

# TE OGH 2003/10/7 25Kt160/03-44 (25Kt207/03, 25Kt214/03)

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.10.2003

## Kopf

Das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht hat durch den Senatspräsidenten Dr.Hermann als Vorsitzenden und den Richter des Oberlandesgerichtes Dr.Heigl sowie die Kommerzialrätinnen Mag.Ginner und Dr.Mille als weitere Senatsmitglieder in der Kartellrechtssache betreffend den durch die 1. F\*\*\*\*\* AG & Co KG, \*\*\*\*\*, und 2. A\*\*\*\*\* OHG, \*\*\*\*\*, beide vertreten durch \*\*\*\*\*, zu 25 Kt 160/03, angemeldeten Zusammenschluss der Gründung der A\*\*\*\*\* GmbH in Gründung durch die beiden Anmelderinnen als Gemeinschaftsunternehmen (§ 41 Abs 2 KartG), über die Prüfungsanträge des Bundeskartellanwalts (ON 7) und der Bundeswettbewerbsbehörde (ON 8) in nichtöffentlicher Sitzung denDas Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht hat durch den Senatspräsidenten Dr.Hermann als Vorsitzenden und den Richter des Oberlandesgerichtes Dr.Heigl sowie die Kommerzialrätinnen Mag.Ginner und Dr.Mille als weitere Senatsmitglieder in der Kartellrechtssache betreffend den durch die 1. F\*\*\*\*\* AG & Co KG, \*\*\*\*\*, und 2. A\*\*\*\*\* OHG, \*\*\*\*\*, beide vertreten durch \*\*\*\*\*, zu 25 Kt 160/03, angemeldeten Zusammenschluss der Gründung der A\*\*\*\*\* GmbH in Gründung durch die beiden Anmelderinnen als Gemeinschaftsunternehmen (Paragraph 41, Absatz 2, KartG), über die Prüfungsanträge des Bundeskartellanwalts (ON 7) und der Bundeswettbewerbsbehörde (ON 8) in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Das zu hg 25 Kt 160/03 angemeldete Vorhaben begründet keinen Zusammenschluss nach§ 41 KartG.Das zu hg 25 Kt 160/03 angemeldete Vorhaben begründet keinen Zusammenschluss nach Paragraph 41, KartG.

Begründung:

## Text

Am 14.5.2003 meldeten die F\*\*\*\*\* AG & Co KG (in der Folge kurz F\*\*\*\*\* KG) und die zur B\*\*\*\*\*-Gruppe gehörende A\*\*\*\*\* OGH zu 25 Kt 160/03-1 die Gründung der A\*\*\*\*\* GmbH in Gründung, \*\*\*\*\*, als Gemeinschaftsunternehmen an. Das Vollgemeinschaftsunternehmen werde zur Herstellung von Mischasphalt mit einer modernen Asphaltmischanlage unter Stilllegung der beiden von den Errichtergesellschaften am Standort Kitzbühel bisher betriebenen Anlagen gegründet. Relevanter Produktmarkt sei der Markt für Straßenbeläge. Der räumlich relevante Markt umfasse das Gebiet, das vom Standort des Gemeinschaftsunternehmens aus mit Mischasphalt erreicht werden könne. Sollte - entgegen der Ansicht der Anmelder - davon ausgegangen werden, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entstehe oder verstärkt werde, sei der Zusammenschluss durch eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen gerechtfertigt. Die beabsichtigte Errichtung eines Gemeinschaftsunternehmens bringe

Synergieeffekte mit sich, die im Wege der Ergebnisse der öffentlichen Ausschreibungen an den Verbraucher weitergegeben werde. Um weiterhin am Markt bestehen zu können, sei es notwendig, die Produktionskosten durch die Erhöhung der Mischgutmengen zu senken. Im Hinblick auf zwei an der Grenze zu Österreich gelegene deutsche Mischanlagen sei der Zusammenschluss auch zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit notwendig und auch volkswirtschaftlich gerechtfertigt. Der Zusammenschluss sei auch notwendig, um die Umweltbelastung des Fremdenverkehrszentrums Kitzbühel zu reduzieren. Die Anmeldung des Zusammenschlusses ist dem Bundeskartellanwalt am 19.5.2003, der Bundeswettbewerbsbehörde am 22.5.2003 zugestellt worden.

Der Bundeskartellanwalt beantragte mit einem am 16.6.2003 zur Post gegebenen Schriftsatz, ON 7, die Prüfung des Zusammenschlusses. Das Preisniveau von Asphaltmischgut sei umso geringer, je mehr nicht zu einem Konzern gehörige Asphaltmischanlagen in einem relevanten Markt vorhanden sind. Durch den Zusammenschluss werde die gesetzliche Vermutung der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung sowohl für den relevanten Markt als auch für den nachgelagerten Straßenbaumarkt erfüllt.

Die Bundeswettbewerbsbehörde beantragte mit einem am 20.6.2003 zur Post gegebenen Antrag, ON 8, ebenfalls die Prüfung des Zusammenschlusses. Die gesetzliche Marktbeherrschungsvermutung des § 34 Abs 1a Z 1 KartG werde bei jeder möglichen Betrachtungsweise erfüllt. Auch auf dem Straßenbaumarkt erfüllten die Anmelder die Vermutung der Marktbeherrschung. Die vorliegende Konstellation lasse einen Gruppeneffekt, also eine (gewollte oder ungewollte) Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Markt des Gemeinschaftsunternehmens bzw in benachbarten Märkten erwarten. Durch das Vorhaben verringere sich für Dritte die ohnehin schon beschränkte Anzahl an (unabhängigen) Bezugsquellen für Asphaltmischgut noch weiter. Verglichen mit Deutschland sei das Preisniveau im geografisch relevanten Markt um 10 bis 25% höher. Bei der S\*\*\*\*\* und bei der B\*\*\*\*\* handle es sich um im Sinne des § 41 KartG mit der Zweitanmelderin verbundene Unternehmen, sodass ihre Marktanteile gemäß § 2 KartG zuzurechnen seien. Rechtfertigungsgründe für den Zusammenschluss lägen nicht vor, weil durch den Zusammenschluss zwar allenfalls die Wettbewerbsfähigkeit der Anmelder verbessert wird, nicht jedoch die vom Kartellgesetz geforderte allgemeine Strukturverbesserung herbeigeführt werde. Der Zusammenschluss könne für den geografisch relevanten Markt auch nicht unter dem Gesichtspunkt der internationalen Wettbewerbsfähigkeit gerechtfertigt werden, weil es hier keinesfalls um den Schutz kleiner heimischer Unternehmen gegenüber mächtiger ausländischer Konkurrenz gehe. Der Zusammenschluss sei volkswirtschaftlich nicht zu rechtfertigen. Die Bundeswettbewerbsbehörde beantragte mit einem am 20.6.2003 zur Post gegebenen Antrag, ON 8, ebenfalls die Prüfung des Zusammenschlusses. Die gesetzliche Marktbeherrschungsvermutung des Paragraph 34, Absatz eins a, Ziffer eins, KartG werde bei jeder möglichen Betrachtungsweise erfüllt. Auch auf dem Straßenbaumarkt erfüllten die Anmelder die Vermutung der Marktbeherrschung. Die vorliegende Konstellation lasse einen Gruppeneffekt, also eine (gewollte oder ungewollte) Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Markt des Gemeinschaftsunternehmens bzw in benachbarten Märkten erwarten. Durch das Vorhaben verringere sich für Dritte die ohnehin schon beschränkte Anzahl an (unabhängigen) Bezugsquellen für Asphaltmischgut noch weiter. Verglichen mit Deutschland sei das Preisniveau im geografisch relevanten Markt um 10 bis 25% höher. Bei der S\*\*\*\*\* und bei der B\*\*\*\*\* handle es sich um im Sinne des Paragraph 41, KartG mit der Zweitanmelderin verbundene Unternehmen, sodass ihre Marktanteile gemäß Paragraph 2, KartG zuzurechnen seien. Rechtfertigungsgründe für den Zusammenschluss lägen nicht vor, weil durch den Zusammenschluss zwar allenfalls die Wettbewerbsfähigkeit der Anmelder verbessert wird, nicht jedoch die vom Kartellgesetz geforderte allgemeine Strukturverbesserung herbeigeführt werde. Der Zusammenschluss könne für den geografisch relevanten Markt auch nicht unter dem Gesichtspunkt der internationalen Wettbewerbsfähigkeit gerechtfertigt werden, weil es hier keinesfalls um den Schutz kleiner heimischer Unternehmen gegenüber mächtiger ausländischer Konkurrenz gehe. Der Zusammenschluss sei volkswirtschaftlich nicht zu rechtfertigen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Mit Schriftsatz vom 31.7.2003, ON 17, legten die Anmelder noch dar, die zum Konzern des Zweitanmelderin gehörende S\*\*\*\*\* AG \*\*\*\*\* habe \*\*\*\*\* die R\*\*\*\*\* GmbH gekauft, die 50% Anteile der S\*\*\*\*\* GmbH halte. Die S\*\*\*\*\* AG werde von ihrem Vorstand in aktienrechtlicher Verantwortung geleitet und sei weder von der österreichischen S\*\*\*\*\* noch

von deren Mehrheitsaktionären operativ beeinflussbar. Weiters sei auch keine Beherrschung der S\*\*\*\*\* durch die deutsche S\*\*\*\*\* möglich, weil 50% der S\*\*\*\*\* von einem anderen Unternehmen gehalten würden. Tatsächlich konkurrenzieren die deutsche S\*\*\*\*\* die S\*\*\*\*\* Österreich.

