jusline®
»» Recht. Schnell

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

# TE OGH 1998/12/15 16Ok15/98

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 15.12.1998

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Birgit Langer als Vorsitzende sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer, Dkfm. Joachim Lamel, Dkfm. Alfred Reiter und Dr. Thomas Lachs als weitere Richter in der Kartellrechts- bzw Zusammenschlußsache der Anmelderinnen 1. AGes-*****-GesmbH, *****, 2. AB *****gesellschaft mbH, *****, 3. I***** Gesellschaft mbH, *****, alle vertreten durch Dr. Lothar Hofmann, Rechtsanwalt in Wien, wegen Anmeldung eines Zusammenschlusses zum Betrieb eines Gemeinschaftsunternehmens und Feststellungsantrag nach § 8a KartG (Vorliegen eines Kartell nach § 10 KartG) der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, *****, infolge Rekurses der Anmelderinnen gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 10. August 1998, GZ 25 Kt 107, 125, 206/98-39, denDer Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Birgit Langer als Vorsitzende sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer, Dkfm. Joachim Lamel, Dkfm. Alfred Reiter und Dr. Thomas Lachs als weitere Richter in der Kartellrechts- bzw Zusammenschlußsache der Anmelderinnen 1. AGes-*****-GesmbH, *****, 2. AB *****gesellschaft mbH, *****, 3. I***** Gesellschaft mbH, *****, alle vertreten durch Dr. Lothar Hofmann, Rechtsanwalt in Wien, wegen Anmeldung eines Zusammenschlusses zum Betrieb eines Gemeinschaftsunternehmens und Feststellungsantrag nach Paragraph 8 a, KartG (Vorliegen eines Kartell nach Paragraph 10, KartG) der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, *****, infolge Rekurses der Anmelderinnen gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 10. August 1998, GZ 25 Kt 107, 125, 206/98-39, den

Beschluß

gefaßt:

**Spruch**

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

**Text**

Begründung:

Die AGes-*****-GesmbH, die AB *****gesellschaft mbH und die I***** Gesellschaft mbH meldeten die Gründung der YA Y***** GesmbH & Co KG (in der Folge: YA GmbG & Co KG) und der YA Ybbstaler Asphaltmischwerke GmbH (in der Folge YA GmbH) als Zusammenschluß an. Die YA GmbH soll mit einem Stammkapital von S 500.000,-- gegründet werden, wovon die Erstanmelderin S 250.000,--, die Zweitanmelderin S 125.000,-- und die Drittanmelderin ebenfalls S 125.000,-- übernehmen werden. Diese GmbH wird Komplementärin der YA GmbH & Co KG, wobei die Erstanmelderin S 4,000.000,--, die Zweit- und Drittanmelderin je S 2,000.000,-- als Haft- und bedungene Einlagen übernehmen werden.

Die YA GesmbH & Co KG erwirbt von der Erstanmelderin die Asphaltmischanlage G*****, die Umsatzerlöse von über S 5,000.000,-- hat und beabsichtigt, die Errichtung einer neuen Asphaltmischanlage mit einer Kapazität von ca 240 t/h.

Die alte Anlage und die Anlage in K*****, die zum Konzernverbund der Drittanmelderin gehört, sollen stillgelegt werden.

An der Erstanmelderin sind zu 49 % die A***** AG und die T***** AG beteiligt. Die Aktien der Erstgenannten stehen zu 100 % im Eigentum der *****-P***** AG; an dieser hält die Bank A***** eine Beteiligung von 37,3 %. Die Umsatzerlöse des P***** Konzerns haben 1996 im Inland S 10,5 Milliarden betragen. Bezogen auf die Bauproduktion in Österreich beträgt der Marktanteil des P*****-Konzerns etwa 8 %. Vom Grundkapital der T***** AG werden 81,62 % von den Wiener S***** und 8,16 % von der P***** AG gehalten. Die Umsatzerlöse haben 1995 ca S 5,5 Milliarden im Inland betragen, das sind etwa 4,5 % des gesamten Inlandumsatzes des Bauwirtschaft in Österreich.

Die Zweitanmelderin befindet sich im Alleineigentum der AM B*****gesellschaft mbH; diese ist Mehrheitseigentümerin der A***** und M*****-Gruppe. 1996 haben die Erstgenannte im Inland Umsatzerlöse von S 3 Milliarden, die Zweitgenannte von S 3,5 Milliarden erzielt, das ergibt zusammen einen Anteil von knapp unter 5 % der Inlandumsätze der österreichischen Bauwirtschaft.

An der Drittanmelderin ist zu 100 % die börsennotierte B***** AG beteiligt. Deren Umsatzerlöse haben 1996/97 auf dem inländischen Baumarkt S 6,3 Milliarden betragen, das ergibt einen Marktanteil von etwas unter 5 %. Zwischenzeitig hat diese zu 25 Kt 66/98 als Zusammenschluß angemeldet, daß sie über die Drittanmelderin die ebenfalls im Straßenbau tätigen Gesellschaften Str***** und St***** erwerbe; dieser Zusammenschluß wurde unter Erteilung von Auflagen nicht untersagt.

Nach dem in Ergänzung zur Anmeldung vorliegenden Entwurf eines Gesellschaftsvertrages wird die YA GmbH & Co KG auf unbestimmte Zeit zur Errichtung und zum Betrieb einer Asphaltmischanlage im Ybbstal errichtet. Vorgesehen ist die Herstellung von Mischgut unter Verwendung von Bindemitteln aller Art, insbesondere bituminösen Bindemitteln (Asphalt) zur Verwendung im Bauwesen und der Vertrieb des hergestellten Mischgutes. Die YA GmbH soll der YA GmbH & Co KG ohne Substanzbeteiligung angehören, sie soll Arbeitsgesellschafterin sein, ohne eine Einlage zu leisten.

Nach dem Gesellschaftsvertrag der YA GmbH & Co KG bedürfen über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehende Handlungen und eine größere Zahl dort näher aufgezählter Geschäfte der Genehmigung durch Gesellschafterbeschluß. Dazu gehören insbesondere Investitionen, wenn die Anschaffungskosten im einzelnen S 100.000,-- und insgesamt S 1,000.000,-- in einem Geschäftsjahr übersteigen, das Eingehen von Dauerschuldverhältnissen mit einem Wert im Einzelfall von S 120.000,-- und insgesamt S 600.000,--; die Aufnahme und Gewährung von Darlehen und Krediten, soweit eines dieser Geschäfte einen Betrag von S 500.000,-- oder insgesamt einen Betrag von S 2,000.000,-- in einem Geschäftsjahr übersteigt sowie die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik und der anzustrebenden Gesellschaftserfolge. Diese Gesellschafterbeschlüsse müssen stets einstimmig gefaßt werden. Die Gesellschafter sind verpflichtet, im Einzugsgebiet der von der Gesellschaft betriebenen Asphaltmischanlage zum Einbau benötigtes Asphaltmischgut ausschließlich von der Gesellschaft zu beziehen. Die Gesellschafter verpflichten sich für sich und für die Gesellschaften, an denen sie direkt oder indirekt mehrheitlich beteiligt sind, sich im Einzugsgebiet der von der Gesellschaft betriebenen Asphaltmischanlage aus dem Geschäftsbereich Erzeugung und Vertrieb von Asphaltmischgut zurückzuziehen und werden daher im Einzugsgebiet der von der Gesellschaft betriebenen Asphaltmischanlage weder neue Asphaltmischanlagen errichten, noch sich an solchen beteiligen.

