

# TE OGH 1998/6/18 160k5/98

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.06.1998

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr.Birgit Langer als Vorsitzende sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr.Fidelis Bauer, Dkfm.Joachim Lamel, Dkfm.Alfred Reiter und Dr.Thomas Lachs als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Antragstellerin Oscar B\*\*\*\*\* GmbH & Co KG, \*\*\*\*\*, vertreten durch DDr.Christa Fries, Rechtsanwältin in Baden, wider die Antragsgegnerinnen 1) M\*\*\*\*\* Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG, \*\*\*\*\*, 2) M\*\*\*\*\* ZeitungsvertriebsgmbH & Co KG, \*\*\*\*\* und 3) M\*\*\*\*\* AnzeigengmbH & Co KG, \*\*\*\*\* alle vertreten durch Giger, Ruggenthaler & Simon, Rechtsanwälte KEG in Wien, wegen Unterlassung des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, infolge Rekurses der Antragstellerin gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 10.Dezember 1997, GZ 26 b Kt 630/97-155, den

Beschluß

gefaßt:

## **Spruch**

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

## **Text**

Begründung:

Die Antragstellerin ist Verlegerin der Tageszeitung "Der S\*\*\*\*\*". Diese Zeitung erreichte 1994 einen Marktanteil gemessen an der Druckauflage der österreichischen Tageszeitungen von 3,6 %; ihr Werbemarktanteil lag bei ca 6 %.

Die Erstantragsgegnerin ist Verlegerin der Tageszeitungen "K\*\*\*\*\*" und "N\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* Z\*\*\*\*\*" und läßt über ihre jeweils 100%igen Tochterunternehmen, die Zweit- und Drittantragsgegnerinnen, den Vertrieb bzw das Anzeigengeschäft dieser Tageszeitungen abwickeln. Die "M\*\*\*\*\*-Gruppe" erreichte mit ihren genannten Tageszeitungen auf dem österreichischen Tageszeitungs-Markt im Jahr 1994 einen ungewöhnlich hohen, auch im internationalen Vergleich als Spitzenwert geltenden Auflagenmarktanteil von 46,8 % und auf dem Anzeigenmarkt einen Marktanteil von 42 % der Werbeeinnahmen aller österreichischen Tageszeitungen. Der herausragende publizistische Wirkungsgrad beider Tageszeitungen wird darin deutlich, daß sie gemeinsam eine Reichweite von 53,3 % der Bevölkerung ab dem 14.Lebensjahr in Privathaushalten bzw von 71 % aller Tageszeitungsleser erreichten.

Am 26.9.1995 starteten die Antragsgegnerinnen eine Werbeaktion für Stelleninserate unter dem Titel "K\*\*\*\*\*-K\*\*\*\*\* Power-Pack". Diese bis 29.2.1996 befristete Aktion bot bei Schaltung eines Stelleninserates im K\*\*\*\*\* ab 1/8 Seite die Schaltung desselben Inserates in der N\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* Z\*\*\*\*\* (demnach dort auf 1/4 Seite) um den Kombi-Tarif von S

130,--/mm, wobei diese Aktion auf Samstage und hinsichtlich der N\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* Z\*\*\*\*\* auf deren Stammausgabe (Ostösterreich) beschränkt war. Der reguläre Anzeigentarif außerhalb dieser Aktion betrug im K\*\*\*\*\* S 112,--/mm, in der N\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* Z\*\*\*\*\*-Stammausgabe S 110,--/mm und im S\*\*\*\*\* S 61,--/mm.

Die Antragsgegnerinnen weigerten sich zu dieser Zeit auch einem Ansuchen der Antragstellerin um Aufnahme in das Hauszstellungs-Vertriebssystem zu marktüblichen bzw von Dritten verlangten Preisen nachzukommen.

Den inländischen Markt für Personalanzeigen beherrschte im wesentlichen die Tageszeitung N\*\*\*\*\* Ö\*\*\*\*\*, deren Erscheinen 1965 eingestellt wurde; deren Personalanzeigen-Geschäft ging praktisch nahtlos auf den K\*\*\*\*\* über. Als die N\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* Z\*\*\*\*\* 1959 in den Tageszeitungsmarkt eintrat, entwickelte sie sich zur einzigen überregionalen Tageszeitung Österreichs. Ihre Stärke lag im Bereich der Werbung für Handel und Dienstleistung. Als der S\*\*\*\*\* 1988 in den Markt eintrat, sah er sich im Bereich des Personalanzeigengeschäfts mit einem starken K\*\*\*\*\* konfrontiert. Seit dem Markteintritt des S\*\*\*\*\* kam es beim K\*\*\*\*\* kontinuierlich zu einem Leserverlust (1988/89: 1 Mio Leser, erstes Halbjahr 1997: 664.000 Leser), verbunden mit einem Verlust des Gesamtanzeigenvolumens um ca 22 bis 25 %. Da der Inseratenpreis (infolge sinkender Leserzahl und damit sinkender Erträge) beim K\*\*\*\*\* nicht gesenkt werden konnte, startete die M\*\*\*\*\*-Gruppe im Frühjahr 1995 aus betriebswirtschaftlichen Überlegungen die "Power-Pack Aktion", deren Zielrichtung es war, Marktanteile für die N\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* Z\*\*\*\*\* auf dem Markt für Stellenanzeigen hinzuzugewinnen und diesen Markt für die N\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* Z\*\*\*\*\* aufzuschließen. Daß diese Aktion von den Antragsgegnerinnen im Rahmen eines Planes zur Ausschaltung bzw wirtschaftlichen Vernichtung der Antragstellerin festgesetzt wurde, konnte das Erstgericht nicht feststellen. Die Aktion wurde gerade im Herbst gestartet, da in dieser Jahreszeit das Anzeigenvolumen hoch ist, und war mit Ende Februar des Folgejahres befristet, da - nach einem "Anzeigenloch" zu Jahresbeginn - ab März das Anzeigenaufkommen wieder steigt und die rabattierten Preise nicht in diese umsatzstarke Zeit hineingezogen werden sollten. Da der S\*\*\*\*\* auf dem Personalanzeigenmarkt der größte Konkurrent für die Zeitungen der M\*\*\*\*\*-Gruppe darstellt, wurde in der Werbung für die inkriminierte Aktion in Vergleichsdiagrammen stets der S\*\*\*\*\* als Vergleichszeitung herangezogen. Einen Zusammenhang zwischen dieser Inseratenaktion und der Weigerung der Antragsgegnerinnen, den S\*\*\*\*\* in ihr Hauszstellungs-System für Tageszeitungen aufzunehmen, konnte das Erstgericht nicht feststellen.

