

# TE OGH 2004/10/18 29Kt387/04

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.10.2004

## Kopf

Das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht hat durch die Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Erich Schwarzenbacher (Vorsitzender) und Dr. Dorit Primus sowie durch die Kommerzialräte Mag. Ginner und Dr. Taurer als weitere Senatsmitglieder in der Kartellrechtssache der Antragsteller 1) Bergbahnen F\*\*\*, 2)-25) \*\*\*, sämtliche vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte OEG in Wien, wegen Antrag auf Genehmigung einer Kooperationsvereinbarung nach § 23 KartG, in eventu: Antrag auf Nichtuntersagung nach Art. 5 VO 1/2003, in nichtöffentlicher Sitzung den BeschlussDas Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht hat durch die Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Erich Schwarzenbacher (Vorsitzender) und Dr. Dorit Primus sowie durch die Kommerzialräte Mag. Ginner und Dr. Taurer als weitere Senatsmitglieder in der Kartellrechtssache der Antragsteller 1) Bergbahnen F\*\*\*, 2)-25) \*\*\*, sämtliche vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte OEG in Wien, wegen Antrag auf Genehmigung einer Kooperationsvereinbarung nach Paragraph 23, KartG, in eventu: Antrag auf Nichtuntersagung nach Artikel 5, VO 1/2003, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die Anträge auf Genehmigung der Zusammenarbeit der Mitgliedsunternehmen des Skiverbundes A\*\*\* im Sinne des vorgelegten Kooperationsvertrages gemäß § 23 f KartG, und auf Ausspruch gemäß Art. 5 letzter Satz VO (EG) 1/2003, dass nach Art. 81 EGV kein Anlass bestehe, gegen den Kooperationsvertrag einzuschreiten, werden zurückgewiesen.Die Anträge auf Genehmigung der Zusammenarbeit der Mitgliedsunternehmen des Skiverbundes A\*\*\* im Sinne des vorgelegten Kooperationsvertrages gemäß Paragraph 23, f KartG, und auf Ausspruch gemäß Artikel 5, letzter Satz VO (EG) 1/2003, dass nach Artikel 81, EGV kein Anlass bestehe, gegen den Kooperationsvertrag einzuschreiten, werden zurückgewiesen.

B e g r ü n d u n g:

## Text

Das Kartellgericht hat mit Beschluss vom 10.11.2003, 29 Kt 97, 169/03-36, festgestellt, dass die Zusammenarbeit der Mitgliedsunternehmen des Skiverbundes A\*\*\* im Sinne der getroffenen Kooperations- und Umsatzverteilungsvereinbarung in wesentlichen Punkten dem Kartellgesetz unterliege. Im Zuge des Rechtsmittelverfahrens haben die Parteien des genannten Verfahres einen Vergleich dahingehend abgeschlossen, dass die Kooperationsvereinbarung im Wesentlichen im Hinblick auf die Preisgestaltung bei Tageskarten abgeändert werde, woraufhin die Anträge an das Kartellgericht zurückgezogen wurden. Die Antragsteller beantragen nunmehr wie im Spruch ersichtlich. Der Bundeskartellanwalt beantragt die Zurück- bzw. Abweisung der Anträge und die Bundeswettbewerbsbehörde ist einer Feststellung im Sinne des Art. 5 VO 1/2003 nicht entgegengetreten.Das Kartellgericht hat mit Beschluss vom 10.11.2003, 29 Kt 97, 169/03-36, festgestellt, dass die Zusammenarbeit der

Mitgliedsunternehmen des Skiverbunds A\*\*\* im Sinne der getroffenen Kooperations- und Umsatzverteilungsvereinbarung in wesentlichen Punkten dem Kartellgesetz unterliege. Im Zuge des Rechtsmittelverfahrens haben die Parteien des genannten Verfahres einen Vergleich dahingehend abgeschlossen, dass die Kooperationsvereinbarung im Wesentlichen im Hinblick auf die Preisgestaltung bei Tageskarten abgeändert werde, woraufhin die Anträge an das Kartellgericht zurückgezogen wurden. Die Antragsteller beantragen nunmehr wie im Spruch ersichtlich. Der Bundeskartellanwalt beantragt die Zurück- bzw. Abweisung der Anträge und die Bundeswettbewerbsbehörde ist einer Feststellung im Sinne des Artikel 5, VO 1/2003 nicht entgegengetreten.

