jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 2004/12/20 16Ok12/04

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 20.12.2004

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Birgit Langer als Vorsitzende und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Manfred Vogel und Dr. Wolfgang Schramm sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Dr. Erich Haas in der Kartellrechtssache der Antragstellerin Bundeswettbewerbsbehörde, 1020 Wien, Praterstraße 31, wider die Antragsgegnerin T***** Austria Aktiengesellschaft, *****, vertreten durch Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Partnerschaft von Rechtsanwälten in Wien, wegen Untersagung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und Auferlegung einer Geldbuße, über den Rekurs der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 18. März 2004, GZ 29 Kt 8, 9/04-16, den Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird in seinem Punkt 2. (Auferlegung einer Geldbuße von 500.000 EUR) bestätigt und im Übrigen dahin abgeändert, dass er in seinem Punkt 1. lautet:

"Der Antragsgegnerin wird aufgetragen, den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung abzustellen, der in der Anwendung ihres derzeit geltenden (vgl Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 21. 7. 2003, G 07/03-13) Tarifsystems besteht, soweit sich daraus ergibt, dass die günstigsten Möglichkeiten der Endkunden, die Anschlussleistung von der Antragsgegnerin zu beziehen, von Tarifmodellen geboten werden, bei denen das um den Wert der mit dem Anschlussentgelt verbundenen Verbindungsleistungen/sonstigen Vergünstigungen bereinigte Anschlussentgelt unter dem von der Antragsgegnerin angebotenen billigsten reinen Anschlussentgelt liegt."Der Antragsgegnerin wird aufgetragen, den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung abzustellen, der in der Anwendung ihres derzeit geltenden vergleiche Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 21. 7. 2003, G 07/03-13) Tarifsystems besteht, soweit sich daraus ergibt, dass die günstigsten Möglichkeiten der Endkunden, die Anschlussleistung von der Antragsgegnerin zu beziehen, von Tarifmodellen geboten werden, bei denen das um den Wert der mit dem Anschlussentgelt verbundenen Verbindungsleistungen/sonstigen Vergünstigungen bereinigte Anschlussentgelt unter dem von der Antragsgegnerin angebotenen billigsten reinen Anschlussentgelt liegt.

Text

Begründung:

Die Antragsgegnerin ist ehemalige Monopolistin im Bereich der Telekommunikation und erbringt entweder selbst oder durch Tochtergesellschaften zahlreiche Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit, wobei die bedeutsamsten der öffentliche Sprachtelefondienst mittels Mobil- und Festnetzes und der öffentliche Mietleistungsdienst sind. Mitbewerber der Antragsgegnerin auf dem Markt für Telekommunikationsdienste über Festnetz (in der Folge:

alternative Netzbetreiber, ANB) können ihre Kunden entweder mittels selbst errichteter Infrastruktur anbinden oder ihre Dienste als Verbindungsnetzbetreiber anbieten. Im letzteren Fall bleiben die Kunden der ANB weiterhin Vertragskunden der Antragsgegnerin und beziehen von dieser die Anschlussleistung; nach Vertragsabschluss mit dem ANB können sie sodann ihre Gespräche über dessen Telekommunikationsnetz führen lassen. So können die Dienstleistungen "dauerhafte Verbindungsnetzbetreibervorauswahl" (Carrier Preselection, CPS) oder "Verbindungsnetzbetreiberwahl im Einzelfall" (Call-by-Call, CbC) auf den Markt gebracht werden, ohne dass der ANB ein eigenes Telekommunikationsnetz bis zum Endkunden verlegen muss. Mit Bescheid vom 21. 7. 2003 hat die Telekom-Control-Kommission als zuständige Regulierungsbehörde jenes Tarifsystem der Antragsgegnerin genehmigt, das den Gegenstand des kartellrechtlichen Verfahrens bildet. Eine wesentliche Änderung stellt die Ersetzung des nicht mehr kostendeckenden Minimumtarifs (Grundgebühr 14,38 EUR/Monat) durch den Standardtarif (Grundgebühr 17,44 EUR/Monat) dar. Jene Kunden, die bis dahin im Minimumtarif telefonierten, wurden per 28. 9. 2003 in den neu eingeführten Standardtarif umgestellt. Über das neue Tarifsystem (die Einstellung des Minimumtarifs) wurden die Kunden mittels Presseaussendung der Antragsgegnerin und Kundmachung in der Wiener Zeitung vom 28. 7. 2003 informiert. Sowohl Minimumtarif als auch Standardtarif enthielten bzw enthalten keine Verbindungsleistungen, sondern deckten bzw. decken nur die reine Anschlussleistung ab. Als billigste Möglichkeit, die Anschlussleistung von der Antragsgegnerin zu beziehen, bestehen die - auch schon bisher verfügbaren - TikTak-Tarife, die neben der Anschlussleistung de facto bestimmte Verbindungsleistungen inkludieren.

Beim Tarif TikTak Privat fällt für die Überlassung des Fernsprechanschlusses ein monatliches Grundentgelt von 15,98 EUR an; werden darüber hinaus auch Verbindungsleistungen in Anspruch genommen, sind die ersten 60 Gesprächsminuten in der Lokalzone oder Inlandszone im Zeitfenster "Abends und Wochenende" pro Monat und Anschluss entgeltfrei. TikTak International bietet bei einem monatlichen Grundentgelt von 15,84 EUR die Möglichkeit zum Bezug vergünstigter Verbindungsentgelte in ausgewählte Auslandsdestinationen; dem Kunden wird ein "Auslandspaket" seiner Wahl, für das sonst 1,45 EUR zu zahlen ist, entgeltfrei zu Verfügung gestellt. Der Teilnehmer kann ein beliebiges Land auswählen und in dieses um 0,116 EUR pro Minute abends und am Wochenende (ins Festnetz) telefonieren.

Als Entgelt für eine Tarifumstellung verrechnet die Antragsgegnerin 8,71 EUR.

Die Anzahl der TikTak-Anschlüsse stieg auf 1.146.200 per Ende September 2003 gegenüber 1.040.200 per Ende Juni 2003 und 646.100 per Ende September 2002. Durch die Einstellung des Minimumtarifs haben sich Kunden, die sonst automatisch in den Standardtarif umgestellt worden wären, für einen TikTak-Anschluss entschieden, weil TikTak-Anschlüsse ein niedrigeres Grundentgelt haben. Die Antragsgegnerin hat hinsichtlich der Anschlussleistungen einen Marktanteil von rund 95 %. Durch Entbündelung - das ist eine auf Wunsch des Teilnehmers durchgeführte "Zwangsvermietung" der physischen Anschlussleitung der Antragsgegnerin zu regulierten Preisen - haben jedoch Endkunden die Möglichkeit, ihren Telefonzugang ohne Umweg über die Antragsgegnerin von ANB zu beziehen. Derzeit können bereits 1,5 Mio Anschlüsse theoretisch über Entbündelung erreicht werden. Tatsächlich werden erst rund 20.000 Anschlüsse entbündelt betrieben, die Hälfte davon von UTA. Auf dem Verbindungsleistungsmarkt hat die Antragsgegnerin einen Gesamtmarktanteil in Sprachminuten per 12/2002 und per 12/2003 von jeweils 53,9 %. Im Segment Privatkunden betrug der Anteil per 12/2002 53,7 % und per 12/2003 53 %. Die Antragsgegnerin hat auf dem (nationalen) Verbindungsleistungsmarkt jedenfalls einen Anteil von nicht unter 40 %. Derzeit ist auf dem Festnetzsprachtelefoniemarkt ein starker Migrationseffekt in Richtung der Mobilkommunikation zu beobachten. Auf dem Gesamtmarkt im Festnetz ist eine jährliche Reduktion in der Größenordnung von 7-8% festzustellen. Zusätzlich - aufgrund der attraktiven Angebote der Mobilkommunikation - erleidet die Antragsgegnerin seit längerer Zeit einen jährlichen Abgang in der Anschlussleistung von etwa 3 %.

ANB bieten ihren Kunden unter bestimmtem Voraussetzungen Freiminuten und begünstigte Verbindungsentgelte ins Ausland an. So gewährt etwa T***** ab einem Rechnungsbetrag von 7 EUR 1 x 10 Freiminuten, ab 15 EUR 2x10 Freiminuten und ab 22 EUR 3 x 10 Freiminuten. Hat ein Kunde insgesamt 60 Freiminuten gesammelt, erhält er nach Anruf einer Gratishotline eine Gutschrift in der Höhe der gesammelten Freiminuten. U***** bietet beim Tarif "Festnetz Green Apple" mit automatischer Vorwahl die Möglichkeit günstigerer Verbindungsentgelte in ein Land nach Wahl, und zwar um 35 % günstiger als zum herkömmlichen Auslandspreis.

