jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 2006/6/26 16Ok51/05

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 26.06.2006

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Birgit Langer als Vorsitzende und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Gerhard Kuras und Dr. Wolfgang Schramm sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Dr. Erich Haas als weitere Richter in der Kartellrechtssache des Antragstellers Bundeskartellanwalt, 1016 Wien, Schmerlingplatz 11, wider die Antragsgegner 1. T***** Aktiengesellschaft, *****, 2. Allgemeine S***** GmbH, ebenda, 3. A***** Bau GmbH, *****, 4. A***** GmbH Nfg OHG, *****, alle vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte OEG in Wien, wegen Untersagung der Durchführung eines Kartells (nunmehr Antrag auf Abstellung einer Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot) und Auferlegung einer Geldbuße, über den Rekurs der Antragsgegner gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 5. September 2005, GZ 25 Kt 183, 184/04-72, den Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und die Kartellrechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurückverwiesen.

Text

Begründung:

Die AG*****-GesmbH, an der zu je 49 % der Zweitantragsgegner und der Erstantragsgegner beteiligt waren, die AB-*****gesellschaft mbH (eine Gesellschaft des A***** Konzerns) und die I***** Gesellschaft mbH (eine Gesellschaft des S***** Konzerns) meldeten am 12. 3. 1998 beim Erstgericht die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens in der Rechtsform einer GmbH & Co KG zum Betrieb einer Asphaltmischanlage in G***** (Ybbstal) als Zusammenschluss an. Die Anmeldung legte dar, dass nach Einstellung der zur Marktversorgung technisch ungeeigneten Anlagen in G***** und K***** - letztere habe eine Kapazität von 600 - 800 t/Tag und eine maximale Stundenkapazität von 120 t - die Neuanlage in G***** mit einer Kapazität von ca 240 t/h, die höher als jene der bestehenden Anlagen in G***** und im unmittelbar benachbarten K***** zusammen sei, den Betrieb aufnehmen solle. Die neue Gesellschaft solle die alte Anlage in G*****, die etwas über 100.000 t Asphaltmischgut im Jahr produziere und eine Stundenkapazität von 80 t habe, von der Anmelderin AG*****-GesmbH erwerben.

Die Anlage in K***** stand im Eigentum der F*****-B***** und der Anmelderin I***** Gesellschaft mbH. Im letzten Quartal 1998 erwarb der zum A***** Konzern gehörende Drittantragsgegner die F*****-B***** mit vertraglicher Rückwirkung erstes Quartal 1998.

Der Zweitantragsgegner war am 10. 8. 1998 und zum Zeitpunkt der Stilllegung der alten Anlage in G***** bereits ein Beteiligungsunternehmen der A***** Aktiengesellschaft (kurz „P*****").

Der Erstantragsgegner gehörte am 10. 8. 1998 und zur Zeit der Stilllegung der alten Anlage in G***** noch zum Konzern der W***** S*****. Er wurde im Jahr 2000 in den P***** Konzern integriert. Der Zweitantragsgegner ist seit 1. 1. 2000 eine Tochtergesellschaft des Erstantragsgegners (Beteiligung von 99,998 %).

Der paritätische Ausschuss für Kartellangelegenheiten beurteilte das angemeldete Vorhaben als nicht eigenständiges Unternehmen, das zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führe. Die Asphaltmischanlage G***** und jene Werke, die (teilweise) im Eigentum der Gesellschafter stünden, seien als Einheit zu betrachten. Das Vorhaben sei volkswirtschaftlich bedenklich, weil die Gesellschafter zum Nachteil anderer Mitbewerber auf dem Straßenbaumarkt tätig werden könnten. Die positiv zu beurteilenden Folgen eines neuen Werks (Sinken der Stückkosten, Fähigkeit, in rascher Folge unterschiedliche Qualitäten zu erzeugen) könnten genauso gut erreicht werden, wenn die alten Werke in G***** und K***** unter Beibehaltung der bisherigen Beteiligungen modernisiert würden.

Mit Beschluss vom 10. 8. 1998 stellte das Erstgericht fest, dass das angemeldete Vorhaben keinen Zusammenschluss begründet, sondern ein vereinbartes Absichtskartell ist, ohne ein Bagatellkartell zu sein. Ein Absichtskartell liege vor, weil ausdrücklicher Inhalt des angemeldeten Vertragswerks die Verpflichtung der Gründungsgesellschafter sei, im Einzugsbereich der vom Gemeinschaftsunternehmen betriebenen Asphaltmischanlage keine neue Asphaltmischanlage zu errichten und sich nicht an einer solchen zu beteiligen. Eine weitere Wettbewerbsbeschränkung stellten die im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Bezugsverpflichtungen der Konzerne der Gründungsgesellschafter dar.

Der Oberste Gerichtshof bestätigte mit Beschluss vom 15. 12. 1998,16 Ok 15/98, diese Entscheidung. Die vom Erstgericht zutreffend als Beschränkung des Wettbewerbs im Sinn des § 10 KartG 1988 qualifizierten Vereinbarungen seien keine funktionsnotwendigen wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen, weil sie nicht nur der Realisierung eines legitimen Hauptzwecks - nämlich die Errichtung einer technisch besseren und kostengünstigeren Asphaltmischanlage zu ermöglichen - dienten, sondern darüber hinaus gingen, könne doch eine solche Anlage auch ohne die auferlegten Beschränkungen wirtschaftlich sinnvoll errichtet und betrieben werden. Das Risiko, dass die bloße Tatsache, dass die Gründerunternehmen durch eine gemeinsame Tochter miteinander verbunden seien, Auswirkungen auf ihr Wettbewerbsverhalten im Markt des Gemeinschaftunternehmens bzw in benachbarten Märkten habe („Gruppeneffekt"), begründe allenfalls ein Wirkungskartell.Der Oberste Gerichtshof bestätigte mit Beschluss vom 15. 12. 1998, 16 Ok 15/98, diese Entscheidung. Die vom Erstgericht zutreffend als Beschränkung des Wettbewerbs im Sinn des Paragraph 10, KartG 1988 qualifizierten Vereinbarungen seien keine funktionsnotwendigen wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen, weil sie nicht nur der Realisierung eines legitimen Hauptzwecks - nämlich die Errichtung einer technisch besseren und kostengünstigeren Asphaltmischanlage zu ermöglichen - dienten, sondern darüber hinaus gingen, könne doch eine solche Anlage auch ohne die auferlegten Beschränkungen wirtschaftlich sinnvoll errichtet und betrieben werden. Das Risiko, dass die bloße Tatsache, dass die Gründerunternehmen durch eine gemeinsame Tochter miteinander verbunden seien, Auswirkungen auf ihr Wettbewerbsverhalten im Markt des Gemeinschaftunternehmens bzw in benachbarten Märkten habe („Gruppeneffekt"), begründe allenfalls ein Wirkungskartell.

