

Gericht

OGH

Dokumenttyp

Entscheidungstext

Fundstelle

wbl 2016,55/15 - wbl 2016/15 = RdW 2016/73 S 111 - RdW 2016,111 = ÖZK 2016,37 (Gruber, Rechtsprechungsübersicht) = Lindner, ÖZK 2016,193 - Radiusklausel V - SSNIP-Test

Geschäftszahl

16Ok6/15s

Entscheidungsdatum

08.10.2015

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Kartellgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Schramm und Dr. E. Solé und die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Haas und Dr. Dernoscheg als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Bundeswettbewerbsbehörde, 1020 Wien, Praterstraße 31, in Fortsetzung des Antrags der Antragstellerinnen 1. „J*****“ *****gesellschaft m.b.H., und 2. U***** gesellschaft m.b.H., *****, beide vertreten durch Mag. Dr. Axel Reidlinger, Rechtsanwalt in Wien, gegen die Antragsgegnerin P***** KG., *****, vertreten durch 1. Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH in Wien und 2. Dr. Michael Metzler, Rechtsanwalt in Linz, wegen Abstellung gemäß § 26 KartG, über den Rekurs der Bundeswettbewerbsbehörde gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 23. Jänner 2015, GZ 25 Kt 7/09-249, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Text

Begründung:

Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Erstgericht die von den Antragstellerinnen zurückgezogenen, aber von der Bundeswettbewerbsbehörde aufrecht erhaltenen Anträge abgewiesen, nämlich

1. der Antragsgegnerin zu untersagen,

a) in Verträgen mit den Bestandnehmern des Einkaufszentrums „P*****“ eine Klausel vorzusehen oder sich gegenüber den Bestandnehmern auf eine Klausel zu berufen, wonach der Bestandnehmer sich verpflichtet, in anderen Einkaufszentren keine weiteren Betriebsstätten zu unterhalten und Dritten auch nicht das Recht einzuräumen, in anderen Einkaufszentren, Geschäfte mit jener Geschäftsbezeichnung, unter der der Bestandnehmer im Einkaufszentrum „P*****“ auftritt, zu betreiben,

b) in Verträgen mit den Bestandnehmern des Einkaufszentrums „P*****“ Klauseln mit gleicher Zweckbestimmung oder Wirkung, wie die in a) erwähnten Klauseln vorzusehen,

2. der Antragsgegnerin aufzutragen, innerhalb von vier Wochen nach Rechtskraft der Entscheidung des Kartellgerichts alle Bestandnehmer des Einkaufszentrums „P*****“, deren Bestandvertrag aufgrund der in oben a) und b) erwähnten Klausel gegen § 5 KartG verstößt, über den vollen Wortlaut des Beschlusses des Kartellgerichts in Kenntnis zu setzen,

3. der Antragsgegnerin aufzutragen, innerhalb von vier Wochen nach Rechtskraft der Entscheidung des Kartellgerichts alle Investoren, die von der anwaltlichen Vertretung der Antragsgegnerin auf das Bestehen der Radiusklausel aufmerksam gemacht wurden, über den vollen Wortlaut des Beschlusses des Kartellgerichts in Kenntnis zu setzen, und

4. den Antragstellerinnen die Befugnis zuzusprechen, die Entscheidung auf Kosten der Antragsgegnerin veröffentlichen zu lassen.

Ebenso wurde ein Eventualantrag, der Antragsgegnerin zu untersagen, Radiusklauseln in solchen Bestandverträgen zu verwenden, die nach dem 1. 3. 2013 abgeschlossen wurden, abgewiesen.

Das Erstgericht traf ua folgende Feststellungen:

Bei der Marktabgrenzung stellte das Erstgericht in sachlicher Hinsicht auf den Markt des Inbestandgebens von Geschäftsflächen in Einkaufskonglomeraten und Einkaufszentren einschließlich Fachmarktzentren, Einkaufsstraßen im Stadtzentrum und in Ortskernen, sowie in Einkaufsagglomerationen in peripheren Lagen ab, in örtlicher Hinsicht auf alle agglomerierten Bestandflächen in der Stadt Linz, im Bezirk Linz-Land einschließlich des Einkaufszentrums „H*****-Center“, in den Städten Wels und Steyr und in Streuanlagen in der Stadt Linz. Die Einkaufsagglomerationen im örtlichen Bereich Linz-Land umfassen alle Ortskerne, auch die kleineren Gemeinden im Bezirk Linz-Land wie Traun, Leonding und Ansfelden. Dagegen gehören zum relevanten Markt keine Standorte außerhalb Österreichs; relativ nahe gelegene in der Tschechischen Republik sind kein Nachfragesubstitut.

