jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 2000/10/9 16Ok6/00

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 09.10.2000

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Horst Schlosser als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Birgit Langer und Dr. Manfred Vogel und die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer, Dkfm. Joachim Lamel, Dkfm. Dr. Erich Zeillinger und Dkfm. Dr. Thomas Lachs als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Antragstellerin und gefährdeten Partei S***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Norbert Gugerbauer, Rechtsanwalt in Wien, wider die Antragsgegnerinnen und Gegnerinnen der gefährdeten Partei 1. K***** GmbH & Co KG, *****, 2. M***** GmbH & Co KG, *****, und 3. K***** GmbH, *****, sämtliche vertreten durch Giger, Ruggenthaler & Simon, Rechtsanwälte KG in Wien, wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und einstweiliger Verfügung, infolge des Rekurses der Zweitantragsgegnerin und Gegnerin der gefährdeten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 29. Februar 2000, GZ 26 Kt 500, 501/99-14, den Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben. Die Provisorialrechtssache wird in dem im Rekursverfahren streitverfangenen Umfang, also im Verfahren gegen die Zweitantragsgegnerin, zur Ergänzung des Verfahrens und neuerlichen Beschlussfassung an das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht zurückverwiesen.

Text

Begründung:

Die Antragstellerin ist Medieninhaberin der Tiroler Tageszeitung, die Erstantragsgegnerin Medieninhaberin der Tageszeitung Neue Kronen Zeitung und die Drittantragsgegnerin jene der Tageszeitung Kurier. Die Zweitantragsgegnerin ist Verlegerin der Tageszeitungen Neue Kronen Zeitung und Kurier und der jeweiligen in den Bundesländern erscheinenden Mutationsausgaben. Die Erst- und Drittantragsgegnerinnen sind die Muttergesellschaften der Zweitantragsgegnerin und haben diese mit der Besorgung der operativen Geschäfte beauftragt. Die Zweitantragsgegnerin ist für Vertrieb, Druck, Gestaltung und Anzeigenverkauf von Kurier und Neuer Kronen Zeitung allein zuständig und verantwortlich.

Österreichweit beträgt die Reichweite der Neuen Kronen Zeitung 43,1 %, jene des Kuriers 12 %, die der Tiroler Tageszeitung hingegen nur 4,8 %. Bezogen auf den Anteil der Gesamtbevölkerung über 14 Jahre, der überhaupt eine Tageszeitung liest, halten die Neue Kronen Zeitung und der Kurier sogar einen Marktanteil von zusammen 64,74 %. Der Auflagen-Marktanteil der Neuen Kronen Zeitung beträgt 38,91 %, jener des Kurier 11,27 % (zusammen also knapp über 50 %). Der Auflagen-Marktanteil der Antragstellerin beläuft sich hingegen nur auf 4,08 %. Bei den Werbeaufträgen jener 100 Unternehmen, die an österreichische Tageszeitungen die größten Werbeaufträge vergeben, haben die

Tageszeitungen der Antragsgegnerinnen einen Anteil von 51,75 % und vermindert um die Eigenwerbung von Medien sogar von 53,53 %. Überdies gehören die Antragsgegnerinnen zu den vier größten, am österreichischen Leser- und Anzeigenmarkt für Tageszeitungen tätigen Unternehmensgruppen, die mit ihren durchschnittlichen Tagesauflagen mehr als 80 % der durchschnittlichen Tagesauflagen sämtlicher österreichischer Tageszeitungen erreichen.

Bezogen auf Tirol beträgt die Reichweite der Neuen Kronen Zeitung 24,3 %, jene des Kurier 9,9 %, und die der Tiroler Tageszeitung 61,7

%.

Die Monatsabonnementpreise der Neuen Kronen Zeitung haben bis 26. 5. 1999 in Wien, Niederösterreich und dem Burgenland S 210,--, in Tirol und Vorarlberg hingegen S 195,-- betragen. In Tirol und Vorarlberg wurden sie ab 26. 5. 1999 auf S 165,-- und seit 1. 8. 1999 überhaupt auf S 99,-- gesenkt, hingegen seit 1. 8. 1999 in Wien, Niederösterreich und Burgenland auf S 225,-- erhöht. In den sonstigen Verbreitungsgebieten kostet ein Monatsabonnement der Neuen Kronen Zeitung S 208,-- bzw S 210,--. Ähnlich ist die Preissituation bei den Kurier-Abonnements mit S 225,-- in Wien, Niederösterreich und Burgenland sowie S 208,-- bzw S 210,-- in den übrigen Bundesländern, während es in Tirol und Vorarlberg nur S 99,-- kostet. Hingegen sind die Einzelverkaufspreise von Kurier und Kronen Zeitung im sämtlichen Bundesländern gleich.

Ein Monatsabonnement der Tiroler Tageszeitung kostet S 208,--; die Abonnementpreise der übrigen regionalen Zeitungen liegen in diesem Bereich; Presse und Standard kosten S 328,--.

Die variablen Kosten eines Monatsabonnements von Krone und Kurier (Farbe, Papier und Hauszustellung) sind unter Berücksichtigung der Anzeigenerlöse jedenfalls gedeckt. Die Gesamtkosten eines Monatsabonnements von Krone und Kurier konnten nicht festgestellt werden.

Die Antragsgegnerinnen bezwecken mit der Senkung des Abonnementpreises, in Tirol neue Abonnenten zu gewinnen. Sie haben ein bundesweites, allerdings noch nicht flächendeckend ausgebautes Hauszustellungssystem eingerichtet. Ein derartiges Hauszustellungssystem kann erst bei einer so hohen Abonnementdichte rentabel betrieben werden, die einer Reichweite von 40 bis 50 % entspricht. Es ist beabsichtigt, die Abonnementpreissenkung solange durchzuführen, bis auch in Tirol eine die Kosten der Hauszustellung deckende Reichweite erreicht wird.

Die Preissenkung des Kuriers und des Krone-Abonnements in Tirol beeinflusst die Preisgestaltung der Tiroler Tageszeitung zumindest insoweit, als sie es derzeit für nicht opportun erachtet, eine sonst übliche jährliche geringfügige Erhöhung ihres Abonnementspreises durchzuführen. Je länger der S 99,-- Abonnementpreis für die Produkte der Zweitantragsgegnerin wirksam ist, desto stärker wächst der Druck auf die Tiroler Tageszeitung, darauf mit einer eigenen Senkung der Abonnementpreise, die an sich betriebswirtschaftlich nicht sinnvoll wäre, zu reagieren, um nicht Abonnenten zu verlieren. Ob und in welchem Ausmaß der Tiroler Tageszeitung durch die Preissenkung der Zweitantragsgegnerin Abonnenten verloren gehen könnten, ist derzeit nicht absehbar. Es besteht allerdings die Gefahr, dass - auch ohne Verlust von Abonnenten - im Laufe der Zeit Einbußen der bundesweit interessierten Anzeigenkunden zu verzeichnen wären, die es sukzessive nicht mehr in diesem Ausmaß als notwendig erachten würden, außer in der Krone und im Kurier auch in der Tiroler Tageszeitung zu inserieren, wenn schon durch die Anzeige in den Produkten der Zweitantragsgegnerin ein entsprechend erhöhter Anteil des Tiroler Marktes abgedeckt wäre.

Das von der Tiroler Tageszeitung angebotene Monatsabonnement um S 100,-- gilt nur bei Gründung eines neuen Hausstands in Tirol und geht nach Ablauf eines Jahres automatisch in ein Abonnement zum Normalpreis über. Es werden jährlich rund 200 Abonnements zu diesen S 100,-- Preis abgegeben.

Die Zweitantragsgegnerin stellt mitunter in ihren eigenen Werbeaussagen einen direkten Preisvergleich zwischen den Abonnementkosten für die Tiroler Tageszeitung (S 208,--) und jenen für Krone und Kurier unter Herausstellung des sich rechnerisch ergebenden Einzelpreises von S 8,32,-- bei der Tiroler Tageszeitung und S 3,99 bei Krone/Kurier an.