Die Antragsgegnerin erzielte im Jahr 2002 im Geschäftssegment Festnetz einen Umsatz von über 2 Mrd EUR. Die konsolidierten Umsatzerlöse (inklusive Datenkommunikation, Internet und Mobilkommunikation) betrugen in diesem

Zeitraum rund 3,1 Mrd EUR; sie verfügte zum 31. 12. 2002 und zum 30. 9. 2003 jeweils über ein positives Eigenkapital von mehr als 2,5 Mrd EUR.

Die Bundeswettbewerbsbehörde beantragte zuletzt (ON 14),

- -Strichaufzählung
  der Antragsgegnerin aufzutragen, den Missbrauch abzustellen, der in der Anwendung ihres derzeit geltenden (vgl Bescheid der Telekom-Control-Kommission G 07/03-19 vom 21. 7. 2003) Tarifsystems besteht, aus welchem sich ergibt, dass die günstigsten Möglichkeiten der Endkunden, die Anschlussleistung von der Antragsgegnerin zu beziehen, von Tarifmodellen geboten werden, die jeweils auch Verbindungsleistungen inkludieren, bzw bei denen das um den Wert der mit dem Anschlussentgelt verbundenen Verbindungsleistungen/sonstigen Vergünstigungen bereinigte Anschlussentgelt unter dem von der Antragsgegnerin angebotenen billigsten reinen Anschlussentgelt liegt, undder Antragsgegnerin aufzutragen, den Missbrauch abzustellen, der in der Anwendung ihres derzeit geltenden vergleiche Bescheid der Telekom-Control-Kommission G 07/03-19 vom 21. 7. 2003) Tarifsystems besteht, aus welchem sich ergibt, dass die günstigsten Möglichkeiten der Endkunden, die Anschlussleistung von der Antragsgegnerin zu beziehen, von Tarifmodellen geboten werden, die jeweils auch Verbindungsleistungen inkludieren, bzw bei denen das um den Wert der mit dem Anschlussentgelt verbundenen Verbindungsleistungen/sonstigen Vergünstigungen bereinigte Anschlussentgelt unter dem von der Antragsgegnerin angebotenen billigsten reinen Anschlussentgelt liegt, und
- -Strichaufzählung
  über die Antragsgegnerin ein angemessenes Bußgeld zu verhängen. Die Antragstellerin brachte dazu vor, die Implementierung des neuen Tarifsystems durch die Antragsgegnerin sei ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Der Minimumtarif sei abgeschafft worden. Die billigste Möglichkeit, die Anschlussleistung von der Antragsgegnerin zu beziehen, seien nunmehr die (auch schon bisher verfügbaren) Tarife TikTak Privat und TikTak International, welche jeweils bestimmte Verbindungsleistungen inkludierten. Derzeit werde die Anschlussleistung von der Antragsgegnerin unter fast monopolartigen Marktverhältnissen erbracht. Da die Antragsgegnerin derzeit den ANB nicht die Möglichkeit biete, die Anschlussleistung mit einem entsprechenden Großhandelsrabatt bei der Antragsgegnerin zuzukaufen und dann an ihre Endkunden weiterzuverkaufen, könnten die ANB in absehbarer Zeit kein den TikTak Tarifen gleichwertiges Angebot auf dem Markt platzieren. Auch vor diesem Hintergrund sei CbC und CPS für die Entwicklung auf den Telekommunikationsmärkten von wesentlicher Bedeutung. Für Endkunden der ANB, die die Anschlussleistung von der Antragsgegnerin beziehen wollen/müssen, liege es nahe, den günstigsten Tarif für diese Anschlussleistung der Antragsgegnerin zu wählen. Deshalb sei zu erwarten, dass (auch) die Endkunden der ANB vermehrt einen TikTak Tarif wählen werden, weil dieser ihnen die günstigste Möglichkeit zum notwendigen Bezug der Anschlussleistung der Antragsgegnerin biete. Es entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die Endkunden die in den TikTak Tarifen inkludierten Verbindungsleistungen, die sie mit der Bezahlung der Anschlussleistung nolens volens mitbezahlt hätten, nicht verfallen lassen, sondern zu konsumieren trachten werden. Unabhängig von einer tatsächlichen Konsumierung sei die Aussicht auf die kostenlose Inanspruchnahme von Verbindungsleistungen in nicht unbeachtlichem Ausmaß jedenfalls ein Anreiz für den Konsumenten. Im Hinblick darauf sei davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin um die besondere Bedeutung von CbC und CPS für die Entwicklung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten wisse und das konkrete Tarifsystem mit dem Ziel entwickelt habe, CbC und CPS unattraktiv zu machen, um so die Wettbewerber zu behindern. Das neue Tarifsystem sei jedenfalls geeignet, negative Auswirkungen auf dem Markt zu entfalten. Wenn ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung missbrauche, sehe das Kartellgesetz die Auferlegung einer Geldbuße vor. Als Milderungsgrund sei zu beachten, dass das missbräuchliche Verhalten erst seit 28. 9. 2003 tatsächlich gesetzt werde und eine entsprechende Ankündigung gegenüber den Endkunden am 28. 7. 2003 erfolgt sei. Als erschwerend sei zu berücksichtigen, dass der Wettbewerb auf den relevanten Märkten (Verbindungsleistungen über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten) noch nicht nachhaltig sei und die missbräuchliche Verhaltensweise gerade auf die Behinderung der für die Entwicklung des Wettbewerbs besonders wichtigen Instrumente CPS und CbC gerichtet sei. Dabei handle es sich um eine schwere Rechtsverletzung. Die Antragsgegnerin habe das missbräuchliche Verhalten im vollen Bewusstsein der besonderen Bedeutung dieser Instrumente für diese Entwicklung gesetzt. Der Antragsgegnerin seien die wettbewerbsrechtlichen Bedenken in ausführlichen Gesprächen mitgeteilt und die Stellung eines neuen,

adaptierten Tarifgenehmigungsantrags vorgeschlagen worden. Sie habe diese Anregung nicht aufgegriffen, sondern setze die missbräuchliche Verhaltensweise unverändert fort. Sie handle daher vorsätzlich und außerdem bereits wiederholt missbräuchlich, weil ihr erst jüngst der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung untersagt worden sei (16 Ok 11/03). Auch in diesem Fall habe sie versucht, durch gegen CbC und CPS gerichtete Maßnahmen die Wettbewerber zu behindern. Sie sei schließlich wirtschaftlich sehr leistungsfähig.

