

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wilschek, Helmut Gamerith,
Walter Holzer

Mai 2012

03

97 – 144

Beiträge

Die Aktivlegitimation des Verbrauchers im Lauterkeitsrecht

Friedrich Harrer ➔ 100

Absolutes Verbot des Internetvertriebs im selektiven Vertrieb

unzulässig *Isabelle Innerhofer und Nathalie Maierhofer* ➔ 104

Leitsätze

Nr 22 – 28

Diensterfindung *Stefan Warbek* ➔ 109

Rechtsprechung

**Braun – Schutzzgrenzen eines
Firmenschlagworts**

Helmut Gamerith ➔ 124

**Brauereikartell – Zur Zulässigkeit
von Hausdurchsuchungsbefehlen
im Kartellverfahren** ➔ 139

**Gulliver's Reisen III – Zum Verhältnis zwischen § 9 Abs 3 und
§ 2 Abs 3 Z 1 UWG** *Katharina Majchrzak* ➔ 114

**Radiusklausel IV – Zur wettbewerbsbeschränkenden Wirkung
einer Radiusklausel** *Johannes Barbist* ➔ 129

**UMTS-Mobilfunknetz III – Zur technologieneutralen Auslegung
des § 17 Abs 3 letzter Satz UrhG (Hauptverfahren)**

Manfred Büchele ➔ 143

→ Zur wettbewerbsbeschränkenden Wirkung einer Radiusklausel

1. § 23 KartG

a) Nach hL und Rsp ist der sachlich betroffene Markt nach dem Bedarfsmarktkonzept zu bestimmen, wie dies § 23 KartG ausdrücklich festsetzt. Dies gilt in gleicher Weise für das europäische Wettbewerbsrecht. Nach dem Bedarfsmarktkonzept liegt derselbe Markt vor, wenn sich die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen in ihren für die Deckung desselben Bedarfs wesentlichen Eigenschaften von anderen nicht unterscheiden und aus Sicht der Bedarfsträger als Marktgegenseite untereinander beliebig austauschbar sind. Entscheidend ist damit die funktionelle Austauschbarkeit der Waren bzw Leistungen aus Sicht der Marktgegenseite.

b) Der relevante Markt ist unter Anwendung des hypothetischen Monopolistentests (SSNIP-Test) zu bestimmen. Dieser wurde ursprünglich für die Zusammenschlusskontrolle entwickelt, ist aber keineswegs darauf beschränkt. Der OGH hat den Test im Einklang mit der Rechtsansicht der EK auch iZm dem Kartellverbot und dem Marktmachtmissbrauch angewendet.

Im Rahmen dieses Tests sind auch andere Faktoren wie Standort, Image, Parkplatzangebot und hohe Kundenfrequenz zu berücksichtigen.

2. § 503 ZPO

a) 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 Markt-abgrenzung zugrunde gelegten Methode geht.

b) Die Frage der Notwendigkeit der Beiziehung eines weiteren Sachverständigen ist eine Frage der Beweiswürdigung. Gleiches gilt für die Entscheidung, einem Sachverständigen nicht zu folgen, sowie für die Prüfung, ob die Einholung eines Ergänzungsgutachtens erforderlich war oder jemand die für die Erfüllung der Aufgabe eines Sachverständigen notwendige Fachkunde hatte.

c) Hingegen ist die Beurteilung, ob sich ein Beweismittel abstrakt als Erkenntnisquelle eignet, keine Frage der Beweiswürdigung. Dies betrifft etwa die Frage der Tauglichkeit einer bestimmten wissenschaftlichen Untersuchungsmethode. Eine Anfechtung der Ergebnisse von Sachverständigengutachten, die das ErstG seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung ist nur insoweit möglich, als dabei dem Sachverständigen bei seinen Schlussfolgerungen ein Verstoß gegen zwingende Denkgesetze oder gegen objektiv überprüfbare Gesetze sprachlichen Ausdrucks unterlaufen ist.

ÖBl 2012/34

§§ 1, 5, 23
KartG 2005;
§ 10 KartG 1988;
Art 101, 102
AEUV;
§ 879 ABGB;
§ 1 UWG;
§ 503 ZPO

OGH als KOG
12. 12. 2011,
16 Ok 8/10
(OLG Wien als KG
25 Kt 35, 36/08)

Radiusklausel IV

3. § 1 KartG; Art 101 AEUV; § 879 ABGB; § 1 UWG

a) Die Radiusklausel führt dazu, dass Vertragspartner der bindenden Partei in einem bestimmten Umkreis keine weiteren Filialen errichten und daher im vereinbarten Gebiet ihren Bedarf an Bestandobjekten nur bei der bindenden Partei decken dürfen. Es liegt zwar kein Vertikalverhältnis vor, weil die nachgefragte Leistung nicht dem Wiederverkauf dient, es besteht jedoch eine Ausschließlichkeitsbindung im Bereich eines für die eigentliche Unternehmenstätigkeit der Nachfrager notwendigen Hilfsgeschäfts.

b) Im Innenverhältnis zwischen der bindenden und der gebundenen Partei kann eine zu weitgehende Bindung allenfalls gegen § 879 ABGB verstoßen. Sittenwidrigkeit liegt vor, wenn ein Wettbewerbsverbot in übermäßigem Umfang ohne zeitliche und örtliche Beschränkung auferlegt wird oder ein allfälliges Missverhältnis zwischen den durch das Verbot zu schützenden Interessen des einen Vertragsteils und der dem anderen Teil auferlegten Beschränkung besteht. Denkbar ist auch, dass ein derartiger Verstoß nach § 1 UWG als unlauter einzustufen ist, sodass jeder Mitbewerber und die in § 14 UWG genannten Institutionen dagegen vorgehen können.