Jeder Gesellschafter der YA GmbH ist berechtigt, einen Geschäftsführer zu entsenden. Diese sind verpflichtet, vor Durchführung der in § 30j Abs 5 GmbHG und der im Gesellschaftsvertrag angeführten Geschäfte die Zustimmung der Generalversammlung einzuholen, deren Beschlüsse einstimmig zu fassen sind. Die im Gesellschaftsvertrag der GmbH genannten zustimmungspflichtigen Geschäfte entsprechen den oben angeführten zustimmungspflichtigen Geschäften nach dem Gesellschaftsvertrag der KG.Jeder Gesellschafter der YA GmbH ist berechtigt, einen Geschäftsführer zu entsenden. Diese sind verpflichtet, vor Durchführung der in Paragraph 30 j, Absatz 5, GmbHG und der im Gesellschaftsvertrag angeführten Geschäfte die Zustimmung der Generalversammlung einzuholen, deren Beschlüsse einstimmig zu fassen sind. Die im Gesellschaftsvertrag der GmbH genannten zustimmungspflichtigen Geschäfte entsprechen den oben angeführten zustimmungspflichtigen Geschäften nach dem Gesellschaftsvertrag der KG.

Asphaltmischgut wird im Straßenbau als Belag und bei Autobahnen vorwiegend als Unterbelag verwendet. Circa 50 % des Asphaltmischgutes wird für Bundes- und Landesstraßen, ca 30 % für Gemeindestraßen benötigt. Circa 20 % wird für private Abnehmer (Industriebauten, Parkplätze etc) verwendet. Die öffentliche Hand wendet im Rahmen des

Straßenbaubudgets ungefähr 30 % für die Komponente Asphaltmischgut auf. Für einen Kilometer Straße werden ca 10.000 t Asphaltmischgut benötigt. Die Lebensdauer eines solchen Straßenbelages beläuft sich auf ca 8 bis 10 Jahre. Asphaltmischgut wird überwiegend in stationären Anlagen erzeugt. Nur bei größeren Projekten finden auch mobile Anlagen Verwendung. Der Lieferradius eines stationären Werkes beträgt ungefähr 50 km (ca 1 Stunde Fahrzeit). Ein Straßenbauunternehmen, das über eine eigene Asphaltmischanlage verfügt, hat einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil. Für ein Asphaltmischwerk bietet die Verbindung mit einem Straßenbauunternehmen wirtschaftlich gesehen eine Garantie für einen gesicherten Absatz. Das geplante Asphaltmischwerk soll künftig von Gesellschaften betrieben werden, die mittelbar im Eigentum der vier größten österreichischen Straßenbauunternehmen stehen; deren Marktanteil beträgt ca 80 % des österreichischen Straßenbaumarktes.

Unter technischen und betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten ist die Neuerrichtung des Werkes und der Ablösung der überalterten Anlagen in G***** und K***** positiv zu beurteilen. Den gestiegenen qualitativen Anforderungen können alte Anlagen nicht voll und rasch entsprechen; mit einem neuen Werk, welches rationeller arbeitet, können die Stückkosten gesenkt werden. Im Lieferradius von 50 km um die neu zu errichtende Anlage sind an neun Standorten Unternehmen mit Asphaltmischanlagen mit einer Gesamtkapazität von über 900 t/h tätig, wovon 3 mit einer Kapazität von nahezu 200 t/h im direkten Eigentum oder im konzernmäßigen Verbund der Anmelderinnen stehen. Die Anmelderinnen erklärten, daß die am Vorhaben beteiligten Konzerne nicht die Absicht hätten, von G***** und K***** abgesehen, Asphaltmischanlagen im relevanten örtlichen Markt oder ihre Beteiligung an diesen aufzugeben.

Die Anmelderinnen motivieren die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens damit, daß die Anlagen von G***** und K***** mit zusammen kleinerer Kapazität als die geplante Neuanlage zur Marktversorgung technisch ungeeignet seien. Mit einer größeren Anzahl von Heißilierungstaschen, die bei der neuen Anlage geplant seien, bestehe die Möglichkeit, eine große Anzahl von Asphaltmischgutsorten unmittelbar hintereinander zu produzieren und zwischenzulagern. Erst diese technische Ausstattung machte die Anlage zur Marktversorgung geeignet. Im Hinblick auf die zu tätigende Investition in Höhe von ca S 50 Millionen seien Elemente einer gemeinsamen Kontrolle der zu errichtenden Gesellschaft durch die Gesellschafter vorgesehen. "Die Approbierung des Zusammenschlusses möge aber auch unabhängig von dieser erfolgen." Ergänzend brachten sie vor, sie erhielten als Element der Gewinnverteilung für entsprechende Abnahmen eine besondere Bonifikation, der allerdings bei Nichterreichen in Aussicht gestellter Abnahmen eine Belastung gegenüber stehe. Für die Formulierung einzelner Detailbestimmungen des Gesellschaftsvertrages würden die Ergebnisse des gegenständlichen Verfahrens abgewartet. Für den Fall, daß sich das Kartellgericht nicht in der Lage sehe, auf Basis der vorliegenden Vertragsentwürfe auszusprechen, daß der Zusammenschluß nicht untersagt werde, beantragten sie, ihnen Änderungen der Gesellschaftsverträge aufzutragen, und erklärten ihre Bereitschaft die Kataloge zustimmungspflichtiger Geschäfte zu streichen oder zu redimensionieren.

Die Amtspartei Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte beantragte vorerst die Prüfung des angemeldeten Zusammenschlusses und in der Folge die Feststellung, daß das angemeldete Vorhaben nicht als Zusammenschluß iSd § 41 KartG, sondern als Kartell iSd § 10 KartG zu beurteilen sei.Die Amtspartei Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte beantragte vorerst die Prüfung des angemeldeten Zusammenschlusses und in der Folge die Feststellung, daß das angemeldete Vorhaben nicht als Zusammenschluß iSd Paragraph 41, KartG, sondern als Kartell iSd Paragraph 10, KartG zu beurteilen sei.

Nach mehrfacher Befassung des Paritätischen Ausschusses für Kartellangelegenheiten stellte das Erstgericht fest, daß das als Zusammenschluß angemeldete Vorhaben keinen Zusammenschluß nach § 41 KartG, sondern ein vereinbartes Absichtskartell (§ 10 KartG) begründe, ohne ein Bagatellkartell (§ 16 KartG) zu sein, und wies die Anmeldung des Zusammenschlusses zurück.Nach mehrfacher Befassung des Paritätischen Ausschusses für Kartellangelegenheiten stellte das Erstgericht fest, daß das als Zusammenschluß angemeldete Vorhaben keinen Zusammenschluß nach Paragraph 41, KartG, sondern ein vereinbartes Absichtskartell (Paragraph 10, KartG) begründe, ohne ein Bagatellkartell (Paragraph 16, KartG) zu sein, und wies die Anmeldung des Zusammenschlusses zurück.

In rechtlicher Hinsicht führte es aus, § 41 Abs 2 KartG regle, unter welchen Voraussetzungen die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmen als Zusammenschluß gelte. Diese Bestimmung folge, wie die Erläuterungen zur RV ausführten, Art 3 zweiter Satz FKVO. Zur Beantwortung der Frage, ob nach österreichischem Kartellrecht eine als Zusammenschluß zu wertende Gründung eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens vorliege, könnten daher auch die zum europäischen Recht vorgenommenen Überlegungen einbezogen werden.In rechtlicher Hinsicht führte es aus, Paragraph 41, Absatz 2, KartG regle, unter welchen Voraussetzungen die Gründung eines

Gemeinschaftsunternehmen als Zusammenschluß gelte. Diese Bestimmung folge, wie die Erläuterungen zur RV ausführten, Artikel 3, zweiter Satz FKVO. Zur Beantwortung der Frage, ob nach österreichischem Kartellrecht eine als Zusammenschluß zu wertende Gründung eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens vorliege, könnten daher auch die zum europäischen Recht vorgenommenen Überlegungen einbezogen werden.

Die Gesellschaft solle nach den Vertragsentwürfen gemeinsam beherrscht werden; es könne daher dahingestellt bleiben, ob eine gemeinsame Beherrschung - wie nach europäischem Fusionskontrollrecht - eine Voraussetzung für die Bejahung eines Gemeinschaftsunternehmens iSd § 41 Abs 2 KartG sei.Die Gesellschaft solle nach den Vertragsentwürfen gemeinsam beherrscht werden; es könne daher dahingestellt bleiben, ob eine gemeinsame Beherrschung - wie nach europäischem Fusionskontrollrecht - eine Voraussetzung für die Bejahung eines Gemeinschaftsunternehmens iSd Paragraph 41, Absatz 2, KartG sei.

Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens sei nur dann als Zusammenschluß zu qualifizieren, wenn das neue Unternehmen "alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfülle". Gemeinschaftsunternehmen, die nur bestimmte Teilfunktionen von Gründern übernehmen, seien keine Zusammenschlüsse, soweit sie lediglich als Hilfsinstrumente für die wirtschaftliche Tätigkeit der Gründer dienten. Dies träfe jedenfalls dann zu, wenn das Gemeinschaftsunternehmen ihre Erzeugnisse ausschließlich dem Gründerunternehmen zur Verfügung stelle, was aber hier nicht der Fall sei, weil auch an dritte Abnehmer (Abnehmer außerhalb der Konzerne der Gründer) verkauft werden solle. Für die Bejahung des Charakters einer "selbständigen wirtschaftlichen Einheit" komme es aber auch darauf an, ob das Gemeinschaftsunternehmen in der Lage sei, eine eigene Geschäftspolitik zu betreiben, also im Rahmen des Gesellschaftszweckes selbständig planen, entscheiden und handeln könne. Der vorgelegte Entwurf des Gesellschaftsvertrages sehe jedoch vor, daß alle über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehenden Handlungen der Genehmigung durch Gesellschafterbeschluß bedürften. Insbesondere sei die Genehmigung durch Gesellschafterbeschluß auch für alle nicht unbedeutenden Investitionen und die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik und des anzustrebenden Geschäftserfolges erforderlich. Nach dem Unternehmenskonzept verbleibe den Geschäftsführern der Komplementärgesellschaft nicht die Möglichkeit, bei der Festlegung der Marktstrategie der GmbH & Co KG selbständig deren Eigeninteressen zu berücksichtigen. Die vorgesehenen Genehmigungserfordernisse in Geschäftsführungsfragen sprächen gegen eine wirtschaftliche Selbständigkeit des Gemeinschaftsunternehmens. Ein Zusammenschluß durch Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens sei somit schon deshalb zu verneinen, weil das geplante Gemeinschaftsunternehmen keine selbständige wirtschaftliche Einheit darstelle.

§ 41 Abs 2 KartG setze für die Qualifikation der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens als Zusammenschluß weiters voraus, daß das Gemeinschaftsunternehmen keine Koordinierung des Wettbewerbs der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander oder zum Gemeinschaftsunternehmen mit sich bringe. Wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf einer Marktstufe tätig sei, die dem Markt der Gründer vorgeordnet sei, sei von einem Nachlassen des Wettbewerbs zwischen den Gründungsgesellschaften auszugehen, wenn das Gemeinschaftsunternehmen einen wesentlichen Teil seiner Erzeugnisse an die Muttergesellschaft liefere. Da alle Gründungsgesellschafter auf dem dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens nachgeordneten Baumarkt tätig und zum Bezug ihres Bedarfes an Asphaltmischgut aus dem Gemeinschaftsunternehmen verpflichtet seien, sowie auch auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens tätig blieben, liege es nahe, daß das Gemeinschaftsunternehmen zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründungsgesellschafter führe. Auch aus diesem Grund könne das Vorliegen eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen iSd § 41 Abs 2 KartG nicht bejaht werden.Paragraph 41, Absatz 2, KartG setze für die Qualifikation der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens als Zusammenschluß weiters voraus, daß das Gemeinschaftsunternehmen keine Koordinierung des Wettbewerbs der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander oder zum Gemeinschaftsunternehmen mit sich bringe. Wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf einer Marktstufe tätig sei, die dem Markt der Gründer vorgeordnet sei, sei von einem Nachlassen des Wettbewerbs zwischen den Gründungsgesellschaften auszugehen, wenn das Gemeinschaftsunternehmen einen wesentlichen Teil seiner Erzeugnisse an die Muttergesellschaft liefere. Da alle Gründungsgesellschafter auf dem dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens nachgeordneten Baumarkt tätig und zum Bezug ihres Bedarfes an Asphaltmischgut aus dem Gemeinschaftsunternehmen verpflichtet seien, sowie auch auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens tätig blieben, liege es nahe, daß das Gemeinschaftsunternehmen zu

einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründungsgesellschafter führe. Auch aus diesem Grund könne das Vorliegen eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen iSd Paragraph 41, Absatz 2, KartG nicht bejaht werden.

Nach § 42b Abs 1 Z 2 KartG sei daher auszusprechen, daß hinsichtlich des angemeldeten Vorhabens kein Zusammenschluß vorliege, und die Anmeldung zurückzuweisen. Nach § 42b Abs 4 KartG seien Auflagen nur vorgesehen, um einen Ausspruch nach § 42b Abs 2 Z 3 KartG, daß also ein vorliegender Zusammenschlusses nicht untersagt werde, zu ermöglichen. Auflagen dahingehend, daß die Anmelderinnen einen nicht gegebenen Zusammenschluß erst herbeiführten, also zur Vermeidung eines Ausspruches nach § 42b Abs 2 Z 1 KartG, hätten hingegen keine gesetzliche Grundlage. Den Anmelderinnen bleibe es jedoch unbenommen, ein adaptiertes Vorhaben, welches als Zusammenschluß beurteilt werden könnte, neu anzumelden.Nach Paragraph 42 b, Absatz eins, Ziffer 2, KartG sei daher auszusprechen, daß hinsichtlich des angemeldeten Vorhabens kein Zusammenschluß vorliege, und die Anmeldung zurückzuweisen. Nach Paragraph 42 b, Absatz 4, KartG seien Auflagen nur vorgesehen, um einen Ausspruch nach Paragraph 42 b, Absatz 2, Ziffer 3, KartG, daß also ein vorliegender Zusammenschlusses nicht untersagt werde, zu ermöglichen. Auflagen dahingehend, daß die Anmelderinnen einen nicht gegebenen Zusammenschluß erst herbeiführten, also zur Vermeidung eines Ausspruches nach Paragraph 42 b, Absatz 2, Ziffer eins, KartG, hätten hingegen keine gesetzliche Grundlage. Den Anmelderinnen bleibe es jedoch unbenommen, ein adaptiertes Vorhaben, welches als Zusammenschluß beurteilt werden könnte, neu anzumelden.

Die Gründungsgesellschafter verpflichteten sich nach dem Vertragsentwurf im Einzugsgebiet der vom Gemeinschaftsunternehmen betriebenen Asphaltmischanlage keine neue Asphaltmischanlage zu errichten und sich auch nicht an einer solchen zu beteiligen. Damit sei eine Wettbewerbsbeschränkung ausdrücklich Inhalt des angemeldeten Vertragswerkes, welches sich dadurch als ein vereinbartes Absichtskartell nach § 10 KartG erweise. Die im Gesellschaftsvertrag der KG vorgesehenen Bezugsverpflichtungen der Konzernunternehmen der Gründungsgesellschafterinnen stellten Wettbewerbsbeschränkungen dar, welche nicht (bloß) als vertikale Vertriebsbindungen zu qualifizieren seien, weil die Anmelderinnen in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis auf dem Straßenbaumarkt stünden. Da der Marktanteil der beteiligten Konzerne auf dem festgestellten regionalen Markt 25 % überschritten und, wie sich aus dem Verfahren 25 Kt 66, 105/98 ergeben habe, der österreichweite Anteil der an der Gründung beteiligten Konzerne sowohl auf dem Markt für Asphaltmischgut als auch auf dem Straßenbaumarkt nahe bei 80 % anzusetzen sei, liege nicht bloß ein Bagatellkartell vor. Die volkswirtschaftliche Rechtfertigung einer solchen Vereinbarung sei aufgrund des zu behandelnden Feststellungsantrages (noch) nicht zu prüfen.Die Gründungsgesellschafter verpflichteten sich nach dem Vertragsentwurf im Einzugsgebiet der vom Gemeinschaftsunternehmen betriebenen Asphaltmischanlage keine neue Asphaltmischanlage zu errichten und sich auch nicht an einer solchen zu beteiligen. Damit sei eine Wettbewerbsbeschränkung ausdrücklich Inhalt des angemeldeten Vertragswerkes, welches sich dadurch als ein vereinbartes Absichtskartell nach Paragraph 10, KartG erweise. Die im Gesellschaftsvertrag der KG vorgesehenen Bezugsverpflichtungen der Konzernunternehmen der Gründungsgesellschafterinnen stellten Wettbewerbsbeschränkungen dar, welche nicht (bloß) als vertikale Vertriebsbindungen zu qualifizieren seien, weil die Anmelderinnen in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis auf dem Straßenbaumarkt stünden. Da der Marktanteil der beteiligten Konzerne auf dem festgestellten regionalen Markt 25 % überschritten und, wie sich aus dem Verfahren 25 Kt 66, 105/98 ergeben habe, der österreichweite Anteil der an der Gründung beteiligten Konzerne sowohl auf dem Markt für Asphaltmischgut als auch auf dem Straßenbaumarkt nahe bei 80 % anzusetzen sei, liege nicht bloß ein Bagatellkartell vor. Die volkswirtschaftliche Rechtfertigung einer solchen Vereinbarung sei aufgrund des zu behandelnden Feststellungsantrages (noch) nicht zu prüfen.