Mit Schriftsatz vom 11.9.2003, ON 30, brachten die Anmelderrinnen vor, dass die S\*\*\*\*\* im vergangenen Geschäftsjahr \*\*\*\*\* bis \*\*\*\*\* Tonnen Asphaltmischgut nach Tirol geliefert habe, die B\*\*\*\*\* ca \*\*\*\*\* Tonnen. In der Tagsatzung vom 30.9.2003 brachten sie vor, dass die Erstanmelderin in keinem Land außer Österreich Umsatzerlöse von 25 Mio j erreicht habe.

Der Kartellanwalt brachte in der Tagsatzung vom 30.9.2003 noch vor, die Kosten einer gebrauchten Anlage seien wesentlich geringer als die einer neuen. Das erforderliche Investitionsvolumen übersteige nicht einem Betrag von \*\*\*\*\* % des jährliches Umsatzes. Der Ausstieg eines der beiden Unternehmen aus dem Straßenbaumarkt in den Bezirken Kitzbühel und Kufstein sei unwahrscheinlich. Durch die zeitweilige Stilllegung einer Anlage könnten deren Fixkosten wesentlich reduziert werden. Die im vergangenen Jahr erfolgte Erhöhung der Asphaltpreise im Unterland deute daraufhin, dass der Wettbewerbsdruck der S\*\*\*\*\* und der B\*\*\*\*\* nicht ausreichte, ein entsprechend niedriges Preisniveau aufrecht zu erhalten.

Mit Eingabe vom 3.10.2003, ON 39, machten die Anmelderrinnen die Zusage, gegen die Nichtuntersagung des beantragten Zusammenschlusses unter der nachfolgenden Auflage kein Rechtsmittel einzubringen:

"Die Antragsteller haben im Rahmen einer Gesellschafterversammlung des zum gemeinsamen Betrieb als Asphaltmischwerkes in Oberndorf bei Kitzbühel zu gründenden Gemeinschaftsunternehmens die Geschäftsführung dieses Gemeinschaftsunternehmens zu verpflichten

- -Strichaufzählung  
eine schriftliche Preisliste zu erstellen, welcher die genaue Zusammensetzung des produzierten Mischasphaltes und der Preis des Mischasphaltes je Tonne ab Werk zu entnehmen ist,
- -Strichaufzählung  
diese Preisliste jedem Interessenten aus dem Bundesland Tirol auf Anfrage binnen drei Tagen zuzusenden,
- -Strichaufzählung  
diese Preisliste erstmals binnen 30 Tagen nach Eintragung des Gemeinschaftsunternehmens in das Firmenbuch zu 25 Kt 160/03 an das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht zu übermitteln,
- -Strichaufzählung  
diese Preisliste bis zum 31.1.2008 jeweils bis zum 31. eines Jahres zu 25 Kt 160/03 an das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht zu übermitteln,
- -Strichaufzählung  
mindestens 30 Tage vor jeder Änderung dieser Preisliste (während des Laufes eines Jahres) die geänderte Preisliste dem Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht zu übermitteln,
- -Strichaufzählung  
das Mischgut zu den in dieser Preisliste angeführten Preisen an jeden interessierten und zahlungskräftigen Kunden zu verkaufen. Darüber hinaus haben die Antragsteller im Rahmen von Gesellschafterversammlungen des zu gründenden Gemeinschaftsunternehmens die Einhaltung des oben näher bezeichneten Beschlusses durch die Geschäftsführung zu kontrollieren und sicherzustellen."

Die H\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* , teilte mit Schreiben vom 6.10.2003, ON 40, dazu mit, der anwaltliche Vertreter der Anmelderrinnen habe ihnen die Zusage mitgeteilt. H\*\*\*\*\* würde das mit einer derartigen Zusage bzw mit einer derartigen Auflage verbundene Regulativ äußerst positiv bewerten und davon ausgehen, dass sich dadurch die Wettbewerb-situation im betroffenen Markt deutlich verbessern würde. Mit Schriftsatz vom 7.10.2003, ON 42, ergänzten die Anmelderrinnen die Zusage dahingehend, dass der jeweils vorzulegenden Preisliste die entsprechend konkretisierte Kalkulationsgrundlage beizulegen sei. Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen \*\*\*\*\* , der Sachverständigen a.o. Univ.Prof.Dr. Eva Pichler, weiters durch Einsichtnahme in folgende Urkunden: Firmenbuchauszug der F\*\*\*\*\* AG & Co KG, Beil./A, der A\*\*\*\*\* OHG, Beil./B, Gesellschaftsvertrag der A\*\*\*\*\* GmbH (in Gründung), Beil./C, Arbeitsübereinkommen der Gesellschafter der A\*\*\*\*\* GmbH (in Gründung), Beil./D, Lagekarte Asphaltmischanlage, Beil./E, Organigramm über die Eigentumsverhältnisse der F\*\*\*\*\* AG & Co KG, Beil./F, Organigramm über die Eigentumsverhältnisse der Zweitanmelderin, Beil./G, Gewinn- und Verlustrechnung der

Erstanmelderin, Beil./H, Gewinn- und Verlustrechnung der Zweitanmelderin, Beil./I, Geschäftsbericht der \*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* AG für das Geschäftsjahr \*\*\*\*\*, Beil./J, Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses der Zweitanmelderin vom 31.12.2001, Beil./K, Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses der \*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* AG zum \*\*\*\*\*, Beil./L, Bericht über die Prüfung des Konzernabschlusses der \*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* AG zum 31.12.2001, Beil./M, Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses der F\*\*\*\*\* AG & Co KG zum 31.3.2002, Beil./N, Aufstellung von Anbotsergebnissen, in denen Anbieter aus Deutschland günstigere Angebote legten, Beil./O, Karte zur Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes, Beil./P, Liste der Beteiligungen der Zweitanmelderin an Asphalt Mischanlagen, Beil./Q, Darstellung der Konzernstruktur der Zweitanmelderin, Beil./R, Beschluss des Bundeskartellamtes vom 22.5.2003 in Kartellverwaltungsverfahren B 1-80/02, Beil./S, Beschluss des Bundeskartellamtes vom 12.9.2000 im Verfahren B 1-45200-U-135/00 betreffend den Zusammenschluss S\*\*\*\*\*, Beil./T, Darstellung der "F\*\*\*\*\*-Gruppe" im Gegensatz zum F\*\*\*\*\*-Konzern sowie der im konsolidierten Umsatz der F\*\*\*\*\* AG & Co KG enthaltenen Unternehmen, Beil./U, Liste der österreichischen Mischanlagen, Beil./V, Gutachten der Sachverständigen ao Univ.Prof.Dr.Pichler, ON 33, Auszug aus dem Geschäftsbericht der S\*\*\*\*\* AG 2002, Beil. /1, Ausdruck der Wegdiagramme Schwarz-Kitzbühel, sowie Vomperbach-Kitzbühel, Beil. /2, Ausdruck aus der Homepage \*\*\*\*\*, Beil. /3, Telefax der BWB an den Vertreter der Anmelderin vom 6.6.2003, Beil. /4, Schreiben der Vertreter der Anmelderinnen an die BWB vom 30.6.2003, Beil. /5, Website \*\*\*\*\*, Beil. /6, Website \*\*\*\*\*, Beil. /7, Mitgliederliste des deutschen Asphaltverbandes Beil. /8, Antwort der \*\*\*\*\* auf Auskunftsverlangen der BWB, Beil. /9, Antwort der Firma \*\*\*\*\*, Beil. /10, Antwort der Bauunternehmung \*\*\*\*\*, Beil. /11, Antwort der \*\*\*\*\*, Beil. /12, Antwort der H\*\*\*\*\* GmbH & Co KG, Beil. /13, Angebote zu Asphaltmischanlagenausstattung, Beil. /14 und /15, hg. Akten 25 Kt 105/98, 25 Kt 467/99, 25 Kt 508/01, Gutachten der Sachverständigen ao. Univ.Prof.Pichler ON 33 und ON 41.

