jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 2002/12/16 16Ok14/02 (16Ok15/02)

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 16.12.2002

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat in Kartellrechtssachen durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Birgit Langer als Vorsitzende und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Manfred Vogel und Dr. Gerhard Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Dr. Thomas Lachs in der Kartellrechtssache 1. D***** AG, *****, 2. Deutsche T***** AG, *****, 3. C***** SA, *****, 4. Alpine M***** GmbH, *****, 5. E***** AG, *****, als Mitglieder der Bietergemeinschaft "T***** Collect Austria" c/o ***** AG, *****, vertreten durch Binder Grösswang Rechtsanwälte OEG, Wien, wider die Antragsgegnerin A*****-Aktiengesellschaft (A*****AG), *****, vertreten durch Mag. Dr. Axel Reidlinger, Rechtsanwalt in Wien, wegen Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und einstweiliger Verfügung, über die Rekurse der Antragsteller gegen die Beschlüsse des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 28. Mai 2002 GZ 25 Kt 159/02-6, und vom 27. Juni 2002, GZ 25 Kt 199/02-16, den Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Rekurs gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 28. Mai 2002 GZ 25 Kt 159/02-6, sowie der Rekurs gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 27. Juni 2002, GZ 25 Kt 199/02-16, soweit er sich gegen die Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Antragsgegnerin aufzutragen,

- -Strichaufzählung
  die Antragsteller und gefährdeten Parteien sowie die übrigen Bieter hinsichtlich des Angebots und der Teilnahme zum Vergabeverfahren betreffend die Planung, Finanzierung, Errichtung und den Betrieb des LKW-Mautsystems zu den in Beilage ./3 zum Schriftsatz der Antragsteller vom 7. Mai 2002 genannten oder anderen angemessenen Bedingungen zuzulassen, in eventu
- -Strichaufzählung
  das gegenständliche Vergabeverfahren auszusetzen, in eventu
- -Strichaufzählung
  den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht zu erteilen und den Vertrag zur Planung, Finanzierung, Errichtung und den Betrieb des gegenständlichen LKW-Mautsystems nicht abzuschließen, in eventu
- -Strichaufzählung
  den Vertrag zur Planung, Finanzierung, Errichtung und den Betrieb des gegenständlichen LKW-Mautsystems nicht abzuschließen, wendet, werden zurückgewiesen.

Im Übrigen, also hinsichtlich der Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der

Antragstellerin aufzutragen, den Vertrag zur Planung, Finanzierung, Errichtung und Betrieb des gegenständlichen LKW-Mautsystem nicht durchzuführen, wird dem Rekurs nicht Folge gegeben.

Text

Begründung:

Die Antragsgegnerin hat zur Vergabe des Auftrags betreffend die Planung, Finanzierung, Errichtung und den Betrieb eines Systems zur Einhebung eines fahrleistungsabhängigen Entgelts für die Benutzung des mautpflichtigen Straßennetzes durch Kraftfahrzeuge mit einem höchstens zulässigen Gesamtgewicht von mehr als 3,5 t (Mautsystem) vorab ein Wettbewerbsverfahren durchgeführt. Das Preisgericht hat 5 Gewinner des Wettbewerbs ermittelt, darunter die Antragsteller. In weiterer Folge hat dann die Antragsgegnerin die Vergabe des Auftrags ausgeschrieben und die 5 Gewinner des Wettbewerbs aufgefordert, auf der Grundlage der Ausschreibungsunterlagen ihre Angebote zu legen. Diese Ausschreibungsunterlagen enthalten ein Muster für den mit dem Bieter abzuschließenden Betreibervertrag. Auch finden sich in den Ausschreibungsunterlagen Vorgaben für ergänzend abzuschließende Regelungen, etwa betreffend das Anbot auf Abtretung aller Geschäftsanteile an der Betreibergesellschaft.

Da diese Ausschreibung im Wege des Verhandlungsverfahrens erfolgte, hatten die Bieter grundsätzlich die Möglichkeit, zu den einzelnen Vertragsbestimmungen rechtliche bzw kommerzielle Alternativen vorzuschlagen. Jedoch wurden bestimmte Eckdaten als rechtliche und/oder kommerzielle Kernbereiche definiert, von denen in den Angeboten nicht abgewichen werden durfte. Angebote, in denen eine derartige Verletzung des Kernbereichs erfolgte, waren nach der Ausschreibungsunterlage auszuscheiden. Dies wurde auch durch die Fragebeantwortung zur Erläuterung der Ausschreibungsunterlagen bestätigt. In der Fragebeantwortung wurde auch präzisiert, welche rechtlichen und/oder kommerzielle Eckdaten zum Kernbereich zu zählen sind.

Am 8. 2. 2002 legten die Antragstellerinnen zwei separate Angebote, die von der Ausschreibung abweichende Alternativvorschläge (Vertragsalternativen) enthielten. Die entsprechend der Ausschreibungsunterlage gebildete Kommission zur Bewertung der Angebote und zur Feststellung der Kernbereichskonformität von Alternativangeboten stellte in ihrer Sitzung vom 23. 2. 2002 einstimmig fest, dass diese Angebote der Antragsteller die rechtlich-kommerziellen Kernbereiche der Ausschreibungsunterlage verletzen, weil die vorgeschlagenen Vertragsalternativen zu einer massiven Risikoverschiebung auf den Auftraggeber führen, die dem ausgeschriebenen Betreibermodell grundlegend zuwiderlaufe. Selbst bei nachhaltigem Nichtfunktionieren der angebotenen Technologie müsste der Auftraggeber die Finanzierung des Mautsystems zurückführen und könnte Kosten des Systemabbaus tragen. Auch die geforderte Flexibilität und Erweiterbarkeit des Mautsystems würden durch die vorgeschlagene feste Bindung an den Business Plan und den ursprünglichen Finanzierungsrahmen schon im Ansatz untergraben werden. Die beiden Angebote hätten auch die Verfügungsmöglichkeiten des Bundes über die Gesellschaftsanteile an der Antragsgegnerin eingeschränkt.

Von dieser Entscheidung wurden die Antragsteller am 28. 2. 2002 verständigt (Ausscheidung gemäß § 52 Abs 1 Z 8 BVergG 1997 vom Vergabeverfahren LKW-Mautsystem).Von dieser Entscheidung wurden die Antragsteller am 28. 2. 2002 verständigt (Ausscheidung gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 1997 vom Vergabeverfahren LKW-Mautsystem).

Über Antrag vom 22. 3. 2002 erließ das Bundesvergabeamt im Nachprüfungsverfahren bezüglich der Entscheidung, die Angebote der Antragsteller im Vergabeverfahren auszuscheiden, und bestimmter Vorgaben der Ausschreibung, am 28. 3. 2002 im Provisorialverfahren eine einstweilige Verfügung auf Untersagung der Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 22. 5. 2002. Am 31. 5. 2002 wies das Bundesvergabeamt dann aber schließlich die Anträge teils wegen Unzuständigkeit der Behörde, teils als unzulässig zurück.