Gegen diesen Beschluß richtet sich der Rekurs der Anmelderinnen wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Tatsachenfeststellungen und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auszusprechen, daß der Zusammenschluß, eventuell unter Vorschreibung von Auflagen, nicht untersagt werde, und auszusprechen, daß ein Kartell nicht vorliege; in eventu, daß ein Absichtskartell nicht vorliege bzw allenfalls ein Bagatellkartell gegeben sei; hilfsweise stellen sie einen Aufhebungsantrag.

Die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte beantragt in ihrer Gegenäußerung, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

**Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Unter dem Rekursgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens bemängeln die Rekurswerberinnen, daß es das Kartellgericht unterlassen habe, ihnen Änderungen der Gesellschaftsverträge aufzuerlegen. Vor Zurückweisung der Anmeldung und Qualifikation des beabsichtigten Vorhabens als Kartell wären antragsgemäß Auflagen vorzusehen gewesen, die jedenfalls eine Beurteilung des Vorhabens als Zusammenschluß zur Folge gehabt hätten. Selbst wenn man dem Kartellgericht folgte, daß Auflagen nach § 42b Abs 4 KartG nur vorgesehen seien, um einen Ausspruch, daß ein vorliegender Zusammenschluß nicht untersagt werde, zu ermöglichen, wäre zu berücksichtigen, daß Auflagen, die an sich zur Eindämmung einer marktbeherrschenden Stellung verordnet würden, zugleich den Nebeneffekt haben könnten, ein Vorhaben von einer Kooperation abzugrenzen und damit als Konzentration zu fixieren. Das Kartellgericht hätte sie daher darauf hinzuweisen gehabt, aufgrund welcher der mitgeteilten Vereinbarungen der angemeldete Zusammenschluß als Kartell zu beurteilen wäre, und die Anmelder zu fragen gehabt, ob sie damit einverstanden seien, daß die ein Kartell bewirkenden Abreden nicht getroffen würden. Dazu komme, daß jedenfalls nach Einschaltung des Paritätischen Ausschusses solche Auflagen im Sinne einer Verfahrensökonomie zulässig sein sollten.Unter dem Rekursgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens bemängeln die Rekurswerberinnen, daß es das Kartellgericht unterlassen habe, ihnen Änderungen der Gesellschaftsverträge aufzuerlegen. Vor Zurückweisung der Anmeldung und Qualifikation des beabsichtigten Vorhabens als Kartell wären antragsgemäß Auflagen vorzusehen gewesen, die jedenfalls eine Beurteilung des Vorhabens als Zusammenschluß zur Folge gehabt hätten. Selbst wenn man dem Kartellgericht folgte, daß Auflagen nach Paragraph 42 b, Absatz 4, KartG nur vorgesehen seien, um einen Ausspruch, daß ein vorliegender Zusammenschluß nicht untersagt werde, zu ermöglichen, wäre zu berücksichtigen, daß Auflagen, die an sich zur Eindämmung einer marktbeherrschenden Stellung verordnet würden, zugleich den Nebeneffekt haben könnten, ein Vorhaben von einer Kooperation abzugrenzen und damit als Konzentration zu fixieren. Das Kartellgericht hätte sie daher darauf hinzuweisen gehabt, aufgrund welcher der mitgeteilten Vereinbarungen der angemeldete Zusammenschluß als Kartell zu beurteilen wäre, und die Anmelder zu fragen gehabt, ob sie damit einverstanden seien, daß die ein Kartell bewirkenden Abreden nicht getroffen würden. Dazu komme, daß jedenfalls nach Einschaltung des Paritätischen Ausschusses solche Auflagen im Sinne einer Verfahrensökonomie zulässig sein sollten.

Hiezu ist zu bemerken, daß nach dem klaren Wortlaut des § 42b Abs 4 KartG und der Systematik des Gesetzes das Erstgericht zu Recht davon ausgegangen ist, daß Beschränkungen oder Auflagen nur dann in Betracht zu ziehen sind, wenn ein Zusammenschluß nach § 41 KartG vorliegt, er aber ohne diese nach § 42b Abs 2 zweiter Satz KartG zu untersagen wäre. Dafür, daß diese Auslegung zutreffend ist, spricht auch die Parallelbestimmung für Kartelle; in § 68 KartG, der die "Verbesserung von Kartellen" ermöglichen soll, ist auch nur die beschlußmäßige Mitteilung vorgesehen, durch welche Änderungen bzw Ergänzungen die Untersagung der Durchführung eines Kartells nach § 25 Abs 1 KartG vermieden werden kann. Verbesserungsaufträge, Beschränkungen oder Auflagen sind also nur vorgesehen, um eine Untersagung zu vermeiden, nicht aber um den Beteiligten eine Änderung ihres Vorhabens dahingehend zu ermöglichen, daß aus einem als Kartell zu beurteilender Sachverhalt ein solcher würde, der als Zusammenschluß zu beurteilen wäre, im vorliegenden Fall also die Verträge betreffend das vorgesehene Gemeinschaftsunternehmen so umzugestalten, daß aus einem kooperativen ein konzentratives würde. Die Anmelderinnen wurden durch die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes auch nicht überrascht, mußten sie doch zumindest seit dem Feststellungsantrag der Amtspartei eine derartige rechtliche Beurteilung ihres Vorhabens mit ins Kalkül ziehen. Solange das österreichische Fusionsrecht nicht der neu gefaßten Fusionskontrollverordnung angepaßt ist, die nunmehr die Gründung aller Vollfunktionsgemeinschaften von europaweiter Bedeutung einer einheitlichen Prüfung unterzieht (näheres dazu unten), scheidet ein solches "amtswegiges Verbesserungsverfahren" jedenfalls aus, auch wenn es im Sinn einer Verfahrensökonomie für zweckmäßig gehalten werden könnte.Hiezu ist zu bemerken, daß nach dem klaren Wortlaut des Paragraph 42 b, Absatz 4, KartG und der Systematik des Gesetzes das Erstgericht zu Recht davon ausgegangen ist, daß Beschränkungen oder Auflagen nur dann in Betracht zu ziehen sind, wenn ein Zusammenschluß nach Paragraph 41, KartG vorliegt, er aber ohne diese nach Paragraph 42 b, Absatz 2, zweiter Satz KartG zu untersagen wäre. Dafür, daß diese Auslegung zutreffend ist, spricht auch die Parallelbestimmung für Kartelle; in Paragraph 68, KartG, der die "Verbesserung von Kartellen" ermöglichen soll, ist auch nur die beschlußmäßige Mitteilung vorgesehen, durch welche Änderungen bzw Ergänzungen die Untersagung der Durchführung eines Kartells nach Paragraph 25, Absatz eins, KartG vermieden werden kann. Verbesserungsaufträge, Beschränkungen oder Auflagen sind also nur vorgesehen, um eine Untersagung zu vermeiden, nicht aber um den Beteiligten eine Änderung ihres Vorhabens dahingehend zu ermöglichen, daß aus einem als Kartell zu beurteilender Sachverhalt ein solcher würde, der als Zusammenschluß zu beurteilen wäre, im vorliegenden Fall also die Verträge betreffend das

