

TE OGH 2011/12/12 16Ok8/10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.12.2011

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Präsidentin Hon.-Prof. Dr. Griss als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel und Univ.-Prof. Dr. Kodek sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Bauer und Dr. Haas als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Antragstellerin P***** GmbH & Co KG, *****, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH, gegen die Antragsgegnerin E*****gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Dr. Daniel Bräunlich, Rechtsanwalt GmbH in Salzburg, wegen eines Abstellungsantrag gemäß § 26 KartG, über die Rekurse der Antragstellerin sowie der Bundeswettbewerbsbehörde gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 16. September 2010, GZ 25 Kt 35, 36/08-92, in nichtöffentlicher Sitzung den

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Präsidentin Hon.-Prof. Dr. Griss als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel und Univ.-Prof. Dr. Kodek sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Bauer und Dr. Haas als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Antragstellerin P***** GmbH & Co KG, *****, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH, gegen die Antragsgegnerin E*****gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Dr. Daniel Bräunlich, Rechtsanwalt GmbH in Salzburg, wegen eines Abstellungsantrag gemäß Paragraph 26, KartG, über die Rekurse der Antragstellerin sowie der Bundeswettbewerbsbehörde gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 16. September 2010, GZ 25 Kt 35, 36/08-92, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Den Rekursen wird nicht Folge gegeben.

Text

Begründung:

Die Antragstellerin betreibt in der Gemeinde Wals-Siezenheim am Standort des ehemaligen Einkaufszentrums „Airportcenter“ ein Einkaufszentrum in der Form eines „Factory Outlet Center“, und zwar das Designer Outlet Center Salzburg (im Folgenden DOC), mit einer Fläche von ca 28.000 m² und rund 140 Geschäften.

Die Antragsgegnerin, ein Unternehmen der SPAR Österreich-Gruppe, betreibt in drei bis vier Kilometern Entfernung das Einkaufszentrum „EUROPARK“ mit einer Fläche von ca 50.000 m² und rund 120 Geschäften. Ein Teil der Bestandverträge der Antragsgegnerin für die Verpachtung von Geschäftsräumlichkeiten im EUROPARK enthält eine Klausel, die es dem jeweiligen Pächter verbietet, in einem bestimmten Umkreis um den EUROPARK ein gleichartiges oder ähnliches Geschäft wie im EUROPARK (direkt oder indirekt) zu betreiben oder sich an solchen Unternehmen zu beteiligen oder sonst mitzuwirken. Das DOC befindet sich in diesem Umkreis und ist in einigen Klauseln auch ausdrücklich genannt.

Die Antragstellerin begehrt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, in Verträgen mit den Bestandnehmern des EUROPARK eine Klausel vorzusehen oder sich gegenüber den Bestandnehmern auf eine Klausel zu berufen, wonach dem Bestandnehmer in einem Umkreis von vier Kilometern um den EUROPARK herum und am Standort des heutigen Airport Centers und der umliegenden Fachmarkttagglomerationen untersagt wird, ein gleichartiges oder ähnliches Geschäft, wie er es im EUROPARK unterhält bzw zu unterhalten beabsichtigt, neu zu betreiben, und zwar weder direkt selbst noch indirekt (zB durch einen Franchisepartner etc), oder sich an einem solchen Unternehmen zu beteiligen oder in irgendwelcher Form an einem solchen Betrieb mitzuwirken oder einen Standort in einem Factory-Outlet-Center im Umkreis von 50 Kilometern um den EUROPARK zu betreiben bzw sich an einem solchen zu beteiligen, sowie Klauseln mit gleicher Zweckbestimmung oder Wirkung vorzusehen,

2. der Antragsgegnerin aufzutragen, innerhalb von vier Wochen nach Rechtskraft der Entscheidung des Kartellgerichts alle Bestandnehmer des Einkaufszentrums EUROPARK, deren Bestandvertrag aufgrund der bestrittenen Klauseln gegen das Kartellverbot des Art 101 AEUV bzw § 1 KartG verstößt, über den vollen Wortlaut des Beschlusses des Kartellgerichts in Kenntnis zu setzen. 2. der Antragsgegnerin aufzutragen, innerhalb von vier Wochen nach Rechtskraft der Entscheidung des Kartellgerichts alle Bestandnehmer des Einkaufszentrums EUROPARK, deren Bestandvertrag aufgrund der bestrittenen Klauseln gegen das Kartellverbot des Artikel 101, AEUV bzw Paragraph eins, KartG verstößt, über den vollen Wortlaut des Beschlusses des Kartellgerichts in Kenntnis zu setzen.

Im EUROPARK sei eine Vielzahl von Modemarken - darunter auch Designermarken wie Benetton, Calzedonia, Don Girolamo - vertreten. Sämtliche der für das DOC wesentlichen Bestandnehmer seien durch eine Radiusklausel gebunden. Zum Teil finde sich überdies folgende Beschränkung in Verträgen der Antragsgegnerin: „Der Pächter wird jedoch keinesfalls einen Standort in einem Factory-Outlet-Center im Umkreis von 50 Kilometern um den EUROPARK betreiben bzw sich an einem solchen beteiligen.“ Damit versuche die Antragsgegnerin gezielt, Wettbewerb durch das DOC zu verhindern. Die Radiusklauseln der Antragsgegnerin wirkten in besonderem Maß wettbewerbsbeschränkend und seien für das DOC existenzbedrohend. Die Radiusklauseln behinderten das Entstehen eines neuen Marktsegments, nämlich eines Factory-Outlet-Centers zum Verkauf reduzierter Markenware und Markenware zweiter Wahl, indem sie Unternehmern untersagten, neue Geschäfte zu eröffnen, und so ein neues Warenangebot für sämtliche Kunden im Großraum Salzburg verhinderten. Für viele Pächter sei die Ansiedelung in einem Einkaufszentrum nicht attraktiv, sofern auch nur einige Ankermarken nicht vertreten seien. Für den wirtschaftlichen Erfolg eines EKZ insbesondere im Modebereich sei eine Auswahl aus den nur beschränkt zur Verfügung stehenden Ankermarken unabdingbar. Die Radiusklausel wirke sich daher auch auf an sich nicht gebundene Bestandnehmer aus. Die Marktstellung der Antragsgegnerin sei „herausragend“.

Die Radiusklausel sei Ausdruck eines gewollten Zusammenwirkens der Antragsgegnerin und der Bestandnehmer und verstoße gegen das Kartellverbot des § 1 KartG. Mit dem in den Radiusklauseln festgelegten Umkreis von 50 Kilometern rund um den EUROPARK erfasse die Wettbewerbsbeschränkung auch Gebiete in Deutschland. Da damit der zwischenstaatliche Handel betroffen sei, verstoße das Verhalten der Antragsgegnerin (auch) gegen Art 101 AEUV. Die Radiusklausel sei Ausdruck eines gewollten Zusammenwirkens der Antragsgegnerin und der Bestandnehmer und verstoße gegen das Kartellverbot des Paragraph eins, KartG. Mit dem in den Radiusklauseln festgelegten Umkreis von 50 Kilometern rund um den EUROPARK erfasse die Wettbewerbsbeschränkung auch Gebiete in Deutschland. Da damit der zwischenstaatliche Handel betroffen sei, verstoße das Verhalten der Antragsgegnerin (auch) gegen Artikel 101, AEUV.

Die Antragsgegnerin beantragt die Abweisung des Antrags. Die individuell vereinbarten Radiusklauseln dienten dazu, den besonderen Wert von EUROPARK abzusichern, den die Antragsgegnerin durch besonderes finanzielles, organisatorisches, kaufmännisches und marketingtechnisches Engagement aufgebaut habe. EUROPARK sei das letzte größere Einkaufszentrum gewesen, das in Salzburg eröffnet worden sei. Die Radiusklausel der Antragsgegnerin habe sich somit nicht auf bereits anderweitig etablierte Bestandnehmer auswirken können.

Im vorausgegangenen Sicherungsverfahren blieb das Unterlassungsbegehren der Antragstellerin erfolglos. Aufgrund des bescheinigten Sachverhalts und in Übereinstimmung mit der Rechtsansicht des Kartellgerichts ging der Oberste Gerichtshof davon aus, dass die vereinbarten Radiusklauseln „nicht in erheblichem Maß zu der Abschottungswirkung

beitragen, die das Bündel dieser Verträge aufgrund ihres wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhangs entfaltet“ (16 Ok 1/09).

Im Hauptverfahren wies das Erstgericht den Antrag ebenfalls ab. Das Erstgericht traf die auf den Seiten 11 bis 15 der Beschlussausfertigung wiedergegebenen Feststellungen. Hervorzuheben ist Folgendes:

Das DOC wurde im September 2009 eröffnet und wird vom selben Unternehmen betrieben, das Betreiberin des Designer Outlet Center P***** im B***** ist. Im DOC waren zur Zeit der Erstellung des gerichtlichen Gutachtens (August 2009 bis März 2010) ca 80 Bestandnehmer eingemietet.

Das von der Antragsgegnerin betriebene EKZ wurde im Jahre 1997 eröffnet und ist laut einer Studie des Marktforschungsinstituts RegioPlan das zehntgrößte EKZ in Österreich und das größte in Salzburg und Umgebung. Sein Einzugsgebiet umfasst auch Gebiete im angrenzenden Bayern.

Die EUROPARK GmbH ist ein Unternehmen des Interspar-Konzerns. Der Interspar-Konzern betreibt insgesamt elf EKZ in Österreich, darunter das EKZ-Forum 1 in der Salzburger Innenstadt. Der Konzern ist auch im Lebensmitteleinzelhandel (Einzelhandelsketten SPAR, EUROSPAR, INTERSPAR, Maximarkt) und Sportfachhandel (Hervis) aktiv. Im EKZ EUROPARK sind Geschäfte der Ketten Interspar und Hervis vertreten.

Ein großer Teil der von der Antragsgegnerin geschlossenen Bestandverträge enthält folgende oder eine ähnlich formulierte Klausel:

„Vom Zeitpunkt der Abgabe des Pachtvertrag-Angebotes bis zur Beendigung des Pachtvertrages ist es dem Pächter untersagt, in einem Umkreis von 4 Kilometern um den EUROPARK herum und am Standort des heutigen Airport-Centers und der umliegenden Fachmarkttagglomerationen ein gleichartiges oder ähnliches Geschäft, wie er es im EUROPARK unterhält bzw zu unterhalten beabsichtigt, neu zu betreiben, und zwar weder direkt selbst noch indirekt (zB durch einen Franchisepartner etc). Entsprechendes gilt für die Beteiligung an solchen Unternehmen oder eine irgendwie geartete Mitwirkung an ihrem Betrieb.“

Manche Bestandverträge der Antragsgegnerin enthalten folgende Klausel:

„Der Pächter wird jedoch keinesfalls einen Standort in einem Factory-Outlet-Center im Umkreis von 50 Kilometern um den EUROPARK betreiben bzw sich an einem solchen beteiligen.“

Die Klauseln werden zwischen der Antragsgegnerin und den einzelnen Bestandnehmern individuell ausgehandelt.