4. § 10 KartG 1988

Ein Wettbewerbsverbot entspricht, soweit es über das Wesen einer die Äquivalenz der beiderseitigen kartellrechtlich unbedenklichen Hauptleistungspflichten sichernden Nebenabrede nicht hinausgeht, keinem in § 10 KartG 1988 umschriebenen Tatbestand und ist daher nicht als Kartell zu beurteilen.

5. Art 101 AEUV

a) Von einer Vereinbarung iSd Art 101 AEUV ist auszugehen, wenn zwei oder mehrere Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck bringen, sich auf dem Markt in bestimmter Weise zu verhalten, mag die Willensübereinstimmung ausdrücklich oder konkludent, schriftlich oder formlos zustande gekommen sein. Ob sich ein Unternehmen freiwillig oder unter dem Druck der anderen Seite an der Vereinbarung beteiligt, ist dabei unerheblich. Auch eine wirtschaftliche Abhängigkeit des einen Vertragspartners vom anderen schließt das Vorliegen einer Vereinbarung noch nicht aus.

b) Ausschließlichkeitsbindungen greifen nicht nur in die Handlungsfreiheit der Vertragspartner ein, sondern eignen sich auch für die Verfolgung wett-

bewerbsfeindlicher Ziele wie die Behinderung von Konkurrenten, die Aufteilung von Märkten oder die Verstärkung der eigenen Marktstellung. Eine den Kunden auferlegte Verpflichtung, ihren Bedarf ganz bei einem marktbeherrschenden Unternehmen zu decken, kann als Behinderung von Mitbewerbern mit dem Leistungswettbewerb unvereinbar sein.

6. De-minimis-Bekanntmachung

a) Die De-minimis-Bekanntmachung ist weder für die Gerichte bindend, noch ist sie als abschließende umfassende Regelung gedacht. Zu berücksichtigen sind jeweils die Wirkungen auf den Wettbewerb, die Marktstellung der Betroffenen, die Art und Menge der Güter oder Dienstleistungen sowie das rechtliche und behördliche Umfeld.

b) Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Radiusklausel ist demnach – obwohl sie für die gesamte Dauer des betreffenden Bestandsverhältnisses gilt – deutlich geringer als die anderer Ausschließlichkeitsbindungen.

7. Bagatellbekanntmachung

a) Die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung kann auch vom Bündeln gleicher Vereinbarungen ausgehen („Bündeltheorie“). So gelten Alleinbezugsvereinbarungen als wettbewerbsbeschränkend, wenn die betreffende Vereinbarung isoliert oder gemeinsam mit anderen Verträgen des Vertragsbündels spürbar zur Marktabstottung beiträgt.

b) Vertikale Bezugsvereinbarungen erfüllen zwischen einem Anbieter und seinen Abnehmern nur dann das für das Kartellverbot notwendige Tatbestandsmerkmal der spürbaren Wettbewerbsbeschränkung, wenn die zu beurteilenden Vereinbarungen im Gesamtzusammenhang mit gleichartigen Vereinbarungen desselben oder auch anderer Anbieter erheblich zur Marktabstottung beitragen und der Markt somit aufgrund eines Bündels von Bezugsvereinbarungen für hinzukommende Bewerber schwer zugänglich ist.

c) Die Marktabstottung ergibt sich primär aus dem Bindungsgrad der Abnehmer auf dem sachlich relevanten Markt. Dabei ist auch die Dauer der Bezugsbindung wesentlich. Der Bindungsgrad ist jedoch nicht der einzige Beurteilungsfaktor. Vielmehr sind auch die herrschenden Marktbedingungen zu untersuchen, insb die tatsächlichen konkreten Möglichkeiten neuer Wettbewerber, trotz dieser Netze in den Markt einzudringen.

Sachverhalt:

Die ASt betreibt in der Gemeinde Wals-Siezenheim am Standort des ehemaligen Einkaufszentrums (EKZ) „Airportcenter“ ein EKZ in der Form eines „Factory Outlet Center“, bzw. das Designer Outlet Center Salzburg (im Folgenden: DOC), mit einer Fläche von ca. 28.000 m² und rund 140 Geschäften.

Die AG, ein Unternehmen der SPAR Österreich-Gruppe, betreibt in drei bis vier Kilometern Entfernung das EKZ „EUROPARK“ mit einer Fläche von ca.

50.000 m² und rund 120 Geschäften. Ein Teil der Bestandsverträge der AG für die Verpachtung von Geschäftsräumlichkeiten im EUROPARK enthält eine Klausel, die es dem jeweiligen Pächter verbietet, in einem bestimmten Umkreis um den EUROPARK ein gleichartiges oder ähnliches Geschäft wie im EUROPARK (direkt oder indirekt) zu betreiben oder sich an solchen Unternehmen zu beteiligen oder sonst mitzuwirken. Das DOC befindet sich in diesem Umkreis und ist in einigen Klauseln auch ausdrücklich genannt.

