jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 2002/12/16 16Ok11/02

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 16.12.2002

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Langer als Vorsitzende und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel und Dr. Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Dr. Thomas Lachs in der Kartellrechtssache der antragstellenden und gefährdeten Partei 1. P*****gmbH, 2. U*****gesellschaft mbH & Co Kommanditgesellschaft, beide: *****, beide vertreten durch Dres. Johannes Hintermayr ua, Rechtsanwälte in 4020 Linz, wider die Gegner der antragstellenden und gefährdeten Partei 1. B***** Aktiengesellschaft, 2. B*****-Aktiengesellschaft, beide: *****, beide vertreten durch Dr. Christian Kuhn und Dr. Wolfgang Vanis, Rechtsanwälte in 1010 Wien, wegen Unterlassung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und einstweiliger Verfügung, über den Rekurs der Antragstellerin und gefährdeten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 18. Juni 2002, GZ 29 Kt 27, 28/01-40, den Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Text

Begründung:

Unstrittig sind die Antragstellerinnen im Wesentlichen im Lebensmitteleinzelhandel tätige Unternehmen und regionale Mitbewerber der Erstantragsgegnerin. Die Antragstellerinnen haben am österreichischen Markt des Lebensmitteleinzelhandels einen Marktanteil von ca 4 bis 5 %, während zumindest die Erstantragsgegnerin auf diesem Markt einen Marktanteil von ca 35 % hat. Deren beherrschende Stellung auf diesem Markt ist ebenfalls unstrittig. Strittig ist nur, inwieweit die Zweitantragstellerin als Holdinggesellschaft auf das Wettbewerbsverhalten der Erstantragsgegnerin einwirkt.

Die Antragsteller begehren mit ihrem hier maßgeblichen Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung, dass den Antragsgegnern für die Dauer des Hauptverfahrens verboten werde, ihre marktbeherrschende Stellung durch den sachlich nicht gerechtfertigten Verkauf von Waren unter ihrem Einstandspreis, wie insbesondere von Red Bull 250 ml, Ariel 18MB 3er Packung, Bona Öl 2l, Coca-Cola 1,5l, Hochriegl 0,75l, Schwechater Dose 0,5 l, Ottakringer Helles Dose 0,5l, Pantene SH 200ml Duo, Pampers, Meinl Präsident 500g 3Pkg., Omo 18MB 3er Packung, Wolf-Eigold Teigware 500g und nöm fasten joghurt 200g 2+1 zu missbrauchen.

Sie stützt ihren Antrag zusammengefasst darauf, dass die Antragsgegnerinnen - die Zweitantragsgegnerin als Konzernmutter der Erstantragsgegnerin und Mittäterin - ihre marktbeherrschende Stellung insoweit missbrauchten, als sie, im Rahmen österreichweiter Aktionen Waren unter dem Einstandspreis verkauften. Sie hätten angekündigt, dass Wachstum nur über Verdrängung funktioniere. Die Antragsgegnerinnen verfügten über eine besondere

Finanzkraft, da sie zu einer deutschen Unternehmensgruppe gehörten, die mit einem Umsatz von 350 Milliarden Schilling Europas größter Lebensmitteleinzelhändler sei. Sie hätten die im Antrag im Einzelnen angeführten Produkte unter den Einstandspreisen der Antragstellerin bzw eines anderen Anbieters und damit auch unter ihren eigenen Einstandspreisen verkauft. Dies erfolge mit dem Ziel, die Mitbewerber zu verdrängen und den Wettbewerb zu beschränken. Jedenfalls der Verkauf unter den variablen Kosten sei missbräuchlich, wenn er mit der Absicht erfolge, die Konkurrenz auszuschalten. In einer Kampagne nach Einleitung des gegenständlichen Verfahrens hätten die Antragsgegnerinnen dieses Verfahren für ihre eigenen Werbezwecke missbraucht.