Die Personalaumanzeigen im Rahmen der inkriminierten Aktion, die nur an Samstagen und nur in der Stammausgabe der N\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* Z\*\*\*\*\* geschaltet wurden, wurden ausschließlich im sogenannten Vordruck zusammen mit anderen Bestandteilen der Zeitung (Gesundheitsmagazin und Karrierepool) im voraus gedruckt und dem Hauptblatt beigelegt, ohne daß dem Leser optisch die beiden Bestandteile der Zeitung bewußt werden. Diese drucktechnische Lösung ermöglichte die kostengünstige Voranfertigung des Vordrucks unter Vermeidung der Spaltenzeiten mit Maximalauslastung der Kapazitäten. Außerdem wurden einige administrative Aufgaben durch das Kombinationsangebot mit dem K\*\*\*\*\* nur einmal erledigt, so zB Rechnungslegung, Mahnung, technische Stellung der Inserate etc. Zugleich war aber die Aktion bei dieser drucktechnischen Variante auf 12 Seiten beschränkt, sodaß aus diesem Grund auch Aufträge verschoben bzw abgelehnt werden mußten, wenn dieser beschränkte Seitenraum bereits vergeben war. Die durchschnittlichen variablen Kosten eines Spaltenmillimeters einer Personalaumanzeige im Rahmen der "Power-Pack Aktion" in der N\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* Z\*\*\*\*\* lagen unter dem offerierten Anzeigenpreis von S 18,--/mm. Der Anteil der Personalaumanzeigen am gesamten Anzeigengeschäft der N\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* Z\*\*\*\*\* betrug während der gesamten Laufzeit der Aktion 1,91 % der Fläche des gesamten Anzeigenteils und 0,15 % des Anzeigenumsatzes. Aufgrund der branchenspezifischen Eigenheiten, des relativ geringen Auftragsvolumens und der kurzen Laufzeit der Aktion ist eine verursachungsgerechte Zurechnung von fixen Kosten der N\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* Z\*\*\*\*\* auf die "Power-Pack Aktion" wirtschaftlich nicht möglich.

Im Frühjahr 1995 wurde darüber berichtet, daß der Hauptgesellschafter der Antragstellerin seine Anteile an der Antragstellerin an Oskar B\*\*\*\*\* verkauft hat. Dem S\*\*\*\*\* ging es damals wirtschaftlich nicht gut. Die aushaltenden Kredite des S\*\*\*\*\* waren im Frühjahr 1995 etwa gleich hoch wie sie es heute sind; damals gab es aber große Anlaufverluste, während das Blatt heute operativ keine Verluste mehr schreibt. Auf dem Anzeigensektor funktionierte beim S\*\*\*\*\* damals im wesentlichen nur das Gebiet für Stellenmarktanzeigen, das einen Anteil von 20 bis 25 % am Anzeigenaufkommen erreichte und in einem Buch der Zeitung mit dem Titel "Karriere" erschien. Die wirtschaftlichen Auswirkungen der "Power-Pack Aktion" auf den S\*\*\*\*\* waren gering bis kaum spürbar, was von den Verantwortlichen beim S\*\*\*\*\* darauf zurückgeführt wird, daß die Aktion rasch mittels Kartellverfahren und Provisorialantrag bekämpft wurde.