Die Antragsgegner zu 1. bis 3. und die seinerzeitige Anmelderin I***** Gesellschaft mbH gründeten mit Gesellschaftsverträgen vom 15. 3. 1999 die Asphaltmischwerk G***** GmbH und die offene Handelsgesellschaft Asphaltmischwerk G***** GmbH & Co. An beiden Gesellschaften ist jeder Partner mit 25 % der Anteile beteiligt. Die offene Handelsgesellschaft betreibt das Asphaltmischwerk G***** (künftig: „AMG"). Arbeitsgesellschafterin der offenen Handelsgesellschaft ist die Asphaltmischwerk G***** GmbH. Die vom Obersten Gerichtshof im Beschluss vom 15. 12. 1998, 16 Ok 15/98, als Wettbewerbsbeschränkungen qualifizierten Bestimmungen finden sich in den Gesellschaftsverträgen nicht mehr. Gesellschafterbeschlüsse werden mit einer Mehrheit von 51 % der abgegebenen Stimmen gefasst. Die Übertragung von Geschäftsanteilen an eine Gesellschaft außerhalb der beteiligten Konzerne ist nach dem Gesellschaftsvertrag nur mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zulässig.

Mit der Errichtung der AMG legten die Partner ihre veralteten Anlagen in K***** und G***** still.

Im Geschäftsbericht des Erstantragsgegners für 1998 heißt es, dass die im März 1999 gegründete Asphaltmischwerk G***** GmbH & Co in G***** eine moderne Asphaltmischanlage mit einer Jahresleistung von 200.000 Tonnen am Standort der AG*****-GesmbH errichtet und die Partner ihre veralteten Anlagen stilllegen.

Zur Zeit sind an der Arbeitsgesellschafterin und an der offenen Handelsgesellschaft die Antragsgegner zu gleichen Anteilen beteiligt. Der Viertantragsgegner gehört zum S***** Konzern.

Das Erstgericht hatte mit Beschluss vom 3. 7. 1998 den Zusammenschluss „B*****/S*****", 25 Kt 105/98-38, unter der Voraussetzung der nachträglichen Erfüllung von Auflagen nicht untersagt. Die Auflagen bestanden im Auftrag näher bezeichnete Asphaltmischanlagen in Ostösterreich und in Tirol alternativ an nicht am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen bis 30. 6. 2000 zu veräußern. In der Freigabeentscheidung wurde neben dem Belieferungsbereich der Asphaltmischanlagen im Tiroler Inntal zwei Bereiche in Ostösterreich betrachtet und für die Zeit nach Durchführung des Zusammenschlusses ein Anteil des S***** Konzerns auf dem jeweiligen Asphaltmarkt von 49,2 % bzw 41,2 % sowie die Entstehung von marktbeherrschenden Stellungen auf regionalen Märkten prognostiziert.

Der Bundeskartellanwalt brachte mit Schriftsatz vom 15. 4. 2004 vor, mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens AMG sei das zuvor als Absichtskartell qualifizierte Vorhaben der Errichtung eines gemeinsamen Asphaltmischwerks in G***** durchzuführen begonnen worden. Durch die Gründungsverträge und die weitere - im Einzelnen ausgeführte - Verhaltensweise der Gründer sei ein Kartell begründet worden, das den im Beschluss des Erstgerichts vom 10. 8. 1998 beschriebenen Sachverhalt verwirkliche und weitere Wettbewerbsbeschränkungen bezweckt und bewirkt habe. Die Antragsgegner hätten bei der von der AMG produzierten Menge zwischen 1999 und 2004 einen "supranormalen" Profit von 13.341.446 EUR erzielt, weil das Asphaltmischgut nicht zum Wettbewerbspreis verkauft worden sei. Er beantragte, den Antragsgegnern die weitere Durchführung des Kartells gemäß § 25 KartG 1988 zu untersagen und gemäß § 142 Z 1 lit a KartG 1988 eine Geldbuße aufzuerlegen. Die Antragsgegner beantragten die Abweisung der Anträge. Das verwirklichte Vorhaben sei an die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs im Zusammenschlussverfahren angepasst worden und eine wettbewerblich neutrale Kooperation zur Verwirklichung betriebs- wie volkswirtschaftlich sinnvoller Synergien. Mit der AMG werde keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Die Anlage in K*****, aus der auch A***** beliefert worden sei, sei bereits 1998, die alte Anlage in G***** im Sommer 1999 stillgelegt worden. Erstere wäre auch unabhängig von der späteren Gründung der AMG stillgelegt worden, weil der Betrieb dieser Anlage nicht mehr rentabel gewesen sei und den Anforderungen des Umweltschutzes nicht entsprochen habe. Es sei ein Gebot der betriebswirtschaftlichen Vernunft, auf die mit dem Abbau von Überkapazitäten verbundenen Kosteneinsparungen hinzuwirken. Angesichts der angestrebten Kostendegression wäre es unsinnig gewesen, wenn die Antragsgegner zu 1. und 2. und S***** trotz Errichtung der AMG ihre bestehenden Anlagen in unmittelbarer Nachbarschaft weiterbetrieben hätten, zumal die beteiligten Unternehmen im Einzugsbereich der AMG ohnehin über weitere Anlagen verfügten und verfügen. Im Hinblick auf diese Umstände und die hohen Überkapazitäten sei es selbstverständlich, dass die bestehenden Anlagen stillgelegt und keine neuen Anlagen in Betrieb genommen worden seien. Ein allfälliges Kartell wäre ein Bagatellkartell. Die Bundeswettbewerbsbehörde erstattete eine Stellungnahme. Sie vertrat den Standpunkt, das durchgeführte Vorhaben enthalte zumindest zwei als Absichtskartell zu qualifizierende Wettbewerbsbeschränkungen. Die Stilllegung der alten Anlagen in K***** und G***** sei vereinbarter Bestandteil des Vorhabens gewesen, das die neue gemeinsame Anlage als unmittelbaren Ersatz für die beiden Anlagen vorgesehen habe. Die Produktionskapazität sei von insgesamt 200 t/h auf 180 t/h verringert worden. Durch die gemeinsame Produktion komme es zu einer Vereinheitlichung der Produktionskosten und des Verkaufspreises. Damit werde auch im nachgelagerten Straßenbaumarkt durch Vereinheitlichung eines wichtigen Preisbestandteils der Wettbewerb beschränkt. Diese Wettbewerbsbeschränkung sei eine regelmäßige und vorhersehbare Folge einer gemeinsamen Produktion durch Konkurrenten. Es sei davon auszugehen, dass sich die (gemeinsame) Preisgestaltung direkt an der Preisgestaltung in den anderen Anlagen der Mutterunternehmen orientiere.Der Bundeskartellanwalt brachte mit Schriftsatz vom 15. 4. 2004 vor, mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens AMG sei das zuvor als Absichtskartell qualifizierte Vorhaben der Errichtung eines gemeinsamen Asphaltmischwerks in G***** durchzuführen begonnen worden. Durch die Gründungsverträge und die weitere - im Einzelnen ausgeführte - Verhaltensweise der Gründer sei ein Kartell begründet worden, das den im Beschluss des Erstgerichts vom 10. 8. 1998 beschriebenen Sachverhalt verwirkliche und weitere Wettbewerbsbeschränkungen bezweckt und bewirkt habe. Die Antragsgegner hätten bei der von der AMG produzierten Menge zwischen 1999 und 2004 einen "supranormalen" Profit von 13.341.446 EUR erzielt, weil das Asphaltmischgut nicht zum Wettbewerbspreis verkauft worden sei. Er beantragte, den Antragsgegnern die weitere Durchführung des Kartells gemäß Paragraph 25, KartG 1988 zu untersagen und gemäß Paragraph 142, Ziffer eins, Litera a, KartG 1988 eine Geldbuße aufzuerlegen. Die Antragsgegner beantragten die Abweisung der Anträge. Das verwirklichte Vorhaben sei an die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs im Zusammenschlussverfahren angepasst

