jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 2004/10/11 16Ok11/04

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 11.10.2004

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 Mag. Johanna Ettl in der Kartellrechtssache der Antragstellerinnen 1. e***** AG, *****, 2. T***** GmbH, *****, 3. U***** AG, *****, 4. C***** GmbH, *****, alle vertreten durch Dr. Karin Wessely, Rechtsanwältin in Wien, wider die Antragsgegnerin T***** Aktiengesellschaft, *****, vertreten durch Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und Veröffentlichung, über die Rekurse der Antragstellerinnen und der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 18. März 2003, GZ 29 Kt 51/04-13, den Beschluss

gefasst:

Spruch

1. 1.Ziffer eins
   Dem Rekurs der Antragsgegnerin wird nicht Folge gegeben.
2. 2.Ziffer 2
   Dem Rekurs der Antragstellerinnen wird teilweise Folge gegeben. Die angefochtene Entscheidung, die im Übrigen bestätigt wird, wird in ihrem Abstellungsauftrag (Punkt I.1. des Spruchs) dahin abgeändert, dass dieser nunmehr zu lauten hat:Dem Rekurs der Antragstellerinnen wird teilweise Folge gegeben. Die angefochtene Entscheidung, die im Übrigen bestätigt wird, wird in ihrem Abstellungsauftrag (Punkt römisch eins.1. des Spruchs) dahin abgeändert, dass dieser nunmehr zu lauten hat:
   "Der Antragsgegnerin wird aufgetragen, den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung abzustellen, der darin besteht, als billigsten Tarif für die Anschlussleistung (billigsten "Grundgebührtarif") einen Tarif anzubieten, anzuwenden oder zu gewähren, bei dessen Inanspruchnahme dem Kunden auch Verbindungsleistungen ohne weiteres Entgelt ("Freiminuten") oder ein entgeltfrei eingerichtetes "Auslandspaket" oder ein entgeltfrei eingerichteter "Best Friend-Rabatt" zugestanden werden; sowie generell Tarife für die Anschlussleistung ("Grundgebührtarife") anzubieten, anzuwenden oder zu gewähren, bei deren Inanspruchnahme dem Kunden auch Verbindungsleistungen ohne weiteres Entgelt ("Freiminuten") oder ein entgeltfrei eingerichtetes "Auslandspaket" oder ein entgeltfrei eingerichteter "Best Friend-Rabatt" zugestanden werden, sofern diese Grundgebührtarife - bereinigt um den Wert dieser mit dem Grundgebührtarif verbundenen Verbindungsleistungen bzw. Vergünstigungen bei Verbindungsleistungen - unter dem von der Antragsgegnerin angebotenen billigsten reinen Grundgebührtarif (mit dem also keine derartigen Verbindungsleistungen/Vergünstigungen bei Verbindungsleistungen verbunden sind) liegen."

Text

Begründung:

Folgender Sachverhalt ist unstrittig:

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. Dieses Tarifsystem hat - grafisch dargestellt - folgende Struktur:

Die Tarifänderung zum 21. 7. 2003 betraf die Einstellung des Minimumtarifs wegen Kostenunterdeckung. Jene Kunden, die bis dahin im Minimumtarif (14,38 EUR/Monat) telefonierten, wurden per 28. 9. 2003 in den - schon zuvor bestehenden - Standardtarif (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 Minimumtarif als auch Standardtarif deckten bzw. decken 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. Als billigste Möglichkeit, die Anschlussleistung von der Antragsgegnerin zu beziehen, bestehen die - auch schon bisher verfügbaren - TikTak-Tarife, die neben der Anschlussleistung die Inanspruchnahme bestimmter Zusatzleistungen ermöglichen. 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. Zieht man das maximale aliquote Entgelt für die Freiminuten von der Grundgebühr ab, ergibt sich eine solche von 14,18 EUR. Bei diesem Tarif kann der Kunde einen Inlandsteilnehmer ("Best Friend") angeben, der rund um die Uhr um 0,02 EUR/Minute (das entspricht dem Normaltarif für Abend und Wochenende; der normale Tagestarif beträgt 0,067 EUR/Minute) angerufen werden kann. 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. Bei wertmäßigem Abzug des Auslandspakets errechnet sich eine Grundgebühr von 14,39 EUR. Bei TikTak Family sind zwei Telefonanschlüsse im Paket-Preis für das Grundentgelt von 21 EUR enthalten. Das Verbindungsentgelt von TikTak Family beinhaltet ebenfalls 60 entgeltfreie Gesprächsminuten pro Monat von jedem Anschluss ins österreichische Festnetz in der Freizeit. Zieht man das maximale aliquote Entgelt für die Freiminuten von der Grundgebühr ab, ergibt sich eine solche von 8,70 EUR pro Anschluss.