Gegenstand des auf die §§ 35f KartG gestützten Marktmißbrauchsverfahrens sind einerseits die Weigerung der Antragsgegnerinnen, die Zeitung der Antragstellerin in das Hauszustellungs-Vertriebssystem zu marktüblichen bzw von Dritten verlangten Preisen aufzunehmen (dieser Verfahrensteil ist Gegenstand eines anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH), andererseits die geschilderte "Power-Pack Aktion", die auch Gegenstand eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung war. Mit Beschuß vom 26.2.1996, 16 Ok 1/96 (ÖBI 1996, 289 = WBI 1996, 251; dazu Novotny/Berger, ÖBI 1998, 3) erließ der Oberste Gerichtshof in Abänderung des erstgerichtlichen Beschlusses eine einstweilige Verfügung, in der er den Antragsgegnerinnen und Gegnerinnen der gefährdeten Partei zur Sicherung des Anspruchs der Antragstellerin und gefährdeten Partei auf Untersagung des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verbot, Preisherabsetzungen von Inseraten, insbesondere Stellenmarkt-Raumanzeigen, anzukündigen oder durchzuführen, insbesondere die bereits angekündigte Aktion "Power-Pack" durchzuführen, und die Preise für Inserate, insbesondere in den Tageszeitungen K\*\*\*\*\* und N\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* Z\*\*\*\*\* unter das am 1.1.1995 geltende Preisniveau abzusenken. Gegenstand des auf die Paragraphen 35 f, KartG gestützten Marktmißbrauchsverfahrens sind einerseits die Weigerung der Antragsgegnerinnen, die Zeitung der Antragstellerin in das Hauszustellungs-Vertriebssystem zu marktüblichen bzw von Dritten verlangten Preisen aufzunehmen (dieser Verfahrensteil ist Gegenstand eines anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH), andererseits die geschilderte "Power-Pack Aktion", die auch Gegenstand eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung war. Mit Beschuß vom 26.2.1996, 16 Ok 1/96 (ÖBI 1996, 289 = WBI 1996, 251; dazu Novotny/Berger, ÖBI 1998, 3) erließ der Oberste Gerichtshof in Abänderung des erstgerichtlichen Beschlusses eine einstweilige Verfügung, in der er den Antragsgegnerinnen und Gegnerinnen der gefährdeten Partei zur Sicherung des Anspruchs der Antragstellerin und gefährdeten Partei auf Untersagung des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verbot, Preisherabsetzungen von Inseraten, insbesondere Stellenmarkt-Raumanzeigen, anzukündigen oder durchzuführen, insbesondere die bereits angekündigte Aktion "Power-Pack" durchzuführen, und die Preise für Inserate, insbesondere in den Tageszeitungen K\*\*\*\*\* und N\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* Z\*\*\*\*\* unter das am 1.1.1995 geltende Preisniveau abzusenken.

Im Provisorialverfahren lehnte das Erstgericht die Erlassung einer einstweiligen Verfügung deshalb ab, weil es der Antragstellerin nicht gelungen sei, das entsprechende Kosten/Preis-Verhältnis bei der M\*\*\*\*\*-Gruppe zu bescheinigen; sie habe nicht glaubhaftmachen können, daß der verlangte Inseratenpreis von S 18,--/mm unter den Selbstkosten liege, diese erreiche oder nur geringfügig übersteige. Der Oberste Gerichtshof billigte im Rahmen des Provisorialverfahrens der Kosten/Preis-Relation nicht eine derart primäre Bedeutung zu und begnügte sich mit der Bescheinigung einer Preissenkung bei der N\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* Z\*\*\*\*\* auf 1/6 des Normalpreises im Rahmen der Kombi-Aktion.

Im Hauptverfahren kam das Erstgericht hingegen nach sorgfältiger Beweiswürdigung zur Erkenntnis, daß ausreichende Anhaltspunkte dafür, daß die inkriminierte Inseratenaktion Teil einer gezielten Strategie zur wirtschaftlichen Vernichtung der Antragstellerin sei, gerade noch nicht vorlägen, wenn auch verschiedene Umstände (Nichtaufnahme des S\*\*\*\*\* in die Hauszustellung der M\*\*\*\*\* zeitgleich mit dem Aktionsbeginn, zugleich Schwächeperiode beim S\*\*\*\*\* infolge Ausstiegs eines wirtschaftlich potenteren Mitgesellschafters) als massive Indizien in diese Richtung gewertet werden könnten; letztlich gab aber der Umstand den Ausschlag, daß die Antragsgegnerinnen einleuchtende betriebswirtschaftliche Gründe für ihre Aktion aufzeigen konnten, denen das Erstgericht im Zweifel Glauben schenkte, während die Antragstellerin demgegenüber den überzeugenden Beweis einer Mißbrauchsstrategie nicht erbringen konnte. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes liege dann, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Erzeugnisse zu Preisen anbiete, die unter den eigenen durchschnittlichen variablen Kosten lägen, regelmäßig ein Verstoß gegen Art 86 EGV vor. Lägen hingegen die verlangten Preise über den durchschnittlichen variablen Kosten, aber unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (also unter Einschluß der Fixkosten), gelte dasselbe nur unter der weiteren Voraussetzung, daß diese Preise Bestandteil einer auf die Vernichtung oder Behinderung von Mitbewerbern gerichteten Strategie seien. Wende man diese Grundsätze auf die inkriminierte Inseratenaktion an, bei deren Preisstellung die variablen Kosten jedenfalls gedeckt seien, scheitere die Feststellung eines kartellrechtlichen Mißbrauchstatbestandes bereits am fehlenden Nachweis einer Gesamtstrategie der Antragsgegnerinnen zur Ausschaltung der Antragstellerin, ohne daß es noch weiter darauf ankäme, ob die im Rahmen der Aktion verlangten Inseratenpreise die durchschnittlichen Gesamtkosten deckten oder nicht. Der Antrag sei daher, soweit er sich auf diesen Sachverhalt stütze, als unbegründet abzuweisen gewesen. Über den Mißbrauchsvorwurf betreffend die Nichtaufnahme des S\*\*\*\*\* in das Hauszustellungs-System der Antragsgegnerinnen werde nach Erledigung des