Die ASt begehrt,

1. der AG zu untersagen, in Verträgen mit den Bestandnehmern des EUROPARK eine Klausel vorzusehen oder sich gegenüber den Bestandnehmern auf eine Klausel zu berufen, wonach dem Bestandnehmer in einem Umkreis von vier Kilometern um den EUROPARK herum und am Standort des heutigen Airport Centers und der umliegenden Fachmarkttagglomerationen untersagt wird, ein gleichartiges oder ähnliches Geschäft, wie er es im EUROPARK unterhält bzw zu unterhalten beabsichtigt, neu zu betreiben, uzw weder direkt selbst noch indirekt (zB durch einen Franchise-partner 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 Kilometern um den EUROPARK zu betreiben bzw sich an einem solchen zu beteiligen, sowie Klauseln mit gleicher Zweckbestimmung oder Wirkung vorzusehen,

2. der AG aufzutragen, innerhalb von vier Wochen nach Rechtskraft der Entscheidung des Kartellgerichts alle Bestandnehmer des EKZ EUROPARK, deren Bestandvertrag aufgrund der bestrittenen Klauseln gegen das Kartellverbot der Art 101 AEUV bzw § 1 KartG verstößt, über den vollen Wortlaut des Beschlusses des Kartellgerichts in Kenntnis zu setzen.

Im EUROPARK sei eine Vielzahl von Modemarken – darunter auch Designermarken wie Benetton, Calzedonia, Don Gil ua – vertreten. Sämtliche der für das DOC wesentlichen Bestandnehmer seien durch eine Radiusklausel gebunden. Zum Teil finde sich überdies folgende Beschränkung in Verträgen der AG: „Der Pächter wird jedoch keinesfalls einen Standort in einem Factory-Outlet-Center im Umkreis von 50 Kilometern um den EUROPARK betreiben bzw sich an einem solchen beteiligen.“

Damit versuche die AG gezielt, Wettbewerb durch das DOC zu verhindern. Die Radiusklauseln der AG wirkten in besonderem Maß wettbewerbsbeschränkend und seien für das DOC existenzbedrohend. Die Radiusklauseln behinderten das Entstehen eines neuen Marktsegments, nämlich eines Factory-Outlet-Centers zum Verkauf reduzierter Markenware und Markenware zweiter Wahl, indem sie Unternehmern untersagten, neue Geschäfte zu eröffnen, und so ein neues Warenangebot für sämtliche Kunden im Großraum Salzburg verhinderten. Für viele Pächter sei die Ansiedlung in einem EKZ nicht attraktiv, sofern auch nur einige Ankermarken nicht vertreten seien. Für den wirtschaftlichen Erfolg eines EKZ insb im Modebereich sei eine Auswahl aus den nur beschränkt zur Verfügung stehenden Ankermarken unabdingbar. Die Radiusklausel wirke sich daher auch auf an sich nicht gebundene Bestandnehmer aus. Die Marktstellung der AG sei „herausragend“.

Die Radiusklausel sei Ausdruck eines gewollten Zusammenwirkens der AG und der Bestandnehmer und verstoße gegen das Kartellverbot des § 1 KartG. Mit dem in den Radiusklauseln festgelegten Umkreis von 50 Kilometern rund um den EUROPARK erfasse die Wettbewerbsbeschränkung auch Gebiete in Deutschland. Da damit der zwischenstaatliche Handel betroffen sei, verstoße das Verhalten der AG (auch) gegen Art 101 AEUV.

Die AG beantragt die Abweisung des Antrags. Die individuell vereinbarten Radiusklauseln dienten dazu, den besonderen Wert von EUROPARK abzusichern, den die AG durch besonderes finanzielles, organisatorisches, kaufmännisches und marketingtechnisches Engagement aufgebaut habe. EUROPARK sei das letzte größere EKZ gewesen, das in Salzburg eröffnet worden sei. Die Radiusklausel der AG habe sich somit nicht auf bereits anderweitig etablierte Bestandnehmer auswirken können.

Im vorausgegangenen Sicherungsverfahren blieb das Unterlassungsbegehren der ASt erfolglos. Aufgrund des bescheinigten Sachverhalts und in Übereinstimmung mit der Rechtsansicht des Kartellgerichts ging der OGH davon aus, dass die vereinbarten Radiusklauseln „nicht in erheblichem Maß zu der Abschottungswirkung beitragen, die das Bündel dieser Verträge aufgrund ihres wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhangs entfaltet“ (16 Ok 1/09).¹⁾

Im Hauptverfahren wies das ErstG den Antrag ebenfalls ab.

[...]

Aus seinen Feststellungen ist Folgendes hervorzuheben:

Das DOC wurde im September 2009 eröffnet und wird vom selben Unternehmen betrieben, das Betreiber des Designer Outlet Center P. im B. ist. Im DOC waren zur Zeit der Erstellung des gerichtlichen Gutachtens (August 2009 bis März 2010) ca 80 Bestandnehmer eingemietet.

Das von der AG betriebene EKZ wurde im Jahr 1997 eröffnet und ist laut einer Studie des Marktforschungsinstituts RegioPlan das zehntgrößte EKZ in Österreich und das größte in Salzburg und Umgebung. Sein Einzugsgebiet umfasst auch Gebiete im angrenzenden Bayern.

Die EUROPARK GmbH ist ein Unternehmen des Interspar-Konzerns. Der Interspar-Konzern betreibt insgesamt elf EKZ in Österreich, darunter das EKZ-Forum 1 in der Salzburger Innenstadt. Der Konzern ist auch im Lebensmitteleinzelhandel (Einzelhandelsketten SPAR, EUROSPAR, INTERSPAR, Maximarkt) und Sportfachhandel (Hervis) aktiv. Im EKZ EUROPARK sind Geschäfte der Ketten INTERSPAR und Hervis vertreten.