worden und eine wettbewerblich neutrale Kooperation zur Verwirklichung betriebs- wie volkswirtschaftlich sinnvoller Synergien. Mit der AMG werde keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Die Anlage in K*****, aus der auch A***** beliefert worden sei, sei bereits 1998, die alte Anlage in G***** im Sommer 1999 stillgelegt worden. Erstere wäre auch unabhängig von der späteren Gründung der AMG stillgelegt worden, weil der Betrieb dieser Anlage nicht mehr rentabel gewesen sei und den Anforderungen des Umweltschutzes nicht entsprochen habe. Es sei ein Gebot der betriebswirtschaftlichen Vernunft, auf die mit dem Abbau von Überkapazitäten verbundenen Kosteneinsparungen hinzuwirken. Angesichts der angestrebten Kostendegression wäre es unsinnig gewesen, wenn die Antragsgegner zu 1. und 2. und S***** trotz Errichtung der AMG ihre bestehenden Anlagen in unmittelbarer Nachbarschaft weiterbetrieben hätten, zumal die beteiligten Unternehmen im Einzugsbereich der AMG ohnehin über weitere Anlagen verfügten und verfügen. Im Hinblick auf diese Umstände und die hohen Überkapazitäten sei es selbstverständlich, dass die bestehenden Anlagen stillgelegt und keine neuen Anlagen in Betrieb genommen worden seien. Ein allfälliges Kartell wäre ein Bagatellkartell. Die Bundeswettbewerbsbehörde erstattete eine Stellungnahme. Sie vertrat den Standpunkt, das durchgeführte Vorhaben enthalte zumindest zwei als Absichtskartell zu qualifizierende Wettbewerbsbeschränkungen. Die Stilllegung der alten Anlagen in K***** und G***** sei vereinbarter Bestandteil des Vorhabens gewesen, das die neue gemeinsame Anlage als unmittelbaren Ersatz für die beiden Anlagen vorgesehen habe. Die Produktionskapazität sei von insgesamt 200 t/h auf 180 t/h verringert worden. Durch die gemeinsame Produktion komme es zu einer Vereinheitlichung der Produktionskosten und des Verkaufspreises. Damit werde auch im nachgelagerten Straßenbaumarkt durch Vereinheitlichung eines wichtigen Preisbestandteils der Wettbewerb beschränkt. Diese Wettbewerbsbeschränkung sei eine regelmäßige und vorhersehbare Folge einer gemeinsamen Produktion durch Konkurrenten. Es sei davon auszugehen, dass sich die (gemeinsame) Preisgestaltung direkt an der Preisgestaltung in den anderen Anlagen der Mutterunternehmen orientiere.

Das Erstgericht untersagte mit dem angefochtenen Beschluss den Antragsgegnern, die gemeinsame Produktion von Asphaltmischgut in der Asphaltmischanlage G***** fortzusetzen, solange die Produktion gemeinsam durch die Antragsgegner oder gemeinsam durch den Konzernen der Antragsgegner zugehörige Unternehmen erfolge.

Es traf über die eingangs wiedergegebenen hinaus umfangreiche Feststellungen, aus denen hervorzuheben sind:

Asphaltmischgut wird im Straßenbau als Belag und bei Autobahnen vorwiegend als Unterbelag verwendet. Es kann in wettbewerbsökonomischer Hinsicht wie ein vollständig homogenes Gut behandelt werden. Mit jeder modernen Mischanlage kann Asphalt in der gewünschten Zusammensetzung bzw Qualität produziert werden. Für weite Bereiche des Straßenbaus ist Asphaltmischgut notwendig und nur schwer substituierbar. Überwiegend wird es in stationären Anlagen produziert. Nur bei größeren Projekten finden auch mobile Anlagen Verwendung. Der Lieferradius eines stationären Werks beträgt ungefähr 50 km (ca 1 Stunde Fahrzeit). Das Schwergewicht der Lieferungen aus der AMG liegt in einem Umkreis von etwa 25 km.

Ein potentieller Preiswettbewerb zwischen zwei Produktionsstätten wird umso stärker abgeschwächt, je höher die Transportkosten des Gutes sind, denn diese erschweren die Substituierbarkeit der Güter aus Sicht der Nachfrager. Verfügt ein Straßenbauunternehmen in einem regionalen Markt über Asphaltmischkapazitäten, so ist die Wettbewerbsstellung dieses Unternehmens gegenüber Konkurrenten gestärkt. Für regionale Bauaufträge steht ihm Asphaltmischgut gesichert zur Verfügung. Bei einer starken Stellung auf beiden sachlich relevanten Märkten ist das Unternehmen in der Lage, Konkurrenten, die nicht über eine vergleichbare Position verfügen, vom Markt zu verdrängen bzw von einem Markteintritt abzuhalten. Unter dieser Voraussetzung kann eine Mischanlage auch höhere Preise als unter Wettbewerbsbedingungen lukrieren.

Straßenbauunternehmen, die an Asphaltmischwerken beteiligt sind, haben kaum Schwierigkeiten auch außerhalb des Einzugsbereichs ihrer Anlagen Asphaltmischgut zu erhalten. Hingegen erhalten kleinere Unternehmen, die nicht am Betrieb von Asphaltmischanlagen beteiligt sind, das Material oft nur zu höheren Preisen und haben mitunter auch Schwierigkeiten, sich das Material zu beschaffen.

Den vom Straßenbau an das Asphaltmischgut gestellten Qualitätsanforderungen können sowohl neue als auch - allenfalls nach entsprechender Adaptierung - alte Anlagen entsprechen. Asphaltmischanlagen unterscheiden sich nicht im Qualitätsstandard des zur Verfügung gestellten Asphaltmischguts. Nicht alle Anlagen bieten die gesamte Palette des

Asphaltmischguts an. Die qualitativen Anforderungen an Mischgut sind in den letzten Jahren stark gestiegen. Heute werden wesentlich differenziertere Mischgutsorten nachgefragt als früher. Dies bedingt auch höhere Anforderungen an die Mischanlagen. Lieferungen von „qualitativ besserem" Mischgut sind nicht relevant.

In den letzten Jahren werden in Niederösterreich im Bundesstraßennetz mehr Investitionen in den Straßenneubau getätigt als vor 10 Jahren. Bei Landesstraßen überwogen und überwiegen nach wie vor Arbeiten zur Instandsetzung bzw Erhaltung.

Der Anteil von bituminösem Mischgut bei Straßenbauprojekten ist unterschiedlich und hängt von der Art der durchzuführenden Arbeiten ab. Bei einem durchschnittlichen Baulos bei Neubau oder Generalsanierung beläuft sich der Anteil des bituminösen Mischguts an der Rechnungssumme auf ca ein Viertel.

Im Bereich der Erhaltungsarbeiten überwiegen die reinen Asphaltierungsarbeiten, bei denen sich der größte Kostenanteil auf bituminöses Mischgut beläuft, der etwa die Hälfte der Gesamtkosten ausmacht.