Aufgrund des Verfahrens werden folgende Feststellungen getroffen:

Das Kartellgericht hat mit Beschluss vom 3.7.1998 (25 Kt 105/98-38) den zu 25 Kt 66/98 angemeldeten Zusammenschluss "\*\*\*\*\*" unter der Voraussetzung der nachträglichen Erfüllung von Auflagen nicht untersagt. Die Auflagen bestanden im Auftrag, bis 30.6.2000 näher bezeichnete Asphaltmischanlagen in \*\*\*\*\* und \*\*\*\*\* alternativ an nicht am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen zu veräußern. In \*\*\*\*\* sollte die Beteiligung an der Asphaltmischanlage \*\*\*\*\* oder (alternativ) an der Asphaltmischanlage \*\*\*\*\* oder (alternativ) an der Asphaltmischanlage \*\*\*\*\* veräußert werden. In der Freigabeentscheidung wurde der Belieferungsbereich der Asphaltmischanlagen im \*\*\*\*\* in \*\*\*\*\* betrachtet und für die Zeit nach Durchführung des Zusammenschlusses ein Marktanteil des Konzerns, zudem die nunmehrige Zweitanmelderin gehört, von 43,5 % mit einem deutlichen Vorsprung vor dem - hinsichtlich des Marktanteils - nächstgrößeren Mitbewerber auf dem Mischgutmarkt, F\*\*\*\*\*, prognostiziert.

Mit Beschluss vom 21.3.2000 (25 Kt 457/99-21) verlängerte das Kartellgericht die Frist zur alternativen Veräußerung der genannten Asphaltmischanlagen bis 31.12.2001, weil eine Veräußerung der Anteile an den Asphaltmischanlagen in \*\*\*\*\* und \*\*\*\*\* durch die Verweigerung der Zustimmung der Mitgesellschafter rechtliche Hindernisse entgegenstanden und eine Veräußerung der Asphaltmischanlage in \*\*\*\*\* aufgrund der Folgen eines Bergsturzes \*\*\*\*\* innerhalb der beschlussmäßig festgesetzten Frist zu Unzeit erfolgt wäre. Mit Beschluss vom 28.6.2002 (25 Kt 508/01-11) wurde die Frist bis 31.12.2004 verlängert.

Die Zweitanmelderin ist eine Gesellschaft des Konzerns der \*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*. Persönlich haftende Gesellschafter der Zweitanmelderin sind die B\*\*\*\*\* und die S\*\*\*\*\*, beide mit dem Sitz in \*\*\*\*\*.

Die Unternehmensgruppe der Bauholding Strabag AG ist in vielen Staaten Europas, insbesondere in Österreich und Deutschland tätig. Der Kernmarkt liegt in Zentral- und Osteuropa. In Österreich, Ungarn und Tschechien verfügt die Unternehmensgruppe über eine starke Stellung im Straßenbau. Der Konzern stellt seine Struktur grafisch wie folgt dar: Im Jahre \*\*\*\*\* erbrachte der Konzern Leistungen im Werte von j \*\*\*\*\* , davon in Österreich im Werte von j \*\*\*\*\* , in Deutschland von \*\*\*\*\* . Vom durchschnittlichen Gesamtbeschäftigtenstand von \*\*\*\*\* waren in Österreich \*\*\*\*\* tätig. Nach der Konzernbilanz betragen die Umsatzerlöse 2002 j \*\*\*\*\* . Der Cash Flow des Konzerns der Zweitanmelderin betrug im vergangenen Geschäftsjahr \*\*\*\*\* j.

Der Bilanzgewinn für das Geschäftsjahr 2002 betrug \*\*\*\*\* j. Die Eigenkapitalquote betrug \*\*\*\*\* %, das Eigenkapital \*\*\*\*\* j. Der Betriebserfolg nach Abschreibungen konnte gegenüber dem Vorjahr um \*\*\*\*\* % gesteigert werden.

Die S\*\*\*\*\* AG \*\*\*\*\* ist eine Schwestergesellschaft der S\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*.

Die einzelnen Direktionen im Konzern der Zweitanmelderin bilden Profit-Center. Die Leiter der Profit-Center werden erfolgsorientiert entlohnt.

Auf der Homepage der Österreichischen S\*\*\*\*\* AG ist die S\*\*\*\*\* GmbH unter den "Konzerngesellschaften" ausgewiesen.

Im Jahr \*\*\*\*\* erwarb die S\*\*\*\*\* AG \*\*\*\*\* das vor allem in Bayern tätige Bauunternehmen \*\*\*\*\* R\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* , mit deren \*\*\*\*\* % Beteiligung an der S\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* . Die anderen 50 % werden von der T\*\*\*\*\* , gehalten.

Das Bundeskartellamt hat mit Beschluss vom 12.9.2000 zu B/1, 45200-U-135/00 den angemeldeten Erwerb der R\*\*\*\*\* GmbH zwar nicht untersagt, jedoch der S\*\*\*\*\* AG \*\*\*\*\* die Auflage erteilt, die Asphaltmischwerke ihrer Tochterunternehmen \*\*\*\*\* bis zum 31.12.\*\*\*\*\* an einen Dritten zu veräußern, der weder mit der S\*\*\*\*\* AG noch mit der B\*\*\*\*\* , verflochten ist.

Die S\*\*\*\*\* ist im Bereich Straßenbau mit regionalem Schwerpunkt in Bayern tätig. Die S\*\*\*\*\* ist ihrerseits zu einem Drittel an der B\*\*\*\*\* beteiligt, die vorwiegend in Bayern zahlreiche Asphaltmischwerke betreibt, zur Zeit des Zusammenschlusses waren es 65 Asphaltmischwerke.

An der B\*\*\*\*\* sind zu je einem weiteren Drittel die D\*\*\*\*\* und die N\*\*\*\*\* , beteiligt. An der D\*\*\*\*\* ist die S\*\*\*\*\* AG \*\*\*\*\* zu 49 % beteiligt.

Vor ca. 3 Jahren erwarben die B\*\*\*\*\* die Anteilsmehrheit an dem Bauunternehmen \*\*\*\*\* , welches beim öffentlichen Straßenbau (Autobahnen, Bundes- und Landesstraßen) in Tirol einen Marktanteil von 8,1 % hat.

Die S\*\*\*\*\* AG \*\*\*\*\* verstärkte im vergangenen Geschäftsjahr ihre Marktposition in Bayern und übernahm auch den Verkehrswegebau der H\*\*\*\*\* AG. Sie baute ihre Position als Marktführer im deutschen Straßen- und Tiefbau aus. Zum Ausbau der Marktposition im Straßenbau erwarb der Konzern 2002 auch die deutsche A\*\*\*\*\* GmbH. Mit dieser Übernahme wurde die Stellung der S\*\*\*\*\* insbesondere in den Regionen Deutschland-Mitte und Nord deutlich gestärkt.

In der österreichischen Bauwirtschaft wird mittelfristig der Tiefbau als die Sparte mit dem im Vergleich besten Wachstumsperspektiven angesehen. Im vergangenen Geschäftsjahr profitierte das Konzernsegment Straßenbau in Österreich von der sich entspannenden Marktsituation im Tiefbau. Auch in Deutschland, Ungarn und Tschechien war der Konzern im Straßenbau erfolgreich. In Tirol sind derzeit allerdings keine größere Baulose auf dem Straßenbaumarkt in Sicht. Die Zweitanmelderin ist in Österreich an 19 Asphaltmischanlagen beteiligt, in Nordtirol an den Anlagen in Zirl und Vomperbach. In Tirol stehen folgende Asphaltmischwerke im Alleineigentum des Konzerns der Zweitanmelderin: Kundl, Schwaz, Roppen, Oberndorf, Pinswang/Weißhaus.

An der Anlage in Vomperbach ist der Konzern der Zweitanmelderin zu einem Drittel beteiligt, hält aber überdies \*\*\*\*\* % der Kommanditanteile der R\*\*\*\*\* GmbH & Co KG, welche an der Anlage auch beteiligt ist.