vorgesehene Gemeinschaftsunternehmen so umzugestalten, daß aus einem kooperativen ein konzentratives würde. Die Anmelderinnen wurden durch die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes auch nicht überrascht, mußten sie doch zumindest seit dem Feststellungsantrag der Amtspartei eine derartige rechtliche Beurteilung ihres Vorhabens mit ins Kalkül ziehen. Solange das österreichische Fusionsrecht nicht der neu gefaßten Fusionskontrollverordnung angepaßt ist, die nunmehr die Gründung aller Vollfunktionsgemeinschaften von europaweiter Bedeutung einer einheitlichen Prüfung unterzieht (näheres dazu unten), scheidet ein solches "amtswegiges Verbesserungsverfahren" jedenfalls aus, auch wenn es im Sinn einer Verfahrensökonomie für zweckmäßig gehalten werden könnte.

Die Rekurswerberinnen hatten im erstinstanzlichen Verfahren Gelegenheit genug und haben sie auch genützt, darzulegen, warum nach ihrer Ansicht das angemeldete Vorhaben als Zusammenschluß zu werten ist. Eine Einsichtnahme in die Sitzungsprotokolle des Paritätischen Ausschusses vor Erstattung des Endgutachtens ist nicht vorgesehen; nach Erstattung des Endgutachtens hatten die Rekurswerberinnen noch Gelegenheit zur Stellungnahme bzw zur Stellung von Anträgen und haben diese auch reichlich genützt (ON 30, 33, 36a, 37 und 38). Von einer dadurch bewirkten Mangelhaftigkeit kann daher keine Rede sein.

Soweit die Rekurswerberinnen eine Prüfung des angemeldeten Gemeinschaftsunternehmens (§ 41 Abs 2 KartG) unter dem Gesichtspunkt des § 41 Abs 1 Z 3 KartG (Anteilserwerb) vermissen, ist zu bemerken, daß die Anwendung dieser Bestimmung jedenfalls ausscheidet, weil es sich nicht um den Erwerb von Anteilen eines bestehenden Unternehmens, sondern um die Gründung eines neuen Gemeinschaftsunternehmens handelt; eine Auseinandersetzung mit keinesfalls in Betracht kommenden Zusammenschlußtatbeständen, die die Anmelderinnen nicht einmal andeutungsweise erwähnt haben, ist überflüssig und sinnlos; deren rechtliche Nichterörterung kann keine Mangelhaftigkeit bewirken.Soweit die Rekurswerberinnen eine Prüfung des angemeldeten Gemeinschaftsunternehmens (Paragraph 41, Absatz 2, KartG) unter dem Gesichtspunkt des Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 3, KartG (Anteilserwerb) vermissen, ist zu bemerken, daß die Anwendung dieser Bestimmung jedenfalls ausscheidet, weil es sich nicht um den Erwerb von Anteilen eines bestehenden Unternehmens, sondern um die Gründung eines neuen Gemeinschaftsunternehmens handelt; eine Auseinandersetzung mit keinesfalls in Betracht kommenden Zusammenschlußtatbeständen, die die Anmelderinnen nicht einmal andeutungsweise erwähnt haben, ist überflüssig und sinnlos; deren rechtliche Nichterörterung kann keine Mangelhaftigkeit bewirken.

Die Tatsachenfeststellungen des Erstgerichts können auch im kartellrechtlichen Rekursverfahren nicht bekämpft werden, soweit sie nicht nur auf Grund der Aktenlage getroffen werden (OGH 18. 6. 1998, 16 Ok 5/98 mit ausführlicher Begründung), was hier nicht der Fall ist; sie wurden vorliegendenfalls vielmehr aufgrund der Vernehmung informierter Beteiligtenvertreter sowie zahlreicher Auskunftspersonen getroffen. Es ist daher von den vom Erstgericht getroffenen Feststellungen auszugehen, sodaß eine Auseinandersetzung mit der Beweisrüge der Rekurswerberinnen ausscheidet.

In rechtlicher Hinsicht ist vorauszuschicken, daß eine Berücksichtigung der neu gefaßten Fusionskontrollverordnung des Rates Nr. 1310 vom 30. 6. 1997 (ABl 97/L 180/1, in Kraft getreten mit 1. 3. 1998), die zur Änderung der Verordnung Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenzusammenschlüssen geführt hat und auch Gemeinschaftsunternehmen in ganz wesentlichen Punkten betrifft (vgl die Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens vom 2. 3. 1998, ABl 98/C 66/01), schon deshalb ausscheidet, weil die genannte Verordnung des Rates nur auf Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen anzuwenden ist, die gemeinschaftsweite Bedeutung haben. Auf solche, die keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinn der geänderten Verordnung haben und die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezwecken oder bewirken, sowie auf Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen, bleiben die bisher geltenden Vorschriften auch weiterhin anwendbar (Mitteilung der Kommission über die Beurteilung von Vollgemeinschaftsunternehmen nach den Wettbewerbsregeln der Europäischen Gemeinschaft vom 2. 3. 1998, ABl 98/C 66/06). Da das vorliegende Gemeinschaftsunternehmen unstrittig keine gemeinschaftsweite Bedeutung hat, hat es für die Beurteilung des geplanten Gemeinschaftsunternehmens jedenfalls bei der bisherigen Rechtslage zu bleiben (zu dieser im allgemeinen ausführlich KOG 14. 3. 1995, Okt 10/94, WBl 1995, 294 = ÖBl 1995, 176)In rechtlicher Hinsicht ist vorauszuschicken, daß eine Berücksichtigung der neu gefaßten Fusionskontrollverordnung des Rates Nr. 1310 vom 30. 6. 1997 (ABl 97/L 180/1, in Kraft getreten mit 1. 3. 1998), die zur Änderung der Verordnung Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenzusammenschlüssen geführt hat und auch Gemeinschaftsunternehmen in ganz wesentlichen Punkten betrifft vergleiche die Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens vom 2. 3. 1998, ABl 98/C 66/01), schon deshalb ausscheidet, weil

die genannte Verordnung des Rates nur auf Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen anzuwenden ist, die gemeinschaftsweite Bedeutung haben. Auf solche, die keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinn der geänderten Verordnung haben und die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezwecken oder bewirken, sowie auf Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen, bleiben die bisher geltenden Vorschriften auch weiterhin anwendbar (Mitteilung der Kommission über die Beurteilung von Vollgemeinschaftsunternehmen nach den Wettbewerbsregeln der Europäischen Gemeinschaft vom 2. 3. 1998, ABl 98/C 66/06). Da das vorliegende Gemeinschaftsunternehmen unstrittig keine gemeinschaftsweite Bedeutung hat, hat es für die Beurteilung des geplanten Gemeinschaftsunternehmens jedenfalls bei der bisherigen Rechtslage zu bleiben (zu dieser im allgemeinen ausführlich KOG 14. 3. 1995, Okt 10/94, WBl 1995, 294 = ÖBl 1995, 176).

Die Abgrenzung von Kartellen und Zusammenschlüssen spielt insbesondere bei der Abgrenzung von kooperativen und konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen eine wichtige Rolle und ist in diesem Bereich schwierig vorzunehmen.

