

# TE OGH 2002/12/16 16Ok9/02

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.12.2002

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Birgit Langer als Vorsitzende sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Manfred Vogel und Dr. Gerhard Kuras und die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Dr. Thomas Lachs in der Kartellrechtssache der Antragstellerin 9\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Ebert & Huber, Rechtsanwälte in Wien, wider die Antragsgegner

1. O\*\*\*\*\* GmbH & Co KG, \*\*\*\*\* 2. T\*\*\*\*\*gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* 3. KR Prof. Dr. Gerhard F\*\*\*\*\* 4. K\*\*\*\*\* GesmbH, \*\*\*\*\* und 5. Peter B\*\*\*\*\* sämtliche vertreten durch Dr. Michael Krüger, Rechtsanwalt in Linz, wegen §§ 8a, 42a KartG, wegen Feststellung des Vorliegens eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens und Durchführung eines Zusammenschlusses in verbotener Weise bzw des Vorliegens eines Vereinbarungskartells und dessen Untersagung, über den Rekurs der Antragstellerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 21. Mai 2002, GZ 26 Kt 429/02-22, den Beschluss 1. O\*\*\*\*\* GmbH & Co KG, \*\*\*\*\* 2. T\*\*\*\*\*gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* 3. KR Prof. Dr. Gerhard F\*\*\*\*\* 4. K\*\*\*\*\* GesmbH, \*\*\*\*\* und 5. Peter B\*\*\*\*\* sämtliche vertreten durch Dr. Michael Krüger, Rechtsanwalt in Linz, wegen Paragraphen 8 a., 42a KartG, wegen Feststellung des Vorliegens eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens und Durchführung eines Zusammenschlusses in verbotener Weise bzw des Vorliegens eines Vereinbarungskartells und dessen Untersagung, über den Rekurs der Antragstellerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 21. Mai 2002, GZ 26 Kt 429/02-22, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

## Text

Begründung:

Die D\*\*\*\*\* GmbH wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 18. 4. 2001 errichtet. Gesellschafter sind die Antragsgegner dieses Kartellverfahrens, und zwar die O\*\*\*\*\* GmbH & Co KG sowie die T\*\*\*\*\*gesellschaft mbH zu je 30 %, Prof. Dr. Gerhard F\*\*\*\*\* zu 20 %, die K\*\*\*\*\* GesmbH zu 15 % und Peter B\*\*\*\*\* zu 5 %.

Die O\*\*\*\*\* GmbH & Co KG ist ein Tochterunternehmen der T\*\*\*\*\* GmbH, die zur Unternehmensgruppe und Stiftung des Vorarlberger Verlegers Eugen R\*\*\*\*\* gehört. Dieser bringt unter anderem die Tageszeitung V\*\*\*\*\* Nachrichten und Neue V\*\*\*\*\* Tageszeitung heraus und hält auch 26 % der V\*\*\*\*\* Regionalradio GmbH und 10 % der Regionalradio T\*\*\*\*\* GmbH. Alfons D\*\*\*\*\* ist Mitglied des Stiftungsvorstandes der zur Unternehmensgruppe R\*\*\*\*\* zählenden E\*\*\*\*\* Privatstiftung und hält 10 % an der B\*\*\*\*\* Lokalradio GmbH, 25 % an der Lokalradio I\*\*\*\*\* GmbH und 10 % an der Radio A\*\*\*\*\* GmbH.

Die T\*\*\*\*\*gesellschaft mbH zählt als Tochtergesellschaft der Telefonbuchverlag Hans M\*\*\*\*\* GmbH & Co zu einer deutschen Medienunternehmensgruppe, die im Eigentum der Familie O\*\*\*\* steht. Die O\*\*\*\*-Gruppe hält unter anderem Medienbeteiligungen im Ausmaß von 10 % an der V\*\*\*\*\* Regionalradio GmbH, 10 % der Radio A\*\*\*\*\* GmbH sowie 10 % an der RRT-Regionalradio T\*\*\*\*\* GmbH.