Die Antragsgegnerin verpachtet Bestandflächen an Einzelhändler verschiedener Branchen sowie an handelsnahe Dienstleistungsbetriebe. Die Bestandnehmer profitieren von zentral durch das EKZ-Management bereitgestellten Dienstleistungen, wie zB der Instandhaltung von Gemeinflächen, der Gebäudesicherheit und dem Marketing des EKZ.

Wie alle EKZ ist der EUROPARK eine Einkaufsagglomeration. In Einkaufsagglomerationen sind eine Vielzahl von Einzelhandels- und Dienstleistungsbetrieben eng nebeneinander angesiedelt. Dies erhöht die Attraktivität für die Konsumenten, weil sie auf engem Raum und in entsprechend kurzer Zeit eine Vielfalt von Produkten verschiedener Art erwerben können. Dadurch ziehen Einkaufsagglomerationen Laufkundschaft an, wovon wiederum die einzelnen Händler profitieren.

Im Umkreis von ca 50 Kilometern rund um den EUROPARK befinden sich rund 15 Einkaufsagglomerationen in Form von anderen Einkaufszentren oder Fachmarktzentren.

Einkaufsstraßen haben ähnlichen Agglomerationscharakter wie EKZ, verfügen jedoch typischerweise nicht über ein zentrales Management, sodass Dienstleistungen, die häufig von den EKZ-Betreibern angeboten werden, von den Einzelhändlern selbst organisiert werden müssen.

Eine Umfrage zur Bewertung der Einflussfaktoren auf die Standortwahl der Unternehmer unter 44 Bestandnehmern des EUROPARK (Bewertung der vorgegebenen Faktoren innerhalb einer Skala von 1 = „unwichtig“ bis 10 = „sehr wichtig“) ergab, dass der Kundenfrequenz am meisten Bedeutung zugemessen wird (durchschnittliche Bewertung 9,64).

Die übrigen Faktoren bewerteten die Befragten wie folgt (Reihung nach durchschnittlicher Bewertung durch die Befragten):

Konditionen/Fristigkeit des Vertrags	9,02
Standortkosten (Miete/Pacht/sonstige)	8,95
„Store mix“ am Standort	8,77
Präsenz von Ankerbetrieben	8,36
Geographische Lage des Standortes	8,34
Parkplatzangebot	8,25
Anschluss an öffentl. Verkehrsmittel	7,70
bereits bestehende Standorte des Untern.	7,50
Ablösekosten für die Bestandfläche	7,48
Marketingleistungen des Standortbetreibers	7,02
Erweiterungsmöglichkeiten	5,09

Der für den EUROPARK relevante Markt umfasst zumindest alle für den Handel und handelsnahe Dienstleistungen verfügbaren Bestandflächen in der Stadt Salzburg, im Bezirk Salzburg Umgebung und im Berchtesgadener Land, somit auch Standorte außerhalb von Österreich. Es ist nicht auszuschließen, dass darüber hinaus auch weiter entfernte Standorte dem relevanten Markt zuzuordnen sind.

Die Salzburger Innenstadt als Einkaufsagglomeration und das DOC sind Teil des relevanten Markts.

Der Umsatz des gesamten relevanten Markts (gemeint: im Jahr 2009) beträgt 146.433.978 EUR. Der Umsatz der Antragsgegnerin (reine Miet- und Pachteinahmen) betrug im Jahr 2008 rund 20.000.000 EUR; bei einem Wachstum von ca 5 % ergeben sich für das Jahr 2009 rund 21.000.000 EUR.

Der Marktanteil der Antragsgegnerin im relevanten Markt beträgt demnach 14,4 % (Bestandflächen in Salzburg Stadt, Salzburg Umgebung und Berchtesgadener Land); dem EKZ-Forum 1 in Salzburg ist ein Marktanteil von 1,1 % zuzurechnen. Bei beiden Werten handelt es sich um die Obergrenze des Marktanteils der Antragsgegnerin, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Markt noch weiter abzugrenzen ist. In einem weiter abgegrenzten Markt wäre der Anteil entsprechend niedriger.

Die im EUROPARK angesiedelten Ankerbetriebe üben nicht unerhebliche positive externe Effekte (Externalitäten) auf andere Bestandnehmer aus. Den positiven Effekt der Ankerbetriebe Saturn, H&M, Interspar, Peek & Cloppenburg und Zara beurteilten die befragten Bestandnehmer zwischen leicht nachfragesteigernd und moderat nachfragesteigernd. Sowohl H&M, Zara als auch Interspar sind mit einem weiteren Standort in der Innenstadt von Salzburg vertreten. Auch Benetton, DM, Don Gil, Hervis Sports, Stiefelkönig und Wolford - sämtliche als zwischen neutral und leicht nachfragesteigernd bewertet - finden sich mit einem weiteren Standort in der Salzburger Innenstadt.

In der Beweiswürdigung begründete das Erstgericht ausführlich, aus welchen Erwägungen es die Feststellungen zur Marktabgrenzung getroffen hat.

Rechtlich würdigte das Erstgericht den festgestellten Sachverhalt dahin, dass die Radiusklauseln als Vereinbarungen iSv § 1 KartG und Art 101 AEUV zu qualifizieren seien. Die Bestimmung des relevanten Markts habe mit Hilfe des - im Gutachten angewandten - hypothetischen Monopolistentests zu erfolgen. Der festgestellte Marktanteil der Antragsgegnerin ohne Berücksichtigung des EKZ-Forum 1 liege unter dem Schwellenwert von 15 % der Rz 7 lit b der Bagatellbekanntmachung. Bei isolierter Betrachtung des Marktanteils der Antragsgegnerin sei nicht von einer hinreichenden Spürbarkeit auszugehen; die Vereinbarungen unterlägen daher nicht dem Kartellverbot des Art 101 AEUV. Rechtlich würdigte das Erstgericht den festgestellten Sachverhalt dahin, dass die Radiusklauseln als Vereinbarungen iSv Paragraph eins, KartG und Artikel 101, AEUV zu qualifizieren seien. Die Bestimmung des relevanten Markts habe mit Hilfe des - im Gutachten angewandten - hypothetischen Monopolistentests zu erfolgen. Der festgestellte Marktanteil der Antragsgegnerin ohne Berücksichtigung des EKZ-Forum 1 liege unter dem

Schwellenwert von 15 % der Rz 7 Litera b, der Bagatellbekanntmachung. Bei isolierter Betrachtung des Marktanteils der Antragsgegnerin sei nicht von einer hinreichenden Spürbarkeit auszugehen; die Vereinbarungen unterlägen daher nicht dem Kartellverbot des Artikel 101, AEUV.

Unter der Prämisse, dass das EKZ-Forum 1 als verbundenes Unternehmen anzusehen sei, erhöhe sich der der Antragsgegnerin zurechenbare Marktanteil auf höchstens 15,5 %. Damit wäre der Schwellenwert der Bagatellbekanntmachung um 0,5 % überschritten. Die Frage, ob der Marktanteil des EKZ-Forum 1 von 1,1 % hinzuzurechnen sei, könne offen bleiben, weil auch bei Überschreiten der Schwellen der Bagatellbekanntmachung auf die konkreten Auswirkungen auf den Wettbewerb abzustellen sei.

Die Auswirkungen der Radiusklauseln auf den Wettbewerb seien beschränkt: Die Antragsgegnerin könne die Radiusklauseln nicht gegenüber allen Bestandnehmern durchsetzen, sodass nicht ihr gesamter Marktanteil davon betroffen sei. Zudem sei der Wettbewerb um neue Bestandnehmer von der Klausel nicht betroffen, weil die neuen Bestandnehmer sich auch für einen anderen Standort entscheiden könnten. Darüber hinaus betreffe der Radius der Klauseln nicht den gesamten räumlich relevanten Markt. Auch sei die Bindung durch die Radiusklausel mit der Laufzeit des Mietvertrags begrenzt. Schließlich verstärkten die positiven Externalitäten der Ankermarken die Wirkung der Radiusklausel nicht im behaupteten Ausmaß, weil gerade Ankermarken aufgrund ihrer Verhandlungsstärke oft nicht durch die Radiusklausel gebunden seien. Aus diesem Grund sei die Vereinbarung der Radiusklauseln selbst bei Mitberücksichtigung des Marktanteils des EKZ-Forum 1 nicht geeignet, den Wettbewerb spürbar zu beeinträchtigen.

Daran ändere auch die Anwendung der Bündeltheorie nichts. Aus Rz 8 der Bagatellbekanntmachung ergebe sich für die Beurteilung der Spürbarkeit bei kumulativer Wirkung gleichartiger Verträge, dass der vom Verbot betroffene Lieferant selbst einen Marktanteil von 5 % haben müsse; weiters, dass mindestens 30 % des relevanten Marktes von den Vereinbarungen abgedeckt sein müssten. Dass dies der Fall sei, sei aber nicht vorgebracht worden. Der Marktanteil von 14,4 % reiche jedenfalls nicht aus.

Eine Prüfung, ob das beanstandete Verhalten gegen die österreichischen Normen verstoße, erübrige sich, weil die Anwendung nationalen Kartellrechts nach Art 3 Abs 2 VO Nr 1/2003 nicht zum Verbot von Vereinbarungen führen dürfe, die den Wettbewerb iSd Art 101 AEUV nicht einschränken. Eine Prüfung, ob das beanstandete Verhalten gegen die österreichischen Normen verstoße, erübrige sich, weil die Anwendung nationalen Kartellrechts nach Artikel 3, Absatz 2, VO Nr 1 aus 2003, nicht zum Verbot von Vereinbarungen führen dürfe, die den Wettbewerb iSd Artikel 101, AEUV nicht einschränken.

Gegen die Entscheidung richten sich die Rekurse der Antragstellerin und der Bundeswettbewerbsbehörde. Die Antragstellerin macht Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtige Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend. Die Bundeswettbewerbsbehörde stützt sich auf die Rekursgründe der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der Aktenwidrigkeit und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung.

Rechtliche Beurteilung

Die Rekurse sind nicht berechtigt.

Da sich die Begründung der Rechtsmittel teilweise überschneidet, ist es zweckmäßig, die Rechtsmittel beider Rekurswerberinnen gemeinsam zu behandeln.

I. Zur behaupteten Verletzung rechtlichen Gehörs römisch eins. Zur behaupteten Verletzung rechtlichen Gehörs

1.1. Die Antragstellerin erblickt eine Verletzung rechtlichen Gehörs darin, dass der Sachverständige die von ihr gestellten Ergänzungsfragen schriftlich beantwortet hat und ihr das entsprechende Memorandum (24 Seiten) erst zu Beginn der mündlichen Verhandlung vom 7. 7. 2010 überreicht wurde. Es sei den Parteien damit unmöglich gewesen, sich in ihrem Vorbringen und in ihren Äußerungen in der mündlichen Verhandlung auch auf die Ergänzungen des Sachverständigen zu beziehen. Die Antragstellerin habe eine weitere schriftliche Äußerung beantragt. Der Senat habe erwidert, dass „derzeit“ kein Auftrag zu einer weiteren schriftlichen Ergänzung durch die Parteien vorgesehen sei. Das Erstgericht wäre verpflichtet gewesen, den Parteien Gelegenheit zu geben, sich zu den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung zu äußern oder zumindest die Parteien zu informieren, falls es der Auffassung gewesen sein sollte, dass das Verfahren entscheidungsreif sei.