Die von den Antragstellerinnen bemängelten Punkte der Ausschreibung sind etwa folgende:

1. Nach Punkt 3.1.6. der Ausschreibungsbedingungen trifft den Auftragnehmer eine Erfüllungshaftung dafür, dass das von ihm zu entwickelnde Mautsystem die Mindestanforderungen und die sonstigen im Zuge des Angebots zugesagten Eigenschaften erfüllt. Selbst eine anfängliche Unmöglichkeit soll den Betreiber nicht von seiner Verpflichtung zur Errichtung eines die geforderten Anforderungen erfüllenden Mautsystems befreien. Um dies zu erreichen hat der Auftragnehmer nötigenfalls sein Mautkonzept auf eigene Kosten und Gefahr so abzuändern, dass das Mautsystem die zugesagten Eigenschaften aufweist. Punkt 5.1.2. der Ausschreibungsbedingungen sieht eine Entschädigung des Betreibers für den Fall vor, dass die Antragsgegnerin eine vollständige Vertragsunterbrechung verlangt oder die

Gründe der vollständigen Vertragsunterbrechung aus der Sphäre der Antragsgegnerin stammen.

Die Antragstellerinnen hingegen wollen das Risiko nur für die eigene Sphäre übernehmen.

2. Nach den Punkten 3.6. und 3.7. der Ausschreibungsbedingungen ist der Betreiber verpflichtet, das Mautsystem auf neu hinzukommende Teile des mautpflichtigen Straßennetzes auszudehnen und auf Wunsch des Auftraggebers auch sonstige Änderungen des Mautsystems, insbesondere Veränderungen einzelner Teile des Systems vorzunehmen, unabhängig davon, ob eine Einigung über die Vergütung erfolgt ist. Hinsichtlich der Punkte 5.3.1. und 5.3.2. über die Regelungen über die Vergütung der Zusatz- und Änderungsleistungen schränkten die Antragstellerinnen die Verpflichtung zur Vornahme der entsprechenden Erweiterung auf die Grenzen des Business Planes ein. Außerdem wird angeboten, dass die Erweiterung auf Grundlage einer vorab festzulegenden Vergütung zu erfolgen hat.

3. Nach Punkt 5.2. der Ausschreibungsbedingungen setzt sich die Basisvergütung aus dem festen Vergütungsanteil und dem variablen Vergütungsanteil zusammen. Der variable Vergütungsanteil basiert auf der tatsächlich festgestellten Anzahl von erfolgreich bemauteten Fahrzeugabschnitten und erfolgreichen Enforcement-Identifikationen. Die feste Vergütung wird unabhängig vom tatsächlichen Verkehrsaufkommen geleistet; Voraussetzung für die Leistung der Vergütung ist die Gewährleistung einer bestimmten automatisch erfassten Quote (Punkt 5.1.5. der Ausschreibungsbedingungen). Durch die Regelung über die variable Vergütung werden die Einnahmen zwischen dem Auftraggeber und dem Betreiber aufgeteilt. Für den Fall, dass es zu Reduzierungen des mautpflichtigen Straßennetzes kommt, enthält Punkt 5.3.4. der Ausschreibungsbedingungen eine Anpassungsregel, die zwar einerseits eine Reduktion des festen Vergütungsanteils vorsieht, andererseits aber auch eine Regelung, nach der der Betreiber jedenfalls einen Ersatz für seine nicht abbaubaren Kosten erhält.

Für den Fall, dass einzelne Straßenteile lediglich für einen kürzeren Zeitraum unbenützbar sind, bleibt nach Punkt 5.1.1. der Ausschreibungsbedingungen die feste Vergütung unberührt. Das Alternativangebot weist dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers alle Abweichungen der tatsächlichen Entwicklungen "zu den im Business Plan getroffenen Annahmen und Umständen" zu, mit der Folge einer definierten Entschädigungspflicht seitens des Auftraggebers, worin auch die Renditerwartungen des Vertrags enthalten sind und die mindestens den im Rahmen der Projektfinanzierung des Vertrages aushaftenden Beträgen entsprechen muss. Damit wäre der Auftraggeber auch für alle jene Abweichungen der Ist-Mengen von den Plan-Mengen verantwortlich, die aus der neutralen Sphäre stammen.

4. Der als unangemessen gerügte Punkt 5.4. der Ausschreibungsbedingungen sieht eine Vergütungsanpassung aufgrund bestimmter Qualitätsparameter des Mautsystems vor. Nach Punkt 5.4.2. erfolgt die Vergütungsanpassung aufgrund der Qualitätsparameter verschuldensunabhängig. Auch im Fall einer vom Betreiber leicht fahrlässig verursachten Schlechterfüllung von Betreiberpflichten ist als Sanktion - neben den im Vertrag vorgesehenen Pönalen - nur die Vergütungsanpassung vorgesehen; Schadenersatzansprüche wegen entgangener Mauteinnahmen sind hingegen ausgeschlossen. Das Alternativangebot sieht vor, dass eine Vergütungsanpassung nicht vorzunehmen ist, wenn die Ursache für das Nichterreichen der Qualitätsparameter nicht in der Sphäre des Betreibers liegt.

5. Nach dem als unangemessen gerügten Punkt 6.2.1. haben die Partner (Gesellschafter der Betreibergesellschaft) dem Auftraggeber ein Anbot auf Abtretung der Gesellschaftsanteile zu stellen. Dieses Anbot kann vom Auftraggeber für sich ausgeübt werden, es kann von diesem aber auch ein Dritter benannt werden, auf den die Anteile zu übertragen sind. Das Anbot kann bei einer Ausübung der Call-Option gemäß Punkt

6.5.1. der Ausschreibungsbedingungen auch in der Weise ausgeübt werden, dass der Auftraggeber nur einen Teil der Anteile erwirbt. Der Alternativvorschlag sieht für den Fall einer teilweisen Call-Option im Wesentlichen eine Put-Option der Partner vor, sodass der Auftraggeber zu einer vollständigen Übernahme des Betreibers gezwungen werden kann.

6. Nach dem gerügten Punkt 6.2.3. der Ausschreibungsbedingungen kann die Antragsgegnerin nach Beendigung des Vertragsverhältnisses durch Zeitablauf sowohl bei Ausübung eines Kaufanbots auf die Assets der Betreibergesellschaft als auch bei Ausübung des Abtretungsangebots auf alle Geschäftsanteile der Betreibergesellschaft einzelne Vermögensgegenstände, Schulden und Rechtsverhältnisse vom Erwerb ausschließen. Im Falle der vorzeitigen Ausübung der Call-Option auf die Anteile der Betreibergesellschaft ist vorgesehen, dass der Preis um die Summe der Liquidationswerte der einzelnen ausgeschlossenen Positionen gekürzt wird.

Der Alternativvorschlag erklärt den Ausschluss nur unter der Voraussetzung für zulässig, dass dadurch den "Anforderungen der Projektfinanzierung entsprochen" und der Betreiber bzw die Partner "nicht wirtschaftlich benachteiligt" werden.

Im Bereich des Vorsatzes oder der groben Fahrlässigkeit soll nach den Ausschreibungsunterlagen die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen, die über eine Vertragsstrafe hinausgehen, nicht ausgeschlossen sein. Der Alternativvorschlag sieht vor, dass die Vertragsstrafen alle Schadenersatzmöglichkeiten abdecken und die Geltendmachung jeglichen anderen Schadens sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach unzulässig ist.

7. Nach dem gerügten Punkt 9.1. der Ausschreibungsbedingungen bleibt der Vertrag von Änderungen der Eigentümerstruktur der Antragsgegnerin unberührt.

Der Alternativvorschlag sieht vor, dass die Änderung der Eigentümerstruktur des Auftraggebers der ausdrücklichen Zustimmung des Betreibers und aller anderen Partner bedürfte.