### **Rechtliche Beurteilung**

Im genannten Beschluss des Kartellgerichtes wurde folgender (im Rechtsmittelverfahren nicht bekämpfter) Sachverhalt festgestellt, welcher - mit adaptierten Parteienbezeichnungen und auf das Wesentlichste verkürzt - auch zu den Feststellungen in diesem Verfahren erhoben wird:

"Die Antragsteller sind Teil des im November 2000, als Reaktion auf den zunehmend harten Wettbewerb im internationalen Wintertourismus, gegründeten und seit der Wintersaison 2001/02 operativen, sich über fünf Schiregionen (\*\*\*) erstreckenden Schiverbunds A\*\*\*. Dieser größte Schiverbund Österreichs umfasst 865 Pistenkilometer zwischen \*\*\*, beschäftigt rund \*\*\* Mitarbeiter, \*\*\* davon ständig, und erwirtschaftet einen Gesamtumsatz von € \*\*\*. Für eine Gesamtförderleistung von 347.592 Personen/Stunde stehen 166 Schlepplifte, 79 Sessellifte und 30 Kabinenbahnen zur Verfügung. Für die, für die gesamte Region des Schiverbunds gültigen, Liftkarten werden Einheitspreise verlangt, Ermäßigungen gibt es für Jugendliche und Kinder. In der Hauptsaison 2002/03 (21.12.2002-5.1.2003 und 25.1.2003-14.3.2003) kostete die Tageskarte für Erwachsene € 32,50 bzw. für Jugendliche (Jahrgänge 1984-1986) € 30,-- bzw. für Kinder (Jahrgänge 1987-1996) € 16,--. Der 6-Tagesskipass kostete € 156,-- bzw. € 144,-- bzw. € 78,--. Kinder bis zum Jahrgang 1997 fuhren - mit Ausnahme einzelner Übungslifte und Skikursteilnahme - gratis. In der Hauptsaison 2001/02 kostete die Tageskarte € 31,50 bzw. € 29,-- bzw. € 15,50, der Preis für den 6-Tagesskipass betrug € 150,-- bzw. €

139,50 bzw. € 75,--.

Der Preisvergleich zwischen der Sportwelt A\*\*\* und einzelnen Schiregionen in der Hauptsaison in Österreich stellt sich wie folgt dar:

Grundlage der Zusammenarbeit der einzelnen Betreiber des Schiverbunds A\*\*\* stellt eine Kooperations- und Umsatzverteilungs-Vereinbarung dar. Gegenstand dieser Vereinbarung ist der gemeinsame Tarifverbund der Vertragspartner, das damit verbundene Gebietsverrechnungs- und Erlösaufteilungssystem sowie die organisatorische Regelung dieser Tatbestände, außerdem ein effizientes Marketing. Die rechtliche Selbständigkeit der Vertragspartner bleibt durch diese Vereinbarung unberührt. Alle Kooperationsverträge zwischen den Vertragspartnern sind gegebenenfalls so anzupassen, dass sie der Kooperations- und Umsatzverteilungs-Vereinbarung nicht widersprechen. Die Vertragspartner verpflichten sich zudem, keine sonstigen Maßnahmen zu setzen, die dem Geist und Inhalt der Vereinbarung zuwiderlaufen. Die gegenständliche Vereinbarung ist auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Jeweils zum 31. Mai eines Jahres (Ende des Geschäftsjahres) besteht die Möglichkeit, die Vereinbarung zu kündigen, wobei die Kündigungsfrist von einem Jahr einzuhalten ist. Die Organe der Vereinbarung sind die Mitgliederversammlung, der Vorstand, fliegende Kontrolleure und der Kontrollausschuss.

Die Mitgliederversammlung findet einmal jährlich statt. Jeder Vertragspartner hat so viele Stimmen in Prozenten, wie es dem Umsatzanteil (inklusive Eigenkartenerlöse) seines jeweils letzten Geschäftsjahres im Verhältnis zu den Gesamtumsatzanteilen des jeweils letzten Geschäftsjahres aller Vertragspartner entspricht. Beschlüsse werden, soweit nicht ausdrücklich anders vereinbart, mit Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Zu den Aufgaben der Mitgliederversammlung zählt die Bestellung des Vorstandes auf jeweils drei Jahre, die Zustimmung zum Bericht des Vorstandes über die grundlegende Geschäftspolitik sowie über die Werbekonzeption und deren Finanzierung, Tarifgestaltung und Aufwandsentschädigungen, die Entlastung des Vorstandes, die Bestellung des Kontrollausschusses, der Ausschluss von Vertragspartnern, die Änderung und Auflösung der Vereinbarung und die Aufnahme bzw. Wiederaufnahme von Mitgliedern. Der Vorstand besteht aus 13 Mitgliedern, die bei Abstimmungen jeweils eine Stimme haben. Zu den Aufgaben zählt u.a. die Vertretung nach Außen und die operativen Geschäfte, soweit diese nicht anders geregelt sind, die Entwicklung der grundsätzlichen Geschäftspolitik, die Festlegung der Betriebspflicht des Winterbetriebes und die Koordination der Sommerangebote, die Festlegung der

Tarifbestimmungen und die Bestellung von fliegenden Kontrolleuren. Der Vorstand ist für alle Belange bzw. Aufgaben zuständig, die nicht ausdrücklich in der Kooperations- und Umsatzverteilungs-Vereinbarung einem anderen Organ zugewiesen sind.