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 U*****. Auf dem Verbindungsleistungsmarkt hat die Antragsgegnerin einen Gesamtmarktanteil in Sprachminuten per 12/2002 und per 12/2003 von jeweils 53,9 %. Dieser Marktanteil ist nicht getrennt nach regionalen, internationalen und Österreichzonen, aber auch nicht nach Geschäftskunden und Privatkunden. 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 %. Dies wirkt sich auf alle Anbieter von Festnetzsprachtelefonie aus. Die ANB haben durch die Abschaffung des Minimumtarifs der Antragsgegnerin Kunden verloren. 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 2 x 10 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 Antragstellerinnen sind alternative Telekommunikationsnetzbetreiber. Sie stellten folgende Anträge:

1. Das Kartellgericht möge der Antragsgegnerin auftragen, den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung abzustellen, indem es die Antragsgegnerin verpflichtet,

a) als billigsten Tarif für die Anschlussleistung (billigsten "Grundgebührtarif") einen Tarif anzubieten, anzuwenden oder zu gewähren, der rein die Anschlussleistung ohne zusätzliche Verbindungsleistungen enthält und - bereinigt um den Wert der bei TikTak Privat bzw TikTak International inkludierten Verbindungsleistungen - unter den Tarifen TikTak Privat bzw TikTak International liegt (bzw als billigsten Tarif für die Anschlussleistung einen Tarif anzubieten, anzuwenden oder zu gewähren, der rein die Anschlussleistung ohne zusätzliche Verbindungsleistung enthält und - bereinigt um den Wert inkludierter Verbindungsleistungen - unter anderen allenfalls sonstigen bzw. künftig von der Antragsgegnerin entwickelten derartigen Tarifmodellen, die sowohl Anschluss- als auch Verbindungsleistungen beinhalten, liegt);

b) es zu unterlassen, Kunden in bestimmten Tarifoptionen, insbesondere in den Tarifoptionen TikTak Privat, TikTak Weekend, TikTak International und TikTak Family, oder auf andere Weise die bloße Bereitstellung eines Telefonanschlusses zu einem geringeren Entgelt anzubieten, wenn diese auch bereit sind, inkludierte Verbindungsleistungen der Antragsgegnerin mitzukaufen;

c) es zu unterlassen, jene Kunden, die auch inkludierte Verbindungsleistungen bei ihr mitkaufen, gegenüber Kunden, die das nicht tun, hinsichtlich des Grundentgelts insbesondere in den Tarifoptionen TikTak Privat, TikTak Weekend, TikTak International und TikTak Family zu bevorzugen;

d) es zu unterlassen, in bestimmten Tarifoptionen, insbesondere in den Tarifoptionen TikTak Privat, TikTak Weekend, TikTak International und TikTak Family, oder auf andere Weise die Anschlussleistung zu Grundentgelten, die unter den durchschnittlichen Kosten liegen, anzubieten;

e) bei der zuständigen Regulierungsbehörde diesen Aufträgen entsprechende Entgeltgenehmigungsanträge zu stellen (sofern und solange eine entsprechende Genehmigungspflicht besteht);

2. Kunden, die mit 28. 9. 2003 automatisch vom Minimumtarif in den Standardtarif umgestellt wurden, binnen 14 Tagen nach Rechtskraft der Entscheidung in diesem Verfahren kostenlos in den gemäß Punkt 1. zu schaffenden billigsten Grundgebührtarif umzustellen und innerhalb der genannten Frist auf mit den Antragstellerinnen einvernehmlich zu gestaltende und geeignete Weise über diese Umstellung und deren Grund zu informieren;

3. Kunden, die mit 28. 9. 2003 automatisch vom Minimumtarif in den Standardtarif umgestellt wurden, und seit 28. 7. 2003 (Presseaussendung der Antragsgegnerin, mit der das neue Tarifgefüge bekannt gegeben wurde) auf einen TikTak-Tarif umgestiegen sind, binnen 14 Tagen nach Rechtskraft der Entscheidung in diesem Verfahren eine mit den Antragstellerinnen einvernehmlich zu gestaltende Kundeninformation zuzusenden, mit der sie über die Möglichkeit

zum kostenlosen Umstieg (unter Ausschluss von Kündigungsfristen oder Mindestvertragslaufzeiten) auf den gemäß Punkt 1. zu schaffenden billigsten Grundgebührtarif und den Grund für dessen Einführung informiert werden;

in eventu, der Antragsgegnerin auf eine als geeignet angesehene Weise auftragen, den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Beantragt wird weiters die Ermächtigung zur Veröffentlichung der Entscheidung in zehn namentlich angeführten Tageszeitungen und einer Wochenzeitschrift je auf einer ganzen Seite sowie im Internet auf der Website der Antragsgegnerin für 30 Tage in einem pop-up-Fenster.