Die \*\*\*\*\* GmbH & CO KG hat im öffentlichen Straßenbau in Tirol einen Marktanteil von 4 %.

Weiters ist der Konzern der Zweitanmelderin an der O\*\*\*\*\* GmbH, welche in Lavant ein Asphaltmischwerk betreibt, mit 80 % beteiligt. Die O\*\*\*\*\* GmbH hat beim öffentlichen Straßenbau (Autobahnen, B- und L-Straßen) in Tirol einen Marktanteil von 6 %.

Die Erstanmelderin und die mit ihr - im Sinne des§ 41 KartG - verbundenen Unternehmen erzielten im vergangenen Geschäftsjahr einen Umsatz von j \*\*\*\*\* Mio, davon mit Bauleistungen von zirka j \*\*\*\*\* Mio. In keinem anderen Staat außer Österreich erreichte ihr Umsatz j 25 Mio. Die Erstanmelderin und die mit ihr - im Sinne des Paragraph 41, KartG - verbundenen Unternehmen erzielten im vergangenen Geschäftsjahr einen Umsatz von j \*\*\*\*\* Mio, davon mit Bauleistungen von zirka j \*\*\*\*\* Mio. In keinem anderen Staat außer Österreich erreichte ihr Umsatz j 25 Mio.

Der größte Teil der Umsätze wurde in Tirol erzielt. Bei dem die Bundes- und Landesstraßen und die Autobahnen betreffenden Straßenbau bestanden in Tirol 2002 annäherungsweise folgende Marktanteile:

Unternehmensgruppe der Zweitanmelderin 59,1 %

(einschließlich H\*\*\*\*\* , O\*\*\*\*\* , S\*\*\*\*\* , R\*\*\*\*\* )

Erstanmelder (F*****)	12,7 %
*****	11,0 %
*****	9,5 %
*****	5,8 %
*****	1,9 %

Im Unterland waren die Marktanteile der Unternehmensgruppen der Anmelder nicht geringer.

Die Marktanteile der Unternehmensgruppen der Anmelder auf dem Asphaltmischmarkt sind nicht geringer als auf dem Straßenbaumarkt. Die jeweils 4 größten Anbieter auf den Märkten für Straßenbau und Asphaltmischgut haben in Tirol einen Marktanteil von wesentlich über 80 %.

Nach dem Arbeitsübereinkommen der Gesellschafter der als Gemeinschaftsunternehmen geplanten A\*\*\*\*\* GmbH sind bisherige Mitarbeiter der Tiefbauabteilung der beiden Muttergesellschaften von einer Bestellung als Geschäftsführer ausgeschlossen. Im Dienstvertrag sei sicherzustellen, dass der Geschäftsführer unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten hat, wie das Wohl des Unternehmens es erfordert. Er habe bei der Festsetzung der Abgabepreise des Asphaltmischgutes diskriminierungsfrei vorzugehen. Die beiden Anmelderinnen verfügen im Raum Oberndorf-Kitzbühel (Tirol) über zwei Mischanlagen. Zum Vorhaben gehört die Schließung einer Anlage. An der weiter zu betreibenden Anlage sollen beide Anmelderinnen zu je 50 % beteiligt sein. In der Anlage soll vor allem Mischgut mit bituminösen Bindemitteln (= Asphalt) erzeugt werden. Die Anlage der Zweitanmelderin in Oberndorf ist relativ neu und bedarf keiner Modernisierung, sie könnte zum Weiterbetrieb dienen. Ihre Kapazität reicht aus, den Bedarf der beiden anmeldenden Unternehmensgruppen zu bedienen.

Auch die Anlage der Erstanmelderin müsste nicht erneuert werden. Es wird daran gedacht, eine moderne Steuerung zu kaufen, deren Preis sich im Bereich von j \*\*\*\*\* bewegt.

Es ist noch nicht entschieden, welche Anlage weiter betrieben werden soll und welche Investitionen allenfalls getätigt werden. Das in Oberndorf produzierte Asphaltmischgut wird nicht exportiert. Asphalt ist ein wesentliches Vorprodukt für den Straßenbau und andere Tiefbauarbeiten (zB Plätze für Industrieanlagen, Wasser- und Gleisbau, Brückenbau, Landebahnen auf Flughäfen, Deponieabdichtungen, Sportplätze). Asphalt wird auch in Verbindung mit Betondecken eingesetzt.

Mit jeder modernen Mischanlage kann Asphalt in der gewünschten Zusammensetzung bzw Qualität produziert werden. Trotz der verschiedenen Produktionsqualitäten kann daher Asphalt in wettbewerbsökonomischer Sicht wie ein vollständig homogenes Gut behandelt werden.

Die Verfügbarkeit über Asphaltmischgut ist für weite Bereiche des Straßenbaus notwendig und nur schwer substituierbar. Als Substitute kommen im Belagsbereich einerseits Betondecken, andererseits verschiedene Methoden für Nebenstraßen im Gemeindebereich in Betracht. Autobahnen können anstelle einer Asphaltdecke auch eine Betondecke haben. Auf Plätzen und Gehwegen können anstelle einer Asphaltdecke Pflastersteine oder Betonplatten verlegt werden. Der ganz überwiegende Teil der Bundes- und Landesstraßen wird indes mit Asphaltbelegen ausgestattet. Neben dem Preis sprechen unterschiedliche Anforderungen wie Ebenheit, Griffbarkeit, Verschleiß, Festigkeit und Dichte, die unter anderem die Geräuschemissionen des Straßenbelags bestimmen, gegen eine weitgehende Substituierbarkeit.

Asphalt wird überwiegend in stationären Asphaltmischanlagen produziert, welche in Österreich weitaus überwiegend im Eigentum eines oder mehrerer Bauunternehmen stehen.

Für die Erzeugung von Asphaltmischgut kommt der Einsatz mobiler Anlagen nur bei großen Bauaufträgen (Baulosen) in Betracht, weil dafür Anschaffungs- bzw Mietkosten, sowie Kosten für den Auf- bzw Abbau der Anlage und Transportkosten für die Vorprodukte zusätzlich in Anschlag zu bringen sind.

Der Lieferradius um eine Asphaltmischanlage ist begrenzt, weil das Asphaltmischgut zum Einbau eine gewisse Temperatur nicht unterschreiten darf. Er beträgt etwa eine Stunde Fahrzeit. Auf Autobahnen entspricht dies zirka einer Strecke von maximal 80 km, auf Landesstraßen von 50 bis 70 km.

Die Transportkosten betragen pro Tonne und Stunde zirka j 6,-. "Muldenbirnen" können den Asphalt länger warmhalten und verlängern die mögliche Transportzeit auf das Doppelte. Die Transportkosten liegen dabei jedoch mit zirka j 13,- bis 14,- pro Tonne deutlich über jenen mit konventionellen Lastkraftwagen. Muldenbirnen werden selten eingesetzt, weil die vorhandenen Überkapazitäten der bestehenden Asphaltmischanlagen derart lange Transportzeiten nicht erforderlich machen. Längere Wegstrecken werden aber auch deshalb nicht eingeplant, weil am Transportweg Verzögerungen und damit einhergehende Qualitätsprobleme befürchtet werden. Die Bauherrn vergeben zum Teil auch bewusst die Aufträge an Bauunternehmen, welche im näheren Einzugsbereich Zugang zu einem Asphaltmischwerk haben, selbst wenn diese teurer sind.

Der Preiswettbewerb zwischen zwei Produktionsstätten wird umso stärker abgeschwächt, umso höher die Transportkosten des Gutes sind, denn diese erschweren die Substituierbarkeit der Güter aus Sicht der Nachfrager. Die Asphaltmischproduktion ist eng an das Volumen der Straßenbauarbeiten, insbesondere der Asphaltarbeiten gekoppelt. In den 70er und 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts entstanden enorme Kapazitäten, die heute

größtenteils noch vorhanden, aber nicht mehr erforderlich sind. Mit rückläufiger Nachfrage wurde die Zahl der Asphaltwerke nicht reduziert, wodurch die Überkapazitäten am Markt wuchsen. Dies lässt sich einerseits mit dem begrenzten Lieferradius, aber auch damit erklären, dass das Recht an einem Asphaltmischwerk ein strategisch wichtiges Mittel ist, den Markt gegenüber Konkurrenten zu schützen. Die Straßenbauunternehmen lagern den Transport des Mischguts an Transportunternehmen aus, geben ihre Beteiligung bzw. den Betrieb der Anlagen trotz deren Unterauslastung hingegen nicht auf.