Die Aufgaben der fliegenden Kontrolleure sind u.a. die Kontrolle der Skipässe auf den einzelnen Skibergen innerhalb der Kontrollzonen, qualitätssichernde Maßnahmen und die Überwachung der Einhaltung der Vertragsbestimmungen im Interesse aller Vertragspartner. Der Kontrollausschuss besteht aus fünf Personen, wird auf 3 Jahre von der Mitgliederversammlung gewählt und hat die Interessen aller Vertragspartner zu vertreten und wird selbständig oder nach Anrufung eines Vertragspartners tätig. Der Kontrollausschuss kontrolliert den Vorstand und berichtet der Mitgliederversammlung über das Prüfergebnis.

Die finanziellen Mittel werden durch Beiträge der einzelnen Vertragspartner - im Verhältnis der Umsatzanteile des jeweils letzten Geschäftsjahres zuzüglich Eigenkartenerlöse -, Subventionen, Lizenzen und Sonstiges aufgebracht.

Sämtliche Kartenverkäufe müssen, wenn nicht vom Vorstand anders beschlossen, über die Kassensystemen abgewickelt werden. Als Mindestausstattung der Vertragspartner sind Zutrittskontrollsysteme mit entsprechender Anzahl von Leserstationen an den Zutrittsstellen ins Skigebiet vorzusehen. Bei sämtlichen Vertragspartnern sind untereinander kompatible Kassen- und Lesersysteme zu verwenden. Die Organisation der Datenweitergabe und der Erlösabrechnung hat streng nach den von der Verrechnungsstelle in Zusammenarbeit mit den jeweiligen Lieferanten von Kassen- und Lesersystemen zu definierenden Abläufen zu erfolgen.

Für die Ermittlung der Umsatzanteile sind die Bruttokasseneinnahmen der Seilbahnerlöse aus den festgelegten Tagesbetriebszeiten heranzuziehen. Nachträgliche Erlösminderungen sind nach dem Verursacherprinzip von jedem Vertragspartner getrennt zu tragen. Nicht konsumierte Tage werden der Gesamtverrechnung zur Verrechnung zugeordnet. Beim ersten Eintritt am Tag in ein Skigebiet der Vereinbarung wird der ganze Tag ab dem Eintrittszeitpunkt dem Vertragspartner, bei dem der Ersteintritt erfolgt, gutgeschrieben. Wird während eines Tages das Skigebiet gewechselt, so werden die Zeiteinheiten vom neuerlichen Eintrittszeitpunkt bis zum Betriebsende dem jeweils zuletzt am selben Tag vorausgegangen registrierenden Vertragspartner abgebucht. Bei Saisonkarten wird nach tatsächlich konsumierten Zeiten abgerechnet. Überregionale Karten sind in den Bruttokasseneinnahmen enthalten, finden aber in der Vereinbarungsverrechnung keine Berücksichtigung. Dies gilt ebenfalls für Eigenkarten. Für die Ermittlung der Umsatzanteile sind die entsprechenden Kasseneinnahmen je Kartenart nach Verkaufsdatum und Gültigkeitsdauer periodengerecht zu aliquotieren. Durch Division der gesamten verbleibenden Kasseneinnahmen je Kartenart durch die gesamten nach dem oben angeführten Verfahren ermittelten verrechnungsrelevanten Zeiten ergibt sich ein Wert je Zeiteinheit. Mit diesem Wert/Zeiteinheit sind je Kartenart die verrechnungsrelevanten Zeiteinheiten eines Vertragspartners zu multiplizieren. Die Summe dieser Gesamtwerte über alle Kartenarten ergibt den Umsatzanteil je Vertragspartner. Bei festgestellten Tarifunterschreitungen ist der gesamte (vorläufige) Umsatzanteil dieses Vertragspartners um den höchsten Prozentsatz der Tarifunterschreitung hinsichtlich aller Tarife zu kürzen. Der sich ergebende Differenzbetrag ist anteilig auf die übrigen Vertragspartner zu verteilen. Als Tarifunterschreitung gilt die Ausgabe von gemeinschaftlich festgelegten Tarifen zu einem geringeren als dem festgelegten Wert, aber auch die Ausgabe von nicht gemeinschaftlich festgelegten Alternativtarifen. Eingenommene Umsatzanteile bis zur Verrechnung/Teilverrechnung sind treuhändisch verwaltete Gelder.

Die Tarifbestimmungen unterscheiden zwischen Vereinbarungstarifen und eigenen Tarifen. Beide sind vom Vorstand mit 2/3 Mehrheit zu beschließen. In einer (dem Gericht nicht vorgelegten) Beilage zum gegenständlichen Vertrag wird definiert, welche eigenen Tarife erlaubt sind. Die Vertragspartner verpflichten sich, abgesehen von den in der Vertragsbeilage angeführten Tarifen keine wie immer gearteten Tarife anzubieten oder auszugeben.

Die Vertragspartner verpflichten sich u.a. zur Fahrgastkontrolle entsprechend bestimmter Richtlinien, zum Betrieb und zur Instandhaltung ihrer Anlagen, sowie der Pisten, zur Information des Vorstandes bei Veränderung bzw. Neuerrichtung von Anlagen und zur Mitarbeit in den Organen. Der Schipassverkauf ist auf das jeweilige Einzugsgebiet der Vertragspartner beschränkt.