Ein großer Teil der von der AG geschlossenen Bestandverträge enthält folgende oder eine ähnlich formulierte Klausel:

„Vom Zeitpunkt der Abgabe des Pachtvertrag-Angebotes bis zur Beendigung des Pachtvertrages ist es dem Pächter untersagt, in einem Umkreis von 4 Kilometern um den EUROPARK herum und am Standort des heutigen Airport-Centers und der umliegenden Fachmarkt-agglomerationen ein gleichartiges oder ähnliches Geschäft, wie er es im EUROPARK unterhält bzw zu unterhalten beabsichtigt, neu zu betreiben, und zwar weder direkt selbst noch indirekt (zB durch einen Franchise-partner etc). Entsprechendes gilt für die Beteiligung an

Die Entscheidung setzt sich mit zahlreichen Nachweisen ausführlichst mit der Frage auseinander, unter welchen Voraussetzungen der Betreiber eines Einkaufszentrums den Einliegergeschäften zur Erhaltung der Attraktivität des Einkaufszentrums vertraglich untersagen darf, in einem bestimmten Umkreis („Radius“) ein gleichartiges Geschäft zu betreiben.

1) ÖBl-LS 2009/[209], 210 und 212, Radiusklausel III.

solchen Unternehmen oder eine irgendwie geartete Mitwirkung an ihrem Betrieb.“

Manche Bestandverträge der AG enthalten folgende Klausel:

„Der Pächter wird jedoch keinesfalls einen Standort in einem Factory-Outlet-Center im Umkreis von 50 Kilometern um den EUROPARK betreiben bzw sich an einem solchen beteiligen.“

Die Klauseln werden zwischen der AG und den einzelnen Bestandnehmern individuell ausgehandelt.

Die AG verpachtet Bestandflächen an Einzelhändler verschiedener Branchen sowie an handelsnahe Dienstleistungsbetriebe. Die Bestandnehmer profitieren von zentral durch das EKZ-Management bereitgestellten Dienstleistungen, wie zB der Instandhaltung von Gemeinflächen, der Gebäudesicherheit und dem Marketing des EKZ.

Wie alle EKZ ist der EUROPARK eine Einkaufsagglomeration. In Einkaufsagglomerationen sind eine Vielzahl von Einzelhandels- und Dienstleistungsbetrieben eng nebeneinander angesiedelt. Dies erhöht die Attraktivität für die Konsumenten, weil sie auf engem Raum und in entsprechend kurzer Zeit eine Vielfalt von Produkten verschiedener Art erwerben können. Dadurch ziehen Einkaufsagglomerationen Laufkundschaft an, wovon wiederum die einzelnen Händler profitieren.

Im Umkreis von ca 50 Kilometern rund um den EUROPARK befinden sich rund 15 Einkaufsagglomerationen in Form von anderen Einkaufs- oder Fachmarktzentren.

Einkaufsstraßen haben ähnlichen Agglomerationscharakter wie EKZ, verfügen jedoch typischerweise nicht über ein zentrales Management, sodass Dienstleistungen, die häufig von den EKZ-Betreibern angeboten werden, von den Einzelhändlern selbst organisiert werden müssen.

Eine Umfrage zur Bewertung der Einflussfaktoren auf die Standortwahl der Unternehmer unter 44 Bestandnehmern des EUROPARK (Bewertung der vorgegebenen Faktoren innerhalb einer Skala von 1 = „unwichtig“ bis 10 = „sehr wichtig“) ergab, dass der Kundenfrequenz am meisten Bedeutung zugemessen wird (durchschnittliche Bewertung 9,64).

Die übrigen Faktoren bewerteten die Befragten wie folgt (Reihung nach durchschnittlicher Bewertung durch die Befragten):

Lage/Position der Fläche am Standort	9,11
Konditionen/Fristigkeit des Vertrags	9,02
Standortkosten (Miete/Pacht/sonstige)	8,95
„Store mix“ am Standort	8,77
Präsenz von Ankerbetrieben	8,36
Geographische Lage des Standorts	8,34
Parkplatzangebot	8,25
Anschluss an öffentliche Verkehrsmittel	7,70
Bereits bestehende Standorte des Unternehmens	7,50
Ablösekosten für die Bestandfläche	7,48

Marketingleistungen des Standortbetreibers	7,02
Erweiterungsmöglichkeiten	5,09

Tabelle

Der für den EUROPARK relevante Markt umfasst zumindest alle für den Handel und handelsnahe Dienstleistungen verfügbaren Bestandflächen in der Stadt Salzburg, im Bezirk Salzburg Umgebung und im Berchtesgadener Land, somit auch Standorte außerhalb von Österreich. Es ist nicht auszuschließen, dass darüber hinaus auch weiter entfernte Standorte dem relevanten Markt zuzuordnen sind.

Die Salzburger Innenstadt als Einkaufsagglomeration und das DOC sind Teil des relevanten Markts.

Der Umsatz des gesamten relevanten Markts (gemeint: im Jahr 2009) beträgt € 146.433.978,-. Der Umsatz der AG (reine Miet- und Pachteinahmen) betrug im Jahr 2008 rund € 20.000.000,-; bei einem Wachstum von ca 5% ergeben sich für das Jahr 2009 rund € 21.000.000,-.

Der Marktanteil der AG im relevanten Markt beträgt demnach 14,4% (Bestandflächen in Salzburg Stadt, Salzburg Umgebung und Berchtesgadener Land); dem EKZ-Forum 1 in Salzburg ist ein Marktanteil von 1,1% zuzurechnen. Bei beiden Werten handelt es sich um die Obergrenze des Marktanteils der AG, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Markt noch weiter abzugrenzen ist. In einem weiter abgegrenzten Markt wäre der Anteil entsprechend niedriger.