1.2. Dem kann nicht gefolgt werden. Das rechtliche Gehör einer Partei ist gewahrt, wenn ihr Gelegenheit gegeben wird, ihren Standpunkt darzulegen und wenn sie sich zu allen Tatsachen und Beweisergebnissen äußern konnte, die der

Entscheidung zugrundegelegt werden (RIS-Justiz RS0119970; RS0005915; vgl auch RS0006036).1.2. Dem kann nicht gefolgt werden. Das rechtliche Gehör einer Partei ist gewahrt, wenn ihr Gelegenheit gegeben wird, ihren Standpunkt darzulegen und wenn sie sich zu allen Tatsachen und Beweisergebnissen äußern konnte, die der Entscheidung zugrundegelegt werden (RIS-Justiz RS0119970; RS0005915; vergleiche auch RS0006036).

1.3. Im vorliegenden Fall hatten die Parteien in der Verhandlung ausreichend Gelegenheit, zu den Ausführungen des Sachverständigen Stellung zu nehmen. Die schriftliche Vorbereitung der Beantwortung der von der Antragstellerin gestellten Ergänzungsfragen durch den Sachverständigen vermochte das rechtliche Gehör der Antragstellerin nicht zu beeinträchtigen. Auch wenn die Fragen erst im Rahmen der mündlichen Verhandlung beantwortet worden wären, hätte die Antragstellerin sofort dazu Stellung nehmen müssen. Die Möglichkeit der schriftlichen Äußerung zu Beweisergebnissen (vgl Fucik/Kloiber, AußStrG § 15 Rz 2) bezieht sich nur auf außerhalb der Verhandlung aufgenommene Beweise. Ein Anspruch darauf, Ergebnisse einer mündlichen Verhandlung nachträglich mit Schriftsatz zu kommentieren, besteht nicht; dies liefe auch dem Leitbild der mündlichen Verhandlung zuwider.1.3. Im vorliegenden Fall hatten die Parteien in der Verhandlung ausreichend Gelegenheit, zu den Ausführungen des Sachverständigen Stellung zu nehmen. Die schriftliche Vorbereitung der Beantwortung der von der Antragstellerin gestellten Ergänzungsfragen durch den Sachverständigen vermochte das rechtliche Gehör der Antragstellerin nicht zu beeinträchtigen. Auch wenn die Fragen erst im Rahmen der mündlichen Verhandlung beantwortet worden wären, hätte die Antragstellerin sofort dazu Stellung nehmen müssen. Die Möglichkeit der schriftlichen Äußerung zu Beweisergebnissen vergleiche Fucik/Kloiber, AußStrG Paragraph 15, Rz 2) bezieht sich nur auf außerhalb der Verhandlung aufgenommene Beweise. Ein Anspruch darauf, Ergebnisse einer mündlichen Verhandlung nachträglich mit Schriftsatz zu kommentieren, besteht nicht; dies liefe auch dem Leitbild der mündlichen Verhandlung zuwider.

1.4. Ein förmlicher Schluss des Verfahrens ist im Außerstreitverfahren - im Gegensatz zum Streitverfahren - nicht vorgesehen. Es begründet daher auch keinen Verfahrensmangel, dass das Erstgericht am 7. 7. 2010 lediglich die „heutige Verhandlung“ für geschlossen erklärte. Die Durchführung einer weiteren - von den Parteien im Übrigen gar nicht ausdrücklich beantragten (vgl § 47 Abs 1 Satz 1 KartG) - Tagsatzung war jedenfalls nicht erforderlich. Zudem hat die Antragstellerin die Relevanz eines allfälligen im Unterbleiben einer weiteren Tagsatzung gelegenen Verfahrensmangels nicht ausreichend dargetan (vgl RIS-Justiz RS0043027; zu § 182a ZPO vgl RS0120056 [T2]). Vielmehr beschränkt sich ihr Vorbringen im Wesentlichen darauf, bei gegebener Äußerungsmöglichkeit hätte sie weiteres „entsprechendes Vorbringen“ zu Agglomerationseffekten und zu „anderen Faktoren“ erstattet, die für die Auswirkungen der Radiusklausel besonders relevant seien.1.4. Ein förmlicher Schluss des Verfahrens ist im Außerstreitverfahren - im Gegensatz zum Streitverfahren -, nicht vorgesehen. Es begründet daher auch keinen Verfahrensmangel, dass das Erstgericht am 7. 7. 2010 lediglich die „heutige Verhandlung“ für geschlossen erklärte. Die Durchführung einer weiteren - von den Parteien im Übrigen gar nicht ausdrücklich beantragten vergleiche Paragraph 47, Absatz eins, Satz 1 KartG) - Tagsatzung war jedenfalls nicht erforderlich. Zudem hat die Antragstellerin die Relevanz eines allfälligen im Unterbleiben einer weiteren Tagsatzung gelegenen Verfahrensmangels nicht ausreichend dargetan vergleiche RIS-Justiz RS0043027; zu Paragraph 182 a, ZPO vergleiche RS0120056 [T2]). Vielmehr beschränkt sich ihr Vorbringen im Wesentlichen darauf, bei gegebener Äußerungsmöglichkeit hätte sie weiteres „entsprechendes Vorbringen“ zu Agglomerationseffekten und zu „anderen Faktoren“ erstattet, die für die Auswirkungen der Radiusklausel besonders relevant seien.

II. Zur Beweisrüge römisch zwei. Zur Beweisrüge

2. Soweit die Antragstellerin die Beweiswürdigung der angefochtenen Entscheidung bekämpft, ist ihr entgegenzuhalten, dass der Oberste Gerichtshof auch als Kartellobergericht ausschließlich als Rechtsinstanz tätig wird. Zur Überprüfung der Beweiswürdigung ist der Oberste Gerichtshof nach nunmehr ständiger Rechtsprechung nicht berufen (RIS-Justiz RS0123662; vgl auch RS0109206 [T5a, T6, T10, T11]). Die von der Antragstellerin zitierten Entscheidungen (16 Ok 5/98 und 16 Ok 5/01) sind insoweit überholt.2. Soweit die Antragstellerin die Beweiswürdigung der angefochtenen Entscheidung bekämpft, ist ihr entgegenzuhalten, dass der Oberste Gerichtshof auch als Kartellobergericht ausschließlich als Rechtsinstanz tätig wird. Zur Überprüfung der Beweiswürdigung ist der Oberste Gerichtshof nach nunmehr ständiger Rechtsprechung nicht berufen (RIS-Justiz RS0123662; vergleiche auch RS0109206 [T5a, T6, T10, T11]). Die von der Antragstellerin zitierten Entscheidungen (16 Ok 5/98 und 16 Ok 5/01) sind insoweit überholt.

III. Zu den behaupteten Verfahrensmängeln römisch drei. Zu den behaupteten Verfahrensmängeln

3.1. Eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens erblickt die Antragstellerin darin, dass die von ihr beantragten Zeugen nicht einvernommen wurden. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Frage, ob zur Gewinnung der erforderlichen Feststellungen noch weitere Beweise notwendig sind, ein Akt der Beweiswürdigung ist (RIS-Justiz RS0043414; RS0043320 [T17]). Dazu kommt, dass das Erstgericht sich bei seinen Feststellungen im Wesentlichen auf das Sachverständigengutachten gestützt hat. Ein Sachverständigengutachten kann aber nicht durch Zeugenbeweise widerlegt werden (RIS-Justiz RS0040570 [T1]).

3.2. Dass die beantragten Zeugen nicht vernommen wurden, begründet aber auch aus weiteren Gründen keinen Verfahrensmangel: Mag. A***** H***** und Mag. T***** R***** sind Mitarbeiter der Betreiberin des Designer Outlet Centers in P*****. Sie wurden zum Beweis der Marktstellung der Parteien und der Fähigkeit der Antragsgegnerin geführt, den Wettbewerb einzuschränken, somit zu Fragen, die den Kernbereich des Gutachtens und nicht etwa bloß vom Sachverständigen bei der Gutachtenserstattung vorauszusetzende Prämissen betreffen. R***** H***** und K***** J***** hätten nach dem Rekursvorbringen der Antragstellerin über die „extensive und harte Durchsetzung der Radiusklausel“ sowie die tatsächlichen Auswirkungen der Radiusklausel auf die Marktverhältnisse aussagen sollen. Das Erstgericht ging aber ohnehin davon aus, dass die Antragsgegnerin die Radiusklauseln auch durchsetzt. Die Auswirkung der Radiusklausel auf die Marktverhältnisse war wiederum Gegenstand des Sachverständigengutachtens, dessen Ergebnisse insoweit nicht der Widerlegung durch Zeugenaussagen zugänglich sind.

IV. Zur behaupteten Aktenwidrigkeit römisch vier. Zur behaupteten Aktenwidrigkeit

4.1. Eine Aktenwidrigkeit erblickt die Bundeswettbewerbsbehörde in der Feststellung des Erstgerichts, dass der Sachverständige anhand der ihm offenbarten Daten eine bereits vorliegende exzessive Preispolitik des EKZ EUROPARK erkannt hätte.

4.2. Dem kann nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, dass sich die bekämpften Ausführungen gar nicht im Rahmen der Feststellungen des Erstgerichts, sondern lediglich in der Beweiswürdigung finden, liegt eine Aktenwidrigkeit nur vor, wenn Feststellungen auf aktenwidriger Grundlage getroffen werden, dh wenn der Inhalt einer Urkunde, eines Protokolls oder eines sonstigen Aktenstücks unrichtig wiedergegeben wird (RIS-Justiz RS0043347), nicht hingegen, wenn Tatsachenfeststellungen aufgrund von Schlussfolgerungen getroffen werden (RIS-Justiz RS0043189; Zechner in Fasching/Konecny² § 503 Rz 163 mwN). Die in der Beweiswürdigung geäußerte Einschätzung des Erstgerichts, der Sachverständige hätte - ungeachtet des Fehlens einer darauf gerichteten eingehenden Untersuchung - eine exzessive Preispolitik erkannt, ist aber dem vom Obersten Gerichtshof nicht überprüfbaren Tatsachenbereich zuzurechnen. 4.2. Dem kann nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, dass sich die bekämpften Ausführungen gar nicht im Rahmen der Feststellungen des Erstgerichts, sondern lediglich in der Beweiswürdigung finden, liegt eine Aktenwidrigkeit nur vor, wenn Feststellungen auf aktenwidriger Grundlage getroffen werden, dh wenn der Inhalt einer Urkunde, eines Protokolls oder eines sonstigen Aktenstücks unrichtig wiedergegeben wird (RIS-Justiz RS0043347), nicht hingegen, wenn Tatsachenfeststellungen aufgrund von Schlussfolgerungen getroffen werden (RIS-Justiz RS0043189; Zechner in Fasching/Konecny² Paragraph 503, Rz 163 mwN). Die in der Beweiswürdigung geäußerte Einschätzung des Erstgerichts, der Sachverständige hätte - ungeachtet des Fehlens einer darauf gerichteten eingehenden Untersuchung - eine exzessive Preispolitik erkannt, ist aber dem vom Obersten Gerichtshof nicht überprüfbaren Tatsachenbereich zuzurechnen.

