

# TE OGH 2002/12/16 16Ok10/02

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.12.2002

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Birgit Langer als Vorsitzende, Dr. Manfred Vogel und Dr. Gerhard Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Dr. Thomas Lachs in der Kartellrechtssache der Antragsteller und gefährdeten Parteien 1. E\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, 2. M\*\*\*\*\* GesmbH, \*\*\*\*\*, 3. T\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, 4. T\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, 5. U\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\* alle vertreten durch Mag. Dr. Axel Reidlinger, Rechtsanwalt in Wien, wider die Antragsgegnerin und Gegnerin der gefährdeten Parteien T\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Cerha, Hempel & Spiegelfeld, Partnerschaft von Rechtsanwälten in Wien, wegen Untersagung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und einstweiliger Verfügung, über den Rekurs der Antragstellerinnen gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 14. Juni 2002, GZ 29 Kt 554, 555/00-44, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

1. Die von der Bundeswettbewerbsbehörde eingebrachte "Gegenäußerung zur Rekursbeantwortung" sowie die hiezu erstattete "Stellungnahme" der Antragsgegnerin werden zurückgewiesen.
2. Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

## Text

Begründung:

Die Antragstellerinnen und die Antragsgegnerin erbringen öffentliche Sprachtelefondienste über selbst betriebene Telekommunikationsnetze. Die Antragsgegnerin rechnet gegenüber ihren Endkunden nach der sogenannten Impulstarifierung ab. Dabei kostet jeder Impuls einen Fixbetrag (im Minimumtarif 1,116 S). Der erste Impuls fällt mit dem Zustandekommen des Gesprächs (Abheben des angerufenen Teilnehmers) an; im übrigen dient die Anzahl der Impulse, deren Intervalle über einen Multiplikator - abhängig von Tarifzone und Tageszeit - variabel ist, als Basis für die Tarifierung von Gesprächen. Im Bereich der Zusammenschaltung verschiedener Telekommunikationsnetze rechnet die Antragsgegnerin dagegen sekundengenau ab.

Die Antragsgegnerin führte in der Zeit vom 1. 12. 2000 bis zum 28. 2. 2001 eine "Aktion Wintertarif" durch. Dieser Tarif war ein Endkundentarif. Im Rahmen dieser Aktion wurden die Impulsintervalle für Gespräche innerhalb des eigenen Ortsnetzes ("Lokalzone") täglich zwischen 20 Uhr und 6 Uhr des Folgetags von zuvor ca 180 Sekunden auf 900 Sekunden verlängert. Durch die verlängerten Impulsintervalle wurde längeres Telefonieren billiger: Beim Minimumtarif der Antragsgegnerin kostete ein Telefongespräch während der Aktion bis zu einer Dauer von 15 Minuten einen Gebührentarif von 1,116 S, und zwar gleichgültig, ob man nur zwei Sekunden oder 15 Minuten lang telefonierte. Die Antragsgegnerin bewarb ihre Tarifaktion österreichweit in verschiedenen Medien, ua mit folgendem Slogan: "Ab jetzt brauchen Sie beim Telefonieren nicht mehr auf die Uhr sehen."

Sie telefonieren einfach munter drauflos: Lang, länger, endlos lang.

Die ganze Nacht. Und das Beste daran: Sie zahlen automatisch viel weniger. Bei einem Telefongespräch von 15 Minuten kostet die Minute nur 8 Groschen. Gilt bis auf Widerruf für alle Kunden der T\*\*\*\*\*. Näheres unter 0800 100 100."

