jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 2009/3/25 16Ok1/09

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 25.03.2009

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Kartellobergericht durch die Präsidentin Hon.-Prof. Dr. Griss als Vorsitzende, die Hofräte Dr. Vogel und Univ.-Prof. Dr. Kodek sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Bauer und Dr. Haas als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Antragstellerin P*****, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die Antragsgegnerin E*****, vertreten durch Ferner Hornung & Partner Rechtsanwälte GmbH in Salzburg, wegen §§ 26, 48 KartG über den Rekurs der Antragstellerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 23. Oktober 2008, GZ 25 Kt 35, 36/08-6, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Text

Begründung:

Die Antragstellerin errichtet derzeit in der Gemeinde W***** am Standort des ehemaligen Einkaufszentrums „A*****" ein Einkaufszentrum in Form eines „Factory Outlet Centers", wobei auf 28.000 m2 Fläche 140 Geschäfte beherbergt werden sollen. Die Eröffnung ist für 2009 geplant. Die Antragsgegnerin betreibt das 3 bis 4 km entfernte und 1997 eröffnete Einkaufszentrum „E*****" mit einer vermieteten Fläche von 50.700 m2 und über 130 Geschäften. In Bestandverträgen hat die Antragsgegnerin als Bestandgeberin Radiusklauseln aufgenommen, die es den jeweiligen Bestandnehmern ihrer Geschäftsflächen verbieten, in einem bestimmten Umkreis um den E***** herum ein gleichartiges oder ähnliches Geschäft wie im E***** (indirekt oder direkt) zu betreiben oder sich an solchen Unternehmen zu beteiligen oder sonst mitzuwirken. Das geplante Factory Outlet Center der Antragstellerin fällt in diesen Umkreis.

Die Antragstellerin begehrt, gestützt auf Art 81 EGV bzw§ 1 KartG, es der Antragsgegnerin zu untersagen, in Verträgen mit den Bestandnehmern des E*****s eine Klausel vorzusehen oder sich gegenüber den Bestandnehmern auf eine Klausel zu berufen, wonach dem Bestandnehmer in einem Umkreis von vier Kilometern um den E***** herum und am Standort des heutigen A*****-Centers und den umliegenden Fachmarktagglomerationen untersagt wird, ein gleichartiges oder ähnliches Geschäft, wie er es im E***** unterhält bzw zu unterhalten beabsichtigt, neu zu betreiben, und zwar weder direkt selbst noch indirekt (zB durch einen Franchisepartner etc), oder sich an einem solchen Unternehmen zu beteiligen oder in irgendwelcher Form an einem solchen Betrieb mitzuwirken oder einen Standort in einem Factory Outlet Center im Umkreis von 50 km um den E***** zu betreiben oder sich an einem solchen zu beteiligen sowie Klauseln mit gleicher Zweckbestimmung oder Wirkung vorzusehen. Weiters stellt sie einen inhaltsgleichen Sicherungsantrag.

Die Radiusklauseln der Antragsgegnerin hätten besondere wettbewerbsbeschränkende Wirkungen und seien für das Factory Outlet Center existenzbedrohend. Ihre Sogwirkung erfasse auch andere, an sich nicht gebundene Bestandnehmer. Die Dringlichkeit sei offensichtlich, weil das Factory Outlet Center bis zur Eröffnung sogenannte „Ankermarken" gewinnen müsse. Beide Parteien seien am selben sachlich relevanten Produktmarkt (Markt für Verpachtung von Geschäftsräumlichkeiten für Modemarkenwaren in Einkaufszentren) tätig. Darüber hinaus konkurrierten die Parteien auch im Endverbrauchermarkt. Es bestehe kein Zweifel, dass sich - bezogen auf den örtlich relevanten Markt - die Einzugsgebiete überschnitten, wobei die Antragstellerin von einem Einzugsgebiet von bis zu 90 Minuten Pkw-Fahrzeit ausging. Die Marktstellung der Antragsgegnerin sei im Hinblick auf die Flächen und die Anzahl der Bestandgeber „herausragend". Diese Stellung werde durch den Umstand verstärkt, dass die Antragsgegnerin der S*****-Gruppe angehöre. Die Radiusklausel in den Bestandverträgen sei Ausdruck eines gewollten Zusammenwirkens und verstoße gegen das Kartellverbot iSd § 1 KartG bzw Art 81 EGV. Die Marktzutrittschancen anderer Betreiber eines Einkaufszentrums würden verringert bzw verhindert. Auch sei der bestehende Wettbewerb durch andere bereits bestehende Einkaufszentren beschränkt. Ein ganzer Absatzkanal werde behindert, das Angebot eines neuen Warensegments verhindert. Zudem komme es bei den gebundenen Marken auch zu einer Beschränkung des Intra-brand Wettbewerbs durch die Bestandnehmer. Die von der Antragsgegnerin abgeschlossenen Verträge seien in einem Gesamtzusammenhang zu sehen. Dabei sei vor allem die Agglomerationswirkung besonders schädlich.