Die Antragsgegnerinnen wendeten zusammengefasst ein, dass die Passivlegitimation der Zweitantragsgegnerin als bloßer Holdinggesellschaft, insbesondere aber der Verkauf von Waren unter ihrem Einstandspreis bestritten werde. Die Einstandspreise der Antragstellerin oder des weiteren von ihr herangezogenen Mitbewerbers könnten schon im Hinblick auf das viel höhere Einkaufsvolumen bzw der Logistikleistungen der Antragsgegnerinnen bzw ihrer Unternehmensgruppe und der damit verbundenen besseren Einkaufskonditionen nicht herangezogen werden. Die Bandbreite sei je nach Lieferant unterschiedlich, bewege sich aber bis in einen zweistelligen Prozentbereich. Die von den Antragstellerinnen geltend gemachte Mitgliedschaft in Einkaufsgemeinschaften sei nicht geeignet die Einkaufskonditionen signifikant zu verbessern, da diese im Wesentlichen von den einzelnen Mitgliedern ausgehandelt würden. Selbst die ordnungsgemäße Bescheinigung der eigenen Einstandspreise hätten die Antragstellerinnen jedoch unterlassen. Im Einzelnen führten dann die Antragsgegnerinnen aus, wie es zu den jeweiligen Preisen gekommen sei. Eine Verdrängungsabsicht durch das Anbot von Waren unter dem Einstandspreis bestehe nicht. Dass Marktanteile als solche im Lebensmitteleinzelhandel nur von Mitbewerbern hinzugewonnen werden könnten, sei selbstverständlich. Im Übrigen bestehe nach Aufhebung des § 3a Nahversorgungsgesetz durch den Verfassungsgerichtshof auch durch § 35 KartG kein allgemeines Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis, sondern nur der "Vernichtungsunterbietung". Aktionspreise wie jene der Antragsgegnerinnen, seien üblich und fänden sich bei allen Marktanbietern. Sie seien Bestandteil des normalen Leistungswettbewerbs. Dass sie von den Antragsgegnerinnen nicht mit der Absicht der missbräuchlichen Veränderung der Marktstruktur betrieben würden, ergäbe sich schon daraus, dass die Aktionspreise für ganz Österreich einheitlich seien, unabhängig davon, ob die Antragsgegnerinnen am jeweiligen regionalen Markt eine dominante Stellung hätten oder nicht.Die Antragsgegnerinnen wendeten zusammengefasst ein, dass die Passivlegitimation der Zweitantragsgegnerin als bloßer Holdinggesellschaft, insbesondere aber der Verkauf von Waren unter ihrem Einstandspreis bestritten werde. Die Einstandspreise der Antragstellerin oder des weiteren von ihr herangezogenen Mitbewerbers könnten schon im Hinblick auf das viel höhere Einkaufsvolumen bzw der Logistikleistungen der Antragsgegnerinnen bzw ihrer Unternehmensgruppe und der damit verbundenen besseren Einkaufskonditionen nicht herangezogen werden. Die Bandbreite sei je nach Lieferant unterschiedlich, bewege sich aber bis in einen zweistelligen Prozentbereich. Die von den Antragstellerinnen geltend gemachte Mitgliedschaft in Einkaufsgemeinschaften sei nicht geeignet die Einkaufskonditionen signifikant zu verbessern, da diese im Wesentlichen von den einzelnen Mitgliedern ausgehandelt würden. Selbst die ordnungsgemäße Bescheinigung der eigenen Einstandspreise hätten die Antragstellerinnen jedoch unterlassen. Im Einzelnen führten dann die Antragsgegnerinnen aus, wie es zu den jeweiligen Preisen gekommen sei. Eine Verdrängungsabsicht durch das Anbot von Waren unter dem Einstandspreis bestehe nicht. Dass Marktanteile als solche im Lebensmitteleinzelhandel nur von Mitbewerbern hinzugewonnen werden könnten, sei selbstverständlich. Im Übrigen bestehe nach Aufhebung des Paragraph 3 a, Nahversorgungsgesetz durch den Verfassungsgerichtshof auch durch Paragraph 35, KartG kein allgemeines Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis, sondern nur der "Vernichtungsunterbietung". Aktionspreise wie jene der Antragsgegnerinnen, seien üblich und fänden sich bei allen Marktanbietern. Sie seien Bestandteil des normalen Leistungswettbewerbs. Dass sie von den Antragsgegnerinnen nicht mit der Absicht der missbräuchlichen Veränderung der Marktstruktur betrieben würden, ergäbe sich schon daraus, dass die Aktionspreise für ganz Österreich einheitlich seien, unabhängig davon, ob die Antragsgegnerinnen am jeweiligen regionalen Markt eine dominante Stellung hätten oder nicht.