Bei einem Verstoß gegen diese Vereinbarung kann der Vorstand eine Vertragsstrafe bis zu ATS 500.000,-- beschließen. Bei Verzug mit Informationspflichten findet eine Vertragsstrafenregelung Anwendung (Pönale pro Verzugsfall ATS 10.000,--, Verdoppelung pro neuerlich verstrichener Nachfrist).

Die Gäste des Schiverbunds A\*\*\* sind aufzuteilen in Tagesfahrer und Mehrtagesfahrer. Letztere überwiegen in

Gesamtbetrachtung gesehen leicht. Sie kommen zu etwa 20-30% aus Österreich. Der Rest kommt insbesondere aus Deutschland, Benelux-Staaten, Zentral- und Osteuropa.

Beweggründe für die Gründung des Skiverbund A\*\*\* waren Konzentrationstendenzen auf der Angebotsseite auf dem internationalen Markt (z.B. Skandinavien, Frankreich; Compagnie des Alpes 25-30% des französischen Marktes der gut ausgebauten Schigebiete). Bei Sportgeschäften und Reiseveranstaltern in München wird etwa auch ein Schiopening in Colorado angeboten.

Für Marketingaktivitäten setzt der Schiverbund A\*\*\* etwa \*\*\*% seines Budgets am nationalen Markt, den Rest am internationalen Markt ein. Der geographische Abstand zwischen den Teilregionen des Schiverbundes A\*\*\* beträgt zwischen 10 und 40 Kilometer.

Schätzungsweise werden 15–20% der Mehrtageskarten nicht in der Region ausschließlich genutzt wo sie gekauft wurden, sondern die Kunden wechseln auch in andere Schiregionen innerhalb des Schiverbundes A\*\*\*. Nähere Untersuchungen dazu gibt es nicht.

Es gibt keine Zusatzvereinbarung zum Verrechnungssystem neben der Kooperationsvereinbarung.

Die Werbekostenaufschlüsselung erfolgt im Schiverbund A\*\*\* so, dass \*\*\*% der Liftumsätze in die gemeinsame Werbekasse geführt werden. Erlöse aus Restauration und Artikelverkäufen werden nicht als Umsatzbasis für die Werbekostenbeteiligung herangezogen. Schigebiete wie der Arlberg und St. Moritz sind jeweils kleiner als der Schiverbund A\*\*\*. St. Moritz gehört zum Schiverbund Engadin, welcher jedenfalls kleiner ist als der Schiverbund A\*\*\* (zwischen einem Drittel und der Hälfte des Schiverbundes A\*\*\*). Diese elitären Schigebiete arbeiten im Marketing anders als der Schiverbund A\*\*\*. Die Antragsteller sehen auch die Schiregion Arlberg als Mitbewerber, so wie jede (auch ausländische) Schiregion in den Alpen. Der Schiverbund A\*\*\* hat am Gesamtumsatz der Seilbahnen in Österreich einen Marktanteil von etwa 16,3 %. Die Beförderungsentgelte, die die Mitglieder des Schiverbundes A\*\*\* im letzten Geschäftsjahr einvernahmt haben, machen jedenfalls ca. 10-15 % sämtlicher von österreichischen Seilbahnen im gleichen Zeitraum vereinnahmten Beförderungsentgelte aus, in der Saison 2001/02 etwa 10,5 %.

Bei einzelnen Mitgliedern des Schiverbundes A\*\*\* sind nach dem Beitritt zum Schiverbund die Preise für Liftkarten angestiegen und Begünstigungen weggefallen. So ist zum Beispiel der Preis für eine Tageskarte in der Schiregion "S\*\*\*" von dem ursprünglichen Preis (ATS 410,-) in der Saison 1999/00 bis zur Saison 2001/02 um 6 % (auf ATS 435,-) gestiegen. Auch fielen etwa in der Region "H\*\*\*\*" Vergünstigungen (Seniorenkarten) weg.

In der Region des Schiverbundes A\*\*\* gibt es auch Schigebiete, welche damit werben, dass sie nicht dem Schiverbund angehören, wie etwa die Schiregion D\*\*\*. Dort kostete die Tageskarte in der Hauptsaison 2002/03 € 26,50 für Erwachsene, € 23,90 für Jugendliche (geboren nach dem 1.1.1984), € 15,10 für Kinder (geboren nach dem 1.1.1988) und €

24,40 für Senioren (Herren geboren vor 1943, Damen geboren vor 1948). Die 6-Tageskarte kostete € 130,20 bzw. € 117,20 bzw. € 74,20 bzw. €

119,80".