Die öffentliche Hand schreibt im Frühjahr die Tiefbauarbeiten aus. Der größte Bedarf an Asphaltmischgut ist von Anfang August bis Mitte/Ende November - je nach Witterung gegeben. In dieser Hauptzeit werden von der AMG durchschnittlich ca 1.000 bis 1.300 t/Tag produziert, an vielen Tagen im Frühjahr nur ca 200 t/Tag. Die Gesellschafter der AMG gehörten bei der gemeinsamen Neuerrichtung zu den Konzernen der vier größten österreichischen Straßenbauunternehmen. Der summierte Marktanteil der beteiligten Straßenbauunternehmen erreichte ca 80 % des österreichischen Straßenbaumarkts. Unter technischen und betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten war die Neuerrichtung des Werks und die Ablösung der veralteten Anlagen positiv zu beurteilen. Den gestiegenen Anforderungen konnten nämlich alte Anlagen nicht voll und rasch entsprechen. Mit einem neuen Werk, das rationeller arbeitet, konnten die Stückkosten gesenkt werden.

Im Umkreis von 50 km um die Anlage in G***** hatten folgende Unternehmen an nachgenannten Standorten Asphaltmischanlagen:

- -Strichaufzählung
  Erstantragsgegner in P***** mit 30.000 t/jährlich,
- -Strichaufzählung
  H***** & F***** und andere in P***** mit 120t/h;
- -Strichaufzählung
  M***** in P*****-G***** mit 80t/h;
- -Strichaufzählung
  T***** in P***** mit 200 t/h;
- -Strichaufzählung
  Z***** in D***** mit 50 t/h;
- -Strichaufzählung
  S*****/S*****/Sw***** und andere in St. V***** mit 180 t/h;
- -Strichaufzählung
  W***** in P***** mit 80 t/h;
- -Strichaufzählung
  F*****-B*****, die an der alten Anlage in K***** beteiligt war und im letzten Quartal 1998 vom Drittantragsgegner erworben worden war, in T***** mit 80 t/h;
- -Strichaufzählung
  die seinerzeitige Drittanmelderin I***** in L*****/M***** mit 120 t/h.

Die Anlagen in D***** und P***** bestehen nicht mehr. Die Anlage L*****/M***** wurde 2002/2003 stillgelegt.
Zurzeit gibt es folgende Asphaltmischanlagen im Umkreis von 50 km um
G*****:

	ca Jahrestonnage in 1000 t
St. V*****	190
P***** (H***** & F*****)	120
P*****-G***** (M*****)	70

P***** (T*****) 70

Schr***** (T*****) 50

St. G***** 100

AMG 160

P***** 50

M***** 200

H***** (Sw*****) 40

L***** 380

Ste***** 135

T***** 50

1.615

Der Anteil der AMG an der Gesamtproduktion im regionalen Markt liegt

knapp unter 10 %.

An der Anlage in St. V***** sind zurzeit S***** zu 75 % und Sw***** zu 25 % beteiligt.
Die an der AMG beteiligten Konzerne sind an der Anlage in Ste***** wie folgt beteiligt: 60 % S*****, 20 % P***** und 20 % A*****. An der Anlage in L***** sind S***** und Erstantragsgegner je zur Hälfte beteiligt.
Die Anlagen in St. G***** und M***** gehören der S*****. Die führenden österreichischen Straßenbaukonzerne sind auf dem regionalen Markt und in ganz Österreich in einem Netzwerk von gemeinsamen Asphaltmischanlagen miteinander verbunden. Die Konzerne der Antragsgegner bezogen im regionalen Markt jeweils mehr als die Hälfte ihres Bedarfs von gemeinsamen Anlagen - bei unterschiedlichen Beteiligungsverhältnissen: P*****/Erstantragsgegner ca 61 %, A***** Konzern ca 64,7 % und S***** Konzern ca 64 %.
Von der AMG bezogen von 1999 bis 2003 im Durchschnitt der P***** Konzern/Erstantragsgegner mehr als 48 %, der A***** Konzern etwa 24 % und der S***** Konzern 8 % des regionalen Bedarfs.
Der P***** Konzern, zu dem der Erst- und der Zweitantragsgegner gehören, bezog 2003 von der AMG 78.759 t, von seiner eigenen - in den letzten Jahren erneuerten - Anlage in P***** 68.878 t, von der Anlage in L***** 27.617 t und von der Anlage in Ste***** 2.610 t. Sein regionaler Gesamtbedarf betrug 183.085 t.
Der A***** Konzern, zu dem der Drittantragsgegner gehört, deckt etwa 95 % seines regionalen Bedarfs an Asphaltmischgut aus seiner eigenen Anlage in T*****, aus der AMG und aus der Anlage Ste*****. Er bezog 2003 von der AMG 56.900 t, von der Anlage in Ste***** 95.200 t, von seiner Anlage in T***** 74.900 t und von sonstigen Anlagen 8.000 t. Zum S***** Konzern gehörende Straßenbauunternehmen erhalten das von ihnen benötigte Asphaltmischgut von Anlagen der S***** und den Anlagen, an denen S***** beteiligt ist. Sie bezogen 2003 von der AMG
38.898 t, von der Anlage in L***** 112.854 t, von der Anlage Ste*****

57.561 t und von der Anlage in St. V***** 164.396 t. Von den S***** eigenen Anlagen in St. G***** und M***** bezogen sie 210.540 t. Im Geschäftsjahr 2003 erzielte die AMG einen Umsatz von etwa 4,2 Mio EUR bis 4,4 Mio EUR, im Geschäftsjahr 2004 einen von ca 4,5 Mio EUR. Berechnet man die Marktanteile anhand der Produktionswerte und rechnet man die Produktion von Gemeinschaftsanlagen den beteiligten Konzernen in Relation zur Beteiligungshöhe zu, ergibt sich für die Region 50 km um G***** folgendes Bild:

Gesamtproduktion	1,615.000 t	100,0 %
S*****	753.500 t	46,6 %
P*****	347.000 t	21,5 %
A*****	117.000 t	7,2 %
H***** & F*****	120.000 t	7,4 %
T*****	120.000 t	7,4 %

Sw***** 87.500 t 5,4 %

M***** 70.000 t 4,3 %

Die Marktkonzentration beträgt nach dem Herfindahl-Hirshman-Index

2.788.

Für einen bundesweit gesehenen Markt für Asphaltmischgut zeigt sich

folgendes Bild:

Gesamtproduktion 2003 9,5 Mio t 100 %

S***** 3,65 Mio t 38,4 %

P***** 1,97 Mio t 20,7 %

A***** 1,08 Mio t 11,4 %

Sw***** 0,8 Mio t 8,4 %

P***** & B***** 0,55 Mio t 5,8 %

H*****/H***** & F***** 0,35 Mio t 3,7 %

G***** 0,35 Mio t 3,7 %

Die Marktkonzentration beträgt nach dem Herfindahl-Hirshman-Index etwa 2.170.

Zentraler Geschäftsbereich des Erstantragsgegners ist der Straßenbau. Er verfügt über 26 Asphaltmischanlagen in ganz Österreich, die regelmäßig mit anderen Straßenbauunternehmen betrieben werden. In Wien hat er ein eigenes Werk zur Produktion von hochqualitativen Bitumenprodukten. Er betreibt auch unter Beteiligung der S***** neben der AMG Asphaltmischanlagen im Burgenland (drei), in Kärnten (zwei), in Niederösterreich (zwei), in Oberösterreich (zwei), in Salzburg (eine), in der Steiermark (zwei) und in Tirol (eine). Gemeinsam mit A***** betreibt der Erstantragsgegner je ein Asphaltmischwerk in Wien und in der Steiermark.