Die Antragsgegnerin beantragt die Abweisung des Hauptbegehrens sowie des Sicherungsantrags. Hilfsweise wird beantragt, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur gegen den Erlag einer Sicherheitsleistung von 200 Mio EUR zu bewilligen.

Aufgrund des Vorbringens der Antragstellerin sei nur zu prüfen, ob gegen das Kartellverbot nach§ 1 KartG bzw Art 81 EGV verstoßen werde. Die Antragsgegnerin habe in den E***** bisher mehr als 200 Mio Euro investiert. Es sei richtig, dass die Antragsgegnerin versuche, Radiusklauseln zu vereinbaren. Deren Inhalt unterscheide sich je nach individueller Vereinbarung. Sie dienten dazu, den besonderen Wert von E***** abzusichern. Zum sachlich relevanten Markt vertrat die Antragsgegnerin, dass dieser der Markt für die Verpachtung von Geschäftsräumlichkeiten für den Handel und handelsnahe Dienstleistungen sei. In Übereinstimmung mit dem Vorbringen der Antragstellerin ging auch die Antragsgegnerin für den örtlichen Markt eines Einkaufszentrums von einem Einzugsgebiet von 90 Minuten Pkw-Fahrzeit aus. Der realistische Marktanteil der Antragsgegnerin sei „sehr gering" und liege weit unter 5 %. Die Radiusklauseln seien zulässig, weil die Bestandnehmer keinen gemeinsamen Willen zum Ausdruck brächten. Zudem unterlägen Bestandverträge nicht dem Kartellverbot. Auch unter Anwendung der Bündeltheorie des EuGH komme es zu keiner erheblichen Marktabschottung.

Die Bundeswettbewerbsbehörde schloss sich dem Vorbringen der Antragstellerin an und brachte ergänzend vor, sie habe bereits im März 2008 in dieser Rechtssache ein Ermittlungsverfahren eingeleitet. Die Bestandverträge mit Standardklauseln bzw Radiusklauseln seien geeignet, den Wettbewerb auf den Märkten der Bestandnehmer wesentlich zu beeinträchtigen.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab. Es erscheine fraglich, ob man im Hinblick auf die gänzlich unterschiedliche Interessenlage der Antragsgegnerin einerseits und der jeweiligen Bestandgeber andererseits bei der Vereinbarung einer Radiusklausel überhaupt von einer Vereinbarung iSd § 1 KartG sprechen könne. Die Zielrichtung einer Kartellvereinbarung, nämlich die bezweckte oder bewirkte Einschränkung, Verhinderung oder Verfälschung des Wettbewerbs (vgl § 1 Abs 1 KartG und Art 81 EGV), schließe es grundsätzlich aus, dass die an einem Kartell beteiligten Unternehmer gegenläufige Interessen verfolgen. Ohne ein gemeinsames Interesse sei nämlich ein aufeinander abgestimmtes Verhalten, ein kollusives Zusammenspiel zwischen Unternehmern oder eine Vereinbarung, jeweils mit der Zielrichtung, den Wettbewerb zu beschränken, kaum denkbar. Selbst wenn man aber von einer Vereinbarung ausgehe, die den Tatbestand eines Kartells iSd § 1 KartG erfüllt, wäre für die Antragstellerin im Ergebnis nichts gewonnen. Die Erwägung der Kommission zur Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen, VO Nr 2790/1999, dass Miet- und Pachtverträge „als solche" nicht unter die Freistellung fallen, „da der Lieferant keine Waren oder Dienstleistungen an den Käufer verkauft", könne nicht zur Begründung dafür herangezogen werden, dass Miet- und Pachtverträge per se keine Vereinbarung iSd Art 81 EGV bzw § 1 KartG sein könnten.