Moderne Asphaltmischanlagen verfügen über große Ausbringungskapazitäten: Bei Ausstoßmengen von bis zu 240 t pro Stunde vermag eine moderne Anlage zirka 300.000-400.000 Tonnen pro Jahr zu erzeugen (bei einer Laufzeit von 10 Stunden täglich und 150 Tagen Produktion). Wird die Produktionsdauer auf 12 Stunden täglich und 180 Tage erhöht, steigt die Produktion auf weit über 500.000 t pro Jahr.

In Tirol ist zur Zeit eine Gesamtproduktion von zirka 700.000 t erforderlich. Unter Berücksichtigung realistischer Lieferradien könnte mit maximal vier Anlagen eine ausreichende Produktion des erforderlichen Asphaltmischguts erfolgen.

Die durchschnittliche Kapazitätsauslastung übersteigt bei den Asphaltmischanlagen in Tirol nicht ca. 20 %.

Zur Zeit sind in Tirol folgende Anlagen in Betrieb:

Im Überlappungsbereich des von Oberndorf/Kitzbühel mit Asphaltmischgut in etwa einer Stunde Fahrzeit erreichbaren Gebietes liegen außerhalb von Tirol unter anderem nach folgende Werke:

Östlich:

Weißbach in Salzburg-\*\*\*\*\*

(40 km von Kitzbühel)

Hollersbach im Pinzgau (Salzburg) (25 km von Kitzbühel)

\*\*\*\*\*

Nord-östlich:

Wals-Siezenheim (Salzburg) - \*\*\*\*\*

(65 km von Kitzbühel)

Schneitzlreut in Bayern (42 km von Kitzbühel)

Nördlich:

Nussdorf am Inn (55 km von Kitzbühel): \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

Die genannten alternativen Asphaltmischanlagen befinden sich in einer Entfernung von zumindest 30 bis 40 Fahrminuten von Oberndorf. Die Erstanmelderin kann in weite Teile des Unterlandes Asphaltmischgut auch von ihrer Anlage in Innsbruck bringen (Überlappung der Zulieferungsgebiete).

Im Tiroler Unterland hält die Unternehmensgruppe der Zweitanmelderin einen Marktanteil von deutlich über 30 % auf dem Markt für Asphaltmischgut.

Auf dem Straßenbaumarkt liegt der Marktanteil der Erstanmelderin im Bezirk Kitzbühel indes wesentlich über dem der Zweitanmelderin. Damit steht im Zusammenhang, dass die Asphaltmischanlage der Erstanmelderin in Oberndorf in etwa die doppelte Menge als die der Zweitanmelderin zu produzieren hat.

Mit der Anlage der Zweitanmelderin wurden in Oberndorf vergangenes Geschäftsjahr ca. 22.000 Tonnen Asphaltmischgut erzeugt, mit der Anlage der Erstanmelderin ca. 47.000 Tonnen. Die Jahreskapazität beider Anlagen beträgt jeweils ca. 140.000 Tonnen.

Die Jahresproduktion der Anlage der Erstanmelderin in Innsbruck beträgt ca. 100.000 Tonnen, womit dort auch eine wesentlich höhere Kapazitätsauslastung vorliegt.

Ca. 95 % der Produktion einer österreichischen Asphaltmischanlage wird von den Eigentümern bzw. den Konzernen der Gesellschafter abgenommen. Das gilt auch für die Anlagen in Oberndorf. Es ist nicht zu erwarten, dass der Absatz an Dritte durch die geplante gemeinsame Anlage erhöht wird.

Nordtirol (Tirol ohne Osttirol) lässt sich in zwei Teilräume mit unterschiedlichen Marktgegebenheiten (insbesondere Markteintrittsbarrieren) trennen: Unterland (Kufstein bis Innsbruck) und Oberland (Innsbruck bis zum Arlberg).

Im Unterland sind die Markteintrittsbarrieren für Straßenbauunternehmen, die dort kein eigenes Asphaltmischwerk (oder eine Beteiligung daran) besitzen, geringer. So arbeiten im Unterland Bauunternehmen, die Asphalt aus deutschen Mischanlagen - B\*\*\*\*\* und H\*\*\*\*\* , I\*\*\*\*\* - oder aus Salzburg beziehen. Beispielsweise bezieht die Firma H\*\*\*\*\* für ihre Straßenbauarbeiten in Tirol das Mischgut entweder von ihrem Werk in Wals/Siezenheim oder aus

Bayern (Nussdorf am Inn). Trotz der Transportkosten kommt es der Firma H\*\*\*\*\* billiger, wenn sie das Asphaltmischgut aus Salzburg oder Bayern bezieht. In Tirol verkaufen die Betreiber der dortigen Asphaltmischwerke das Mischgut auch nur zögerlich an dritte Straßenbauunternehmen.

Im Oberland bestehen markante Markteintrittsbarrieren gegenüber dem Ausland. Die Einliefermöglichkeiten von der B\*\*\*\*\* sind sehr begrenzt, aus Immenstadt \*\*\*\*\* kann unter Umständen bis zum Bezirk Reutte geliefert werden. Schließlich ist auch der Arlberg eine Barriere, welche das Oberland vor Zulieferern abschirmt. Italienische Anbieter sind an Lieferungen wenig interessiert, da die hohen Transportkosten über den Brenner sowie strenge Qualitätsvorschriften eine Markteintrittsbarriere bilden.

Im Oberland befinden sich Mischanlagen zB in Roppen, Zirl und Schönwies.

Im Jahr 2002 lagen die Angebotspreise pro eingebauter Tonne Asphalt im Unterland bei j 40,- bis 42,-, im Oberland bei zirka j 68,- bis 70,- pro Tonne. Die Preisdifferenzen können nur aus dem Fehlen von Wettbewerb der Anbieter im Oberland unter sich erklärt werden. Eine gewisse Rolle spielt aber auch, dass in das Oberland die harten Steine für die Asphaltproduktion erst geliefert werden müssen. Wegen der drastischen Preisdifferenzen erteilte das Amt der Tiroler Landesregierung 2002 kein Bauauftrag für das Oberland. Daraufhin kam es zu einer Annäherung des Preisniveaus: Im Oberland sanken die Preise, im Unterland stiegen sie auf zirka j 45,- bis 46,- pro Tonne.

Die Preise für Asphaltmischgut liegen derzeit im Oberland um zirka 30 % über denen des Unterlandes. Im Unterland ist der Preis nicht einheitlich: Je weiter die deutsche und salzburger Grenze, desto höher ist tendenziell der Preis. Die Preise in Salzburg und in Bayern liegen unter denen im Unterland.

Zwischen den Eigentümern einer von einem Gemeinschaftsunternehmen betriebenen Asphaltmischanlage findet regelmäßig hinsichtlich des Preises für Asphaltmischgut aus dieser Anlage kein Wettbewerb statt. Die vertikale Integration des Unternehmens, welches in einem regionalen Straßenbaumarkt über eigene Asphaltmischkapazitäten verfügt, stärkt die Wettbewerbsposition dieses Unternehmens gegenüber Konkurrenten. Für regionale Bauaufträge steht einem solchen Unternehmen sicher verfügbares Asphaltmischgut zur Verfügung. Bei einer starken Stellung auf beiden Märkten ist das Unternehmen in der Lage Konkurrenten, die nicht über eine vergleichbare Situation verfügen, vom Markt zu verdrängen bzw von einem Markteintritt abzuhalten.

Auf dem Straßenbaumarkt ist vergebende Stelle hinsichtlich der Autobahn die Asfinag, hinsichtlich der Bundes- und Landesstraßen das jeweils zuständige Amt der Landesregierung, hinsichtlich der Gemeindestraßen sind es die jeweils zuständigen Gemeindeorgane. Das Land Tirol und die Gemeinden fragen nicht unmittelbar Asphaltmischgut nach, sondern Asphaltstraßenarbeitern und vergleichen bei ihren Ausschreibungen unter anderem die Kosten des eingebauten Asphalts.

Bei der Nachfrage für Autobahn, Bundes- und Landesstraßen ist eine starke Verhandlungsposition von Seiten des Landes Tirol wirksam, die einen senkenden Einfluss auf das Preisniveau ausübt. Die Nachfrage der Gemeinden ist hingegen nicht koordiniert, die den Gemeinden verrechnenden Preise sind auch entsprechend höher. Die Einkaufsbedingungen der privaten Nachfrager sind nicht günstiger als die der Gemeinden.