Darüber hinaus wird folgender Sachverhalt festgestellt:

Im Frühjahr 2004 wurde die Kooperationsvereinbarung über den Schiverbund A\*\*\* überarbeitet. Punkt IX der Neufassung lautet wie folgt (Beilage ./i): "Wettbewerbsverbot: Die Vertragspartner sind verpflichtet, keine Nebengeschäfte zu unternehmen, die für die Zwecke dieser Vereinbarung schädlich sind (§ 1186 ABGB). Als schädliches Nebengeschäft gilt insbesondere die Herausgabe von eigenen Mehrtageskarten. Nicht als schädliches Nebengeschäft gilt die Herausgabe von gesonderten Eintageskarten (sowohl für Einzelfahrer als auch für Gruppen; "Eigenkarten"), wobei im Interesse der Transparenz für die Kunden die vom Schiverbund A\*\*\* festgelegten Kassenrichtlinien einzuhalten sind. Über weitergehende Ausnahmen vom Wettbewerbsverbot (etwa betreffend eigene Mehrtageskarten für Kleinstschigebiete) entscheidet der Vorstand mit Zweidrittelmehrheit. Die obigen Feststellungen gründen auf der bezogenen Urkunde. Im Frühjahr 2004 wurde die Kooperationsvereinbarung über den Schiverbund A\*\*\* überarbeitet. Punkt römisch IX der Neufassung lautet wie folgt (Beilage ./i): "Wettbewerbsverbot: Die Vertragspartner sind verpflichtet, keine Nebengeschäfte zu unternehmen, die für die Zwecke dieser Vereinbarung schädlich sind (Paragraph 1186, ABGB). Als schädliches Nebengeschäft gilt insbesondere die Herausgabe von eigenen Mehrtageskarten. Nicht als schädliches Nebengeschäft gilt die Herausgabe von gesonderten Eintageskarten (sowohl

für Einzelfahrer als auch für Gruppen; "Eigenkarten"), wobei im Interesse der Transparenz für die Kunden die vom Schiverbund A\*\*\* festgelegten Kassenrichtlinien einzuhalten sind. Über weitergehende Ausnahmen vom Wettbewerbsverbot (etwa betreffend eigene Mehrtageskarten für Kleinstschigebiete) entscheidet der Vorstand mit Zweidrittelmehrheit. Die obigen Feststellungen gründen auf der bezogenen Urkunde.

#### Rechtliche Beurteilung:

Beim Skiverbund A\*\*\*, den das Kartellgericht in seinem Beschluss vom 10.11.2003 zu 29 Kt 97,169/03-36 als Vereinbarungskartell (Absichtskartell) eingestuft hat, handelt es sich um eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 81 EGV, welche daher grundsätzlich geeignet ist, den Handel (bzw. den Dienstleistungsverkehr) zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Nach ständiger Judikatur des EuGH ist eine Vereinbarung dazu geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, wenn sich anhand objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann. Der EuGH und die Kommission haben den Begriff der "Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten" weit ausgelegt. Ein wettbewerbswidriges Verhalten, welches auf das Gebiet eines einzigen Mitgliedstaates beschränkt ist, kann gleichwohl Auswirkungen auf die Handelsströme und den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes haben und damit gegen Art. 81 Abs. 1 verstoßen. Einer zu weiten Auslegung ist vorgebeugt, weil die Vereinbarung geeignet sein muss, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen (Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, I9, Rz 123 zu Art. 81).

Beim Skiverbund A\*\*\*, den das Kartellgericht in seinem Beschluss vom 10.11.2003 zu 29 Kt 97,169/03-36 als Vereinbarungskartell (Absichtskartell) eingestuft hat, handelt es sich um eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikel 81, EGV, welche daher grundsätzlich geeignet ist, den Handel (bzw. den Dienstleistungsverkehr) zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Nach ständiger Judikatur des EuGH ist eine Vereinbarung dazu geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, wenn sich anhand objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann. Der EuGH und die Kommission haben den Begriff der "Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten" weit ausgelegt. Ein wettbewerbswidriges Verhalten, welches auf das Gebiet eines einzigen Mitgliedstaates beschränkt ist, kann gleichwohl Auswirkungen auf die Handelsströme und den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes haben und damit gegen Artikel 81, Absatz eins, verstoßen. Einer zu weiten Auslegung ist vorgebeugt, weil die Vereinbarung geeignet sein muss, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen (Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, I9, Rz 123 zu Artikel 81,).

Wichtigste Parameter zur Lösung der Frage der Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten sind die Marktanteile und die Größe der Beteiligten. So kann selbst absoluter Gebietsschutz bei schwacher Stellung der Beteiligten unbedenklich, bei starker Marktstellung hingegen eine geringfügige Beschränkung spürbar sein.

Werden in einem Geschäftszweig gleichartige Verträge in großer Zahl abgeschlossen, so werden die einzelnen Vereinbarungen unter Berücksichtigung dieser Parallelverträge geprüft („Bündeltheorie“). Die betreffend das Kriterium der „Spürbarkeit“ ergangene „Bagatellbekanntmachung“ der Kommission (ABl 2001/C 368/07) gibt die Auffassung wider, dass Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen, den Wettbewerb im Sinne des Artikels 81 Abs. 1 EG nicht spürbar beschränken, wenn der von den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen (Wettbewerber) insgesamt gehaltene Marktanteil auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkte 10 % überschreitet. Allerdings enthält die genannte Bekanntmachung nur Indizien; sie ist weder im positiven noch im negativen Sinne abschließend und bindet weder den EuGH noch die nationalen Gerichte (Fitz-Gamerith, Wettbewerbsrecht4, 109 f).