Die Antragstellerinnen begehren - neben der Erlassung einer einstweiligen Verfügung - im Hauptverfahren,

a) auszusprechen, dass das Verhalten der Antragsgegnerin, ihren Kunden Gespräche im eigenen Vorwahlbereich zu einem Entgelt von ca. 0,08 S/min (oder weniger) für 15-minütige Gespräche ("Wintertarif") anzubieten, einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch die Antragsgegnerin darstelle;

b) der Antragsgegnerin zu untersagen, den "Wintertarif" weiterhin anzubieten oder gegenüber Kunden anzuwenden, sowie ähnliche missbräuchliche Tarifaktionen anzubieten oder einzuführen. Die Antragsgegnerin sei marktbeherrschend auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes; ihr aktueller Marktanteil liege bei mindestens 80 %. Bei zumindest einem Teil, wenn nicht bei allen Gesprächen zum Wintertarif komme es zu einer Preisbildung unter Kosten. Die Unterkosten-Preisbildung ergebe sich sowohl bei Ableitung auf der Grundlage der Zusammenschaltungsentgelte als auch bei einem Vergleich zu den bisherigen - von der Kontrollbehörde genehmigten - kostenorientierten Endkundentarifen der Antragsgegnerin. Die Aktionstarife lägen bis zu einem Sechstel unter den bisherigen Endkundentarifen der Antragsgegnerin. Diese verfolge mit ihrer Aktion die Absicht, ihre Mitbewerber aus dem Markt zu drängen. Der Antragsgegnerin müsse bewusst sein, dass es für alle ihre Mitbewerber, die auf die Zusammenschaltungsdienstleistungen der Antragsgegnerin angewiesen seien, unmöglich sei, mit dem Wintertarif der Antragsgegnerin mithalten und in einen Preiskampf mit ihr einzutreten, ohne beträchtliche Verluste bei jedem einzelnen Gespräch in Kauf zu nehmen. Allein die externen Kosten (Zusammenschaltungsentgelte) der Antragstellerinnen seien im Regelfall höher als der Endkundentarif der Antragsgegnerin im Rahmen der beanstandeten Aktion. Weil die Antragsgegnerin über ungleich mehr direkt angeschlossene Teilnehmer verfüge als die Antragstellerinnen, sei sie wesentlich weniger auf eine Gesprächsführung im Wege der Zusammenschaltung angewiesen als diese. Wollten die Antragstellerinnen einen mit dem Wintertarif vergleichbaren Tarif anbieten, so müssten sie ihrerseits unter Kosten anbieten, was mittelfristig finanziell ruinös wäre. Die Antragsgegnerin schaffe mit der Aktion Wintertarif die Voraussetzung, um weiterhin ihre Monopolrenditen schöpfen zu können; dies sei als Missbrauch zu beurteilen. Die vergleichbaren billigsten Privatkundentarife der Antragstellerinnen im entsprechenden Zeitfenster betragen zwischen 0,29 S und 0,33 S pro Minute inkl USt. Im Ortsnetz der Antragsgegnerin in Wien läge der Wintertarif sogar unter den variablen Kosten der Antragsgegnerin. Der Wintertarif der AG sei ein Fall der sogenannten "Kosten-Preis-Schere" (price squeezing), weil die Antragsgegnerin die Vermittlungsleistungen im Ortsnetz ihren Mitbewerbern zu Preisen (Zusammenschaltungsentgelten) anbiete, die höher seien als die Differenz zwischen dem Preis, den die Antragsgegnerin im Rahmen der Aktion Wintertarif für das Endprodukt berechne, und ihren eigenen "Verarbeitungskosten" (hier: Zusatzkosten).