Die Antragstellerinnen brachten dazu vor, sie seien mit einem gemeinsamen Marktanteil von rund 75 % am alternativen Festnetz-Sprachtelefoniemarkt die bedeutendsten Wettbewerber der Antragsgegnerin. Sie erbrächten einen wesentlichen Teil ihrer Festnetz-Sprachtelefondienste im Carrier-Selection-Verfahren. Der Endkunde beziehe dabei den Telefonanschluss weiterhin gegen Entgelt von der Antragsgegnerin; für die Gesprächsverbindungen wähle er vor dem Gespräch einen vierstelligen Auswahlcode, wodurch die Verbindungen von diesem Anschluss im Wege der Zusammenschaltung an das Netz des betreffenden alternativen Anbieters weitergegeben, in dessen Netz abgewickelt und direkt zwischen dem alternativen Anbieter und dem Endkunden abgerechnet werde. Der Großteil der Kunden der Antragstellerinnen nütze die Möglichkeit der dauerhaften Betreibervorauswahl (Carrier Preselection). Durch die Auflassung des Minimumtarifs der Antragsgegnerin seien nunmehr die Tarife mit der billigsten Grundgebühr solche mit inkludierten Verbindungsleistungen. Dies habe dazu geführt, dass sich die gesamten Telefoniekosten der Kunden der ANB erhöht hätten und deren Angebot unattraktiv geworden sei, während die Bündelangebote der Antragsgegnerin an Attraktivität gewonnen hätten, weil sie unter dem Standardtarif lägen. Um die billigste Grundentgeltstufe nutzen zu können, seien die Kunden der ANB somit gezwungen, in die günstigeren TikTak Tarife umzusteigen und damit die Bündelangebote der Antragsgegnerin (mit Anschlussleistung und Verbindungsleistungen) zu bestellen. Damit nehme die Antragsgegnerin den Endkunden de facto die Möglichkeit, für ihre Gespräche den von ihnen bevorzugten Anbieter frei wählen zu können. Das neue Tarifsystem der Antragsgegnerin werde zu Kundenverlusten und massiven und unabsehbaren Umsatzeinbrüchen bei den ANB führen, zumal die Tarifgestaltung der Antragsgegnerin einen Anreiz für die Kunden biete, gleich ihren gesamten Verbindungsbedarf über die Antragsgegnerin abzuwickeln. Dieser Anreiz werde mit leistungsfremden Mitteln bewirkt. Diese Wettbewerbsverzerrung sei von der Antragsgegnerin auch bezweckt. Ihr Verhalten verstoße gegen § 35 KartG und Art 82 EGV. Die Genehmigung der Tarife durch die Regulierungsbehörde lasse die Zuständigkeit des Kartellgerichts unberührt; wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte seien im regulatorischen Genehmigungsverfahren ausgeklammert geblieben. Aus der Marktabgrenzung gemäß einer Empfehlung der Europäischen Kommission ergebe sich, dass separate relevante Märkte für den Anschluss selbst, also den Zugang zum Telefonnetz, und für die über den Anschluss abgewickelten Verbindungen bestünden. Die TA verfüge hinsichtlich der Telefonanschlüsse über einen Marktanteil von über 95 %. Auch auf den Märkten für Verbindungsleistungen sei die Marktbeherrschung gegeben. Die Anwendung des neuen Tarifs stelle unter mehreren Gesichtspunkten einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar. Zunächst liege eine unzulässige Koppelung der billigsten Anschlussleistung mit der Verbindungsleistung vor. Weiters handle es sich um einen Behinderungsmissbrauch und um Diskriminierung: Die Antragsgegnerin bevorzuge hinsichtlich des Grundentgelts Kunden, die auch Verbindungsleistungen bei ihr beziehen, gegenüber den übrigen Kunden. Schließlich handle es sich auch um einen Verkauf unter dem Einstandspreis bzw um eine Kampfpreisunterbietung und damit um einen Verstoß gegen Art 82 EGV. Zum Veröffentlichungsbegehren führen die Antragstellerinnen aus, dass von den wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen der Antragsgegnerin nahezu alle Telefonkunden in Österreich betroffen seien. Es sei somit eine Veröffentlichung geboten, die alle diese Personen erreichen könne, nämlich in den Zeitungen Standard, Kurier, Die Presse, Kronen Zeitung, Wirtschaftsblatt, Kleine Zeitung, Salzburger Nachrichten, Oberösterreichische Nachrichten, Tiroler Tageszeitung, Vorarlberger Nachrichten, und in der Wochenzeitschrift News, jeweils im Format einer ganzen Seite. Da die Antragsgegnerin auf ihrer Website ihr derzeitiges wettbewerbswidriges Tarifschema ausführlich darstelle und bewerbe, sei eine Veröffentlichung auch dort geboten. Die Antragsgegnerin beantragte, die Anträge abzuweisen. Die Einstellung des Minimumtarifs zugunsten des ebenfalls nur die Anschlussleistung enthaltenden Standardtarifs sei aus telekommunikationsrechtlichen Gründen erfolgt, weil die notwendige Kostendeckung des Minimumtarifs nicht mehr gegeben gewesen sei. 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 Koppelung (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. Das Veröffentlichungsbegehren sei im Hinblick auf das bestehende, behördlich genehmigte Tarifsystem der Antragsgegnerin völlig überzogen.Die Antragstellerinnen brachten dazu vor, sie seien mit einem gemeinsamen Marktanteil von rund 75 % am alternativen Festnetz-Sprachtelefoniemarkt die bedeutendsten Wettbewerber der Antragsgegnerin. Sie erbrächten einen wesentlichen Teil ihrer Festnetz-Sprachtelefondienste im Carrier-Selection-Verfahren. Der Endkunde beziehe dabei den Telefonanschluss weiterhin gegen Entgelt von der Antragsgegnerin; für die Gesprächsverbindungen wähle er vor dem Gespräch einen vierstelligen Auswahlcode, wodurch die Verbindungen von diesem Anschluss im Wege der Zusammenschaltung an das Netz des betreffenden alternativen Anbieters weitergegeben, in dessen Netz abgewickelt und direkt zwischen dem alternativen Anbieter und dem Endkunden abgerechnet werde. Der Großteil der Kunden der Antragstellerinnen nütze die Möglichkeit der dauerhaften Betreibervorauswahl (Carrier Preselection). Durch die Auflassung des Minimumtarifs der Antragsgegnerin seien nunmehr die Tarife mit der billigsten Grundgebühr solche mit inkludierten Verbindungsleistungen. Dies habe dazu geführt, dass sich die gesamten Telefoniekosten der Kunden der ANB erhöht hätten und deren Angebot unattraktiv geworden sei, während die Bündelangebote der Antragsgegnerin an Attraktivität gewonnen hätten, weil sie unter dem Standardtarif lägen. Um die billigste Grundentgeltstufe nutzen zu können, seien die Kunden der ANB somit gezwungen, in die günstigeren TikTak Tarife umzusteigen und damit die Bündelangebote der Antragsgegnerin (mit Anschlussleistung und Verbindungsleistungen) zu bestellen. Damit nehme die Antragsgegnerin den Endkunden de facto die Möglichkeit, für ihre Gespräche den von ihnen bevorzugten Anbieter frei wählen zu können. Das neue Tarifsystem der Antragsgegnerin werde zu Kundenverlusten und massiven und unabsehbaren Umsatzeinbrüchen bei den ANB führen, zumal die Tarifgestaltung der Antragsgegnerin einen Anreiz für die Kunden biete, gleich ihren gesamten Verbindungsbedarf über die Antragsgegnerin abzuwickeln. Dieser Anreiz werde mit leistungsfremden Mitteln bewirkt. Diese Wettbewerbsverzerrung sei von der Antragsgegnerin auch bezweckt. Ihr Verhalten verstoße gegen Paragraph 35, KartG und Artikel 82, EGV. Die Genehmigung der Tarife durch die Regulierungsbehörde lasse die Zuständigkeit des Kartellgerichts unberührt; wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte seien im regulatorischen Genehmigungsverfahren ausgeklammert geblieben. Aus der Marktabgrenzung gemäß einer Empfehlung der