Automatische Mautsysteme bestehen derzeit bereits in folgenden Staaten:

Argentinien, Belgien, Chile, China, Dänemark, England, Frankreich, Israel, Italien, Japan, Kanada, Malaysia, Norwegen, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Singapur, Slowenien, Spanien und den USA. Die ersten drei Antragsteller haben sich parallel zum österreichischen Verfahren auch als Bieter im Vergabeverfahren zur Einführung einer LKW-Maut in Deutschland beteiligt. Diesen ist auch bereits der Zuschlag erteilt worden. Mautsysteme der Fünftantragstellerin sind in Asien, Südafrika und Südamerika seit Jahren im Einsatz, zB auf der längsten Autobahn Malaysiens und der längsten Brasiliens. Der österreichische Technologieanbieter K***** ist weltweit an der Errichtung von Mautsystemen beteiligt.

Die Antragsteller begehren in ihren beiden Anträgen vom 7. 5. 2002 und vom 7. 6. 2002 zur Sicherung des Anspruches der Antragsteller und gefährdeten Parteien auf Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung der Antragsgegnerin und Gegnerin der gefährdeten Parteien bis zur Rechtskraft des über den Antrag gemäß § 35 KartG ergehenden Beschlusses, in eventu für den längstmöglichen Zeitraum, durch einstweilige Verfügung aufzutragen,Die Antragsteller begehren in ihren beiden Anträgen vom 7. 5. 2002 und vom 7. 6. 2002 zur Sicherung des Anspruches der Antragsteller und gefährdeten Parteien auf Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung der Antragsgegnerin und Gegnerin der gefährdeten Parteien bis zur Rechtskraft des über den Antrag gemäß Paragraph 35, KartG ergehenden Beschlusses, in eventu für den längstmöglichen Zeitraum, durch einstweilige Verfügung aufzutragen,

- -Strichaufzählung
  die Antragsteller und gefährdeten Parteien, sowie die übrigen Bieter hinsichtlich des Angebots und der Teilnahme zum Vergabeverfahren betreffend die Planung, Finanzierung, Errichtung und den Betrieb des LKW-Mautsystems zu den in Beilage ./3 zum Schriftsatz der Antragsteller vom 7. Mai 2002 genannten oder anderen angemessenen Bedingungen zuzulassen, in eventu
- -Strichaufzählung
  das gegenständliche Vergabeverfahren auszusetzen, in eventu
- -Strichaufzählung
  den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht zu erteilen und den Vertrag zur Planung, Finanzierung, Errichtung und den Betrieb des gegenständlichen LKW-Mautsystems nicht abzuschließen, in eventu
- -Strichaufzählung
  den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht zu erteilen, in eventu
- -Strichaufzählung
  den Vertrag zur Planung, Finanzierung, Errichtung und den Betrieb des gegenständlichen LKW-Mautsystems nicht abzuschließen, in eventu
- -Strichaufzählung
  den Vertrag zur Planung, Finanzierung, Errichtung und den Betrieb des gegenständlichen LKW-Mautsystems nicht durchzuführen. Sie machen geltend, dass die Antragsgegnerin ein gesetzlich begründetes Exklusivrecht habe, auf den wichtigsten Bundesstraßen Österreichs Maut einzuheben. In Ausübung dieses Rechts habe die Antragsgegnerin einen Auftrag zur Errichtung und zum Betrieb eines LKW-Mautsystems ausgeschrieben. Der relevante Produktmarkt sei die Erteilung eines Auftrages zur Errichtung, Finanzierung und Betrieb eines elektronischen Mautsystems, auf dem die Antragsgegnerin als einziger Nachfrager eines derartigen Mautsystems

in Österreich auftrete. Die Antragsgegnerin habe somit auf diesem Markt eine marktbeherrschende Stellung auf der Nachfragerseite. Die in den Ausschreibungsbedingungen der Antragsgegnerin als rechtlich/kommerzieller Kernbereich bezeichneten Bestimmungen würden die Bieter unverhältnismäßigen Haftungsbestimmungen und Verfügungsbeschränkungen bzw -pflichten im Bezug auf das LKW-Mautsystem aussetzen und der Antragsgegnerin zum Teil freies Ermessen hinsichtlich ihrer Verfügung über die wirtschaftlichen Mittel der Bieter geben. Sowohl einzeln als auch in einer Gesamtbetrachtung seien die Ausschreibungsbedingungen gänzlich einseitig und würden zu einem unverhältnismäßigen und nicht berechenbaren Risiko auf Seiten der Bieter führen. Es könne nur durch eine Aussetzung der angefochtenen Ausschreibungsentscheidung und die vorläufige Zulassung der Antragstellerin zum weiteren Vergabeverfahren oder aber auch durch die vorläufige Aussetzung des Vergabeverfahrens verhindert werden, dass es für die Antragstellerin im Verhältnis zu den im Verfahren verbliebenen Bietern zu einem unaufholbaren Zeit- bzw Informationsnachteil komme und hieraus ein nicht wieder gutzumachender wirtschaftlicher Schaden für die Antragsteller entstehe.