Werden in einem Geschäftszweig gleichartige Verträge in großer Zahl abgeschlossen, so werden die einzelnen Vereinbarungen unter Berücksichtigung dieser Parallelverträge geprüft („Bündeltheorie“). Die betreffend das Kriterium der „Spürbarkeit“ ergangene „Bagatellbekanntmachung“ der Kommission (ABl 2001/C 368/07) gibt die Auffassung wider, dass Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen, den Wettbewerb im Sinne des Artikels 81 Absatz eins, Absatz eins, EG nicht spürbar beschränken, wenn der von den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen (Wettbewerber) insgesamt gehaltene Marktanteil auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkte 10 %

überschreitet. Allerdings enthält die genannte Bekanntmachung nur Indizien; sie ist weder im positiven noch im negativen Sinne abschließend und bindet weder den EuGH noch die nationalen Gerichte (Fitz-Gamerith, Wettbewerbsrecht<sup>4</sup>, 109 f).

Im vorliegenden Fall handelt es sich aufgrund der – immer noch weitgehenden – Abtretung der Tariffestsetzungskompetenzen sowie wesentlicher Entscheidungen bezüglich der Angebotskonditionen und der Gebietsabgrenzungen an den Schiverbund um eine Wettbewerbsbeschränkung, welche geeignet ist, den „Handel“ zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Schließlich kommen nur etwa 20-30 % der Schigäste (Mehrtagesfahrer) aus Österreich. Der Rest kommt insbesondere aus Deutschland, den Benelux-Staaten und aus Osteuropa.

Es liegen daher zweifellos Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel bzw. Dienstleistungsverkehr vor.

Die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist auch spürbar, zumal der Schiverbund A\*\*\* am Gesamtumsatz der Seilbahnen in Österreich einen Marktanteil von etwa 16,3 % hat und der größte Schiverbund Österreichs mit einem Gesamtumsatz von etwa €

\*\*\* ist (vgl. dazu die Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, ABl Nr. C 101 vom 27.4.2004, S. 81 f., Rz 44, 52).\*\*\* ist vergleiche dazu die Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, ABl Nr. C 101 vom 27.4.2004, S. 81 f., Rz 44, 52).

Der Umstand, dass die einzelnen Mitglieder des Schiverbunds Klein- und Mittelbetriebe sein mögen, ist ohne Relevanz, zumal der Schiverbund in wettbewerblicher Hinsicht als Einheit auftritt. Somit ist die Zwischenstaatlichkeit im Sinne des Art. 81 EG gegeben. Schließlich zählt der Tourismus zu den handelbaren Dienstleistungen und weiters sind Preisabsprachen schon dem Wesen nach geeignet, den Wettbewerb zu beschränken. Der Umstand, dass die einzelnen Mitglieder des Schiverbunds Klein- und Mittelbetriebe sein mögen, ist ohne Relevanz, zumal der Schiverbund in wettbewerblicher Hinsicht als Einheit auftritt. Somit ist die Zwischenstaatlichkeit im Sinne des Artikel 81, EG gegeben. Schließlich zählt der Tourismus zu den handelbaren Dienstleistungen und weiters sind Preisabsprachen schon dem Wesen nach geeignet, den Wettbewerb zu beschränken.

Soweit nun die Anwendungsschwelle des EG-Wettbewerbsrechts erreicht ist, müssen die nationalen Wettbewerbsbehörden Art. 81 EG anwenden; die Vereinbarung kann aufgrund nationalen Rechts nur noch dann verboten werden, wenn sie auch nach Art. 81 EG verboten ist. Umgekehrt können das nationale Recht und die nationale Wettbewerbsbehörde eine Vereinbarung nicht unbeanstandet lassen, wenn sie gegen Art. 81 EG verstößt. Das nationale Recht darf zwar angewendet werden, im Ergebnis setzt sich aber das Gemeinschaftsrecht durch (Art. 3 VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln; Schwarze/Weitbrecht, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, § 3, Rz 12). Soweit nun die Anwendungsschwelle des EG-Wettbewerbsrechts erreicht ist, müssen die nationalen Wettbewerbsbehörden Artikel 81, EG anwenden; die Vereinbarung kann aufgrund nationalen Rechts nur noch dann verboten werden, wenn sie auch nach Artikel 81, EG verboten ist. Umgekehrt können das nationale Recht und die nationale Wettbewerbsbehörde eine Vereinbarung nicht unbeanstandet lassen, wenn sie gegen Artikel 81, EG verstößt. Das nationale Recht darf zwar angewendet werden, im Ergebnis setzt sich aber das Gemeinschaftsrecht durch (Artikel 3, VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln; Schwarze/Weitbrecht, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, Paragraph 3,, Rz 12).