Die Willensbildung innerhalb der D\*\*\*\*\* GmbH erfolgt mit einfacher Mehrheit der Stimmen, es gibt keine Stimmabstimmungsverträge und keine Vetorechte.

Die Kommunikationsbehörde Austria erteilte der D\*\*\*\*\* GmbH die Zulassung zur Veranstaltung des beantragten Hörfunkprogramms. Die Anträge mehrerer Mitbewerber, darunter der Antragstellerin in diesem Verfahren, wurden zurück- bzw. abgewiesen. Dieser Bescheid wurde vom Bundeskommunikationssenat bestätigt. Die Entscheidung wurde damit begründet, dass die D\*\*\*\*\* GmbH ein schlüssiges Konzept für ein auf eine ältere Zielgruppe ausgerichtetes Hörfunkprogramm mit Schlagern und Oldies vorgelegt habe und insbesondere im Vergleich zum bisherigen Zulassungsinhaber eine größere Meinungsvielfalt erwarten lasse. Demgegenüber würde die Erteilung der Zulassung an die Antragstellerin in diesem Kartellverfahren dem in § 6 Abs 1 Privatradiogesetz festgelegten Grundsatz der Meinungsvielfalt widersprechen. Diese Antragstellerin stehe gesellschaftsrechtlich, personell und faktisch in einer besonderen Nahebeziehung zur W\*\*\*\*- bzw K\*\*\*\*-Gruppe. Die Kommunikationsbehörde Austria erteilte der D\*\*\*\*\* GmbH die Zulassung zur Veranstaltung des beantragten Hörfunkprogramms. Die Anträge mehrerer Mitbewerber, darunter der Antragstellerin in diesem Verfahren, wurden zurück- bzw. abgewiesen. Dieser Bescheid wurde vom Bundeskommunikationssenat bestätigt. Die Entscheidung wurde damit begründet, dass die D\*\*\*\*\* GmbH ein schlüssiges Konzept für ein auf eine ältere Zielgruppe ausgerichtetes Hörfunkprogramm mit Schlagern und Oldies vorgelegt habe und insbesondere im Vergleich zum bisherigen Zulassungsinhaber eine größere Meinungsvielfalt erwarten lasse. Demgegenüber würde die Erteilung der Zulassung an die Antragstellerin in diesem Kartellverfahren dem in Paragraph 6, Absatz eins, Privatradiogesetz festgelegten Grundsatz der Meinungsvielfalt widersprechen. Diese Antragstellerin stehe gesellschaftsrechtlich, personell und faktisch in einer besonderen Nahebeziehung zur W\*\*\*\*- bzw K\*\*\*\*-Gruppe.