Die im EUROPARK angesiedelten Ankerbetriebe üben nicht unerhebliche positive externe Effekte (Externalitäten) auf andere Bestandnehmer aus. Den positiven Effekt der Ankerbetriebe Saturn, H&M, Interspar, Peek & Cloppenburg und Zara beurteilten die befragten Bestandnehmer zwischen leicht nachfragesteigernd und moderat nachfragesteigernd. Sowohl H&M, Zara als auch Interspar sind mit einem weiteren Standort in der Innenstadt von Salzburg vertreten. Auch Benetton, DM, Don Gil, Hervis Sports, Stiefelkönig und Wolford – sämtliche als zwischen neutral und leicht nachfragesteigernd bewertet – finden sich mit einem weiteren Standort in der Salzburger Innenstadt.

[...]

Rechtlich würdigte das ErstG den festgestellten Sachverhalt dahin, dass die Radiusklauseln als Vereinbarungen iSd § 1 KartG und Art 101 AEUV zu qualifizieren seien. Die Bestimmung des relevanten Markts habe mit Hilfe des – im Gutachten angewandten – hypothetischen Monopolistentests zu erfolgen. Der festgestellte Marktanteil der AG ohne Berücksichtigung des EKZ-Forum 1 liege unter dem Schwellenwert von 15% gem Rz 7 lit b der Bagatellbekanntmachung. Bei isolierter Betrachtung des Marktanteils der AG sei nicht von einer hinreichenden Spürbarkeit auszugehen; die Vereinbarungen unterlägen daher nicht dem Kartellverbot des Art 101 AEUV.

Unter der Prämisse, dass das EKZ-Forum 1 als verbundenes Unternehmen anzusehen sei, erhöhe sich der der AG zurechenbare Marktanteil auf höchstens 15,5%. Damit wäre der Schwellenwert der Bagatellbekanntmachung um 0,5% überschritten. Die Frage, ob der Markt-

anteil des EKZ-Forum 1 von 1,1% hinzuzurechnen sei, könne offenbleiben, weil auch bei Überschreiten der Schwellen der Bagatellbekanntmachung auf die konkreten Auswirkungen auf den Wettbewerb abzustellen sei.

Die Auswirkungen der Radiusklauseln auf den Wettbewerb seien beschränkt: Die AG könne die Radiusklauseln nicht gegenüber allen Bestandnehmern durchsetzen, sodass nicht ihr gesamter Marktanteil davon betroffen sei. Zudem sei der Wettbewerb um neue Bestandnehmer von der Klausel nicht betroffen, weil die neuen Bestandnehmer sich auch für einen anderen Standort entscheiden könnten. Darüber hinaus betreffe der Radius der Klauseln nicht den gesamten räumlich relevanten Markt. Auch sei die Bindung durch die Radiusklausel mit der Laufzeit des Mietvertrags begrenzt. Schließlich verstärkten die positiven Externalitäten der Ankermarken die Wirkung der Radiusklausel nicht im behaupteten Ausmaß, weil gerade Ankermarken aufgrund ihrer Verhandlungsstärke oft nicht durch die Radiusklausel gebunden seien. Aus diesem Grund sei die Vereinbarung der Radiusklauseln selbst bei Mitberücksichtigung des Marktanteils des EKZ-Forum 1 nicht geeignet, den Wettbewerb spürbar zu beeinträchtigen.

Daran ändere auch die Anwendung der Bündeltheorie nichts. Aus Rz 8 der Bagatellbekanntmachung ergebe sich für die Beurteilung der Spürbarkeit bei kumulativer Wirkung gleichartiger Verträge, dass der vom Verbot betroffene Lieferant selbst einen Marktanteil von 5% haben müsse; weiters, dass mindestens 30% des relevanten Markts von den Vereinbarungen abgedeckt sein müssten. Dass dies der Fall sei, sei aber nicht vorgebracht worden. Der Marktanteil von 14,4% reiche jedenfalls nicht aus.

Eine Prüfung, ob das beanstandete Verhalten gegen die österr. Normen verstoße, erübrige sich, weil die Anwendung nationalen Kartellrechts nach Art 3 Abs 2 VO (EG) 2003/1 nicht zum Verbot von Vereinbarungen führen dürfe, die den Wettbewerb iSd Art 101 AEUV nicht einschränken.

[...]

Der OGH gab den Rek der BWB und der AST nicht Folge.

Aus der Begründung:²⁾

Da sich die Begründungen der RM teilweise überschneiden, ist es zweckmäßig, die RM beider RekWerberinnen gemeinsam zu behandeln.

I. Zur behaupteten Verletzung rechtlichen Gehörs

[...]

II. Zur Beweisrüge

2. Soweit die AST die Beweiswürdigung der angefochtenen Entscheidung bekämpft, ist ihr entgegenzuhalten, dass der OGH auch als KOG ausschließlich als Rechtsinstanz tätig wird. Zur Überprüfung der Beweiswürdigung ist der OGH nach nunmehr stRsp nicht berufen (RIS-Justiz RS0123662; vgl auch RS0109206 [T 5 a, T 6, T 10, T 11]). Die von der AST zitierten E (16 Ok 5/98 und 16 Ok 5/01) sind insoweit überholt.

III. Zu den behaupteten Verfahrensmängeln

[...]

IV. Zur behaupteten Aktenwidrigkeit

[...]

V. Zur Marktabgrenzung

5.1. Der Schwerpunkt des Vorbringens beider RekWerberinnen betrifft die Abgrenzung des relevanten Markts. Der Rek der BWB behandelt sogar nahezu ausschließlich diese Frage.

5.2. Nach hL und Rsp ist der sachlich betroffene Markt nach dem Bedarfsmarktkonzept zu bestimmen, wie dies § 23 KartG ausdrücklich festsetzt (*Urlesberger/Haid in Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz § 23 Rz 4 ff; RIS-Justiz RS0124421; vgl etwa 16 Ok 15/08, *Gratiswochenzeitung*; 16 Ok 14/08, *Radiusklausel II*;³⁾ 16 Ok 1/09, *Radiusklausel III*). Dies gilt in gleicher Weise für das Europäische Wettbewerbsrecht (vgl LL der Kommission zur Marktanalyse, ABl C 2002/165, 6 Rz 44).