Außer an der AMG und der Anlage in Ste***** sind die drei Konzerne, denen die Antragsgegner angehören, an zwei Asphaltmischanlagen in Niederösterreich und an einer in Salzburg gemeinsam beteiligt. S***** betreibt mit anderen Gesellschaften noch Asphaltmischwerke in Kärnten (eines), in Niederösterreich (zwei), in Oberösterreich (eines), in Salzburg (eines), in der Steiermark (eines), in Tirol (zwei) und in Vorarlberg (eines).

A***** hat mit anderen Gesellschaften zwei Asphaltmischanlagen in Niederösterreich und je eine in Oberösterreich, Salzburg und Tirol. Der Erstantragsgegner betreibt mit anderen Bauunternehmen gemeinsam je eine Asphaltmischanlage in Kärnten, Niederösterreich und Salzburg. Der Zweitantragsgegner hat mit anderen Bauunternehmen eine Asphaltmischanlage in Vorarlberg.

Österreichweit betreiben der S***** Konzern zwanzig, der A***** Konzern sieben und der P***** Konzern sechs Asphaltmischwerke als alleinige Eigentümer.

Regelmäßig wird der weitaus überwiegende Teil der Produktion einer österreichischen Asphaltmischanlage durch die Konzerne der Eigentümer bzw Gesellschafter abgenommen. Asphaltmischgut wird Straßenbauunternehmen, die im relevanten Markt nicht über Asphaltmischanlagen verfügen, nur zögerlich und nicht zu einem wettbewerbsfähigen Preis angeboten, weil vertikal integrierte Straßenbauunternehmen kein Interesse daran haben, dass ihre Mitbewerber am Straßenbaumarkt an ihrer Stelle zum Zuge kommen. Die Asphaltmischanlagen sind in Österreich langfristig nicht ausgelastet. Kurzfristige Auslastungen und gegebenenfalls Engpässe bestehen nur bei größeren Aufträgen im Liefergebiet der jeweiligen Anlage.

Die Aufrechterhaltung von Überkapazitäten hat sowohl logistische (begrenzter Lieferradius, Lieferkosten) als auch unternehmensstrategische Gründe, weil sie auch dem Zweck dient, den Markteintritt von Konkurrenten zu behindern. Ein potentieller Neuling auf dem Markt weiß, dass die etablierten Unternehmen für den Fall seines Markteintritts zu für sie relativ geringfügigen Kosten (Grenzkosten) den Preiskampf ansagen könnten.

Am österreichischen Straßenbaumarkt haben S***** einen Anteil von rund 36,9 %, P***** einen von etwa 23,7% und A***** einen von ca 13,3

%.

Hinsichtlich der Marktanteile besteht keine auffallende Dynamik. Insbesondere in Niederösterreich gab es in den letzten Jahren keine relevanten Zugänge an Straßenbauunternehmen. S***** gewann durch Unternehmenserwerbungen in der letzten Zeit Marktanteile dazu.

Für die AMG sind drei Geschäftsführer bestellt:

Der aus dem P*****-Konzern kommende DI T***** ist zugleich Geschäftsführer der AG*****-GesmbH, die eine 100 %ige Tochtergesellschaft des Erstantragsgegners ist, Beteiligte des seinerzeit angemeldeten Zusammenschlussvorhabens war und die alte Anlage in G***** betrieb. Diese Gesellschaft hat ihren Sitz im Bereich der AMG und bezieht 99 % ihres Mischgutbedarfs von der AMG. Sie nimmt einen erheblich größeren Teil der Produktion als die beiden anderen beteiligten Konzerne ab und ist wesentlich mehr im Bereich der Straßenerhaltung als im Straßenneubau tätig. Gelegentlich bezieht sie von der Anlage des Erstantragsgegners in Petzenkirchen oder von dritten Anlagen, etwa von T***** in P***** oder von H***** & F***** in Py*****. Ihr Aktionsradius beträgt nach Süden nur ca 30 km. Bis in den Raum St. Pölten ist sie mit Asphaltierungsarbeiten nur gelegentlich tätig.

Der Geschäftsführer Günther Schweiger kommt aus dem S***** Konzern und ist vor allem als Bereichsleiter für den Straßen- und Kanalbau der S***** in Oberösterreich südlich der Donau und im westlichen Niederösterreich tätig. Er ist auch Geschäftsführer des Asphaltmischwerks in St. V***** und der Asphaltmischanlagen G***** (westlich von Wels) und V***** (nördlich von Gmunden). Der Geschäftsführer Ing. Peter S***** ist vor allem als Bereichsleiter des A***** Konzerns für den Straßen- und Kanalbau in Oberösterreich und im westlichen Niederösterreich tätig und verwendet weniger als 1 % seiner Arbeitskraft für seine Geschäftsführerfunktion in der AMG.

Die tägliche Betriebs- und Geschäftsabwicklung der AMG obliegt einem Betriebsleiter.

Werden Asphaltmischanlagen von mehreren Unternehmen gemeinsam betrieben, so kommen die Gesellschafter regelmäßig vor Beginn der Saison zusammen und bestimmen die Konditionen für den Bezug. Die Geschäftsführer der AMG erstatteten zur Vorbereitung der Entscheidung Preisvorschläge auf der Basis der Vollkostenrechnung des Vorjahres und unter Berücksichtigung eines 3 %igen Gewinnzuschlags sowie unter Annahmen über den Absatz der kommenden Saison. Unter Heranziehung des erwarteten Absatzes werden die Fixkosten aufgeteilt. Die „Mischgutkonstante" ist der Quotient der Fixkosten (Geräte, Löhne, Versicherung, Kapitalverzinsung) des Vorjahres dividiert durch die erwartete Jahresabsatzmenge. Sie macht in etwa 1/4 bis 1/3 der Gesamtkosten des Mischguts aus. Die restlichen Kosten sind variabel und entstehen für Material (Energie, Bitumen, Gestein und chemische Zusätze).

Die Gesellschafterversammlung der AMG zur Bestimmung der Preise findet vor Beginn der jährlichen Saison - regelmäßig im April - statt. Der Erstantragsgegner ist in diesen Gesellschafterversammlungen durch seinen Generaldirektor vertreten. Es nehmen auch Vorstandsmitglieder der S***** und der A***** teil. Die durchschnittliche jährliche Produktion der AMG betrug bisher über 160.000 Tonnen. Die tatsächliche Abgabemenge ging immer über die in der Kalkulation angenommene Menge hinaus. Regelmäßig wurde ein höherer Preis kalkuliert und verrechnet als er entsprechend der dann tatsächlichen Produktionsmenge nach den angewandten Kalkulationsgrundsätzen möglich gewesen wäre. Die Rückzahlung des für die Errichtung der Anlagen aufgenommenen Kredits konnte daher in der Gesellschafterversammlung vom 12. 5. 2004 bereits für 2004 in Aussicht genommen werden. Für Abschreibung und Kreditrückzahlung waren 15 Jahre vorgesehen gewesen.

Die AMG hat eine Standard-Preisliste für Mischgut, eine gesonderte Preisliste für Großabnehmer, die 5 % Rabatt erhalten, sowie eine Preisliste für die Partnerunternehmen, die Rabatte zwischen 37 % und 48 % erhalten.