Die Antragstellerin begeht nun die Feststellung, dass ein Medienzusammenschluss im Form eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens im Sinne der §§ 41, 42c, 42a KartG vorliege und in verbotener Weise durchgeführt worden sei; hilfweise die Feststellung, dass ein Vereinbarungskartell vorliege bzw in verbotener Weise durchgeführt worden sei und dessen Untersagung. Alfons D\*\*\*\*\* halte seine Beteiligungen an der B\*\*\*\*\* Lokalradio GmbH, der Lokalradio I\*\*\*\*\* GmbH und der Radio A\*\*\*\*\* GmbH als Treuhänder der R\*\*\*\*-Gruppe. Die D\*\*\*\*\* GmbH als konzentratives Gemeinschaftsunternehmen hätte der kartellgerichtlichen Anmeldung als Medienzusammenschluss bedurft. Andernfalls sei im Rahmen eines kooperativen Gemeinschaftsunternehmens der Tatbestand eines verbotenen und nicht genehmigungsfähigen Vereinbarungskartells verwirklicht worden. Es sei bei den Gesellschaftern O\*\*\*\* GmbH & Co KG und T\*\*\*\*\*gesellschaft mbH eine spezifische Interessenslage gegeben, die im Hinblick auf ihre Zugehörigkeit zu den Unternehmensgruppen R\*\*\*\* und O\*\*\*\* und deren gemeinsame Aktivitäten in anderen Bundesländern auf dem Privatradiomarkt in Gesamtösterreich ein abgestimmtes Vorgehen indiziere. In auffallender Weise seien diese Gesellschafter in drei Bundesländern an jeweils denselben Radiobetreibern beteiligt. Es diene ein derartiger Zusammenschluss der Wettbewerbsvermeidung, indem man sich gemeinsam um eine Radiolizenz bewerbe. Die Antragstellerin begeht nun die Feststellung, dass ein Medienzusammenschluss im Form eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens im Sinne der Paragraphen 41., 42c, 42a KartG vorliege und in verbotener Weise durchgeführt worden sei; hilfweise die Feststellung, dass ein Vereinbarungskartell vorliege bzw in verbotener Weise durchgeführt worden sei und dessen Untersagung. Alfons D\*\*\*\*\* halte seine Beteiligungen an der B\*\*\*\*\* Lokalradio GmbH, der Lokalradio I\*\*\*\*\* GmbH und der Radio A\*\*\*\*\* GmbH als Treuhänder der R\*\*\*\*-Gruppe. Die D\*\*\*\*\* GmbH als konzentratives Gemeinschaftsunternehmen hätte der kartellgerichtlichen Anmeldung als Medienzusammenschluss bedurft. Andernfalls sei im Rahmen eines kooperativen Gemeinschaftsunternehmens der Tatbestand eines verbotenen und nicht genehmigungsfähigen Vereinbarungskartells verwirklicht worden. Es sei bei den Gesellschaftern O\*\*\*\* GmbH & Co KG und T\*\*\*\*\*gesellschaft mbH eine spezifische Interessenslage gegeben, die im Hinblick auf ihre Zugehörigkeit zu den Unternehmensgruppen R\*\*\*\* und O\*\*\*\* und deren gemeinsame Aktivitäten in anderen Bundesländern auf dem Privatradiomarkt in Gesamtösterreich ein abgestimmtes Vorgehen

indizierte. In auffallender Weise seien diese Gesellschafter in drei Bundesländern an jeweils denselben Radiobetreibern beteiligt. Es diene ein derartiger Zusammenschluss der Wettbewerbsvermeidung, indem man sich gemeinsam um eine Radiolizenz bewerbe.

Die Antragsgegner beantragten die Abweisung des Antrages. Es liege kein konzentrativer Gemeinschaftsunternehmens vor, da die Möglichkeit wechselnder Mehrheiten innerhalb der Gesellschaft bestehe. Ebensowenig gebe es eine Kartellbildung.