Von einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs sei aber nur dann auszugehen, wenn eine Vereinbarung zwischen Unternehmern dazu führe, dass die Beteiligten marktrelevante Verhaltensmöglichkeiten, die

sie ohne die Vereinbarung hätten, nicht mehr wahrnehmen könnten. Der bloße Eingriff in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen am Markt reiche für die Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung noch nicht aus. Die Absprache müsse auch geeignet sein, sich spürbar negativ auf die Marktverhältnisse auszuwirken. Im vorliegenden Fall sei aber offensichtlich, dass ein einzelner zwischen der Antragsgegnerin und einem Bestandnehmer abgeschlossener Pachtvertrag mit einer Radiusklausel nicht geeignet sei, den Markteintritt eines anderen Einkaufszentrums zu erschweren, da er für sich genommen gar nicht das Gewicht und die Bedeutung dafür habe. Auch die Anwendung der sogenannten „Bündeltheorie" ändere daran nichts. Dabei werde vom Gedanken ausgegangen, dass Einzelverträge nicht aus ihrem wirtschaftlichen Gesamtzusammenhang gerissen werden dürfen, um ein Schutzdefizit zu vermeiden. Auch Absprachen, die - isoliert betrachtet - unbedeutend sein mögen, würden unter bestimmten Voraussetzungen als kartellverbotswidrig angesehen, wenn sie in ein Netz gleichartiger Vereinbarungen der gleichen oder dritter Unternehmen eingebettet sind. Für die Frage, ab wann von einer erheblichen Marktabschließungswirkung auszugehen sei, könne als Orientierungshilfe die Erwägung der Kommission in der de minimis-Bekanntmachung dienen. Demnach sei es „unwahrscheinlich, dass ein kumulativer Abschottungseffekt vorliegt, wenn weniger als 30 % des relevanten Marktes von nebeneinander bestehenden (Netzen von) Vereinbarungen, die ähnliche Wirkungen auf dem Markt haben, abgedeckt werden".

Im vorliegenden Fall könne jedenfalls im Provisorialverfahren nicht ansatzweise davon ausgegangen werden, dass dieser Wert durch die Vertragsnetze der Antragsgegnerin erreicht werde. Wie aus vergleichbaren Verfahren bekannt sei, sei der sachlich relevante Markt nicht nur auf Einkaufszentren beschränkt, sondern umfasse auch andere größere Einkaufsagglomerationen (wie zB die Einkaufsstraßen der Städte im Einzugsgebiet). Unter Berücksichtigung eines Einzugsgebiets von 90 Pkw-Fahrminuten, in dem sich unstrittig auch noch etliche andere Einkaufsagglomerationen (inklusive jener in der Stadt S*****) befänden, könne nicht davon ausgegangen werden, dass diese Schwelle erreicht werde.

Außerdem dürfe eine einstweilige Verfügung der endgültigen Entscheidung grundsätzlich nicht vorgreifen. Es dürfe keine Sachlage geschaffen werden, die im Fall eines die einstweilige Verfügung nicht rechtfertigenden Urteils nicht rückgängig gemacht werden könne. Die Antragstellerin trachte danach, noch vor Eröffnung ihres neues Factory Outlet Centers entsprechende Pachtverträge (auch) mit derzeit an die Radiusklausel gebundenen Pächtern der Antragsgegnerin oder mit Franchisepartnern der Pächter abzuschließen. Eine spätere Abweisung ihres Sachantrags könnte die nun abgeschlossenen Bestandverträge nicht mehr in einer wirtschaftlich vertretbaren Weise aus der Welt schaffen. Im Zeitpunkt der Abschließung der Bestandverträge mit der Antragstellerin rechtfertigte die einstweilige Verfügung das an sich vertragswidrige Vorgehen der Pächter. Auch aus diesem Grund komme die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht in Betracht.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs der Antragstellerin ist nicht berechtigt.

1.1. Zwar kann der Auffassung des Erstgerichts, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung hätte im vorliegenden Fall irreversible Auswirkungen, sodass deren Erlassung schon aus diesem Grund unzulässig sei, nicht beigetreten werden. Grundsätzlich darf eine einstweilige Verfügung der Endentscheidung nicht vorgreifen; durch sie darf nicht das bewilligt werden, was die gefährdete Partei erst im Wege der Exekution erzwingen könnte (E. Kodek in Angst, EO2 § 378 Rz 7).