Die Antragstellerin wendete sich dann gegen die im Einzelnen angeführte Bestimmungen.
Die Kernbereiche der Ausschreibungsunterlage seien im Übrigen auch nachträglich zugunsten der anderen Bieter geändert worden, insbesondere betreffend die Regelung der Call-Option (Punkt 6.2. des Betreibervertrages), die nachträglich massiv zugunsten der Bieter relativiert worden sei. Da die Antragsgegnerin durch die nachträgliche Abänderung gerade jener Ausschreibungsbedingungen, die den Grund für das vorzeitige Ausscheiden der Antragsteller aus dem Vergabeverfahren darstelle, auf die verschiedenen Bieterkonsortien unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen anwende, missbrauche sie auch dadurch ihre marktbeherrschende Stellung. Das Risiko der Teilübernahme von Gesellschaftsanteilen der Betreibergesellschaft durch unbekannte Dritte sei von der Antragsgegnerin nachträglich dadurch stark reduziert worden, dass bei einer teilweisen Ausübung der Call-Option durch die Antragsgegnerin diese nur solche Dritte, auf die die jeweiligen Teile der Geschäftsanteile zu übertragen seien, benennen könne, die über eine entsprechende Bonität verfügen, um allfällige Verpflichtungen aus dem Betreibervertrag erfüllen zu können, und nicht in Konkurrenz zum Betreiber oder den Partnern stehen. Darüber hinaus übernehme die Antragsgegnerin nun die Haftung für die ordnungsgemäße Zahlung des Kaufpreises für Geschäftsanteile bzw für den Betrieb des LKW-Mautsystems durch den von der Antragsgegnerin benannten Dritten. Es sei anzunehmen, dass sich das Bundesvergabeamt aufgrund des Vorliegens eines nicht prioritären Dienstleistungsauftrags in dieser Sache für unzuständig erklären werde.
Nach dem Ausschreibungstext müsste jede Kernbereichverletzung per se die Wirkung der Ausscheidung haben. Sofern der Vertrag zum Zeitpunkt der Erlassung der einstweiligen Verfügung bereits abgeschlossen sei, sei die einstweilige Verfügung auf die Untersagung der Durchführung des Vertrages gerichtet, um eine nachträgliche Rückabwicklung von Investitionen zu vermeiden. Die Antragsgegnerin beantragte, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als unzulässig zurückzuweisen, in eventu als unbegründet abzuweisen. Sie verwies darauf, dass zwar spezifisches Know-How für die Planung und Konzeption eines Mautsystems von Bedeutung sei, dies aber keineswegs bedeute, dass die einzelnen Produkte und Dienstleistungen, welche die einzelnen spezialisierten Unternehmen zum Gesamtprojekt beitragen sollen, nicht auch für andere Zwecke dienen können. Das Bieterkonsortium sei kein Unternehmen, das auf LKW-Mautsysteme spezialisiert wäre, sondern eine Verbindung von selbständigen Anbietern der einzelnen Teilleistungen. Die Teilleistungen ließen sich nicht nur für die Planung, Errichtung und den Betrieb eines Mautsystems vermarkten, sondern auch für andere Zwecke. Der geografische Markt sei weltweit abzugrenzen. Auf diesem komme der Antragsgegnerin als einem kleineren Nachfrager unter mehreren Dutzend nationalen Autobahnbetreibern überhaupt keine Marktmacht gegenüber den wenigen Konsortien zu, die in teilweise leicht unterschiedlicher Zusammensetzung für die unterschiedlichen Projekte Angebote legen. Die Antragsgegnerin hätte die Angebote der Antragsteller schon wegen Verletzung eines einzigen Kernbereiches ausscheiden müssen.
Das Erstgericht wies den ersten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, nämlich das Vergabeverfahren auszusetzen, zurück. Zu diesem Zeitpunkt war die Entscheidung des Bundesvergabeamtes noch nicht ergangen. Fehler in der Ausschreibung, welche Auswirkungen auf den Leistungsvertrag haben, könnten vor dem Bundesvergabeamt geltend gemacht werden. Relevante Ausschreibungsfehler seien in diesem Zusammenhang auch sittenwidrige oder sonst rechtswidrige Vertragsbestimmungen. Die Antragsteller hätten ihre beim Kartellgericht geltend gemachten Anträge auf eine behauptete Unangemessenheit der von der Antragsgegnerin erstellten Ausschreibungsbedingungen (§ 35 Abs 1 Z 1 KartG) gestützt. Die Antragsteller machten jedoch nicht ihre oder eines anderen Ausbeutung durch

einen abgeschlossenen Vertrag, sondern ihre Behinderung bei der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren geltend. Dem Schutz des Anspruchs auf Beteiligung am Verfahren nach einer Ausschreibung diene jedoch das Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz 1997 (BVergG) vor dem Bundesvergabeamt. Ein potentieller Auftragnehmer, der Interesse am Abschluss des Leistungsvertrages hat, könne gem. § 115 Abs. 1 BVergG die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers vor Zuschlagserteilung beim Bundesvergabeamt beantragen, wenn ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Sobald das Nachprüfungsverfahren eingeleitet sei, habe das Bundesvergabeamt gem § 116 BVergG auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine entstehende oder drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Der Schutz der Interessen an der Teilnahme am Vergabeverfahren obliege dem zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständigen Bundesvergabeamt. Dieses habe auch auf die sich aus dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ergebende Rechtswidrigkeit Bedacht zu nehmen, zumal ein dem § 35 KartG zuwider laufendes Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, unabhängig davon, ob das Kartellgericht eine Untersagungsverfügung erlassen hat, rechtswidrig ist. Das Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt stehe einem Antrag auf Schutz der Interessen an der Teilnahme am Vergabeverfahren beim Kartellgericht nur dann nicht entgegen, wenn das Bundesvergabeamt nicht angerufen werden könne. Dazu habe sich nichts ergeben.Das Erstgericht wies den ersten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, nämlich das Vergabeverfahren auszusetzen, zurück. Zu diesem Zeitpunkt war die Entscheidung des Bundesvergabeamtes noch nicht ergangen. Fehler in der Ausschreibung, welche Auswirkungen auf den Leistungsvertrag haben, könnten vor dem Bundesvergabeamt geltend gemacht werden. Relevante Ausschreibungsfehler seien in diesem Zusammenhang auch sittenwidrige oder sonst rechtswidrige Vertragsbestimmungen. Die Antragsteller hätten ihre beim Kartellgericht geltend gemachten Anträge auf eine behauptete Unangemessenheit der von der Antragsgegnerin erstellten Ausschreibungsbedingungen (Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer eins, KartG) gestützt. Die Antragsteller machten jedoch nicht ihre oder eines anderen Ausbeutung durch einen abgeschlossenen Vertrag, sondern ihre Behinderung bei der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren geltend. Dem Schutz des Anspruchs auf Beteiligung am Verfahren nach einer Ausschreibung diene jedoch das Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz 1997 (BVergG) vor dem Bundesvergabeamt. Ein potentieller Auftragnehmer, der Interesse am Abschluss des Leistungsvertrages hat, könne gem. Paragraph 115, Absatz eins, BVergG die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers vor Zuschlagserteilung beim Bundesvergabeamt beantragen, wenn ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Sobald das Nachprüfungsverfahren eingeleitet sei, habe das Bundesvergabeamt gem Paragraph 116, BVergG auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine entstehende oder drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Der Schutz der Interessen an der Teilnahme am Vergabeverfahren obliege dem zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständigen Bundesvergabeamt. Dieses habe auch auf die sich aus dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ergebende Rechtswidrigkeit Bedacht zu nehmen, zumal ein dem Paragraph 35, KartG zuwider laufendes Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, unabhängig davon, ob das Kartellgericht eine Untersagungsverfügung erlassen hat, rechtswidrig ist. Das Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt stehe einem Antrag auf Schutz der Interessen an der Teilnahme am Vergabeverfahren beim Kartellgericht nur dann nicht entgegen, wenn das Bundesvergabeamt nicht angerufen werden könne. Dazu habe sich nichts ergeben.
Bei der Entscheidung über den zweiten Antrag beim Kartellgericht lag bereits die Entscheidung des Bundesvergabeamtes über die Zurückweisung der dort gestellten Anträge der Antragstellerinnen vor. Das Erstgericht ging nunmehr davon aus, dass der Schutz der Interessen an der Teilnahme am Vergabeverfahren auf Grund der in der Entscheidung des Bundesvergabeamtes ausgesprochenen Unzuständigkeit bzw Unzulässigkeit von diesem nicht wahrgenommen werde, weshalb im Rahmen des Antrages auf Erlassung der einstweiligen Verfügung im Kartellverfahren von der Zuständigkeit des Erstgerichtes auszugehen sei.
Der Antragsgegnerin komme aber keine marktbeherrschende Stellung zu. Der von den Antragstellern als sachlich relevanter Markt herangezogene Markt der Errichtung, Finanzierung und des Betriebes eines elektronischen Mautsystems bestehe nicht nur in dem gegenständlichen Mautsystem. Die nachgefragte Leistung bestehe typischerweise in Consulting und Engineering, sowie in der technisch-administrativen Bewältigung von Systemen (Systemmanagement), ohne dass das System gerade ein Mautsystem sein müsse.
Das Kartellgesetz stelle auf eine ökonomische Marktbetrachtung ab. Der örtlich relevante Markt gehe über den