Das Erstgericht wies den Antrag ab. Es fehle die gemeinsame Beherrschung durch die Gründer. Diese setze eine gemeinsame Kontrolle voraus, dass also jeder Beteiligte die Möglichkeit zur Beeinflussung strategischer Entscheidungen habe, etwa weil eine paritätische Verteilung der Stimmrechte im Gemeinschaftsunternehmen begründet wurde. Bei möglichen wechselnden Mehrheiten liege keine gemeinsame Beherrschung vor. Auch nach der Auffassung der Europäischen Kommission werde die Kontrolle mit der Möglichkeit begründet, einen bestimmenden Einfluss auf ein Unternehmen auszuüben. Auch bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ergebe sich keine gemeinsame Beherrschung, weil nicht nachgewiesen sei, dass mit einem gleichförmigen Abstimmungsverhalten bestimmter Gesellschafterblöcke zu rechnen sei. Eine spezifische Interessenslage, die auf Dauer eine einheitliche Einflussnahme auf die Entscheidung erwarten lasse, liege nicht vor, ebensowenig ein sogenannter Netzwerkeffekt, der aus der Beteiligung von Unternehmen an verschiedenen Beteiligungsunternehmen entstehen könne. Es gäbe ja auch sonst nur Minderheitsbeteiligungen an zwei, allenfalls auch unter Berücksichtigung von Radio A\*\*\*\*\* drei, Regionalradios, die auf anderen räumlichen Märkten tätig seien und für die Sicherung der Verfolgung gemeinsamer Interessen über den ausgewiesenen Gesellschaftszweck hinaus nicht ausreichten. Ob D\*\*\*\*\* seine Beteiligungen am B\*\*\*\*\* Lokalradio und dem Lokalradio I\*\*\*\*\* nur treuhändig für die Unternehmensgruppe R\*\*\*\*\* halte, könne dahingestellt bleiben, weil die O\*\*\*\*\*-Gruppe an diesen Lokalradios nicht beteiligt sei. Die jeweiligen Minderheitsbeteiligungen von R\*\*\*\*\* und O\*\*\*\*\* an den Regionalradios in V\*\*\*\*\* und T\*\*\*\*\*, allenfalls auch in S\*\*\*\*\* (A\*\*\*\*\*) seien so gering, dass auch bei einem abgestimmten Vorgehen R\*\*\*\*\* und O\*\*\*\*\* kein beherrschender Einfluss zukäme (26 % + 10 % bzw. jeweils 10 % + 10 %). Der Tatbestand eines Gemeinschaftsunternehmens, sei es kooperativ oder konzentrativ, liege daher mangels gemeinsamer Beherrschung nicht vor. Die Gründung der Gesellschaft selbst, um sich um eine Radiolizenz in W\*\*\*\*\*, und somit in einem anderen örtlich relevanten Markt zu bewerben, anstelle diesbezüglich in Konkurrenz miteinander zu treten, könne zwar eine Wettbewerbsbeschränkung vergleichbar einer Bietergemeinschaft darstellen, die darin allenfalls gelegene Wettbewerbsbeschränkung sei aber mit der Erteilung der Lizenz nicht mehr aktuell und kartellrechtlich bekämpfbar.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der Antragstellerin mit dem Antrag, den Beschluss des Erstgerichts dahin abzuändern, dass den Anträgen stattgegeben werde; hilfsweise beantragt die Rekurswerberin, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

Die Antragsgegner beantragen, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Die Rekurswerberinnen führen ihren Rekurs im Wesentlichen ausschließlich zur Frage aus, inwieweit überhaupt das "Beherrschende" des neu gegründeten Unternehmens als Tatbestandsvoraussetzung des § 41 Abs 2 KartG anzusehen bzw. diese hier verwirklicht sei. Die Rekurswerberinnen führen ihren Rekurs im Wesentlichen ausschließlich zur Frage aus, inwieweit überhaupt das "Beherrschende" des neu gegründeten Unternehmens als Tatbestandsvoraussetzung des Paragraph 41, Absatz 2, KartG anzusehen bzw. diese hier verwirklicht sei.

§ 41 KartG lautet wie folgt: Paragraph 41, KartG lautet wie folgt:

"(1) Als Zusammenschluss im Sinn dieses Bundesgesetzes gelten

1. der Erwerb eines Unternehmens, ganz oder zu einem wesentlichen Teil, durch einen Unternehmer, insbesondere durch Verschmelzung oder Umwandlung,
2. der Erwerb eines Rechts durch einen Unternehmer an der Betriebsstätte eines anderen Unternehmers durch Betriebsüberlassungs- oder Betriebsführungsverträge,

3. der unmittelbare oder mittelbare Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft, die Unternehmer ist, durch einen anderen Unternehmer sowohl dann, wenn dadurch ein Beteiligungsgrad von 25 %, als auch dann, wenn dadurch ein solcher von 50 % erreicht oder überschritten wird,
4. das Herbeiführen der Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder der zur Geschäftsführung berufenen Organe oder der Aufsichtsräte von zwei oder mehreren Gesellschaften, die Unternehmer sind,
5. jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein Unternehmer unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben kann.