Vorabentscheidungsersuchens an den Europäischen Gerichtshof in einem gesonderten Beschuß zu entscheiden sein. Im Hauptverfahren kam das Erstgericht hingegen nach sorgfältiger Beweiswürdigung zur Erkenntnis, daß ausreichende Anhaltspunkte dafür, daß die inkriminierte Inseratenaktion Teil einer gezielten Strategie zur wirtschaftlichen Vernichtung der Antragstellerin sei, gerade noch nicht vorlägen, wenn auch verschiedene Umstände (Nichtaufnahme des S\*\*\*\*\* in die Hauszustellung der M\*\*\*\*\* zeitgleich mit dem Aktionsbeginn, zugleich Schwächeperiode beim S\*\*\*\*\* infolge Ausstiegs eines wirtschaftlich potenzen Mitgesellschafters) als massive Indizien in diese Richtung gewertet werden könnten; letztlich gab aber der Umstand den Ausschlag, daß die Antragsgegnerinnen einleuchtende betriebswirtschaftliche Gründe für ihre Aktion aufzeigen konnten, denen das Erstgericht im Zweifel Glauben schenkte, während die Antragstellerin demgegenüber den überzeugenden Beweis einer Mißbrauchsstrategie nicht erbringen konnte. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes liege dann, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Erzeugnisse zu Preisen anbiete, die unter den eigenen durchschnittlichen variablen Kosten lägen, regelmäßig ein Verstoß gegen Artikel 86, EGV vor. Lägen hingegen die verlangten Preise über den durchschnittlichen variablen Kosten, aber unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (also unter Einschluß der Fixkosten), gelte dasselbe nur unter der weiteren Voraussetzung, daß diese Preise Bestandteil einer auf die Vernichtung oder Behinderung von Mitbewerbern gerichteten Strategie seien. Wende man diese Grundsätze auf die inkriminierte Inseratenaktion an, bei deren Preisstellung die variablen Kosten jedenfalls gedeckt seien, scheitere die Feststellung eines kartellrechtlichen Mißbrauchstatbestandes bereits am fehlenden Nachweis einer Gesamtstrategie der Antragsgegnerinnen zur Ausschaltung der Antragstellerin, ohne daß es noch weiter darauf ankäme, ob die im Rahmen der Aktion verlangten Inseratenpreise die durchschnittlichen Gesamtkosten deckten oder nicht. Der Antrag sei daher, soweit er sich auf diesen Sachverhalt stütze, als unbegründet abzuweisen gewesen. Über den Mißbrauchsvorwurf betreffend die Nichtaufnahme des S\*\*\*\*\* in das Hauszustellungs-System der Antragsgegnerinnen werde nach Erledigung des Vorabentscheidungsersuchens an den Europäischen Gerichtshof in einem gesonderten Beschuß zu entscheiden sein.

Gegen diesen Beschuß richtet sich der Rekurs der Antragstellerin wegen Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unvollständiger Tatsachenfeststellung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschuß aufzuheben und die Rechtssache zur einheitlichen Entscheidung nach vorliegender Vorabentscheidung durch den Europäischen Gerichtshof an die erste Instanz zurückzuverweisen; hilfsweise beantragt sie den angefochtenen Beschuß aufzuheben und zur ergänzenden Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen; in eventu möge der Beschuß dahingehend abgeändert werden, daß dem Antrag stattgegeben werde.

Die Antragsgegnerinnen beantragen in ihrer Gegenäußerung, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Rekurswerberin bestreitet nicht, daß die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes - unter der Voraussetzung, daß die inkriminierte "Power-Pack Aktion" nicht Bestandteil einer Vernichtungsstrategie ist, - zutreffend ist.

Im Einklang mit der von der Lehre (Dirksen in Langen/Bunte, Komm zum deutschen und europäischen Kartellrecht Art 86 Rz 180 ff; Grabitz/Hilf EVG Art 86 Rz 77; Lenz EGV Art 86 Rz 41; Koppensteiner, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht 407 ua) gebilligten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (insb EuGHSlg 1991 I 3359- AKZO Chemie) zu Art 86 EGV, der mit § 35 KartG nahezu inhaltsgleich ist und zu dessen Auslegung heranzuziehen ist (für alle Koppensteiner aaO 231) ist die Behinderung von Wettbewerbern durch ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht per se mißbräuchlich. Starker Wettbewerb im Streben nach besserer Leistung durch alle Marktteilnehmer gehört zum Wesen eines funktionierenden Wettbewerbs. Da jedoch wegen der bloßen Anwesenheit des Marktbeherrschers auf dem relevanten Markt der Wettbewerb bereits geschwächt ist, ist das den Markt kontrollierende Unternehmen im besonderen Maße angehalten, nur leistungsgerechte Mittel einzusetzen. Art 86 verbietet es daher einem beherrschenden Unternehmen, einen Mitbewerber zu verdrängen und auf diese Weise die eigene Stellung zu stärken, in dem es zu anderen Mitteln als denjenigen des Leistungswettbewerbs greift (EuGH im Fall AKZO aaO 3455 RN 70 ua). Der klassische Fall des mißbräuchlichen Behinderungswettbewerbs ist die gezielte Kampfpreisunterbietung ("predatory pricing") mit dem Ziel der Verdrängung von Konkurrenten auf dem schon beherrschten relevanten Markt oder auf dritten Märkten. Hier nutzt das marktbeherrschende Unternehmen seine