Europäischen Kommission ergebe sich, dass separate relevante Märkte für den Anschluss selbst, also den Zugang zum Telefonnetz, und für die über den Anschluss abgewickelten Verbindungen bestünden. Die TA verfüge hinsichtlich der Telefonanschlüsse über einen Marktanteil von über 95 %. Auch auf den Märkten für Verbindungsleistungen sei die Marktbeherrschung gegeben. Die Anwendung des neuen Tarifs stelle unter mehreren Gesichtspunkten einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar. Zunächst liege eine unzulässige Koppelung der billigsten Anschlussleistung mit der Verbindungsleistung vor. Weiters handle es sich um einen Behinderungsmissbrauch und um Diskriminierung: Die Antragsgegnerin bevorzuge hinsichtlich des Grundentgelts Kunden, die auch Verbindungsleistungen bei ihr beziehen, gegenüber den übrigen Kunden. Schließlich handle es sich auch um einen Verkauf unter dem Einstandspreis bzw um eine Kampfpreisunterbietung und damit um einen Verstoß gegen Artikel 82, EGV. Zum Veröffentlichungsbegehren führen die Antragstellerinnen aus, dass von den wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen der Antragsgegnerin nahezu alle Telefonkunden in Österreich betroffen seien. Es sei somit eine Veröffentlichung geboten, die alle diese Personen erreichen könne, nämlich in den Zeitungen Standard, Kurier, Die Presse, Kronen Zeitung, Wirtschaftsblatt, Kleine Zeitung, Salzburger Nachrichten, Oberösterreichische Nachrichten, Tiroler Tageszeitung, Vorarlberger Nachrichten, und in der Wochenzeitschrift News, jeweils im Format einer ganzen Seite. Da die Antragsgegnerin auf ihrer Website ihr derzeitiges wettbewerbswidriges Tarifschema ausführlich darstelle und bewerbe, sei eine Veröffentlichung auch dort geboten. Die Antragsgegnerin beantragte, die Anträge abzuweisen. Die Einstellung des Minimumtarifs zugunsten des ebenfalls nur die Anschlussleistung enthaltenden Standardtarifs sei aus telekommunikationsrechtlichen Gründen erfolgt, weil die notwendige Kostendeckung des Minimumtarifs nicht mehr gegeben gewesen sei. 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 Koppelung (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. Das Veröffentlichungsbegehren sei im Hinblick auf das bestehende, behördlich genehmigte Tarifsystem der Antragsgegnerin völlig überzogen.