Die Antragsgegnerin beantragte, die Anträge abzuweisen. Die Verbindungsentgelte des Minimum- und des Standardtarifs enthielten/enthalten keine vergünstigten/entgeltfrei zu konsumierenden Leistungen. Die TikTak-Tarife Privat und International enthielten dem gegenüber in den diesbezüglichen Verbindungsentgelten vergünstigte Leistungen/entgeltfrei zu konsumierende Leistungen. Die Einstellung des Minimumtarifs zugunsten des Standardtarifs sei aus telekommunikationsrechtlichen Gründen erfolgt, weil die notwendige Kostendeckung des Minimumtarifs nicht mehr gegeben gewesen sei. Der Minimumtarif sei in jüngerer Zeit primär von solchen Kunden in Anspruch genommen worden, die bloß den günstigsten Grundtarif der Antragsgegnerin haben lukrieren wollen, aber überhaupt keine Verbindungsleistungen der Antragsgegnerin, sondern statt dessen im Weg von CPS und CbC ausschließlich Leistungen anderer Anbieter in Anspruch genommen hätten. Die dadurch bewirkte nachdrückliche Reduktion der Einnahmen aus Verbindungsleistungen habe zum Verlust der vormals bestandenen Kostenbalance - die Grundgebühren seien für sich genommen nicht kostendeckend gewesen - und zur mangelnden Gesamtkostendeckung dieses Tarifs geführt. Die Antragsgegnerin sei gesetzlich (§ 18 Abs 6 TKG 1997) dazu verhalten, kostendeckende Entgelte für ihre Tarife vorzusehen; es sei daher unrichtig, dass sie ein neues Tarifsystem mit dem Ziel entwickelt habe, CbC und CPS unattraktiv zu machen. Die Telekom-Control-Kommission habe die Tarifmaßnahmen als wettbewerbsrechtlich unbedenklich genehmigt. Die Einstellung des Minimumtarifs beschränke die Endkunden der Antragsgegnerin nicht, die Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl in Anspruch zu nehmen, zumal bei jeder Tarifoption die Möglichkeit bestehe, CbC und CPS in Anspruch zu nehmen und somit über das Netz von ANB Verbindungsleistungen zu konsumieren. Selbst bei denkbar enger Marktabgrenzung fehle es an einem missbräuchlichen Verhalten. Die Verwendung der Tarife TikTak Privat und TikTak International sei ein leistungsgerechtes Mittel des Wettbewerbs; Freiminuten seien aus Sicht der Konsumenten eine Leistung, die ohne das Eingehen irgendeiner Verpflichtung konsumiert werden könne. Der durch das Angebot der Freiminuten höchstens erzielbare Vorteil von 1,80 EUR sei niedrig und bewege sich im Rahmen eines normalen Wettbewerbsverhaltens. Das Angebot zur Einräumung von Freiminuten sei von der Bereitstellung der Anschlussleistung gänzlich unabhängig; im Tarif TikTak Privat sei etwa im Grundentgelt von 15,98 EUR keine Verbindungsleistung enthalten, sondern es seien erst als Teil der Verbindungsentgelte die ersten 60 Minuten pro Monat zum Freizeittarif eingeschlossen. Das Angebot von Freiminuten anderer Anbieter von Telekommmunikationsleistungen gehe über jenes der Antragsgegnerin weit hinaus. Die Angebote der Konkurrenten, die unentgeltliche Leistungen enthielten, seien nämlich in der Regel an die Verpflichtung geknüpft, das Netz des ANB über eine Preselection als Standardnetz zu verwenden. Die Antragsgegnerin könne ein im Wettbewerb übliches Instrument der Vergabe von Vorteilen wesentlich weniger effektiv einsetzen als ihre Konkurrenten, weil sie die Vergabe nicht an Verpflichtungen knüpfen könne. Das Tarifsystem der Antragsgegnerin sei kein Marktmachtmissbrauch. Bei der gebotenen Interessenabwägung und unter Berücksichtigung der normativen Gesichtspunkte des sektorenspezifischen Regulierungsrechts erweise sich die beanstandete Tarifmaßnahme nicht nur als akzeptabel, sondern als geradezu geboten. Es liege weder der Tatbestand einer unzulässigen Kopplung (die Verbindung von Anschlussleistung mit Verbindungsleistung sei nicht nur sachlich gerechtfertigt, sondern geradezu unabdingbar), einer Behinderung (der TikTak Privat Tarif sei kein Hindernis, CPS oder CbC vom ANB zu nützen), einer Diskriminierung (Preisdifferenzierungen seien nicht unzulässig, sondern ökonomisch begrüßenswert), oder eines Verkaufs unter dem Einstandspreis vor. Seit Ankündigung des neuen Tarifsystems habe die Preselection nicht nur keinerlei Einbußen erlitten, sondern zugenommen. Das beanstandete Tarifmodell habe keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb im Bereich der Sprachtelefonie. Sowohl im Verbindungsnetzbereich als auch im Anschlussbereich herrsche seit langem intensiver Wettbewerb. Im Anschlussbereich bestehe der Wettbewerb infolge Verlegung von eigenen Leitungen und Nutzung bestehender Zugangsleitungen (zB Telekabel), Entbündelung (im Netz der Antragsgegnerin könnten derzeit bereits die Hälfte der Teilnehmer über Entbündelung erreicht werden), sowie im Zusammenhang mit dem Internetzugang. Da ein missbräuchliches Verhalten der Antragsgegnerin nicht vorliege, erübrigten sich Ausführungen zum Antrag auf Verhängung einer Geldbuße. Es bleibe unerfindlich, worin bei Anwendung behördlich genehmigter Tarife eine "vorsätzliche Behinderung des Wettbewerbs" liegen solle.Die Antragsgegnerin beantragte, die Anträge abzuweisen. Die Verbindungsentgelte des Minimum- und des Standardtarifs enthielten/enthalten keine vergünstigten/entgeltfrei zu

konsumierenden Leistungen. Die TikTak-Tarife Privat und International enthielten dem gegenüber in den diesbezüglichen Verbindungsentgelten vergünstigte Leistungen/entgeltfrei zu konsumierende Leistungen. Die Einstellung des Minimumtarifs zugunsten des Standardtarifs sei aus telekommunikationsrechtlichen Gründen erfolgt, weil die notwendige Kostendeckung des Minimumtarifs nicht mehr gegeben gewesen sei. Der Minimumtarif sei in jüngerer Zeit primär von solchen Kunden in Anspruch genommen worden, die bloß den günstigsten Grundtarif der Antragsgegnerin haben lukrieren wollen, aber überhaupt keine Verbindungsleistungen der Antragsgegnerin, sondern statt dessen im Weg von CPS und CbC ausschließlich Leistungen anderer Anbieter in Anspruch genommen hätten. Die dadurch bewirkte nachdrückliche Reduktion der Einnahmen aus Verbindungsleistungen habe zum Verlust der vormals bestandenen Kostenbalance - die Grundgebühren seien für sich genommen nicht kostendeckend gewesen - und zur mangelnden Gesamtkostendeckung dieses Tarifs geführt. Die Antragsgegnerin sei gesetzlich (Paragraph 18, Absatz 6, TKG 1997) dazu verhalten, kostendeckende Entgelte für ihre Tarife vorzusehen; es sei daher unrichtig, dass sie ein neues Tarifsystem mit dem Ziel entwickelt habe, CbC und CPS unattraktiv zu machen. Die Telekom-Control-Kommission habe die Tarifmaßnahmen als wettbewerbsrechtlich unbedenklich genehmigt. Die Einstellung des Minimumtarifs beschränke die Endkunden der Antragsgegnerin nicht, die Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl in Anspruch zu nehmen, zumal bei jeder Tarifoption die Möglichkeit bestehe, CbC und CPS in Anspruch zu nehmen und somit über das Netz von ANB Verbindungsleistungen zu konsumieren. Selbst bei denkbar enger Marktabgrenzung fehle es an einem missbräuchlichen Verhalten. Die Verwendung der Tarife TikTak Privat und TikTak International sei ein leistungsgerechtes Mittel des Wettbewerbs; Freiminuten seien aus Sicht der Konsumenten eine Leistung, die ohne das Eingehen irgendeiner Verpflichtung konsumiert werden könne. Der durch das Angebot der Freiminuten höchstens erzielbare Vorteil von 1,80 EUR sei niedrig und bewege sich im Rahmen eines normalen Wettbewerbsverhaltens. Das Angebot zur Einräumung von Freiminuten sei von der Bereitstellung der Anschlussleistung gänzlich unabhängig; im Tarif TikTak Privat sei etwa im Grundentgelt von 15,98 EUR keine Verbindungsleistung enthalten, sondern es seien erst als Teil der Verbindungsentgelte die ersten 60 Minuten pro Monat zum Freizeittarif eingeschlossen. Das Angebot von Freiminuten anderer Anbieter von Telekommmunikationsleistungen gehe über jenes der Antragsgegnerin weit hinaus. Die Angebote der Konkurrenten, die unentgeltliche Leistungen enthielten, seien nämlich in der Regel an die Verpflichtung geknüpft, das Netz des ANB über eine Preselection als Standardnetz zu verwenden. Die Antragsgegnerin könne ein im Wettbewerb übliches Instrument der Vergabe von Vorteilen wesentlich weniger effektiv einsetzen als ihre Konkurrenten, weil sie die Vergabe nicht an Verpflichtungen knüpfen könne. Das Tarifsystem der Antragsgegnerin sei kein Marktmachtmissbrauch. Bei der gebotenen Interessenabwägung und unter Berücksichtigung der normativen Gesichtspunkte des sektorenspezifischen Regulierungsrechts erweise sich die beanstandete Tarifmaßnahme nicht nur als akzeptabel, sondern als geradezu geboten. Es liege weder der Tatbestand einer unzulässigen Kopplung (die Verbindung von Anschlussleistung mit Verbindungsleistung sei nicht nur sachlich gerechtfertigt, sondern geradezu unabdingbar), einer Behinderung (der TikTak Privat Tarif sei kein Hindernis, CPS oder CbC vom ANB zu nützen), einer Diskriminierung (Preisdifferenzierungen seien nicht unzulässig, sondern ökonomisch begrüßenswert), oder eines Verkaufs unter dem Einstandspreis vor. Seit Ankündigung des neuen Tarifsystems habe die Preselection nicht nur keinerlei Einbußen erlitten, sondern zugenommen. Das beanstandete Tarifmodell habe keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb im Bereich der Sprachtelefonie. Sowohl im Verbindungsnetzbereich als auch im Anschlussbereich herrsche seit langem intensiver Wettbewerb. Im Anschlussbereich bestehe der Wettbewerb infolge Verlegung von eigenen Leitungen und Nutzung bestehender Zugangsleitungen (zB Telekabel), Entbündelung (im Netz der Antragsgegnerin könnten derzeit bereits die Hälfte der Teilnehmer über Entbündelung erreicht werden), sowie im Zusammenhang mit dem Internetzugang. Da ein missbräuchliches Verhalten der Antragsgegnerin nicht vorliege, erübrigten sich Ausführungen zum Antrag auf Verhängung einer Geldbuße. Es bleibe unerfindlich, worin bei Anwendung behördlich genehmigter Tarife eine "vorsätzliche Behinderung des Wettbewerbs" liegen solle.
Der Bundeskartellanwalt hat sich den Ausführungen der Antragstellerin angeschlossen.
Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Erstgericht