In der Regel führen die Fremdabholer „Flickarbeiten" durch und haben meist auch nicht Bedarf an dem gerade produzierten Asphaltmischgut. Sie pflegen ihre Bestellung nicht vorher anzukündigen, sondern erwarten eine sofortige Bereitstellung des an Ort und Stelle bestellten Asphaltmischguts. Von Fremdabholern werden von der AMG höhere Preise auch dann verlangt, wenn im Zeitpunkt der Nachfrage das nachgefragte Produkt ohnehin gerade für ein Unternehmen der beteiligten Konzerne produziert wird. Von der normalen Preisliste wurde bisher nur in einem Fall eines Fremdabholers abgewichen, der eine größere Menge mit einer einem Partnerunternehmen vergleichbaren Abnahmecharakteristik bezog. Der Anteil direkter Lieferungen an Fremdabholer am Gesamtabsatz der AMG sank von 4,7 % im Jahr 1999 auf 0,8 % im Jahr 2003.

In der Gesellschafterversammlung der AMG vom 29. 6. 1999 wurde die Frage angesprochen, „ob juristisch gesehen der Begriff Partnerpreis nur unmittelbar auf das direkte Gesellschafterverhältnis zu sehen ist oder den Konzern des Gesellschafters miteinschließt."

In mehreren Gesellschafterversammlungen der AMG wurden Einkaufspreise der beteiligten Konzerne hinsichtlich verschiedener von der AMG benötigter Vorprodukte ausgetauscht.

In der Gesellschafterversammlung vom 16. 5. 2001 merkte die Betriebsleitung an, die Mischgutstatistik 2000 zeige, dass die Geschäftsanteile mit den Tonnagen übereinstimmen.

Ein „Auftragsüberhang" des P***** Konzerns von 4.000 t und des S***** Konzerns von 6.000 t wurde in der Generalversammlung vom 16. 5. 2002 festgestellt. Nach der in dieser vorgelegten Mischgutstatistik 2001 hatten der P***** Konzern 40,8 %, der S***** Konzern 29,4 % und der A***** Konzern 27,4 % bezogen. In dieser Versammlung wurde auch berichtet, dass der Strom über den Rahmenvertrag des Erstantragsgegners mit seinem Lieferanten elektrischer Energie abgerechnet werde. Ein Vertreter des S***** Konzerns merkte an, dass die Bezugspreise seines Konzerns wesentlich niedriger seien. Man kam überein, künftig über den Rahmenvertrag des S***** Konzerns abzurechnen, sollte die Preisdifferenz auf Mengenbasis 2001 mehr als 2.000 EUR zu Gunsten der AMG betragen.

In der Gesellschafterversammlung vom 12. 5. 2004 stellte ein Vertreter des S***** Konzerns dem als vergleichsweise hoch bezeichneten Gaspreis der AMG jenen anderer Mischanlagen gegenüber. In der relevanten Region um G***** konnte das Land Niederösterreich 1998 das eingebaute Asphaltmischgut um ca 475 S pro Tonne erwerben. Der Preis stieg bis zum Jahr 2002 trotz bestehender Überkapazitäten und Rationalisierungsmaßnahmen kontinuierlich an.

Die Asphaltmischgutsorten BT 22, BTD 16 und AB 11 machen weit mehr als 90 % des von der Straßenbauverwaltung im Rahmen der von ihr erteilten Straßenbauaufträge abgenommenen Asphaltmischguts aus. Die von den Straßenbauunternehmen in den Angeboten ausgewiesenen Preise pro Tonne Asphaltmischgut haben sich im regionalen Markt für die Straßenbauverwaltung ab Werk exklusive Umsatzsteuer wie folgt entwickelt:Die Asphaltmischgutsorten BT 22, BTD 16 und Ausschussbericht 11 machen weit mehr als 90 % des von der Straßenbauverwaltung im Rahmen der von ihr erteilten Straßenbauaufträge abgenommenen Asphaltmischguts aus. Die von den Straßenbauunternehmen in den Angeboten ausgewiesenen Preise pro Tonne Asphaltmischgut haben sich im regionalen Markt für die Straßenbauverwaltung ab Werk exklusive Umsatzsteuer wie folgt entwickelt:

BT 22: Der Preis stieg von 27,40 EUR im Jahr 1998 auf 43,10 EUR im Jahr 2002. Im Jahr 2003 betrug der Preis 39,90 EUR, im Jahr 2004 29,36 EUR.

BTD 16: Der Preis stieg von 32,55 EUR im Jahr 1998 auf 42,21 EUR im Jahr 2002. Im Jahr 2003 fiel er auf 39,08 EUR, im Jahr 2004 auf 23,60

EUR.

AB 16: Preisanstieg von 43,50 EUR im Jahr 1998 auf 55,94 EUR im Jahr 2002. Im Jahr 2003 sank der Preis auf 47,63 EUR, im Jahr 2004 auf 27,72 EUR.Ausschussbericht 16: Preisanstieg von 43,50 EUR im Jahr 1998 auf 55,94 EUR im Jahr 2002. Im Jahr 2003 sank der Preis auf 47,63 EUR, im Jahr 2004 auf 27,72 EUR.

Die durchschnittlichen Preise des Asphaltmischguts im Raum um G*****, wie sie von den Straßenbauunternehmen in Anboten ausgewiesen sind, stiegen von 1998 bis 2002 um 36,54 % (von 34,48 EUR auf 47,08 EUR) und von 1999 bis 2002 um 30,3 % (von 36,13 EUR auf 47,08 EUR). 2003 sanken die Preise des Asphaltmischguts gegenüber 2002 um durchschnittlich 10 %. Im Jahr 2004 brachen die Preise für Asphaltmischgut um rund 35 % gegenüber 2003 ein. Zu dieser Zeit drangen vermehrt Anbieter aus Oberösterreich und Bayern in den Straßenbaumarkt im westlichen Niederösterreich.

Die Stoffkosten (Strom, Gas, Splitte, Bitumen) der AMG erhöhten sich von 1999 bis 2002 um 15,33 % und von 1999 bis 2004 um 28,66 %. Bis zum Jahr 2004 boten die Straßenbauunternehmen der jeweiligen Partner das Asphaltmischgut zu nahezu gleichen Preisen an. Seither legen diese Unternehmen Angebote zu deutlich unterschiedlichen Preisen. Vor 2004 gaben die AMG und die Konzerne ihrer Gesellschafter erzielte Effizienzvorteile nicht an ihre Abnehmer weiter. Im Rahmen der Beweiswürdigung hielt das Erstgericht fest, die im Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 16. 5. 2002 Bemerkung über den "Auftragsüberhang" könne nicht aus dem Bestreben erklärt werden, die Abnahme den Beteiligungsverhältnissen anzupassen, weil nach der Mischgutstatistik 2001 der S***** Konzern mehr abgenommen habe, als es seiner Beteiligung entsprochen habe, während der Erstantragsgegner unter der der Beteiligung

entsprechenden Menge geblieben sei.

