Können hingegen die Nebenleistungen wie Verpackung etc. nicht von einem Dritten erbracht werden oder müssen die zu liefernden Waren selbst erst produziert werden (oder müssen sie erst von einem Lieferanten beschafft werden, der den Berechtigten nicht direkt beliefert), so muss auch das positive Tun durch Exekution zur Erwirkung von unvertretbaren Handlungen¹¹¹⁹ erzwungen werden¹¹²⁰. Dabei werden vom Exekutionsgericht auf Antrag des Berechtigten Zwangsstrafen verhängt. Die Höhe der einzelnen Zwangsstrafen entspricht jener zur Erzwingung von Unterlassungen (bis 100.000 Euro; bis 2 Monate Haft), jedoch beträgt die maximale Gesamthaft anstelle eines Jahres nur 6 Monate¹¹²¹.

Bei Aufträgen zur Weitererbringung von Dienstleistungen ist die Exekution zur Erwirkung der Leistung beweglicher Sachen (durch Abnehmen durch den Gerichtsvollzieher) naturgemäß nicht möglich. Daher kommen abhängig davon, ob die Dienstleistung auch von Dritten erbracht werden kann oder nicht, nur die beiden zuletzt behandelten Exekutionsarten in Betracht, nämlich bei vertretbaren Leistungen die Exekution durch Ersatzvornahme und bei unvertretbaren Leistungen die Exekution durch Zwangsstrafen. Da bei Vorhandensein tauglicher Alternativen kaum ein kartellgerichtlicher Auftrag zur Weiterbelieferung erlassen werden wird, wird es sich regelmäßig um nicht vertretbare Leistungen handeln.

3.1.4.2 Exekution von Geldbußen

Vom Kartellgericht verhängte Geldbußen sind nach den Bestimmungen über die Eintreibung von gerichtlichen Geldstrafen einzubringen.¹¹²² Die Eintreibung von Geldstrafen regelt das Gerichtliche Einbringungsgesetz¹¹²³. Dieses bestimmt, dass das Gericht Geldstrafen aller Art

¹¹¹⁴ § 246 Abs 1 Exekutionsordnung.

¹¹¹⁵ § 353 Exekutionsordnung.

¹¹¹⁶ vgl. *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht, 187; *Klicka in Angst*, Kommentar, § 353 EO, Rz 1.

¹¹¹⁷ § 353 Abs 1 Exekutionsordnung; *Klicka in Angst*, Kommentar, § 353 EO, Rz 16.

¹¹¹⁸ § 353 Abs 2 letzter Satz Exekutionsordnung; *Klicka in Angst*, Kommentar, § 353 EO, Rz 16.

¹¹¹⁹ § 354 Exekutionsordnung.

¹¹²⁰ vgl. *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht, 187; *Klicka in Angst*, Kommentar, § 354 EO, Rz 1.

¹¹²¹ § 354 Abs 2 letzter Satz Exekutionsordnung.

¹¹²² § 32 KartG 2005 (§ 143a KartG 1988).

¹¹²³ BGBl 288/1962 idF BGBl I 128/2004.

von Amts wegen einbringen muss¹¹²⁴. Wenn der Zahlungspflichtige den Betrag nicht sogleich erlegt, erlässt der Kostenbeamte des Gerichts erster Instanz einen Zahlungsauftrag, der die Aufforderung enthält, den Betrag binnen 14 Tagen bei Zwangsfolgen einzuzahlen¹¹²⁵. Eine Verlängerung der Zahlungsfrist oder eine Ratenzahlung darf nicht gewährt werden¹¹²⁶. Der Zahlungsauftrag ist ein Exekutionstitel im Sinne der Exekutionsordnung¹¹²⁷. Gegen den Zahlungsauftrag kann der Verpflichtete einen Berichtigungsantrag an das Gericht stellen, dessen Kostenbeamter den Zahlungsauftrag erlassen hat. Im Berichtigungsantrag kann nur geltend gemacht werden, dass der Zahlungsauftrag der zugrundeliegenden Entscheidung des Gerichts nicht entspricht¹¹²⁸ (oder, eher theoretisch, dass die 14-tägige Zahlungsfrist unrichtig festgesetzt wurde). Ein rechtzeitig eingebrachter Berichtigungsantrag hat selbst dann aufschiebende Wirkung, wenn er mutwillig eingebracht wurde¹¹²⁹. In diesem Fall ist eine Mutwillensstrafe bis 290 Euro zu verhängen¹¹³⁰. Wenn es sich um eine offenkundige Unrichtigkeit handelt, kann der Kostenbeamte dem Abänderungsantrag selbst stattgeben, andernfalls entscheidet der Präsident des Gerichtshofs im Justizverwaltungsverfahren durch Bescheid¹¹³¹. Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig¹¹³², wohl aber die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof¹¹³³. Ist der Zahlungspflichtige säumig, so ist der geschuldete Betrag durch die beim OLG Wien eingerichtete Einbringungsstelle im Namen des Bundes im Wege der Zwangsvollstreckung einzubringen¹¹³⁴. Wenn die Exekution nicht nur auf bewegliche, körperliche Sachen geführt werden soll, kann die Einbringungsstelle die Finanzprokurator ersuchen, die Exekution zu führen¹¹³⁵.

Für den Fall der Uneinbringlichkeit verweist das Gerichtliche Einbringungsgesetz auf § 7 StPO und § 220 ZPO, in denen die Festsetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe vorgesehen ist¹¹³⁶. Jedoch wurde die früher in § 220 ZPO vorgesehene Möglichkeit, bei Ordnungs- und Mutwillensstrafen eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen, inzwischen aufgehoben¹¹³⁷. Die Frage, ob sie auf die wesentlich höheren Strafen nach dem Kartellgesetz anwendbar gewesen wäre, stellt sich daher nicht mehr. Die Bestimmung des § 7 StPO ist auf kartellgerichtliche Bußgelder meines Erachtens nicht anwendbar, weil auf das Kartellverfahren die StPO keine Anwendung findet. Daher würde bei Festsetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe unzulässigerweise eine Strafe ohne gesetzliche Grundlage, sondern nur im Wege der Analogie, verhängt.

¹¹²⁴ § 1 Z 2 Gerichtliches Einbringungsgesetz.

¹¹²⁵ § 6 Abs 1 Gerichtliches Einbringungsgesetz.

¹¹²⁶ § 9 Abs 5 Gerichtliches Einbringungsgesetz.

¹¹²⁷ § 6 Abs 1 Gerichtliches Einbringungsgesetz.

¹¹²⁸ § 7 Abs 1 Gerichtliches Einbringungsgesetz.

¹¹²⁹ § 7 Abs 2 Gerichtliches Einbringungsgesetz.

¹¹³⁰ § 7 Abs 2 Gerichtliches Einbringungsgesetz.