gesamten Inlandsmarkt hinaus. Den Antragstellern komme zwar der Vermutungstatbestand des § 34 Abs. 1a KartG zugute, jedoch sei der Gegenbeweis erbracht, dass der örtlich relevante Markt über das Bundesgebiet hinausgehe und es sich um einen weltweiten Markt handle. Tatsächlich seien auch zumindest vier der fünf antragstellenden Unternehmen auf dem sachlich relevanten Markt international tätig.Das Kartellgesetz stelle auf eine ökonomische Marktbetrachtung ab. Der örtlich relevante Markt gehe über den gesamten Inlandsmarkt hinaus. Den Antragstellern komme zwar der Vermutungstatbestand des Paragraph 34, Absatz eins a, KartG zugute, jedoch sei der Gegenbeweis erbracht, dass der örtlich relevante Markt über das Bundesgebiet hinausgehe und es sich um einen weltweiten Markt handle. Tatsächlich seien auch zumindest vier der fünf antragstellenden Unternehmen auf dem sachlich relevanten Markt international tätig.
Ferner seien die Antragsteller berechtigt ausgeschieden worden. Punkt
7.3.7. der Ausschreibungsbedingungen enthält die als solche nicht beanstandete - die Betreiber begünstigende - Regelung, dass bei Vorliegen von leichter Fahrlässigkeit die Geltendmachung eines den Betrag der Vertragsstrafe übersteigenden Schadens durch den Auftraggeber insofern ausgeschlossen ist, als der Schaden in entgangenen Mauterlösen besteht. Nach B.IV.10. Punkt 1.3. der Ausschreibungsunterlage in Verbindung mit der Antwort auf Frage 156 sei im Bereich des Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen, die über eine Vertragsstrafe hinausgehen, nicht ausgeschlossen. Dieser Grundsatz gehöre zum rechtlich/kommerziellen Kernbereich der Ausschreibungsbedingungen. Die von Seiten der Bietergemeinschaft vorgesehene Formulierung, wonach die Vertragsstrafe in allen Fällen abschließend ist und schlechthin kein weiterer Schaden geltend gemacht werden kann, stelle somit eine Abweichung von einer die Betreiber ohnehin schon begünstigenden Regelung zu Lasten der Antragsgegnerin dar.

Gegen diese Beschlüsse richten sich die Rekurse der Antragsteller wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und Mangelhaftigkeit des Verfahrens.

Die Antragsgegnerin beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs gegen den ersten Beschluss betreffend die Zurückweisung des Antrages sowie gegen den zweiten Beschluss, soweit er die Anträge auf Zulassung geänderter Bedingungen, das Verbot der Auftragsvergabe und Aussetzung des Vergabeverfahrens betrifft, sind mangels Beschwer unzulässig, im Übrigen aber unberechtigt.

Nach ständiger Rechtsprechung setzt jedes Rechtsmittel eine Beschwer voraus, weil es nicht Aufgabe der Rechtsmittelinstanzen ist, rein theoretische Fragen zu entscheiden. Die Beschwer muss nicht nur bei Einlangen des Rechtsmittels vorliegen, sondern auch im Zeitpunkt der Rechtsmittelentscheidung noch bestehen; fällt das Anfechtungsinteresse nach dem Einlangen des Rechtsmittels weg, dann ist das ursprünglich zulässige Rechtsmittel zurückzuweisen (vgl zuletzt etwa OGH 1. 7. 2002 16 Ok 4/02 mwN = SZ 61/6 = EvBl 1988/100;4 Ob 122/01x uva; Kodek in Rechberger, ZPO² vor § 461 Rz 9 mwN). Im vorliegenden Fall ist die Beschwer betreffend die Unzuständigkeitsentscheidung mit der inhaltlichen Entscheidung über den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung weggefallen. Mit dieser Entscheidung haben die Antragsteller jenes Rechtsschutzziel erreicht, das sie mit ihrem Rechtsmittel gegen den Zurückweisungsbeschluss anstreben, nämlich die inhaltliche Entscheidung über ihre Anträge.Nach ständiger Rechtsprechung setzt jedes Rechtsmittel eine Beschwer voraus, weil es nicht Aufgabe der Rechtsmittelinstanzen ist, rein theoretische Fragen zu entscheiden. Die Beschwer muss nicht nur bei Einlangen des Rechtsmittels vorliegen, sondern auch im Zeitpunkt der Rechtsmittelentscheidung noch bestehen; fällt das Anfechtungsinteresse nach dem Einlangen des Rechtsmittels weg, dann ist das ursprünglich zulässige Rechtsmittel zurückzuweisen vergleiche zuletzt etwa OGH 1. 7. 2002 16 Ok 4/02 mwN = SZ 61/6 = EvBl 1988/100;4 Ob 122/01x uva; Kodek in Rechberger, ZPO² vor Paragraph 461, Rz 9 mwN). Im vorliegenden Fall ist die Beschwer betreffend die Unzuständigkeitsentscheidung mit der inhaltlichen Entscheidung über den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung weggefallen. Mit dieser Entscheidung haben die Antragsteller jenes Rechtsschutzziel erreicht, das sie mit ihrem Rechtsmittel gegen den Zurückweisungsbeschluss anstreben, nämlich die inhaltliche Entscheidung über ihre Anträge.

Unstrittig wurde auch bereits knapp nach der erstgerichtlichen Entscheidung der Zuschlag erteilt und der Vertrag mit einem anderen Bieter geschlossen. Die Beschwer hinsichtlich der Anträge auf Zulassung geänderter Bedingungen, Aussetzung des Vergabeverfahrens bzw Unterlassung des Zuschlages und des Vertragsabschlusses ist mit der

Erteilung des Zuschlages weggefallen.

Insoweit sind die Rechtsmittel schon mangels Beschwer zurückzuweisen. Im Übrigen, ist aber vorweg die Zuständigkeit des Kartellgerichts zu prüfen. Diese wurde hier zutreffend bejaht.

Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges sind in erster Linie der Wortlaut des Begehrens und darüber hinaus die Behauptungen, auf die es gestützt wird, maßgebend. Entscheidend sind die Natur und das Wesen des geltend gemachten Anspruches. Dafür ist der geltend gemachte Rechtsgrund von Bedeutung, ob nach dem Inhalt ein kartellrechlicher Anspruch erhoben wird, der vom Kartellgericht zu entscheiden ist (vgl allgemein RIS-Justiz RS0045584 mwN; Fasching Lehrbuch2 Rz 101).Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges sind in erster Linie der Wortlaut des Begehrens und darüber hinaus die Behauptungen, auf die es gestützt wird, maßgebend. Entscheidend sind die Natur und das Wesen des geltend gemachten Anspruches. Dafür ist der geltend gemachte Rechtsgrund von Bedeutung, ob nach dem Inhalt ein kartellrechlicher Anspruch erhoben wird, der vom Kartellgericht zu entscheiden ist vergleiche allgemein RIS-Justiz RS0045584 mwN; Fasching Lehrbuch2 Rz 101).