(2) Als Zusammenschluss gilt auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das

1. auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und
  2. keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander oder im Verhältnis zu dem Gemeinschaftsunternehmen mit sich bringt.
- .....

(3) Gehören alle beteiligten Unternehmen einem Konzern (§ 15 Aktiengesetz 1965, BGBI Nr 98, § 115 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBI Nr 58/1906) an, so liegt kein Zusammenschluss vor."(3) Gehören alle beteiligten Unternehmen einem Konzern (Paragraph 15, Aktiengesetz 1965, BGBI Nr 98, Paragraph 115, des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBI Nr 58/1906) an, so liegt kein Zusammenschluss vor."

Die beiden zentralen Argumente der Rekurswerberin liegen nun darin, dass Abs 2 des§ 41 KartG ja die "Beherrschung" des Gemeinschaftsunternehmens durch die Gründungsgesellschaften gar nicht vorsehe, jedenfalls aber der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht auch in seiner Entscheidung zu 16 Ok 9/01 zu § 41 Abs 1 Z 3 KartG schon eine Beteiligung von 25 % (hier 30 %) als ausreichend angesehen habe, ohne noch eine darüber hinausgehende "gemeinsame Beherrschung" zu fordern.Die beiden zentralen Argumente der Rekurswerberin liegen nun darin, dass Absatz 2, des Paragraph 41, KartG ja die "Beherrschung" des Gemeinschaftsunternehmens durch die Gründungsgesellschaften gar nicht vorsehe, jedenfalls aber der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht auch in seiner Entscheidung zu 16 Ok 9/01 zu Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 3, KartG schon eine Beteiligung von 25 % (hier 30 %) als ausreichend angesehen habe, ohne noch eine darüber hinausgehende "gemeinsame Beherrschung" zu fordern.

Dem ersten Argument ist nun entgegenzuhalten, dass das Erfordernis der "gemeinsamen Beherrschung" für die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen sich schon aus dem Begriff des "Gemeinschaftsunternehmens" ableiten lässt. Es kann eben nur dann ein "Gemeinschaftsunternehmen" im Sinne des § 41 Abs 2 KartG vorliegen, wenn dieses auch von den Gründungsunternehmen "gemeinsam beherrscht" wird. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung (vgl etwa Reich-Rohrwig/Zehetner § 41 E 16a und b = KOG 15. 12. 1998 16 Ok 15/98 = ÖBI 1999, 132; KOG 13. 9. 1999 16 Ok 5 /99) und Lehre (vgl etwa Barfuß/Wollman/Tahedl Österreichisches Kartellrecht, 117; Wessely, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, 88; Gugerbauer Handbuch der Fusionskontrolle, 141; zum Begriff des Gemeinschaftsunternehmens im Sinne der Fusionskontrollverordnung vgl Gleiss/Hirsch Kommentar zum EG-Kartellrecht4, Art 85 Rz 546 ff; Ablasser Medienmarkt und Fusionskontrolle, 80 ua). Diese Auslegung des Begriffes des "Gemeinschaftsunternehmens" wird auch dem Zweck der Zusammenschlussverfahren gerecht, "präventiv" das allgemeine Interesse an der Aufrechterhaltung einer Marktstruktur, die einen funktionierenden Wettbewerb verspricht, zu fördern (vgl zuletzt OGH 1. 7. 2002 16 OK 2/02 mwN; OGH 21. 12. 2001 16 Ok 8/01;Dem ersten Argument ist nun entgegenzuhalten, dass das Erfordernis der "gemeinsamen Beherrschung" für die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen sich schon aus dem Begriff des "Gemeinschaftsunternehmens" ableiten lässt. Es kann eben nur dann ein "Gemeinschaftsunternehmen" im Sinne des Paragraph 41, Absatz 2, KartG vorliegen, wenn dieses auch von den Gründungsunternehmen "gemeinsam beherrscht" wird. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung vergleiche etwa Reich-Rohrwig/Zehetner Paragraph 41, E 16a und b = KOG 15. 12. 1998 16 Ok 15/98 = ÖBI 1999, 132; KOG 13. 9. 1999 16 Ok 5 /99) und Lehre vergleiche etwa Barfuß/Wollman/Tahedl Österreichisches Kartellrecht, 117; Wessely, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle, 88; Gugerbauer Handbuch der Fusionskontrolle, 141; zum Begriff des Gemeinschaftsunternehmens im Sinne der Fusionskontrollverordnung vergleiche Gleiss/Hirsch Kommentar zum EG-Kartellrecht4, Artikel 85, Rz 546 ff; Ablasser Medienmarkt und Fusionskontrolle, 80 ua). Diese Auslegung des Begriffes des "Gemeinschaftsunternehmens" wird auch dem Zweck der Zusammenschlussverfahren