Die Antragstellerin stellte folgende (in ihrer Differenzierung nur schwer nachvollziehbare) Begehren: Den Antragsgegnerinnen aufzutragen,

a) die Senkung der Abonnementpreise für die Neue Kronen Zeitung bzw Tiroler Krone bzw den Kurier in Tirol unter das vor dem 1. 8. 1999 geltende Preisniveau abzustellen;

b) die Erhöhung der Abonnementpreise für die Neue Kronen Zeitung bzw den Kurier in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland über das vor dem 1. 8. 1999 geltende Preisniveau abzustellen, in eventu

die Senkung der Abonnementpreise für die Neue Kronen Zeitung bzw Tiroler Krone bzw den Kurier in Tirol unter das vor dem 1. 8. 1999 geltende Preisniveau abzustellen; in eventu

die Erhöhung der Abonnementpreise für die Neue Kronen Zeitung bzw den Kurier in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland über das vor dem 1. 8. 1999 geltende Preisniveau abzustellen; in eventu zu Punkt b)

c) die Erhöhung der Abonnementpreise für die Neue Kronen Zeitung bzw den Kurier in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland über das vor dem 1. 8. 1999 geltende Preisniveau abzustellen, solange die Abonnementpreise für die Neue Kronen Zeitung bzw Tiroler Krone bzw den Kurier in Tirol unter das vor dem 1. 8. 1999 geltende Preisniveau abgesenkt bleiben.

Zur Sicherung ihres Anspruchs auf Untersagung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung beantragte die Antragstellerin weiters die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Sinne eines Verbots der Durchführung oder Ankündigung der vom Hauptbegehren und dem jeweiligen Eventualbegehren umfassten Preisherabsetzungen und Preiserhöhungen.

Dazu brachte sie im Wesentlichen vor, die von den Antragsgegnerinnen seit August 1999 in Tirol verrechneten Abonnementpreise deckten nicht einmal deren variable Kosten. Im Hinblick auf die derzeit noch relativ geringe Reichweite von Neuer Kronen Zeitung und Kurier in Tirol und die schwierige Erreichbarkeit einzelner Gemeinden sei vor allem die ohne regionale Einschränkung zugesagte Hauszustellung mit hohen Kosten verbunden. Die Antragsgegnerinnen betrieben eine gezielte Kampfpreisunterbietung, die einen missbräuchlichen Behinderungswettbewerb mit dem Ziel der Verdrängung der Antragstellerin von dem schon beherrschten relevanten Markt oder auf dritten Märkten darstelle. Es stünde der Anwendung von Art 82 EGV und § 35 KartG nicht entgegen, dass die missbräuchliche Kampfpreisunterbietung auf einem anderen als dem beherrschten Markt stattfinde. Unter Verdrängung sei auch nicht nur die Erzwingung des Ausscheidens des Wettbewerbs aus einem bestimmten Markt, sondern schon die Behinderung durch Beeinträchtigung des bisherigen Marktanteils eines Wettbewerbs zu verstehen. Die massive und langanhaltende Preisreduktion ziele offenkundig darauf ab, die Tiroler Tageszeitung zu verdrängen, zumal die Antragsgegnerinnen in ihren Werbeaussagen einen direkten Preisvergleich zwischen den Abonnementkosten für die Tiroler Tageszeitung und den eigenen anstellen. Die Preisspaltung stelle eine Unterart des Ausbeutungsmissbrauchs dar.Dazu brachte sie im Wesentlichen vor, die von den Antragsgegnerinnen seit August 1999 in Tirol verrechneten Abonnementpreise deckten nicht einmal deren variable Kosten. Im Hinblick auf die derzeit noch relativ geringe Reichweite von Neuer Kronen Zeitung und Kurier in Tirol und die schwierige Erreichbarkeit einzelner Gemeinden sei vor allem die ohne regionale Einschränkung zugesagte Hauszustellung mit hohen Kosten verbunden. Die Antragsgegnerinnen betrieben eine gezielte Kampfpreisunterbietung, die einen missbräuchlichen Behinderungswettbewerb mit dem Ziel der Verdrängung der Antragstellerin von dem schon beherrschten relevanten Markt oder auf dritten Märkten darstelle. Es stünde der Anwendung von Artikel 82, EGV und Paragraph 35, KartG nicht entgegen, dass die missbräuchliche Kampfpreisunterbietung auf einem anderen als dem beherrschten Markt stattfinde. Unter Verdrängung sei auch nicht nur die Erzwingung des Ausscheidens des Wettbewerbs aus einem bestimmten Markt, sondern schon die Behinderung durch Beeinträchtigung des bisherigen Marktanteils eines Wettbewerbs zu verstehen. Die massive und langanhaltende Preisreduktion ziele offenkundig darauf ab, die Tiroler Tageszeitung zu verdrängen, zumal die Antragsgegnerinnen in ihren Werbeaussagen einen direkten Preisvergleich zwischen den Abonnementkosten für die Tiroler Tageszeitung und den eigenen anstellen. Die Preisspaltung stelle eine Unterart des Ausbeutungsmissbrauchs dar.

Die Antragsgegnerinnen begehrten die Abweisung sämtlicher Anträge im Haupt- und im Provisorialverfahren. Sie wiesen darauf hin, dass die Tiroler Tageszeitung mit großem Abstand marktbeherrschendes Printmedium in Tirol sei; verstärkt werde diese Position durch die Finanzkraft ihres Mehrheitsgesellschafters, eines bedeutenden deutschen Verlags. Sie beabsichtigten, ein eigenes Hauszustellungssystem in Tirol aufzubauen. Voraussetzung dafür sei eine ausreichende Dichte an Abonnenten, sodass eine deutliche Ausweitung der Abonnenten von Tirol-Kurier und Tirol-Krone notwendig sei. Ihre Aktion zur Abonnentenwerbung sei durchaus marktüblich. Tatsächlich würden die variablen Kosten von Herstellung und Vertrieb von Kurier und Krone in Tirol durch den Verkaufspreis und die Anzeigenerlöse leicht gedeckt. Die Reduzierung des Abonnementpreises erfülle damit nicht den Tatbestand einer

Kampfpreisunterbietung. Es handle sich dabei um eine Maßnahme des Leistungswettbewerbs zur Etablierung der Marktposition gegenüber der dominanten Tiroler Tageszeitung. Im Hinblick auf den jeweiligen unterschiedlichen Regionalbezug der Berichterstattung gehörten Kurier und Krone einerseits und die Tiroler Tageszeitung andererseits anderen sachlich relevanten Märkten an, sodass sich schon daraus keine Behinderung im Wettbewerb ergeben könne. Da der räumlich relevante Markt auf Tirol beschränkt sei, fehle auch der Kausalzusammenhang zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch. Die Erst- und die Drittantragsgegnerin seien nicht passiv legitimiert, weil sie allein redaktionelle Aufgaben wahrzunehmen hätten. Die Vertriebspolitik liege zur Gänze in den Händen der Zweitantragsgegnerin. Das Erstgericht erließ aufgrund des oben wiedergegebenen Sicherungsantrags folgende einstweilige Verfügung:

"Zur Sicherung des Anspruches der Antragstellerin auf Untersagung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung wird der Zweitantragsgegnerin bis zur rechtskräftigen Beendigung dieses Verfahrens verboten, Preisherabsetzungen von Abonnements der Neuen Kronen Zeitung bzw der Tiroler Krone bzw des Kurier für das Verbreitungsgebiet des Bundeslandes Tirol durchzuführen oder anzukündigen, wenn dadurch die Differenz zu den Abonnementpreisen der Neuen Kronen Zeitung bzw des Kurier in den anderen Bundesländern 27 % übersteigt.

Die Antragstellerin wird mit ihren Haupt- und Eventualanträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung auf die oben stehende Anordnung verwiesen."

In rechtlicher Hinsicht begründete das Erstgericht die erlassene Verfügung wie folgt: Es sei nicht ernstlich in Zweifel zu ziehen, dass die Zweitantragsgegnerin auf dem gesamten inländischen Tageszeitungsmarkt eine nach den Kriterien des § 34 Abs 1 und 1a Z 1 und 3 KartG marktbeherrschende Stellung einnehme.In rechtlicher Hinsicht begründete das Erstgericht die erlassene Verfügung wie folgt: Es sei nicht ernstlich in Zweifel zu ziehen, dass die Zweitantragsgegnerin auf dem gesamten inländischen Tageszeitungsmarkt eine nach den Kriterien des Paragraph 34, Absatz eins und 1a Ziffer eins und 3 KartG marktbeherrschende Stellung einnehme.