Die Antragstellerinnen haben sich hier nun eindeutig auf den Missbrauch der Stellung der Antragsgegnerin als beherrschendes Unternehmen im Sinne des § 35 KartG gestützt und nicht auf die Verletzung vergaberechtlicher Regelungen (vgl für den Fall der verletzten Vergabevorschriften bzw der Gleichbehandlungspflicht oder dem Kontrahierungszwang zur Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und den ordentlichen Gerichten - nicht aber zur Frage Kartellgerichtsbarkeit- etwa OGH 22. 11. 1994, 4 Ob 573/94 = ecolex 1995, 328 = Wbl 1997, 524).Die Antragstellerinnen haben sich hier nun eindeutig auf den Missbrauch der Stellung der Antragsgegnerin als beherrschendes Unternehmen im Sinne des Paragraph 35, KartG gestützt und nicht auf die Verletzung vergaberechtlicher Regelungen vergleiche für den Fall der verletzten Vergabevorschriften bzw der Gleichbehandlungspflicht oder dem Kontrahierungszwang zur Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und den ordentlichen Gerichten - nicht aber zur Frage Kartellgerichtsbarkeit- etwa OGH 22. 11. 1994, 4 Ob 573/94 = ecolex 1995, 328 = Wbl 1997, 524).

Eine Bestimmung des Vergaberechts, die diese kartellrechtliche Regelung im Zusammenhang mit Auftragsvergaben allgemein aufheben oder die Zuständigkeit den Vergabebehörden zuweisen würde, findet sich nicht. Ob der Anspruch erfolgreich geltend gemacht werden kann, ist keine Frage des Zulässigkeit des Rechtsweges.

Der Oberste Gerichtshof hat sich als Kartellobergericht nun etwa auch im Bereich der Telekommunikationsunternehmen bereits in seiner Entscheidung vom 1. 3. 1999, 16 Ok 1/99 (= ÖBl 1999, 297 - One) mit der Frage beschäftigt, inwieweit bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen Verfahren zur Abstellung eines Missbrauchs nach § 35 KartG geführt werden können, unabhängig von der Möglichkeit Missbräuche nach dem TKG abstellen zu lassen. Er ging davon aus, dass selbst dann, wenn dies zu einer teilweisen Überschneidung der Verfahren führen sollte und sich die Missbrauchsbestimmung des § 34 Abs 3 (in Verbindung mit Abs 1) TKG als enger als § 35 KartG formuliert erweisen sollte (vgl nunmehr OGH 16 Ok 12/02 mwN), die Zuständigkeit des Kartellgerichts im Rahmen der Missbrauchskontrolle nach § 35 KartG bestehen bleibe.Der Oberste Gerichtshof hat sich als Kartellobergericht nun etwa auch im Bereich der Telekommunikationsunternehmen bereits in seiner Entscheidung vom 1. 3. 1999, 16 Ok 1/99 (= ÖBl 1999, 297 - One) mit der Frage beschäftigt, inwieweit bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen Verfahren zur Abstellung eines Missbrauchs nach Paragraph 35, KartG geführt werden können, unabhängig von der Möglichkeit Missbräuche nach dem TKG abstellen zu lassen. Er ging davon aus, dass selbst dann, wenn dies zu einer teilweisen Überschneidung der Verfahren führen sollte und sich die Missbrauchsbestimmung des Paragraph 34, Absatz 3, (in Verbindung mit Absatz eins,) TKG als enger als Paragraph 35, KartG formuliert erweisen sollte vergleiche nunmehr OGH 16 Ok 12/02 mwN), die Zuständigkeit des Kartellgerichts im Rahmen der Missbrauchskontrolle nach Paragraph 35, KartG bestehen bleibe.

Der Zweck der Missbrauchsbestimmung des § 35 KartG ist es ganz allgemein, konkrete Verhaltensweisen im wirtschaftlichen Wettbewerb, die sich negativ auf den Markt auswirken können, zu unterbinden. Als missbräuchlich werden sämtliche Verhaltensweisen eines Unternehmers in beherrschender Stellung bezeichnet, welche die Strukturen eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmers bereits geschwächt ist, und die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen

(vgl etwa zuletzt 5. 9. 2001 16 OK 3/01 mwN = SZ 71/103; RIS-Justiz RS0063530).Der Zweck der Missbrauchsbestimmung des Paragraph 35, KartG ist es ganz allgemein, konkrete Verhaltensweisen im wirtschaftlichen Wettbewerb, die sich negativ auf den Markt auswirken können, zu unterbinden. Als missbräuchlich werden sämtliche Verhaltensweisen eines Unternehmers in beherrschender Stellung bezeichnet, welche die Strukturen eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmers bereits geschwächt ist, und die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen vergleiche etwa zuletzt 5. 9. 2001 16 OK 3/01 mwN = SZ 71/103; RIS-Justiz RS0063530).

Im Rahmen der vergaberechtlichen Bestimmungen hingegen geht es im Wesentlichen darum, zu gewährleisten, dass nach Durchführung eines freien und lauteren Wettbewerbes zwischen den Bietern, unter Gleichbehandlung dieser Bieter, die Vergabe an den Bestbieter erfolgt; die öffentliche Hand soll im Rahmen eines rechtstaatlichen Verfahrens gebunden werden (vgl allg etwa Korinek in Korinek/Rill,Im Rahmen der vergaberechtlichen Bestimmungen hingegen geht es im Wesentlichen darum, zu gewährleisten, dass nach Durchführung eines freien und lauteren Wettbewerbes zwischen den Bietern, unter Gleichbehandlung dieser Bieter, die Vergabe an den Bestbieter erfolgt; die öffentliche Hand soll im Rahmen eines rechtstaatlichen Verfahrens gebunden werden vergleiche allg etwa Korinek in Korinek/Rill,

Zur Refom des Vergaberechts, 2f; Elsner Vergaberecht, 1; Gast, Das österreichische Vergaberecht, 2). Zufolge des § 16 Abs 1 des damals noch anzuwendenden Bundesvergabegesetz 1997 soll die Auftragsvergabe entsprechend den Grundsätzen des fairen Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen erfolgen. Aus der Zielrichtung des Vergaberechts ergibt sich, dass damit im Wesentlichen einerseits wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der Bieter unterbunden bzw dagegen verstoßende Bieter nicht zum Zug kommen sollen (vgl dazu auch Brinker/Punz/Roninger/Vock, Österreichisches Vergaberecht Rz 175) und andererseits die Gleichbehandlung der Bieter gesichert werden soll. Die Zielrichtung, einen Auftraggeber bei gleicher Behandlung aller Bieter daran zu hindern, günstige Bedingungen zu erreichen, kann dem Vergaberecht aber unter dem Aspekt der kartellrechtlichen "Marktbeherrschung" schon insoferne nicht entnommen werden, als diese von der Vergabebehörde ja gar nicht zu prüfen ist.Zur Refom des Vergaberechts, 2f; Elsner Vergaberecht, 1; Gast, Das österreichische Vergaberecht, 2). Zufolge des Paragraph 16, Absatz eins, des damals noch anzuwendenden Bundesvergabegesetz 1997 soll die Auftragsvergabe entsprechend den Grundsätzen des fairen Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen erfolgen. Aus der Zielrichtung des Vergaberechts ergibt sich, dass damit im Wesentlichen einerseits wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der Bieter unterbunden bzw dagegen verstoßende Bieter nicht zum Zug kommen sollen vergleiche dazu auch Brinker/Punz/Roninger/Vock, Österreichisches Vergaberecht Rz 175) und andererseits die Gleichbehandlung der Bieter gesichert werden soll. Die Zielrichtung, einen Auftraggeber bei gleicher Behandlung aller Bieter daran zu hindern, günstige Bedingungen zu erreichen, kann dem Vergaberecht aber unter dem Aspekt der kartellrechtlichen "Marktbeherrschung" schon insoferne nicht entnommen werden, als diese von der Vergabebehörde ja gar nicht zu prüfen ist.