V. Zur Marktabgrenzung römisch fünf. Zur Marktabgrenzung

5.1. Der Schwerpunkt des Vorbringens beider Rekurswerberinnen betrifft die Abgrenzung des relevanten Marktes. Der Rekurs der Bundeswettbewerbsbehörde behandelt sogar nahezu ausschließlich diese Frage.

5.2. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist der sachlich betroffene Markt nach dem Bedarfsmarktkonzept zu bestimmen, wie dies § 23 KartG ausdrücklich festsetzt (Urlesberger/Haid in Petsche/Urlesberger/Vartian, Kartellgesetz § 23 Rz 4 ff; RIS-Justiz RS0124421; vgl etwa 16 Ok 15/08 - Gratis-wochenzeitung; 16 Ok 14/08 - Radiusklausel II; 16 Ok 1/09 -

Radiusklausel III). Dies gilt in gleicher Weise für das Europäische Wettbewerbsrecht (vgl Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse ABI 2002 C 165 S 6 Rz 44). 5.2. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist der sachlich betroffene Markt nach dem Bedarfsmarktkonzept zu bestimmen, wie dies Paragraph 23, KartG ausdrücklich festsetzt (Urlesberger/Haid in Petsche/Urlesberger/Vartian, Kartellgesetz Paragraph 23, Rz 4 ff; RIS-Justiz RS0124421; vergleiche

etwa 16 Ok 15/08 - Gratis-wochenzeitung; 16 Ok 14/08 - Radiusklausel römisch zwei; 16 Ok 1/09 -, Radiusklausel römisch drei). Dies gilt in gleicher Weise für das Europäische Wettbewerbsrecht vergleiche Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse Amtsblatt 2002, C 165 S 6 Rz 44).

5.3. Nach dem Bedarfsmarktkonzept liegt derselbe Markt vor, wenn sich die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen in ihren für die Deckung desselben Bedarfs wesentlichen Eigenschaften von anderen unterscheiden und aus Sicht der Bedarfsträger als Marktgegenseite untereinander beliebig austauschbar sind. Entscheidend ist damit die (funktionelle) Austauschbarkeit der Waren bzw Leistungen aus Sicht der Marktgegenseite (RIS-Justiz RS0124671, RS0116046 [T2, T3]; vgl auch RS0063539, RS0110206). 5.3. Nach dem Bedarfsmarktkonzept liegt derselbe Markt vor, wenn sich die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen in ihren für die Deckung desselben Bedarfs wesentlichen Eigenschaften von anderen unterscheiden und aus Sicht der Bedarfsträger als Marktgegenseite untereinander beliebig austauschbar sind. Entscheidend ist damit die (funktionelle) Austauschbarkeit der Waren bzw Leistungen aus Sicht der Marktgegenseite (RIS-Justiz RS0124671, RS0116046 [T2, T3]; vergleiche auch RS0063539, RS0110206).

5.4. Der Oberste Gerichtshof hat bereits in der Entscheidung 16 Ok 14/08 - Radiusklausel II ausgesprochen, dass der relevante Markt unter Anwendung des hypothetischen Monopolistentests (SSNIP-Test) zu bestimmen ist. Der Test wurde zwar ursprünglich für die Zusammenschlusskontrolle entwickelt (vgl Fink, Aufarbeitung einer historischen Dokumentation zum SSNIP Test, OZK 2011, 141 [142]); er ist aber keineswegs darauf beschränkt. Vielmehr hat der Oberste Gerichtshof den Test in der Entscheidung 16 Ok 14/08 - im Einklang mit der Rechtsansicht der Europäischen Kommission (Bekanntmachung zur Marktabgrenzung Rz 2) - auch im Zusammenhang mit dem Kartellverbot und dem Marktmissbrauch angewendet. 5.4. Der Oberste Gerichtshof hat bereits in der Entscheidung 16 Ok 14/08 - Radiusklausel römisch zwei ausgesprochen, dass der relevante Markt unter Anwendung des hypothetischen Monopolistentests (SSNIP-Test) zu bestimmen ist. Der Test wurde zwar ursprünglich für die Zusammenschlusskontrolle entwickelt vergleiche Fink, Aufarbeitung einer historischen Dokumentation zum SSNIP Test, OZK 2011, 141 [142]; er ist aber keineswegs darauf beschränkt. Vielmehr hat der Oberste Gerichtshof den Test in der Entscheidung 16 Ok 14/08 - im Einklang mit der Rechtsansicht der Europäischen Kommission (Bekanntmachung zur Marktabgrenzung Rz 2) - auch im Zusammenhang mit dem Kartellverbot und dem Marktmissbrauch angewendet.

5.5. Im vorausgegangenen Provisorialverfahren (16 Ok 1/09 - Radiusklausel III) billigte der Oberste Gerichtshof die Auffassung des Erstgerichts, wonach der relevante Markt sich nicht auf Einkaufszentren beschränkt, sondern auch andere größere Einkaufsagglomerationen (wie zB Einkaufsstraßen der Städte) im Einzugsgebiet von 90 Minuten Pkw-Fahrzeit umfasst. 5.5. Im vorausgegangenen Provisorialverfahren (16 Ok 1/09 - Radiusklausel römisch drei) billigte der Oberste Gerichtshof die Auffassung des Erstgerichts, wonach der relevante Markt sich nicht auf Einkaufszentren beschränkt, sondern auch andere größere Einkaufsagglomerationen (wie zB Einkaufsstraßen der Städte) im Einzugsgebiet von 90 Minuten Pkw-Fahrzeit umfasst.

In der Entscheidung 16 Ok 14/08 -

Radiusklausel II hat der Oberste Gerichtshof auch auf andere Kriterien abgestellt und auf Faktoren wie Standort, Image, Parkplatzangebot und hohe Kundenfrequenz verwiesen. Dies ist jedoch nicht dahin zu verstehen, dass diese Faktoren neben dem Monopolistentest heranzuziehen wären (in diesem Sinne auch Palmstorfer, Radiusklauseln auf dem Prüfstand des Kartellrechts, wbl 2010, 120 [124]). Es sind dies vielmehr Faktoren, die bei der im Wege des hypothetischen Monopolistentests ermittelten Entscheidung des Abnehmers eine Rolle spielen. In der Entscheidung 16 Ok 14/08 -, Radiusklausel römisch zwei hat der Oberste Gerichtshof auch auf andere Kriterien abgestellt und auf Faktoren wie Standort, Image, Parkplatzangebot und hohe Kundenfrequenz verwiesen. Dies ist jedoch nicht dahin zu verstehen, dass diese Faktoren neben dem Monopolistentest heranzuziehen wären (in diesem Sinne auch Palmstorfer, Radiusklauseln auf dem Prüfstand des Kartellrechts, wbl 2010, 120 [124]). Es sind dies vielmehr Faktoren, die bei der im Wege des hypothetischen Monopolistentests ermittelten Entscheidung des Abnehmers eine Rolle spielen.

5.6. Das Kartellgericht ging in Übereinstimmung mit dem Sachverständigengutachten davon aus, dass der relevante Markt des EUROPARK zumindest alle für den Handel und handelsnahe Dienstleistungen verfügbaren Bestandflächen in der Stadt Salzburg, dem Bezirk Salzburg Umgebung und im Berchtesgadener Land umfasst, wobei nicht auszuschließen ist, dass darüber hinaus vom EUROPARK weiter entfernte Standorte dem relevanten Markt zuzuordnen sind. Die Salzburger Innenstadt als Einkaufsagglomeration und das DOC gehören dem relevanten Markt an.

5.7. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Frage der Marktabgrenzung Tatfrage, soweit es dabei um die Feststellung objektiv überprüfbarer Abgrenzungskriterien geht; sie ist Rechtsfrage, soweit es um eine Bewertung der der Marktabgrenzung zugrunde gelegten Methode geht (RIS-Justiz RS0124421; vgl etwa 16 Ok 15/08 - Gratiswochenzeitung; 16 Ok 14/08 - Radiusklausel II; 16 Ok 1/09 - Radius-klausel III).

5.7. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Frage der Marktabgrenzung Tatfrage, soweit es dabei um die Feststellung objektiv überprüfbarer Abgrenzungskriterien geht; sie ist Rechtsfrage, soweit es um eine Bewertung der der Marktabgrenzung zugrunde gelegten Methode geht (RIS-Justiz RS0124421; vergleiche etwa 16 Ok 15/08 - Gratiswochenzeitung; 16 Ok 14/08 - Radiusklausel römisch zwei; 16 Ok 1/09 - Radius-klausel römisch drei).

5.8. Da die Beweiswürdigung im Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof nicht bekämpft werden kann, kommt der Abgrenzung zwischen der unzulässigen Beweisrüge und der zulässigen Mängelrüge und Rechtsrüge besondere Bedeutung zu (vgl dazu auch Palmstorfer, wbl 2010, 120 [121 ff]).

5.8. Da die Beweiswürdigung im Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof nicht bekämpft werden kann, kommt der Abgrenzung zwischen der unzulässigen Beweisrüge und der zulässigen Mängelrüge und Rechtsrüge besondere Bedeutung zu vergleiche dazu auch Palmstorfer, wbl 2010, 120 [121 ff]).

5.9. In der Lehre wird die Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage im vorliegenden Zusammenhang lediglich von Palmstorfer (aaO) behandelt. Demnach seien die Aussagen der Entscheidungen 16 Ok 15/08 - Gratis-wochenzeitung; 16 Ok 14/08 - Radiusklausel II; 16 Ok 1/09 -

Radiusklausel III, denen er grundsätzlich zustimmt, eng auszulegen. Nicht jede Methodenfrage sei auch eine Rechtsfrage. Methodenfragen seien nur dann Rechtsfragen, wenn sich die gewählte Methode - gemessen an den kartellrechtlichen Vorgaben - als ungeeignet (untauglich) herausstelle. So liege eine Rechtsfrage vor, wenn der Sachverständige nicht kartellrechtlich vorgegebene Methoden, konkret etwa den hypothetischen Monopolistentest (SSNIP-Test) heranzieht. Anderes gelte, wenn der Sachverständige zwar die rechtlich vorgezeichneten Ermittlungsgrundsätze einhalte, jedoch gegen erfahrungswissenschaftliche Standards verstoße, etwa ein zu kleines Sample von Befragten verwende.