Die umsatzbasierten Marktanteile der Antragsgegnerin inklusive des ihr zuzurechnenden EKZ „L*****“ betragen 14,1 %. Nimmt man die Umsätze, die die Bestandgeber von Geschäftsflächen im Ortskern Traun bzw Leonding (Ortskerne in Linz-Land) erzielen, heraus, beträgt der Marktanteil der Antragsgegnerin 14,5 %.

Die Antragsgegnerin verlangt einen durchschnittlichen Bestandzins von 25,42 EUR pro m² und Monat, was im Verhältnis zu den erzielten Einzelhandelsumsätzen 5,2 % des Umsatzes entspricht. Im „H*****-Center“ betragen die Mietkosten 4,1 % des monatlichen Umsatzes. Der Bestandflächenzins in der Linzer Innenstadt ist höher als bei der Antragsgegnerin. Im relevanten Markt sind bei zwei Einkaufszentren, nämlich der P***** und der S*****, gemessen am Einzelhandelsumsatz die Mieten höher als bei der Antragsgegnerin, bei drei weiteren Einkaufszentren liegen sie weniger als 10 % unter denjenigen der Antragsgegnerin. Die Höhe des von der Antragsgegnerin verrechneten Quadratmeterbestandzinses ist daher kein Anzeichen dafür, dass die Antragsgegnerin über Marktmacht verfügt. Mieter von Bestandsflächen sind üblicherweise bereit, höhere Mieten zu zahlen, wenn mehr Laufkundschaft erzeugt und damit eine höhere Umsatzerwartung angeboten werden kann.

Das Erstgericht begründete diese Feststellungen in seiner Beweiswürdigung umfassend auch im Bezug auf die vom beigezogenen Sachverständigen gewählte Methodik, insbesondere den SSNIP-Test, es stellte diese Methodik ausführlich dar und ging auch auf diverse von der Bundeswettbewerbsbehörde dazu geäußerte methodische Bedenken explizit ein.

Rechtlich gelangte es zur Ansicht, dass die Marktanteile der Antragsgegnerin sowohl nach der alten Rechtslage als auch nach jener des § 2 Abs 2 Z 1 KartG idF BGBl I 2013/13 (KaWeRÄG 2012) unter den jeweils vorgesehenen Grenzen für Bagatellkartelle lägen, und dass mangels Zwischenstaatlichkeit europäisches Wettbewerbsrecht nicht anzuwenden sei.

Der Rekurs der Bundeswettbewerbsbehörde richtet sich gegen die Marktabgrenzung und die vom Sachverständigen herangezogene Methode. Die Rekurswerberin verweist auf eine Aussage des Senats in der Entscheidung 16 Ok 14/08, Punkt 2.5., wonach der SSNIP-Test nicht mechanisch anzuwenden ist und seine Aussagekraft zB dann beschränkt bleibt, wenn der geltende Marktpreis bereits überhört ist, sodass auch eine weitere (auch geringfügige) Erhöhung nicht deshalb unrentabel wird, weil die Nachfrager auf ein Substitutionsgut ausweichen, sondern überhaupt auf den Konsum verzichten (sogenannte „cellophane fallacy“). Die Bundeswettbewerbsbehörde habe in ihrem E-Mail vom 17. 6. 2012 zum Gutachtensauftrag auf diese Rechtsprechung verwiesen. Der Gutachter habe dennoch den SSNIP-Test „mechanisch angewendet“. Laut „herrschender Lehre“ sei das größte Substitut für die Erweiterung des Ausgangsmarkts heranzuziehen. Dies sei hier nicht möglich gewesen, weil das größte Substitut der „Verzicht“ gewesen sei. Der Gerichtsgutachter habe, anstatt den SSNIP-Test

abzubrechen, das zweitgrößte Substitutionsgut herangezogen, was zu einer unzulässigen Ausweitung des relevanten Markts geführt habe.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

1. Der Senat hat in der im ersten Rechtsgang ergangenen Entscheidung 16 Ok 14/08 darauf hingewiesen, dass die Marktabgrenzung des sachlich betroffenen Markts grundsätzlich nach dem in § 23 KartG verankerten Bedarfsmarktkonzept zu erfolgen hat. Entscheidend ist die funktionelle Austauschbarkeit der Waren bzw Leistungen aus Sicht der Marktgegenseite. Hingewiesen wurde in diesem Zusammenhang auf den von der Europäischen Kommission in ihrer Bekanntmachung zur Marktdefinition, ABI Nr C-372 vom 9. 12. 1997 als geeignet dargelegten SSNIP-Test bzw hypothetischen Monopolistentest und das Problem der sogenannten „cellophane fallacy“.