§ 41 Abs 2 KartG regelt, unter welchen Voraussetzungen die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens als Zusammenschluß gilt. Diese Bestimmung folgt bewußt (RV 1096 BlgNr 18. GP, 20) praktisch wörtlich Art 3 Abs 2 zweiter Satz FKVO aF (VO 4064/89); die Erfahrungen zur Europäischen Fusionskontrolle aF, die äußerst umfangreich sind - nahezu die Hälfte der Verfahren nach der FKVO betrafen Gemeinschaftsunternehmen (Immenga/ Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht I 940) -, können daher auch zur Auslegung des innerstaatlichen Rechts herangezogen werden (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Kartellrecht3 263).Paragraph 41, Absatz 2, KartG regelt, unter welchen Voraussetzungen die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens als Zusammenschluß gilt. Diese Bestimmung folgt bewußt (RV 1096 BlgNr 18. GP, 20) praktisch wörtlich Artikel 3, Absatz 2, zweiter Satz FKVO aF (VO 4064/89); die Erfahrungen zur Europäischen Fusionskontrolle aF, die äußerst umfangreich sind - nahezu die Hälfte der Verfahren nach der FKVO betrafen Gemeinschaftsunternehmen (Immenga/ Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht römisch eins 940) -, können daher auch zur Auslegung des innerstaatlichen Rechts herangezogen werden (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Kartellrecht3 263).

Der Begriff des Gemeinschaftsunternehmens wird weder im KartG noch in der FKVO (aF) definiert. Einhellig versteht man darunter ein Unternehmen, das von mehreren anderen Unternehmen (den Gründern) gemeinsam kontrolliert wird. Eine gemeinsame Kontrolle liegt dann vor, wenn jeder Beteiligte die Möglichkeit zur Beeinflussung strategischer Entscheidungen hat, sie also ohne die anderen Partner nicht getroffen werden können (Immenga/Mestmäcker aaO 939). Die gemeinsame Kontrolle kann insbesondere durch eine paritätische Verteilung der Stimmrechte im Gemeinschaftsunternehmen begründet werden. Eine solche gemeinsame Kontrolle liegt hier unstrittig vor.

Ein Gemeinschaftsunternehmen, das als Zusammenschluß gilt, wird als konzentratives Gemeinschaftsunternehmen bezeichnet. Dazu müssen im wesentlichen drei Voraussetzungen erfüllt sein: Das Gemeinschaftsunternehmen muß auf Dauer angelegt sein; es muß alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen und es darf keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander oder im Verhältnis zu den Gemeinschaftsunternehmen mit sich bringen (§ 41 Abs 2 KartG).Ein Gemeinschaftsunternehmen, das als Zusammenschluß gilt, wird als konzentratives Gemeinschaftsunternehmen bezeichnet. Dazu müssen im wesentlichen drei Voraussetzungen erfüllt sein: Das Gemeinschaftsunternehmen muß auf Dauer angelegt sein; es muß alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen und es darf keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander oder im Verhältnis zu den Gemeinschaftsunternehmen mit sich bringen (Paragraph 41, Absatz 2, KartG).

Der erstgenannte Punkt (auf Dauer angelegt) ist zweifellos erfüllt; eine zeitliche Begrenzung ist nicht vorgesehen. Dem Gemeinschaftsunternehmen sollen offenbar auch ausreichend personelle, materielle und finanzielle Ressourcen überlassen werden, um auf Dauer am Markt bestehen zu können.

Fraglich ist jedoch, ob das geplante Gemeinschaftsunternehmen alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt:

Es muß ein sog Vollfunktions-Unternehmen im Sinn der FKVO 1989 sein. Ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen muß dazu bestimmt sein, unmittelbar am Markt tätig zu werden. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn das Gemeinschaftsunternehmen nur Hilfsfunktionen innerhalb der Geschäftstätigkeit der Gründerunternehmen wahrnehmen soll. Ein Gemeinschaftsunternehmen, dessen Aufgabe zB nur darin besteht, für die Gründerunternehmen Forschung und Entwicklung zu betreiben oder bestimmte Produkte herzustellen, würde

dieses Kriterium nicht erfüllen (Gugerbauer, Handbuch der Fusionskontrolle 29; Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht 118). Davon kann im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden, weil die erzeugten Produkte auch an dritte Abnehmer (Abnehmer außerhalb der Konzerne der Gründer) verkauft werden sollen; es handelt sich also insofern um ein Vollfunktions-Unternehmen.

Weiters wird aber verlangt, daß ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen den Charakter einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit auch insofern haben muß, als es in der Lage sein muß, unternehmerisch selbständig zu handeln, also seine eigene Geschäftspolitik zu betreiben; es muß seine eigene Marktstrategie ohne Berücksichtigung der Interessen der Gründerunternehmen verfolgen können (Gugerbauer aaO 29 f; Immenga/Mestmäcker aaO 943). Die hier vorgesehenen weitreichenden generellen Genehmigungserfordernisse, für die ein einstimmiger Gesellschafterbeschluß nötig ist (Genehmigung aller über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehender Geschäfte und einer großen Zahl anderer Handlungen, insbesondere alle auch nur mittelgroßen Investitionen und die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik und des anzustrebenden Geschäftserfolges betreffenden), gehen weit über das im GmbHG vorgesehene Weisungsrecht der Gesellschafter im Einzelfall hinaus und machen eine eigenständige Marktstrategie nahezu unmöglich, was gegen die notwendige unternehmerische Selbständigkeit und somit gegen einen konzentrativen Unternehmenszusammenschluß spricht (Immenga/Mestmäcker aaO 943; vgl die teilweise abweichende Abgrenzung dieses Problems bei Wessely, Das Recht der Fusionskontrolle und der Medienfusionskontrolle 89). Dieses schwierige Abgrenzungsproblem muß aber hier insofern nicht im Detail gelöst werden, als ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen iSd § 41 Abs 2 KartG und der FKVO aF jedenfalls aus anderem Grund zu verneinen ist.Weiters wird aber verlangt, daß ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen den Charakter einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit auch insofern haben muß, als es in der Lage sein muß, unternehmerisch selbständig zu handeln, also seine eigene Geschäftspolitik zu betreiben; es muß seine eigene Marktstrategie ohne Berücksichtigung der Interessen der Gründerunternehmen verfolgen können (Gugerbauer aaO 29 f; Immenga/Mestmäcker aaO 943). Die hier vorgesehenen weitreichenden generellen Genehmigungserfordernisse, für die ein einstimmiger Gesellschafterbeschluß nötig ist (Genehmigung aller über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehender Geschäfte und einer großen Zahl anderer Handlungen, insbesondere alle auch nur mittelgroßen Investitionen und die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik und des anzustrebenden Geschäftserfolges betreffenden), gehen weit über das im GmbHG vorgesehene Weisungsrecht der Gesellschafter im Einzelfall hinaus und machen eine eigenständige Marktstrategie nahezu unmöglich, was gegen die notwendige unternehmerische Selbständigkeit und somit gegen einen konzentrativen Unternehmenszusammenschluß spricht (Immenga/Mestmäcker aaO 943; vergleiche die teilweise abweichende Abgrenzung dieses Problems bei Wessely, Das Recht der Fusionskontrolle und der Medienfusionskontrolle 89). Dieses schwierige Abgrenzungsproblem muß aber hier insofern nicht im Detail gelöst werden, als ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen iSd Paragraph 41, Absatz 2, KartG und der FKVO aF jedenfalls aus anderem Grund zu verneinen ist.