Die Bundeswettbewerbsbehörde hat sich dem Vorbringen der Antragstellerinnen - unter Verweis auf den gleichen Sachverhalt zu 29 Kt 8, 9/04 - im Wesentlichen angeschlossen. Auch der Bundeskartellanwalt hat sich am Verfahren beteiligt, aber keine Stellungnahme abgegeben.

Das Erstgericht fasste folgenden Beschluss:

"I.1. Der Antragsgegnerin wird aufgetragen, den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung abzustellen, der darin besteht, als billigsten Tarif für die Anschlussleistung (billigsten "Grundgebührtarif") einen Tarif anzubieten, anzuwenden oder zu gewähren, bei dessen Inanspruchnahme dem Kunden auch Verbindungsleistungen ohne weiteres Entgelt ("Freiminuten") oder ein entgeltfrei eingerichtetes "Auslandspaket" zugestanden werden; sowie generell Tarife für die Anschlussleistung ("Grundgebührtarife") anzubieten, anzuwenden oder zu gewähren, bei deren Inanspruchnahme dem Kunden auch Verbindungsleistungen ohne weiteres Entgelt ("Freiminuten") oder ein entgeltfrei eingerichtetes "Auslandspaket" zugestanden werden, sofern diese Grundgebührtarife - bereinigt um den Wert dieser mit dem Grundgebührtarif verbundenen Verbindungsleistungen bzw. Vergünstigungen bei Verbindungsleistungen - unter dem von der Antragsgegnerin angebotenen billigsten reinen Grundgebührtarif (mit dem also keine derartigen Verbindungsleistungen/Vergünstigungen bei Verbindungsleistungen verbunden sind) liegen.

2. Die Antragstellerinnen werden ermächtigt, Punkt I.1. dieser Entscheidung binnen sechs Monaten nach deren Rechtskraft mit Fettdruckumrandung, Fettdrucküberschrift sowie mit gesperrt und fettgedruckten Namen der Verfahrensparteien auf Kosten der Antragsgegnerin jeweils im redaktionellen Teil einer Wochenendausgabe der Tageszeitungen "Die Presse" und "Kronen Zeitung" im Format einer halben Seite veröffentlichen zu lassen.2. Die Antragstellerinnen werden ermächtigt, Punkt römisch eins.1. dieser Entscheidung binnen sechs Monaten nach deren Rechtskraft mit Fettdruckumrandung, Fettdrucküberschrift sowie mit gesperrt und fettgedruckten Namen der Verfahrensparteien auf Kosten der Antragsgegnerin jeweils im redaktionellen Teil einer Wochenendausgabe der Tageszeitungen "Die Presse" und "Kronen Zeitung" im Format einer halben Seite veröffentlichen zu lassen.