Das Erstgericht wies, nachdem es ein umfangreiches Gutachten des Paritätischen Ausschusses für Kartellangelegenheiten eingeholt hatte, den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung ab.

Es traf folgende Feststellungen:

Es kann nicht festgestellt werden, dass die Antragsgegnerinnen Waren, so wie insbesondere Red Bull 250ml, Ariel 18MB 3er Packung, Bona Öl 2l, Coca-Cola 1,5l, Hochriegl 0,75l, Schwechater Dose 0,5l, Ottakringer Helles Dose 0,5l,

Pantene SH 200ml Duo, Pampers, Meinl Präsident 500g 3Pkg., Omo 18 MB 3er Packung, Wolf-Eigold Teigware 500g und nöm fasten joghurt 200g 2+1 unter ihrem Einstandspreis im Rahmen von Aktionen österreichweit verkauft haben.

Diese Feststellungen begründete das Erstgericht zusammengefasst mit folgenden Überlegungen:

Die Antragstellerinnen hätten zwar vorgebracht, dass die inkriminierten Artikel unter ihrem eigenen Einstandspreis und sohin auch unter dem Einstandspreis der Antragsgegner gelegen seien. Eine Bescheinigung für dieses Vorbringen seien sie jedoch im Wesentlichen schuldig geblieben. Sie hätten es nämlich unterlassen, auch nur annähernd nachvollziehbar ihren eigenen Einstandspreis glaubhaft zu machen. Aus der auf dem Briefpapier eines Herstellers "wunschgemäß" ausgestellten Bestätigung ergebe sich nicht, dass im Rahmen der inkriminierten Aktion Red Bull unter dem Einstandspreis der Erstantragsgegnerin verkauft wurde. Bei diesem Getränk sei es auch im August 2000 zu einer Preiserhöhung gekommen. Es sei nicht gelungen, Einstandspreise der inkriminierten Artikel von Unternehmen, die mit den Antragsgegnern vergleichbar seien, zu bescheinigen. Auch der Paritätische Ausschuss für Kartellangelegenheiten habe dazu keine Feststellungen treffen können. Aus dessen nachvollziehbaren und unbedenklichen Gutachten ergäbe sich, dass aufgrund der massiven Größenunterschiede der Streitteile ein unmittelbarer Vergleich der Einstandspreise der Streitteile nicht möglich sei. Da aber die Antragstellerinnen den Anschein eines Verkaufes unter dem Einstandspreis der Waren nicht hätten bescheinigen können, sei die beantragte einstweilige Verfügung abzuweisen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der Antragstellerinnen mit dem Antrag, den Beschluss des Erstgerichts dahin abzuändern, dass den Anträgen stattgegeben werde; hilfsweise beantragen die Rekurswerberinnen, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

Die Antragsgegnerinnen beantragen, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

§ 35 Abs 1 KartG sieht vor, dass das Kartellgericht auf Antrag den beteiligten Unternehmen aufzutragen hat, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Im Folgenden werden dann verschiedene Formen des Missbrauches beispielsweise aufgezählt. Diesen wurde durch die Kartellgesetznovelle 1999 als Z 5 in Übereinstimmung mit der bereits davor bestehenden Rechtsprechung hinzugefügt, dass auch der sachlich nicht gerechtfertigte Verkauf von Waren unter dem Einstandspreis einen Missbrauch darstellen kann (vgl zuletzt etwa OGH 1. 7. 2002 16 Ok 3/01 mwN; KOG 9. 10. 2000 16 OkParagraph 35, Absatz eins, KartG sieht vor, dass das Kartellgericht auf Antrag den beteiligten Unternehmen aufzutragen hat, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Im Folgenden werden dann verschiedene Formen des Missbrauches beispielsweise aufgezählt. Diesen wurde durch die Kartellgesetznovelle 1999 als Ziffer 5, in Übereinstimmung mit der bereits davor bestehenden Rechtsprechung hinzugefügt, dass auch der sachlich nicht gerechtfertigte Verkauf von Waren unter dem Einstandspreis einen Missbrauch darstellen kann vergleiche zuletzt etwa OGH 1. 7. 2002 16 Ok 3/01 mwN; KOG 9. 10. 2000 16 Ok