Rechtlich führte das Erstgericht aus, die Vereinbarung des Gemeinschaftsunternehmens AMG falle nicht unter Art 81 EG, weil eine spürbare Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns nicht anzunehmen sei, liege doch die AMG nicht in Grenznähe und habe sie nur regionale Bedeutung. Die AMG sei kein Gemeinschaftsunternehmen im Sinn des § 41 Abs 2 KartG 1988 gewesen, weil es wegen möglicher wechselnder Mehrheiten in den Gesellschafterversammlungen von den Gesellschaftern nicht gemeinsam beherrscht werden sollte und kein Vollfunktionsunternehmen sei, würden doch das tägliche Geschäft der AMG, die den weitaus überwiegenden Teil der Produktion an die Konzerne der Gesellschafter liefere, nicht von den Geschäftsführern, sondern von einem Betriebsleiter abgewickelt und relevante Entscheidungen von führenden Organen der Konzerne der Gesellschafter getroffen. Außerdem handle es sich um ein kooperatives Unternehmen, weil die Konzerne der Gründungsgesellschafter sowohl auf dem regionalen Asphaltmischmarkt als auch auf dem nachgelagerten Straßenbaumarkt tätig seien. Die Antragsgegner hätten die von ihren Konzernen in der Zusammenschlussanmeldung bekundete Absicht der Stilllegung der getrennt geführten Anlagen in K***** und G***** verwirklicht. In der abgestimmten Stilllegung der unternehmerisch getrennten Produktionen liege eine Wettbewerbsbeschränkung, deren Zulässigkeit von der kartellrechtlichen Zulässigkeit der gemeinsamen Produktion abhänge. Mit der Aufnahme der gemeinsamen Produktion in G***** hätten die Beteiligten ein Absichtskartell durchgeführt, weilRechtlich führte das Erstgericht aus, die Vereinbarung des Gemeinschaftsunternehmens AMG falle nicht unter Artikel 81, EG, weil eine spürbare Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns nicht anzunehmen sei, liege doch die AMG nicht in Grenznähe und habe sie nur regionale Bedeutung. Die AMG sei kein Gemeinschaftsunternehmen im Sinn des Paragraph 41, Absatz 2, KartG 1988 gewesen, weil es wegen möglicher wechselnder Mehrheiten in den Gesellschafterversammlungen von den Gesellschaftern nicht gemeinsam beherrscht werden sollte und kein Vollfunktionsunternehmen sei, würden doch das tägliche Geschäft der AMG, die den weitaus überwiegenden Teil der Produktion an die Konzerne der Gesellschafter liefere, nicht von den Geschäftsführern, sondern von einem Betriebsleiter abgewickelt und relevante Entscheidungen von führenden Organen der Konzerne der Gesellschafter getroffen. Außerdem handle es sich um ein kooperatives Unternehmen, weil die Konzerne der Gründungsgesellschafter sowohl auf dem regionalen Asphaltmischmarkt als auch auf dem nachgelagerten Straßenbaumarkt tätig seien. Die Antragsgegner hätten die von ihren Konzernen in der Zusammenschlussanmeldung bekundete Absicht der Stilllegung der getrennt geführten Anlagen in K***** und G***** verwirklicht. In der abgestimmten Stilllegung der unternehmerisch getrennten Produktionen liege eine Wettbewerbsbeschränkung, deren Zulässigkeit von der kartellrechtlichen Zulässigkeit der gemeinsamen Produktion abhänge. Mit der Aufnahme der gemeinsamen Produktion in G***** hätten die Beteiligten ein Absichtskartell durchgeführt, weil

- -Strichaufzählung
  die mit der gemeinsamen Produktion eines für das Endprodukt wichtigen Einsatzguts verbundene Vereinheitlichung wesentlicher Kosten und die Reduktion von zwei unabhängigen Produktionsstätten auf eine offensichtlich gewesen sei,
- -Strichaufzählung
  die beteiligten Baukonzerne sowohl auf dem Asphaltmischgutmarkt als auch auf dem nachgelagerten Straßenbaumarkt regional und national als Wettbewerber tätig seien, ihr gemeinsamer Anteil an allen relevanten Märkten etwa 70 % erreiche bzw übersteige, hohe Konzentrationen auf den nicht dynamischen Märkten vorlägen, zumal der Herfindahl-Hirshman-Index von 1800 jeweils wesentlich überschritten werde,
- -Strichaufzählung
  die Straßenbauunternehmen sowohl regional als auch national über eine Vielzahl von Asphaltmischanlagen miteinander verbunden seien und
- -Strichaufzählung
  ein gemeinsames Vorgehen von Wettbewerbern bei der Produktion auch darauf abziele, die von Haus aus gegensätzlichen Interessen der Beteiligten zu koordinieren.

Tatsächlich seien von den Partnern keine neuen Anlagen im Lieferkreis der AMG errichtet worden. Die Partner deckten ihren Bedarf im Wesentlichen bei ihren eigenen oder gemeinsam geführten Asphaltmischanlagen. Die Kooperation zeige sich auch in der Bereitschaft zum Austausch von Einkaufspreisen unter den Konzernunternehmen. Der betroffene Markt weise Wettbewerbsbedingungen auf, bei denen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen besonders

nahe lägen. Es handle sich um homogene und transportintensive Produkte. Wenige Großunternehmen hätten eine führende Stellung. Die Produktionskapazitäten seien größer als der Bedarf. Die relevanten Voraussetzungen für die Bejahung einer Wettbewerbsbeschränkung (Marktanteile im relevanten und im nachgelagerten Markt, Anteil der Kosten des Asphaltmischguts an den Asphaltierungsarbeiten, Kooperation der Beteiligten in anderen Werken) sei den beteiligten Konzernen vor der Gründung der AMG bewusst gewesen. Es gehe hier nicht um die nachträgliche Entdeckung unerwarteter Wirkungen. Ein Bagatellkartell liege nicht vor, weil die Überschreitung der maßgeblichen Marktanteilsgrenzen nicht nur anhand der Marktanteile der am Einzelvertrag Beteiligten, sondern gemäß § 2 Z 2 KartG 1988 auch der mit ihnen konzernverbundenen Unternehmen zu beurteilen sei, zumal das Wettbewerbsverhalten der Konzerntöchter zur Disposition der Konzernleitungen stehe. Da die AMG im Eigentum von drei Konzernen stehe, könne sie nicht nur einem die Anlage beherrschenden Konzern zugeordnet werden. Die Lieferungen seien daher nicht bloß als Lieferungen innerhalb eines einzigen Konzerns zu qualifizieren. Die Entscheidung über den Antrag auf Verhängung einer Geldbuße bleibe vorbehalten.Tatsächlich seien von den Partnern keine neuen Anlagen im Lieferkreis der AMG errichtet worden. Die Partner deckten ihren Bedarf im Wesentlichen bei ihren eigenen oder gemeinsam geführten Asphaltmischanlagen. Die Kooperation zeige sich auch in der Bereitschaft zum Austausch von Einkaufspreisen unter den Konzernunternehmen. Der betroffene Markt weise Wettbewerbsbedingungen auf, bei denen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen besonders nahe lägen. Es handle sich um homogene und transportintensive Produkte. Wenige Großunternehmen hätten eine führende Stellung. Die Produktionskapazitäten seien größer als der Bedarf. Die relevanten Voraussetzungen für die Bejahung einer Wettbewerbsbeschränkung (Marktanteile im relevanten und im nachgelagerten Markt, Anteil der Kosten des Asphaltmischguts an den Asphaltierungsarbeiten, Kooperation der Beteiligten in anderen Werken) sei den beteiligten Konzernen vor der Gründung der AMG bewusst gewesen. Es gehe hier nicht um die nachträgliche Entdeckung unerwarteter Wirkungen. Ein Bagatellkartell liege nicht vor, weil die Überschreitung der maßgeblichen Marktanteilsgrenzen nicht nur anhand der Marktanteile der am Einzelvertrag Beteiligten, sondern gemäß Paragraph 2, Ziffer 2, KartG 1988 auch der mit ihnen konzernverbundenen Unternehmen zu beurteilen sei, zumal das Wettbewerbsverhalten der Konzerntöchter zur Disposition der Konzernleitungen stehe. Da die AMG im Eigentum von drei Konzernen stehe, könne sie nicht nur einem die Anlage beherrschenden Konzern zugeordnet werden. Die Lieferungen seien daher nicht bloß als Lieferungen innerhalb eines einzigen Konzerns zu qualifizieren. Die Entscheidung über den Antrag auf Verhängung einer Geldbuße bleibe vorbehalten.
Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der Antragsgegner wegen Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, jenen im antragsabweisenden Sinn abzuändern. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Der Bundeskartellanwalt und die Bundeswettbewerbsbehörde erstatteten Gegenäußerungen, in denen sie beantragen, dem Rekurs nicht Folge zu geben.
Der Rekurs ist im Sinn des Aufhebungsantrags berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