5.3. Nach dem Bedarfsmarktkonzept liegt derselbe Markt vor, wenn sich die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen in ihren für die Deckung desselben Bedarfs wesentlichen Eigenschaften von anderen nicht⁴⁾ unterscheiden und aus Sicht der Bedarfsträger als Marktgegenseite untereinander beliebig austauschbar sind. Entscheidend ist damit die (funktionelle) Austauschbarkeit der Waren bzw Leistungen aus Sicht der Marktgegenseite (RIS-Justiz RS0124671; RS0116046 [T 2, T 3]; vgl auch RS0063539; RS0110206).

5.4. Der OGH hat bereits in der E 16 Ok 14/08, *Radiusklausel II*, ausgesprochen, dass der relevante Markt unter Anwendung des hypothetischen Monopolistentests (SSNIP-Test) zu bestimmen ist. Der Test wurde zwar ursprünglich für die Zusammenschlusskontrolle entwickelt (vgl *Fink*, Aufarbeitung einer historischen Dokumentation zum SSNIP Test, OZK 2011, 141 [142]); er ist aber keineswegs darauf beschränkt. Vielmehr hat der OGH den Test in der E 16 Ok 14/08 – im Einklang mit der Rechtsansicht der EK (Bekanntmachung zur Marktabgrenzung Rz 2) – auch iZm dem Kartellverbot und dem Marktmachtmisbrauch angewendet.

5.5. Im vorausgegangenen Provisorialverfahren (16 Ok 1/09, *Radiusklausel III*) billigte der OGH die Auffassung des ErstG, wonach der relevante Markt sich nicht auf Einkaufszentren beschränkt, sondern auch andere größere Einkaufsagglomerationen (wie zB Einkaufsstrassen der Städte) im Einzugsgebiet von 90 Minuten Pkw-Fahrzeit umfasst.

In der E 16 Ok 14/08, *Radiusklausel II*, hat der OGH auch auf andere Kriterien abgestellt und auf Faktoren wie Standort, Image, Parkplatzangebot und hohe Kundenfrequenz verwiesen. Dies ist jedoch nicht dahin zu verstehen, dass diese Faktoren neben dem Monopolistentest heranzuziehen wären (iSd auch *Palmstorfer*, Radiusklauseln auf dem Prüfstand des Kartellrechts, wbl 2010, 120 [124]). Es sind dies vielmehr Faktoren, die bei der im Wege des hypothetischen Monopolistentests ermittelten Entscheidung des Abnehmers eine Rolle spielen. →

2) Wegen des Umfangs der Entscheidung wurde auf die Wiedergabe einzelner verfahrensrechtlicher Kapitel verzichtet, diese aber teilweise in den Rechtssätzen berücksichtigt.

3) ÖBl-LS 2009/208 und 209.

4) Eingefügt; s auch Anm *Barbist* (Anm d Red).

5.6. Das Kartellgericht ging in Übereinstimmung mit dem SVGutachten davon aus, dass der relevante Markt des EUROPARK zumindest alle für den Handel und handelsnahe Dienstleistungen verfügbaren Bestandsflächen in der Stadt Salzburg, dem Bezirk Salzburg Umgebung und im Berchtesgadener Land umfasst, wobei nicht auszuschließen ist, dass darüber hinaus vom EUROPARK weiter entfernte Standorte dem relevanten Markt zuzuordnen sind. Die Salzburger Innenstadt als Einkaufsagglomeration und das DOC gehören dem relevanten Markt an.

5.7. Nach stRsp ist die Frage der Marktabgrenzung 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 (RIS-Justiz RS0124421; vgl etwa 16 Ok 15/08, *Gratiswochenzeitung*; 16 Ok 14/08, *Radiusklausel II*; 16 Ok 1/09, *Radiusklausel III*).⁵⁾

5.8. Da die Beweiswürdigung im Verfahren vor dem OGH nicht bekämpft werden kann, kommt der Abgrenzung zwischen der unzulässigen Beweisrüge und der zulässigen Mängelrüge und Rechtsrüge besondere Bedeutung zu (vgl dazu auch *Palmstorfer*, wbl 2010, 120 [121 ff]).

5.9. In der Lehre wird die Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage im vorliegenden Zusammenhang lediglich von *Palmstorfer* (aaO) behandelt. Demnach seien die Aussagen der E 16 Ok 15/08, *Gratiswochenzeitung*; 16 Ok 14/08, *Radiusklausel II*; 16 Ok 1/09, *Radiusklausel III*, denen er grds zustimmt, eng auszulegen. Nicht jede Methodenfrage sei auch eine Rechtsfrage. Methodenfragen seien nur dann Rechtsfragen, wenn sich die gewählte Methode – gemessen an den kartellrechtlichen Vorgaben – als ungeeignet (untauglich) herausstelle. So liege eine Rechtsfrage vor, wenn der SV nicht kartellrechtlich vorgegebene Methoden, konkret etwa den hypothetischen Monopolistentest (SSNIP-Test) heranzieht. Anderes gelte, wenn der SV zwar die rechtlich vorgezeichneten Ermittlungsgrundsätze einhalte, jedoch gegen erfahrungswissenschaftliche Standards verstoße, etwa ein zu kleines Sample von Befragten verwende.