Die Antragsgegnerin beantragt, die Anträge im Hauptverfahren abzuweisen. Sie besitze keine marktbeherrschende Stellung auf dem hier relevanten Markt/Marktsegment für Sprachtelefonie. Für neue Anbieter bestünden weder rechtliche noch faktische Marktzutrittsschranken. Es gebe derzeit 103 konzessionierte Betreiber, davon allein 70 für Sprachtelefonie über ein selbst betriebenes Festnetz. Die Marktdaten der Antragstellerinnen seien aus dem Jahr 1999, also kurz nach Markteröffnung, und gäben die gegenwärtigen Marktverhältnisse in völlig verzerrender Weise wieder. Nach jüngsten Erhebungen nutzten im Bereich der Festnetzsprachtelefonie nur noch 67 % der Privatkunden und 54 % der Unternehmen ausschließlich das Angebot der Antragsgegnerin, die - als ehemalige Monopolistin - in rund zweieinhalb Jahren Marktanteile im Ausmaß von etwa 33 % bis 46 % verloren habe. Der hier relevante Produktmarkt sei ein gesondertes Marktsegment des Markts der Sprachtelefonie, nämlich jener betreffend das Zeitfenster von 20 Uhr bis 6 Uhr; das Telefonieverhalten der Endkunden in diesem Tagesabschnitt sei jenem untertags nicht gleichzuhalten. Die tageszeitbeschränkten und in ihrer Laufzeit begrenzten Tarifangebote der Antragsgegnerin seien keine Verlustpreise; sie lägen jedenfalls über den durchschnittlich variablen Kosten und seien - wie alle Tarife der Antragsgegnerin - kostendeckend. Die Regulierungsbehörde habe diesbezüglich ein amtswegiges Prüfungsverfahren eingeleitet und in einem (vorläufigen) Befund festgestellt, dass die gegenständliche Tarifierung zu wettbewerbsrechtlichen Beanstandungen nicht Anlass gäbe; insbesondere handle es sich um keine Preisbildung unter den variablen Kosten. Bestritten werde auch die Verdrängungsabsicht. Durch die dreimonatige Befristung der beanstandeten Aktion sei der Bestand des Wettbewerbs nicht gefährdet; auch liege nach Auffassung der

Regulierungsbehörde bis zu einem Zeitraum von drei Monaten noch keine dauerhafte Änderung des Tarifgefüges vor. § 35 KartG sei nur auf gegenwärtige Missbrauchssachverhalte, nicht aber auf mögliche oder in der Vergangenheit verwirklichte Missbrauchssachverhalte anzuwenden. Weil die Werbeaktion "Wintertarif" mit 28. 2. 2001 abgelaufen sei, liege, sofern man diese Aktion überhaupt als marktmissbräuchlich beurteilen wolle, kein aktueller Marktmisbrauch vor. Der Antrag im Hauptverfahren sei viel zu unbestimmt und ziele spekulativ auf zukünftiges Verhalten ab. Die Antragsgegnerin beantragt, die Anträge im Hauptverfahren abzuweisen. Sie besitze keine marktbeherrschende Stellung auf dem hier relevanten Markt/Marktsegment für Sprachtelefonie. Für neue Anbieter bestünden weder rechtliche noch faktische Marktzutrittschranken. Es gebe derzeit 103 konzessionierte Betreiber, davon allein 70 für Sprachtelefonie über ein selbst betriebenes Festnetz. Die Marktdaten der Antragstellerinnen seien aus dem Jahr 1999, also kurz nach Markteröffnung, und gäben die gegenwärtigen Marktverhältnisse in völlig verzerrender Weise wieder. Nach jüngsten Erhebungen nutzten im Bereich der Festnetzsprachtelefonie nur noch 67 % der Privatkunden und 54 % der Unternehmen ausschließlich das Angebot der Antragsgegnerin, die - als ehemalige Monopolistin - in rund zweieinhalb Jahren Marktanteile im Ausmaß von etwa 33 % bis 46 % verloren habe. Der hier relevante Produktmarkt sei ein gesondertes Marktsegment des Markts der Sprachtelefonie, nämlich jener betreffend das Zeitfenster von 20 Uhr bis 6 Uhr; das Telefonieverhalten der Endkunden in diesem Tagesabschnitt sei jenem untertags nicht gleichzuhalten. Die tageszeitbeschränkten und in ihrer Laufzeit begrenzten Tarifangebote der Antragsgegnerin seien keine Verlustpreise; sie lägen jedenfalls über den durchschnittlich variablen Kosten und seien - wie alle Tarife der Antragsgegnerin - kostendeckend. Die Regulierungsbehörde habe diesbezüglich ein amtswegiges Prüfungsverfahren eingeleitet und in einem (vorläufigen) Befund festgestellt, dass die gegenständliche Tarifierung zu wettbewerbsrechtlichen Beanstandungen nicht Anlass gäbe; insbesondere handle es sich um keine Preisbildung unter den variablen Kosten. Bestritten werde auch die Verdrängungsabsicht. Durch die dreimonatige Befristung der beanstandeten Aktion sei der Bestand des Wettbewerbs nicht gefährdet; auch liege nach Auffassung der Regulierungsbehörde bis zu einem Zeitraum von drei Monaten noch keine dauerhafte Änderung des Tarifgefüges vor. Paragraph 35, KartG sei nur auf gegenwärtige Missbrauchssachverhalte, nicht aber auf mögliche oder in der Vergangenheit verwirklichte Missbrauchssachverhalte anzuwenden. Weil die Werbeaktion "Wintertarif" mit 28. 2. 2001 abgelaufen sei, liege, sofern man diese Aktion überhaupt als marktmissbräuchlich beurteilen wolle, kein aktueller Marktmisbrauch vor. Der Antrag im Hauptverfahren sei viel zu unbestimmt und ziele spekulativ auf zukünftiges Verhalten ab.