Die Antragsgegner zögen in Zweifel, dass die Tiroler Tageszeitung und ihre Produkte überhaupt auf dem selben sachlich relevanten Markt tätig seien. Die Bestimmung des sachlich - gegenständlich relevanten Marktes werde nach dem sogenannten Bedarfsmarktkonzept durchgeführt. Bei Kurier und Kronen Zeitung werde durch die in den Bundesländern erscheinenden Mutationsausgaben mit Regionalberichterstattung ein gewisser Regionalbezug hergestellt. Zumindest im Provisorialverfahren gebe es keine ausreichenden Anhaltspunkte, dass die unterschiedliche Gewichtung des Regionalbezugs so wesentlich wäre, dass damit die funktionelle Austauschbarkeit aus der Sicht des Lesers verneint werden müsste. Mit Recht wiesen aber die Antragsgegnerinnen darauf hin, dass daneben auch der räumlich relevante Markt festzustellen sei. Dieser könne sich auf das gesamte Bundesgebiet erstrecken, könne aber auch auf einzelne regionale und lokale Teilmärkte beschränkt sein. Da die Tiroler Tageszeitung im Wesentlichen nur im Bundesland Tirol erscheine, und andererseits die inkriminierte Preissenkungsaktion der Antragsgegnerinnen auf Tirol beschränkt sei, sei im konkreten Fall der räumlich relevante Markt allein mit dem Bundesland Tirol definiert, auf dem den Antragsgegnerinnen keine marktbeherrschende Stellung zukomme. Ob auch unter diesen Voraussetzungen ein abzustellender Missbrauchstatbestand vorliegen könne, sei eng mit der Frage der Kausalität verknüpft. Das konkrete Marktverhalten bzw dessen Auswirkungen müssten durch den besonderen Handlungsspielraum des Marktbeherrschers ermöglicht worden sein, zumal unter Behinderungsmissbrauch alle Verhaltensweisen von Unternehmen in marktbeherrschender Stellung verstanden würden, mit denen diese ihre Marktstellung gegenüber Konkurrenten absicherten und verteidigten, ihren Einfluss auf Drittmärkte und auf vor- und nachgelagerte Wirtschaftsstufen zu erstrecken suchten und daher die dort tätigen Unternehmen in einer als Missbrauch zu bewertenden Weise behinderten. Gerade die marktbeherrschende Stellung der Antragsgegnerinnen im gesamten Bundesgebiet und die damit verbundene Finanzkraft ermögliche es ihnen, die inkriminierten Maßnahmen der Preissenkung in Tirol vorzunehmen. Der notwendige Kausalzusammenhang sei daher gegeben. Inwieweit diese Preissenkungsaktion im Sinne des § 35 KartG missbräuchlich sei, sei anhand der in der Entscheidung16 Ok 5/98 - "Power-Pack II" (SZ 71/103) dargelegten Grundsätze, die wiederum auf der Rechtsprechung des EuGH (insb EuGHSlg 1991 I 3359 - AZKO Chemie) beruhe, zu prüfen:Die Antragsgegner zögen in Zweifel, dass die Tiroler Tageszeitung und ihre Produkte überhaupt auf dem selben sachlich relevanten Markt tätig seien. Die Bestimmung des sachlich - gegenständlich relevanten Marktes werde nach dem sogenannten Bedarfsmarktkonzept durchgeführt. Bei Kurier und Kronen Zeitung werde durch die in den Bundesländern erscheinenden Mutationsausgaben mit Regionalberichterstattung ein gewisser Regionalbezug hergestellt. Zumindest im Provisorialverfahren gebe es keine

ausreichenden Anhaltspunkte, dass die unterschiedliche Gewichtung des Regionalbezugs so wesentlich wäre, dass damit die funktionelle Austauschbarkeit aus der Sicht des Lesers verneint werden müsste. Mit Recht wiesen aber die Antragsgegnerinnen darauf hin, dass daneben auch der räumlich relevante Markt festzustellen sei. Dieser könne sich auf das gesamte Bundesgebiet erstrecken, könne aber auch auf einzelne regionale und lokale Teilmärkte beschränkt sein. Da die Tiroler Tageszeitung im Wesentlichen nur im Bundesland Tirol erscheine, und andererseits die inkriminierte Preissenkungsaktion der Antragsgegnerinnen auf Tirol beschränkt sei, sei im konkreten Fall der räumlich relevante Markt allein mit dem Bundesland Tirol definiert, auf dem den Antragsgegnerinnen keine marktbeherrschende Stellung zukomme. Ob auch unter diesen Voraussetzungen ein abzustellender Missbrauchstatbestand vorliegen könne, sei eng mit der Frage der Kausalität verknüpft. Das konkrete Marktverhalten bzw dessen Auswirkungen müssten durch den besonderen Handlungsspielraum des Marktbeherrschers ermöglicht worden sein, zumal unter Behinderungsmissbrauch alle Verhaltensweisen von Unternehmen in marktbeherrschender Stellung verstanden würden, mit denen diese ihre Marktstellung gegenüber Konkurrenten absicherten und verteidigten, ihren Einfluss auf Drittmärkte und auf vor- und nachgelagerte Wirtschaftsstufen zu erstrecken suchten und daher die dort tätigen Unternehmen in einer als Missbrauch zu bewertenden Weise behinderten. Gerade die marktbeherrschende Stellung der Antragsgegnerinnen im gesamten Bundesgebiet und die damit verbundene Finanzkraft ermögliche es ihnen, die inkriminierten Maßnahmen der Preissenkung in Tirol vorzunehmen. Der notwendige Kausalzusammenhang sei daher gegeben. Inwieweit diese Preissenkungsaktion im Sinne des Paragraph 35, KartG missbräuchlich sei, sei anhand der in der Entscheidung 16 Ok 5/98 - "Power-Pack II" (SZ 71/103) dargelegten Grundsätze, die wiederum auf der Rechtsprechung des EuGH (insb EuGHSlg 1991 römisch eins 3359 - AZKO Chemie) beruhe, zu prüfen:

Ein Missbrauch im Sinn des Art 82 (ex 86) EG sei auch dann gegeben, wenn die Preise unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (Fixkosten plus variable Kosten), aber über den durchschnittlichen variablen Kosten lägen. In diesem Fall werde zusätzlich der Nachweis verlangt, dass die Preisfestsetzung im Rahmen einer Gesamtstrategie dem Ziel dienen solle, die Konkurrenz auszuschalten. Die Antragsgegnerinnen beriefen sich darauf, dass ihre Preissenkungsaktion durch ihre Absicht, in Tirol ein eigenes Hauszustellungssystem aufzubauen, sachlich gerechtfertigt sei. Dem sei entgegenzuhalten, dass ein Hauszustellungssystem nicht Selbstzweck sei, sondern den Zweck verfolge, gerade durch diese Serviceleistung die Abonnentenzahlen zu halten und auszuweiten. Die Erweiterung dieses Hauszustellungssystems auf das Bundesland Tirol sei daher kein ausreichendes Argument, den Einsatz nicht leistungsgerechter Mittel sachlich zu rechtfertigen oder den Anschein der Verdrängungsabsicht der Mitbewerber zu widerlegen.Ein Missbrauch im Sinn des Artikel 82, (ex 86) EG sei auch dann gegeben, wenn die Preise unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (Fixkosten plus variable Kosten), aber über den durchschnittlichen variablen Kosten lägen. In diesem Fall werde zusätzlich der Nachweis verlangt, dass die Preisfestsetzung im Rahmen einer Gesamtstrategie dem Ziel dienen solle, die Konkurrenz auszuschalten. Die Antragsgegnerinnen beriefen sich darauf, dass ihre Preissenkungsaktion durch ihre Absicht, in Tirol ein eigenes Hauszustellungssystem aufzubauen, sachlich gerechtfertigt sei. Dem sei entgegenzuhalten, dass ein Hauszustellungssystem nicht Selbstzweck sei, sondern den Zweck verfolge, gerade durch diese Serviceleistung die Abonnentenzahlen zu halten und auszuweiten. Die Erweiterung dieses Hauszustellungssystems auf das Bundesland Tirol sei daher kein ausreichendes Argument, den Einsatz nicht leistungsgerechter Mittel sachlich zu rechtfertigen oder den Anschein der Verdrängungsabsicht der Mitbewerber zu widerlegen.

Aufgrund der Ergebnisse des Bescheinigungsverfahrens stehe fest, das die variablen Kosten unter Berücksichtigung des Aspekts der Anzeigenerlöse bei Krone und Kurier jedenfalls gedeckt seien. Eine Deckung der Gesamtkosten hätten die Antragsgegnerinnen allerdings nicht zu bescheinigen vermocht, sodass zu prüfen sei, ob ihre Preissenkungsaktion Indizien für eine Verdrängungsabsicht erkennen lasse.