6/00 = MuR 2000, 391 = ÖBl 2001, 133 ua; 18. 6. 1998,16 Ok 5/98 -

Power Pack II = SZ 71/103). Es handelt sich um eine Frage der Behinderung von Wettbewerbern durch ein marktbeherrschendes Unternehmen, die von der Judikatur im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH (vgl zur Maßgeblichkeit etwa SZ 71/103 ua) dahin beurteilt wurde, dass nicht jede Behinderung schon an sich als missbräuchlich anzusehen ist, aber das den Markt kontrollierende Unternehmen im besonderen Maße gehalten ist, nur leistungsgerechte Mittel einzusetzen (vgl 9. 10. 2000 16 Ok 6/00 = MuR 2000, 391 = ÖBl 2001, 133 mwN; EuGH 3. 7. 1991 - AKZO - Slg 1991 I 3359 zu Art 82 EG [ex 86]; Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Kartellrecht, 231). Art 82 EG verbietet ebenso wie § 35 KartG einem beherrschenden Unternehmen, einen Mitbewerber durch gezielte Kampfpreisunterbietung ("predatory pricing") zu verdrängen. Dies ist insbesondere dann indiziert, wenn der Verkaufspreis die eigenen durchschnittlichen variablen Kosten (Kosten, die je nach produzierten Mengen variieren) nicht erreicht. Aber auch dann, wenn die Preise unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (Fixkosten plus variable Kosten), aber über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, kann ein Missbrauch vorliegen, wenn der Antragsteller zusätzlich bescheinigt, dass die Preisfestsetzung im Rahmen einer Gesamtstrategie mit dem Ziel erfolgt, den Konkurrenten auszuschalten (vgl 9. 10. 2000 16 Ok 6/00 = MuR 2000, 391 = ÖBl 2001, 133 ua)Power Pack römisch II = SZ 71/103). Es handelt sich um eine Frage der Behinderung von Wettbewerbern durch ein marktbeherrschendes

Unternehmen, die von der Judikatur im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH vergleiche zur Maßgeblichkeit etwa SZ 71/103 ua) dahin beurteilt wurde, dass nicht jede Behinderung schon an sich als missbräuchlich anzusehen ist, aber das den Markt kontrollierende Unternehmen im besonderen Maße gehalten ist, nur leistungsgerechte Mittel einzusetzen vergleiche 9. 10. 2000 16 Ok 6/00 = MuR 2000, 391 = ÖBl 2001, 133 mwN; EuGH 3. 7. 1991 - AKZO - Slg 1991 römisch eins 3359 zu Artikel 82, EG [ex 86]; Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Kartellrecht, 231). Artikel 82, EG verbietet ebenso wie Paragraph 35, KartG einem beherrschenden Unternehmen, einen Mitbewerber durch gezielte Kampfpreisunterbietung ("predatory pricing") zu verdrängen. Dies ist insbesondere dann indiziert, wenn der Verkaufspreis die eigenen durchschnittlichen variablen Kosten (Kosten, die je nach produzierten Mengen variieren) nicht erreicht. Aber auch dann, wenn die Preise unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (Fixkosten plus variable Kosten), aber über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, kann ein Missbrauch vorliegen, wenn der Antragsteller zusätzlich bescheinigt, dass die Preisfestsetzung im Rahmen einer Gesamtstrategie mit dem Ziel erfolgt, den Konkurrenten auszuschalten vergleiche 9. 10. 2000 16 Ok 6/00 = MuR 2000, 391 = ÖBl 2001, 133 ua).