1. der Antragsgegnerin aufgetragen, den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung abzustellen, der in der Anwendung ihres derzeit geltenden (vgl Bescheid der Telekom-Control-Kommission G 07/03-19 vom 21. 7. 2003) Tarifsystems besteht, soweit sich daraus ergibt, dass die günstigsten Möglichkeiten der Endkunden, die Anschlussleistung von der Antragsgegnerin zu beziehen, von Tarifmodellen geboten werden, die jeweils auch Verbindungsleistungen inkludieren, oder bei denen das um den Wert der mit dem Anschlussentgelt verbundenen Verbindungsleistungen/sonstigen Vergünstigungen bereinigte Anschlussentgelt unter dem von der Antragsgegnerin

angebotenen billigsten reinen Anschlussentgelt liegt, und 1. der Antragsgegnerin aufgetragen, den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung abzustellen, der in der Anwendung ihres derzeit geltenden vergleiche Bescheid der Telekom-Control-Kommission G 07/03-19 vom 21. 7. 2003) Tarifsystems besteht, soweit sich daraus ergibt, dass die günstigsten Möglichkeiten der Endkunden, die Anschlussleistung von der Antragsgegnerin zu beziehen, von Tarifmodellen geboten werden, die jeweils auch Verbindungsleistungen inkludieren, oder bei denen das um den Wert der mit dem Anschlussentgelt verbundenen Verbindungsleistungen/sonstigen Vergünstigungen bereinigte Anschlussentgelt unter dem von der Antragsgegnerin angebotenen billigsten reinen Anschlussentgelt liegt, und

2. über die Antragsgegnerin eine Geldbuße in Höhe von 500.000 EUR verhängt.

Über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus stellte es noch fest, die Antragsgegnerin habe das gegenständliche Tarifsystem mit dem Ziel entwickelt, CbC und CPS unattraktiv zu machen und die entsprechenden Kunden durch attraktive "TikTak-Angebote" und Kopplung ihrer Produkte zurückzugewinnen.

Rechtlich führte es aus, die Antragsgegnerin sei als Marktbeherrscherin auf dem Markt für Festnetzsprachtelefonie bereits gem § 37 iVm § 38 Abs 1 Z 1 TKG 1997 verpflichtet, ANB im Rahmen von CbC und CPS Zugang zu ihrem Netz zu gewähren. Die Genehmigung des beanstandeten Tarifsystems durch die Telekom-Control-Kommission sei nicht bindend für die Entscheidung des Kartellgerichtes. Aus der Marktabgrenzung gemäß der Empfehlung der Kommission vom 11. 2. 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors ergebe sich, dass separate relevante Märkte für den Anschluss selbst und für die über den Anschluss abgewickelten Verbindungen bestünden. Die Antragsgegnerin habe beim niedrigsten Grundtarif (TikTak-Tarife), also jenem Tarif, der auch insbesondere für ANB-Endkunden interessant sei, de facto die Entgelte für Anschlussleistung mit Entgelten für Verbindungsleistung verbunden. Dies diene der Förderung des Wettbewerbs der Antragsgegnerin auf dem Markt für Verbindungsleistungen über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Verbindungsleistungsmarkt). Die Endkunden könnten diesbezüglich zwischen den Leistungen der ANB und der Antragsgegnerin wählen. Der Verbindungsleistungsmarkt sei deshalb der hier sachlich relevante Markt. Örtlich relevanter Markt sei das gesamte Bundesgebiet. Der Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (der Anschlussmarkt) sei als vorgelagerter, benachbarter Markt anzusehen. Prüfkriterium sei somit, ob die Antragsgegnerin auf dem hier relevanten Verbindungsleistungsmarkt eine beherrschende Stellung besitze. Dies sei zu bejahen, weil sie auf dem (nationalen) Verbindungsleistungsmarkt jedenfalls einen Anteil von nicht unter 40 % habe.Rechtlich führte es aus, die Antragsgegnerin sei als Marktbeherrscherin auf dem Markt für Festnetzsprachtelefonie bereits gem Paragraph 37, in Verbindung mit Paragraph 38, Absatz eins, Ziffer eins, TKG 1997 verpflichtet, ANB im Rahmen von CbC und CPS Zugang zu ihrem Netz zu gewähren. Die Genehmigung des beanstandeten Tarifsystems durch die Telekom-Control-Kommission sei nicht bindend für die Entscheidung des Kartellgerichtes. Aus der Marktabgrenzung gemäß der Empfehlung der Kommission vom 11. 2. 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors ergebe sich, dass separate relevante Märkte für den Anschluss selbst und für die über den Anschluss abgewickelten Verbindungen bestünden. Die Antragsgegnerin habe beim niedrigsten Grundtarif (TikTak-Tarife), also jenem Tarif, der auch insbesondere für ANB-Endkunden interessant sei, de facto die Entgelte für Anschlussleistung mit Entgelten für Verbindungsleistung verbunden. Dies diene der Förderung des Wettbewerbs der Antragsgegnerin auf dem Markt für Verbindungsleistungen über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Verbindungsleistungsmarkt). Die Endkunden könnten diesbezüglich zwischen den Leistungen der ANB und der Antragsgegnerin wählen. Der Verbindungsleistungsmarkt sei deshalb der hier sachlich relevante Markt. Örtlich relevanter Markt sei das gesamte Bundesgebiet. Der Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (der Anschlussmarkt) sei als vorgelagerter, benachbarter Markt anzusehen. Prüfkriterium sei somit, ob die Antragsgegnerin auf dem hier relevanten Verbindungsleistungsmarkt eine beherrschende Stellung besitze. Dies sei zu bejahen, weil sie auf dem (nationalen) Verbindungsleistungsmarkt jedenfalls einen Anteil von nicht unter 40 % habe.

Zweck der Missbrauchsbestimmung des § 35 Abs 1 KartG sei es ganz allgemein, konkrete Verhaltensweisen im wirtschaftlichen Wettbewerb, die sich negativ auf den Markt auswirken könnten, zu unterbinden. Auslegungsmaßstab sei das Aufrechterhalten eines bestehenden Wettbewerbsniveaus, insbesondere die Verhinderung der Verstärkung einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung im betreffenden Markt durch die Verwendung von Mitteln, die von den Praktiken eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs abwichen. Der Wettbewerb auf dem Markt der Verbindungsleistungen sei durch die Anwesenheit der Antragsgegnerin bereits geschwächt. Diese verfüge auch auf dem vorgelagerten Markt (Anschlussleistungen) über eine marktbeherrschende Stellung. Ob das beanstandete Tarifsystem tatsächlich nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb der ANB habe, könne aufgrund