Gemäß Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003 sind Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG, die die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllen, nicht verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf. Dieses so genannte Legalausnahmesystem stellt die grundlegendste Neuerung der VO 1/2003 dar. Vereinbarungen und Verhaltensweisen sind – wenn die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllt sind – bereits von Anfang an gültig und bedürfen keiner Freistellung durch die Kommission. Ob die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllt sind, haben die betroffenen Unternehmen selbst zu beurteilen und – falls ein Verfahren eingeleitet wird – zu beweisen (Gruber in wbl 2004, 2). Eine Einzelfreistellung durch nationale Gerichte oder Wettbewerbsbehörden ist nicht vorgesehen und wäre systemwidrig. Die von den Antragstellern beantragte Genehmigung der Kooperationsvereinbarung nach § 23 KartG im Bereich der parallelen Anwendung von KartellG und Art. 81 EG würde explizit eine Beurteilung des gegenständlichen Sachverhalts nach Art. 81 Abs. 3 EG

bedingen. Zum Einen ist eine solche Befugnis nicht im Art. 5 der VO 1/2003 über die Zuständigkeit der nationalen Behörden enthalten (Görg/Brandstätter, RdW 2003/297). Gemäß Artikel eins, Absatz 2, VO 1/2003 sind Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 81, Absatz eins, EG, die die Voraussetzungen des Artikel 81, Absatz 3, EG erfüllen, nicht verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf. Dieses so genannte Legalausnahmesystem stellt die grundlegendste Neuerung der VO 1/2003 dar. Vereinbarungen und Verhaltensweisen sind – wenn die Voraussetzungen des Artikel 81, Absatz 3, EG erfüllt sind – bereits von Anfang an gültig und bedürfen keiner Freistellung durch die Kommission. Ob die Voraussetzungen des Artikel 81, Absatz 3, EG erfüllt sind, haben die betroffenen Unternehmen selbst zu beurteilen und – falls ein Verfahren eingeleitet wird – zu beweisen (Gruber in wbl 2004, 2). Eine Einzelfreistellung durch nationale Gerichte oder Wettbewerbsbehörden ist nicht vorgesehen und wäre systemwidrig. Die von den Antragstellern beantragte Genehmigung der Kooperationsvereinbarung nach Paragraph 23, KartG im Bereich der parallelen Anwendung von KartellG und Artikel 81, EG würde explizit eine Beurteilung des gegenständlichen Sachverhalts nach Artikel 81, Absatz 3, EG bedingen. Zum Einen ist eine solche Befugnis nicht im Artikel 5, der VO 1/2003 über die Zuständigkeit der nationalen Behörden enthalten (Görg/Brandstätter, RdW 2003/297).

Zum Anderen ist nach Art. 10 (siehe auch Erwägungsgrund 14) der VO 1/2003 die Feststellung der Nichtanwendbarkeit der Kommission vorbehalten: Nur die Kommission kann eine Entscheidung treffen, in der sie die Nichtanwendbarkeit des Art. 81 EG feststellt, weil die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 1 nicht vorliegen oder weil die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 erfüllt sind. Dies kann die Kommission nur dann, wenn es aus Gründen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft erforderlich ist, um die Rechtslage zu klären und eine einheitliche Rechtsanwendung in der Gemeinschaft sicher zu stellen (Mirinburg, ecolex 2003, 307). Zum Anderen ist nach Artikel 10, (siehe auch Erwägungsgrund 14) der VO 1/2003 die Feststellung der Nichtanwendbarkeit der Kommission vorbehalten: Nur die Kommission kann eine Entscheidung treffen, in der sie die Nichtanwendbarkeit des Artikel 81, EG feststellt, weil die Voraussetzungen des Artikel 81, Absatz eins, nicht vorliegen oder weil die Voraussetzungen des Artikel 81, Absatz 3, erfüllt sind. Dies kann die Kommission nur dann, wenn es aus Gründen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft erforderlich ist, um die Rechtslage zu klären und eine einheitliche Rechtsanwendung in der Gemeinschaft sicher zu stellen (Mirinburg, ecolex 2003, 307).

Der Antrag auf Genehmigung des Kooperationsvertrages gemäß § 23 f KartG war daher zurückzuweisen. Der Antrag auf Genehmigung des Kooperationsvertrages gemäß Paragraph 23, f KartG war daher zurückzuweisen.

Zum Antrag auf Ausspruch gemäß Art. 5 letzter Satz VO 1/2003 ist auszuführen, dass gemäß dieser Bestimmung die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde bestimmte Entscheidungen erlassen können (Anordnung der Abstellung von Zuwiderhandlungen, Anordnung von einstweiligen Maßnahmen, Annahme von Verpflichtungszusagen, Verhängung von Geldbußen) oder auch entscheiden können, dass für sie kein Anlass besteht, tätig zu werden. Zum Antrag auf Ausspruch gemäß Artikel 5, letzter Satz VO 1/2003 ist auszuführen, dass gemäß dieser Bestimmung die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde bestimmte Entscheidungen erlassen können (Anordnung der Abstellung von Zuwiderhandlungen, Anordnung von einstweiligen Maßnahmen, Annahme von Verpflichtungszusagen, Verhängung von Geldbußen) oder auch entscheiden können, dass für sie kein Anlass besteht, tätig zu werden.