Zum Nachweis des Kosten/Preis Verhältnisses gerade im Rahmen des Provisorialverfahrens hat der Oberste Gerichtshof bereits in seiner

Entscheidung vom 26. 2. 1996 zu 16 Ok 1/96 (= WBl 1996, 251 = ÖBl

1996, 289 = MR 1996, 120) ausgeführt, dass dazu grundsätzlich nicht

die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich ist, sondern der Nachweis leichter erhebbarer Daten (damals Absenkung auf ein Sechstel des Normalpreises) ausreicht.

Auch in seiner Entscheidung vom 9. 10. 2000 16 Ok 6/00 (= ÖBl 2001, 133 = MR 2000, 391 = wbl 2001/95) hat der Oberste Gerichtshof betont, dass zwar die Antragsteller auch im kartellrechtlichen Missbrauchsverfahren grundsätzlich die anspruchsbegründenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen bzw im Provisorialverfahren zu bescheinigen haben, jedoch wegen der Beweisferne der Antragstellerin und der Beweisnähe der Antragsgegnerin im Sinne der auch sonst bestehenden Rechtsprechung (etwa im Bereich der Arzthaftung Hinweis auf SZ 67/9; DRdA 1992/48 uva) eine "Beweiserleichterung" dann eintrete, wenn sich auch die Antragsteller in einem echten Beweisbzw Bescheinigungsnotstand befinden. Da die Antragsteller die Gesamtkosten der Antragsgegner regelmäßig nicht beweisen oder bescheinigen können, reicht es, wenn sie diese in Form eines Prima-facie-Beweises zumindest mittelbar wahrscheinlich machen, etwa bei Verkäufen unter dem Einstandspreis, die Einkaufskonditionen vergleichbarer anderer Händler nachweisen. Im Provisorialverfahren dürfen an diesen Nachweis keine zu strengen Anforderungen gestellt werden. Gelingt diese Bescheinigung, so liegt es dann an der dem Beweis näheren Antragsgegnerin, zu bescheinigen, dass ihre Gesamtkosten dennoch gedeckt sind, ohne dass dabei ein exakter Nachweis der Gesamtkosten, insbesondere eine Offenlegung der Gesamtkalkulation erforderlich wäre (vgl OGH 9. 10. 2000 16 Ok 6 /00 = ÖBl 2001, 133 = MR 2000, 391 = wbl 2001/95 unter Hinweis auf Fasching, Lehrbuch ZPO2 Rz 893 ff; Rechberger, KommZPO2 Anm 22 vor § 266; Rechberger-Simotta, Grundriss Erkenntnisverfahren5 Rz 595; Rechberger in Tomandl FS 635 ff).Auch in seiner Entscheidung vom 9. 10. 2000 16 Ok 6/00 (= ÖBl 2001, 133 = MR 2000, 391 = wbl 2001/95) hat der Oberste Gerichtshof betont, dass zwar die Antragsteller auch im kartellrechtlichen Missbrauchsverfahren grundsätzlich die anspruchsbegründenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen bzw im Provisorialverfahren zu bescheinigen haben, jedoch wegen der Beweisferne der Antragstellerin und der Beweisnähe der Antragsgegnerin im Sinne der auch sonst bestehenden Rechtsprechung (etwa im Bereich der Arzthaftung Hinweis auf SZ 67/9; DRdA 1992/48 uva) eine "Beweiserleichterung" dann eintrete, wenn sich auch die Antragsteller in einem echten Beweisbzw Bescheinigungsnotstand befinden. Da die Antragsteller die Gesamtkosten der Antragsgegner regelmäßig nicht beweisen oder bescheinigen können, reicht es, wenn sie diese in Form eines Prima-facie-Beweises zumindest mittelbar wahrscheinlich machen, etwa bei Verkäufen unter dem Einstandspreis, die Einkaufskonditionen vergleichbarer anderer Händler nachweisen. Im Provisorialverfahren dürfen an diesen Nachweis keine zu strengen Anforderungen gestellt werden. Gelingt diese Bescheinigung, so liegt es dann an der dem Beweis näheren Antragsgegnerin, zu bescheinigen, dass ihre Gesamtkosten dennoch gedeckt sind, ohne dass dabei ein exakter Nachweis der Gesamtkosten, insbesondere eine Offenlegung der Gesamtkalkulation erforderlich wäre vergleiche OGH 9. 10. 2000 16 Ok 6 /00 = ÖBl 2001, 133 = MR 2000, 391 = wbl 2001/95 unter Hinweis auf Fasching, Lehrbuch ZPO2 Rz 893 ff; Rechberger, KommZPO2 Anmerkung 22 vor Paragraph 266 ;, Rechberger-Simotta, Grundriss Erkenntnisverfahren5 Rz 595; Rechberger in Tomandl FS 635 ff).