5.9. In der Lehre wird die Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage im vorliegenden Zusammenhang lediglich von Palmstorfer (aaO) behandelt. Demnach seien die Aussagen der Entscheidungen 16 Ok 15/08 - Gratis-wochenzeitung; 16 Ok 14/08 - Radiusklausel römisch zwei; 16 Ok 1/09 -, Radiusklausel römisch drei, denen er grundsätzlich zustimmt, eng auszulegen. Nicht jede Methodenfrage sei auch eine Rechtsfrage. Methodenfragen seien nur dann Rechtsfragen, wenn sich die gewählte Methode - gemessen an den kartellrechtlichen Vorgaben - als ungeeignet (untauglich) herausstelle. So liege eine Rechtsfrage vor, wenn der Sachverständige nicht kartellrechtlich vorgegebene Methoden, konkret etwa den hypothetischen Monopolistentest (SSNIP-Test) heranzieht. Anderes gelte, wenn der Sachverständige zwar die rechtlich vorgezeichneten Ermittlungsgrundsätze einhalte, jedoch gegen erfahrungswissenschaftliche Standards verstoße, etwa ein zu kleines Sample von Befragten verwende.

5.10. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Notwendigkeit der Beiziehung eines weiteren Sachverständigen eine Frage der Beweiswürdigung (Fasching¹ IV 311; ders, LB2 Rz 1910; Zechner in Fasching/Konecny² § 503 ZPO Rz 149; 10 Ob 16/03f; 3 Ob 130/97g uva). Gleiches gilt für die Entscheidung, einem Sachverständigen nicht zu folgen (Zechner aaO; SSV-NF 3/14 [1989]) sowie für die Prüfung, ob die Einholung eines Ergänzungsgutachtens erforderlich war (5 Ob 136/02i; Zechner aaO) oder jemand die für die Erfüllung der Aufgabe eines Sachverständigen notwendige Fachkunde hatte (10 Ob 16/03f; Zechner aaO). Auch die Beurteilung, ob ein verwertetes Sachverständigengutachten getroffene Feststellungen stützt (10 ObS 154/00w; 10 Ob 33/00a; 1 Ob 169/97b; 1 Ob 620/94; Zechner aaO Rz 150), dieses Gutachten erschöpfend ist (10 ObS 154/00w; 10 ObS 106/90; SSV-NF 3/14 [1989]), oder an den Sachverständigen weitere Fragen zu richten gewesen wären (10 ObS 106/90; SSV-NF 3/14 [1989]), fällt ausschließlich in den Bereich der Beweiswürdigung.

5.10. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Notwendigkeit der Beiziehung eines weiteren Sachverständigen eine Frage der Beweiswürdigung (Fasching¹ IV 311; ders, LB2 Rz 1910; Zechner in Fasching/Konecny² Paragraph 503, ZPO Rz 149; 10 Ob 16/03f; 3 Ob 130/97g uva). Gleiches gilt für die Entscheidung, einem Sachverständigen nicht zu folgen (Zechner aaO; SSV-NF 3/14 [1989]) sowie für die Prüfung, ob die Einholung eines Ergänzungsgutachtens erforderlich war (5 Ob 136/02i; Zechner aaO) oder jemand die für die Erfüllung der Aufgabe eines Sachverständigen notwendige Fachkunde hatte (10 Ob 16/03f; Zechner aaO). Auch die Beurteilung, ob ein verwertetes Sachverständigengutachten getroffene Feststellungen stützt (10 ObS 154/00w; 10 Ob 33/00a;

1 Ob 169/97b; 1 Ob 620/94; Zechner aaO Rz 150), dieses Gutachten erschöpfend ist (10 ObS 154/00w; 10 ObS 106/90; SSV-NF 3/14 [1989]), oder an den Sachverständigen weitere Fragen zu richten gewesen wären (10 ObS 106/90; SSV-NF 3/14 [1989]), fällt ausschließlich in den Bereich der Beweiswürdigung.

5.11. Hingegen ist die Beurteilung, ob sich ein Beweismittel abstrakt als Erkenntnisquelle eignet, keine Frage der Beweiswürdigung (Fasching1 IV 312, 337; ders, LB2 Rz 1910; Zechner in Fasching/Konecny2 § 503 ZPO Rz 154). Dies betrifft etwa die Frage der Tauglichkeit einer bestimmten wissenschaftlichen Untersuchungsmethode (Fasching1 IV 337; Zechner aaO; vgl zur erbbiologischen Untersuchung 6 Ob 294/73 = SZ 56/71; zu erbbiologisch-anthropologischen Gutachten; 4 Ob 545/83 = SZ 46/119; 9 Ob 316/99g zu einem serologischen Gutachten; zur Liegenschaftsbewertung 4 Ob 528/95; 5 Ob 30/08k; 1 Ob 148/97i = SZ 71/4; RIS JustizRS0043517 [T3]; zuletzt 8 Ob 142/09d; vgl auch zum PatG RIS-JustizRS0071399; zuletzt 17 Ob 10/10k). 5.11. Hingegen ist die Beurteilung, ob sich ein Beweismittel abstrakt als Erkenntnisquelle eignet, keine Frage der Beweiswürdigung (Fasching1 IV 312, 337; ders, LB2 Rz 1910; Zechner in Fasching/Konecny2 Paragraph 503, ZPO Rz 154). Dies betrifft etwa die Frage der Tauglichkeit einer bestimmten wissenschaftlichen Untersuchungsmethode (Fasching1 IV 337; Zechner aaO; vergleiche zur erbbiologischen Untersuchung 6 Ob 294/73 = SZ 56/71; zu erbbiologisch-anthropologischen Gutachten; 4 Ob 545/83 = SZ 46/119; 9 Ob 316/99g zu einem serologischen Gutachten; zur Liegenschaftsbewertung 4 Ob 528/95; 5 Ob 30/08k; 1 Ob 148/97i = SZ 71/4; RIS JustizRS0043517 [T3]; zuletzt 8 Ob 142/09d; vergleiche auch zum PatG RIS-Justiz RS0071399; zuletzt 17 Ob 10/10k).

5.12. Im Kartellverfahren hat der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, dass eine Anfechtung der Ergebnisse von Sachverständigengutachten, die das Erstgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung nur insoweit möglich ist, als dabei dem Sachverständigen bei seinen Schlussfolgerungen ein Verstoß gegen zwingende Denkgesetze oder gegen objektiv überprüfbare Gesetze sprachlichen Ausdrucks unterlaufen ist (16 Ok 46/05; kritisch Thyri, Kartellrechtsvollzug Rz 674).

5.13. In der Entscheidung 16 Ok 14/08 -

Radiusklausel II hat der Oberste Gerichtshof die Fragestellung des Sachverständigen, ob Unternehmen, die mehr als einen neuen Standort planen, in Einkaufszentren, innerstädtische Hauptlagen oder Fachmarktzentren expandieren wollen, als methodisch ungeeignet angesehen, weil dadurch nicht die Substituierbarkeit zwischen der Nachfrage nach Geschäftsräumlichkeiten in Einkaufszentren und innerstädtischen Zentrallagen geklärt werden kann. Vielmehr sei unter Anwendung des hypothetischen Monopolistentests zu klären, ob Bestandnehmer von Einkaufszentren bei einer geringen, aber dauerhaften Erhöhung der Preise im Bereich von 5 bis 10 % auf Innenstadtlagen ausweichen. Um eine breitere Beurteilungsbasis für das Substitutionsverhalten der Nachfrager zu erhalten, seien dabei allenfalls auch allgemein Kreuzpreiselastizitäten zu erheben, und es sei zu untersuchen, inwieweit Preise und Preisänderungen bei Bestandsobjekten in Innenstadtlagen und Einkaufszentren in der Vergangenheit korrelierten. 5.13. In der Entscheidung 16 Ok 14/08 -, Radiusklausel römisch zwei hat der Oberste Gerichtshof die Fragestellung des Sachverständigen, ob Unternehmen, die mehr als einen neuen Standort planen, in Einkaufszentren, innerstädtische Hauptlagen oder Fachmarktzentren expandieren wollen, als methodisch ungeeignet angesehen, weil dadurch nicht die Substituierbarkeit zwischen der Nachfrage nach Geschäftsräumlichkeiten in Einkaufszentren und innerstädtischen Zentrallagen geklärt werden kann. Vielmehr sei unter Anwendung des hypothetischen Monopolistentests zu klären, ob Bestandnehmer von Einkaufszentren bei einer geringen, aber dauerhaften Erhöhung der Preise im Bereich von 5 bis 10 % auf Innenstadtlagen ausweichen. Um eine breitere Beurteilungsbasis für das Substitutionsverhalten der Nachfrager zu erhalten, seien dabei allenfalls auch allgemein Kreuzpreiselastizitäten zu erheben, und es sei zu untersuchen, inwieweit Preise und Preisänderungen bei Bestandsobjekten in Innenstadtlagen und Einkaufszentren in der Vergangenheit korrelierten.

5.14. Auch im Europäischen Kartellrecht ist die Marktabgrenzung ebenso wie die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Verfahren vor dem EuG und EuGH nur eingeschränkt überprüfbar (vgl Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht II11 FKVO Nr 139/2004 Rz 76 und 79 jeweils mwN). 5.14. Auch im Europäischen Kartellrecht ist die Marktabgrenzung ebenso wie die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Verfahren vor dem EuG und EuGH nur eingeschränkt überprüfbar vergleiche Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht II11 FKVO Nr 139 aus 2004, Rz 76 und 79 jeweils mwN).

5.15. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Feststellungen aufgrund eines Sachverständigengutachtens nur in

engen Grenzen überprüfbar sind. Das bedeutet für den vorliegenden Fall, dass der Oberste Gerichtshof (nur) die generelle Eignung einer bestimmten Methode zur Marktabgrenzung - wie im vorliegenden Fall die Eignung des hypothetischen Monopolistentests - überprüfen kann. Hingegen ist das Ergebnis der Anwendung einer an sich geeigneten Methode einer Überprüfung durch den Obersten Gerichtshof entzogen. Wenn daher der Sachverständige die rechtlich vorgezeichneten Ermittlungsgrundsätze einhält, jedoch zB seine Aussagen auf eine zu geringe Anzahl von Befragten stützt, dann handelt es sich um Fragen der Überzeugungskraft des Gutachtens und damit um Fragen der Beweiswürdigung, die der Oberste Gerichtshof nicht prüfen kann.

5.16. Im vorliegenden Fall ist im Übrigen darauf zu verweisen, dass der Sachverständige mit Zustimmung aller Parteien auf Grundlage des von ihm vorgelegten Angebots bestellt wurde. In diesem Angebot hat der Sachverständige die von ihm anzuwendende Methode eingehend dargelegt. Die Parteien haben keine Einwände erhoben. Die prinzipiell korrekte Durchführung des SSNIP-Tests hat die Antragstellerin in der Verhandlung vom 7. 7. 2010 auch ausdrücklich zugestanden und ausgeführt, dass die „dort angestellten Rechnungen auch nicht grundsätzlich in Frage gestellt würden“ (S 8 in ON 84).