5.10. Nach stRsp ist die Notwendigkeit der Beziehung eines weiteren SV eine Frage der Beweiswürdigung (*Fasching IV*¹ 311; *ders*, LB² Rz 1910; *Zechner in Fasching/Konecny*² § 503 ZPO Rz 149; 10 Ob 16/03 f; 3 Ob 130/97 g uva). Gleiches gilt für die Entscheidung, einem SV nicht zu folgen (*Zechner*, aaO; SSV-NF 3/14 [1989]), sowie für die Prüfung, ob die Einholung eines Ergänzungsgutachtens erforderlich war (5 Ob 136/02 i; *Zechner*, aaO) oder jemand die für die Erfüllung der Aufgabe eines SV notwendige Fachkunde hatte (10 Ob 16/03 f; *Zechner*, aaO). Auch die Beurteilung, ob ein verwertetes SVGutachten getroffene Feststellungen stützt (10 ObS 154/00 w; 10 Ob 33/00 a; 1 Ob 169/97 b; 1 Ob 620/94; *Zechner*, aaO Rz 150), dieses Gutachten erschöpfend ist (10 ObS 154/00 w; 10 ObS 106/90; SSV-NF 3/14 [1989]) oder an den SV weitere Fragen zu richten gewesen wären (10 ObS 106/90; SSV-NF 3/14 [1989]), fällt ausschließlich in den Bereich der Beweiswürdigung.

5.11. Hingegen ist die Beurteilung, ob sich ein Beweismittel abstrakt als Erkenntnisquelle eignet, keine

Frage der Beweiswürdigung (*Fasching IV*¹ 312, 337; *ders*, LB² Rz 1910; *Zechner in Fasching/Konecny*² § 503 ZPO Rz 154). Dies betrifft etwa die Frage der Tauglichkeit einer bestimmten wissenschaftlichen Untersuchungsmethode (*Fasching IV*¹ 337; *Zechner*, aaO; vgl zur erbbiologischen Untersuchung 6 Ob 294/73 SZ 56/71; zu erbbiologisch-anthropologischen Gutachten 4 Ob 545/83 SZ 46/119; 9 Ob 316/99 g zu einem serologischen Gutachten; zur Liegenschaftsbewertung 4 Ob 528/95; 5 Ob 30/08 k; 1 Ob 148/97 i SZ 71/4; RIS-Justiz RS0043517 [T 3]; zuletzt 8 Ob 142/09 d; vgl auch zum PatG RIS-Justiz RS0071399; zuletzt 17 Ob 10/10 k).

5.12. Im Kartellverfahren hat der OGH ausgesprochen, dass eine Anfechtung der Ergebnisse von SVGutachten, die das ErstG seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung nur insoweit möglich ist, als dem SV bei seinen Schlussfolgerungen ein Verstoß gegen zwingende Denkgesetze oder gegen objektiv überprüfbare Gesetze sprachlichen Ausdrucks unterlaufen ist (16 Ok 46/05; krit *Thyri*, Kartellrechtsvollzug Rz 674).

5.13. In der E 16 Ok 14/08, *Radiusklausel II* hat der OGH die Fragestellung des SV, ob Unternehmen, die mehr als einen neuen Standort planen, in Einkaufszentren, innerstädtische Hauptlagen oder Fachmarktzentren expandieren wollen, als methodisch ungeeignet angesehen, weil dadurch nicht die Substituierbarkeit zwischen der Nachfrage nach Geschäftsräumlichkeiten in EKZ und innerstädtischen Zentrallagen geklärt werden kann. Vielmehr sei unter Anwendung des hypothetischen Monopolistentests zu klären, ob Bestandnehmer von EKZ bei einer geringen, aber dauerhaften Erhöhung der Preise im Bereich von 5 bis 10% auf Innenstadtlagen ausweichen. Um eine breitere Beurteilungsbasis für das Substitutionsverhalten der Nachfrager zu erhalten, seien dabei allenfalls auch allgemein Kreuzpreiselastizitäten zu erheben und es sei zu untersuchen, inwieweit Preise und Preisänderungen bei Bestandobjekten in Innenstadtlagen und EKZ in der Vergangenheit korrelierten.

5.14. Auch im Europäischen Kartellrecht ist die Marktabgrenzung ebenso wie die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Verfahren vor dem EuGe I und dem EuGH nur eingeschränkt überprüfbar (vgl *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht II¹¹ FKVO Nr 139/2004 Rz 76 und 79 jeweils mwN).

5.15. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Feststellungen aufgrund eines SVGutachtens nur in engen Grenzen überprüfbar sind. Das bedeutet für den vorliegenden Fall, dass der OGH (nur) die generelle Eignung einer bestimmten Methode zur Marktabgrenzung – wie im vorliegenden Fall die Eignung des hypothetischen Monopolistentests – überprüfen kann. Hingegen ist das Ergebnis der Anwendung einer an sich geeigneten Methode einer Überprüfung durch den OGH entzogen. Wenn daher der SV die rechtlich vorgezeichneten Ermittlungsgrundsätze einhält, jedoch zB seine Aussagen auf eine zu geringe Anzahl von Befragten stützt, dann handelt es sich um Fragen der Überzeugungskraft des

5) ÖBI-LS 2009/209.

Gutachtens und damit um Fragen der Beweiswürdigung, die der OGH nicht prüfen kann.

5.16. Im vorliegenden Fall ist im Übrigen darauf zu verweisen, dass der SV mit Zustimmung aller Parteien auf der Grundlage des von ihm vorgelegten Angebots bestellt wurde. In diesem Angebot hat der SV die von ihm anzuwendende Methode eingehend dargelegt. Die Parteien haben keine Einwände erhoben. Die prinzipiell korrekte Durchführung des SSNIP-Tests hat die ASt in der Verhandlung v 7. 7. 2010 auch ausdrücklich zugestanden und ausgeführt, dass die „dort angestellten Rechnungen auch nicht grundsätzlich in Frage gestellt würden“.