Auch das deutsche GWB kennt in seinem § 20 Abs 5 eine Beweiserleichterung. Danach hat ein marktbeherrschendes Unternehmen dann, wenn sich "auf Grund bestimmter Tatsachen nach allgemeiner Erfahrung der Anschein" ergibt, dass es seine Marktmacht insbesondere zur nicht nur gelegentlichen Behinderung kleinerer Unternehmen durch Verkauf unter dem Einstandspreis (vgl § 20 Abs 4 GWB) ausnutzt, diesen Anschein zu widerlegen und solche anspruchsbegründenden Umstände aus seinem Geschäftsbereich aufzuklären, deren Aufklärung dem betroffenen Wettbewerber nicht, dem marktbeherrschenden Unternehmen aber leicht möglich und auch zumutbar ist (vgl auch Berchtold Kartellgesetz § 20 GWB Rz 75).Auch das deutsche GWB kennt in seinem Paragraph 20, Absatz 5, eine Beweiserleichterung. Danach hat ein marktbeherrschendes Unternehmen dann, wenn sich "auf Grund bestimmter Tatsachen nach allgemeiner Erfahrung der Anschein" ergibt, dass es seine Marktmacht insbesondere zur nicht nur gelegentlichen Behinderung kleinerer Unternehmen durch Verkauf unter dem Einstandspreis vergleiche Paragraph 20, Absatz 4, GWB) ausnutzt, diesen Anschein zu widerlegen und solche anspruchsbegründenden Umstände aus seinem Geschäftsbereich aufzuklären, deren Aufklärung dem betroffenen Wettbewerber nicht, dem marktbeherrschenden Unternehmen aber leicht möglich und auch zumutbar ist vergleiche auch Berchtold Kartellgesetz Paragraph 20, GWB Rz 75).