¹¹³¹ § 7 Abs 3 Gerichtliches Einbringungsgesetz.

¹¹³² § 7 Abs 7 Gerichtliches Einbringungsgesetz.

¹¹³³ Rechtsinformationssystem des Bundes, § 7 Gerichtliches Einbringungsgesetz, Anm 1.

¹¹³⁴ § 11 Abs 1 Gerichtliches Einbringungsgesetz.

¹¹³⁵ § 11 Abs 2 Gerichtliches Einbringungsgesetz.

¹¹³⁶ § 12 Abs 2 Gerichtliches Einbringungsgesetz; § 22 AußStrG 2003.

¹¹³⁷ BGBl. I Nr. 98/2001.

3.2 Kartellgerichtliche Zwangsgelder

3.2.1 Seit dem Kartellgesetz 2005 kann das Kartellgericht selbst Zwangsgelder gegen Unternehmer oder Unternehmensvereinigungen festsetzen¹¹³⁸, wenn diese

- einen Abstellauftrag, eine nachträglich aufgetragene Maßnahme nach einem Zusammenschluss oder eine einstweilige Verfügung nicht befolgen; oder
- einem Auftrag des Kartellgerichts nach § 11a Abs. 3 WettbG (Auskunftserteilung; Urkundenvorlage) nicht nachkommen.

3.2.2 Die Bestimmung übernimmt inhaltlich unverändert Art 24 der Verordnung (EG) 1/2003¹¹³⁹. Das Zwangsgeld beträgt pro Tag bis zu 5 %¹¹⁴⁰ des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten durchschnittlichen Tagesumsatzes. Die Festsetzung eines Zwangsgeldes setzt einen Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde oder des Bundeskartellanwalts voraus¹¹⁴¹. Bei Vorliegen eines solchen Antrags besteht ein Ermessen des Kartellgerichts nur hinsichtlich der Höhe (arg: hat zu verhängen). Der Gesetzeswortlaut fordert nicht, dass der Antrag auf Verhängung eines Zwangsgeldes voraussetzen würde, dass die Amtspartei sich bereits am Verfahren zur Erlassung des Abstellauftrags beteiligt hätte. (Der Gesetzgeber ist sich aber selbst treu geblieben¹¹⁴², indem er auch in diesem Bereich die Befugnisse der Amtsparteien, wenn diese nicht Antragsteller des Erkenntnisverfahrens sind, letztlich unklar gelassen hat.)

3.2.3 Die Bestimmung über das Zwangsgeld soll die Exekution zur Erwirkung von Duldungen und Unterlassungen nicht verdrängen, sondern ergänzen¹¹⁴³. Folglich können die Amtsparteien meines Erachtens wählen, ob sie einen Beschluss durch das Exekutionsgericht oder durch kartellgerichtliche Zwangsgelder oder durch beides¹¹⁴⁴ durchsetzen wollen. In der Praxis werden sie wohl kartellgerichtliche Zwangsgelder wählen.

3.2.4 Analog zum Verfahren auf Auskunftsverlangen¹¹⁴⁵ setzt die Festsetzung eines Zwangsgeldes meines Erachtens ein Verfahren voraus, in welchem dem Antragsgegner zuvor rechtliches Gehör gewährt wird. Allfällige Oppositionsgründe können in diesem Verfahren vorgebracht werden.

3.2.5 Im Gegensatz zu Bußgeldern regelt das Kartellgesetz 2005 bei Zwangsgeldern nicht, wie sie zu vollstrecken sind. Meines Erachtens sind sie wie Bußgelder nach dem Gerichtlichen Einbringungsgesetz zu vollstrecken. Denn dieses gilt für Geldstrafen aller Art und (wie § 1 Z 4 des Gerichtlichen Einbringungsgesetzes hervorgeht) auch für Zwangsstrafen.

¹¹³⁸ § 35 Abs 1 KartG 2005; *Matousek*, *ecolex* 2005, 503.

¹¹³⁹ EB zum RV 926/XXII (Kartellgesetz 2005) zu § 35 KartG.

¹¹⁴⁰ § 35 Abs 1 KartG 2005; *Matousek*, *ecolex* 2005, 503.

¹¹⁴¹ § 36 Abs 2 KartG 2005.

¹¹⁴² OGH 20.12.2004, 16 Ok 6/04.

¹¹⁴³ EB zum RV 926/XXII (Kartellgesetz 2005) zu § 36 KartG.

¹¹⁴⁴ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 35 Abs 1 KartG.

¹¹⁴⁵ OGH 30.5.2005, 16 Ok 13/05.

4. Einstweilige Verfügung

4.1 Anwendungsbereich

Das Kartellgesetz 2005 sieht vor, dass das Kartellgericht die erforderlichen Aufträge mit einstweiliger Verfügung zu erteilen hat, soweit die Voraussetzungen für die Abstellung einer Zuwiderhandlung bescheinigt sind¹¹⁴⁶. Dass die Voraussetzungen für die Abstellung erfüllt sein müssen, bezieht sich meines Erachtens auf den mit „Abstellung“ übertitelten § 26 Kartellgesetz 2005¹¹⁴⁷. Daher kommt in einem Verfahren über die Feststellung der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes keine einstweilige Verfügung in Betracht. Ebenso wenig können ein Zusammenschluss einstweilig genehmigt werden oder durch einstweilige Verfügung nachträgliche Maßnahmen nach der zulässigen Durchführung eines Zusammenschlusses aufgetragen werden.

4.2 Erlassung

4.2.1 Vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist der Antragsgegner zu hören¹¹⁴⁸. Die in der Exekutionsordnung vorgesehene Möglichkeit der einstweiligen Verfügung ohne vorherige Anhörung des Gegners¹¹⁴⁹ und das gegen diese Art der einstweiligen Verfügung vorgesehene Rechtsmittel des Widerspruchs¹¹⁵⁰ finden daher im Kartellverfahren keine Anwendung¹¹⁵¹.

4.2.2 Der Nachweis einer Gefährdung ist nicht erforderlich¹¹⁵². (Denn das Kartellgesetz 1988 hatte dieses Erfordernis ursprünglich vorgesehen; es wurde jedoch durch die Kartellrechtsnovelle 1993 beseitigt¹¹⁵³.)

4.2.3 In der Praxis nimmt das Verfahren über die Erlassung einer einstweiligen Verfügung durch das Kartellgericht eine überraschend lange Zeit in Anspruch. Nach *Zanger* dauert es bis zu 18 Monaten¹¹⁵⁴. In der Rechtssache 16 Ok 3/03 war offenbar am 28. September 2000 ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt worden, den das Kartellgericht mit Beschluss vom 27. November 2002 abgewiesen hat¹¹⁵⁵.