3. Die Antragstellerinnen werden weiters ermächtigt, Punkt I.1. dieser Entscheidung binnen sechs Monaten nach deren Rechtskraft auf Kosten der Antragsgegnerin für die Dauer von 30 Tagen auf der Website der Antragsgegnerin mit der Internetadresse www.telekom.at oder, sollte die Antragsgegnerin ihre Internetadresse ändern, auf der Website mit der an Stelle der Internetadresse www.telekom.at verwendeten Internetadresse, zu veröffentlichen, und zwar mit den üblichen graphischen Hervorhebungen, fettgedruckten Namen der Prozessparteien, Fettdruckumrandung, im Übrigen mit Schriftbild, Schriftgröße und Zeilenabständen, wie auf der Website der Antragsgegnerin üblich, wobei die Veröffentlichung in einem Fenster in der Größe der Hälfte der Bildschirmoberfläche zu erfolgen hat, das sich bei Aufrufen jener Seite öffnet (Pop-up-Fenster), von der die Entgeltbedingungen der Antragsgegnerin abrufbar sind.3. Die Antragstellerinnen werden weiters ermächtigt, Punkt römisch eins.1. dieser Entscheidung binnen sechs Monaten nach deren Rechtskraft auf Kosten der Antragsgegnerin für die Dauer von 30 Tagen auf der Website der Antragsgegnerin mit der Internetadresse www.telekom.at oder, sollte die Antragsgegnerin ihre Internetadresse ändern, auf der Website mit der an Stelle der Internetadresse www.telekom.at verwendeten Internetadresse, zu veröffentlichen, und zwar mit den üblichen graphischen Hervorhebungen, fettgedruckten Namen der Prozessparteien, Fettdruckumrandung, im Übrigen mit Schriftbild, Schriftgröße und Zeilenabständen, wie auf der Website der Antragsgegnerin üblich, wobei die Veröffentlichung in einem Fenster in der Größe der Hälfte der Bildschirmoberfläche zu erfolgen hat, das sich bei Aufrufen jener Seite öffnet (Pop-up-Fenster), von der die Entgeltbedingungen der Antragsgegnerin abrufbar sind.

II. Die weiteren Anträge der Antragstellerinnen, das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht möge der Antragsgegnerin auftragen,römisch II. Die weiteren Anträge der Antragstellerinnen, das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht möge der Antragsgegnerin auftragen,

1. bei der zuständigen Regulierungsbehörde unverzüglich diesen Aufträgen entsprechende Entgeltgenehmigungsanträge zu stellen (sofern und solange eine entsprechende Genehmigungspflicht besteht);

2. Kunden, die mit 28. 9. 2003 automatisch vom Minimumtarif in den Standardtarif umgestellt wurden, binnen 14 Tagen nach Rechtskraft der Entscheidung in diesem Verfahren kostenlos in den gemäß Punkt I.1. zu schaffenden billigsten Grundgebührtarif umzustellen, sofern dieser billiger ist als der derzeitige Standardtarif, und innerhalb der genannten Frist auf mit den Antragstellerinnen einvernehmlich zu gestaltende und geeignete Weise über diese Umstellung und deren Grund zu informieren;2. Kunden, die mit 28. 9. 2003 automatisch vom Minimumtarif in den Standardtarif umgestellt wurden, binnen 14 Tagen nach Rechtskraft der Entscheidung in diesem Verfahren kostenlos

in den gemäß Punkt römisch eins.1. zu schaffenden billigsten Grundgebührtarif umzustellen, sofern dieser billiger ist als der derzeitige Standardtarif, und innerhalb der genannten Frist auf mit den Antragstellerinnen einvernehmlich zu gestaltende und geeignete Weise über diese Umstellung und deren Grund zu informieren;

3. Kunden, die mit 28. 9. 2003 automatisch vom Minimumtarif in den Standardtarif umgestellt wurden, und seit 28. 7. 2003 (Presseaussendung der Antragsgegnerin, mit der das neue Tarifgefüge bekannt gegeben wurde) auf einen TikTak-Tarif umgestiegen sind, binnen 14 Tagen nach Rechtskraft der Entscheidung in diesem Verfahren eine mit den Antragstellerinnen einvernehmlich zu gestaltende Kundeninformation zuzusenden, mit der sie über die Möglichkeit zum kostenlosen Umstieg (unter Ausschluss von Kündigungsfristen oder Mindestvertragslaufzeiten) auf den gemäß Punkt I.1. zu schaffenden billigsten Grundgebührtarif und den Grund für dessen Einführung informiert werden; werden abgewiesen."3. Kunden, die mit 28. 9. 2003 automatisch vom Minimumtarif in den Standardtarif umgestellt wurden, und seit 28. 7. 2003 (Presseaussendung der Antragsgegnerin, mit der das neue Tarifgefüge bekannt gegeben wurde) auf einen TikTak-Tarif umgestiegen sind, binnen 14 Tagen nach Rechtskraft der Entscheidung in diesem Verfahren eine mit den Antragstellerinnen einvernehmlich zu gestaltende Kundeninformation zuzusenden, mit der sie über die Möglichkeit zum kostenlosen Umstieg (unter Ausschluss von Kündigungsfristen oder Mindestvertragslaufzeiten) auf den gemäß Punkt römisch eins.1. zu schaffenden billigsten Grundgebührtarif und den Grund für dessen Einführung informiert werden; werden abgewiesen."

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.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 verfügt 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 Koppelung 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 verfügt 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 Koppelung 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.