5.17. Inwieweit das Sachverständigengutachten allein eine ausreichende Entscheidungsgrundlage bot oder die Aufnahme von weiteren Beweisen erforderlich war, betrifft eine Frage der Beweiswürdigung, die nicht an den Obersten Gerichtshof herangetragen werden kann. Auch die im Rekurs der Antragstellerin erhobenen Einwände, dass das vom Sachverständigen verwendete Sample nicht ausreichend groß bzw die Rücklaufquote bei den Fragebögen zu gering gewesen sei, betreffen lediglich die Überzeugungskraft des Gutachtens und damit eine Frage der Beweiswürdigung.

5.18. Gleiches gilt auch für die in der Rechtsrüge erhobenen Einwendungen gegen die angeblich mangelhaften methodischen Grundlagen des Gutachtens, angebliche Fehler bei der Anwendung des SSNIP-Tests, wie etwa die Notwendigkeit der Berücksichtigung von Wartelisten und die angeblich unrichtige Umsatzberechnung. Auf diese Ausführungen ist daher nicht weiter einzugehen.

VI. Begriff der Radiusklausel, Prüfungsmaßstab und Vorjudikatur
römisch sechs. Begriff der Radiusklausel, Prüfungsmaßstab und Vorjudikatur

6.1. Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt begegnet die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts keinen Bedenken:

6.2. Die Radiusklausel führt dazu, dass Vertragspartner der Antragsgegnerin in einem bestimmten Umkreis keine weiteren Filialen errichten und daher im vereinbarten Gebiet ihren Bedarf an Bestandobjekten nur bei der Antragsgegnerin decken dürfen. Es liegt zwar kein Vertikalverhältnis vor, weil die nachgefragte Leistung nicht dem Wiederverkauf dient, es besteht jedoch eine Ausschließlichkeitsbindung im Bereich eines für die eigentliche Unternehmenstätigkeit der Nachfrager notwendigen Hilfsgeschäfts (16 Ok 8/10 - Radiusklausel II). 6.2. Die Radiusklausel führt dazu, dass Vertragspartner der Antragsgegnerin in einem bestimmten Umkreis keine weiteren Filialen errichten und daher im vereinbarten Gebiet ihren Bedarf an Bestandobjekten nur bei der Antragsgegnerin decken dürfen. Es liegt zwar kein Vertikalverhältnis vor, weil die nachgefragte Leistung nicht dem Wiederverkauf dient, es besteht jedoch eine Ausschließlichkeitsbindung im Bereich eines für die eigentliche Unternehmenstätigkeit der Nachfrager notwendigen Hilfsgeschäfts (16 Ok 8/10 - Radiusklausel römisch zwei).

6.3. Derartige Ausschließlichkeitsbindungen unterliegen im Rahmen der österreichischen Rechtsordnung in vielfältiger Hinsicht Einschränkungen. Im Innenverhältnis zwischen der bindenden und der gebundenen Partei kann eine zu weitgehende Bindung allenfalls gegen § 879 ABGB verstoßen. Nach herrschender Auffassung liegt Sittenwidrigkeit vor, wenn ein Wettbewerbsverbot in übermäßigem Umfang ohne zeitliche und örtliche Beschränkung auferlegt wird oder ein auffälliges Missverhältnis zwischen den durch das Verbot zu schützenden Interessen des einen Vertragsteils und der dem anderen Teil auferlegten Beschränkung besteht (Koppensteiner, Wettbewerbsrecht³ § 7 Rz 48 mwN; Graf in Klete? ka/Schauer, ABGB-ON § 879 Rz 102; 8 Ob 141/08f). Denkbar ist auch, dass ein derartiger Verstoß nach § 1 UWG als unlauter einzustufen ist, sodass jeder Mitbewerber und die in § 14 UWG angeführten Stellen dagegen vorgehen können. 6.3. Derartige Ausschließlichkeitsbindungen unterliegen im Rahmen der österreichischen Rechtsordnung in vielfältiger Hinsicht Einschränkungen. Im Innenverhältnis zwischen der bindenden und der gebundenen Partei kann eine zu weitgehende Bindung allenfalls gegen Paragraph 879, ABGB verstoßen. Nach herrschender Auffassung liegt Sittenwidrigkeit vor, wenn ein Wettbewerbsverbot in übermäßigem Umfang ohne zeitliche und örtliche Beschränkung auferlegt wird oder ein auffälliges Missverhältnis zwischen den durch das Verbot zu schützenden Interessen des einen

Vertragsteils und der dem anderen Teil auferlegten Beschränkung besteht (Koppensteiner, Wettbewerbsrecht³ Paragraph 7, Rz 48 mwN; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON Paragraph 879, Rz 102; 8 Ob 141/08f). Denkbar ist auch, dass ein derartiger Verstoß nach Paragraph eins, UWG als unlauter einzustufen ist, sodass jeder Mitbewerber und die in Paragraph 14, UWG angeführten Stellen dagegen vorgehen können.

6.4. Bei der - hier allein maßgebenden -

Beurteilung der Radiusklausel nach Kartellrecht kommen als Rechtsgrundlagen das Kartellverbot des Art 101 AEUV (früher Art 81 EG, Art 85 EWG) bzw § 1 KartG und das Missbrauchsverbot des Art 102 AEUV (früher Art 82 EG, Art 86 EWG) bzw des § 5 KartG in Betracht (nur auf Letzteres abstellend offenbar Pirko, Ergänzung zum Beitrag von Palmstorfer, wbl 2010, 220). 6.4. Bei der - hier allein maßgebenden -, Beurteilung der Radiusklausel nach Kartellrecht kommen als Rechtsgrundlagen das Kartellverbot des Artikel 101, AEUV (früher Artikel 81, EG, Artikel 85, EWG) bzw Paragraph eins, KartG und das Missbrauchsverbot des Artikel 102, AEUV (früher Artikel 82, EG, Artikel 86, EWG) bzw des Paragraph 5, KartG in Betracht (nur auf Letzteres abstellend offenbar Pirko, Ergänzung zum Beitrag von Palmstorfer, wbl 2010, 220).

6.5. Zu Radiusklauseln liegen bereits mehrere kartellrechtliche Entscheidungen vor. Die ersten ein Konkurrenzverbot betreffenden Entscheidungen ergingen noch zum alten Kartellrecht (Okt 6/93; 16 Ok 3/96; vgl auch 16 Ok 4/01 und 16 Ok 6/02). Danach entspricht ein Wettbewerbsverbot, soweit es über das Wesen einer die Äquivalenz der beiderseitigen kartellrechtlich unbedenklichen Hauptleistungspflichten sichernden Nebenabrede nicht hinausgeht, keinem in § 10 KartG 1988 umschriebenen Tatbestand und ist daher nicht als Kartell zu beurteilen. Anderes gelte, wenn eine Beschränkung über einen solchen Zweck hinausgehe. Die Grenze zwischen kartellrechtsneutraler Nebenabrede und kartellrechtsrelevanter Wettbewerbsbeschränkung iSd § 10 KartG 1988 könne nur im Einzelfall unter Bedachtnahme auf die Besonderheiten des betreffenden Wirtschaftszweigs gezogen werden. In der Regel werde ein fünf Jahre übersteigendes Wettbewerbsverbot dem Anwendungsbereich des Kartellrechts zu unterwerfen sein. 6.5. Zu Radiusklauseln liegen bereits mehrere kartellrechtliche Entscheidungen vor. Die ersten ein Konkurrenzverbot betreffenden Entscheidungen ergingen noch zum alten Kartellrecht (Okt 6/93; 16 Ok 3/96; vergleiche auch 16 Ok 4/01 und 16 Ok 6/02). Danach entspricht ein Wettbewerbsverbot, soweit es über das Wesen einer die Äquivalenz der beiderseitigen kartellrechtlich unbedenklichen Hauptleistungspflichten sichernden Nebenabrede nicht hinausgeht, keinem in Paragraph 10, KartG 1988 umschriebenen Tatbestand und ist daher nicht als Kartell zu beurteilen. Anderes gelte, wenn eine Beschränkung über einen solchen Zweck hinausgehe. Die Grenze zwischen kartellrechtsneutraler Nebenabrede und kartellrechtsrelevanter Wettbewerbsbeschränkung iSd Paragraph 10, KartG 1988 könne nur im Einzelfall unter Bedachtnahme auf die Besonderheiten des betreffenden Wirtschaftszweigs gezogen werden. In der Regel werde ein fünf Jahre übersteigendes Wettbewerbsverbot dem Anwendungsbereich des Kartellrechts zu unterwerfen sein.

6.6. Mit der Entscheidung 16 Ok 14/08 -

Radiusklausel II hob der Oberste Gerichtshof die Entscheidung des Kartellgerichts wegen ungeeigneter Fragestellung des Sachverständigen auf. Die im vorliegenden Verfahren im Provisorialverfahren ergangene Entscheidung 16 Ok 1/09 - Radiusklausel III verneint das Vorliegen eines relevanten kumulativen Abschottungseffekts, weil ein Anteil der Antragsgegnerin an Verkaufsfläche von nur 7,66 % bescheinigt worden war. 6.6. Mit der Entscheidung 16 Ok 14/08 -, Radiusklausel römisch zwei hob der Oberste Gerichtshof die Entscheidung des Kartellgerichts wegen ungeeigneter Fragestellung des Sachverständigen auf. Die im vorliegenden Verfahren im Provisorialverfahren ergangene Entscheidung 16 Ok 1/09 - Radiusklausel römisch drei verneint das Vorliegen eines relevanten kumulativen Abschottungseffekts, weil ein Anteil der Antragsgegnerin an Verkaufsfläche von nur 7,66 % bescheinigt worden war.

VII. Kartellverbot römisch sieben. Kartellverbot

a) Allgemeines

7.1. Vereinbarungen fallen nur dann unter das Verbot des Art 101 AEUV (früher Art 81 EG), wenn sie „eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken“. Von einer Vereinbarung iSd Art 101 AEUV ist auszugehen, wenn zwei oder mehrere Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck bringen, sich auf dem Markt in bestimmter Weise zu verhalten, mag die Willensübereinstimmung ausdrücklich oder konkludent, schriftlich oder formlos zustande gekommen sein (Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁴ EG/Teil 1, Art 81 EG Rz 65 f; Eilmansberger in Streinz, EUV/EGV Art 81

Rz 1).7.1. Vereinbarungen fallen nur dann unter das Verbot des Artikel 101, AEUV (früher Artikel 81, EG), wenn sie „eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken“. Von einer Vereinbarung iSd Artikel 101, AEUV ist auszugehen, wenn zwei oder mehrere Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck bringen, sich auf dem Markt in bestimmter Weise zu verhalten, mag die Willensübereinstimmung ausdrücklich oder konkludent, schriftlich oder formlos zustande gekommen sein (Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁴ EG/Teil 1, Artikel 81, EG Rz 65 f; Eilmansberger in Streinz, EUV/EGV Artikel 81, Rz 1).