Keine Amtspartei hat sich am Verfahren erster Instanz beteiligt. Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag und die Anträge im Hauptverfahren ab. Es traf umfangreiche Feststellungen, aus denen hervorzuheben ist, dass der Wintertarif nicht über den 28. 2. 2001 hinaus angeboten worden ist; eine Verdrängungsabsicht der Antragsgegnerin konnte das Erstgericht ebensowenig feststellen wie ein Angebot der Dienstleistungen der Antragsgegnerin bei der Aktion Wintertarif unter den Vollkosten oder unter den variablen Kosten. In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht davon aus, dass die Antragsgegnerin auf dem Markt der öffentlichen Festnetztelefonie unabhängig davon marktbeherrschend sei, ob man zwischen einem Markt der Tag- und einem solchen der Nachttelefonie unterschiede. Eine Unterkostenpreisgestaltung liege nicht vor; es sei nämlich nicht von den rechnerisch möglichen günstigsten Tarifen der Aktion auszugehen, sondern von der tatsächlichen durchschnittlichen Gesprächsdauer. Die Dauer eines Telefongesprächs werde nämlich nicht nur durch das Gesprächsverhalten des Anrufers, sondern von verschiedenen Faktoren, so der Dauer der mitzuteilenden Inhalte, der zeitlichen Möglichkeit des angerufenen Teilnehmers, der entsprechenden Tageszeit bis hin zu alternativen Beschäftigungsmöglichkeiten, bestimmt. Die Verbilligungen während der Aktion Wintertarif seien nicht in einem solchen Ausmaß erfolgt, dass davon ausgegangen werden müsse, dass die Antragsgegnerin ihre Dienstleistungen unter Kosten (seien es Vollkosten oder variable Kosten) verkauft habe. Auch die Regulierungsbehörde vertrete diese Auffassung, weil sie andernfalls die beanstandete Tarifaktion wegen Diskriminierung anderer Netzanbieter verbieten hätte müssen, anstatt das bei ihr anhängig gemachte Verfahren einzustellen. Eine unter den Kosten angebotene Dienstleistung könne grundsätzlich auch dem Verbot des § 35 KartG unterliegen; einen solchen Sachverhalt hätten die Antragstellerinnen aber nicht bewiesen. Es sei nicht nachvollziehbar, weswegen die Antragsgegnerin, die wesentlich mehr direkt an ihrem Netz angeschlossene Kunden habe und daher in weitaus geringerem Ausmaß auf eine Gesprächsführung mittels Zusammenschaltung angewiesen sei, zwangsläufig höhere Kosten haben müsse als die mit marktwirtschaftlichen Margen kalkulierenden alternativen Betreiber. Ein derartiger Vergleich zeige aber auch, dass die Antragsgegnerin mit den tatsächlich verrechneten Minutenpreisen während der Aktion Wintertarif nicht alle Antragsteller preislich unterboten habe. Auch habe die beanstandete Aktion