Ob ein Prima-facie-Beweis überhaupt zulässig ist sowie dessen Grundsätze, ist als Frage der Verschiebung von Beweisthema und Beweislast eine Frage der rechtlichen Beurteilung; hingegen ist die Frage, ob nun ein typischer Geschehensablauf für den Kläger spricht oder ein anderer Geschehensablauf vom Beklagten wahrscheinlich gemacht werden konnte, eine solche der entsprechenden Tatsachenfeststellungen (vgl RIS-Justiz RS0040196 mwN zuletzt 1 Ob 54/01z; RIS-Justiz RS0022624 mwN, zuletzt 10 ObS 67/02d; zur Feststellung der konkreten Verdrängungsabsicht OGH 9. 10. 2000 16 Ok 6/00 = ÖBl 2001, 133 = MR 2000, 391 = wbl 2001/95). Das Erstgericht hat nun im Ergebnis ersichtlich nicht nur eine negative Feststellung zur Frage des Verkaufs unter den Einstandspreis getroffen, sondern es ist auch davon ausgegangen, dass einerseits die Antragstellerinnen weder ihre eigenen Einstandspreise noch jene des anderen zum Vergleich herangezogenen Mitbewerbers ausreichend bescheinigen konnten, andererseits diese Preise überhaupt nicht zum Vergleich geeignet wären, weil die Antragsgegnerinnen wegen ihres wesentlich größeren Umsatzes auch bessere Einkaufskonditionen hätten. Das zweite Argument scheint nun unter den oben dargestellten Überlegungen zur Beweiserleichterung eher problematisch, weil es für die kleineren Mitbewerber regelmäßig die Möglichkeit der Bescheinigung eines Verkaufes unter dem Einstandspreis stark erschweren wird. Vielmehr wird es jedenfalls bei deutlich von den üblichen Einkaufspreisen (vgl auch Fitz/Roth Verkauf unter dem Einstandspreis RdW 1989, 241 ff) nach unten abweichenden Verkaufspreisen des marktbeherrschenden Unternehmens an diesem liegen - wenn auch ohne exakten Nachweis der Gesamtkosten, insbesondere einer Offenlegung der Gesamtkalkulation - zumindest plausibel zu machen, woraus sich diese Abweichungen im Einzelnen ergeben. Es verbleibt jedoch als tragendes Argument, dass die Antragsteller - im Übrigen trotz entsprechender Einwendungen der Antragsgegnerinnen - selbst keine ausreichende Bescheinigung ihrer zum Vergleich herangezogenen Einkaufspreise bei den im Begehren auf einstweilige Verfügung genannten Produkten erbracht haben.Ob ein Prima-facie-Beweis überhaupt zulässig ist sowie dessen Grundsätze, ist als Frage der Verschiebung von Beweisthema und Beweislast eine Frage der rechtlichen Beurteilung; hingegen ist die Frage, ob nun ein typischer Geschehensablauf für den Kläger spricht oder ein anderer Geschehensablauf vom Beklagten wahrscheinlich gemacht werden konnte, eine solche der entsprechenden Tatsachenfeststellungen vergleiche RIS-Justiz RS0040196 mwN zuletzt 1 Ob 54/01z; RIS-Justiz RS0022624 mwN, zuletzt 10 ObS 67/02d; zur Feststellung der konkreten Verdrängungsabsicht OGH 9. 10. 200016 Ok 6/00 = ÖBl 2001, 133 = MR 2000, 391 = wbl 2001/95). Das Erstgericht hat nun im Ergebnis ersichtlich nicht nur eine negative Feststellung zur Frage des Verkaufs unter den Einstandspreis getroffen, sondern es ist auch davon ausgegangen, dass einerseits die Antragstellerinnen weder ihre eigenen Einstandspreise noch jene des anderen zum Vergleich herangezogenen Mitbewerbers ausreichend bescheinigen konnten, andererseits diese Preise überhaupt nicht zum Vergleich geeignet wären, weil die Antragsgegnerinnen wegen ihres wesentlich größeren Umsatzes auch bessere Einkaufskonditionen hätten. Das zweite Argument scheint nun unter den oben dargestellten Überlegungen zur Beweiserleichterung eher problematisch, weil es für die kleineren Mitbewerber regelmäßig die Möglichkeit der Bescheinigung eines Verkaufes unter dem Einstandspreis stark erschweren wird. Vielmehr wird es jedenfalls bei deutlich von den üblichen Einkaufspreisen vergleiche auch Fitz/Roth Verkauf unter dem Einstandspreis RdW 1989, 241 ff) nach unten abweichenden Verkaufspreisen des marktbeherrschenden Unternehmens an diesem liegen - wenn auch ohne exakten Nachweis der Gesamtkosten, insbesondere einer Offenlegung der Gesamtkalkulation - zumindest plausibel zu machen, woraus sich diese Abweichungen im Einzelnen ergeben. Es verbleibt jedoch als tragendes Argument, dass die

Antragsteller - im Übrigen trotz entsprechender Einwendungen der Antragsgegnerinnen - selbst keine ausreichende Bescheinigung ihrer zum Vergleich herangezogenen Einkaufspreise bei den im Begehren auf einstweilige Verfügung genannten Produkten erbracht haben.