1.2. Dieser Grundsatz gilt im Provisorialverfahren allerdings nicht generell, sondern nur für einstweilige Verfügungen nach § 379 und nach § 381 Z 1 EO, nicht aber für solche nach § 381 Z 2 EO (E. Kodek in Angst, EO2 § 378 Rz 7; Sailer in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO § 381 Rz 4; 4 Ob 14/94 = ÖBl 1995, 21 -Werbesekunden). Dient die einstweilige Verfügung zur Verhütung drohender Gewalt oder zur Abwendung eines drohenden und unwiederbringlichen Schadens iSd § 381 Z 2 EO, dann kann sie auch bewilligt werden, wenn sie sich mit dem im Hauptverfahren angestrebten Ziel deckt (E. Kodek in Angst, EO2 § 378 Rz 7; Sailer in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO § 381 Rz 4 mwN).

1.3. Grundsätzlich zutreffend hat das Erstgericht erkannt, dass auch einstweilige Verfügungen nach § 48 KartG an diesen Maßstäben zu messen sind. Unter den genannten Voraussetzungen darf daher auch im Kartellverfahren eine einstweilige Verfügung ausnahmsweise der endgültigen Entscheidung vorgreifen (Solé in Petsche/Urlesberger/Vartian, KartG 2005 § 48 Rz 12). Auch bei einstweiligen Verfügungen nach § 381 Z 2 EO darf aber nach herrschender Auffassung

keine Sachlage geschaffen werden, die im Fall eines die einstweilige Verfügung nicht rechtfertigenden Urteils nicht rückgängig gemacht werden kann (E. Kodek in Angst, EO2 § 378 Rz 7; Sailer in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO § 381 Rz 4; 4 Ob 180/99w - Format; 4 Ob 134/06v uva).

1.4. In diesem Sinne kann daher nicht verboten werden, im Geschäftsverkehr die registrierte Firma zu verwenden oder gar geboten werden, eine Firma im Firmenbuch löschen zu lassen (E. Kodek in Angst, EO2 § 378 Rz 7; 3 Ob 727/54 = SZ 27/317 = ÖBl 1955, 13; 4 Ob 321/73 = ÖBl 1974, 35; 4 Ob 339/98a); ebenso wenig kann der Vergabestelle für Domains die Löschung der Domain aufgetragen werden (4 Ob 166/00s = ecolex 2001/54 [Schanda] = MR 2000, 328 [Pilz] = ÖBl 2001, 30 [Schramböck] = WBl 2001/69 [Thiele] - fpo.at). Ebenso kommt ein einstweiliges Verbot an den ORF nicht in Frage, die Buchung von Werbespots über ein bestimmtes Limit hinaus abzulehnen, würde doch bei späterer Aberkennung dieses Unterlassungsanspruchs der von der gefährdeten Partei erzielte Erfolg nicht mehr aus der Welt zu schaffen sein (4 Ob 14/94 = EvBl 1994/115 = MR 1994, 78 = ÖBl 1995, 21 - Werbesekunden). Auch würde die Erlassung eines Beschäftigungsverbots einen unumkehrbaren Zustand schaffen, wenn es dazu führt, dass das Beschäftigungsverhältnis gelöst wird (4 Ob 90/95 = ÖBl 1996, 127 - Feuerlöschgeräte).

1.5. Grundsätzlich hat freilich jede einstweilige Verfügung Auswirkungen, die nachträglich nicht völlig aus der Welt geschafft werden können. So konnte der Gegner der gerichtlich verwahrten Sache diese für einige Zeit nicht verwenden; bei Sperre eines Kontos kann der Antragsgegner kein Geld beheben etc (Zackl, Einstweilige Verfügungen und [Un-]Zulässigkeit unwiederbringlicher Eilmaßnahmen, ÖJZ 2005/2 [15]). Unzulässig sind allerdings nur solche Provisorialmaßnahmen, die unwiederbringliche Eingriffe in die Rechtssphäre des Gegners nach sich ziehen (Zackl aaO 16). Es geht also nicht um zeitweilige Beeinträchtigungen, wie sie bei einstweiligen Verfügungen unvermeidbar sind, sondern um irreparable Konsequenzen bestimmter Anordnungen (Zackl aaO 16).