des Umstandes, dass zahlreiche andere Faktoren auf den Geschäftserfolg von CPS und CbC einwirkten, nicht konkret ermittelt werden. Möge auch seit Inkrafttreten des Tarifsystems CPS und CbC eine ungebremste Steigerung erfahren haben, bedürfe es zur Beurteilung eines Verhaltens dahingehend, ob es einen Missbrauch von marktbeherrschender Stellung darstelle, lediglich der Feststellung der Eignung dieses Verhaltens, negative Auswirkungen auf die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse zu entfalten. Dabei komme es allein auf das objektive Verhalten des Marktbeherrschers an; subjektive Unrechtselemente spielten keine Rolle. ANB-Endkunden wollten generell nur die Anschlussleistung der Antragsgegnerin in Anspruch nehmen, weil die Verbindungsleistung von den ANB bereitgestellt werde. Nunmehr würden sie durch den Umstand, dass die Antragsgegnerin bei ihren TikTak-Tarifen de facto in der Gebühr für die Anschlussleistung bestimmte Verbindungsleistungen einschließe, dazu bestimmt, auch die Verbindungsleistungen der Antragsgegnerin in Anspruch zu nehmen; dadurch sei ihre Entscheidungsfreiheit beschränkt. Die Endkunden wollten die in der Anschlussleistung enthaltenen Verbindungsleistungen verbrauchen, weil sie sie mit der Gebühr für die Anschlussleistung "mitgekauft" hätten. Jedenfalls de facto werde eine tarifmäßige Kopplung zwischen Anschluss- und Verbindungsleistung hergestellt. Der Endkunde, der sich grundsätzlich zum Vertragsabschluss mit einem ANB entschieden habe, sei aufgrund des faktischen Angewiesenseins auf die Anschlussleistung der Antragsgegnerin in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt. Schließlich werde aufgrund des Umstandes, dass die Endkunden die Anschlussleistung noch immer fast ausschließlich von der Antragsgegnerin bezögen, die Entbündelung derzeit als keine Alternative zum jetzigen System gesehen. Das beanstandete Verhalten sei somit geeignet, negative Auswirkungen auf die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse zu entfalten.Zweck der Missbrauchsbestimmung des Paragraph 35, Absatz eins, KartG sei es ganz allgemein, konkrete Verhaltensweisen im wirtschaftlichen Wettbewerb, die sich negativ auf den Markt auswirken könnten, zu unterbinden. Auslegungsmaßstab sei das Aufrechterhalten eines bestehenden Wettbewerbsniveaus, insbesondere die Verhinderung der Verstärkung einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung im betreffenden Markt durch die Verwendung von Mitteln, die von den Praktiken eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs abwichen. Der Wettbewerb auf dem Markt der Verbindungsleistungen sei durch die Anwesenheit der Antragsgegnerin bereits geschwächt. Diese verfüge auch auf dem vorgelagerten Markt (Anschlussleistungen) über eine marktbeherrschende Stellung. Ob das beanstandete Tarifsystem tatsächlich nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb der ANB habe, könne aufgrund des Umstandes, dass zahlreiche andere Faktoren auf den Geschäftserfolg von CPS und CbC einwirkten, nicht konkret ermittelt werden. Möge auch seit Inkrafttreten des Tarifsystems CPS und CbC eine ungebremste Steigerung erfahren haben, bedürfe es zur Beurteilung eines Verhaltens dahingehend, ob es einen Missbrauch von marktbeherrschender Stellung darstelle, lediglich der Feststellung der Eignung dieses Verhaltens, negative Auswirkungen auf die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse zu entfalten. Dabei komme es allein auf das objektive Verhalten des Marktbeherrschers an; subjektive Unrechtselemente spielten keine Rolle. ANB-Endkunden wollten generell nur die Anschlussleistung der Antragsgegnerin in Anspruch nehmen, weil die Verbindungsleistung von den ANB bereitgestellt werde. Nunmehr würden sie durch den Umstand, dass die Antragsgegnerin bei ihren TikTak-Tarifen de facto in der Gebühr für die Anschlussleistung bestimmte Verbindungsleistungen einschließe, dazu bestimmt, auch die Verbindungsleistungen der Antragsgegnerin in Anspruch zu nehmen; dadurch sei ihre Entscheidungsfreiheit beschränkt. Die Endkunden wollten die in der Anschlussleistung enthaltenen Verbindungsleistungen verbrauchen, weil sie sie mit der Gebühr für die Anschlussleistung "mitgekauft" hätten. Jedenfalls de facto werde eine tarifmäßige Kopplung zwischen Anschluss- und Verbindungsleistung hergestellt. Der Endkunde, der sich grundsätzlich zum Vertragsabschluss mit einem ANB entschieden habe, sei aufgrund des faktischen Angewiesenseins auf die Anschlussleistung der Antragsgegnerin in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt. Schließlich werde aufgrund des Umstandes, dass die Endkunden die Anschlussleistung noch immer fast ausschließlich von der Antragsgegnerin bezögen, die Entbündelung derzeit als keine Alternative zum jetzigen System gesehen. Das beanstandete Verhalten sei somit geeignet, negative Auswirkungen auf die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse zu entfalten.
Grundsätzlich könne es auch einem marktbeherrschenden Unternehmer nicht verboten sein, seine wirtschaftlichen Möglichkeiten zu nutzen und noch eine weitere Verbesserung seiner Wettbewerbsstellung anzustreben. Die Erlangung und Behauptung einer marktbeherrschenden Stellung sei für sich allein keine vom Gesetz verpönte Verhaltensweise. Bei der Prüfung, ob eine missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung vorliege, sei jedoch stets eine sorgfältige Abwägung der einander widerstreitenden Interessen vorzunehmen. Der marktbeherrschende Unternehmer müsse im besonderen Maße dazu gehalten sein, nur leistungsgerechte Mittel einzusetzen. Techniken, welche die Betätigungsmöglichkeiten dritter Unternehmer auf dem relevanten Markt einschränkten und keinen