Für eine Verdrängungsabsicht und damit die Wettbewerbswidrigkeit einer Preisunterbietung im Rahmen des Preiskampfes seien in einer Gesamtbetrachtung alle zu berücksichtigenden Umstände entscheidend. Es liege kein Preiskampf im Sinne eines wechselseitigen Preisunterbietens vor, sondern eine einseitige Aktion der Antragsgegnerinnen. Eine Preissenkungsaktion dieses Ausmaßes und dieser Dauer könnte nicht mehr als Mittel eines leistungsgerechten Wettbewerbs akzeptiert werden und sei im Hinblick auf dominierende Position der

Antragsgegnerinnen in Gesamtösterreich zu unterbinden. Kartellrechtlich irrelevant sei allerdings die Erhöhung der Abonnementpreise in Wien, Niederösterreich und Burgenland, weil dieses Abonnement noch immer relativ billiger als die Abonnements anderer Tageszeitungen sei.

Verfehlt seien die Anträge insoweit, als sie darauf abzielten, den Antragsgegnerinnen generell Preisherabsetzungen unter das vor dem 1. 8. 1999 geltende Preisniveau für das Verbreitungsgebiet des Bundeslands Tirol zu untersagen, was jedenfalls überschießend sei. Eine derartige Bindung eines Unternehmers an einem bestimmten Mindestpreis stelle einen unzulässigen Eingriff in seine unternehmerische Dispositionsfreiheit dar.

§ 44a KartG in der Fassung der Nov 1999 ermögliche nunmehr dem Kartellgericht auch das amtswegige Einschreiten, sofern den Amtsparteien ein Antragsrecht zustehe, wenn es das Gericht im öffentlichen Interesse für notwendig halte. Da den Amtsparteien die Antragslegitimation nach § 35 KartG zukomme und ein öffentliches Interesse im Sinne eines Interesses an der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt jedenfalls zu bejahen sei, wäre im konkreten Fall angesichts des zu bejahenden Missbrauchstatbestands auch ein amtswegiges Einschreiten möglich. Es bestehe daher keine Bindung an die von der Antragstellerin formulierten Anträge auf Durchführung der zur Abstellung des Missbrauchs geeigneten Maßnahmen. Ohne in unnötiger Weise in die unternehmerische Dispositionsfreiheit der Antragsgegnerinnen einzugreifen, dennoch aber dem festgestellten Marktmissbrauch entgegenzuwirken, erscheine die Vorgabe eines relativen Rahmens, innerhalb dessen die Abonnementpreise in den einzelnen Bundesländern variieren könnten, weitaus zweckmäßiger. Der im Spruch genannte Prozentsatz orientiere sich dabei an der vor dem 1. 8. 1999 gegebenen Preisrelation, auf die auch die Antragstellerin mit ihrem Begehren abziele.Paragraph 44 a, KartG in der Fassung der Nov 1999 ermögliche nunmehr dem Kartellgericht auch das amtswegige Einschreiten, sofern den Amtsparteien ein Antragsrecht zustehe, wenn es das Gericht im öffentlichen Interesse für notwendig halte. Da den Amtsparteien die Antragslegitimation nach Paragraph 35, KartG zukomme und ein öffentliches Interesse im Sinne eines Interesses an der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt jedenfalls zu bejahen sei, wäre im konkreten Fall angesichts des zu bejahenden Missbrauchstatbestands auch ein amtswegiges Einschreiten möglich. Es bestehe daher keine Bindung an die von der Antragstellerin formulierten Anträge auf Durchführung der zur Abstellung des Missbrauchs geeigneten Maßnahmen. Ohne in unnötiger Weise in die unternehmerische Dispositionsfreiheit der Antragsgegnerinnen einzugreifen, dennoch aber dem festgestellten Marktmissbrauch entgegenzuwirken, erscheine die Vorgabe eines relativen Rahmens, innerhalb dessen die Abonnementpreise in den einzelnen Bundesländern variieren könnten, weitaus zweckmäßiger. Der im Spruch genannte Prozentsatz orientiere sich dabei an der vor dem 1. 8. 1999 gegebenen Preisrelation, auf die auch die Antragstellerin mit ihrem Begehren abziele.

Das Unterlassungsgebot sei nur gegenüber der Zweitantragsgegnerin auszusprechen, weil die Preisgestaltung allein in ihre Kompetenz falle.

Während die Antragstellerin den angefochtenen Beschluss unbekämpft ließ, sich also mit der "Umformulierung" ihres Antrags abfand (und auch keine weiteren Schritte gegen die - jedenfalls spruchmäßig - unterbliebene Erledigung ihres Sicherungsbegehrens gegenüber der Erst- und Drittantragsgegnerin unternahm), erhob die Zweitantragsgegnerin gegen diesen Beschluss Rekurs wegen Nichtigkeit, wesentlichen Verfahrensmangels und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass er aufgehoben und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewiesen werde; hilfsweise begehrt sie die Abänderung der einstweiligen Verfügung dahin, dass das Verbot nicht für zeitlich befristete Preisherabsetzungen gelte, sofern die Dauer der Preissenkung bei jedem einzelnen Abonnement nicht mehr als zwölf Monate ausmache.

Die Antragstellerin beantragte, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs der Zweitantragsgegnerin ist im Sinn der Aufhebung und Rückverweisung an das Erstgericht berechtigt.

1. Zu Recht wendet sich die Rekurswerberin gegen die auf § 44a KartG gestützte Vorgangsweise des Kartellgerichts, mit der dieses die von ihm erlassene, vom Antrag der Antragstellerin abweichende einstweilige Verfügung rechtfertigte. Das Kartellgericht hat - wie sich aus seiner Begründung deutlich ergibt - erkannt, dass es weder ein Minus zusprach, noch dem Antrag lediglich eine klarere Fassung gab, sondern ein Aliud zuerkannte, weil ihm die beantragte einstweilige Verfügung überschießend erschien und ihm die Bindung an einen relativen Rahmen, innerhalb der die Abonnementpreise in den einzelnen Bundesländern variieren dürfen, zweckmäßiger erschien. Es trifft zwar zu, dass das Kartellgericht, wenn es dies aus öffentlichem Interesse für notwendig hält, seit der mit 1. 1. 2000 in Kraft

getretenen Kartellgesetznovelle 1999 auch von Amts wegen ein Verfahren zur Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung einleiten kann. Allerdings ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass das amtswegige Einschreiten des Kartellgerichts in diesem Bereich die geringste Bedeutung haben werde, weil es hier in der Regel primär um die Interessen des einzelnen Unternehmers geht, die dieser selbst oder eine Interessenvertretung für ihn wahrnehmen kann (RV 1175 BlgNR 20. GP, 11).1. Zu Recht wendet sich die Rekurswerberin gegen die auf Paragraph 44 a, KartG gestützte Vorgangsweise des Kartellgerichts, mit der dieses die von ihm erlassene, vom Antrag der Antragstellerin abweichende einstweilige Verfügung rechtfertigte. Das Kartellgericht hat - wie sich aus seiner Begründung deutlich ergibt - erkannt, dass es weder ein Minus zusprach, noch dem Antrag lediglich eine klarere Fassung gab, sondern ein Aliud zuerkannte, weil ihm die beantragte einstweilige Verfügung überschießend erschien und ihm die Bindung an einen relativen Rahmen, innerhalb der die Abonnementpreise in den einzelnen Bundesländern variieren dürfen, zweckmäßiger erschien. Es trifft zwar zu, dass das Kartellgericht, wenn es dies aus öffentlichem Interesse für notwendig hält, seit der mit 1. 1. 2000 in Kraft getretenen Kartellgesetznovelle 1999 auch von Amts wegen ein Verfahren zur Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung einleiten kann. Allerdings ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass das amtswegige Einschreiten des Kartellgerichts in diesem Bereich die geringste Bedeutung haben werde, weil es hier in der Regel primär um die Interessen des einzelnen Unternehmers geht, die dieser selbst oder eine Interessenvertretung für ihn wahrnehmen kann (RV 1175 BlgNR 20. GP, 11).

Es mag dahingestellt bleiben, ob im vorliegenden Fall amtswegiges Einschreiten im öffentlichen Interesse notwendig ist. Nicht gebilligt kann jedenfalls die vom Kartellgericht gewählte Vorgangsweise werden.