4.3 Rechtsmittel

4.3.1 Die einstweilige Verfügung kann mit Rekurs bekämpft werden¹¹⁵⁶. Unmittelbar nach § 48 Kartellgesetz 2005 über die einstweilige Verfügung findet sich § 49 Kartellgesetz 2005

¹¹⁴⁶ § 48 Abs 1 KartG 2005 (§ 52 Abs 1 KartG 1988); vgl *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 141.

¹¹⁴⁷ ebenso *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 48 KartG.

¹¹⁴⁸ § 48 Abs 2 KartG 2005; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 48 KartG; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 141.

¹¹⁴⁹ *Kodek in Angst*, Kommentar, § 389 EO Rz 18.

¹¹⁵⁰ § 397 Abs 1 EO; *Kodek in Angst*, Kommentar, § 397 EO Rz 2.

¹¹⁵¹ *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 48 KartG.

¹¹⁵² *Gugerbauer*, Kommentar, § 52 Rz 1; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 141.

¹¹⁵³ *Gugerbauer*, Kommentar, § 52 Rz 1.

¹¹⁵⁴ *Zanger*, *medien und recht* 2002, 134.

¹¹⁵⁵ OGH 17.11.2003, 16 Ok 3/03; *Reidlinger*, *ecolex* 2004, 114 FN 6.

¹¹⁵⁶ *Gugerbauer*, Kommentar, § 52 Rz 2.

über das Rechtsmittelverfahren, wonach die Rekursfrist 4 Wochen beträgt. Daher stellt sich die Frage, ob als Rekursfrist gegen einstweilige Verfügungen des Kartellgerichts die 14 Tage nach § 402 Abs 3 EO oder die 4 Wochen nach § 52 KartG 1988 maßgeblich sind. Meines Erachtens bezieht sich die im Kartellgesetz vorgesehene Rekursfrist von 4 Wochen nur auf das Hauptverfahren. Dies entspricht der Rechtsprechung des OGH als Kartellobergericht, wonach die Rekursfrist von 4 Wochen nicht für Rekurse gegen die Festsetzung der Gebühren eines Sachverständigen gilt, sodass für diese die Rekursfrist von 14 Tagen nach § 41 Abs 1 des Gebührenanspruchsgesetzes maßgeblich ist¹¹⁵⁷.

4.3.2 Der Rekurs gegen eine einstweilige Verfügung hat keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag des Rekurswerbers hat das Kartellgericht dem Rekurs aber aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, wenn dies unter Abwägung der beteiligten Interessen gerechtfertigt ist¹¹⁵⁸.

4.4 Vollzug

Für die Bewilligung und den Vollzug von einstweiligen Verfügungen des Kartellgerichts sind die örtlich zuständigen Bezirksgerichte berufen (Dies abweichend von § 387 Exekutionsordnung, nach dem die für die Durchführung einer einstweiligen Verfügung notwendigen Anordnungen vom erkennenden Gericht selbst getroffen werden sollen)¹¹⁵⁹. Der unmittelbar an die Erlassung der einstweiligen Verfügung anschließende amtswegige Vollzug¹¹⁶⁰ kommt daher im Kartellverfahren nicht in Betracht. (Nur wenn das Bezirksgericht, bei dem der Exekutionsantrag eingebracht wurde, diesen in Unkenntnis der Sonderbestimmung des Kartellgesetzes nach § 44 JN an das Kartellgericht überweist, wird das Kartellgericht wegen der Bindungswirkung der Überweisung für die Exekutionsbewilligung zuständig. Im Bewilligungsbeschluss bestimmt es dann das örtlich zuständige Bezirksgericht als Exekutionsgericht¹¹⁶¹.)

4.5 Vertretung

4.5.1 Nach § 402 Abs 3a EO bestimmt sich bei einstweiligen Verfügungen, die im Außerstreitverfahren erlassen wurden, die Vertretungspflicht im Rechtsmittelverfahren nach den Bestimmungen des Außerstreitgesetzes¹¹⁶².

4.5.2 Im erstinstanzlichen Verfahren über einstweilige Verfügungen bestimmt sich die Vertretung daher (e contrario) nach der Exekutionsordnung. Folglich ist keine Vertretung notwendig¹¹⁶³. Wenn eine Partei sich vertreten lassen will, kann sie jedermann mit der

¹¹⁵⁷ OGH 8.9.2003, 16 Ok 16/03.

¹¹⁵⁸ § 48 Abs 2 letzter Satz KartG 2005 (§ 52 Abs 4 KartG 1988); *Gugerbauer*, Kommentar, § 52 Rz 2; *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht, § 48 KartG; *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 141; *Tahedl*, Missbrauch, 233.

¹¹⁵⁹ § 34 Abs 1 und 3 KartG 2005 (§ 126 Abs 1 und 3 KartG 1988); OGH 15.5.2000, 16 Ok 3/00 ÖBl 2000, 255; *Kodek in Angst*, Kommentar, § 387 EO Rz 10.

¹¹⁶⁰ *Kodek in Angst*, Kommentar, § 387 EO Rz 10.

¹¹⁶¹ OGH 15.5.2000, 16 Ok 3/00 ÖBl 2000, 255.

¹¹⁶² vgl *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 118.

¹¹⁶³ § 52 Exekutionsordnung; *Jakusch in Angst*, Kommentar, § 52 EO Rz 1.

Vertretung betrauen¹¹⁶⁴. Die Regelung der Exekutionsordnung entspricht in diesem Punkt der Regelung des Außerstreitgesetzes für das Hauptverfahren¹¹⁶⁵.

4.5.3 Im Rekursverfahren gegen einstweilige Verfügungen gelten hingegen unmittelbar die Bestimmungen des Außerstreitgesetzes über die Vertretung im Hauptverfahren: Folglich müssen sich die Parteien nicht vertreten lassen¹¹⁶⁶. Wenn sie sich jedoch vertreten lassen wollen, so muss es durch einen Rechtsanwalt oder durch einen Notar erfolgen¹¹⁶⁷. Wenn es ein Rekursverfahren in einem Verfahren ist, in dem einander Anträge zweier oder mehrerer Parteien gegenüberstehen, so können sich die Parteien nur durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen¹¹⁶⁸. Dem geht als *lex specialis* vor, dass sich die Amtsparteien im Verfahren vor dem Kartellobergericht nicht durch Rechtsanwälte vertreten lassen müssen¹¹⁶⁹.

4.6 Kosten

4.6.1 Einstweilige Verfügungen werden auf Kosten des Antragstellers getroffen¹¹⁷⁰. Dringt daher der Antragsteller mit seinem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung durch, so erhält er im Verfügungsverfahren keinen Kostenersatz vom unterlegenen Antragsgegner¹¹⁷¹. Er kann die Kosten des Verfügungsverfahrens nur im Rahmen des Hauptverfahrens geltend machen¹¹⁷².