Leistungswettbewerb darstellten, seien Behinderungsmissbrauch im Sinne von Art 82 EGV, wobei die idente normative Ausgangssituation dazu berechtige, die Erfahrungen zu Art 82 EGV bei der Auslegung des § 35 KartG verstärkt heranzuziehen.Grundsätzlich könne es auch einem marktbeherrschenden Unternehmer nicht verboten sein, seine wirtschaftlichen Möglichkeiten zu nutzen und noch eine weitere Verbesserung seiner Wettbewerbsstellung anzustreben. Die Erlangung und Behauptung einer marktbeherrschenden Stellung sei für sich allein keine vom Gesetz verpönte Verhaltensweise. Bei der Prüfung, ob eine missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung vorliege, sei jedoch stets eine sorgfältige Abwägung der einander widerstreitenden Interessen vorzunehmen. Der marktbeherrschende Unternehmer müsse im besonderen Maße dazu gehalten sein, nur leistungsgerechte Mittel einzusetzen. Techniken, welche die Betätigungsmöglichkeiten dritter Unternehmer auf dem relevanten Markt einschränkten und keinen Leistungswettbewerb darstellten, seien Behinderungsmissbrauch im Sinne von Artikel 82, EGV, wobei die idente normative Ausgangssituation dazu berechtige, die Erfahrungen zu Artikel 82, EGV bei der Auslegung des Paragraph 35, KartG verstärkt heranzuziehen.
Das beanstandete Verhalten sei kein unzulässiges Kopplungsgeschäft im Sinne von§ 35 Abs 1 Z 4 KartG. Voraussetzung für die Anwendung des Tatbestandes der missbräuchlichen Kopplung sei die Ausübung von Zwang oder Druck zur Abnahme des Zusatzprodukts. Schon das Inaussichtstellen erheblicher wirtschaftlicher Anreize zur Abnahme auch der Zusatzleistung werde bereits als hinreichend starker Zwang zur Abnahme des Zusatzprodukts gewertet. Im gegenständlichen Fall liege eine tarifmäßige Kopplung von Anschluss- und Verbindungsleistungen bzw vergünstigten Gesprächsentgelten vor, wobei das Grundentgelt dieser Tarife unter jenem des Standardtarifs liege, der lediglich die Anschlussleistung enthalte. Der erhebliche wirtschaftliche Anreiz zur Inanspruchnahme der in Kombination angebotenen Zusatzleistung sei aus Kundensicht gegeben, denn einerseits erhalte man als TikTak Kunde die Anschlussleistung, andererseits Begünstigungen im Hinblick auf die Verbindungsentgelte. Im Sinne einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtung und insbesondere im Hinblick auf eine meist länger (oft mehrere Jahre) andauernde Vertragsbeziehung zwischen Endkunden und Netzbetreiber sei von einem erheblichen wirtschaftlichen Anreiz auszugehen. Die preisliche Positionierung des Standardtarifs über den TikTak Tarifen und die Kopplung von Anschluss- und Verbindungsleistungen seien geeignet, den Wettbewerb auf dem Sektor Verbindungsleistungen spürbar zu beeinträchtigen, weil die ANB nicht in der Lage seien, vergleichbare Angebote auf dem Markt zu platzieren. Es könne einem (auch marktbeherrschenden) Unternehmen nicht schlechthin untersagt werden, verschiedene Produkte oder Dienste, die in sachlichem Zusammenhang stünden, in Kombination anzubieten; dies jedoch nur insofern, als es den Mitbewerbern möglich sei, Alternativangebote auf den Markt zu bringen. Eine transparente Tarifgestaltung sei für die Gewährleistung des funktionierenden Wettbewerbs unabdingbar, die preisliche Ausgestaltung der Kombinationstarife müsse auf sachlichen Kriterien basieren und in Relation zu den Tarifen mit reinen Anschlussleistungen stehen. Nicht die Kopplung von Anschlussleistung und Verbindungsleistung an sich sei missbräuchlich, sondern die konkrete Ausgestaltung der de facto vorgenommenen tarifmäßigen Kopplung der Verbindungsleistung mit der Anschlussleistung, auf welche die Kunden der ANB angewiesen seien. Die konkrete Ausgestaltung des gegenständlichen Tarifsystems könne nur jenen Zweck verfolgen, die Wettbewerber hinsichtlich ihres Angebotes im Rahmen des CPS und CbC zu behindern. Die Interessenabwägung habe daher zu Lasten der Antragsgegnerin auszufallen, zumal deren Tarifsystem im angefochtenen Punkt außer der Behinderung der ANB keinerlei darüber hinausgehende sonstigen Vorteile zu erkennen gebe. Der Sachverhalt sei allerdings nicht unter den Tatbestand des § 35 Abs 1 Z 4 KartG zu subsumieren, weil Anschlussleistung und Verbindungsleistung sachlich zueinander in Beziehung stünden, sondern unter die Generalklausel des § 35 Abs 1 KartG.Das beanstandete Verhalten sei kein unzulässiges Kopplungsgeschäft im Sinne von Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer 4, KartG. Voraussetzung für die Anwendung des Tatbestandes der missbräuchlichen Kopplung sei die Ausübung von Zwang oder Druck zur Abnahme des Zusatzprodukts. Schon das Inaussichtstellen erheblicher wirtschaftlicher Anreize zur Abnahme auch der Zusatzleistung werde bereits als hinreichend starker Zwang zur Abnahme des Zusatzprodukts gewertet. Im gegenständlichen Fall liege eine tarifmäßige Kopplung von Anschluss- und Verbindungsleistungen bzw vergünstigten Gesprächsentgelten vor, wobei das Grundentgelt dieser Tarife unter jenem des Standardtarifs liege, der lediglich die Anschlussleistung enthalte. Der erhebliche wirtschaftliche Anreiz zur Inanspruchnahme der in Kombination angebotenen Zusatzleistung sei aus Kundensicht gegeben, denn einerseits erhalte man als TikTak Kunde die Anschlussleistung, andererseits Begünstigungen im Hinblick auf die Verbindungsentgelte. Im Sinne einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtung und insbesondere im Hinblick auf eine meist länger (oft mehrere Jahre) andauernde Vertragsbeziehung zwischen Endkunden und Netzbetreiber sei von einem erheblichen wirtschaftlichen

Anreiz auszugehen. Die preisliche Positionierung des Standardtarifs über den TikTak Tarifen und die Kopplung von Anschluss- und Verbindungsleistungen seien geeignet, den Wettbewerb auf dem Sektor Verbindungsleistungen spürbar zu beeinträchtigen, weil die ANB nicht in der Lage seien, vergleichbare Angebote auf dem Markt zu platzieren. Es könne einem (auch marktbeherrschenden) Unternehmen nicht schlechthin untersagt werden, verschiedene Produkte oder Dienste, die in sachlichem Zusammenhang stünden, in Kombination anzubieten; dies jedoch nur insofern, als es den Mitbewerbern möglich sei, Alternativangebote auf den Markt zu bringen. Eine transparente Tarifgestaltung sei für die Gewährleistung des funktionierenden Wettbewerbs unabdingbar, die preisliche Ausgestaltung der Kombinationstarife müsse auf sachlichen Kriterien basieren und in Relation zu den Tarifen mit reinen Anschlussleistungen stehen. Nicht die Kopplung von Anschlussleistung und Verbindungsleistung an sich sei missbräuchlich, sondern die konkrete Ausgestaltung der de facto vorgenommenen tarifmäßigen Kopplung der Verbindungsleistung mit der Anschlussleistung, auf welche die Kunden der ANB angewiesen seien. Die konkrete Ausgestaltung des gegenständlichen Tarifsystems könne nur jenen Zweck verfolgen, die Wettbewerber hinsichtlich ihres Angebotes im Rahmen des CPS und CbC zu behindern. Die Interessenabwägung habe daher zu Lasten der Antragsgegnerin auszufallen, zumal deren Tarifsystem im angefochtenen Punkt außer der Behinderung der ANB keinerlei darüber hinausgehende sonstigen Vorteile zu erkennen gebe. Der Sachverhalt sei allerdings nicht unter den Tatbestand des Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer 4, KartG zu subsumieren, weil Anschlussleistung und Verbindungsleistung sachlich zueinander in Beziehung stünden, sondern unter die Generalklausel des Paragraph 35, Absatz eins, KartG.
Der Abstellungsauftrag sei in modifizierter Form zu erlassen gewesen, zumal die gewünschte Formulierung "soweit sich daraus ergibt ..." zu weit erscheine, weil es nicht um die Anwendung des Tarifsystems in ihrer Gesamtheit gehe, sondern ausschließlich um die näher bezeichneten Aspekte.
Da die Antragsgegnerin ihre marktbeherschende Stellung missbrauche, sei ihr gemäß § 142 Z 1 lit b KartG eine Geldbuße aufzuerlegen. Die Antragsgegnerin habe das gegenständliche Tarifsystem mit dem Ziel entwickelt, CbC und CPS unattraktiv zu machen und die entsprechenden Kunden dadurch attraktive "TikTak-Angebote" und Kopplung ihrer Produkte zurückzugewinnen, sodass vom Vorliegen eines Verschuldens auszugehen sei. Bei der Bemessung der Geldbuße sei als mildernd zu berücksichtigen, dass das Tarifsystem von der Regulierungsbehörde genehmigt worden sei. Als erschwerend falle ins GewichtDa die Antragsgegnerin ihre marktbeherschende Stellung missbrauche, sei ihr gemäß Paragraph 142, Ziffer eins, Litera b, KartG eine Geldbuße aufzuerlegen. Die Antragsgegnerin habe das gegenständliche Tarifsystem mit dem Ziel entwickelt, CbC und CPS unattraktiv zu machen und die entsprechenden Kunden dadurch attraktive "TikTak-Angebote" und Kopplung ihrer Produkte zurückzugewinnen, sodass vom Vorliegen eines Verschuldens auszugehen sei. Bei der Bemessung der Geldbuße sei als mildernd zu berücksichtigen, dass das Tarifsystem von der Regulierungsbehörde genehmigt worden sei. Als erschwerend falle ins Gewicht

- -Strichaufzählung
  die Setzung des Missbrauchsverhaltens auf einem wettbewerbsmäßig gering entwickelten Markt,
- -Strichaufzählung
  die wiederholte Rechtsverletzung, zumal ein einschlägiger Marktmissbrauch bereits gerichtlich untersagt worden sei ("Schnurlostelefon" - Fall),
- -Strichaufzählung
  der Umstand der großen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Antragsgegnerin und der große Einfluss, den sie auf den Markt ausübe. Bei entsprechender Berücksichtigung all dieser Umstände sei die Geldbuße in der verhängten Höhe angemessen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der Antragsgegnerin wegen unrichtiger und unvollständiger Feststellungen, Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung.
Die Antragstellerin hat eine Gegenäußerung erstattet. Der Bundeskartellanwalt hat sich am Rekursverfahren nicht beteiligt.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs der Antragsgegnerin ist teilweise berechtigt.