§ 44a KartG sieht vor, dass das Kartellgericht, schreitet es von Amts wegen ein, über die Einleitung des Verfahrens mit Beschluss abzusprechen hat, wobei für den vom Gesetzgeber als am bedeutsamsten angesehenen Fall der amtswegigen Einleitung der Prüfung eines Zusammenschlusses nach § 42b KartG ausdrücklich angeordnet wurde, dass vor Einleitung des Prüfungsverfahrens eine mündliche Tagsatzung zur Erörterung der hiefür maßgeblichen Gründe anzuberaumen ist. Diese Bestimmung ist ein deutlicher Hinweis auf den ganz allgemein geltenden Grundsatz des rechtlichen Gehörs, der für ein fair trail iSd Art 6 EMRK unerlässlich ist. Auch in den übrigen Fällen der amtswegigen Einleitung des Verfahrens muss den Betroffenen jedenfalls vor Beschlussfassung in der Sache selbst rechtliches Gehör gewährt werden, zumindest in Form der Ermöglichung einer schriftlichen Stellungnahme.Paragraph 44 a, KartG sieht vor, dass das Kartellgericht, schreitet es von Amts wegen ein, über die Einleitung des Verfahrens mit Beschluss abzusprechen hat, wobei für den vom Gesetzgeber als am bedeutsamsten angesehenen Fall der amtswegigen Einleitung der Prüfung eines Zusammenschlusses nach Paragraph 42 b, KartG ausdrücklich angeordnet wurde, dass vor Einleitung des Prüfungsverfahrens eine mündliche Tagsatzung zur Erörterung der hiefür maßgeblichen Gründe anzuberaumen ist. Diese Bestimmung ist ein deutlicher Hinweis auf den ganz allgemein geltenden Grundsatz des rechtlichen Gehörs, der für ein fair trail iSd Artikel 6, EMRK unerlässlich ist. Auch in den übrigen Fällen der amtswegigen Einleitung des Verfahrens muss den Betroffenen jedenfalls vor Beschlussfassung in der Sache selbst rechtliches Gehör gewährt werden, zumindest in Form der Ermöglichung einer schriftlichen Stellungnahme.

Will das Kartellgericht neben einem auf Antrag des Betroffenen eingeleiteten Verfahren zur Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auch von Amts wegen vorgehen, kann es einen eigenen Einleitungsbeschluss fassen und sodann die Verfahren verbinden. Als zulässige Vorgangsweise wird man es wohl auch noch werten können, wenn das Kartellgericht im Rahmen des auf Antrag eingeleiteten Missbrauchsverfahrens formell bekanntgibt, dass es zusätzlich auch von Amts wegen vorgehen will, weil ihm etwa die beantragte Maßnahme zu gering, ungeeignet oder unzulässig erscheint. Es muss zur Wahrung des rechtlichen Gehörs beiden Seiten Gelegenheit geben, zu dem beabsichtigten Vorgehen Stellung zu nehmen. Dies ist hier nicht geschehen. Das Kartellgericht hat seine beabsichtigte Vorgangsweise in keiner Weise auch nur angedeutet, sondern hat vielmehr gleichsam "aus heiterem Himmel" von Amts wegen anstatt der beantragten eine abweichende, ihm zweckmäßiger erscheinende einstweilige Verfügung erlassen. Diese Vorgangsweise ist der ausdrücklich verpönten, nämlich dass das Kartellgericht ohne Einleitungsbeschluss und ohne rechtliches Gehör der Betroffenen eine Maßnahme zur Abstellung eines von ihm vermuteten Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung erließe, durchaus vergleichbar. Der angefochtene Beschluss ist daher aufzuheben und dem Kartellgericht die Fortsetzung des Verfahrens aufzutragen, in dem beiden Seiten Gelegenheit zu geben sein wird, zu den nun schon bekannten Absichten des Kartellgerichts Stellung zu

nehmen; insbesondere wird auch der Antragstellerin Gelegenheit zu geben sein, ihren Antrag zu modifizieren. Es erübrigt sich daher, zur Kritik von Nowotny/Berger (in ÖBl 1998, 3) an der Entscheidung des Kartellobergerichts vom 26. 2. 1996, 16 Ok 1/96 - "Power-Pack I" (ÖBl 1996, 289 = WBl 1996, 251), betreffend die Ausgestaltung des Untersagungsgebots (fixer Tiefstpreis oder nur relative Preissenkung gegenüber vergleichbaren Produkten) Stellung zu nehmen.

2. Im fortgesetzten Verfahren wird noch folgendes zu beachten sein:

Das Kartellgericht hat gemäß § 35 KartG die Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung anzuordnen; bei Bescheinigung des Missbrauchs können gemäß § 52 KartG einstweilige Verfügungen zur Abstellung des Missbrauchs getroffen werden. Zur Beurteilung der Frage, ob ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat, was Voraussetzung für Maßnahmen nach den §§ 35, 52 KartG ist, ist vorerst der sachlich und räumlich relevante Markt zu ermitteln. Das Erstgericht hat zutreffend den sachlich und örtlich relevanten Markt mit dem Tageszeitungsmarkt im Bundesland Tirol abgegrenzt. Im Hinblick auf die von der Antragsgegnerin vertriebenen Mutationsausgaben und die sich daraus ergebende Austauschbarkeit der Tageszeitungen aus der Sicht der Marktgegenseite sind die Produkte der Antragstellerin und der Antragsgegnerin "marktgleichwertig", nicht jedoch die elektronischen Medien; sie gehören - zumindest heutzutage - nicht zu diesem sachlich relevanten Markt, weil sie vom Durchschnittsverbraucher nicht als funktionell austauschbar angesehen werden (zum sachlich relevanten Pressemarkt vgl insb Wessely, MuR 1993, 206; zum deutschen Recht Langen/Bunte, Komm zum deutschen und europäischen Kartellrecht7 Rz 22 zu § 22 GWB). Die Ansicht, dass sich der örtlich relevante Markt nur auf das Bundesland Tirol erstreckt, wird von keiner Seite bekämpft und trifft im Hinblick auf die Lokalberichterstattung in den beteiligten Tageszeitungen, den Umstand, dass die Tiroler Tageszeitung im Wesentlichen nur im Bundesland Tirol vertrieben wird (vgl Wessely aaO und Langen/Bunte aaO Rz 27), sich die Preissenkungsaktion der Antragsgegnerin nur auf dieses Bundesland bezieht und sich daher nur dort die Antragstellerin und die Antragsgegnerin als Anbieter gegenüberstehen, auch zu. Zu Unrecht meint jedoch das Erstgericht, der Antragsgegnerin komme zwar auf dem gesamten Tageszeitungsmarkt - hat sie doch, beurteilt nach allen denkbaren Kriterien, jeweils mehr als 50 % Marktanteil - eine marktbeherrschende Stellung zu, nicht jedoch auf dem hier räumlich relevanten Markt des Bundeslands Tirol; dies ergebe sich daraus, dass zwar auch hier die in § 34 Abs 1a KartG idF Nov 1999 genannten Marktanteile überschritten würden, die Vermutung der sich daraus ergebenden marktbeherrschenden Stellung aber dadurch widerlegt werde, dass das Presseprodukt der Antragstellerin dort einen Marktanteil von mehr als 60 % habe.Das Kartellgericht hat gemäß Paragraph 35, KartG die Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung anzuordnen; bei Bescheinigung des Missbrauchs können gemäß Paragraph 52, KartG einstweilige Verfügungen zur Abstellung des Missbrauchs getroffen werden. Zur Beurteilung der Frage, ob ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat, was Voraussetzung für Maßnahmen nach den Paragraphen 35,, 52 KartG ist, ist vorerst der sachlich und räumlich relevante Markt zu ermitteln. Das Erstgericht hat zutreffend den sachlich und örtlich relevanten Markt mit dem Tageszeitungsmarkt im Bundesland Tirol abgegrenzt. Im Hinblick auf die von der Antragsgegnerin vertriebenen Mutationsausgaben und die sich daraus ergebende Austauschbarkeit der Tageszeitungen aus der Sicht der Marktgegenseite sind die Produkte der Antragstellerin und der Antragsgegnerin "marktgleichwertig", nicht jedoch die elektronischen Medien; sie gehören - zumindest heutzutage - nicht zu diesem sachlich relevanten Markt, weil sie vom Durchschnittsverbraucher nicht als funktionell austauschbar angesehen werden (zum sachlich relevanten Pressemarkt vergleiche insb Wessely, MuR 1993, 206; zum deutschen Recht Langen/Bunte, Komm zum deutschen und europäischen Kartellrecht7 Rz 22 zu Paragraph 22, GWB). Die Ansicht, dass sich der örtlich relevante Markt nur auf das Bundesland Tirol erstreckt, wird von keiner Seite bekämpft und trifft im Hinblick auf die Lokalberichterstattung in den beteiligten Tageszeitungen, den Umstand, dass die Tiroler Tageszeitung im Wesentlichen nur im Bundesland Tirol vertrieben wird vergleiche Wessely aaO und Langen/Bunte aaO Rz 27), sich die Preissenkungsaktion der Antragsgegnerin nur auf dieses Bundesland bezieht und sich daher nur dort die Antragstellerin und die Antragsgegnerin als Anbieter gegenüberstehen, auch zu. Zu Unrecht meint jedoch das Erstgericht, der Antragsgegnerin komme zwar auf dem gesamten Tageszeitungsmarkt - hat sie doch, beurteilt nach allen denkbaren Kriterien, jeweils mehr als 50 % Marktanteil - eine marktbeherrschende Stellung zu, nicht jedoch auf dem hier räumlich relevanten Markt des Bundeslands Tirol; dies ergebe sich daraus, dass zwar auch hier die in Paragraph 34, Absatz eins a, KartG in der Fassung Nov 1999 genannten Marktanteile überschritten würden, die Vermutung der sich daraus ergebenden marktbeherrschenden Stellung aber dadurch widerlegt werde, dass das Presseprodukt der Antragstellerin dort einen Marktanteil von mehr als 60 % habe.