nur zwei Monate gedauert; eine so kurze Werbeaktion sei von vornherein ungeeignet, auch nur eine mittelfristige Marktveränderung herbeizuführen und nicht geeignet, eine Verdrängungsabsicht der Antragsgegnerin zu bescheinigen oder zu beweisen. Ein Anspruch darauf, dass die Antragstellerinnen in allen relevanten Tarifbereichen günstiger seien als die Antragsgegnerin, bestehe nicht, sei doch ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht dazu verpflichtet, seinen Mitbewerbern durch die eigene Preissetzung den Geschäftserfolg zu garantieren. Weil die beanstandete Aktion nach dem 28. 2. 2001 nicht verlängert worden sei, sei ein "Abstellen" iSd § 35 KartG gar nicht möglich. Möge daher die Antragsgegnerin für den Wintertarif zwar in irreführender Weise geworben haben, so habe sie ihre Marktmacht nicht kartellrechtswidrig missbraucht. Soweit mit diesem Beschluss die Anträge im Hauptverfahren abgewiesen worden sind, richtet sich dagegen der Rekurs der Antragstellerinnen wegen Nichtigkeit, unrichtiger Tatsachenfeststellungen auf Grund unrichtiger Beweiswürdigung sowie unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Abänderungsantrag dahin, den im Hauptverfahren gestellten Anträgen stattzugeben; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die Antragsgegnerin beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben. Die Bundeswettbewerbsbehörde hat am 26. 9. 2002 eine "Gegenäußerung zur Rekursbeantwortung" erstattet. Die Antragsgegnerin hat hiezu am 18. 10. 2002 eine "Stellungnahme" abgegeben. Diese Schriftsätze sind unzulässig: Zwar besitzt die Bundeswettbewerbsbehörde seit 1. 7. 2002 (Art V Abs 1 WettbG BGBl I 62/2002) als Amtspartei Parteistellung auch dann, wenn sie nicht Antragstellerin ist § 44 KartG idF KartG Nov 2002 BGBl I 62/2002). Gem § 53 Abs 2 KartG ist aber im Rechtsmittelverfahren neben dem Rekurs nur eine binnen vier Wochen nach Zustellung des Rekurses einzubringende Gegenäußerung der anderen Parteien vorgesehen. Die "Gegenäußerung zur Gegenäußerung" war demnach als unzulässig zurückzuweisen. Gleiches gilt für die zu diesem Schriftsatz abgegebene "Stellungnahme" der Antragsgegnerin. Keine Amtspartei hat sich am Verfahren erster Instanz beteiligt. Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag und die Anträge im Hauptverfahren ab. Es traf umfangreiche Feststellungen, aus denen hervorzuheben ist, dass der Wintertarif nicht über den 28. 2. 2001 hinaus angeboten worden ist; eine Verdrängungsabsicht der Antragsgegnerin konnte das Erstgericht ebensowenig feststellen wie ein Angebot der Dienstleistungen der Antragsgegnerin bei der Aktion Wintertarif unter den Vollkosten oder unter den variablen Kosten. In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht davon aus, dass die Antragsgegnerin auf dem Markt der öffentlichen Festnetztelefonie unabhängig davon marktbeherrschend sei, ob man zwischen einem Markt der Tag- und einem solchen der Nachttelefonie unterschiede. Eine Unterkostenpreisgestaltung liege nicht vor; es sei nämlich nicht von den rechnerisch möglichen günstigsten Tarifen der Aktion auszugehen, sondern von der tatsächlichen durchschnittlichen Gesprächsdauer. Die Dauer eines Telefongesprächs werde nämlich nicht nur durch das Gesprächsverhalten des Anrufers, sondern von verschiedenen Faktoren, so der Dauer der mitzuteilenden Inhalte, der zeitlichen Möglichkeit des angerufenen Teilnehmers, der entsprechenden Tageszeit bis hin zu alternativen Beschäftigungsmöglichkeiten, bestimmt. Die Verbilligungen während der Aktion Wintertarif seien nicht in einem solchen Ausmaß erfolgt, dass davon ausgegangen werden müsse, dass die Antragsgegnerin ihre Dienstleistungen unter Kosten (seien es Vollkosten oder variable Kosten) verkauft habe. Auch die Regulierungsbehörde vertrete diese Auffassung, weil sie andernfalls die beanstandete Tarifikation wegen Diskriminierung anderer Netzanbieter verbieten hätte müssen, anstatt das bei ihr anhängig gemachte Verfahren einzustellen. Eine unter den Kosten angebotene Dienstleistung könnte grundsätzlich auch dem Verbot des Paragraph 35, KartG unterliegen; einen solchen Sachverhalt hätten die Antragstellerinnen aber nicht bewiesen. Es sei nicht nachvollziehbar, weswegen die Antragsgegnerin, die wesentlich mehr direkt an ihrem Netz angeschlossene Kunden habe und daher in weitaus geringerem Ausmaß auf eine Gesprächsführung mittels Zusammenschaltung angewiesen sei, zwangsläufig höhere Kosten haben müsse als die mit marktwirtschaftlichen Margen kalkulierenden alternativen Betreiber. Ein derartiger Vergleich zeige aber auch, dass die Antragsgegnerin mit den tatsächlich verrechneten Minutenpreisen während der Aktion Wintertarif nicht alle Antragsteller preislich unterboten habe. Auch habe die beanstandete Aktion nur zwei Monate gedauert; eine so kurze Werbeaktion sei von vornherein ungeeignet, auch nur eine mittelfristige Marktveränderung herbeizuführen und nicht geeignet, eine Verdrängungsabsicht der Antragsgegnerin zu bescheinigen oder zu beweisen. Ein Anspruch darauf, dass die Antragstellerinnen in allen relevanten Tarifbereichen günstiger seien als die Antragsgegnerin, bestehe nicht, sei doch ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht dazu verpflichtet, seinen Mitbewerbern durch die eigene Preissetzung den Geschäftserfolg zu garantieren. Weil die beanstandete Aktion nach dem 28. 2. 2001 nicht verlängert worden sei, sei ein "Abstellen" iSd Paragraph 35, KartG gar nicht möglich. Möge daher die Antragsgegnerin für den Wintertarif zwar in irreführender Weise geworben haben, so habe sie ihre Marktmacht nicht kartellrechtswidrig missbraucht. Soweit mit diesem Beschluss die Anträge im Hauptverfahren abgewiesen worden sind, richtet sich dagegen der Rekurs der Antragstellerinnen wegen Nichtigkeit, unrichtiger Tatsachenfeststellungen auf Grund