1.6. Von den angeführten Fällen unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt deutlich. Es wird keineswegs unwiederbringlich in die Rechtssphäre der Antragsgegnerin eingegriffen. Vielmehr muss jedem Pächter klar sein, dass die einstweilige Verfügung nur ein vorläufiges Verbot an die Antragsgegnerin begründet, sich auf die Radiusklausel zu berufen. Damit unterliegt es der eigenen wirtschaftlichen Disposition jedes Pächters und seiner Einschätzung der Chancen im vorliegenden Verfahren, ob er im Fall der Erlassung einer einstweiligen Verfügung einen Pachtvertrag mit einem anderen Einkaufszentrum abschließt. Der Abschluss eines derartigen Vertrags wäre keineswegs zwingende Folge einer Stattgebung des Sicherungsantrags, sondern würde durch dessen Stattgebung bloß ermöglicht. Jeder Pächter hätte es selbst in der Hand, die Chancen und Risken einer derartigen Vorgangsweise abzuschätzen und zu entscheiden, ob er trotz einer vertraglich vereinbarten Radiusklausel vor Ergehen einer Endentscheidung bloß aufgrund eines einstweiligen Verbots, sich auf diese Klausel zu berufen, einen Pachtvertrag abschließt oder nicht. Ein endgültig sanktionsloser Ausstieg aus den vereinbarten Radiusklauseln würde durch die beantragte einstweilige Verfügung nicht ermöglicht. Insoweit gehen die Ausführungen in der Rekursbeantwortung ins Leere. Die dort zitierte Entscheidung 16 Ok 9/03 - Power Pack IV betrifft im Übrigen nur die Anwendbarkeit des § 394 EO auf das kartellrechtliche Sicherungsverfahren, nicht die hier zu beurteilende Frage der zulässigen Reichweite von Sicherungsmaßnahmen.

2.1. Zutreffend wendet sich die Rekurswerberin auch gegen die Rechtsauffassung des Erstgerichts, eine in einem Bestandvertrag enthaltene Radiusklausel sei keine „Vereinbarung" iSd Art 81 EG. Für eine Vereinbarung nach dieser Bestimmung genügt, dass eine Klausel Ausdruck des Willens der Vertragsparteien ist (EuGH 11. 1. 1990, Slg 1990, I-45, Sandoz Prodotti Farmaceutici Spa/Kommission; 29. 10. 1980, Slg 1980, 3125, Van Landewyk/Kommission). Erforderlich ist lediglich, dass zwei oder mehrere Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck bringen, sich auf dem Markt in bestimmter Weise zu verhalten (EuGH 15. 7. 1970, Slg 1970, 769 [803], Chinin-Boehringer; EuGH 3. 12. 2003, Slg 2003, II-5141, VW-Händlerverträge; EuGH 11. 12. 2003, Slg 2003, II-5225, Rn 20 - Martines), mag die Willensübereinstimmung ausdrücklich oder konkludent, schriftlich oder formlos zustande gekommen sein (Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht4 EG/Teil 1, Art 81 EG Rz 65 f; Eilmansberger in Streinz, EUV/EGV Art 81 Rz 1).

2.2. Welchen Zweck die Beteiligten mit dieser Vereinbarung verfolgen oder ob sich ein Unternehmen freiwillig oder unter dem Druck der anderen Seite an der Vereinbarung beteiligt, ist dabei unerheblich (Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art 81 Abs 1 Rz 65; Eilmansberger in Streinz, EUV/EGV Art 81 Rz 3; Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht4 EG/Teil 1, Art 81 EG Rz 65 f). Auch eine wirtschaftliche Abhängigkeit des einen Vertragspartners vom anderen schließt das Vorliegen einer Vereinbarung iSd Art 81 EG noch nicht aus (EuGH 12. 7. 1979, Slg 1979, 2435, BMW Belgium ua/Kommission; vgl auch Langen/Bunte, Kommentar zum

deutschen und europäischen Kartellrecht II Art 81 Rz 17).

2.3. Begriff und Inhalt der Vereinbarung sind objektiv zu verstehen, auf subjektive Intentionen, innere Vorbehalte oder unterlassene Mitwirkung kommt es nicht an. Wusste der Unternehmer oder musste er wissen, dass die Absprache, an der er sich beteiligt, Teil eines Gesamtplans ist, trägt er Verantwortung für den Gesamtplan (Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht4 EG/Teil 1, Art 81 EG Rz 67 f). Entgegen der Ansicht des Erstgerichts kommt es daher auf die unterschiedlichen Interessenlagen der Bestandnehmer und ihren mangelnden Einfluss darauf, mit wem die Antragsgegnerinnen Radiusklauseln vereinbaren, nicht an.