4.6.2 Unterliegt jedoch der Antragsteller, das heißt wird dem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht stattgegeben, dann ist das Verfügungsverfahren als ein vom Hauptverfahren losgelöster Zwischenstreit anzusehen, sodass der Antragsteller dem Antragsgegner die Kosten des Verfügungsverfahrens zu ersetzen hat¹¹⁷³. Dies gilt nach der jüngeren Rechtsprechung im Kartellverfahren jedoch nur unter der Voraussetzung des § 41 Kartellgesetz 2005, das heißt nur dann, wenn der Antragsteller mutwillig gehandelt hat¹¹⁷⁴. Dieser Grundsatz wurde im Zuge der Erlassung des Außerstreitgesetzes 2003 in § 393 Abs 1 Exekutionsordnung aufgenommen, wonach sich ein allfälliger Kostenersatzanspruch des Antragsgegners nach den Kostenersatzbestimmungen des Verfahrens in der Hauptsache richtet¹¹⁷⁵.

¹¹⁶⁴ § 52 Exekutionsordnung; *Jakusch* in *Angst*, Kommentar, § 52 EO Rz 1.

¹¹⁶⁵ § 4 Abs 1 AußStrG 2003; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 59.

¹¹⁶⁶ § 4 Abs 1 AußStrG 2003; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 59.

¹¹⁶⁷ § 6 Abs 2 AußStrG 2003; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 118.

¹¹⁶⁸ § 6 Abs 1 AußStrG 2003; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 118.

¹¹⁶⁹ § 49 Abs 1 KartG 2005 (§ 53 Abs 1 KartG 1988).

¹¹⁷⁰ § 393 Abs 1 Exekutionsordnung.

¹¹⁷¹ vgl EB zu 225/XXII (Außerstreitbegleitgesetz), zu Art V (EO) zu den Z 3 und 4 (§ 393 und 402), letzter Satz; *Kodek* in *Angst*, Kommentar, § 393 EO Rz 1.

¹¹⁷² *Kodek* in *Angst*, Kommentar, § 393 EO Rz 2.

¹¹⁷³ § 45 KartG 1988 iVm §§ 402, 78EO, §§ 40 ff ZPO; OGH 1.3.1999, 16 Ok 1/99 ÖBl 1999, 297; *Kodek* in *Angst*, Kommentar, § 393 EO Rz 4.

¹¹⁷⁴ OGH 15.5.2000, 16 Ok 1/00 wbl 2000, 426.

¹¹⁷⁵ vgl *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen, 118.

4.7 Sicherheitsleistung und Schadenersatz

4.7.1 Das Kartellgesetz 2005 enthält keine Bestimmung darüber, ob bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Leistung einer Sicherheit aufgetragen werden kann oder muss. § 390 Exekutionsordnung sieht vor, dass das Gericht die Erlassung einer einstweiligen Verfügung von einer Sicherheitsleistung abhängig machen kann¹¹⁷⁶. Aufgrund der nur rudimentären Bestimmungen des Kartellgesetzes zu einstweiligen Verfügungen wendet die kartellgerichtliche Rechtsprechung subsidiär manche Bestimmungen der Exekutionsordnung über einstweilige Verfügungen an¹¹⁷⁷, bisher etwa über parate Bescheinigungsmittel und über die Überprüfbarkeit der Beweiswürdigung. Die Frage, ob dies auch für die Sicherheitsleistung gilt, ist mit Schwierigkeiten verbunden:

Denn das Kartellgesetz 1988 sah vor, dass eine einstweilige Verfügung im Fall der richterlichen Vertragshilfe nach § 30 KartG 1988 von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden konnte¹¹⁷⁸. Die Rechtsprechung hat daraus (e contrario) geschlossen, dass dies bei einstweiligen Verfügungen in allen anderen kartellgerichtlichen Verfahrensarten nicht möglich ist¹¹⁷⁹. Mit dem Kartellgesetz 2005 ist die Verfahrensart der richterlichen Vertragshilfe entfallen und damit auch die (dem Gegenschluss zugrundeliegende) Bestimmung, dass nur bei dieser Verfahrensart die einstweilige Verfügung von einer Sicherheit abhängig gemacht werden kann. Eine gesetzliche Bestimmung, die den § 390 Abs 2 Exekutionsordnung verdrängen könnte, ist folglich nicht mehr vorhanden. Jedoch führt die Regierungsvorlage zu den §§ 38-49 KartG 2005 (somit auch zum § 48 KartG 2005 über einstweilige Verfügungen) aus, dass die Bestimmungen weitgehend unverändert aus dem Kartellgesetz 1988 übernommen werden und nur rechtstechnische Anpassungen vorgenommen werden. Daher bin ich wie *Hoffer/Barbist* der Meinung, dass bei einstweiligen Verfügungen im Kartellverfahren weiterhin (wie unter dem Kartellgesetz 1988) keine Auftragung einer Sicherheitsleistung möglich ist.

4.7.2 Die Exekutionsordnung sieht in § 394 EO einen vom Verschulden unabhängigen Schadenersatzanspruch des Antragsgegners gegen den Antragsteller für den Fall vor, dass die einstweilige Verfügung zwar erlassen wird, jedoch im Hauptverfahren der geltend gemachte Anspruch abgewiesen wird¹¹⁸⁰. Diese Bestimmung findet nach der Rechtsprechung des OGH als Kartellobergericht im Kartellverfahren keine analoge Anwendung¹¹⁸¹. Dies wird dadurch begründet, dass in diesem Fall (aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes¹¹⁸²) auch die Amtsparteien sich dem Risiko späterer Schadenersatzforderungen aussetzen würden und dadurch die im öffentlichen Interesse liegende Durchsetzung empfindlich beeinträchtigt

¹¹⁷⁶ *Kodek in Angst*, Kommentar, § 390 EO Rz 2.

¹¹⁷⁷ Art XXVII EGEO; OGH 15.12.2003, 16 Ok 9/03 ÖBI 2004, 178 = wbl 2004, 345.

¹¹⁷⁸ § 52 KartG 1988.

¹¹⁷⁹ OGH 15.12.2003, 16 Ok 9/03 ÖBI 2004, 178 = wbl 2004, 345.

¹¹⁸⁰ *Kodek in Angst*, Kommentar, § 394 EO Rz 1.

¹¹⁸¹ OGH 15.12.2003, 16 Ok 9/03 ÖBI 2004, 178 = wbl 2004, 345; *N.N.*, Kartellrecht: Schadenersatz nach Aufhebung der EV, *medien und recht* 2004, 3; *König*, Die verschuldensunabhängige Haftung für „ungerechtfertigten“ einstweiligen Rechtsschutz (§ 394 EO), *JB1* 2005, 205.