Nach der hier bereits gemäß Art II der KartGNov 1999 maßgeblichen Neufassung des§ 34 KartG (und erst recht nach der alten Fassung, die insoweit auf örtlich relevante Teilmärkte überhaupt nicht abstellte) gilt nach § 34 Abs 1 Z 2 KartG ein Unternehmen als marktbeherrschend, das eine im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; dabei sind insbesondere die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmen, die Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie die Umstände zu berücksichtigen, die den Marktzutritt für andere Unternehmer beschränken. Wenn ein Unternehmer am gesamten inländischen Markt oder einem anderen örtlich relevanten Markt ua einen Anteil von mindestens 30 % hat (§ 34 Abs 1a Z 1 KartG), trifft ihn die Beweislast, dass die Voraussetzungen nach Abs 1 (marktbeherrschende Stellung) nicht vorliegen. Dieser Beweis kann nicht einfach dadurch erbracht werden, dass ein anderer Unternehmer an diesem Markt einen größeren Anteil (hier die Antragstellerin mit über 60 %) hat.Nach der hier bereits gemäß Art römisch II der KartGNov 1999 maßgeblichen Neufassung des Paragraph 34, KartG (und erst recht nach der alten Fassung, die insoweit auf örtlich relevante Teilmärkte überhaupt nicht abstellte) gilt nach Paragraph 34, Absatz eins, Ziffer 2, KartG ein Unternehmen als marktbeherrschend, das eine im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; dabei sind insbesondere die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmen, die Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie die Umstände zu berücksichtigen, die den Marktzutritt für andere Unternehmer beschränken. Wenn ein Unternehmer am gesamten inländischen Markt oder einem anderen örtlich relevanten Markt ua einen Anteil von mindestens 30 % hat (Paragraph 34, Absatz eins a, Ziffer eins, KartG), trifft ihn die Beweislast, dass die Voraussetzungen nach Absatz eins, (marktbeherrschende Stellung) nicht vorliegen. Dieser Beweis kann nicht einfach dadurch erbracht werden, dass ein anderer Unternehmer an diesem Markt einen größeren Anteil (hier die Antragstellerin mit über 60 %) hat.

Auf einem relevanten Markt kann es durchaus mehrere Unternehmen geben, die eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Da der Antragsgegnerin in Tirol ein Marktanteil von über 30 % zukommt, hat diese auch im Provisorialverfahren zu bescheinigen, dass ihr keine marktbeherrschende Stellung zukomme. Hiebei sind alle in § 34 Abs 1 Z 2 KartG genannten Kriterien zu berücksichtigen, die das Erstgericht - ausgehend von einer unrichtigen Rechtsauffassung - nicht erhoben hat. Insbesondere wird auf die Finanzkraft der Antragsgegnerin und darauf Bedacht zu nehmen sein, dass die Antragsgegnerin über die ihr österreichweit zur Verfügung stehenden Finanzmittel unmittelbar verfügen kann und nicht - wie etwa die Antragstellerin - auf eine allfällige Kapitalzufuhr durch ihre Gesellschafter angewiesen ist. Sollte sich im fortgesetzten Verfahren ergeben, dass der Antragsgegnerin unter diesem Gesichtspunkt auch im relevanten Raum Tirol eine marktbeherrschende Stellung zukommt, so wird zu prüfen sein, ob die Preissenkungsaktion in Tirol als missbräuchlich iSd § 35 KartG anzusehen ist. Im Ergebnis zutreffend hat das Erstgericht erkannt, dass eine Prüfung unter dem Gesichtspunkt des sog Missbrauchstransfer (vgl Immenga/Mestmäcker, Komm GWB2 Rz 125 zu § 22) ausscheidet, weil die Antragsgegnerin nicht missbräuchlich überhöhte Preise für ihre Produkte in den übrigen Bundesländern verlangt, um damit ihren Preiskampf in Tirol zu subventionieren: Sie verrechnet in den übrigen Bundesländern zwar weit höhere Preise als in Tirol; diese sind aber im Vergleich mit den Abonnementpreisen der übrigen Tageszeitungen durchaus moderat.Auf einem relevanten Markt kann es durchaus mehrere Unternehmen geben, die eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Da der Antragsgegnerin in Tirol ein Marktanteil von über 30 % zukommt, hat diese auch im Provisorialverfahren zu bescheinigen, dass ihr keine marktbeherrschende Stellung zukomme. Hiebei sind alle in Paragraph 34, Absatz eins, Ziffer 2, KartG genannten Kriterien zu berücksichtigen, die das Erstgericht - ausgehend von einer unrichtigen Rechtsauffassung - nicht erhoben hat. Insbesondere wird auf die Finanzkraft der Antragsgegnerin und darauf Bedacht zu nehmen sein, dass die Antragsgegnerin über die ihr österreichweit zur Verfügung stehenden Finanzmittel unmittelbar verfügen kann und nicht - wie etwa die Antragstellerin - auf eine allfällige Kapitalzufuhr durch ihre Gesellschafter angewiesen ist. Sollte sich im fortgesetzten Verfahren ergeben, dass der Antragsgegnerin unter diesem Gesichtspunkt auch im relevanten Raum Tirol eine marktbeherrschende Stellung zukommt, so wird zu prüfen sein, ob die Preissenkungsaktion in Tirol als missbräuchlich iSd Paragraph 35, KartG anzusehen ist. Im Ergebnis zutreffend hat das Erstgericht erkannt, dass eine Prüfung unter dem Gesichtspunkt des sog Missbrauchstransfer vergleiche Immenga/Mestmäcker, Komm GWB2 Rz 125 zu Paragraph 22,) ausscheidet, weil die Antragsgegnerin nicht missbräuchlich überhöhte Preise für ihre Produkte in den übrigen Bundesländern verlangt, um damit ihren Preiskampf in Tirol zu subventionieren: Sie verrechnet in den übrigen Bundesländern zwar weit höhere Preise als in Tirol; diese sind aber im Vergleich mit den Abonnementpreisen der übrigen Tageszeitungen durchaus moderat.