Im vorliegenden Fall liegt weder eine Beschwerde vor, noch sieht sich das Kartellgericht veranlasst, von Amts wegen eine derartige Entscheidung zu fällen. Somit ist der vorliegende Fall schon vom Wortlaut der angezogenen Bestimmung her nicht geeignet, den begehrten Ausspruch zu tätigen. Im Übrigen wäre im Falle der inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem gegenständlichen Kooperationsvertrag im Rahmen dieses Verfahrens das Prinzip der Legalausnahme ad absurdum geführt. Es würde diesfalls zwar keine konstitutive Freistellungsentscheidung, sondern eine deklaratorische Feststellung der Nichtanwendbarkeit des Art. 81 Abs. 1 bzw. Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 3 EG erfolgen, welche aber dem nunmehrigen Prinzip, dass die Unternehmen zunächst selbst zu beurteilen haben, ob ihr Verhalten kartellrechtskonform ist (Gruber, aaO, 5) zuwiderlaufen würde. Die neue Regelung in Art. 10 VO 1/2003 ist so konzipiert, dass Unternehmen aus eigener Initiative keine Rechtssicherheit mehr erhalten. Sie können – etwa vor umfangreichen Investitionen – eine Positiventscheidung zwar anregen, jedoch nicht von sich aus bei der Kommission ein Verfahren beantragen, das diese aufgreifen müsste. Es kann auch keine Rechtssicherheit gewährende „Positiventscheidung“ durch nationale Behörden erlangt werden: Eine Entscheidung nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 der VO Nr. 1/2003 mit dem Inhalt, dass kein Anlass zum Einschreiten besteht, wird ebenfalls nur von Amts wegen oder aufgrund

von Beschwerden getroffen (Schwarze/Weitbrecht, aaO, § 6, Rz 122). Im Übrigen besteht kein Rechtsanspruch der Partei auf Ausspruch gemäß Art. 5 letzter Satz VO 1/2003 (arg. "können") und weiters liegt nach österreichischem Kartell(verfahrens)recht die Ermessenskompetenz bezüglich der Verfolgung von Wettbewerbsbeschränkungen bei den Amtsparteien und nicht beim Gericht. Im vorliegenden Fall liegt weder eine Beschwerde vor, noch sieht sich das Kartellgericht veranlasst, von Amts wegen eine derartige Entscheidung zu fällen. Somit ist der vorliegende Fall schon vom Wortlaut der angezogenen Bestimmung her nicht geeignet, den begehrten Ausspruch zu tätigen. Im Übrigen wäre im Falle der inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem gegenständlichen Kooperationsvertrag im Rahmen dieses Verfahrens das Prinzip der Legalausnahme ad absurdum geführt. Es würde diesfalls zwar keine konstitutive Freistellungsentscheidung, sondern eine deklaratorische Feststellung der Nichtanwendbarkeit des Artikel 81, Absatz eins, bzw. Anwendbarkeit des Artikel 81, Absatz 3, EG erfolgen, welche aber dem nunmehrigen Prinzip, dass die Unternehmen zunächst selbst zu beurteilen haben, ob ihr Verhalten kartellrechtskonform ist (Gruber, aaO, 5) zuwiderlaufen würde. Die neue Regelung in Artikel 10, VO 1/2003 ist so konzipiert, dass Unternehmen aus eigener Initiative keine Rechtssicherheit mehr erhalten. Sie können – etwa vor umfangreichen Investitionen – eine Positiventscheidung zwar anregen, jedoch nicht von sich aus bei der Kommission ein Verfahren beantragen, das diese aufgreifen müsste. Es kann auch keine Rechtssicherheit gewährende „Positiventscheidung“ durch nationale Behörden erlangt werden: Eine Entscheidung nach Artikel 5, Absatz eins, S. 2 der VO Nr. 1/2003 mit dem Inhalt, dass kein Anlass zum Einschreiten besteht, wird ebenfalls nur von Amts wegen oder aufgrund von Beschwerden getroffen (Schwarze/Weitbrecht, aaO, Paragraph 6,, Rz 122). Im Übrigen besteht kein Rechtsanspruch der Partei auf Ausspruch gemäß Artikel 5, letzter Satz VO 1/2003 (arg. "können") und weiters liegt nach österreichischem Kartell(verfahrens)recht die Ermessenskompetenz bezüglich der Verfolgung von Wettbewerbsbeschränkungen bei den Amtsparteien und nicht beim Gericht.

Der Antrag auf Ausspruch im Sinne des Art. 5 letzter Satz VO 1/2003Der Antrag auf Ausspruch im Sinne des Artikel 5, letzter Satz VO 1/2003

war daher ebenfalls zurückzuweisen.

Oberlandesgericht Wien

1016 Wien, Schmerlingplatz 11

#### **Anmerkung**

EW00514 29Kt387.04-6

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

ECLI:AT:OLG0009:2004:0290KT00387.04.1018.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20041018\_OLG0009\_0290KT00387\_0400000\_000

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)