überlegene Finanzkraft zur Ausschaltung von Wettbewerbern aus, in dem es über einen Zeitraum von gewisser Dauer unangemessen niedrige Preise praktiziert, die nicht mehr als Maßnahmen des normalen Leistungswettbewerbs erklärbar sind und deshalb erkennbar dem Ziel der Verdrängung von Wettbewerbern dienen. Zu den Kriterien für die Feststellung eines mißbräuchlichen Wettbewerbs hat der Europäische Gerichtshof in der genannten AKZO-Entscheidung ausgeführt, daß das maßgebliche Kriterium für die Annahme eines Verstoßes gegen Art 86 EGV das Kosten/Preis-Verhältnis beim Marktbeherrschender ist. Im Einklang mit der von der Lehre (Dirksen in Langen/Bunte, Komm zum deutschen und europäischen Kartellrecht Artikel 86, Rz 180 ff; Grabitz/Hilf EVG Artikel 86, Rz 77; Lenz EGV Artikel 86, Rz 41; Koppensteiner, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht 407 ua) gebilligten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (insb EuGHSlg 1991 römisch eins 3359-AKZO Chemie) zu Artikel 86, EGV, der mit Paragraph 35, KartG nahezu inhaltsgleich ist und zu dessen Auslegung heranzuziehen ist (für alle Koppensteiner aaO 231) ist die Behinderung von Wettbewerbern durch ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht per se mißbräuchlich. Starker Wettbewerb im Streben nach besserer Leistung durch alle Marktteilnehmer gehört zum Wesen eines funktionierenden Wettbewerbs. Da jedoch wegen der bloßen Anwesenheit des Marktbeherrschers auf dem relevanten Markt der Wettbewerb bereits geschwächt ist, ist das den Markt kontrollierende Unternehmen im besonderen Maße angehalten, nur leistungsgerechte Mittel einzusetzen. Artikel 86, verbietet es daher einem beherrschenden Unternehmen, einen Mitbewerber zu verdrängen und auf diese Weise die eigene Stellung zu stärken, in dem es zu anderen Mitteln als denjenigen des Leistungswettbewerbs greift (EuGH im Fall AKZO aaO 3455 RN 70 ua). Der klassische Fall des mißbräuchlichen Behinderungswettbewerbs ist die gezielte Kampfpreisunterbietung ("predatory pricing") mit dem Ziel der Verdrängung von Konkurrenten auf dem schon beherrschten relevanten Markt oder auf dritten Märkten. Hier nutzt das marktbeherrschende Unternehmen seine überlegene Finanzkraft zur Ausschaltung von Wettbewerbern aus, in dem es über einen Zeitraum von gewisser Dauer unangemessen niedrige Preise praktiziert, die nicht mehr als Maßnahmen des normalen Leistungswettbewerbs erklärbar sind und deshalb erkennbar dem Ziel der Verdrängung von Wettbewerbern dienen. Zu den Kriterien für die Feststellung eines mißbräuchlichen Wettbewerbs hat der Europäische Gerichtshof in der genannten AKZO-Entscheidung ausgeführt, daß das maßgebliche Kriterium für die Annahme eines Verstoßes gegen Artikel 86, EGV das Kosten/Preis-Verhältnis beim Marktbeherrschender ist.

Eine mißbräuchliche Preisunterbietung liegt danach grundsätzlich vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Erzeugnisse zu Preisen anbietet, die unter den eigenen durchschnittlichen variablen Kosten (den Kosten, die je nach produzierten Mengen variieren) liegen; in einem solchen Fall erleidet das Unternehmen einen Verlust in Höhe der gesamten, vom Umfang der Produktion unabhängigen Fixkosten sowie eines Teils der variablen Kosten je produzierter Einheit; eine solche Preispolitik ist mit den Prinzipien eines leistungsorientierten Wettbewerbs nicht zu vereinbaren und lässt sich nur damit erklären, daß das marktbeherrschende Unternehmen das Ziel verfolgt, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, um anschließend seine Preise unter Ausnutzung der dann erworbenen Stellung wieder anzuheben (EuGH aaO RN 71).

Ein Mißbrauch im Sinn des Art 86 ist aber auch dann gegeben, wenn die Preise unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (Fixkosten plus variable Kosten), aber über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen; auch eine solche Preispolitik kann andere, ebenso leistungsfähige, aber finanziell schwächere Unternehmen vom Markt verdrängen; in diesem Fall wird jedoch zusätzlich der Nachweis verlangt, daß die Preisfestsetzung im Rahmen einer Gesamtstrategie dem Ziel dienen soll, die Konkurrenz auszuschalten (EuGH aaO RN 72; Ein Mißbrauch im Sinn des Artikel 86, ist aber auch dann gegeben, wenn die Preise unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (Fixkosten plus variable Kosten), aber über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen; auch eine solche Preispolitik kann andere, ebenso leistungsfähige, aber finanziell schwächere Unternehmen vom Markt verdrängen; in diesem Fall wird jedoch zusätzlich der Nachweis verlangt, daß die Preisfestsetzung im Rahmen einer Gesamtstrategie dem Ziel dienen soll, die Konkurrenz auszuschalten (EuGH aaO RN 72;

zur Abgrenzung zwischen Fixkosten und variablen Kosten aaO 3460 ff;

zur Preisunterbietung bei Presseprodukten mit neuesten Beispielen aus der deutschen Rechtsprechung jüngst Mann/Smid WRP 1997, 139).

Da die von den Antragsgegnerinnen verlangten Annoncenpreise die variablen Kosten jedenfalls decken, scheidet der erstgenannte, rein am Kostenfaktor orientierte Tatbestand aus. Ob die verlangten Annoncenpreise die durchschnittlichen Gesamtkosten decken, konnte aus den vom Erstgericht genannten Gründen auch von einem

Sachverständigen nicht festgestellt werden. Dies ist solange ohne Bedeutung, als nicht feststeht, daß die "Power-Pack Aktion" im Rahmen einer Gesamtstrategie der Ausschaltung der Antragstellerin dienen sollte.