Es ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung der Regelungen des Vergaberechts, den gesamten, sehr breiten wirtschaftlichen Bereich (vgl zum persönlichen Geltungsbereich § 11 BVergG 1997) der öffentlichen Auftragsvergabe generell von den kartellrechtlichen Regelungen ausnehmen wollte. Grundsätzlich ist vielmehr davon auszugehen, dass auch die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Rahmen von marktbeherrschenden Unternehmen der Missbrauchsaufsicht unterliegt (vgl Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht, 84; vgl auch Immenga/Mestmäcker GWB3 , 2467). Dies hat auch dann zu gelten, wenn sich der Missbrauchstatbestand konkret im Rahmen einer Auftragsvergabe verwirklicht.Es ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung der Regelungen des Vergaberechts, den gesamten, sehr breiten wirtschaftlichen Bereich vergleiche zum persönlichen Geltungsbereich Paragraph 11, BVergG 1997) der öffentlichen Auftragsvergabe generell von den kartellrechtlichen Regelungen ausnehmen wollte. Grundsätzlich ist vielmehr davon auszugehen, dass auch die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Rahmen von marktbeherrschenden Unternehmen der Missbrauchsaufsicht unterliegt vergleiche Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht, 84; vergleiche auch Immenga/Mestmäcker GWB3 , 2467). Dies hat auch dann zu gelten, wenn sich der Missbrauchstatbestand konkret im Rahmen einer Auftragsvergabe verwirklicht.

Es kann also im Ergebnis nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber durch die Schaffung der Bestimmungen der Vergabegesetze auch kartellrechtliche Fragen abschließend regeln und insoweit die Bestimmungen des Kartellgesetzes und die Zuständigkeit des Kartellgerichtes aufheben wollte. Inwieweit und unter Berücksichtigung welcher Aspekte des Vergaberechts die kartellrechtlichen Bestimmungen dann anzuwenden sind, ist eine Frage der inhaltlichen Beurteilung und für die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges nicht entscheidend.

Die grundsätzlich weiter bestehende Zuständigkeit der Kartellgerichte entspricht im Übrigen auch der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland. Dort ist die Regelung der Vergabe öffentlicher Aufträge im vierten Teil des GWB in den §§ 97 ff geregelt. § 104 Abs 2 GWB sieht ua vor, dass die Zuständigkeit der Kartellbehörden durch die Befugnisse der Vergabebehörden nicht berührt wird (vgl auch Stockmann in Immenga/Mestmäcker GWB3, 2467).Die grundsätzlich weiter bestehende Zuständigkeit der Kartellgerichte entspricht im Übrigen auch der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland. Dort ist die Regelung der Vergabe öffentlicher Aufträge im vierten Teil des GWB in den Paragraphen 97, ff geregelt. Paragraph 104, Absatz 2, GWB sieht ua vor, dass die Zuständigkeit der Kartellbehörden durch die Befugnisse der Vergabebehörden nicht berührt wird vergleiche auch Stockmann in Immenga/Mestmäcker GWB3, 2467).

Hinzu kommt hier auch noch, dass das Bundesvergabeamt seine Zuständigkeit ja ausdrücklich verneinte, weil es sich nach der hier maßgeblichen Leistungsbeschreibung des Auftragvergebers weder um einen Bauauftrag noch einen Lieferauftrag handle. Entsprechend der funktionalen Beschreibung sei von einem Dienstleistungsauftrag betreffend nichtprioritäre Dienstleistungen nach Anhang IV des BVergG auszugehen, für den nur der erste und der vierte Teil des BVergG gelte, sodass die Einhaltung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes (entgegen Art 14 und 16 der RL 92/50/EWG nicht umgesetzt) nicht vom Bundesvergabeamt zu überprüfen sei, sondern in die Zuständigkeit der allgemeinen Gerichte falle.Hinzu kommt hier auch noch, dass das Bundesvergabeamt seine Zuständigkeit ja ausdrücklich verneinte, weil es sich nach der hier maßgeblichen Leistungsbeschreibung des Auftragvergebers weder um einen Bauauftrag noch einen Lieferauftrag handle. Entsprechend der funktionalen Beschreibung sei von einem Dienstleistungsauftrag betreffend nichtprioritäre Dienstleistungen nach Anhang römisch IV des BVergG auszugehen, für den nur der erste und der vierte Teil des BVergG gelte, sodass die Einhaltung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes (entgegen Artikel 14 und 16 der RL 92/50/EWG nicht umgesetzt) nicht vom Bundesvergabeamt zu überprüfen sei, sondern in die Zuständigkeit der allgemeinen Gerichte falle.

Auch wenn also im Ergebnis von der allgemeinen Zulässigkeit der Anrufung des Kartellgerichtes auch bei konkreten kartellrechtlichen Fragestellungen aus dem Bereich des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eines Auftraggebers im Zusammenhang mit öffentlichen Auftragsvergaben auszugehen ist, bedarf es doch keiner weiteren Erörterungen des Zusammenspiels mit dem Vergaberecht und der möglichen Aufträge des Kartellgerichtes oder der Frage, in welchem Stadium die konkrete Beeinträchtigung anzunehmen ist, weil es schon an der einleitenden Voraussetzung des Vorliegens einer marktbeherschenden Stellung im Sinne des § 34 KartG mangelt.Auch wenn also im Ergebnis von der allgemeinen Zulässigkeit der Anrufung des Kartellgerichtes auch bei konkreten kartellrechtlichen Fragestellungen aus dem Bereich des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eines Auftraggebers im Zusammenhang mit öffentlichen Auftragsvergaben auszugehen ist, bedarf es doch keiner weiteren Erörterungen des Zusammenspiels mit dem Vergaberecht und der möglichen Aufträge des Kartellgerichtes oder der Frage, in welchem Stadium die konkrete Beeinträchtigung anzunehmen ist, weil es schon an der einleitenden Voraussetzung des Vorliegens einer marktbeherschenden Stellung im Sinne des Paragraph 34, KartG mangelt.

§ 34 KartG lautet wie folgt:Paragraph 34, KartG lautet wie folgt:

"(1) Marktbeherrschend im Sinn dieses Bundesgesetzes ist ein Unternehmer, der als Anbieter oder Nachfrager (§ 2")(1) Marktbeherrschend im Sinn dieses Bundesgesetzes ist ein Unternehmer, der als Anbieter oder Nachfrager (Paragraph 2,)

1. 1.Ziffer eins
   keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist oder
2. 2.Ziffer 2
   eine im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; dabei sind insbesondere die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmern, die Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie die Umstände zu berücksichtigen, die den Marktzutritt für andere Unternehmer beschränken.

(1a) Wenn ein Unternehmer als Anbieter oder Nachfrager am gesamten inländischen Markt oder einem anderen örtlich relevanten Markt 1. einen Anteil von mindestens 30 % hat oder 2. einen Anteil von mehr als 5 % hat und dem Wettbewerb von höchstens zwei Unternehmern ausgesetzt ist oder 3. einen Anteil von mehr als 5 % hat und zu den vier größten Unternehmern auf diesem Markt gehört, die zusammen einen Anteil von mindestens 80 % haben, dann trifft ihn die Beweislast, dass die Voraussetzungen nach Abs 1 nicht vorliegen.(1a) Wenn ein Unternehmer als Anbieter oder Nachfrager am gesamten inländischen Markt oder einem anderen örtlich relevanten Markt 1. einen Anteil von mindestens 30 % hat oder 2. einen Anteil von mehr als 5 % hat und dem Wettbewerb von höchstens zwei Unternehmern ausgesetzt ist oder 3. einen Anteil von mehr als 5 % hat und zu den vier größten Unternehmern auf diesem Markt gehört, die zusammen einen Anteil von mindestens 80 % haben, dann trifft ihn die Beweislast, dass die Voraussetzungen nach Absatz eins, nicht vorliegen.