7.2. Dabei ist zunächst der eigentliche Zweck der Vereinbarung in Betracht zu ziehen, wobei die wirtschaftlichen Begleitumstände ihrer Durchführung zu berücksichtigen sind. Wenn feststeht, dass eine Vereinbarung einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, brauchen ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht geprüft zu werden (EuGH C-501/06 P - GlaxoSmithKline Services/Kommission; EuGH C-439/09 - Pierre Fabre Dermo-Cosmétique). Ob sich ein Unternehmen freiwillig oder unter dem Druck der anderen Seite an der Vereinbarung beteiligt, ist dabei unerheblich (Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art 81 Abs 1 Rz 65; Eilmansberger in Streinz, EUV/EGV Art 81 Rz 3; Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁴ EG/Teil 1, Art 81 EG Rz 65 f). Auch eine wirtschaftliche Abhängigkeit des einen Vertragspartners vom anderen schließt das Vorliegen einer Vereinbarung noch nicht aus (EuGH 12. 7. 1979, Slg 1979, 2435, BMW Belgium ua/Kommission; vgl auch Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht II Art 81 Rz 17).7.2. Dabei ist zunächst der eigentliche Zweck der Vereinbarung in Betracht zu ziehen, wobei die wirtschaftlichen Begleitumstände ihrer Durchführung zu berücksichtigen sind. Wenn feststeht, dass eine Vereinbarung einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, brauchen ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht geprüft zu werden (EuGH C-501/06 P - GlaxoSmithKline Services/Kommission; EuGH C-439/09 - Pierre Fabre Dermo-Cosmétique). Ob sich ein Unternehmen freiwillig oder unter dem Druck der anderen Seite an der Vereinbarung beteiligt, ist dabei unerheblich (Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Artikel 81, Absatz eins, Rz 65; Eilmansberger in Streinz, EUV/EGV Artikel 81, Rz 3; Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁴ EG/Teil 1, Artikel 81, EG Rz 65 f). Auch eine wirtschaftliche Abhängigkeit des einen Vertragspartners vom anderen schließt das Vorliegen einer Vereinbarung noch nicht aus (EuGH 12. 7. 1979, Slg 1979, 2435, BMW Belgium ua/Kommission; vergleiche auch Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht römisch zwei Artikel 81, Rz 17).

7.3. Begriff und Inhalt der Vereinbarung sind objektiv zu verstehen, auf subjektive Intentionen, innere Vorbehalte oder unterlassene Mitwirkung kommt es nicht an. Wusste allerdings der Unternehmer oder musste er wissen, dass die Absprache, an der er sich beteiligt, Teil eines Gesamtplans ist, so trägt er Verantwortung für den Gesamtplan (Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁴ EG/Teil 1, Art 81 EG Rz 67 f). Ohne Bedeutung sind die unterschiedlichen Interessenlagen der Bestandnehmer und ihr mangelnder Einfluss darauf, mit wem der Bestandgeber Radiusklauseln vereinbart.7.3. Begriff und Inhalt der Vereinbarung sind objektiv zu verstehen, auf subjektive Intentionen, innere Vorbehalte oder unterlassene Mitwirkung kommt es nicht an. Wusste allerdings der Unternehmer oder musste er wissen, dass die Absprache, an der er sich beteiligt, Teil eines Gesamtplans ist, so trägt er Verantwortung für den Gesamtplan (Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁴ EG/Teil 1, Artikel 81, EG Rz 67 f). Ohne Bedeutung sind die unterschiedlichen Interessenlagen der Bestandnehmer und ihr mangelnder Einfluss darauf, mit wem der Bestandgeber Radiusklauseln vereinbart.

7.4. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass Ausschließlichkeitsbindungen nicht nur in die Handlungsfreiheit der Vertragspartner eingreifen, sondern sich auch für die Verfolgung wettbewerbsfeindlicher Ziele, wie die Behinderung von Konkurrenten, die Aufteilung von Märkten oder die Verstärkung der eigenen Marktstellung eignen (Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art 82 Rz 177). Eine den Kunden auferlegte Verpflichtung, ihren Bedarf ganz bei einem marktbeherrschenden Unternehmen zu decken, kann als Behinderung von Mitbewerbern mit dem Leistungswettbewerb unvereinbar sein. Dass die Bindung möglicherweise auch im Interesse der Kunden liegt oder sogar auf ihren Wunsch vereinbart wurde, ändert daran nichts. Maßgebend sind vielmehr der Bindungsgrad und die Auswirkungen auf den Restwettbewerb. Zu beachten ist allerdings, dass die Abnehmerbindung grundsätzlich einer Rechtfertigung zugänglich ist, wenn deren Nachweis auch schwierig sein mag (Eilmansberger in Streinz, EUV/EGV Art 82 Rz 54 f; 16 Ok 8/10 - Radiusklausel II).7.4. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass Ausschließlichkeitsbindungen nicht nur in die Handlungsfreiheit der Vertragspartner eingreifen, sondern sich auch für die Verfolgung wettbewerbsfeindlicher Ziele, wie die Behinderung von Konkurrenten, die Aufteilung von Märkten oder die

Verstärkung der eigenen Marktstellung eignen (Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Artikel 82, Rz 177). Eine den Kunden auferlegte Verpflichtung, ihren Bedarf ganz bei einem marktbeherrschenden Unternehmen zu decken, kann als Behinderung von Mitbewerbern mit dem Leistungswettbewerb unvereinbar sein. Dass die Bindung möglicherweise auch im Interesse der Kunden liegt oder sogar auf ihren Wunsch vereinbart wurde, ändert daran nichts. Maßgebend sind vielmehr der Bindungsgrad und die Auswirkungen auf den Restwettbewerb. Zu beachten ist allerdings, dass die Abnehmerbindung grundsätzlich einer Rechtfertigung zugänglich ist, wenn deren Nachweis auch schwierig sein mag (Eilmansberger in Streinz, EUV/EGV Artikel 82, Rz 54 f; 16 Ok 8/10 - Radiusklausel römisch zwei).

7.5. Allerdings bewirkt eine Einschränkung der Handlungsfreiheit beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen in Form von Alleinbezugsverpflichtungen, Wettbewerbsverboten oder langfristigen Abnahmeverpflichtungen nicht automatisch eine Wettbewerbsbeschränkung iSd Art 101 EG bzw § 1 KartG. Zu selektiven Vertriebssystemen hat der EuGH bereits wiederholt ausgesprochen, dass diese zwangsläufig den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt beeinflussen (EuGH 107/82, AEG-Telefunken/Kommission; EuGH C 439/09 - Pierre Fabre Dermo-Cosmétique). Es kommt entscheidend auf die marktabschottende Wirkung der Vereinbarung an, und es ist daher zu prüfen, ob und inwieweit sie in Verbindung mit anderen Verträgen dieses Typs die Möglichkeiten Dritter zum Markteintritt oder zur Ausweitung von Marktanteilen spürbar beeinträchtigt (Eilmansberger in Streinz, EUV/EGV Art 81 Rz 51). Bei langfristigen Liefer- und Bezugsverträgen, die im Ergebnis eine Ausschließlichkeitsbindung bewirken, sah die Europäische Kommission - abgesehen vom Energiewirtschaftssektor - eine marktschließende Wirkung bereits bei zeitlichen Bindungen zwischen vier und sechs Jahren als gegeben an (Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁴ EG/Teil 1, Art 81 EG Rz 153).

7.5. Allerdings bewirkt eine Einschränkung der Handlungsfreiheit beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen in Form von Alleinbezugsverpflichtungen, Wettbewerbsverboten oder langfristigen Abnahmeverpflichtungen nicht automatisch eine Wettbewerbsbeschränkung iSd Artikel 101, EG bzw Paragraph eins, KartG. Zu selektiven Vertriebssystemen hat der EuGH bereits wiederholt ausgesprochen, dass diese zwangsläufig den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt beeinflussen (EuGH 107/82, AEG-Telefunken/Kommission; EuGH C 439/09 - Pierre Fabre Dermo-Cosmétique). Es kommt entscheidend auf die marktabschottende Wirkung der Vereinbarung an, und es ist daher zu prüfen, ob und inwieweit sie in Verbindung mit anderen Verträgen dieses Typs die Möglichkeiten Dritter zum Markteintritt oder zur Ausweitung von Marktanteilen spürbar beeinträchtigt (Eilmansberger in Streinz, EUV/EGV Artikel 81, Rz 51). Bei langfristigen Liefer- und Bezugsverträgen, die im Ergebnis eine Ausschließlichkeitsbindung bewirken, sah die Europäische Kommission - abgesehen vom Energiewirtschaftssektor - eine marktschließende Wirkung bereits bei zeitlichen Bindungen zwischen vier und sechs Jahren als gegeben an (Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁴ EG/Teil 1, Artikel 81, EG Rz 153).

b) Isolierte Marktanteilsbetrachtung

8.1. Der Marktanteil der Antragsgegnerin beträgt bei isolierter Betrachtung selbst unter Hinzurechnung des EKZ-Forum 1 nur knapp über 15 %. Damit wird der Schwellenwert des Punktes II.7. lit b erster Absatz der De-minimis-Bekanntmachung allenfalls knapp überschritten. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass beim EKZ-Forum 1 keine Radiusklauseln bestehen.

8.1. Der Marktanteil der Antragsgegnerin beträgt bei isolierter Betrachtung selbst unter Hinzurechnung des EKZ-Forum 1 nur knapp über 15 %. Damit wird der Schwellenwert des Punktes römisch zwei.7. Litera b, erster Absatz der De-minimis-Bekanntmachung allenfalls knapp überschritten. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass beim EKZ-Forum 1 keine Radiusklauseln bestehen.

8.2. Die Parteien ziehen nicht in Zweifel, dass das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung auf Grundlage des Anteils der Antragsgegnerin am Gesamtmietenumsatz im relevanten Markt beurteilt werden kann. Dies entspricht auch Rz 10 der De-minimis-Bekanntmachung. Im Übrigen ergäbe sich bei Zugrundelegung nicht der Umsatzzahlen, sondern des Anteils an Verkaufsflächen (vgl 16 Ok 14/08) ein niedrigerer Marktanteil, weil die Quadratmetermieten im EUROPARK wesentlich höher sind als die Mieten an anderen Standorten.

8.2. Die Parteien ziehen nicht in Zweifel, dass das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung auf Grundlage des Anteils der Antragsgegnerin am Gesamtmietenumsatz im relevanten Markt beurteilt werden kann. Dies entspricht auch Rz 10 der De-minimis-Bekanntmachung. Im Übrigen ergäbe sich bei Zugrundelegung nicht der Umsatzzahlen, sondern des Anteils an Verkaufsflächen (vergleiche 16 Ok 14/08) ein niedrigerer Marktanteil, weil die Quadratmetermieten im EUROPARK wesentlich höher sind als die Mieten an anderen Standorten.