¹¹⁸² *AA Kodek*, Besitzstörung, 970.

wäre¹¹⁸³. (Besonders hervorgehoben wird in der Entscheidung, dass dies zur Zeit der Amtswegigkeit des Kartellverfahrens vor der Kartellrechtsnovelle 2002 sogar das Kartellgericht selbst betroffen hätte). Dass dies vom Gesetzgeber nicht gewollt sei, zeige die Entwicklung der einstweiligen Maßnahme nach § 144a StPO: Für diese einstweiligen Maßnahmen, die auf Antrag des Staatsanwalts zu erlassen waren, hatte die StPO auf die §§ 378 ff EO verwiesen. Der OGH hat daher nach einer einstweiligen Maßnahme des Strafgerichts einen verschuldensunabhängigen Schadenersatz zugesprochen¹¹⁸⁴. Daraufhin hat der Gesetzgeber § 144a StPO dahingehend geändert, dass für Schadenersatzansprüche wegen § 144a StPO das Amtshaftungsgesetz gilt¹¹⁸⁵, wonach der Bund nur bei Verschulden haftet¹¹⁸⁶.

König ist demgegenüber der Ansicht, dass auch gegen Amtsparteien der verschuldensunabhängige Schadenersatzanspruch nach § 394 EO zusteht, weil *König* diesen Anspruch als „Verlängerung der Kostenregelung“ betrachtet¹¹⁸⁷. Obwohl die oben erwähnte Entscheidung des Kartellgerichts der Anlass für Königs Aufsatz war, geht er in der Folge nicht mehr auf das Kartellverfahren ein. Gerade im Kartellverfahren führt der Ansatz des Schadenersatzes als „Verlängerung der Kostenregelung“ aber nicht zu einem verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch, da in Kartellverfahren ein Kostenersatz nur bei Mutwillen zusteht¹¹⁸⁸. Schon dieses Detailergebnis zeigt meines Erachtens die Fragwürdigkeit des Rückgriffs auf Kostenregeln zur Auslegung des § 394 EO: Dies würde dieser einheitlichen Bestimmung je nach Verfahrensart (und somit Kostenersatzregel) unterschiedliche Inhalte zuschreiben, ohne dass sich im Gesetz ein dahingehender Hinweis fände.

Der Ausschluss des verschuldensunabhängigen Schadenersatz ist in der Praxis für Antragsteller (die ja einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht nur beim Kartellgericht, sondern gestützt auf das UWG auch beim Handelsgericht einbringen könnten¹¹⁸⁹) ein großer Vorteil des Kartellverfahrens¹¹⁹⁰.

4.8 Internationale Zuständigkeit

Die internationale Zuständigkeit des Kartellgerichts ergibt sich aus dem Kartellgesetz selbst (und nicht etwa aus § 387 EO), weil das Kartellgericht durch einstweilige Verfügung jene Maßnahmen auftragen kann, die es auch im Hauptverfahren anordnen kann. Während die Rechtsprechung früher gefordert hat, dass eine einstweilige Verfügung nur dann erlassen werden kann, wenn sie im Inland oder aufgrund von Staatsverträgen im Ausland vollstreckbar ist¹¹⁹¹, ist dies nach der neueren Rechtsprechung nicht mehr erforderlich¹¹⁹². Denn es könne

¹¹⁸³ OGH 15.12.2003, 16 Ok 9/03 ÖBl 2004, 178 = wbl 2004, 345; *N.N.*, *medien und recht* 2004, 3.

¹¹⁸⁴ OGH 28.11.2000, 1 Ob 239/00d EvBl 2001/84 = SZ 73/187.

¹¹⁸⁵ § 144a Abs 7 StPO idF BgBl I 2002/134 (Strafrechtsänderungsgesetz 2002).

¹¹⁸⁶ § 1 Amtshaftungsgesetz.

¹¹⁸⁷ *König*, JBl 2005, 205.

¹¹⁸⁸ § 41KartG 2005 (§ 45 Abs 2 KartG 1988).

¹¹⁸⁹ *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht, 109.

¹¹⁹⁰ *N.N.*, *medien und recht* 2004, 3.

¹¹⁹¹ OGH 10.7.1986, 7 Ob 600/86 SZ 59/128; *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht, 227.

erwartet werden, dass sich der Gegner auch ohne Vollstreckbarkeit an die einstweilige Verfügung hält. Die vom Kartellgesetz vorgesehene Zuständigkeit zur Erlassung von einstweiligen Verfügungen wird durch die EuGVVO nicht eingeschränkt: Denn im Anwendungsbereich der EuGVVO stehen für einstweilige Maßnahmen sowohl die in der österreichischen Rechtsordnung vorgesehenen Gerichtstände für einstweilige Maßnahmen als auch die von der EuGVVO für das Hauptverfahren vorgesehenen Gerichtstände zur Verfügung¹¹⁹³.

5. Kartellregister

5.1 Mit dem Kartellgesetz 2005 wird das öffentliche¹¹⁹⁴ Kartellregister¹¹⁹⁵ abgeschafft. Die Eintragung von Kartellen ist mangels Genehmigungsverfahrens nicht mehr erforderlich. Die Veröffentlichungen im Zusammenhang mit Zusammenschlüssen werden hingegen der Bundeswettbewerbsbehörde übertragen¹¹⁹⁶. Das Kartellregister soll am Tage des Inkrafttretens des Kartellgesetzes 2005 abgeschlossen und anschließend noch 5 Jahre aufbewahrt werden¹¹⁹⁷. Während dieser 5 Jahre ist keine Einsicht mehr möglich, jedoch können weiterhin Abschriften angefordert werden¹¹⁹⁸. Dabei fällt für jeden begonnenen Bogen eine Gebühr von EUR 20,- an¹¹⁹⁹.

5.2 Das Kartellregister hatte reine Informationsfunktion; es begründete keinen Vertrauensschutz¹²⁰⁰. Es wurde in Lose-Blatt-Form geführt¹²⁰¹ und bestand aus der Abteilung K für Kartelle, der Abteilung V für unverbindliche Verbandsempfehlungen und der Abteilung Z für Zusammenschlüsse. Eintragungspflichtig waren nachstehende Tatsachen¹²⁰²:

- Genehmigung, Änderung und Widerruf von Kartellen;
- Anzeige unverbindlicher Verbandsempfehlungen sowie Änderung und Widerruf unverbindlicher Verbandsempfehlungen;
- nicht untersagte Zusammenschlüsse sowie Untersagungen von Zusammenschlüssen.

Mit dem Kartellregister wurde auch eine Urkundensammlung jener Urkunden geführt, aufgrund derer Eintragungen vorgenommen worden waren¹²⁰³. Dies betraf unter anderem Kartellverträge¹²⁰⁴ und unverbindliche Verbandsempfehlungen¹²⁰⁵.

¹¹⁹² OGH 13.11.1984, 4 Ob 364/84 SZ 57/169; *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht, 227; *Kodek in Angst*, Kommentar, § 387 EO Rz 20.