2. Diesen Ausführungen ist aber keineswegs zu entnehmen, dass der SSNIP-Test grundsätzlich methodisch ungeeignet wäre. Das „cellophane fallacy“-Problem ergibt sich - wie in 16 Ok 134/08 und auch im Rekurs dargelegt - im Übrigen nur dann, wenn auf dem zu untersuchenden Markt der geltende Marktpreis bereits überhöht ist. Gerade dies konnte das Erstgericht hier aber nicht feststellen, bewegt sich der von der Antragsgegnerin verrechnete Bestandzins in Bezug auf die dort erzielten Umsatzerlöse doch im Bereich der in sonstigen Einkaufszentren im örtlich relevanten Markt verrechneten Bestandzinse.

3. Auch hat sich der Sachverständige ausdrücklich mit dem Einwand der Bundeswettbewerbsbehörde zur „cellophane fallacy“ auseinandergesetzt und diese Problematik daher bei seiner Gutachtenserstattung berücksichtigt (S 41 ff des Gutachtens ON 155).

4. Letztlich wurde in 16 Ok 134/08 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Frage der Marktabgrenzung grundsätzlich eine Tatfrage ist, soweit es sich dabei um die Feststellung objektiv überprüfbarer Abgrenzungskriterien handelt, und lediglich insoweit eine Rechtsfrage, als es um die Bewertung der der Marktabgrenzung zugrunde liegenden Methode geht (so auch schon 16 Ok 1/09). Gerade der hier vom Sachverständigen angewendete und nun von der Rekurswerberin bekämpfte SSNIP-Test wurde aber bereits in der Vorentscheidung als geeignete Methode bezeichnet. Die Ergebnisse der Anwendung einer grundsätzlich geeigneten Methode sind aber dem nicht bekämpfbaren Tatsachenbereich zuzuordnen. Einzelfragen in der Anwendung einer grundsätzlich geeigneten Methode zur Marktabgrenzung sind im Beweisverfahren mit dem Erstgericht und dem Sachverständigen abzuklären und führen für sich genommen weder dazu, dass die gewählte Methode an sich ungeeignet wird, noch dazu, dass Detailspekte der Methode im Rahmen der unrichtigen rechtlichen Beurteilung bekämpfbar werden.

5. Die bloße Behauptung, dass nach „herrschender“ - aber in keiner Weise zitierter - Lehre jeweils das größte Substitut für die Erweiterung des Ausgangsmarkts herangezogen werden muss, ist überdies

nicht ausreichend, um die gesamte zugrunde liegende Methodik der Gutachtenserstattung rechtlich zu bekämpfen.

6. Soweit die Rekurswerberin meint, dass bei einem Vertikalkartell zusätzlich eine Marktabgrenzung der Marktgegenseite (hier: „Bestandnehmer“) erforderlich sei, um das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands nach § 2 Abs 2 Z 1 KartG (Bagatellkartell) überprüfen zu können, kann dem jedenfalls für den vorliegenden Fall nicht gefolgt werden.

Gemäß § 2 Abs 2 Z 1 KartG idF BGBl I 2005/61 waren als Bagatellkartelle solche Kartelle vom Kartellverbot ausgenommen, an denen Unternehmen beteiligt waren, die gemeinsam am gesamten inländischen Markt einen Anteil von nicht mehr als 5 % und einem allfälligen inländischen räumlichen Teilmarkt von nicht mehr als 25 % hatten.

Nach der neu gefassten Bestimmung idF KaWeRÄG 2012, BGBl I 2013/13, sind als Bagatellkartelle solche Kartelle ausgenommen, an denen Unternehmer beteiligt sind, die zueinander im Wettbewerb stehen und gemeinsam am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 10 % haben, oder Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen und die jeweils am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 15 % haben, sofern nicht die Festsetzung der Verkaufspreise, die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes oder die Aufteilung der Märkte bezweckt ist.

Die Rekurswerberin bekämpft in ihrem Rechtsmittel den als sachlich relevant abgegrenzten Markt der „Inbestandgabe von Geschäftsflächen in Einkaufszentren, Einkaufsstrassen und Einkaufsagglomerationen“ nicht. Auf diesem sachlichen Markt musste daher festgestellt werden, welchen Anteil die bekämpften, von der Antragsgegnerin abgeschlossenen Bestandverträge des Einkaufszentrums „P*****“ im Verhältnis zu sämtlichen relevanten Bestandsflächen haben. Es ist für den erkennenden Senat nicht nachvollziehbar, inwieweit dieser Wert unterschiedlich sein sollte, je nachdem ob man ihn von der Seite der Bestandgeberin oder von der Seite der Bestandnehmer aus betrachtet.

Auch ist nicht nachvollziehbar, inwieweit es auf Marktanteile der Bestandnehmer ankommen könnte. Dies legt die Rekurswerberin über die bloße Behauptung hinaus auch nicht näher dar, weshalb darauf nicht weiter einzugehen war.

Es ist daher dem Rechtsmittel insgesamt der Erfolg zu versagen.