Auch der missbräuchliche Verkauf von Dienstleistungen unter dem Einstandspreis falle unter die Generalklausel des § 35 Abs 1 KartG. Aus der unstrittigen Tatsache, dass der ursprüngliche Minimumtarif, der nur die reine Anschlussleistung enthielt, nicht mehr kostendeckend habe betrieben werden können und daher der nunmehr offenbar kostendeckende Standardtarif eingeführt worden sei, müsse man schließen, dass die preislich darunter liegenden TikTak Tarife, die (neben Begünstigungen im Bereich der Verbindungsleistungen) ebenfalls die Anschlussleistung beinhalteten, ebenfalls nicht kostendeckend seien, zumal sämtliche Tarifmodelle im selben Netz operierten. Rechne man den maximalen Wert der enthaltenen Freiminuten etwa im TikTak Privat Tarif von 1,80 EUR (60 min x 0,03) aus dem Grundentgelt heraus, so gelangt man zu einem Betrag von 14,18 EUR für die bloße Anschlussleistung, was noch unter dem früher angebotenen Minimumtarif von 14,38 EUR liege. Der Beweis des Verkaufes unter dem Einstandspreis sei daher in ausreichender Weise dargetan. Weiters sei zu beachten, dass Quersubventionierungen im Telekommunikationsbereich den Wettbewerb behinderten. Insbesondere marktbeherrschende Unternehmen wie die Antragsgegnerin könnten Gewinne aus Bereichen, in denen sie ausschließliche (quasimonopolistische) Rechte besäßen - hier der Anschlussmarkt -, zur Stützung ihrer Marktaktivitäten in anderen, in Wettbewerb stehenden Bereichen - hier der Verbindungsmarkt - verwenden. Im Anlassfall sei - wie sich aus den Argumenten zur mangelnden Kostendeckung ergäbe - davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin eine mangelnde Kostendeckung aus den dauerhaft angebotenen Kombinationstarifen TikTak Privat und International sowie Family aus den Einkünften anderer Produkte auszugleichen versuche. Durch das vorliegende Tarifsystem würden die ANB als Mitbewerber im Verbindungsleistungsmarkt durch nicht auf Effizienz oder Leistung beruhende Angebote behindert; die Kontrolle über den Zugang zum Endbenutzer, nämlich die Anschlussleistung, die für die Marktmacht besonders entscheidend sei, liege bei der Antragsgegnerin. Dass ein Unternehmen durch diese Kontrolle in verstärktem Maß auf die Entwicklung des Wettbewerbs Einfluss nehmen könne, müsse bei der Beurteilung der Marktmacht besonders berücksichtigt werden. Die Antragsgegnerin versuche durch die Einführung eines neuen Tarifsystems ihren Anteil am Markt der Verbindungsleistungen im Bereich der Festnetztelefonie durch nicht leistungsgerechte Mittel zu steigern. Es liege daher eine Verletzung der Generalklausel des § 35 Abs 1 KartG vor. Die Antragstellerin begehe durch die Ausgestaltung ihres Tarifsystems einen Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung, sodass ihr aufzutragen sei, diesen abzustellen.Auch der missbräuchliche Verkauf von Dienstleistungen unter dem Einstandspreis falle unter die Generalklausel des Paragraph 35, Absatz eins, KartG. Aus der unstrittigen Tatsache,

dass der ursprüngliche Minimumtarif, der nur die reine Anschlussleistung enthielt, nicht mehr kostendeckend habe betrieben werden können und daher der nunmehr offenbar kostendeckende Standardtarif eingeführt worden sei, müsse man schließen, dass die preislich darunter liegenden TikTak Tarife, die (neben Begünstigungen im Bereich der Verbindungsleistungen) ebenfalls die Anschlussleistung beinhalteten, ebenfalls nicht kostendeckend seien, zumal sämtliche Tarifmodelle im selben Netz operierten. Rechne man den maximalen Wert der enthaltenen Freiminuten etwa im TikTak Privat Tarif von 1,80 EUR (60 min x 0,03) aus dem Grundentgelt heraus, so gelangt man zu einem Betrag von 14,18 EUR für die bloße Anschlussleistung, was noch unter dem früher angebotenen Minimumtarif von 14,38 EUR liege. Der Beweis des Verkaufes unter dem Einstandspreis sei daher in ausreichender Weise dargetan. Weiters sei zu beachten, dass Quersubventionierungen im Telekommunikationsbereich den Wettbewerb behinderten. Insbesondere marktbeherrschende Unternehmen wie die Antragsgegnerin könnten Gewinne aus Bereichen, in denen sie ausschließliche (quasimonopolistische) Rechte besäßen - hier der Anschlussmarkt -, zur Stützung ihrer Marktaktivitäten in anderen, in Wettbewerb stehenden Bereichen - hier der Verbindungsmarkt - verwenden. Im Anlassfall sei - wie sich aus den Argumenten zur mangelnden Kostendeckung ergäbe - davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin eine mangelnde Kostendeckung aus den dauerhaft angebotenen Kombinationstarifen TikTak Privat und International sowie Family aus den Einkünften anderer Produkte auszugleichen versuche. Durch das vorliegende Tarifsystem würden die ANB als Mitbewerber im Verbindungsleistungsmarkt durch nicht auf Effizienz oder Leistung beruhende Angebote behindert; die Kontrolle über den Zugang zum Endbenutzer, nämlich die Anschlussleistung, die für die Marktmacht besonders entscheidend sei, liege bei der Antragsgegnerin. Dass ein Unternehmen durch diese Kontrolle in verstärktem Maß auf die Entwicklung des Wettbewerbs Einfluss nehmen könne, müsse bei der Beurteilung der Marktmacht besonders berücksichtigt werden. Die Antragsgegnerin versuche durch die Einführung eines neuen Tarifsystems ihren Anteil am Markt der Verbindungsleistungen im Bereich der Festnetztelefonie durch nicht leistungsgerechte Mittel zu steigern. Es liege daher eine Verletzung der Generalklausel des Paragraph 35, Absatz eins, KartG vor. Die Antragstellerin begehe durch die Ausgestaltung ihres Tarifsystems einen Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung, sodass ihr aufzutragen sei, diesen abzustellen.