8.3. Die De-minimis-Bekanntmachung ist weder für die Gerichte bindend noch ist sie als abschließende umfassende

Regelung gedacht (s Schröter in Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht Art 81 Rz 228). Zu berücksichtigen sind jeweils die Wirkungen auf den Wettbewerb, die Marktstellung des Betroffenen, die Art und Menge der Güter oder Dienstleistungen sowie das rechtliche und behördliche Umfeld (EuGH 22/71, Béguelin, Slg 1971, 949, 960; EuGH 27/87, Erauw-Jacquery/La Hesbignonne, Slg 1988, 1919, 1940; vgl auch Bechtold/Brinker/Bosch/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht Art 81 Rz 97). 8.3. Die De-minimis-Bekanntmachung ist weder für die Gerichte bindend noch ist sie als abschließende umfassende Regelung gedacht (s Schröter in Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht Artikel 81, Rz 228). Zu berücksichtigen sind jeweils die Wirkungen auf den Wettbewerb, die Marktstellung des Betroffenen, die Art und Menge der Güter oder Dienstleistungen sowie das rechtliche und behördliche Umfeld (EuGH 22/71, Béguelin, Slg 1971, 949, 960; EuGH 27/87, Erauw-Jacquery/La Hesbignonne, Slg 1988, 1919, 1940; vergleiche auch Bechtold/Brinker/Bosch/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht Artikel 81, Rz 97).

8.4. Das Kartellgericht hat zutreffend auf einige Faktoren hingewiesen, die die Auswirkungen der Radiusklauseln auf den Wettbewerb beschränken können: Radiusklauseln sind nur wirksam, wenn sie vereinbart, dh vom Bestandnehmer auch akzeptiert werden. Die Tatsache, dass einige Mieter auch in der Salzburger Innenstadt vertreten sind, lässt darauf schließen, dass die Antragsgegnerin die Radiusklausel nicht gegenüber allen Mietern als Vertragsinhalt durchsetzen kann. Das gilt vor allem für Unternehmen mit Ankermarken.

8.5. Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung betrifft auch nicht den gesamten relevanten Markt, sondern lediglich das Gebiet innerhalb des „Radius“. Auch zeitlich ist die Radiusklausel in ihrer Wirkung beschränkt, weil sie nicht über die Dauer des Bestandverhältnisses hinaus wirkt. Schließlich ist die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Radiusklausel auf Unternehmen beschränkt, die mit der Antragsgegnerin in einem Vertragsverhältnis stehen; der Marktzutritt neuer Mietinteressenten wird davon nicht berührt. Neue Mietinteressenten können sich vielmehr frei entscheiden, ob sie einen Mietvertrag mit der Antragsgegnerin abschließen oder einen anderen Standort wählen. Dazu kommt, dass in jeder Branche erfahrungsgemäß mehrere Unternehmen tätig sind, sodass die Radiusklausel den Betreiber eines weiteren Einkaufszentrums nicht hindert, seinerseits einen entsprechenden Branchenmix anzubieten. Die für die Attraktivität eines Einkaufszentrums so bedeutsamen Ankermarken sind in der Regel ohnehin nicht durch eine Radiusklausel gebunden.

8.6. Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Radiusklausel ist demnach - obwohl die Radiusklausel für die gesamte Dauer des betreffenden Bestandverhältnisses gilt - deutlich geringer als die anderer Ausschließlichkeitsbindungen. Damit besteht auch kein Anlass, auf die von der Antragstellerin im Anschluss an die von Keinert („Spürbarkeit“ im EG-Kartellrecht [Art 81 EGV], ÖJZ 2009, 101) geäußerte Kritik an der Vereinbarkeit der Schwellenwerte der De-minimis-Bekanntmachung mit der Rechtsprechung des EuGH einzugehen.

c) Bündeltheorie

9.1. Die Spürbarkeit der Wettbewerbs-beeinträchtigung kann auch von Bündeln gleicher Vereinbarungen ausgehen („Bündeltheorie“). So gelten Alleinbezugsvereinbarungen als wettbewerbsbeschränkend, wenn die betreffende Vereinbarung isoliert oder gemeinsam mit anderen Verträgen des Vertragsbündels spürbar zur Marktabstottung beiträgt. In Rz 8 der Bagatellbekanntmachung der Europäischen Kommission werden dafür eigene Marktanteilsschwellen angeführt, und zwar 5 % des relevanten Markts sowohl für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern als auch zwischen Nichtwettbewerbern, und 30 % bei nebeneinander bestehenden (Netzen von) Vereinbarungen, die ähnliche Wirkungen auf den Markt haben. Allein auf den Marktanteil der Verfahrensparteien kommt es daher - selbst wenn man von der Anwendbarkeit der Bekanntmachung ausginge - nicht an.

9.2. Der EuGH hat die Bündeltheorie in der Bierbezugsverträge betreffenden Entscheidung C-234/89, Delimitis, Slg 1991, I-935, entwickelt. Danach erfüllen (vertikale) Bezugsvereinbarungen zwischen einem Anbieter und seinen Abnehmern nur dann das für das Kartellverbot notwendige Tatbestandsmerkmal der spürbaren Wettbewerbsbeschränkung, wenn die zu beurteilenden Vereinbarungen im Gesamtzusammenhang mit gleichartigen Vereinbarungen desselben oder auch anderer Anbieter erheblich zur Marktabstottung beitragen und der Markt somit aufgrund eines Bündels von Bezugsvereinbarungen für hinzukommende Bewerber schwer zugänglich ist.

9.3. Die Marktabstottung ergibt sich primär aus dem Bindungsgrad der Abnehmer auf dem sachlich relevanten Markt. Dabei ist auch die Dauer der Bezugsbindung wesentlich. Bei einem Bindungsgrad von unter 30 % hat der Oberste Gerichtshof bereits - im Anschluss an die Europäische Kommission - ausgesprochen, dass eine

Marktabstimmung unwahrscheinlich ist (16 Ok 1/09 -

Radiusklausel III).9.3. Die Marktabstimmung ergibt sich primär aus dem Bindungsgrad der Abnehmer auf dem sachlich relevanten Markt. Dabei ist auch die Dauer der Bezugsbindung wesentlich. Bei einem Bindungsgrad von unter 30 % hat der Oberste Gerichtshof bereits - im Anschluss an die Europäische Kommission - ausgesprochen, dass eine Marktabstimmung unwahrscheinlich ist (16 Ok 1/09 -, Radiusklausel römisch drei).

9.4. Der Bindungsgrad ist jedoch nicht der einzige Beurteilungsfaktor. Vielmehr sind auch die herrschenden Marktbedingungen zu untersuchen, insbesondere die tatsächlichen konkreten Möglichkeiten neuer Wettbewerber, trotz dieser Netze in den Markt einzudringen (EuGH C-234/89, Delimitis, Slg 1991, I-935, Rz 19 f, EuG T-7/93 -Langnese-Iglo, Rz 101; EuG T-65/98, Van den Bergh Foods, Rz 112).

9.5. Nach Punkt II.8 der De-minimis-Bekanntmachung werden, wenn in einem relevanten Markt der Wettbewerb durch die kumulative Wirkung von Vereinbarungen beschränkt (...), die verschiedene Lieferanten oder Händler für den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen geschlossen haben (kumulativer Marktabstimmungseffekt durch nebeneinander bestehende Netze von Vereinbarungen, die ähnliche Wirkungen auf dem Markt haben), (...) die in Ziffer 7 genannten Marktanteilsschwellen auf 5 % herabgesetzt, sowohl für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern als auch für Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern. Bei einzelnen Lieferanten oder Händlern mit einem Marktanteil, der 5 % nicht überschreitet, ist in der Regel nicht davon auszugehen, dass sie wesentlich zu dem kumulativen Abstimmungseffekt beitragen. Es ist unwahrscheinlich, dass ein kumulativer Abstimmungseffekt vorliegt, wenn weniger als 30 % des relevanten Marktes von nebeneinander bestehenden (Netzen von) Vereinbarungen, die ähnliche Wirkungen auf dem Markt haben, abgedeckt werden.9.5. Nach Punkt römisch zwei.8 der De-minimis-Bekanntmachung werden, wenn in einem relevanten Markt der Wettbewerb durch die kumulative Wirkung von Vereinbarungen beschränkt (...), die verschiedene Lieferanten oder Händler für den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen geschlossen haben (kumulativer Marktabstimmungseffekt durch nebeneinander bestehende Netze von Vereinbarungen, die ähnliche Wirkungen auf dem Markt haben), (...) die in Ziffer 7 genannten Marktanteilsschwellen auf 5 % herabgesetzt, sowohl für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern als auch für Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern. Bei einzelnen Lieferanten oder Händlern mit einem Marktanteil, der 5 % nicht überschreitet, ist in der Regel nicht davon auszugehen, dass sie wesentlich zu dem kumulativen Abstimmungseffekt beitragen. Es ist unwahrscheinlich, dass ein kumulativer Abstimmungseffekt vorliegt, wenn weniger als 30 % des relevanten Marktes von nebeneinander bestehenden (Netzen von) Vereinbarungen, die ähnliche Wirkungen auf dem Markt haben, abgedeckt werden.

9.6. Im vorliegenden Fall bestehen keinerlei Anhaltspunkte, dass 30 % des gesamten relevanten Marktes durch derartige Vereinbarungen bzw Netze von Vereinbarungen abgedeckt wären. Ebenso wenig bestehen Anhaltspunkte dafür, dass der Markt im Sinne der Rz 8 der De-minimis-Bekanntmachung schwer zugänglich wäre und damit auch bei niedrigerem Bindungsgrad eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorliegen könnte. Ohne entsprechendes Vorbringen und ohne jegliche Anhaltspunkte war das Kartellgericht auch nicht aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes zu weitergehenden Erhebungen verpflichtet (vgl 16 Ok 7/01, 16 Ok 7/02; Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht Rz 441).9.6. Im vorliegenden Fall bestehen keinerlei Anhaltspunkte, dass 30 % des gesamten relevanten Marktes durch derartige Vereinbarungen bzw Netze von Vereinbarungen abgedeckt wären. Ebenso wenig bestehen Anhaltspunkte dafür, dass der Markt im Sinne der Rz 8 der De-minimis-Bekanntmachung schwer zugänglich wäre und damit auch bei niedrigerem Bindungsgrad eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorliegen könnte. Ohne entsprechendes Vorbringen und ohne jegliche Anhaltspunkte war das Kartellgericht auch nicht aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes zu weitergehenden Erhebungen verpflichtet vergleiche 16 Ok 7/01, 16 Ok 7/02; Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht Rz 441).

9.7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beurteilung des Kartellgerichts keinen Bedenken begegnet, dass keine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt und der Tatbestand des Art 101 AEUV daher nicht erfüllt ist.9.7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beurteilung des Kartellgerichts keinen Bedenken begegnet, dass keine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt und der Tatbestand des Artikel 101, AEUV daher nicht erfüllt ist.

VIII. Missbrauchsverbotrömisch acht. Missbrauchsverbot

10. Auf einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Antragsgegnerin hat sich die - durchgehend anwaltlich vertretene - Antragstellerin nicht gestützt. Der bloße Hinweis auf eine „herausragende Marktstellung“ reicht

hiefür nicht aus. Im Übrigen bieten die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen keinen Anhaltspunkt anzunehmen, dass die Antragsgegnerin auf dem relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung hätte.

Schlagworte

Radiusklausel IV, Kartellobergergericht

Textnummer

E99330

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2011:0160OK00008.100.1212.000

Im RIS seit

22.01.2012

Zuletzt aktualisiert am

13.12.2016

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at