1. Als Nichtigkeit machen die Rekurswerber geltend, das Erstgericht sei mit seinen Erhebungen über die Marktwirkungen der AMG über den verfahrenseinleitenden Antrag hinausgegangen und habe damit die Dispositionsmaxime verletzt. Der gesamte verfahrenseinleitende Schriftsatz des Bundeskartellanwalts sei von der Entrüstung über die angebliche Missachtung der Vorentscheidung im Zusammenschlussverfahren geprägt. Sein Gegenstand sei nicht gewesen, ob bzw unter welchen Voraussetzungen die Produktion von Asphaltmischgut in gemeinsamen Gesellschaften an sich ein Absichtskartell begründe. Das Erstgericht habe viel grundsätzlichere Überlegungen angestellt.

Die behauptete Nichtigkeit liegt nicht vor:

Gemäß § 36 Abs 3 AußStrG ist jeder Beschluss im Rahmen des Gegenstands des Verfahrens zu fassen, wobei auf die Interessenlage und die zivilrechtlich wirksamen rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen der Parteien Bedacht zu nehmen ist. In Verfahren, die nur auf Antrag eingeleitet werden können, ist der Beschluss im Rahmen der Anträge zu fassen (§ 36 Abs 4 erster Satz AußStrG). § 36 Abs 3 und Abs 4 erster Satz AußStrG ist die Parallelbestimmung zu § 405 ZPO (ErläutRV 224 BlgNR 22. GP zu § 36 AußStrG, abgedruckt in Fucik/Kloiber, AußStrG 156). Abgesehen davon, dass ein Überschreiten des Verfahrensgegenstands nur eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens begründet (16 Ok 20/04; RIS-Justiz RS0007501), hat das Erstgericht nichts anderes ausgesprochen, als beantragt wurde. § 32 Abs 2 AußStrG gibt dem Kartellgericht die amtswegige Ermittlung des Sachverhalts auf. Die amtswegigen Erhebungen des Erstgerichts

hielten sich im Rahmen des Antrags und der Behauptungen des Bundeskartellanwalts, der im Übrigen schon im verfahrenseinleitenden Schriftsatz zu den Wirkungen der Durchführung der beanstandeten gemeinsamen Produktion in G***** und - und ebenso wie die Bundeswettbewerbsbehörde - zu mit der Vereinbarung des Gemeinschaftsunternehmens verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen vorgetragen hat, die in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs im seinerzeitigen Zusamenschlussverfahren nicht behandelt worden waren.Gemäß Paragraph 36, Absatz 3, AußStrG ist jeder Beschluss im Rahmen des Gegenstands des Verfahrens zu fassen, wobei auf die Interessenlage und die zivilrechtlich wirksamen rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen der Parteien Bedacht zu nehmen ist. In Verfahren, die nur auf Antrag eingeleitet werden können, ist der Beschluss im Rahmen der Anträge zu fassen (Paragraph 36, Absatz 4, erster Satz AußStrG). Paragraph 36, Absatz 3 und Absatz 4, erster Satz AußStrG ist die Parallelbestimmung zu Paragraph 405, ZPO (ErläutRV 224 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode zu Paragraph 36, AußStrG, abgedruckt in Fucik/Kloiber, AußStrG 156). Abgesehen davon, dass ein Überschreiten des Verfahrensgegenstands nur eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens begründet (16 Ok 20/04; RIS-Justiz RS0007501), hat das Erstgericht nichts anderes ausgesprochen, als beantragt wurde. Paragraph 32, Absatz 2, AußStrG gibt dem Kartellgericht die amtswegige Ermittlung des Sachverhalts auf. Die amtswegigen Erhebungen des Erstgerichts hielten sich im Rahmen des Antrags und der Behauptungen des Bundeskartellanwalts, der im Übrigen schon im verfahrenseinleitenden Schriftsatz zu den Wirkungen der Durchführung der beanstandeten gemeinsamen Produktion in G***** und - und ebenso wie die Bundeswettbewerbsbehörde - zu mit der Vereinbarung des Gemeinschaftsunternehmens verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen vorgetragen hat, die in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs im seinerzeitigen Zusamenschlussverfahren nicht behandelt worden waren.

2. In der Rechtsrüge wenden sich die Rekurswerber gegen die Auffassung des Erstgerichts, es liege eine Wettbewerbsbeschränkung vor, die beabsichtigt (bezweckt) sei, und es handle sich nicht um ein Bagatellkartell.

Die Rekurswerber führen aus, eine Beschränkung des Wettbewerbs liege aus folgenden Gründen nicht vor: Die im Zusammenschlussverfahren als wettbewerbsbeschränkend qualifizierten Elemente des geplanten Vorhabens seien von den beteiligten Konzernen aus ihren Absprachen eliminiert worden. Die Errichtung der AMG habe den wettbewerblichen Verhaltensspielraum der beteiligten Unternehmen nicht eingeengt, sondern erweitert, indem ihnen die Möglichkeit zum Bezug von Asphaltmischgut aus einer zuvor nicht bestehenden, technisch besseren und kostengünstigeren Anlage verschafft worden sei. Die Erweiterung bestehender Verhaltensspielräume sei nicht wettbewerbsbeschränkend. Es fehle daher eine koordinierte Verhaltensabstimmung am Markt. Ein Eingriff in die Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen liege nicht vor. Der Betrieb der AMG führe nicht zu einer wettbewerblich relevanten Angleichung der Bezugskosten der beteiligten Konzerne für Asphaltmischgut mit potentiellen Wirkungen auf die Preissetzung am nachgelagerten Straßenbaumarkt, beschafften doch die Wettbewerber das Vorprodukt in hohem Maß nicht bei der gemeinsamen Produktionsgesellschaft, sondern aus anderen Quellen. So gehe aus den Feststellungen hervor, dass die Gesellschaften des S***** Konzerns im Jahr 2003 nicht mehr als 6,6 % ihres regionalen Asphaltmischgutbedarfs bei der AMG zu gleichen Preisen wie P***** und A***** eingekauft hätten, die ihrerseits nur 43 % bzw 24,2 % des örtlichen Bedarfs von der AMG bezogen hätten. Hinzu komme, dass selbst bei reinen Asphaltierungsarbeiten zumindest 50 % der Gesamtkosten auf Faktoren entfielen, die mit dem Mischgutpreis ab Werk in keinem Zusammenhang stünden. Insgesamt führe dies dazu, dass die Antragsgegner bei ihren Angeboten auf dem Straßenbaumarkt nicht davon hätten ausgehen können und müssen, dass die Möglichkeit ihrer Wettbewerber zum Bezug bei der AMG zu einer signifikanten Annäherung der Kalkulationsgrundlagen führen könnte. Die Gesellschafter der AMG seien jederzeit in der Lag

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at