Wie das Erstgericht, gestützt auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 18. 6. 1998,16 Ok 5/98 - Power Pack

II = SZ 71/103, zutreffend dargelegt hat, ist die Behinderung von Wettbewerbern durch ein marktbeherrschendes Unternehmen im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (insb EuGH 3. 7. 1991 - AKZO - Slg 1991 I 3359) zu Art 82 EG (ex 86), der mit § 35 KartG nahezu inhaltsgleich ist und für dessen Auslegung heranzuziehen ist (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Kartellrecht 231), sowie der herrschenden Lehre (Langen/Bunte aaO Rz 180 ff zu Art 86 EGV; Grabitz/Hilf, Rz 77 zu Art 86 EGV ua) nicht schon an sich als missbräuchlich anzusehen. Starker Wettbewerb im Streben nach besserer Leistung durch alle Marktteilnehmer gehört zum Wesen eines funktionierenden Wettbewerbs. Da der Wettbewerb jedoch schon wegen der bloßen Anwesenheit des Marktbeherrschers auf dem relevanten Markt geschwächt ist, ist das den Markt kontrollierende Unternehmen im besonderen Maße gehalten, nur leistungsgerechte Mittel einzusetzen. Art 82 EG verbietet deshalb ebenso wie § 35 KartG einem beherrschenden Unternehmen, einen Mitbewerber zu verdrängen und auf diese Weise die eigene Stellung zu stärken, in dem sie zu anderen Mitteln als jenen des Leistungswettbewerbs greift (EuGH Fall AKZO Rz 70 ua). Der klassische Fall des missbräuchlichen Wettbewerbs ist die gezielte Kampfpreisunterbietung ("predatory pricing") mit dem Ziel der Verdrängung von Konkurrenten.Wie das Erstgericht, gestützt auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 18. 6. 1998, 16 Ok 5/98 - Power Pack römisch II = SZ 71/103, zutreffend dargelegt hat, ist die Behinderung von Wettbewerbern durch ein marktbeherrschendes Unternehmen im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (insb EuGH 3. 7. 1991 - AKZO - Slg 1991 römisch eins 3359) zu Artikel 82, EG (ex 86), der mit Paragraph 35, KartG nahezu inhaltsgleich ist und für dessen Auslegung heranzuziehen ist (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Kartellrecht 231), sowie der herrschenden Lehre (Langen/Bunte aaO Rz 180 ff zu Artikel 86, EGV; Grabitz/Hilf, Rz 77 zu Artikel 86, EGV ua) nicht schon an sich als missbräuchlich anzusehen. Starker Wettbewerb im Streben nach besserer Leistung durch alle Marktteilnehmer gehört zum Wesen eines funktionierenden Wettbewerbs. Da der Wettbewerb jedoch schon wegen der bloßen Anwesenheit des Marktbeherrschers auf dem relevanten Markt geschwächt ist, ist das den Markt kontrollierende Unternehmen im besonderen Maße gehalten, nur leistungsgerechte Mittel einzusetzen. Artikel 82, EG verbietet deshalb ebenso wie Paragraph 35, KartG einem beherrschenden Unternehmen, einen Mitbewerber zu verdrängen und auf diese Weise die eigene Stellung zu stärken, in dem sie zu anderen Mitteln als jenen des Leistungswettbewerbs greift (EuGH Fall AKZO Rz 70 ua). Der klassische Fall des missbräuchlichen Wettbewerbs ist die gezielte Kampfpreisunterbietung ("predatory pricing") mit dem Ziel der Verdrängung von Konkurrenten.

Zutreffend hat das Erstgericht unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH im Fall AKZO und der ihr folgenden, bereits zitierten Entscheidung "Power-Pack II" ausgeführt, dass eine missbräuchliche Preisunterbietung danach grundsätzlich vorliegt, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Erzeugnisse zu Preisen anbietet, die unter den eigenen durchschnittlichen variablen Kosten (Kosten, die je nach produzierten Mengen variieren) liegen. Dass dies hier nicht der Fall ist, ist bescheinigt.

Ein Missbrauch im Sinn des Art 82 EG (ex 86) ist aber auch dann gegeben, wenn die Preise unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (Fixkosten plus variable Kosten), aber über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen. In diesem Fall muss jedoch der Antragsteller zusätzlich beweisen bzw im Provisorialverfahren bescheinigen, dass die Preisfestsetzung im Rahmen einer Gesamtstrategie mit dem letztlich angestrebten Ziel geschieht, den Konkurrenten auszuschalten.Ein Missbrauch im Sinn des Artikel 82, EG (ex 86) ist aber auch dann gegeben, wenn die Preise unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (Fixkosten plus variable Kosten), aber über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen. In diesem Fall muss jedoch der Antragsteller zusätzlich beweisen bzw im Provisorialverfahren bescheinigen, dass die Preisfestsetzung im Rahmen einer Gesamtstrategie mit dem letztlich angestrebten Ziel geschieht, den Konkurrenten auszuschalten.

Das Erstgericht bejahte den Missbrauch der Antragsgegnerin mit dem Hinweis, dass diese die Deckung ihrer Gesamtkosten nicht habe bescheinigen können.

Die Antragsgegnerin wendet sich in ihrem Rekurs gegen diese Verteilung der Beweislast. Die Antragstellerin hätte zumindest den Anscheinsbeweis dafür erbringen müssen, dass die Vertriebs- und Anzeigenerträge der Antragsgegnerin nicht deren Gesamtkosten deckten. Die Ausführungen des Erstgerichts zu dieser Frage sind zwar einigermaßen knapp gefasst und deshalb auf den ersten Blick irreführend, im Ergebnis aber zutreffend:

Zwar hat die Antragstellerin auch im kartellrechtlichen Missbrauchsverfahren grundsätzlich die anspruchsbegründenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen bzw im Provisorialverfahren zu bescheinigen, doch ist in einem Fall wie dem vorliegenden wegen der Beweisferne der Antragstellerin und der Beweisnähe der

Antragsgegnerin im Sinne der oberstgerichtlichen Rechtsprechung (insb zur Arzthaftung [zB SZ 67/9; DRdA 1992/48 uva]) eine "Beweiserleichterung" angebracht: Die Antragstellerin befindet sich in einem echten Beweis- bzw Bescheinigungsnotstand. Da die Antragstellerin wohl außerstande ist, die Gesamtkosten der Antragsgegnerin zu beweisen oder auch nur im Rahmen des Sicherungsverfahrens zu bescheinigen, muss es in einem solchen Fall genügen, wenn sie diese Kosten in Form des prima-facie-Beweises zumindest mittelbar wahrscheinlich macht (vgl KOG 14. 12. 1993, Okt 7/93 = ÖBl 1993, 271 mwN: So genügt es etwa bei Verkäufen unter dem Einstandspreis nach§ 3a NahVG, die Einkaufskonditionen vergleichbarer anderer Händler nachzuweisen)Zwar hat die Antragstellerin auch im kartellrechtlichen Missbrauchsverfahren grundsätzlich die anspruchsbegründenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen bzw im Provisorialverfahren zu bescheinigen, doch ist in einem Fall wie dem vorliegenden wegen der Beweisferne der Antragstellerin und der Beweisnähe der Antragsgegnerin im Sinne der oberstgerichtlichen Rechtsprechung (insb zur Arzthaftung [zB SZ 67/9; DRdA 1992/48 uva]) eine "Beweiserleichterung" angebracht: Die Antragstellerin befindet sich in einem echten Beweis- bzw Bescheinigungsnotstand. Da die Antragstellerin wohl außerstande ist, die Gesamtkosten der Antragsgegnerin zu beweisen oder auch nur im Rahmen des Sicherungsverfahrens zu bescheinigen, muss es in einem solchen Fall genügen, wenn sie diese Kosten in Form des prima-facie-Beweises zumindest mittelbar wahrscheinlich macht vergleiche KOG 14. 12. 1993, Okt 7/93 = ÖBl 1993, 271 mwN: So genügt es etwa bei Verkäufen unter dem Einstandspreis nach Paragraph 3 a, NahVG, die Einkaufskonditionen vergleichbarer anderer Händler nachzuweisen).

Eine solche Bescheinigung ist der Antragstellerin jedenfalls im Provisorialverfahren, in dem keine zu strengen Anforderungen gestellt werden dürfen (dazu im Näheren 26. 2. 1996, 16 Ok 1/96 - Power-Pack I - ÖBl 1996, 289 = WBl 1996, 251), gelungen, steht doch fest, dass die Antragsgegnerin die Abonnementpreise im örtlich relevanten Markt gegenüber den Abonnementpreisen in den übrigen Bundesländern um mehr als die Häfte senkte, während sie diese in anderen Bundesländern nicht ganz unbeträchtlich erhöht hat. Dies spricht dem ersten Anschein nach dafür, dass die Gesamtkosten der Antragsgegnerin im räumlich relevanten Markt bei dieser enormen Preissenkung nicht gedeckt sind.Eine solche Bescheinigung ist der Antragstellerin jedenfalls im Provisorialverfahren, in dem keine zu strengen Anforderungen gestellt werden dürfen (dazu im Näheren 26. 2. 1996, 16 Ok 1/96 - Power-Pack römisch eins - ÖBl 1996, 289 = WBl 1996, 251), gelungen, steht doch fest, dass die Antragsgegnerin die Abonnementpreise im örtlich relevanten Markt gegenüber den Abonnementpreisen in den übrigen Bundesländern um mehr als die Häfte senkte, während sie diese in anderen Bundesländern nicht ganz unbeträchtlich erhöht hat. Dies spricht dem ersten Anschein nach dafür, dass die Gesamtkosten der Antragsgegnerin im räumlich relevanten Markt bei dieser enormen Preissenkung nicht gedeckt sind.