unrichtiger Beweiswürdigung sowie unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Abänderungsantrag dahin, den im Hauptverfahren gestellten Anträgen stattzugeben; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die Antragsgegnerin beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben. Die Bundeswettbewerbsbehörde hat am 26. 9. 2002 eine "Gegenäußerung zur Rekursbeantwortung" erstattet. Die Antragsgegnerin hat hiezu am 18. 10. 2002 eine "Stellungnahme" abgegeben. Diese Schriftsätze sind unzulässig: Zwar besitzt die Bundeswettbewerbsbehörde seit 1. 7. 2002 (Art römisch fünf Absatz eins, WettbG Bundesgesetzblatt Teil eins, 62 aus 2002,) als Amtspartei Parteistellung auch dann, wenn sie nicht Antragstellerin ist (Paragraph 44, KartG in der Fassung KartGNov 2002 Bundesgesetzblatt Teil eins, 62 aus 2002,). Gem Paragraph 53, Absatz 2, KartG ist aber im Rechtsmittelverfahren neben dem Rekurs nur eine binnen vier Wochen nach Zustellung des Rekurses einzubringende Gegenäußerung der anderen Parteien vorgesehen. Die "Gegenäußerung zur Gegenäußerung" war demnach als unzulässig zurückzuweisen. Gleiches gilt für die zu diesem Schriftsatz abgegebene "Stellungnahme" der Antragsgegnerin.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Die Antragstellerinnen schicken ihrem Rechtsmittel voraus, sie hätten nach Einstellung der beanstandeten Tarifaktion durch die Antragsgegnerin ihren Antrag im Hauptverfahren modifiziert, sodass nunmehr auch eine Untersagung ähnlicher zukünftiger Tarifaktionen angestrebt werde. Auch kurzfristige marktstörende Aktionen müssten unter kartellgerichtlichen Gesichtspunkten überprüft werden können.