§ 41 Abs 2 KartG verlangt nämlich weiters, daß das Gemeinschaftsunternehmen keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander oder zum Gemeinschaftsunternehmen mit sich bringt. (Letzteres Verhältnis wird von der Kommission zunehmend einschränkend ausgelegt; die Koordinierung zwischen Gründern und Gemeinschaftsunternehmen soll nur dann noch Bedeutung haben, wenn sie ein Instrument für die Koordinierung zwischen den Gründern darstellt; dazu kritisch Immenga/Mestmäcker aaO 946; iSd Kommission Barfuß/Wollmann/Tahedl aaOParagraph 41, Absatz 2, KartG verlangt nämlich weiters, daß das Gemeinschaftsunternehmen keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander oder zum Gemeinschaftsunternehmen mit sich bringt. (Letzteres Verhältnis wird von der Kommission zunehmend einschränkend ausgelegt; die Koordinierung zwischen Gründern und Gemeinschaftsunternehmen soll nur dann noch Bedeutung haben, wenn sie ein Instrument für die Koordinierung zwischen den Gründern darstellt; dazu kritisch Immenga/Mestmäcker aaO 946; iSd Kommission Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO

119.) Dadurch soll verhindert werden, daß Gemeinschaftsunternehmen, die von den Beteiligten bewußt als Mittel einer Kartellbindung eingesetzt werden, den Regeln über Zusammenschlüsse unterliegen. Dies ist deswegen wichtig, weil ein Zusammenschluß nur dann untersagt werden kann, wenn er zum Entstehen oder zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt, während Kartelle grundsätzlich schon dann verboten sind, wenn sie volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt sind. Die Latte für eine Untersagung liegt somit bei Kartellen erheblich niedriger. Nach Auffassung der EG-Kommission zu Art 3 Abs 2 zweiter Satz FKVO aF ist eine Koordinierung des

Wettbewerbsverhaltens schon dann anzunehmen, wenn zu erwarten ist, daß das Gemeinschaftsunternehmen - gewollt oder ungewollt - zu einem "Gruppeneffekt" führt. Darunter ist das Risiko zu verstehen, daß die bloße Tatsache, daß die Gründerunternehmen durch eine gemeinsame Tochter miteinander verbunden sind, Auswirkungen auf ihr Wettbewerbsverhalten im Markt des Gemeinschaftsunternehmen bzw in benachbarten Märkten hat (in diesem Sinn auch Gugerbauer aaO 30; Wessely aaO 89 f). Ein ungewollter "Gruppeneffekt" begründet jedoch nach österreichischem Kartellrecht allenfalls ein Wirkungskartell. Um ein nahtloses Ineinandergreifen zwischen Kartellaufsicht und Zusammenschlußkontrolle zu gewährleisten, muß § 41 Abs 2 Z 2 KartG wohl so ausgelegt werden, daß eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens nur dann angenommen wird, wenn dieses von den beteiligten Unternehmen beabsichtigt ist. In diesem Fall müßte die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens nach § 23 KartG als Absichtskartell genehmigt werden (Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO 119; in diesem Sinn auch AB 1202 BlgNR 18. GP, 2).119.) Dadurch soll verhindert werden, daß Gemeinschaftsunternehmen, die von den Beteiligten bewußt als Mittel einer Kartellbindung eingesetzt werden, den Regeln über Zusammenschlüsse unterliegen. Dies ist deswegen wichtig, weil ein Zusammenschluß nur dann untersagt werden kann, wenn er zum Entstehen oder zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt, während Kartelle grundsätzlich schon dann verboten sind, wenn sie volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt sind. Die Latte für eine Untersagung liegt somit bei Kartellen erheblich niedriger. Nach Auffassung der EG-Kommission zu Artikel 3, Absatz 2, zweiter Satz FKVO aF ist eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens schon dann anzunehmen, wenn zu erwarten ist, daß das Gemeinschaftsunternehmen - gewollt oder ungewollt - zu einem "Gruppeneffekt" führt. Darunter ist das Risiko zu verstehen, daß die bloße Tatsache, daß die Gründerunternehmen durch eine gemeinsame Tochter miteinander verbunden sind, Auswirkungen auf ihr Wettbewerbsverhalten im Markt des Gemeinschaftsunternehmen bzw in benachbarten Märkten hat (in diesem Sinn auch Gugerbauer aaO 30; Wessely aaO 89 f). Ein ungewollter "Gruppeneffekt" begründet jedoch nach österreichischem Kartellrecht allenfalls ein Wirkungskartell. Um ein nahtloses Ineinandergreifen zwischen Kartellaufsicht und Zusammenschlußkontrolle zu gewährleisten, muß Paragraph 41, Absatz 2, Ziffer 2, KartG wohl so ausgelegt werden, daß eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens nur dann angenommen wird, wenn dieses von den beteiligten Unternehmen beabsichtigt ist. In diesem Fall müßte die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens nach Paragraph 23, KartG als Absichtskartell genehmigt werden (Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO 119; in diesem Sinn auch AB 1202 BlgNR 18. GP, 2).

Im vorliegenden Fall dürfen die Gründerunternehmen ihre alten Asphaltmischanlagen zwar weiter betreiben, aber im Einzugsbereich des geplanten Gemeinschaftsunternehmens keine neuen errichten und sich an solchen nicht beteiligen; sie sind also zumindest teilweise und im beschränkten Umfang am Markt des Gemeinschaftsunternehmens weiter tätig. Sie und ihre mit ihnen verbundenen Unternehmen sind auch verpflichtet, Mischasphalt im örtlichen Einzugsbereich (sofern sie ihn nicht aus ihren eigenen Anlagen beziehen können) nur vom neuen Gemeinschaftsunternehmen zu kaufen, und zwar selbst dann, wenn sie ihn anderweitig günstiger beziehen könnten. Diese Bestimmungen stellen ausdrückliche Wettbewerbsbeschränkungen dar, die nicht bloß als vertikale Vertriebsbindungen (vgl Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO 70) zu qualifizieren sind, weil die Gründerunternehmen untereinander jedenfalls in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis auf der nachgeordneten Wirtschaftsstufe, nämlich dem Straßenbaumarkt stehen. Eine solche Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens auf vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufen ist eine kartellrechtlich relevante Koordination der Bezugs- oder Absatzpolitik (Wessely aaO 90; Immenga/Mestmäcker aaO 950). Eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinn des § 10 KartG liegt nämlich grundsätzlich dann vor, wenn eine Vereinbarung zwischen Unternehmen dazu führt, daß die Beteiligten marktrelevante Verhaltensmöglichkeiten nicht mehr wahrnehmen können, die sie ohne diese Vereinbarung hätten (Koppensteiner aaO 100 f); dies ist hier der Fall. Darauf, ob die Beeinflussung des Marktverhaltens der beteiligten Unternehmen nur Mittel zum Zweck oder das Endziel der Kartellmitglieder ist, kommt es nicht an (Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO 38).Im vorliegenden Fall dürfen die Gründerunternehmen ihre alten Asphaltmischanlagen zwar weiter betreiben, aber im Einzugsbereich des geplanten Gemeinschaftsunternehmens keine neuen errichten und sich an solchen nicht beteiligen; sie sind also zumindest teilweise und im beschränkten Umfang am Markt des Gemeinschaftsunternehmens weiter tätig. Sie und ihre mit ihnen verbundenen Unternehmen sind auch verpflichtet, Mischasphalt im örtlichen Einzugsbereich (sofern sie ihn nicht aus ihren eigenen Anlagen beziehen können) nur vom neuen Gemeinschaftsunternehmen zu kaufen, und zwar selbst dann, wenn sie ihn anderweitig günstiger beziehen könnten. Diese Bestimmungen stellen ausdrückliche Wettbewerbsbeschränkungen dar, die nicht bloß als vertikale Vertriebsbindungen vergleiche Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO 70) zu qualifizieren sind,

weil die Gründerunternehmen untereinander jedenfalls in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis auf der nachgeordneten Wirtschaftsstufe, nämlich dem Straßenbaumarkt stehen. Eine solche Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens auf vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufen ist eine kartellrechtlich relevante Koordination der Bezugs- oder Absatzpolitik (Wessely aaO 90; Immenga/Mestmäcker aaO 950). Eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinn des Paragraph 10, KartG liegt nämlich grundsätzlich dann vor, wenn eine Vereinbarung zwischen Unternehmen dazu führt, daß die Beteiligten marktrelevante Verhaltensmöglichkeiten nicht mehr wahrnehmen können, die sie ohne diese Vereinbarung hätten (Koppensteiner aaO 100 f); dies ist hier der Fall. Darauf, ob die Beeinflussung des Marktverhaltens der beteiligten Unternehmen nur Mittel zum Zweck oder das Endziel der Kartellmitglieder ist, kommt es nicht an (Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO 38).