Der Abstellungsauftrag sei in modifizierter Form zu erlassen gewesen. Der "Best-Friend-Rabatt" sei nicht in den Abstellungsauftrag aufzunehmen gewesen, weil die Antragstellerinnen diesbezüglich kein konkretes Vorbringen erstattet hätten. Der Abstellungsauftrag sei auf den konkret aufgezeigten Missbrauch in Bezug auf "Freiminuten" und "Auslandspaket" zu beschränken gewesen; eine darüber hinaus gehende Rechtsverletzung sei nicht dargetan worden. Abzustellen seien nur festgestellte Missbrauchshandlungen. Ein Auftrag des Kartellgerichtes, bei der zuständigen Regulierungsbehörde einen Entgeltgenehmigungsantrag zu stellen, sei entbehrlich, zumal es sich dabei ohnehin um eine gesetzliche Verpflichtung handle. Aus dem Abstellungsauftrag ergebe sich hinreichend klar die Verpflichtung, die derzeitige Tarifgestaltung unverzüglich zu ändern. Soweit dies der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde bedürfe, sei die entsprechende Antragsstellung ohnehin integrierender Bestandteil einer rechtskonformen Umsetzung des gerichtlichen Auftrags, wozu es keiner näheren Präzisierung bedürfe. Ein Auftrag, die Kunden des Standardtarifs kostenlos in einen neu zu schaffenden Tarif umzustellen, griffe in zu großem Ausmaß in die Gestaltungsfreiheit der TA ein, zumal es nicht unbedingt einer Umstellung gerade des Standardtarifs bedürfe, um den Abstellungsauftrag zu erfüllen. Es liege im Ermessen der Antragsgegnerin, ein Tarifsystem zu schaffen, welches einen Missbrauch der Marktmacht im Sinne des Abstellungsauftrags vermeide. Noch weniger hätten die Antragstellerinnen einen Anspruch darauf, Kundeninformationen der Antragsgegnerin zu gestalten oder mitzugestalten. Der darauf abzielende Antrag gehe über den Anspruch auf Abstellung des Missbrauches einer marktbeherrschenden Stellung weit hinaus. Das Vorliegen eines berechtigten Interesses der ANB an einer Entscheidungsveröffentlichung sei zu bejahen, weil der festgestellte Marktmachtmissbrauch einen sehr großen Personenkreis betreffe. Jedoch bedürfe es nicht der Veröffentlichung in zehn Tageszeitungen und einem Wochenmagazin; die Veröffentlichung in zwei überregionalen Tageszeitungen (einer "Qualitätszeitung" und einer "Boulevardzeitung") sei ausreichend. Eine Entscheidungsveröffentlichung im Ausmaß einer halben Seite habe einen ausreichenden Auffälligkeitswert. Eine Entscheidungsveröffentlichung im Internet sei gerade im Zusammenhang mit der Internet-Veröffentlichung der Tarife der Antragsgegnerin eine geeignete Form der Bekanntmachung.

Gegen diesen Beschluss, soweit er den Anträgen nicht zur Gänze stattgibt, richtet sich der Rekurs der Antragstellerinnen wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung; gegen den stattgebenden Teil richtet sich der Rekurs der Antragsgegnerin wegen unrichtiger und unvollständiger Feststellungen, Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung.

Die Parteien beantragen jeweils, dem Rekurs der Gegenseite nicht Folge zu geben.

Der Rekurs der Antragsgegnerin ist nicht berechtigt, jener der Antragstellerinnen teilweise berechtigt.

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