3. Eine Einschränkung der Handlungsfreiheit beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen in Form von Alleinbezugsverpflichtungen, Wettbewerbsverboten oder langfristigen Abnahmeverpflichtungen bewirkt nicht automatisch eine Wettbewerbsbeschränkung iSd Art 81 EG. Dabei ist vielmehr maßgeblich auf die marktabschottende Wirkung der Vereinbarung insofern abzustellen, als sie in Verbindung mit anderen Verträgen dieses Typs die Möglichkeiten Dritter zum Markteintritt oder zur Ausweitung von Marktanteilen spürbar beeinträchtigt (Eilmansberger in Streinz, EUV/EGV Art 81 Rz 51). Bei langfristigen Liefer- und Bezugsverträgen, die im Ergebnis eine Ausschließlichkeitsbindung bewirken, sah die Europäische Kommission - abgesehen vom Energiewirtschaftssektor - eine marktschließende Wirkung bereits bei zeitlichen Bindungen zwischen vier und sechs Jahren als gegeben an (Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht4 EG/Teil 1, Art 81 EG Rz 153).

4.1. Die erforderliche Spürbarkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung kann bei Alleinbezugsvereinbarungen auch von Bündeln gleicher Vereinbarungen ausgehen (sogenannte Bündeltheorie). Bindungen dieses Typs gelten dann als wettbewerbsbeschränkend, wenn die betreffende Vereinbarung isoliert oder gemeinsam mit anderen Verträgen des Vertragsbündels einen spürbaren Beitrag zur Marktabschottung leistet. In Rz 8 der Bagatellbekanntmachung der Europäischen Kommission werden dafür eigene Marktanteilsschwellen angeführt, und zwar 5 % des relevanten Markts sowohl für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern als auch zwischen Nichtwettbewerbern, und 30 % bei nebeneinander bestehenden (Netzen von) Vereinbarungen, die ähnliche Wirkungen auf den Markt haben.

4.2. Das Erstgericht hat den Sicherungsantrag vor allem deshalb abgewiesen, weil die Radiusklausel nicht in erheblichem Maße zur Marktabschottung beiträgt. Insoweit billigt der Oberste Gerichtshof die Rechtsansicht des Erstgerichts sowohl im Ergebnis als auch in der methodischen Ableitung, sodass vollinhaltlich darauf verwiesen werden kann (§ 60 Abs 2 AußStrG).

4.3. Die Beurteilung des sachlich betroffenen Markts wird nach Lehre und Rechtsprechung nach dem Bedarfsmarktkonzept durchgeführt, das im österreichischen Kartellgesetz in § 23 gesetzlich verankert ist (16 Ok 20/04 - Multiplex I, 16 Ok 14/04 - Postzeitungsversand; uva). Derselbe Markt liegt vor, wenn sich die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen in ihren für die Deckung desselben Bedarfs wesentlichen Eigenschaften von anderen unterscheiden, sich also - aus Sicht der Bedarfsträger als Marktgegenseite - beliebig gegeneinander austauschen lassen (16 Ok 20/04, 16 Ok 14/04 uva). Entscheidend ist die (funktionelle) Austauschbarkeit der Waren bzw Leistungen aus Sicht der Marktgegenseite (16 Ok 9/01 - W-Beteiligungsgesellschaft I ua). Ein sachlich relevanter Markt nach dem Bedarfsmarktkonzept liegt daher vor, wenn sich die zu untersuchenden Waren oder Dienstleistungen durch besondere Merkmale in ihrer für die Bedarfsdeckung wesentlichen Beschaffenheit von anderen spürbar unterscheiden. Wesentlich ist eine hinreichende Austausch- bzw Subsituierbarkeit (Urlesberger/Haid in Petsche/Urlesberger/Vartian, Kartellgesetz, § 23 Rz 5 f).