Dazu ist zu erwägen:

§ 35 Abs 1 KartG bestimmt, dass das Kartellgericht auf Antrag den beteiligten Unternehmen aufzutragen hat, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Paragraph 35, Absatz eins, KartG bestimmt, dass das Kartellgericht auf Antrag den beteiligten Unternehmen aufzutragen hat, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen.

Wie der erkennende Senat erst jüngst ausgesprochen hat, kann nur ein aktuelles, im Zeitpunkt der Entscheidung noch andauerndes kartellrechtswidriges Verhalten Gegenstand eines Untersagungsauftrags gem § 25 Abs 1 KartG (Untersagung der Durchführung eines verbotenen Kartells) sein; ist das verbotswidrige Verhalten hingegen endgültig beendet, mangelt es am Tatbestand eines Kartells, das für die Zukunft untersagt werden könnte (16 Ok 7/01 = ÖBI-LS 2002/99 - Landesnervenklinik). Gleiches gilt auch im Bereich der Marktmachtmissbrauchsaufsicht: Ein Auftrag gem § 35 KartG, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen, setzt denknotwendig ein Andauern des Missbrauchs im Entscheidungszeitpunkt voraus; ist der Missbrauch bereits abgestellt, ist ein Auftrag unzulässig (Gugerbauer, KartG<sup>2</sup> § 35 Rz 4; ebenso Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB<sup>3</sup> § 32 Rz 11, und Bornkamm in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht I9 § 32 GWB Rz 21, zur vergleichbaren Bestimmung der Untersagungsverfügung nach § 32 GWB im deutschen Kartellrecht). Eine (vorbeugende) Unterlassungsklage zur Verhinderung künftigen missbräuchlichen Verhaltens ist dem österreichischen Kartellrecht fremd (so auch 16 Ok 7/02). Zweck der kartellgerichtlichen Missbrauchsaufsicht ist es, Marktstörungen eines Marktbeherrschers abzustellen. Dieses Ziel ist jedenfalls erreicht, wenn der Antragsgegner das als kartellrechtswidrig beanstandete Verhalten nicht mehr fortsetzt. Der Antragsteller hat in diesem Fall das mit der auf § 35 KartG gestützten Verfahrenseinleitung angestrebte Rechtsschutzziel - vergleichbar einem Kläger, der während des Prozesses Erfüllung erlangt - erreicht; ein Abstellauftrag ginge somit in dieser Situation ins Leere und kommt daher - ebenso wenig wie die Verurteilung zu einer schon erbrachten Leistung - nicht in Betracht. Inwieweit aber ein in der Vergangenheit liegendes marktmissbräuchliches Verhalten allenfalls Schadenersatz-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche betroffener Marktteilnehmer auslösen kann, ist nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften zu beurteilen (vgl zum Gemeinschaftsrecht etwa Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union Art 82 EGV Rz 283; Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht Art 86 Rz 33); diese Fragen sind jedenfalls nicht Gegenstand eines auf § 35 Abs 1 KartG gestützten Kartellverfahrens. Ein Rechtsschutzdefizit ist in diesem Zusammenhang nicht zu erkennen. Im Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz (Juni 2002) bot die Antragsgegnerin (auch nach den Behauptungen der Rekurswerberinnen) weder die beanstandeten noch diesen vergleichbaren Tarife an. Schon aus diesem Grund hat das Erstgericht zutreffend keinen Abstellauftrag erlassen und auch zu Recht die im Hauptverfahren gestellten (modifizierten) Anträge, die sich auf vergangenes oder zukünftiges Verhalten der Antragsgegnerin beziehen, abgewiesen. Damit ist den Rekursausführungen in der Sache selbst der Boden entzogen. Dem Rekurs war ein Erfolg zu