Bei der Auftragserteilung im Zuge der Ausschreibung der Baulose ist der direkte Zugang des Bauunternehmens zu einem Asphaltmischwerk keine Voraussetzung. So können die Bauunternehmen die Asphaltierungsarbeiten auch an Subunternehmer weitergeben. Beispielsweise führt die Firma \*\*\*\*\* die Asphaltierungsarbeit nicht selbst durch, sondern gibt diese in einer Subvergabe weiter. Das Volumen der Asphaltierungsarbeiten erreicht maximal etwa 30 % eines Gesamtauftrages.

Im Raum Kitzbühel/Kufstein werden bis zu einem Drittel der Straßenbauarbeiten an deutsche Unternehmen vergeben. Über diesen Raum hinaus sind deutsche Unternehmen im Unterland jedoch wegen der Transporterfordernisse des Asphaltmischguts kaum mehr wettbewerbsfähig.

Auf dem Straßenbaumarkt ist es üblich, dass die Bauunternehmen günstige Angebotspreise bei nächster Gelegenheit mit Kampfpreisen beantworten.

Die strategische Aufrechterhaltung von Überkapazitäten hat den Zweck, den Markteintritt von Konkurrenten zu verhindern, weil ein potenzieller Neuling auf dem Markt leicht weiß, dass die etablierten Unternehmen für den Fall seines Marktantritts zu für sie relativ geringen zusätzlichen Kosten (Grenzkosten) den Preiskampf ansagen könnten.

Zwischen den in Tirol ansässigen Unternehmen - Anmelder, T\*\*\*\*\*, A\*\*\*\*\*, S\*\*\*\*\* - findet praktisch kein Preiswettbewerb statt; im Oberland werden übereinstimmend höhere Preise verlangt als im Unterland. Die Erstanmelderin, die bisher nicht über ein gemeinsames Asphaltmischwerk mit den Konkurrenten verbunden ist, zeigte bisher kein abweichendes Verhalten im Wettbewerb.



In Deutschland bestehen andere Vorschriften bezüglich des Mischguts (zB geringerer Bitumengehalt). Die sich daraus ergebenden Qualitätsdifferenzen schlagen sich auch im Preis nieder. Auf dem Markt für Asphaltmischgut ist in Tirol zwischen den Eigentümern der dortigen Asphaltmischanlagen kein relevanter Wettbewerb zu beobachten, zumal der größte Teil der Produktion von den Eigentümern der Asphaltmischwerke bzw den an den Asphaltmischwerken beteiligten Bauunternehmen abgenommen wird, während an Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt kein Asphaltmischgut oder Asphaltmischgut zu höheren Preisen verkauft wird. Es ist zu erwarten, dass durch das Vorhaben an dem derzeit zu beobachtenden Marktergebnis nichts wesentlich geändert wird. Indes ist zu erwarten, dass sich die Marktposition der Anmelderrinnen, sowie auch das Fehlen von relevantem Wettbewerb zwischen diesen Unternehmen (Innenwettbewerb fehlt bei gemeinsamer Marktbeherrschung) verfestigt. Bei Errichtung des Gemeinschaftsunternehmens wäre durch die Stilllegung der beiden formal unabhängigen Werke in Oberndorf zu erwarten, dass der potenzielle Wettbewerb der beiden Anmelderrinnen im Verkauf an externe Abnehmer (zB Gemeinden für von diesen selbst erstellte Leistungen oder an Telekabel-Unternehmen und dergleichen) unterbunden wird.

Die Standorte Zirl, Vomperbach und Schwaz befinden sich in unmittelbarer Nähe zur Inntalautobahn, liegen relativ nahe beisammen und können mehr oder weniger den gleichen Umkreis beliefern (Entfernungen: Schwaz-Vomperbach maximal 15 km, Vomperbach-Zirl maximal 15 km).

Würde eines der Werke bzw die Beteiligung daran verkauft, könnte die S\*\*\*\*\* AG ihren eigenen Bedarf bei der hohen Unterauslastung der Kapazitäten aus den verbleibenden Werken problemlos decken. Betriebswirtschaftlich würden ihre Kosten wegen der besseren Auslastung der anderen Anlagen sinken.

Bei einem allfälligen Verkauf einer Anlage bzw eines Anteils daran wäre eine relevante Änderung der Marktverhältnisse nur dann zu erwarten, wenn damit ein Straßenbauunternehmen auf dem Tiroler Markt neu Fuß fasst. Im Unterland könnten dadurch möglicherweise die Preise geringfügig sinken, weil ein solches Unternehmen sich die Kosten des Transports aus dem Raum Kufstein (bzw Bayern) erspart. Im Oberland würde der Wettbewerb wahrscheinlich intensiviert werden. Eine nachhaltige und auch für die Preise des Asphaltmischguts in Tirol wesentliche Intensivierung des Wettbewerbs wäre nur dann gesichert, falls ein oder mehrere unabhängige Mischwerke mit Lieferradius zwischen Innsbruck und Arlberg entstünden, weil dann bisher vom Markt abgehaltene Bauunternehmen Asphalt zu Wettbewerbsbedingungen beziehen könnten.

Die Errichtung eines neuen Asphaltmischwerkes erfordert einen Investitionsaufwand von zirka j 5 Mio. Bei der Gründung eines solchen von den etablierten Bauunternehmen unabhängigen Asphaltmischwerks könnte dieses nicht mit Absatz an Straßenbauunternehmen mit Besitz oder Beteiligung an einem bestehenden Asphaltmischwerk rechnen, wohl aber mit einer Kampfpfeisunterbietung durch die vorhandenen Asphaltmischwerke.

Hinsichtlich der Feststellungen konnte von den Angaben der Anmelderrinnen und den oben angeführten Beweismitteln, insbesondere dem hg. Beschluss 25 Kt 105/98-38 und dem Gutachten der Sachverständigen ao Univ.Prof.Dr.Pichler ausgegangen werden. Die Anmelderrinnen haben dem ihnen mitgeteilten Gutachten, aber auch den Aussagen der vernommenen Zeugen, zu denen ihnen die Protokolle zugestellt wurden, keine Einwendungen entgegengesetzt. \*\*\*\*\* (von der Erstanmelderin) und \*\*\*\*\* (von der Zweitanmelderin) haben als Zeugen im Wesentlichen das Vorbringen der Anmelderrinnen, ON 30, bestätigt, dass lediglich ein marginaler Teil von unter 5 % der im relevanten Markt befindlichen Anlagen an Wettbewerber verkauft wird. Aus diesen Aussagen ergab sich in der Tagsatzung vom 30.9.2004 (Protokoll ON 36), überdies, dass eine Änderung des Absatzvolumens an Dritte nicht zu erwarten ist. Überdies wurde auch aus der Aussage des Zeugen \*\*\*\*\* (Protokoll ON 35) das Desinteresse der Anmelder deutlich, Asphaltmischgut an Mitbewerber auf dem Straßenbaumarkt abzusetzen, das mit dem Desinteresse, Mitbewerber als Gesellschafter einer Asphaltmischanlage aufzunehmen, parallel geht. Aus der Beantwortung der Auskunftsverlangen der BWB durch H\*\*\*\*\*, Beil ./13 - ergänzt durch die Aussage des Zeugen \*\*\*\*\* (Prot. ON 35) - der H\*\*\*\*\*, Beil ./12, der Firma \*\*\*\*\*, Beil ./11 und der Firma \*\*\*\*\*, Beil ./10, lässt sich - in Übereinstimmung mit der wettbewerbsökonomischen Analyse vergleichbarer Fälle in den europäischen Leitlinien betreffend Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Abl.Nr. C 3 vom 6.1.2001. S. 1, RN 106ff - schließen, dass das Gemeinschaftsunternehmen zu einer Verringerung des Innenwettbewerbs zwischen den im Unterland etablierten Asphaltmischerzeugern und tendenziell zu höheren Preisen führen kann, weil der Wettbewerbsdruck aus Bayern und Salzburg außerhalb der Bezirke Kufstein und Kitzbühel aufgrund der höheren Transportkosten schwächer ist.