gerecht, "präventiv" das allgemeine Interesse an der Aufrechterhaltung einer Marktstruktur, die einen funktionierenden Wettbewerb verspricht, zu fördern vergleiche zuletzt OGH 1. 7. 2002 16 OK 2/02 mwN; OGH 21. 12. 2001 16 Ok 8/01;

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

Koppensteiner Österreichisches Wettbewerbsrecht3, 249 f; Wessely aaO, 2 uva). Dieser Zweck wird ja nur dann beeinträchtigt, wenn die Gründungsunternehmen die Kontrolle über die von ihnen eingebrachten Ressourcen behalten und gemeinsam ausüben, wodurch ein in die Gründungsunternehmen hineinwirkender "Gruppeneffekt" entstehen kann (vgl Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO, 119; Wessely aaO, 88); andernfalls entsteht im Wesentlichen doch nur eine neue Teilnehmer am Wettbewerb. Von dieser Art des "konzentrativen" Gemeinschaftsunternehmens, dessen Kontrolle im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens erfolgt, soll durch die Z 2 des § 41 Abs 2 KartG das sogenannte "kooperative" Gemeinschaftsunternehmen abgegrenzt werden, das überhaupt der Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründungsunternehmen dient und der strengeren Kontrolle als Kartell unterliegt und nicht der Kontrolle im Zusammenschlussverfahren (vgl Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO, 118; Koppensteiner Wettbewerbsrecht3, 263 uva). Dazu finden sich im Rekurs aber gar keine Ausführungen.Koppensteiner Österreichisches Wettbewerbsrecht3, 249 f; Wessely aaO, 2 uva). Dieser Zweck wird ja nur dann beeinträchtigt, wenn die Gründungsunternehmen die Kontrolle über die von ihnen eingebrachten Ressourcen behalten und gemeinsam ausüben, wodurch ein in die Gründungsunternehmen hineinwirkender "Gruppeneffekt" entstehen kann vergleiche Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO, 119; Wessely aaO, 88); andernfalls entsteht im Wesentlichen doch nur eine neue Teilnehmer am Wettbewerb. Von dieser Art des "konzentrativen" Gemeinschaftsunternehmens, dessen Kontrolle im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens erfolgt, soll durch die Ziffer 2, des Paragraph 41, Absatz 2, KartG das sogenannte "kooperative" Gemeinschaftsunternehmen abgegrenzt werden, das überhaupt der Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründungsunternehmen dient und der strengeren Kontrolle als Kartell unterliegt und nicht der Kontrolle im Zusammenschlussverfahren vergleiche Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO, 118; Koppensteiner Wettbewerbsrecht3, 263 uva). Dazu finden sich im Rekurs aber gar keine Ausführungen.