Folgerichtig legt die Rekurswerberin den Schwerpunkt ihrer Rekursausführungen auch darauf, eine solche Vernichtungsstrategie der Antragsgegnerinnen nachzuweisen und versucht dies durch einen nunmehr erstmals im Rekursverfahren behaupteten - vom Erstgericht aber im Rahmen der Tatsachenfeststellung ausdrücklich verneinten - Zusammenhang zwischen der Inseratenaktion und der Weigerung der Antragsgegnerinnen, den S\*\*\*\*\* in die Hauszustellung für Tageszeitungen aufzunehmen, nachzuweisen. Sie meint, beide Aktionen stünden im untrennbaren Zusammenhang, weshalb auch eine getrennte Entscheidung unzulässig und somit der angefochtene Beschuß nichtig sei, weil das Gericht bei Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens hinsichtlich der Hauszustellung gemäß § 90a GOG keine Entscheidung mehr hinsichtlich der Annoncenpreise hätte treffen dürfen. Folgerichtig legt die Rekurswerberin den Schwerpunkt ihrer Rekursausführungen auch darauf, eine solche Vernichtungsstrategie der Antragsgegnerinnen nachzuweisen und versucht dies durch einen nunmehr erstmals im Rekursverfahren behaupteten - vom Erstgericht aber im Rahmen der Tatsachenfeststellung ausdrücklich verneinten - Zusammenhang zwischen der Inseratenaktion und der Weigerung der Antragsgegnerinnen, den S\*\*\*\*\* in die Hauszustellung für Tageszeitungen aufzunehmen, nachzuweisen. Sie meint, beide Aktionen stünden im untrennbaren Zusammenhang, weshalb auch eine getrennte Entscheidung unzulässig und somit der angefochtene Beschuß nichtig sei, weil das Gericht bei Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens hinsichtlich der Hauszustellung gemäß Paragraph 90 a, GOG keine Entscheidung mehr hinsichtlich der Annoncenpreise hätte treffen dürfen.

Bei der Behauptung der Antragstellerin, es liege ein untrennbarer Zusammenhang zwischen den beiden beanstandeten Aktionen vor, handelt es sich um eine auch im Kartellverfahren unzulässige Neuerung. Im Rekursverfahren in Kartellsachen können die Parteien, wie auch sonst im Außerstreitverfahren (§ 43 KartG), das vorliegende Tatsachenmaterial ergänzen oder berichtigen, sie dürfen aber nicht von den bisherigen Behauptungen abweichende Tatsachenbehauptungen oder solche vortragen, die bisher überhaupt noch nicht aufgestellt worden sind (SZ 47/141 ua). Nur in diesem Umfang besteht im Rekursverfahren gegen Kartellentscheidungen kein Neuerungsverbot (KOG Okt 3/93, ÖBI 1993, 124). Die Antragstellerin hat im gesamten bisherigen Verfahren niemals behauptet, daß diese beiden Elemente einen einheitlichen Sachverhalt bildeten. Von Anfang an hat die Antragstellerin die Frage der Hauszustellung ganz deutlich von der "Power-Pack Aktion" getrennt und Untersagungsanträge eingebracht, die keinerlei Bezug auf einander nehmen. Sie hat die getrennte Behandlung der beiden Ansprüche auch nie beanstandet, solange dies zu ihrem Vorteil war; anderenfalls hätte nämlich die von ihr beantragte einstweilige Verfügung nie - jedenfalls nicht in der getroffenen Art - erlassen werden dürfen. Auf diesen angeblich unzertrennbaren Sachzusammenhang ist daher nicht weiter einzugehen, weshalb auch die Entscheidung des Erstgerichtes nicht deshalb nichtig ist, weil sie gemäß § 90a GOG nicht vor Einlangen der Vorabentscheidung im zweiten inkriminierten Fall (Hauszustellung) hätte ergehen dürfen. Da nur eine objektive Antragshäufung vorliegt, war die Entscheidung über den spruchreifen Teil zulässig, mag er auch für die Antragstellerin im Ergebnis unerfreulich sein, weil sie dadurch die Geltung der für sie günstigen einstweiligen Verfügung nicht weiter hinausschieben kann. Bei der Behauptung der Antragstellerin, es liege ein untrennbarer Zusammenhang zwischen den beiden beanstandeten Aktionen vor, handelt es sich um eine auch im Kartellverfahren unzulässige Neuerung. Im Rekursverfahren in Kartellsachen können die Parteien, wie auch sonst im Außerstreitverfahren (Paragraph 43, KartG), das vorliegende Tatsachenmaterial ergänzen oder berichtigen, sie dürfen aber nicht von den bisherigen Behauptungen abweichende Tatsachenbehauptungen oder solche vortragen, die bisher überhaupt noch nicht aufgestellt worden sind (SZ 47/141 ua). Nur in diesem Umfang besteht im Rekursverfahren gegen Kartellentscheidungen kein Neuerungsverbot (KOG Okt 3/93, ÖBI 1993, 124). Die Antragstellerin hat im gesamten bisherigen Verfahren niemals behauptet, daß diese beiden Elemente einen einheitlichen Sachverhalt bildeten. Von Anfang an hat die Antragstellerin die Frage der Hauszustellung ganz deutlich von der "Power-Pack Aktion" getrennt und Untersagungsanträge eingebracht, die keinerlei Bezug auf einander nehmen. Sie hat die getrennte Behandlung der beiden Ansprüche auch nie beanstandet, solange dies zu ihrem Vorteil war; anderenfalls hätte nämlich die von ihr beantragte einstweilige Verfügung nie - jedenfalls nicht in der getroffenen Art - erlassen werden dürfen. Auf diesen angeblich unzertrennbaren Sachzusammenhang ist daher nicht weiter einzugehen, weshalb auch die Entscheidung des Erstgerichtes nicht deshalb nichtig ist, weil sie gemäß Paragraph 90 a, GOG nicht vor Einlangen der Vorabentscheidung im zweiten inkriminierten Fall (Hauszustellung) hätte ergehen dürfen. Da nur eine objektive Antragshäufung vorliegt, war die Entscheidung über den spruchreifen Teil zulässig, mag er auch für die Antragstellerin im Ergebnis unerfreulich sein, weil sie dadurch die Geltung der für sie günstigen einstweiligen

Verfügung nicht weiter hinausschieben kann.