Das Erstgericht hat sich mit dem dahingehenden Gutachten des Paritätischen Ausschusses und den von den Rekurswerberinnen relevierten Urkunden ausreichend auseinandergesetzt. Keiner dieser Unterlagen sind auch nur für den eigenen Bereich der Antragstellerinnen detailliertere Aufschlüsselungen und Nachweise für die Einkaufspreise der im Begehren genannten Produkte zu entnehmen. Allgemeine Einschätzungen der Antragstellerinnen oder ihrer Geschäftspartner dazu reichen nicht aus.

Die weiteren von den Antragstellerinnen begehrten Feststellungen (zur ohnehin zugestandenen Marktbeherrschung, zur räumlichen Abgrenzung des Marktes, zu allfälligen Befürchtungen der Markenartikelhersteller, zur Dauer der Aktionspreise etc) sind im Hinblick auf die mangelnde Bescheinigung des behaupteten Verkaufes unter dem Einstandspreis ohne Relevanz.

Zur formalen Frage, inwiefern es einen Verfahrensmangel bedeuten könnte, wenn das Erstgericht die Verpflichtung gegenüber dem Paritätischen Ausschuss nach - dem mittlerweile aufgehobenen - § 118 KartG nicht durchsetzt, ist hier schon deshalb nicht Stellung zu nehmen, weil im Rahmen des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur parate Bescheinigungsmittel zum Nachweis heranzuziehen sind (vgl zuletzt OGH 1. 7. 2002 16 Ok 5/02 mwN; 26. 2. 1996 zu 16 Ok 1/96 = SZ 69/47; RIS-Justiz RS0081662). Dazu gehört nun regelmäßig schon nicht die Einholung von Sachverständigengutachten, noch weniger aber die Durchsetzung von weiteren Erhebungen in diesem Zusammenhang (vgl die Unzulässigkeit der Erstreckung zur neuerlichen Ladung von Zeugen OGH 1. 7. 2002 16 Ok 5/02 mwN; RIS-Justiz RS0005289). Es verbleibt daher darauf hinzuweisen, dass insoweit eine Verpflichtung zur Beschlussfassung durch das Kartellgericht in § 118 Abs 2 KartG gar nicht vorgesehen war (vgl auch Gugerbauer Komm zum Kartellgesetz2, 386 f).Zur formalen Frage, inwiefern es einen Verfahrensmangel bedeuten könnte, wenn das Erstgericht die Verpflichtung gegenüber dem Paritätischen Ausschuss nach - dem mittlerweile aufgehobenen - Paragraph 118, KartG nicht durchsetzt, ist hier schon deshalb nicht Stellung zu nehmen, weil im Rahmen des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur parate Bescheinigungsmittel zum Nachweis heranzuziehen sind vergleiche zuletzt OGH 1. 7. 2002 16 Ok 5/02 mwN; 26. 2. 1996 zu 16 Ok 1/96 = SZ 69/47; RIS-Justiz RS0081662). Dazu gehört nun regelmäßig schon nicht die Einholung von Sachverständigengutachten, noch weniger aber die Durchsetzung von weiteren Erhebungen in diesem Zusammenhang vergleiche die Unzulässigkeit der Erstreckung zur neuerlichen Ladung von Zeugen OGH 1. 7. 2002 16 Ok 5/02 mwN; RIS-Justiz RS0005289). Es verbleibt daher darauf hinzuweisen, dass insoweit eine Verpflichtung zur Beschlussfassung durch das Kartellgericht in Paragraph 118, Absatz 2, KartG gar nicht vorgesehen war vergleiche auch Gugerbauer Komm zum Kartellgesetz2, 386 f).

Unter dem Aspekt des Antragsvorbringens und des im Provisorialverfahren bescheinigten Sachverhaltes ist also davon auszugehen, dass ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Antragsgegnerin nicht nachgewiesen wurde, weshalb der erstgerichtliche Beschluss im Ergebnis zu bestätigen war.

Anmerkung

E67917 16Ok11.02

Schlagworte

Kennung XPUBL - XBEITR Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in ÖBl 2003,244 (Barbist) = wbl 2004,43 XPUBLEND

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2002:0160OK00011.02.1216.000

Dokumentnummer

JJT_20021216_OGH0002_0160OK00011_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