versagen. Wie der erkennende Senat erst jüngst ausgesprochen hat, kann nur ein aktuelles, im Zeitpunkt der Entscheidung noch andauerndes kartellrechtswidriges Verhalten Gegenstand eines Untersagungsauftrags gem Paragraph 25, Absatz eins, KartG (Untersagung der Durchführung eines verbotenen Kartells) sein; ist das verbotswidrige Verhalten hingegen endgültig beendet, mangelt es am Tatbestand eines Kartells, das für die Zukunft untersagt werden könnte (16 Ok 7/01 = ÖBI-LS 2002/99 - Landesnervenklinik). Gleiches gilt auch im Bereich der Marktmachtmissbrauchsaufsicht: Ein Auftrag gem Paragraph 35, KartG, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen, setzt denknotwendig ein Andauern des Missbrauchs im Entscheidungszeitpunkt voraus; ist der Missbrauch bereits abgestellt, ist ein Auftrag unzulässig (Gugerbauer, KartG<sup>2</sup> Paragraph 35, Rz 4; ebenso Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB<sup>3</sup> Paragraph 32, Rz 11, und Bornkamm in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht I9 Paragraph 32, GWB Rz 21, zur vergleichbaren Bestimmung der Untersagungsverfügung nach Paragraph 32, GWB im deutschen Kartellrecht). Eine (vorbeugende) Unterlassungsklage zur Verhinderung künftigen missbräuchlichen Verhaltens ist dem österreichischen Kartellrecht fremd (so auch 16 Ok 7/02). Zweck der kartellgerichtlichen Missbrauchsaufsicht ist es, Marktstörungen eines Marktbeherrschers abzustellen. Dieses Ziel ist jedenfalls erreicht, wenn der Antragsgegner das als kartellrechtswidrig beanstandete Verhalten nicht mehr fortsetzt. Der Antragsteller hat in diesem Fall das mit der auf Paragraph 35, KartG gestützten Verfahrenseinleitung angestrebte Rechtsschutzziel - vergleichbar einem Kläger, der während des Prozesses Erfüllung erlangt - erreicht; ein Abstellauftrag ginge somit in dieser Situation ins Leere und kommt daher - ebenso wenig wie die Verurteilung zu einer schon erbrachten Leistung - nicht in Betracht. Inwieweit aber ein in der Vergangenheit liegendes marktmissbräuchliches Verhalten allenfalls Schadenersatz-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche betroffener Marktteilnehmer auslösen kann, ist nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften zu beurteilen vergleiche zum Gemeinschaftsrecht etwa Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union Artikel 82, EGV Rz 283; Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht Artikel 86, Rz 33); diese Fragen sind jedenfalls nicht Gegenstand eines auf Paragraph 35, Absatz eins, KartG gestützten Kartellverfahrens. Ein Rechtsschutzdefizit ist in diesem Zusammenhang nicht zu erkennen. Im Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz (Juni 2002) bot die Antragsgegnerin (auch nach den Behauptungen der Rekurswerberinnen) weder die beanstandeten noch diesen vergleichbaren Tarife an. Schon aus diesem Grund hat das Erstgericht zutreffend keinen Abstellauftrag erlassen und auch zu Recht die im Hauptverfahren gestellten (modifizierten) Anträge, die sich auf vergangenes oder zukünftiges Verhalten der Antragsgegnerin beziehen, abgewiesen. Damit ist den Rekursausführungen in der Sache selbst der Boden entzogen. Dem Rekurs war ein Erfolg zu versagen.

Die Antragsgegnerin hat im Rekursverfahren zutreffend im Hinblick auf § 45 Abs 2 KartG keine Kosten verzeichnet; eine mutwillige Rechtsverfolgung ist hier nämlich nicht zu erkennen. Die Antragsgegnerin hat im Rekursverfahren zutreffend im Hinblick auf Paragraph 45, Absatz 2, KartG keine Kosten verzeichnet; eine mutwillige Rechtsverfolgung ist hier nämlich nicht zu erkennen.

#### **Anmerkung**

E67916 16Ok10.02

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBL - XBEITR Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in MR 2003,63 (Wessely) = RZ 2003,158 = ÖBI 2003,247 (Barbist/Rungg) XPUBLEND

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2002:0160OK00010.02.1216.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20021216\_OGH0002\_0160OK00010\_0200000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)