¹¹⁹³ Art 31 EuGVVO; OGH 13.1.1998, 9 NdA 4/97 JBl 1998, 392 = SZ 71/1; *Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkommentar Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht, Art 31, Rz 3; *Kodek in Angst*, Kommentar, § 387 EO Rz 13; *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht, 105.

¹¹⁹⁴ § 78 Abs 1 KartG 1988; *Gugerbauer*, Kommentar, § 78 Rz 1.

¹¹⁹⁵ § 69 KartG 1988.

¹¹⁹⁶ § 10 Abs 1 Z 2 und § 15 KartG 2005; *Hauck/Resch*, *ecolex* 2005, 511.

¹¹⁹⁷ § 88 Abs 1 KartG 2005.

¹¹⁹⁸ § 88 Abs 1 letzter Satz KartG 2005 iVm § 78 Abs 2 KartG 1988.

¹¹⁹⁹ § 88 Abs 1 letzter Satz KartG 2005 iVm § 80 Z 11 KartG 1988.

¹²⁰⁰ *Gugerbauer*, Kommentar, § 78 Rz 1.

¹²⁰¹ Erlass des Bundesministeriums für Justiz, vom 6.12.1988, 9.015/4-I 4/88 JABl 1988/2 zur Durchführung des Kartellgesetzes 1988, BGBl 600/1988; *Gugerbauer*, Kommentar, § 70 Rz 1.

¹²⁰² § 71 KartG 1988.

¹²⁰³ § 75 Abs 1 KartG 1988.

I. Ausblick

1. Die österreichische Kartellgerichtsbarkeit ist in das System des europäischen Wettbewerbsrechts eingebunden. Das europäische Wettbewerbsrecht wird von einer Verwaltungsbehörde (der Kommission) vollzogen, deren Entscheidungen bei Gerichten (dem Gericht erster Instanz und dem EuGH) bekämpft werden können. Die Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden bilden das Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden. Durch die Einrichtung der Bundeswettbewerbsbehörde hat sich der österreichische Kartellvollzug an das europäische System angenähert. Immer wieder wird (zuletzt von *Gruber*¹²⁰⁶ und *Wollmann*¹²⁰⁷) vorgeschlagen, dass die Bundeswettbewerbsbehörde in erster Instanz Entscheidungen treffen soll, die mit einem Rechtsmittel an das Kartellgericht bekämpfbar sein sollen. Das Kartellgesetz 2005 hat bereits eine Ausweitung der Kompetenzen der Bundeswettbewerbsbehörde gebracht: Denn Zusammenschlüsse sind in Zukunft (anstatt beim Kartellgericht) bei der Bundeswettbewerbsbehörde anzumelden, sodass das Kartellgericht ohne einen Prüfantrag der Bundeswettbewerbsbehörde (oder des Bundeskartellanwalts) gar nicht mehr mit Zusammenschlüssen befasst wird. Darüber hinaus war im Vorfeld des Kartellgesetzes 2005 eine viel umfangreichere Ausweitung der Befugnisse der Bundeswettbewerbsbehörde vorgesehen: Diese sollte (anstelle des Kartellgerichts) die Erteilung von Auskünften und die Vorlage von Urkunden erzwingen können. Dieser Gesetzesvorschlag wurde jedoch wegen der derzeit anhängigen Untersuchung des Lebensmittelsektors in letzter Minute (vielleicht vorläufig) zurückgezogen. (Bei Hausdurchsuchungen wäre die Übertragung zur Bundeswettbewerbsbehörde jedenfalls durch einfaches Gesetz nicht möglich, weil das Gesetz vom 27. Oktober 1862 zum Schutze des Hausrechts¹²⁰⁸, welches nach Art 149 Abs 1 Z 3 B-VG in Verfassungsrang steht, einen richterlichen Hausdurchsuchungsbefehl fordert.)

Auch sonst könnte eine weitgehende Verschiebung von Kompetenzen vom Kartellgericht zur Bundeswettbewerbsbehörde nur durch Verfassungsrecht erfolgen: Ein Rechtszug von der Bundeswettbewerbsbehörde zum Kartellgericht würde eine Ausnahme vom Grundsatz der Trennung der Justiz von der Verwaltung erfordern¹²⁰⁹. (Die bloße Einführung einer sukzessiven Kompetenz wäre in der Praxis ungeeignet, zu einer wirklichen Ausweitung der Befugnisse der Bundeswettbewerbsbehörde zu führen).

Eine wohl auf einfachgesetzlicher Basis realisierbare Möglichkeit wäre die Umwandlung des Kartellgerichts in einen (Kartell-)Senat des Verwaltungsgerichtshofs (oder in ein Verwaltungsgericht erster Instanz nach einer umfassenden Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit). Da es sich im Kartellverfahren hauptsächlich um Verfahren über civil rights handelt, bräuchte dieser Senat allerdings eine abweichende Verfahrensordnung. Selbst dann könnte in Verwaltungsstrafsachen der Rechtszug zum UVS

¹²⁰⁴ § 75 Abs 1 iVm § 62 Z 1 KartG 1988.

¹²⁰⁵ § 75 Abs 1 iVm § 67 Abs 1 letzter Satz KartG 1988.

¹²⁰⁶ *Gruber*, RWZ 2005, 65.

¹²⁰⁷ *Wollmann*, *ecolex* 2005, 500.

¹²⁰⁸ RGBL 1862/88.

¹²⁰⁹ Art 94 Bundes-Verfassungsgesetz.

nicht einfachgesetzlich ausgeschlossen werden¹²¹⁰. *Rosbaud*¹²¹¹ hat darauf hingewiesen, dass einer Verlagerung der kartellgerichtlichen Strafbefugnis auf die Bundeswettbewerbsbehörde auch die Rechtssprechung des VfGH entgegensteht, wonach schwere Strafen nicht im Verwaltungsstrafverfahren, sondern nur von Gerichten verhängt werden¹²¹². Des weiteren würde dies eine Gefährdung der im europäischen Vergleich sehr erfolgreichen¹²¹³ privaten Kartellrechtsdurchsetzung (durch Abstellaufträge) bedeuten.

2. Die Zukunft könnte aber ebenso eine Ausweitung der Zuständigkeit des Kartellgerichts bringen: Die europäische Kommission arbeitet zur Zeit an einem Grünbuch über Schadenersatzklagen wegen Kartellverstößen, das zu einem Gemeinschaftsrechtsakt auf diesem Gebiet führen könnte. Im Laufe der Vorbereitung wurde von Beteiligten angeregt, Schadenersatzverfahren wegen Kartellverstößen aufgrund der dafür erforderlichen Kenntnisse bei wenigen Gerichten zu konzentrieren¹²¹⁴.