Hinzu kommt, daß die Feststellung, daß ein Zusammenhang zwischen der Inseratenaktion und der Verweigerung der Aufnahme in das Hauszustellungs-System nicht festgestellt werden kann, auf der Tatsachenebene liegt, die vom Obersten Gerichtshof als Rekursgericht in Kartellrechtssachen im vorliegenden Fall jedenfalls nicht überprüft werden kann, weil sie das Erstgericht aufgrund von vor ihm abgelegter Zeugenaussagen getroffen hat. Die in den Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes vom 17.12.1997, 16 Ok 20/97 (ecolex 1998, 334) und 16 Ok 22/97, für die Überprüfungsmöglichkeit der Beweiswürdigung im kartellrechtlichen Bescheinigungsverfahren dargelegten Grundsätze haben aus den dort ausführlich dargelegten Gründen nämlich auch für das Hauptverfahren zu gelten:

Grund für die mangelnde Überprüfbarkeit der Tatsachenfeststellungen ist auch hier, daß dann, wenn die Vorinstanz Zeugen oder Parteien selbst vernommen und eine erhebliche Tatsachenannahme darauf gegründet hat, bei widersprechenden Aussagen letztlich der persönliche Eindruck von der Fähigkeit und dem Willen der einen oder anderen vernommenen Person zur objektiv wahrheitsgemäßen Wiedergabe von Zuständen oder Geschehensabläufen für die Beweiswürdigung ausschlaggebend war. Wenn das Rekursgericht aufgrund der vom Rechtsmittelwerber in seiner Rechtsmittelschrift ausgeführten Argumente Bedenken gegen eine solche Beweiswürdigung hegt, muß es, um diese auf die gerügte Fehlerhaftigkeit prüfen zu können, die Möglichkeit haben, auch selbst den für die Beweiswürdigung angeführten persönlichen Eindruck von der Glaubwürdigkeit (nicht des bekundeten Zustandes oder Vorganges, sondern) der aussagenden Personen zu gewinnen. Dazu reicht die Verlesung der über die Aussage aufgenommenen Protokolle gerade nicht. Daraus folgt, daß eine derartige Überprüfung der Beweiswürdigung ausgeschlossen ist, wo verfahrensrechtlich die Voraussetzung einer neuerlichen Vernehmung nicht erfüllbar sind (so auch OGH in 1 Ob 507/96 für die Überprüfungsmöglichkeit durch das Rekursgericht in einem normalen dreinstanzlichen Außerstreitverfahren). Wenn auch der Oberste Gerichtshof in Kartellrechtssachen als zweite (und zugleich letzte) Instanz tätig wird, können die in der genannten - allerdings vereinzelt gebliebenen - Entscheidung für in sonstigen dreinstanzlichen Außerstreitverfahren gezogenen Schlußfolgerungen - durch Analogieschluß gewonnene Möglichkeit einer mündlichen Rekursverhandlung in Außerstreitverfahren in zweiter Instanz und damit Möglichkeit, die Beweiswürdigung durch Beweiswiederholung zu überprüfen - jedenfalls nicht auf das kartellrechtliche Rekursverfahren vor dem Obersten Gerichtshof übertragen werden, sodaß sich eine weitere Auseinandersetzung mit dieser Ansicht erübrigt. Seit der Einbeziehung der kartellrechtlichen Verfahren in die ordentliche Gerichtsbarkeit durch die KartG-Nov 1995 ist der Oberste Gerichtshof auch in dieser Funktion Höchstgericht. Eine mündliche Rekursverhandlung vor dem Obersten Gerichtshof ist jedenfalls nicht vorgesehen. Dies ist auch systemgerecht, weil seine Anrufung mangels anderer Regelung im KartG (§ 43) nur aus den in § 15 AußStrG genannten Gründen zulässig ist, wozu die Überprüfung der Beweiswürdigung gerade nicht zählt. Daher ist auch im außerstreitigen kartellrechtlichen Hauptverfahren eine Überprüfung der Beweiswürdigung jedenfalls soweit unzulässig, als die Tatsachenfeststellungen in erster Instanz nicht nur aufgrund der Aktenlage getroffen wurden. Grund für die mangelnde Überprüfbarkeit der Tatsachenfeststellungen ist auch hier, daß dann, wenn die Vorinstanz Zeugen oder Parteien selbst vernommen und eine erhebliche Tatsachenannahme darauf gegründet hat, bei widersprechenden Aussagen letztlich der persönliche Eindruck von der Fähigkeit und dem Willen der einen oder anderen vernommenen Person zur objektiv wahrheitsgemäßen Wiedergabe von Zuständen oder Geschehensabläufen für die Beweiswürdigung ausschlaggebend war. Wenn das Rekursgericht aufgrund der vom Rechtsmittelwerber in seiner Rechtsmittelschrift ausgeführten Argumente Bedenken gegen eine solche Beweiswürdigung hegt, muß es, um diese auf die gerügte Fehlerhaftigkeit prüfen zu können, die Möglichkeit haben, auch selbst den für die Beweiswürdigung angeführten persönlichen Eindruck von der Glaubwürdigkeit (nicht des bekundeten Zustandes oder Vorganges, sondern) der aussagenden Personen zu gewinnen. Dazu reicht die Verlesung der über die Aussage aufgenommenen Protokolle gerade nicht. Daraus folgt, daß eine derartige Überprüfung der Beweiswürdigung ausgeschlossen ist, wo verfahrensrechtlich die Voraussetzung einer neuerlichen Vernehmung nicht erfüllbar sind (so auch OGH in 1 Ob 507/96 für die Überprüfungsmöglichkeit durch das Rekursgericht in einem normalen dreinstanzlichen Außerstreitverfahren). Wenn auch der Oberste Gerichtshof in Kartellrechtssachen als zweite (und zugleich letzte) Instanz tätig wird, können die in der genannten - allerdings vereinzelt gebliebenen - Entscheidung für in sonstigen dreinstanzlichen Außerstreitverfahren gezogenen Schlußfolgerungen - durch Analogieschluß gewonnene Möglichkeit einer mündlichen Rekursverhandlung in Außerstreitverfahren in zweiter Instanz und damit Möglichkeit, die Beweiswürdigung durch Beweiswiederholung zu überprüfen - jedenfalls nicht auf das kartellrechtliche Rekursverfahren vor dem Obersten Gerichtshof übertragen werden, sodaß sich eine weitere Auseinandersetzung mit dieser Ansicht erübrigt. Seit der Einbeziehung der