In einem solchen Fall liegt es an der dem Beweis näheren Antragsgegnerin zu bescheinigen, dass ihre Gesamtkosten dennoch gedeckt sind (zum prima-facie-Beweis und seiner Entkräftung im Allgemeinen vgl Fasching, Lehrbuch ZPO2 Rz 893 ff; Rechberger, KommZPO2 Anm 22 vor § 266; Rechberger-Simotta, Grundriss Erkenntnisverfahren5 Rz 595; Rechberger in Tomandl FS 635 ff). Allerdings darf auch von ihr kein exakter Nachweis der Gesamtkosten, insbesondere keine Offenlegung ihrer Gesamtkalkulation gefordert werden. Es wird im fortgesetzten Verfahren ihre Sache sein, zu entscheiden, ob sie eine solche Gegenbescheinigung erbringen will. Sollte sich hiebei ergeben, dass sie die Gegenbescheinigung nicht erbringen kann oder will, so wird im Sinne der oben zitierten Rechtsprechung bei bescheinigter Verdrängungsabsicht von einem - abzustellenden - Missbrauch auszugehen sein.In einem solchen Fall liegt es an der dem Beweis näheren Antragsgegnerin zu bescheinigen, dass ihre Gesamtkosten dennoch gedeckt sind (zum prima-facie-Beweis und seiner Entkräftung im Allgemeinen vergleiche 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). Allerdings darf auch von ihr kein exakter Nachweis der Gesamtkosten, insbesondere keine Offenlegung ihrer Gesamtkalkulation gefordert werden. Es wird im fortgesetzten Verfahren ihre Sache sein, zu entscheiden, ob sie eine solche Gegenbescheinigung erbringen will. Sollte sich hiebei ergeben, dass sie die Gegenbescheinigung nicht erbringen kann oder will, so wird im Sinne der oben zitierten Rechtsprechung bei bescheinigter Verdrängungsabsicht von einem - abzustellenden - Missbrauch auszugehen sein.

Die Antragstellerin fasst zwar den Begriff der Verdrängungsabsicht durch die Antragsgegnerin offenbar sehr weit (etwa iS Immenga/Mestmäcker aaO Rz 122 zu § 22 GWB, der aber hier wegen der abweichenden Rechtslage nicht ohne weiteres herangezogen werden kann) auf, indem sie vorbringt, es müsse auch genügen, dass sie eine Behinderung durch Beeinträchtigung ihrer bisherigen Marktanteile bescheinige, wenn diese zu "Disziplinierungszwecken" erfolge

(vgl ON 15 S12). Da diese Ausführungen die rechtliche Beurteilung betreffen, ist dies jedenfalls unschädlich, weil ihr übriges Vorbringen zur Verdrängungsabsicht insgesamt ausreichend ist.Die Antragstellerin fasst zwar den Begriff der Verdrängungsabsicht durch die Antragsgegnerin offenbar sehr weit (etwa iS Immenga/Mestmäcker aaO Rz 122 zu Paragraph 22, GWB, der aber hier wegen der abweichenden Rechtslage nicht ohne weiteres herangezogen werden kann) auf, indem sie vorbringt, es müsse auch genügen, dass sie eine Behinderung durch Beeinträchtigung ihrer bisherigen Marktanteile bescheinige, wenn diese zu "Disziplinierungszwecken" erfolge vergleiche ON 15 S12). Da diese Ausführungen die rechtliche Beurteilung betreffen, ist dies jedenfalls unschädlich, weil ihr übriges Vorbringen zur Verdrängungsabsicht insgesamt ausreichend ist.

Die Antragsgegnerin hat sich ihrerseits zur Widerlegung der Verdrängungsabsicht darauf berufen, dass es Ziel ihrer unbefristeten Maßnahme sei, ihr Hauszustellungssystem kostendeckend auch auf Tirol auszudehnen, und sie ihre Preissenkungsaktion solange fortsetzen wolle, bis sie dieses Ziel erreicht habe.

Das Erstgericht hat die Verdrängungsabsicht der Antragsgegnerin unter Berücksichtigung der hiefür nach Rechtsprechung und Lehre relevanten Indizien (vgl insb Mann/Smid, WRP 1997, 139 ff [141] mwN) bejaht. Die Erweiterung des Hauszustellungssystems auf das Bundesland Tirol sei kein ausreichendes Argument, den Einsatz nicht leistungsgerechter Mittel sachlich zu rechtfertigen oder den Anschein der Verdrängungsabsicht der Mitbewerberin zu widerlegen. Die Verdrängungsabsicht zählt zur Tatsachenebene (16 Ok 5/98 - Power-Pack II = SZ 71/103), die im kartellgerichtlichen Bescheinigungsverfahren nicht überprüft werden kann, wenn sie - wie hier - aufgrund von Zeugen- und Parteienaussagen angenommen wurde (16 Ok 20/97 = ecolex 1998, 334 ua). Schlussfolgerungen können in diesem Fall nur soweit überprüft werden, als sie den Denkgesetzen - oder allenfalls auch der allgemeinen Lebenserfahrung - widersprechen, weil eine derartige Überprüfung in den Bereich der rechtlichen Beurteilung fällt. Jedenfalls im Provisorialverfahren kann jedoch nicht von vornherein unterstellt werden, die Annahme, dass eine nach ihrer Ankündigung zeitlich nicht beschränkte Senkung der Abonnementpreise in Tirol auf weniger als die Hälfte der in den übrigen Bundesländern berechneten Abonnementpreise unter Bezugnahme auf die weit höheren Preise der Antragstellerin aus objektiver Sicht geeignet sei, deren Verdrängung vom Markt zu bewirken, verstoße gegen die Denkgesetze und die allgemeine Lebenserfahrung, weshalb die vom Erstgericht als bescheinigt angenommene Verdrängungsabsicht zu verneinen sei. Insbesondere hat die Antragstellerin plausibel dargelegt, die Verdrängung durch die Antragsgegnerin erfolge sukzessive dadurch, dass bei einem wesentlich höheren Marktanteil der Antragsgegnerin die Werbung im Medium der Antragstellerin weitgehend überflüssig werden würde, wodurch es zu einer Verringerung deren Werbeeinnahmen kommen würde, ein Umstand, der wiederum langfristig gesehen zu einer Verteuerung der Abonnementpreise führen müsse und die Gefahr des Verlustes von Abonnenten mit sich bringe.Das Erstgericht hat die Verdrängungsabsicht der Antragsgegnerin unter Berücksichtigung der hiefür nach Rechtsprechung und Lehre relevanten Indizien vergleiche insb Mann/Smid, WRP 1997, 139 ff [141] mwN) bejaht. Die Erweiterung des Hauszustellungssystems auf das Bundesland Tirol sei kein ausreichendes Argument, den Einsatz nicht leistungsgerechter Mittel sachlich zu rechtfertigen oder den Anschein der Verdrängungsabsicht der Mitbewerberin zu widerlegen. Die Verdrängungsabsicht zählt zur Tatsachenebene (16 Ok 5/98 - Power-Pack römisch II = SZ 71/103), die im kartellgerichtlichen Bescheinigungsverfahren nicht überprüft werden kann, wenn sie - wie hier - aufgrund von Zeugen- und Parteienaussagen angenommen wurde (16 Ok 20/97 = ecolex 1998, 334 ua). Schlussfolgerungen können in diesem Fall nur soweit überprüft werden, als sie den Denkgesetzen - oder allenfalls auch der allgemeinen Lebenserfahrung - widersprechen, weil eine derartige Überprüfung in den Bereich der rechtlichen Beurteilung fällt. Jedenfalls im Provisorialverfahren kann jedoch nicht von vornherein unterstellt werden, die Annahme, dass eine nach ihrer Ankündigung zeitlich nicht beschränkte Senku

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