(2) Als marktbeherrschend gilt auch ein Unternehmer, der eine im Verhältnis zu seinen Abnehmern oder Lieferanten überragende Marktstellung hat; eine solche liegt insbesondere vor, wenn diese zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung angewiesen sind."

Konkret fraglich ist hier die marktbeherrschende Stellung als Nachfrager, wobei als relevant anzusehen ist, inwieweit die Anbieter auf andere Nachfrager ausweichen können, und zwar auch, was ihre räumlichen Ausweichmöglichkeiten anlangt (vgl Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht, 88; Möschl in Immenga/Mestmäcker GWB3, 616). Diese Struktur ergibt sich schon aus der Abgrenzung des relevanten Marktes ausgehend von der Marktgegenseite (vgl Barfuß/Wallmann/Tahedl aaO, 85 ff). Schon aus diesem Zugang ergibt sich, dass dabei grundsätzlich bei entsprechendem Nachweis - unbeschadet der Vermutung des Abs 1a des § 34 KartG - wohl nicht nur auf den inländischen Markt abzustellen ist, sondern auf den jeweils ökonomisch relevanten Markt (vgl dazu Barbist/Girsch, Schwere Zeiten für große Unternehmen, ecolex 2000, 367 unter Hinweis auf die Erläuterungen zur RV 1775 BlgNR 20. GP, 9 - zum Nachweis vgl auch Reich Rohrwig/Zehetner, Kartellrecht I, 222; vgl zur ähnlichen Entwicklung in der BRD auch Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 816). Nur für die Vermutungsbasis des § 34 Abs 1a KartG ist der inländische Markt ausschlaggebend.Konkret fraglich ist hier die marktbeherrschende Stellung als Nachfrager, wobei als relevant anzusehen ist, inwieweit die Anbieter auf andere Nachfrager ausweichen können, und zwar auch, was ihre räumlichen Ausweichmöglichkeiten anlangt vergleiche Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht, 88; Möschl in Immenga/Mestmäcker GWB3, 616). Diese Struktur ergibt sich schon aus der Abgrenzung des relevanten Marktes ausgehend von der Marktgegenseite vergleiche Barfuß/Wallmann/Tahedl aaO, 85 ff). Schon aus diesem Zugang ergibt sich, dass dabei grundsätzlich bei entsprechendem Nachweis - unbeschadet der Vermutung des Absatz eins a, des Paragraph 34, KartG - wohl nicht nur auf den inländischen Markt abzustellen ist, sondern auf den jeweils ökonomisch relevanten Markt vergleiche dazu Barbist/Girsch, Schwere Zeiten für große Unternehmen, ecolex 2000, 367 unter Hinweis auf die Erläuterungen zur RV 1775 BlgNR 20. GP, 9 - zum Nachweis vergleiche auch Reich Rohrwig/Zehetner, Kartellrecht römisch eins, 222; vergleiche zur ähnlichen Entwicklung in der BRD auch Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 816). Nur für die Vermutungsbasis des Paragraph 34, Absatz eins a, KartG ist der inländische Markt ausschlaggebend.

Schon zur Anwendung bestimmt § 6 KartG, dass das KartG auch auf Sachverhalte, die im Ausland verwirklicht werden, anzuwenden ist, soweit sie sich auf den inländischen Markt auswirken. Auch die Kommission geht in ihrer Handhabung der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes offensichtlich von einem ähnlichen Konzept aus, da auf das Gebiet abgestellt wird, in dem die Dienstleistungen angeboten werden und in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind (vgl Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 90).Schon zur Anwendung bestimmt Paragraph 6, KartG, dass das KartG auch auf Sachverhalte, die im Ausland verwirklicht werden, anzuwenden ist, soweit sie sich auf den inländischen Markt auswirken. Auch die Kommission geht in ihrer Handhabung der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes offensichtlich von einem ähnlichen Konzept aus, da auf das Gebiet abgestellt wird, in dem die Dienstleistungen angeboten werden und in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind vergleiche Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 90).

Auch unter Beachtung der in § 1 KartG festgelegten wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist daher davon auszugehen, dass die Vermutung des § 34 Abs 1a KartG auch dadurch widerlegt werden kann, dass der Antragsgegner nachweist, dass der relevante Markt entgegen den Antragsbehauptungen nicht mit dem Inland begrenzt ist. Dieser Nachweis ist hier der Antragsgegnerin in einem für das Provisorialverfahren ausreichendem Umfang gelungen. Zu bemerken ist auch, dass die Mehrheit der antragstellenden Bietergemeinschaft gar keine inländischen Unternehmen sind, sondern

ausländische Unternehmen, die ihre Leistungen auch im Ausland vertreiben, sodass nicht einsichtig ist, warum ausschließlich der inländische Markt maßgeblich sein sollte.Auch unter Beachtung der in Paragraph eins, KartG festgelegten wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist daher davon auszugehen, dass die Vermutung des Paragraph 34, Absatz eins a, KartG auch dadurch widerlegt werden kann, dass der Antragsgegner nachweist, dass der relevante Markt entgegen den Antragsbehauptungen nicht mit dem Inland begrenzt ist. Dieser Nachweis ist hier der Antragsgegnerin in einem für das Provisorialverfahren ausreichendem Umfang gelungen. Zu bemerken ist auch, dass die Mehrheit der antragstellenden Bietergemeinschaft gar keine inländischen Unternehmen sind, sondern ausländische Unternehmen, die ihre Leistungen auch im Ausland vertreiben, sodass nicht einsichtig ist, warum ausschließlich der inländische Markt maßgeblich sein sollte.

Da also die auf den Inlandsmarkt gestützte Vermutung des § 34 Abs 1a KartG - ein anderer örtlich relevanter Markt wurde nicht nachgewiesen - nicht zum Tragen kommt, wäre es an den Antragstellern gelegen, die marktbeherrschende Stellung der Antragsgegnerin nachzuweisen, was nicht gelungen ist.Da also die auf den Inlandsmarkt gestützte Vermutung des Paragraph 34, Absatz eins a, KartG - ein anderer örtlich relevanter Markt wurde nicht nachgewiesen - nicht zum Tragen kommt, wäre es an den Antragstellern gelegen, die marktbeherrschende Stellung der Antragsgegnerin nachzuweisen, was nicht gelungen ist.

Insgesamt hat das Erstgericht daher schon aus diesem Grund den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung zutreffend abgewiesen, sodass dahingestellt bleiben kann, inwieweit die übrigen Voraussetzungen zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung, insbesondere in der begehrten Form, vorliegen.

Anmerkung

E67920 16Ok14.02

Schlagworte

Kennung XPUBL - XBEITR Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in ecolex 2003,258 (Reidliner) = wbl 2003,345 XPUBLEND

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2002:0160OK00014.02.1216.000

Dokumentnummer

JJT

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