kartellrechtlichen Verfahren in die ordentliche Gerichtsbarkeit durch die KartG-Nov 1995 ist der Oberste Gerichtshof auch in dieser Funktion Höchstgericht. Eine mündliche Rekursverhandlung vor dem Obersten Gerichtshof ist jedenfalls nicht vorgesehen. Dies ist auch systemgerecht, weil seine Anrufung mangels anderer Regelung im KartG (Paragraph 43,) nur aus den in Paragraph 15, AußStrG genannten Gründen zulässig ist, wozu die Überprüfung der Beweiswürdigung gerade nicht zählt. Daher ist auch im außerstreitigen kartellrechtlichen Hauptverfahren eine Überprüfung der Beweiswürdigung jedenfalls soweit unzulässig, als die Tatsachenfeststellungen in erster Instanz nicht nur aufgrund der Aktenlage getroffen wurden.

Im übrigen steht die Tatsache der Weigerung der Antragsgegnerinnen, die Antragstellerin in ihr Hauszustellungs-System aufzunehmen, unstrittig fest; Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens ist nur, ob bzw unter welchen Voraussetzungen eine solche Vorgangsweise kartellrechtlich zulässig oder unzulässig ist. Das Erstgericht hat den Umstand, daß die Weigerung ungefähr zeitgleich mit dem Beginn der "Power-Pack Aktion" erfolgte, ohnedies bei der Abwägung der Tatsachenfeststellung, ob die Antragsgegnerinnen eine gezielte Vernichtungsstrategie betrieben, mitberücksichtigt (S 9).

Bei der Frage, ob die Antragsgegnerinnen die "Power-Pack Aktion" im Rahmen einer Gesamtstrategie mit dem Ziel, die Antragstellerin als Konkurrentin auszuschalten, getroffen hat, ob sie also in geplanter Vernichtungsabsicht gehandelt hat, handelt es sich ebenfalls um eine Tatsachenfeststellung. Welche Absicht eine Partei mit bestimmten Willenserklärungen oder Handlungen verband, ist nach ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung stets eine Tatfrage, die grundsätzlich nicht revisibel ist (JBl 1947/309; SZ 49/43; JBl 1983, 444; NZ 1984, 192; 1989, 98 uva).

Eine solche Absicht ist aus den oben angeführten Gründen auch in kartellrechtlichen Rekursverfahren vor dem Obersten Gerichtshof jedenfalls soweit unüberprüfbar, als die Feststellungen auch aufgrund von vor dem Erstgericht abgelegten Zeugen- und Parteinaussagen getroffen wurde, was aber hier der Fall ist. Schlußfolgerungen könnten in diesem Fall nur soweit überprüft werden, als sie den Denkgesetzen - oder allenfalls auch der allgemeinen Lebenserfahrung - widersprächen (4 Ob 303/74), weil eine derartige Überprüfung in den Bereich der rechtlichen Beurteilung fiele. Davon kann aber hier keine Rede sein. Den Antragsgegnerinnen ist es - im Gegensatz zum Provisorialverfahren - im Rahmen des Hauptverfahrens nämlich gelungen, einleuchtende betriebswirtschaftliche Gründe für ihre "Power-Pack-Aktion" nachzuweisen (siehe S 6 f des erstgerichtlichen Beschlusses), die für das Erstgericht den Ausschlag für ihre Feststellung gaben, daß das Vorliegen einer gezielten Vernichtungsstrategie nicht festgestellt werden kann (S 6 und 9).

Hieraus folgt, daß auch der Oberste Gerichtshof von der fehlenden Vernichtungsabsicht auszugehen hat. Dies führt, wie oben ausgeführt, zwangsläufig zur Bestätigung des erstgerichtlichen Beschlusses.

#### **Anmerkung**

E50567 16P00058

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

ECLI:AT:OGH0002:1998:0160OK00005.98.0618.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19980618\_OGH0002\_0160OK00005\_9800000\_000

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