Die für die Anmeldebedürftigkeit beim Kartellgericht in § 42a Abs 1 KartG genannten Schwellenwerte werden bei dem

angemeldeten Vorhaben überschritten. Die europäische Fusionskontrollverordnung findet keine Anwendung, weil das Vorhaben keine gemeinschaftsweite Bedeutung hat. Die Unternehmensgruppe der Erstanmelderin erreichte nicht die nach Art 1 Abs 2b oder Abs 3c FKVO erforderlichen Schwellenwerte von mehr als 250 Mio j gemeinschaftweiten Gesamtumsatz bzw von jeweils mehr als 25 Mio j Gesamtumsatz in mindestens drei Mitgliedsstaaten. Im Vordergrund der Anmeldung steht die Gründung der A\*\*\*\*\* GmbH, welche in Oberndorf bei Kitzbühel eine Asphaltmischanlage als Gemeinschaftsunternehmen anstelle der zwei von den Anmelderinnen dort betriebenen Anlagen betreiben soll. Die für die Anmeldebedürftigkeit beim Kartellgericht in Paragraph 42 a, Absatz eins, KartG genannten Schwellenwerte werden bei dem angemeldeten Vorhaben überschritten. Die europäische Fusionskontrollverordnung findet keine Anwendung, weil das Vorhaben keine gemeinschaftsweite Bedeutung hat. Die Unternehmensgruppe der Erstanmelderin erreichte nicht die nach Artikel eins, Absatz 2 b, oder Absatz 3 c, FKVO erforderlichen Schwellenwerte von mehr als 250 Mio j gemeinschaftweiten Gesamtumsatz bzw von jeweils mehr als 25 Mio j Gesamtumsatz in mindestens drei Mitgliedsstaaten. Im Vordergrund der Anmeldung steht die Gründung der A\*\*\*\*\* GmbH, welche in Oberndorf bei Kitzbühel eine Asphaltmischanlage als Gemeinschaftsunternehmen anstelle der zwei von den Anmelderinnen dort betriebenen Anlagen betreiben soll.

Asphaltmischgut bildet aufgrund der eingeschränkten Substitutionsmöglichkeit einen eigenen sachlichen Markt. Regionale Teilmärkte setzen die Möglichkeit eigener von der Nachbarregion unabhängiger Markt- und Preisstrategien voraus. Regelmäßig ist eine genaue räumliche Abgrenzung relevanter Teilmärkte nicht möglich, weil es an den Randzonen unvermeidlich zu Überschneidungen verschiedener Teilmärkte kommt.

Hinsichtlich des Asphaltmischgutes wurde festgestellt, dass dieses zur Erhaltung der für seinen Einbau erforderlichen Temperatur nur in einer Fahrzeit bis zu einer Stunde von der Produktionsstätte zur Verarbeitungsstätte transportiert werden kann. Insofern bilden sich regionale Zulieferkreise.

Nach den getroffenen Feststellungen liegen im Tiroler Unterland andere Wettbewerbsbedingungen als im Tiroler Oberland vor, weil im Unterland von Bayern und Salzburg ein nach Innsbruck sich abschwächender Wettbewerbsdruck besteht, der eine Erklärung für das unterschiedliche Preisniveau im Unterland und Oberland bildet. Da sich die von den einzelnen Asphaltmischwerken belieferten Gebiete überlappen, kann das Tiroler Unterland als ein regionaler Markt für Asphaltmischgut der Entscheidung zugrundegelegt werden. Nach § 34 Abs 1 Z 2 KartG ist ein Unternehmer marktbeherrschend, der als Anbieter oder Nachfrager ein im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; dabei sind insbesondere die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmen, die Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie die Umstände zu berücksichtigen, die den Marktzutritt für andere Unternehmer beschränken. Nach den getroffenen Feststellungen liegen im Tiroler Unterland andere Wettbewerbsbedingungen als im Tiroler Oberland vor, weil im Unterland von Bayern und Salzburg ein nach Innsbruck sich abschwächender Wettbewerbsdruck besteht, der eine Erklärung für das unterschiedliche Preisniveau im Unterland und Oberland bildet. Da sich die von den einzelnen Asphaltmischwerken belieferten Gebiete überlappen, kann das Tiroler Unterland als ein regionaler Markt für Asphaltmischgut der Entscheidung zugrundegelegt werden. Nach Paragraph 34, Absatz eins, Ziffer 2, KartG ist ein Unternehmer marktbeherrschend, der als Anbieter oder Nachfrager ein im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; dabei sind insbesondere die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmen, die Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie die Umstände zu berücksichtigen, die den Marktzutritt für andere Unternehmer beschränken. Wenn ein Unternehmer als Anbieter an einem örtlich relevanten Markt

- -Strichaufzählung  
einen Anteil von 30 % hat oder
- -Strichaufzählung  
einen Anteil von mehr als 5 % hat und zu den 4 größten Unternehmen auf diesem Markt gehört, die zusammen einen Anteil von mindestens 80 % haben,

dann trifft ihn gemäß § 34 Abs 1a KartG die Beweislast, dass die Voraussetzungen für die Bejahung einer marktbeherrschenden Stellung nach § 34 Abs 1 KartG nicht vorliegen. dann trifft ihn gemäß Paragraph 34, Absatz eins a, KartG die Beweislast, dass die Voraussetzungen für die Bejahung einer marktbeherrschenden Stellung nach Paragraph 34, Absatz eins, KartG nicht vorliegen.

Bei der Berechnung der Marktanteile gelten nach § 2 Z 2 KartG Unternehmen, die in der im § 41 KartG beschriebenen Form miteinander verbunden sind, als ein einziges Unternehmen. Beim öffentlichen Straßenbau waren daher der Zweitanmelderin die im Gutachten ON 33 ausgewiesenen Marktanteile von H\*\*\*\*\*, O\*\*\*\*\*, S\*\*\*\*\* und R\*\*\*\*\*

zuzurechnen. Bei der Berechnung der Marktanteile gelten nach Paragraph 2, Ziffer 2, KartG Unternehmen, die in der im Paragraph 41, KartG beschriebenen Form miteinander verbunden sind, als ein einziges Unternehmen. Beim öffentlichen Straßenbau waren daher der Zweitanmelderin die im Gutachten ON 33 ausgewiesenen Marktanteile von H\*\*\*\*\*, O\*\*\*\*\*, S\*\*\*\*\* und R\*\*\*\*\* zuzurechnen.

Aufgrund der getroffenen Feststellungen besteht die Vermutung der Einzelmarktbeherrschung im Tiroler Unterland durch die Unternehmensgruppe der Zweitanmelderin auf dem Straßenbaumarkt und dem vorgelagerten Markt für Asphaltmischgut, weil die Unternehmensgruppe auf beiden Märkten einen Marktanteil von wesentlich mehr als 30 % hat. Abgesehen davon, dass die Anmelder keinen Gegenbeweis angetreten haben, ist auch die diesbezügliche Bewertung durch die Sachverständige unerwidert geblieben. Auch die zu den Kriterien nach § 34 Abs 1 Z 2 KartG getroffenen Feststellungen lassen keinen Zweifel am Vorliegen der marktbeherrschenden Stellung der Unternehmensgruppe der Zweitanmelderin aufkommen: Der Konzern der Zweitanmelderin verfügt über eine hohe Finanzkraft und steht aufgrund zahlreicher Beteiligungen in Nahebeziehung zu anderen Bauunternehmen. Außerdem verfügt er in Österreich über ein flächendeckendes Netz von Asphaltmischanlagen, die die Durchführung von Straßenbauarbeiten sichern. Er kann diese auch dazu nutzen, Mitbewerber vom Markt fernzuhalten. Aufgrund der getroffenen Feststellungen besteht die Vermutung der Einzelmarktbeherrschung im Tiroler Unterland durch die Unternehmensgruppe der Zweitanmelderin auf dem Straßenbaumarkt und dem vorgelagerten Markt für Asphaltmischgut, weil die Unternehmensgruppe auf beiden Märkten einen Marktanteil von wesentlich mehr als 30 % hat. Abgesehen davon, dass die Anmelder keinen Gegenbeweis angetreten haben, ist auch die diesbezügliche Bewertung durch die Sachverständige unerwidert geblieben. Auch die zu den Kriterien nach Paragraph 34, Absatz eins, Ziffer 2, KartG getroffenen Feststellungen lassen keinen Zweifel am Vorliegen der marktbeherrschenden Stellung der Unternehmensgruppe der Zweitanmelderin aufkommen: Der Konzern der Zweitanmelderin verfügt über eine hohe Finanzkraft und steht aufgrund zahlreicher Beteiligungen in Nahebeziehung zu anderen Bauunternehmen. Außerdem verfügt er in Österreich über ein flächendeckendes Netz von Asphaltmischanlagen, die die Durchführung von Straßenbauarbeiten sichern. Er kann diese auch dazu nutzen, Mitbewerber vom Markt fernzuhalten.

Es bestehen auch Anzeichen dafür, dass die Unternehmensgruppe der Zweitanmelderin mit anderen Bauunternehmen - darunter die Erstanmelderin - den relevanten Markt gemeinsam beherrscht. Für das Vorliegen einer gemeinsamen Marktbeherrschung spricht die festgestellte Reaktionsverbundenheit und Preissetzungsautonomie als auch das Fehlen eines relevanten Innenwettbewerbs.