Dem zweiten, auf die Entscheidung 16 Ok 9/01 gestützten Argument des Rekurses ist folgendes entgegenzuhalten:

Die Entscheidung erging zur Frage einer Beteiligung im Sinne des§ 41 Abs 1 Z 3 KartG . Danach gilt als Zusammenschluss im Sinn des KartG auch der unmittelbare oder mittelbare Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft, die Unternehmer ist, durch einen anderen Unternehmer, wenn dadurch ein Beteiligungsgrad von 25 %, oder, wenn dadurch ein solcher von 50 % erreicht oder überschritten wird. Der erkennende Senat hat sich in dieser Entscheidung vom 17. 12. 2001 zu 16 Ok 9/01 (= ecolex 2002, 194, mit Anm Wollmann) mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit für die Verwirklichung von Zusammenschlusstatbeständen zusätzlich zur 25 %igen Beteiligung generell ein beherrschender Einfluss notwendig ist. Er hat sich dabei der Meinung von Wessely (Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle 45 ff), Koppensteiner (Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht3 258 f), Gugerbauer (Komm zum KartG2 § 41 Rz 9 und Handbuch der Fusionskontrolle § 41 Rz 10) und der überwiegenden deutschen Lehre zum vergleichbaren Tatbestand der § 23 Abs 2 GWB (für alle Ruppelt in Langen/Bunte, Deutsches und europäisches Kartellrecht Rz 19 ff zu § 23 und Rz 6 f zu § 24 GWB) angeschlossen, wonach bereits eine bloß 25 %ige Beteiligung genügt (abstrakte Gefährdungstatbestand-Prüfungsmöglichkeit; anders Barfuß in ecolex 1992, 344 f; 1994, 626 und 1995, 191 und Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht 114 f, die zusätzlich das Vorliegen einer Beherrschungsmöglichkeit verlangen). Wie groß nun die tatsächlichen Einflussmöglichkeiten sind bzw wie weit nach dem Zusammenschluss tatsächlich mit einem abgestimmten Marktverhalten zu rechnen ist, ist dann in einem zweiten Prüfungsschritt, bei dem es um die Frage geht, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, zu berücksichtigen.Die Entscheidung erging zur Frage einer Beteiligung im Sinne des Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 3, KartG . Danach gilt als Zusammenschluss im Sinn des KartG auch der unmittelbare oder mittelbare Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft, die Unternehmer ist, durch einen anderen Unternehmer, wenn dadurch ein Beteiligungsgrad von 25 %, oder, wenn dadurch ein solcher von 50 % erreicht oder überschritten wird. Der erkennende Senat hat sich in dieser Entscheidung vom 17. 12. 2001 zu 16 Ok 9/01 (= ecolex 2002, 194, mit Anmerkung Wollmann) mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit für die Verwirklichung von Zusammenschlusstatbeständen zusätzlich zur 25 %igen Beteiligung generell ein beherrschender Einfluss notwendig ist. Er hat sich dabei der Meinung von Wessely (Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle 45 ff),

Koppensteiner (Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht3 258 f), Gugerbauer (Komm zum KartG2 Paragraph 41, Rz 9 und Handbuch der Fusionskontrolle Paragraph 41, Rz 10) und der überwiegenden deutschen Lehre zum vergleichbaren Tatbestand der Paragraph 23, Absatz 2, GWB (für alle Ruppelt in Langen/Bunte, Deutsches und europäisches Kartellrecht Rz 19 ff zu Paragraph 23 und Rz 6 f zu Paragraph 24, GWB) angeschlossen, wonach bereits eine bloß 25 %ige Beteiligung genügt (abstrakte Gefährdungstatbestand-Prüfungsmöglichkeit; anders Barfuß in ecolex 1992, 344 f; 1994, 626 und 1995, 191 und Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht 114 f, die zusätzlich das Vorliegen einer Beherrschungsmöglichkeit verlangen). Wie groß nun die tatsächlichen Einflussmöglichkeiten sind bzw wie weit nach dem Zusammenschluss tatsächlich mit einem abgestimmten Marktverhalten zu rechnen ist, ist dann in einem zweiten Prüfungsschritt, bei dem es um die Frage geht, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, zu berücksichtigen.