1. Zur Beweisrüge, die zulässig ist, weil die bekämpften Feststellungen nur auf Grund von Urkunden getroffen wurden (SZ 70/272; SZ 71/103 ua):

Zutreffend, weil mit dem Inhalt der vom Erstgericht hiezu herangezogenen Urkunden bzw mit dem bezogenen

Parteienvorbringen nicht vereinbar, rügt die Rekurswerberin Feststellungen im zweiten Absatz der Seite 11 des angefochtenen Beschlusses, die oben im Absatz 2 der Sachverhaltsdarstellung wiedergegeben wurden. Anstelle der bekämpften Feststellungen (Punkt II. A. 1. und 2. der Rekursschrift) wird auf Grund der Urkunde ./A und des unstrittigen Parteienvorbringens festgestellt:Zutreffend, weil mit dem Inhalt der vom Erstgericht hiezu herangezogenen Urkunden bzw mit dem bezogenen Parteienvorbringen nicht vereinbar, rügt die Rekurswerberin Feststellungen im zweiten Absatz der Seite 11 des angefochtenen Beschlusses, die oben im Absatz 2 der Sachverhaltsdarstellung wiedergegeben wurden. Anstelle der bekämpften Feststellungen (Punkt römisch II. A. 1. und 2. der Rekursschrift) wird auf Grund der Urkunde ./A und des unstrittigen Parteienvorbringens festgestellt:

Die Tarifänderung zum 21. 7. 2003 betraf die Einstellung des Minimumtarifs wegen Kostenunterdeckung. Jene Kunden, die bis dahin im Minimumtarif (Grundgebühr 14,38 EUR/Monat) telefonierten, wurden per 28. 9. 2003 in den - schon zuvor bestehenden - Standardtarif (Grundgebühr 17,44 EUR/Monat) umgestellt. Über das neue Tarifsystem (die Einstellung des Minimumtarifs) wurden die Kunden mittels Presseaussendung der Antragsgegnerin und Kundmachung in der Wiener Zeitung vom 28. 7. 2003 informiert. Sowohl im Minimumtarif als auch im Standardtarif deckten bzw decken die Grundgebühr nur die reine Anschlussleistung ab; sie enthielten bzw enthalten - wie alle Tarife der Antragsgegnerin - darüber hinaus das (unverbindliche) Angebot über die Bereitstellung von (gesondert abzurechnenden) Verbindungsleistungen. Zusatzleistungen neben der Anschlussleistung waren im Minimumtarif nicht enthalten und sind im Standardtarif nicht enthalten.

Unbedenklich sind hingegen die bekämpfte Feststellungen, das die "TikTak-Tarife zusätzlich zur Anschlussleistung de facto bestimmte Verbindungsleistungen inkludieren" und dass "der Tarif TikTak Privat bei einem Grundentgelt von 15,98 EUR 60 Freiminuten gewährt". Die Unbedenklichkeit ergibt sich aus den an die bekämpften anschließenden, diese erläuternden Feststellungen, die denn auch nicht gerügt werden.

Die weiters bekämpfte Feststellung, die Antragsgegnerin habe das gegenständliche Tarifsystem mit dem Ziel entwickelt, die CbC und CPS unattraktiv zu machen und die entsprechenden Kunden durch attraktive TikTak-Angebote und Kopplung ihrer Produkte zurückzugewinnen" ist im Zusammenhang mit der Abstellung des Missbrauchs nicht von Bedeutung. Auf die Rüge wird im Zusammenhang mit der Behandlung des Rekurses gegen die Geldbuße eingegangen werden.

2. Zur Rechtsrüge ist auf die Ausführungen in der jüngst ergangenen Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 11. 10. 2004, 16 Ok 11/04, zu verweisen, die eine inhaltlich gleiche Rechtsrüge der Rekurswerberin bei im Wesentlichen gleichem Sachverhalt ausführlich behandeln und für nicht berechtigt erachten. Der vorliegenden Rechtsrüge kommt nur insofern Berechtigung zu, als der Abstellungsauftrag zu weit gefasst wurde.

Die Ausführungen in der genannten Entscheidung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die Antragsgegnerin ist einziges marktbeherrschendes Unternehmen im Sinn des § 34 Abs 1 Z 1 KartG auf dem - hier örtlich allein relevanten inländischen - Markt für Anschlussleistungen (Marktanteil 95 %). Ein kausaler Zusammenhang zwischen marktbeherrschender Stellung und dem eingesetzten missbräuchlichen Verhalten ist nicht erforderlich, um den Tatbestand des § 35 KartG zu erfüllen. Mit dem von der Antragsgegnerin beherrschten Markt ist der Markt für Verbindungsleistungen so eng verbunden, dass Kunden, die Bedarfsträger des einen Markts sind, notwendig zugleich als potentielle Kunden auf dem anderen Markt in Frage kommen. Deshalb ist ein Verhalten der Antragsgegnerin, soweit es geeignet ist, sich auf dem Markt für Verbindungsleistungen auszuwirken, jedenfalls am Maßstab des § 35 KartG zu beurteilen, ohne dass es darauf ankäme, ob die Antragsgegnerin auch diesen Markt beherrscht. Da die ANB aus - im einzelnen dargelegten - Gründen im Regelfall nicht in der Lage sind, ein gleichwertiges kombiniertes Tarifsystem anzubieten wie die Marktbeherrscherin auf dem Anschlussmarkt, und das beanstandete Tarifsystem der wirtschaftlich überlegenen Antragsgegnerin - gleichbleibendes Konsumverhalten mangels gegenteiliger Anhaltspunkte unterstellt - wegen der von ihm ausgehenden beachtlichen wirtschaftlichen Anreize zum Verbrauch der Verbindungsgebühren im Netz der Antragsgegnerin geeignet ist, dem komplementären Markt für Verbindungsleistungen Nachfragepotential zu Lasten der dortigen Mitbewerber zu entziehen, liegt eine Tarifgestaltung vor, die negative Auswirkungen auf die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse befürchten lässt und die die Wettbewerbschancen der Mitbewerber erheblich beeinträchtigt. Die Tarifstruktur der Antragsgegnerin weicht auch von den Mitteln eines leistungsgerechten Dienstleistungswettbewerbs ab, weil zwei komplementäre Dienstleistungen mit unterschiedlichen Märkten vom beherrschenden Unternehmen des einen Markts als Paket angeboten werden,

wobei die preisgünstigsten Möglichkeiten für Kunden, die (quasimonopolistisch angebotene) Anschlussleistung von der Antragsgegnerin zu beziehen, in Tarifen besteht, die auch Verbindungsleistungen enthalten. Für die Mitbewerber wird so eine Beeinträchtigung auf dem Markt für Verbindungsleistungen bewirkt, die über die Existenz der den Markt für Anschlussleistungen beherrschenden Antragsgegnerin, deren Marktmacht und die damit verbundene wettbewerbsnormale Tätigkeit und Verdrängungswirkung hinausgeht. Der Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach der Generalklausel des § 35 KartG ist mit einem solchen Verhalten verwirklicht.Die Antragsgegnerin ist einziges marktbeherrschendes Unternehmen im Sinn des Paragraph 34, Absatz eins, Ziffer eins, KartG auf dem - hier örtlich allein relevanten inländischen - Markt für Anschlussleistungen (Marktanteil 95 %). Ein kausaler Zusammenhang zwischen marktbeherrschender Stellung und dem eingesetzten missbräuchlichen Verhalten ist nicht erforderlich, um den Tatbestand des Paragraph 35, KartG zu erfüllen. Mit dem von der Antragsgegnerin beherrschten Markt ist der Markt für Verbindungsleistungen so eng verbunden, dass Kunden, die Bedarfsträger des einen Markts sind, notwendig zugleich als potentielle Kunden auf dem anderen Markt in Frage kommen. Deshalb ist ein Verhalten der Antragsgegnerin, soweit es geeignet ist, sich auf dem Markt für Verbindungsleistungen auszuwirken, jedenfalls am Maßstab des Paragraph 35, KartG zu beurteilen, ohne dass es darauf ankäme, ob die Antragsgegnerin auch diesen Markt beherrscht. Da die ANB aus - im einzelnen dargelegten - Gründen im Regelfall nicht in der Lage sind, ein gleichwertiges kombiniertes Tarifsystem anzubieten wie die Marktbeherrscherin auf dem Anschlussmarkt, und das beanstandete Tarifsystem der wirtschaftlich überlegenen Antragsgegnerin - gleichbleibendes Konsumverhalten mangels gegenteiliger Anhaltspunkte unterstellt - wegen der von ihm ausgehenden beachtlichen wirtschaftlichen Anreize zum Verbrauch der Verbindungsgebühren im Netz der Antragsgegnerin geeignet ist, dem komplementären Markt für Verbindungsleistungen Nachfragepotential zu Lasten der dortigen Mitbewerber zu entziehen, liegt eine Tarifgestaltung vor, die negative Auswirkungen auf die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse befürchten lässt und die die Wettbewerbschancen der Mitbewerber erheblich beeinträchtigt. Die Tarifstruktur der Antragsgegnerin weicht auch von den Mitteln eines leistungsgerechten Dienstleistungswettbewerbs ab, weil zwei komplementäre Dienstleistungen mit unterschiedlichen Märkten vom beherrschenden Unternehmen des einen Markts als Paket angeboten werden, wobei die preisgünstigsten Möglichkeiten für Kunden, die (quasimonopolistisch angebotene) Anschlussleistung von der Antragsgegnerin zu beziehen, in Tarifen besteht, die auch Verbindungsleistungen enthalten. Für die Mitbewerber wird so eine Beeinträchtigung auf dem Markt für Verbindungsleistungen bewirkt, die über die Existenz der den Markt für Anschlussleistungen beherrschenden Antragsgegnerin, deren Marktmacht und die damit verbundene wettbewerbsnormale Tätigkeit und Verdrängungswirkung hinausgeht. Der Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach der Generalklausel des Paragraph 35, KartG ist mit einem solchen Verhalten verwirklicht.