Als Zusammenschluss gilt nach § 41 Abs 2 KartG auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das 1. auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und 2. keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründer im Verhältnis zueinander oder im Verhältnis zu dem Gemeinschaftsunternehmen mit sich bringt. Als Zusammenschluss gilt nach Paragraph 41, Absatz 2, KartG auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das 1. auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und 2. keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründer im Verhältnis zueinander oder im Verhältnis zu dem Gemeinschaftsunternehmen mit sich bringt.

Die Bestimmung des § 41 Abs 2 KartG folgte bewusst praktisch wörtlich Art 3 Abs 2 2. Satz FKVO aF (VO 4064/89). Zur Auslegung dieser Bestimmung kann daher auch die Europäische Praxis zur inhaltsgleichen Definition herangezogen werden. Die Bestimmung des Paragraph 41, Absatz 2, KartG folgte bewusst praktisch wörtlich Artikel 3, Absatz 2, 2. Satz FKVO aF (VO 4064/89). Zur Auslegung dieser Bestimmung kann daher auch die Europäische Praxis zur inhaltsgleichen Definition herangezogen werden.

Eine starke Präsenz der Muttergesellschaften in vorgelagerten oder nachgelagerten Märkten, die zu umfangreichen Käufen, bzw Verkäufen zwischen den Muttergesellschaften und dem Gemeinschaftsunternehmen führt, ist - nach Punkt 14 der Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschafts- unternehmens nach der VO (EG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. C 066 vom 2.3.1998, S. 1 - bei der Untersuchung der Frage, ob es sich um ein Vollfunktionsunternehmen handelt, zu berücksichtigen. Wenn die Verkäufe des Gemeinschaftsunternehmens an die Gründer - wie im vorliegenden Fall - auf einer dauerhaften Grundlage erfolgen sollen, so ist die entscheidende Frage, ob das Gemeinschaftsunternehmen trotz dieser Verkäufe dazu bestimmt ist, eine aktive Rolle im Markt zu spielen. Ein wichtiges Faktum ist hierbei der Anteil dieser Verkäufe an der Gesamtproduktion des Gemeinschaftsunternehmens. Nach der Praxis der Europäischen Kommission wird ein Vollfunktionsunternehmen nur dann bejaht, wenn die Lieferungen an die Gründer auf Dauer im relevanten Markt unter der Schwelle von 50 % liegen (Dirk Staudenmayer, Der Zusammenschlussbegriff in Art 3 EG-FusionskontrollVO =

Heft 189 der FIW-Schriftenreihe, S 219ff). Im vorliegenden Fall hat sich im Prüfungsverfahren immer mehr verdeutlicht, dass auf Dauer zirka 95 % der Produktion der gemeinsamen Asphaltmischanlage von den Gründerunternehmen bzw den mit ihnen verbundenen Unternehmen abgenommen würde. Es liegt daher kein Vollfunktionsunternehmen vor. Eine starke Präsenz der Muttergesellschaften in vorgelagerten oder nachgelagerten Märkten, die zu umfangreichen Käufen, bzw Verkäufen zwischen den Muttergesellschaften und dem Gemeinschaftsunternehmen führt, ist - nach Punkt 14 der Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschafts- unternehmens nach der VO (EG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. C 066 vom 2.3.1998, S. 1 - bei der Untersuchung der Frage, ob es sich um ein Vollfunktionsunternehmen handelt, zu berücksichtigen. Wenn die Verkäufe des Gemeinschaftsunternehmens an die Gründer - wie im vorliegenden Fall - auf einer dauerhaften Grundlage erfolgen sollen, so ist die entscheidende Frage, ob das Gemeinschaftsunternehmen trotz dieser Verkäufe dazu bestimmt ist, eine aktive Rolle im Markt zu spielen. Ein wichtiges Faktum ist hierbei der Anteil dieser Verkäufe an der Gesamtproduktion des Gemeinschaftsunternehmens. Nach der Praxis der Europäischen Kommission wird ein Vollfunktionsunternehmen nur dann bejaht, wenn die Lieferungen an die Gründer auf Dauer im relevanten Markt unter der Schwelle von 50 % liegen (Dirk Staudenmayer, Der Zusammenschlussbegriff in Artikel 3, EG-FusionskontrollVO = Heft 189 der FIW-Schriftenreihe, S 219ff). Im vorliegenden Fall hat sich im Prüfungsverfahren immer mehr verdeutlicht, dass auf Dauer zirka 95 % der Produktion der gemeinsamen Asphaltmischanlage von den Gründerunternehmen bzw den mit ihnen verbundenen Unternehmen abgenommen würde. Es liegt daher kein Vollfunktionsunternehmen vor.

Die Anmelder bieten das Asphaltmischgut auf dem Markt zu keinem wettbewerbsfähigen Preis an, weil sie kein Interesse daran haben, dass ihre Mitbewerber auf dem Straßenbaumarkt an ihrer Stelle zum Zuge kommen. Daran ändert auch nichts, wenn sie - wie zuletzt zugesagt - ihre Preisliste und ihre Kalkulation transparent machen, weil sie damit nicht gehindert sind, die Preise so hoch zu halten, dass Konkurrenten auf dem nachgelagerten Straßenbaumarkt das Mischgut nicht zu wettbewerbsfähigen Preisen bei ihnen beziehen können. Die Überprüfung überhöhter Preise auf der Basis der Kosten ist eine so komplexe Aufgabenstellung, dass eine gerichtliche Durchsetzung angemessener Preise durch Mitbewerber auf dem Straßenbaumarkt in Verfahren zur Abstellung des Missbrauchs marktbeherrschender Stellung, praktisch nicht erfolgt und auch nicht zu erwarten ist. Die Anmelderinnen haben auch gar nicht vorgebracht, dass sich auf Grund der Zusagen erwarten lässt, dass auf Dauer wesentlich mehr Asphaltmischgut an Mitbewerber wegen einer Herabsetzung der Mischgutpreise abgesetzt werden wird.

Es liegt daher kein Zusammenschluss nach § 41 KartG vor. Die Durchführung der vorgesehenen gemeinsamen Produktion wirkt sich insofern auf das mögliche Marktverhalten der an ihr beteiligten Unternehmensgruppen aus, als sie für diese die Produktionskosten und die Produktqualität vereinheitlicht. Es liegt daher kein Zusammenschluss nach Paragraph 41, KartG vor. Die Durchführung der vorgesehenen gemeinsamen Produktion wirkt sich insofern auf das mögliche Marktverhalten der an ihr beteiligten Unternehmensgruppen aus, als sie für diese die Produktionskosten und die Produktqualität vereinheitlicht.

Da die beiden Anmelder auf dem regionalen Asphaltmischmarkt und dem nachgelagerten Straßenbaumarkt tätig sind und tätig bleiben, zielt das Vorhaben des kooperativen Gemeinschaftsunternehmens auch darauf ab, die gegensätzlichen Interessen der Beteiligten zu koordinieren. Mit dem angemeldeten Vorhaben ist unmittelbar ein Kapazitätsabbau durch Stilllegung einer der beiden Anlagen und sohin eine Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigt (Schröder in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 8 RN 148; Stockmann im selben Handbuch, S 7, RN 22). Da die beiden Anmelder auf dem regionalen Asphaltmischmarkt und dem nachgelagerten Straßenbaumarkt tätig sind und tätig bleiben, zielt das Vorhaben des kooperativen Gemeinschaftsunternehmens auch darauf ab, die gegensätzlichen Interessen der Beteiligten zu koordinieren. Mit dem angemeldeten Vorhaben ist unmittelbar ein Kapazitätsabbau durch Stilllegung einer der beiden Anlagen und sohin eine Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigt (Schröder in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, Paragraph 8, RN 148; Stockmann im selben Handbuch, S 7, RN 22). Der Durchführung des Vorhabens steht daher § 18 Abs 1 KartG bis zur allfälligen Genehmigung als Kartell entgegen. Der Durchführung des Vorhabens steht daher Paragraph 18, Absatz eins, KartG bis zur allfälligen Genehmigung als Kartell entgegen.

Oberlandesgericht Wien

#### **Anmerkung**

EW00506 25Kt160.03-44 (25Kt207.03-44, 25Kt214.03-44)

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OLG0009:2003:0250KT00160.03.1007.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20031007\_OLG0009\_0250KT00160\_0300000\_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](http://www.jusline.at)