4.4. Die Frage der Marktabgrenzung ist Tatfrage, soweit es dabei um die Feststellung objektiv überprüfbarer Abgrenzungskriterien geht, sie ist Rechtsfrage, soweit es um eine Bewertung der der Marktabgrenzung zugrunde gelegten Methode geht (16 Ok 15/08). Das Erstgericht sah es hier unter Berufung auf die Ergebnisse eines Parallelverfahrens als gerichtsbekannt an, dass sich der sachlich relevante Markt nicht nur auf Einkaufszentren beschränkt, sondern auch andere größere Einkaufsagglomerationen im Einzugsgebiet umfasst wie zB Einkaufsstraßen der Städte.

4.5. Dem setzt die Rekurswerberin lediglich den Verweis auf ihr eigenes Antragsvorbringen sowie den Hinweis auf die Notwendigkeit eines „Branchenmix" entgegen. Gerade ein derartiger Branchenmix ist aber regelmäßig auch in innerstädtischen Einkaufsagglomerationen anzutreffen. Aufgrund welcher Bescheinigungsergebnisse das Erstgericht hier auf der Tatsachenebene zu einem anderen Ergebnis hätte gelangen sollen, ist dem Rekurs nicht zu entnehmen. Auch vermag der Rekurs keine konkreten Angebote von (paraten) Bescheinigungsmitteln anzuführen, deren

Aufnahme durch das Erstgericht zu einem anderen Ergebnis geführt hätte. Dass sich im Einzugsgebiet von 90 Fahrminuten mehrere Einkaufsagglomerationen befinden, wird im Rekurs nicht bestritten. Die Rekurswerberin sprach in ihrem Antrag auch nur von einer „herausragenden" Marktstellung der Antragsgegnerin. Nach der aktenkundigen Aufstellung von Einkaufszentren in Oberösterreich und Salzburg beträgt der Anteil der Antragsgegnerin an der Verkaufsfläche aber nur 7,66 %. Berücksichtigt man noch, dass zumindest Teile Südbayerns auch im Einzugsbereich liegen, ergibt sich eine weitere Reduktion.

4.6. Erstmals in ihrem Rekurs vertritt die Rekurswerberin den Rechtsstandpunkt, zur Beurteilung des Überschreitens der Schwelle von 30 % müssten auch die Radiusklauseln anderer Betreiber berücksichtigt werden. Abgesehen davon, dass die Antragstellerin im Verfahren erster Instanz keine diesbezüglichen Behauptungen erhoben hat, liegen hierzu auch keine paraten Bescheinigungsmittel vor, zumal aus den vorgelegten Urkunden auch nicht ansatzweise zu entnehmen ist, inwieweit auch - nach der Rechtsansicht der Antragstellerin bei der Prüfung der Erheblichkeitsschwelle zu berücksichtigende - andere Betreiber von Einkaufszentren derartige Radiusklauseln vereinbart haben.

4.7. Mangels entsprechenden Antragsvorbringens war das Erstgericht auch nicht verpflichtet, von Amts wegen diesbezügliche Feststellungen zu treffen. Im Verfahren über die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gilt nämlich der Untersuchungsgrundsatz nach ständiger Rechtsprechung nicht (Okt 1/89, Okt 2/89). Selbst wenn man mit Solé (Das Verfahren vor dem Kartellgericht Rz 350) von der Geltung eines eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes ausginge, wären im Provisiorialverfahren jedoch jedenfalls nur parate Bescheinigungsmittel zu berücksichtigen. Für die von der Rekurswerberin vermissten „Erhebungen" des Erstgerichts zur Klärung der Frage, bei welchen ihrer Bestandnehmer die Antragsgegnerin eine Radiusklausel in den Bestandvertrag aufgenommen hat, und zum Vorliegen anderer Vertragsnetze mit Radiusklauseln auf dem relevanten Markt bestand daher im Provisorialverfahren kein Anlass.

4.8. Damit ist in Übereinstimmung mit der Rechtsansicht des Erstgerichts davon auszugehen, dass Vereinbarungen von Radiusklauseln im vorliegenden Fall im Sinne der Entscheidung des EuGH vom 28. 2. 1991, C-234/89 - Delimitis (Rn 27) nicht „in erheblichem Maße zu der Abschottungswirkung beitragen, die das Bündel dieser Verträge aufgrund ihres wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhanges entfaltet".

5. Der angefochtene Beschluss erweist sich daher als frei von Rechtsirrtum, sodass dem unbegründeten Rekurs ein Erfolg zu versagen war.

Textnummer

E90586

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2009:0160OK00001.09.0325.000

Im RIS seit

24.04.2009

Zuletzt aktualisiert am

13.12.2013

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