Bei diesen Vereinbarungen handelt es sich nicht um funktionsnotwendige wettbewerbsrechtliche Beschränkungen, die einem konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen nicht entgegenstehen würden. Sie dienen nämlich nicht nur dazu, die Realisierung eines legitimen Hauptzwecks, nämlich die Errichtung einer technisch besseren und kostengünstigeren Asphaltmischanlage zu ermöglichen (Koppensteiner aaO 102 f mit Beispielen solcher funktionsnotwendiger Beschränkungen; Barfuß/Wollmann/Tahedl 119 f), sondern gehen darüber hinaus, weil eine solche Anlage auch ohne die auferlegten wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen wirtschaftlich sinnvoll errichtet und betrieben werden könnte.

Dazu kommt noch, daß festgestellt wurde, daß rein faktisch Straßenbauunternehmen, die über eigene Asphaltmischanlagen verfügen, entscheidende Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Straßenbauunternehmen haben, die nicht über solche verfügen (S 12 Ersturteil).

Das Erstgericht verneinte daher mit Recht das Vorliegen eines konzentrativen, den Fusionskontrollregeln unterliegenden Gemeinschaftsunternehmens (weshalb es die Anmeldung zurückwies) und bejahte das Vorliegen eines kooperativen Gemeinschaftsunternehmens, welches den Regeln über Absichtskartelle unterliegt und allenfalls nach § 23 KartG genehmigt werden könnte (AB aaO).Das Erstgericht verneinte daher mit Recht das Vorliegen eines konzentrativen, den Fusionskontrollregeln unterliegenden Gemeinschaftsunternehmens (weshalb es die Anmeldung zurückwies) und bejahte das Vorliegen eines kooperativen Gemeinschaftsunternehmens, welches den Regeln über Absichtskartelle unterliegt und allenfalls nach Paragraph 23, KartG genehmigt werden könnte (AB aaO).

Zutreffend ist das Erstgericht auch davon ausgegangen, daß kein Bagatellkartell vorliegt; ein solches liegt nach § 16 KartG nur dann vor, wenn es im Zeitpunkt seines Zustandekommens an der Versorgung des gesamten inländischen Marktes einen Anteil von weniger als 5 % und an einem allfälligen inländischen örtlichen Teilmarkt einen Anteil von weniger als 25 % hat.Zutreffend ist das Erstgericht auch davon ausgegangen, daß kein Bagatellkartell vorliegt; ein solches liegt nach Paragraph 16, KartG nur dann vor, wenn es im Zeitpunkt seines Zustandekommens an der Versorgung des gesamten inländischen Marktes einen Anteil von weniger als 5 % und an einem allfälligen inländischen örtlichen Teilmarkt einen Anteil von weniger als 25 % hat.

Die Rekurswerberinnen vermissen zu Unrecht eine Definition des maßgeblichen örtlichen Teilmarktes; dieser wurde vom Erstgericht begründet dahingehend abgegrenzt, daß es sich um ein Gebiet handelt, welches in einem Lieferradius von (ca) 50 km um das geplante Gemeinschaftsunternehmen liegt, weil darüberhinaus Mischasphalt wirtschaftlich sinnvoll nicht ausgeliefert werden kann; wegen des Temperaturverlustes muß er binnen einer Stunde verarbeitet werden oder müßte das Transportmittel über eigene Warmhaltevorrichtungen verfügen, was zu einer unwirtschaftlichen Kostenverteuerung führen würde. Daß es sich hiebei um Durchschnittswerte handelt, hat das Erstgericht hinreichend deutlich dargelegt. Die gewünschte Berücksichtigung angeblich bestehender "Radiusüberlappungen" ist einerseits ein ungeeignetes Abgrenzungskriterium, andererseits haben die Anmeldenden hiezu keine brauchbaren Angaben gemacht. Relevante "Baustellenanlagen" existieren nach den getroffenen Feststellungen nicht. Es trifft zu, daß nach § 16 KartG grundsätzlich auf Marktanteile abzustellen ist und das Erstgericht von der Produktionskapazität der Unternehmen ausgegangen ist, weil ihm andere Daten nicht zur Verfügung standen. Es wäre Sache der Anmelderinnen gewesen, wenn sie mit der Berechnung der Marktanteile via Produktionskapazität nicht einverstanden gewesen wären, die notwendigen Daten der Marktanteile zur Verfügung zustellen; dies haben sie aber unterlassen und führen auch im Rekurs nicht aus, aufgrund welcher konkreter Marktanteile im relevanten örtlichen Teilmarkt sie die 25 % Grenze nicht überschreiten würden. (Gesamtkapazität im örtlichen Teilmarkt über 900 t/h, wovon nahezu 200 t/h den Anmelderinnen bzw den mit ihnen verbundenen Unternehmen zuzurechnen sind; zusammen mit der geplanten Neuanlage mit einer Kapazität von 240 t/h überschreiten sie diese Grenze jedenfalls

beträchtlich).Die Kritik hinsichtlich des gesamtösterreichischen Marktanteils ist nicht nachvollziehbar; das Erstgericht ist ohnedies von dem von den Anmelderinnen gewünschten Berechnungsmodus ausgegangen.Die Rekurswerberinnen vermissen zu Unrecht eine Definition des maßgeblichen örtlichen Teilmarktes; dieser wurde vom Erstgericht begründet dahingehend abgegrenzt, daß es sich um ein Gebiet handelt, welches in einem Lieferradius von (ca) 50 km um das geplante Gemeinschaftsunternehmen liegt, weil darüberhinaus Mischasphalt wirtschaftlich sinnvoll nicht ausgeliefert werden kann; wegen des Temperaturverlustes muß er binnen einer Stunde verarbeitet werden oder müßte das Transportmittel über eigene Warmhaltevorrichtungen verfügen, was zu einer unwirtschaftlichen Kostenverteuerung führen würde. Daß es sich hiebei um Durchschnittswerte handelt, hat das Erstgericht hinreichend deutlich dargelegt. Die gewünschte Berücksichtigung angeblich bestehender "Radiusüberlappungen" ist einerseits ein ungeeignetes Abgrenzungskriterium, andererseits haben die Anmeldenden hiezu keine brauchbaren Angaben gemacht. Relevante "Baustellenanlagen" existieren nach den getroffenen Feststellungen nicht. Es trifft zu, daß nach Paragraph 16, KartG grundsätzlich auf Marktanteile abzustellen ist und das Erstgericht von der Produktionskapazität der Unternehmen ausgegangen ist, weil ihm andere Daten nicht zur Verfügung standen. Es wäre Sache der Anmelderinnen gewesen, wenn sie mit der Berechnung der Marktanteile via Produktionskapazität nicht einverstanden gewesen wären, die notwendigen Daten der Marktanteile zur Verfügung zustellen; dies haben sie aber unterlassen und führen auch im Rekurs nicht aus, aufgrund welcher konkreter Marktanteile im relevanten örtlichen Teilmarkt sie die 25 % Grenze nicht überschreiten würden. (Gesamtkapazität im örtlichen Teilmarkt über 900 t/h, wovon nahezu 200 t/h den Anmelderinnen bzw den mit ihnen verbundenen Unternehmen zuzurechnen sind; zusammen mit der geplanten Neuanlage mit einer Kapazität von 240 t/h überschreiten sie diese Grenze jedenfalls beträchtlich).Die Kritik hinsichtlich des gesamtösterreichischen Marktanteils ist nicht nachvollziehbar; das Erstgericht ist ohnedies von dem von den Anmelderinnen gewünschten Berechnungsmodus ausgegangen.

Infolge der Beurteilung des geplanten Gemeinschaftsunternehmens als Kartell und nicht als Zusammenschluß erübrigen sich Feststellungen hinsichtlich einer marktbeherrschenden Stellung, weil Kartelle unabhängig von einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung genehmigungsbedürftig sind und nicht erst dann, wenn Marktbeherrschung entsteht oder verstärkt wird.

**Anmerkung**

E52353 16P00158

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1998:0160OK00015.98.1215.000

**Dokumentnummer**

JJT_19981215_OGH0002_0160OK00015_9800000_000

**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