Dies würde etwa dem System der Gemeinschaftsmarkengerichte¹²¹⁵ entsprechen und könnte, wenn diese Aufgabe (wie von *Wessely*¹²¹⁶ vorgeschlagen) dem Kartellgericht zugewiesen wird, dessen Befugnisse deutlich erweitern. Es würden sich jedoch Probleme ergeben, wenn entweder weitere Ansprüche geltend gemacht oder wenn der Schadenersatzanspruch auf weitere Anspruchsgrundlagen gestützt wird.

¹²¹⁰ Art 129a Abs 1 Z 1 B-VG.

¹²¹¹ *Rosbaud*, JBl 2003, 919.

¹²¹² *Öhlinger*, Verfassungsrecht, 246; VfGH 27.9.1989, G 6/89 ua., VfSlg 12151; VfGH 29.11.1995, G 115/93 ua, VfSlg 14361.

¹²¹³ *Wollmann/Prisker*, Länderbericht Österreich, 1.

¹²¹⁴ *Lowe*, Closing Remarks, 9.

¹²¹⁵ Art 91 Verordnung (EG) Nr. 40/94 über die Gemeinschaftsmarke, § 69d Markenschutzgesetz.

¹²¹⁶ *Wessely*, Kritikpunkte an der Kartellrechtsreform, medien und recht 2001, 210.

J. Literaturverzeichnis:

Aigner, Oligopolistischer Preisparallelismus unter dem Regime des Art 82 EG, ÖBl 2002, 52

Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung (2000) [zitiert als: *Bearbeiter* in *Angst*, Kommentar]

Ashurst (Hrsg.), Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules,
europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/economic_clean_en.pdf
[zitiert als: *Ashurst*, Damages]

Auer/Urlesberger, Kartellrecht⁵ (2003) [zitiert als: *Auer/Urlesberger*, Kartellrecht]

Barbist, Die geplante Reform des österr. Kartellrechts, medien und recht 2001, 207

Barbist/Görg, Wettbewerbsgesetz und Kartellgesetznovelle 2002 im Überblick, ecolex 2002, 404

Barfuß, Zum Rekursverfahren vor dem KOG, ecolex 1992, 99

Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht (1996) [zitiert als: *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Kartellrecht]

Bauer, Das Kartellverbot des KartG 2005, ecolex 2005, 504

Bauer, Zur Legalausnahme nach § 2 Abs 1 KartG 2005, ecolex 2005, 508

Bauer, Kartellrecht neu: Korrekturen in letzter Minute, Die Presse vom 4. Juli 2005, Rechtspanorama,
www.diepresse.at/Artikel.aspx?channel=e&ressort=r&id=492418&archiv=false
[zitiert als: *Bauer*, Korrekturen in letzter Minute, Rechtspanorama vom 4. Juli 2005]

Bauer/Reidlinger, Medienfusionskontrolle und Gemeinschaftsrecht, medien und recht 2004, 357

Bertl/Venier, Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts⁷ (2002) [zitiert als: *Bertl/Venier*, Strafprozessrecht]

Blobel, Unzulässigkeit der forum non conveniens – Doktrin im europäischen Zivilprozessrecht – EuGH - Urteil vom 1. März 2005, Rs C-281/02 – Owusu, GPR 2005, 140

- Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkomentar Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht² (2003) [zitiert als: *Bearbeiter* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Kurzkomentar]
- Eilmansberger*, Die Bedeutung der Art 85 und 86 EG-V für das Österreichische Zivilrecht, in: *Koppensteiner* (Hrsg), Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht: Teil 6/1: Wettbewerbsrecht – Kartellrecht (1998) [zitiert als: *Eilmansberger*, Bedeutung]
- Eilmansberger*, Schadenersatz wegen Kartellverstoßes: Zum EuGH-Urteil *Courage/Crehan*, *ecolex* 2002, 28
- Fasching* (Hrsg.), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III² (2004) [zitiert als: *Fasching*, Kommentar III]
- Fellner*, Fairness beim Hüten des Wettbewerbs, Die Presse vom 4. Juli 2005, Rechtsspanorama, www.diepresse.at/Artikel.aspx?channel=e&ressort=r&id=492417&archiv=false [zitiert als: *Fellner*, Fairness, Rechtsspanorama vom 4. Juli 2005]
- Fuchs*, Internationale Zuständigkeit in Außerstreitverfahren (2004) [zitiert als: *Fuchs*, Zuständigkeit]
- Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz (2005) [zitiert als: *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz]
- Gamerith*, Der vorbeugende Unterlassungsanspruch, *ÖBl* 2005, 52
- Gehmacher/Hauck/Madl*, Schadenersatz bei Kartellverstoß – Zur Lombard-Club Entscheidung der Kommission, *ecolex* 2002, 564
- Giefing*, Der Schutz von Geschäftsräumlichkeiten und das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung, *JBl* 2005, 85
- Görg*, Nochmals zum Begriff der Medienvielfalt, *medien und recht* 2004, 427
- Görg/Brandstätter*, Das neue EG-Kartellverfahren, *RdW* 2003/297
- Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention (2003) [zitiert als: *Grabenwarter*, Menschenrechtskonvention]
- Gruber*, Ermittlungsbefugnisse und Sanktionen im neuen Kartellverfahren der EU, *RdW* 2004/108

- Gruber*, Das neue Kartellverfahren der Europäischen Union, wbl 2004, 1
- Gruber*, Zum Entwurf des Kartellgesetzes 2005, RWZ 2005/20, 65
- Gruber*, Verpflichtungszusagen im europäischen Kartellrecht, EWS 2005, 310
- Gugerbauer*, Kommentar zum Kartellgesetz² (1994) [zitiert als: *Gugerbauer*, Kommentar]
- Hack*, Handlungsmöglichkeiten Einzelner bei Kartellrechtsverstößen, ecolex 2003, 311
- Hartley*, European Union Law in a Global Context (2004) [zitiert als: *Hartley*, European Union Law]
- Hauck/Resch*, Zusammenschlusskontrolle 2005, ecolex 2005, 511
- Hemetsberger*, Die Kronzeugenregelung im europäischen Kartellrecht – ein Verstoß gegen das Recht auf Aussageverweigerung bei Gefahr der Selbstbezeichnung?, ÖZW 2004, 8
- Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht (2005) [zitiert als: *Hoffer/Barbist*, Kartellrecht]
- Hoffer/Hornek*, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen: Zulässige „Nebenabreden“, RdW 2002/65
- Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) [zitiert als: *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht]
- Klees*, „One Stop Shop“ bei Anträgen auf Kronzeugenbehandlung in Europa?, EuZW 2005, 449
- Klicka/Oberhammer*, Außerstreitverfahren³ (2000) [zitiert als: *Klicka/Oberhammer*, Außerstreitverfahren]
- Kodek*, Besitzstörung (2002) [zitiert als: *Kodek*, Besitzstörung]
- König*, Die verschuldensunabhängige Haftung für „ungerechtfertigten“ einstweiligen Rechtsschutz (§ 394 EO), JBl 2005, 205
- Koppensteiner*, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht³ (1997) [zitiert als: *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht]
- Kordik*, Von der Causa „Wurst“ zur harten Nuss, Die Presse vom 30. Juli 2005, www.diepresse.at/Artikel.aspx?channel=e&ressort=eo&id=497691&archiv=false [zitiert als: *Kordik*, Causa „Wurst“, Die Presse vom 30. Juli 2005]

- Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht⁷ (2002) [zitiert als: *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht]
- Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1⁹ (2001) [zitiert als: *Langen/Bunte*, Kommentar]
- Liebmann*, Eisenbahngesetz 1957 – Kurzkomentar (2004) [zitiert als: *Liebmann*, Kurzkomentar]
- Lowe*, Conference on Anti-Trust Reform in Europe – Chairman’s Closing Remarks, europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2005_003_en.pdf [zitiert als: *Lowe*, Closing Remarks]
- Mair/Solé*, Kartellverfahren – (halb)neu!, *ecolex* 2004, 930
- Mankowski*, Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2004/2005 (Teil 2), *RIW* 2005, 561
- Matousek*, Die Kartellrechtsreform 2005 im Überblick, *ecolex* 2005, 501
- Mayr/Czernich*, Das neue europäische Zivilprozessrecht (2002) [zitiert als: *Mayr/Czernich*, Zivilprozessrecht]
- Mayr/Fucik*, Das neue Verfahren außer Streitsachen (2004) [zitiert als: *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen]
- Müller*, Unmittelbare Anwendbarkeit der Art 81 und 82 EG im Fusionskontrollverfahren, *wbl* 2003, 1
- Neuhold/Hummer/Schreuer*, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts – Textteil³ (1997) [zitiert als: *Bearbeiter* in *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Handbuch]
- N.N.*, Kartellrecht: Schadenersatz nach Aufhebung der EV, *medien und recht* 2004, 3
- N.N.*, Untersuchung der Branche als Justiz-Groteske, *Die Presse* vom 7. Juli 2005, www.diepresse.at/Artikel.aspx?channel=e&ressort=eo&id=493196&archiv=false [zitiert als: *N.N.*, Justiz-Groteske, *Die Presse* vom 7. Juli 2005]
- N.N.*, Kronzeugen-Regel: Anwälte sehen Verfassungsproblem, *Die Presse* vom 27. Juli 2005, www.diepresse.at/Artikel.aspx?channel=e&ressort=eo&id=496992&archiv=false [zitiert als: *N.N.*, Kronzeugen-Regel, *Die Presse* vom 27. Juli 2005]
- Novotny/Berger*, Anforderungen an Unterlassungsverfügungen bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Preisunterbieten, *ÖBl* 1998, 3

- Öhlinger*, Verfassungsrecht⁵ (2003) [zitiert als: *Öhlinger*, Verfassungsrecht]
- Rechberger* (Hrsg.), Kommentar zur ZPO² (2000) [zitiert als: *Bearbeiter* in *Rechberger*, Kommentar]
- Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht³ (2002) [zitiert als: *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht]
- Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶ (2003) [zitiert als: *Rechberger/Simotta*, Grundriss]
- Reich-Rohrwig/Zehetner*, Kartellrecht, Band 1 (2000) [zitiert als: *Reich-Rohrwig/Zehetner*, Kartellrecht]
- Reidlinger*, Die private Durchsetzung von Kartellrecht im Wege von § 1 UWG – Königsweg oder Irrweg?, *ecolex* 2004, 114
- Roniger/Neumayr*, Merger Filings in Austria: FCA Issues New Form of Notification of Concentrations, *International Business Lawyer* 2004, 11
- Roniger/Spallinger*, Die Ermittlungsbefugnisse der Bundeswettbewerbsbehörde, *ecolex* 2002, 407
- Rosbaud*, Das Kartellstrafrecht ist tot! Lang lebe das Kartellstrafrecht!, *JBl* 2003, 907
- Scheer*, The Interaction of ECHR and EC Law, *ZEuS*, 2004, 663
- Schönherr*, Das Kartellgesetz in der Praxis, Sonderabdruck aus der Österreichischen Juristenzeitung (1965) [zitiert als: *Schönherr*, Kartellgesetz]
- Seiler*, Strafprozessreform 2004 (2005) [zitiert als: *Seiler*, Strafprozessreform]
- Stillfried/Stockenhuber*, Schadenersatz bei Verstoß gegen das Kartellverbot, *wbl* 1995, 301 und 345
- Stockenhuber*, Das neue Kartellrecht 2002, *ÖZW* 2002, 74
- Straberger*, Die Feststellung nach § 8a Kartellgesetz 1988/93, *GesRZ* 1994, 34
- Tahedl*, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellung im österreichischen Kartellrecht (1993) [zitiert als: *Tahedl*, Missbrauch]
- Thalhammer*, Die Rolle der Schiedsgerichte bei der Durchsetzung von EG-Kartellrecht, *wbl* 2005, 67

Tölg, Zur Frage des Rekursrechts der Republik Österreich als Amtspartei im Kartellverfahren, RdW 2002/64

Urlesberger, Die Kartellgesetz-Novelle 2002, RWZ 2002/55

Urlesberger, Der Wandel im europäischen Kartellvollzug, RWZ 2003/29

von der Wense, Der UN-Menschenrechtsausschuß und sein Beitrag zum universellen Schutz der Menschenrechte (1999) [zitiert als: *von der Wense*, UN-Menschenrechtsausschuß]

Wessely, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle (1995) [zitiert als: *Wessely*, Fusionskontrolle]

Wessely, Kritikpunkte an der Kartellrechtsreform, medien und recht 2001, 210

Wessely, Enge oder weite Formulierung des kartellgerichtlichen Abstellungsauftrags, medien und recht 2004, 364

Wilhelm, Lombard-Club – Schadenersatz bei Kartellverstoß, ecolex 2002, 557

Woods/Sinclair/Ashton, Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead, competition policy newsletter, 2004, 31
europa.eu.int/comm/competition/publications/cpn/cpn2004_2.pdf
[zitiert als: *Woods/Sinclair/Ashton*, Private enforcement]

Wollmann, Ein modernes Kartellrecht für Österreich, ecolex 2005, 500

Wollmann/Prisker, Länderbericht Österreich im Rahmen der Ashurst Studie der Europäischen Kommission,
europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/national_reports/austria_en.pdf
[zitiert als: *Wollmann/Prisker*, Länderbericht Österreich]

Zanger, Rechtsdurchsetzung am Telekom-Markt, medien und recht 2002, 132