Bei dieser Sachlage kommt es nicht weiter darauf an, ob bei den in den beanstandeten Tarifen enthaltenen Verbindungsgebühren eine Kampfpreisunterbietung, eine Quersubventionierung oder ein Verkauf unter dem Einstandspreis gegeben ist; die in diesem Zusammenhang gerügten Feststellungsmängel bedürfen daher keiner näheren Erörterung. Dass die Regulierungsbehörde die Tarife genehmigt hat, steht dem gerichtlichen Missbrauchsverfahren nicht entgegen (vgl § 2 Abs 4 TKG 2003); Verfahren vor der Regulierungsbehörde und kartellgerichtliche Verfahren lassen einander unberührt (vgl 16 Ok 11/03 = MR 2004, 143 - Schnurlostelefon mwN)Bei dieser Sachlage kommt es nicht weiter darauf an, ob bei den in den beanstandeten Tarifen enthaltenen Verbindungsgebühren eine Kampfpreisunterbietung, eine Quersubventionierung oder ein Verkauf unter dem Einstandspreis gegeben ist; die in diesem Zusammenhang gerügten Feststellungsmängel bedürfen daher keiner näheren Erörterung. Dass die Regulierungsbehörde die Tarife genehmigt hat, steht dem gerichtlichen Missbrauchsverfahren nicht entgegen vergleiche Paragraph 2, Absatz 4, TKG 2003); Verfahren vor der Regulierungsbehörde und kartellgerichtliche Verfahren lassen einander unberührt vergleiche 16 Ok 11/03 = MR 2004, 143 - Schnurlostelefon mwN).

Der Abstellungauftrag ist insofern zu weit, als er der Antragsgegnerin verbietet, als günstigste Möglichkeit zum Bezug der Anschlussleitung ein Tarifmodell vorzusehen, das auch Verbindungsleistungen inkludiert. Die Antragstellerin stellt denn in ihrer Gegenäußerung selbst klar, dass sie weder die TikTak Tarife als solche beanstandet noch behauptet, im Anbieten von Anschluss- und Verbindungsleistungen liege schon ein Missbrauch. Der Abstellungsantrag war wie aus dem Spruch ersichtlich abzuändern.

3. Zur Tatsachen- und zur Verfahrensrüge:

Der festgestellte Sachverhalt ist ausreichende Grundlage zur Beurteilung des als missbräuchlich beanstandeten Tarifsystems; die Tatsachenrüge erweist sich damit als unerheblich. Zur Verwirklichung des Tatbestands des § 35 KartG ist eine wettbewerbsschädliche Absicht des Marktbeherrschers nicht erforderlich; die objektive Eignung eines Verhaltens, den verpönten Erfolg herbeizuführen, genügt. Insofern kommt es auf die bekämpften Feststellungen zu den von der Antragsgegnerin mit dem Tarifsystem verfolgten Ziel nicht an. Die Gründe für die Marktbeherrschung auf dem Markt für Anschlussleistungen sind ebenso wie eine Beurteilung der Auswirkungen des Tarifsystems auf CbC und CPS für die Entscheidung ohne Bedeutung. Dass in Verfahren nach § 35 KartG, in denen auch Geldbußen verhängt werden können (§ 142 Z 1 lit b KartG), die Vorgaben des Art 6 MRK zu beachten sind, kann nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden. Ein faires Verfahren iSd Art 6 MRK verlangt aber vom Gericht keineswegs, sämtliche beantragten Beweise aufzunehmen, wie die Antragsgegnerin unrichtig unterstellt. Weil es - wie zuvor ausgeführt - auf eine Marktmacht der Antragsgegnerin auf dem Markt für Verbindungsleistungen nicht ankommt, hat das Kartellgericht Beweisanträge zu diesem Thema zu Recht abgewiesen. Welchen "wettbewerblichen Gehalt" das Tarifsystem der Antragsgegnerin hat und welche wettbewerblichen Auswirkungen von ihm ausgehen können, ist als Rechtsfrage einer Beweisaufnahme nicht zugänglich. Von den Fragen, warum die Möglichkeit zur Entbündelung von Anschlüssen nicht stärker in Anspruch genommen wird, nach welchen Kriterien die Regulierungsbehörde Tarife überprüft, und wie das Tarifsystem der Antragsgegnerin im Einzelnen nach Kostenstellen strukturiert ist, hängt die Entscheidung nicht ab; wenn das Kartellgericht abgelehnt hat, Zeugen zu diesen Themen zu vernehmen, begründet dies keinen Verfahrensmangel.Der festgestellte Sachverhalt ist ausreichende Grundlage zur Beurteilung des als missbräuchlich beanstandeten Tarifsystems; die Tatsachenrüge erweist sich damit als unerheblich. Zur Verwirklichung des Tatbestands des Paragraph 35, KartG ist eine wettbewerbsschädliche Absicht des Marktbeherrschers nicht erforderlich; die objektive Eignung eines Verhaltens, den verpönten Erfolg herbeizuführen, genügt. Insofern kommt es auf die bekämpften Feststellungen zu den von der Antragsgegnerin mit dem Tarifsystem verfolgten Ziel nicht an. Die Gründe für die Marktbeherrschung auf dem Markt für Anschlussleistungen sind ebenso wie eine Beurteilung der Auswirkungen des Tarifsystems auf CbC und CPS für die Entscheidung ohne Bedeutung. Dass in Verfahren nach Paragraph 35, KartG, in denen auch Geldbußen verhängt werden können (Paragraph 142, Ziffer eins, Litera b, KartG), die Vorgaben des Artikel 6, MRK zu beachten sind, kann nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden. Ein faires Verfahren iSd Artikel 6, MRK verlangt aber vom Gericht keineswegs, sämtliche beantragten Beweise aufzunehmen, wie die Antragsgegnerin unrichtig unterstellt. Weil es - wie zuvor ausgeführt - auf eine Marktmacht der Antragsgegnerin auf dem Markt für Verbindungsleistungen nicht ankommt, hat das Kartellgericht Beweisanträge zu diesem Thema zu Recht abgewiesen. Welchen "wettbewerblichen Gehalt" das Tarifsystem der Antragsgegnerin hat und welche wettbewerblichen Auswirkungen von ihm ausgehen können, ist als Rechtsfrage einer Beweisaufnahme nicht zugänglich. Von den Fragen, warum die Möglichkeit zur Entbündelung von Anschlüssen nicht stärker in Anspruch genommen wird, nach welchen Kriterien die Regulierungsbehörde Tarife überprüft, und wie das Tarifsystem der Antragsgegnerin im Einzelnen nach Kostenstellen strukturiert ist, hängt die Entscheidung nicht ab; wenn das Kartellgericht abgelehnt hat, Zeugen zu diesen Themen zu vernehmen, begründet dies keinen Verfahrensmangel.

4. Zum Rekurs gegen die Verhängung einer Geldbuße:

Die Rekurswerberin macht geltend:

Sollte der Oberste Gerichtshof der Rechtsauffassung sein, dass die gesetzliche zumessungsrechtliche Ausgestaltung der kartellrechtlichen Geldbußen indeterminiert sei, so wäre ein entsprechender Aufhebungsantrag an den Verfassungsgerichtshof zu stellen. Dieser Antrag ließe sich auch unter

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