Der wesentliche Unterschied zwischen dem Zusammenschlusstatbestand des§ 41 Abs 1 Z 3 KartG und jenem der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne des § 41 Abs 2 KartG liegt schon darin, dass es bei einem Gemeinschaftsunternehmen ja nicht unmittelbar um den Zusammenschluss bestehender Unternehmen geht. Vielmehr wird die Neugründung eines selbständigen Marktteilnehmers vorausgesetzt (vgl § 42 Abs 2 Z 1 KartG) und es darf die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens auch nicht der Koordinierung des Wettbewerbs der Gründungsunternehmen dienen (vgl § 41 Abs 2 Z 2 KartG vgl zur Abgrenzung zur Kontrolle als Kartell die obigen Ausführungen). Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens wird nach § 41 Abs 2 KartG vielmehr im Wesentlichen nur deshalb erfasst, weil durch die gemeinsame Kontrolle dieses neuen Marktteilnehmers, des konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens, über den Gruppeneffekt bei den Gründungsunternehmen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs entstehen könnte. Dies ist aber eine schon im Ansatz völlig andere Problemstellung als die unmittelbare Beteiligung von bisher selbständigen Unternehmen an einander im Sinne des § 41 Abs 1 Z 3 KartG. Der wesentliche Unterschied zwischen dem Zusammenschlusstatbestand des Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 3, KartG und jenem der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne des Paragraph 41, Absatz 2, KartG liegt schon darin, dass es bei einem Gemeinschaftsunternehmen ja nicht unmittelbar um den Zusammenschluss bestehender Unternehmen geht. Vielmehr wird die Neugründung eines selbständigen Marktteilnehmers vorausgesetzt vergleiche Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, KartG) und es darf die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens auch nicht der Koordinierung des Wettbewerbs der Gründungsunternehmen dienen vergleiche Paragraph 41, Absatz 2, Ziffer 2, KartG; vergleiche zur Abgrenzung zur Kontrolle als Kartell die obigen Ausführungen). Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens wird nach Paragraph 41, Absatz 2, KartG vielmehr im Wesentlichen nur deshalb erfasst, weil durch die gemeinsame Kontrolle dieses neuen Marktteilnehmers, des konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens, über den Gruppeneffekt bei den Gründungsunternehmen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs entstehen könnte. Dies ist aber eine schon im Ansatz völlig andere Problemstellung als die unmittelbare Beteiligung von bisher selbständigen Unternehmen an einander im Sinne des Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 3, KartG.

Alleine eine 25 %ige Beteiligung, die für die Erfüllung des Tatbestandes des§ 41 Abs 1 Z 3 KartG ausreicht, kann aber bei einer gemeinsamen Neugründung den Tatbestand eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne des § 41 Abs 2 KartG noch nicht bewirken. Alleine eine 25 %ige Beteiligung, die für die Erfüllung des Tatbestandes des Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 3, KartG ausreicht, kann aber bei einer gemeinsamen Neugründung den Tatbestand eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne des Paragraph 41, Absatz 2, KartG noch nicht bewirken.

Ausgehend von dem Vorbringen der Antragstellerinnen und den Feststellungen im erstgerichtlichen Verfahren hat das Erstgericht die Anträge zutreffend abgewiesen.

Dem Rekurs war daher ein Erfolg zu versagen.

### **Anmerkung**

E67923 16Ok9.02

### **Schlagworte**

Kennung XPUBL - XBEITR Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in ÖBI 2003,280 (Barbist) XPUBLEND

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

ECLI:AT:OGH0002:2002:0160OK00009.02.1216.000

### **Dokumentnummer**

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)