5.17. Inwieweit das SVGutachten allein eine ausreichende Entscheidungsgrundlage bot oder die Aufnahme von weiteren Beweisen erforderlich war, betrifft eine Frage der Beweiswürdigung, die nicht an den OGH herangetragen werden kann. Auch die im Rek der ASt erhobenen Einwände, dass das vom SV verwendete Sample nicht ausreichend groß bzw die Rücklaufquote bei den Fragebögen zu gering gewesen sei, betreffen lediglich die Überzeugungskraft des Gutachtens und damit eine Frage der Beweiswürdigung.

5.18. Gleiches gilt auch für die in der Rechtsrüge erhobenen Einwendungen gegen die angeblich mangelhaften methodischen Grundlagen des Gutachtens, angebliche Fehler bei der Anwendung des SSNIP-Tests, wie etwa die Notwendigkeit der Berücksichtigung von Wartelisten und die angeblich unrichtige Umsatzberechnung. Auf diese Ausführungen ist daher nicht weiter einzugehen.

VI. Begriff der Radiusklausel, Prüfungsmaßstab und Vorjudikatur

6.1. Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt begegnet die rechtliche Beurteilung des ErstG keinen Bedenken:

6.2. Die Radiusklausel führt dazu, dass Vertragspartner der AG in einem bestimmten Umkreis keine weiteren Filialen errichten und daher im vereinbarten Gebiet ihren Bedarf an Bestandobjekten nur bei der AG decken dürfen. Es liegt zwar kein Vertikalverhältnis vor, weil die nachgefragte Leistung nicht dem Wiederverkauf dient, es besteht jedoch eine Ausschließlichkeitsbindung im Bereich eines für die eigentliche Unternehmenstätigkeit der Nachfrager notwendigen Hilfsgeschäfts (16 Ok 8/10, *Radiusklausel II*⁶⁾).

6.3. Derartige Ausschließlichkeitsbindungen unterliegen im Rahmen der österr Rechtsordnung in vielfältiger Hinsicht Einschränkungen. Im Innenverhältnis zwischen der bindenden und der gebundenen Partei kann eine zu weitgehende Bindung allenfalls gegen § 879 ABGB verstoßen. Nach hA liegt Sittenwidrigkeit vor, wenn ein Wettbewerbsverbot in übermäßigem Umfang ohne zeitliche und örtliche Beschränkung auferlegt wird oder ein auffälliges Missverhältnis zwischen den durch das Verbot zu schützenden Interessen des einen Vertragsteils und der dem anderen Teil auferlegten Beschränkung besteht (*Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht³ § 7 Rz 48 mwN; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 879 Rz 102; 8 Ob 141/08 f). Denkbar ist auch, dass ein derartiger Verstoß nach § 1 UWG als unlauter einzustufen ist, sodass jeder Mitbewerber und die in § 14 UWG angeführten Stellen dagegen vorgehen können.

6.4. Bei der – hier allein maßgebenden – Beurteilung der Radiusklausel nach Kartellrecht kommen als Rechtsgrundlagen das Kartellverbot des Art 101 AEUV (früher Art 81 EG; Art 85 EWG) bzw § 1 KartG und das Missbrauchsverbot des Art 102 AEUV (früher Art 82 EG; Art 86 EWG) bzw des § 5 KartG in Betracht (nur auf Letzteres abstellend offenbar *Pirko*, Ergänzung zum Beitrag von *Palmstorfer*, wbl 2010, 220).

6.5. Zu Radiusklauseln liegen bereits mehrere kartellrechtliche Entscheidungen vor. Die ersten ein Konkurrenzverbot betreffenden Entscheidungen ergingen noch zum alten Kartellrecht (Okt 6/93; 16 Ok 3/96; vgl auch 16 Ok 4/01 und 16 Ok 6/02). Danach entspricht ein Wettbewerbsverbot, soweit es über das Wesen einer die Äquivalenz der beiderseitigen kartellrechtlich unbedenklichen Hauptleistungspflichten sichernden Nebenabrede nicht hinausgeht, keinem in § 10 KartG 1988 umschriebenen Tatbestand und ist daher nicht als Kartell zu beurteilen. Anderes gelte, wenn eine Beschränkung über einen solchen Zweck hinausgehe. Die Grenze zwischen kartellrechtsneutraler Nebenabrede und kartellrechtsrelevanter Wettbewerbsbeschränkung iSd § 10 KartG 1988 könne nur im Einzelfall unter Bedachtnahme auf die Besonderheiten des betreffenden Wirtschaftszweigs gezogen werden. IdR werde ein fünf Jahre übersteigendes Wettbewerbsverbot dem Anwendungsbereich des Kartellrechts zu unterwerfen sein.

6.6. Mit der E 16 Ok 14/08, *Radiusklausel II*, hob der OGH die Entscheidung des Kartellgerichts wegen ungeeigneter Fragestellung des SV auf. Die im vorliegenden Verfahren im Provisorialverfahren ergangene E 16 Ok 1/09, *Radiusklausel III*, verneint das Vorliegen eines relevanten kumulativen Abschottungseffekts, weil ein Anteil der AG an Verkaufsfläche von nur 7,66% bescheinigt worden war.

VII. Kartellverbot

a) Allgemeines

7.1. Vereinbarungen fallen nur dann unter das Verbot des Art 101 AEUV (früher Art 81 EG), wenn sie „eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken“. Von einer Vereinbarung iSd Art 101 AEUV ist auszugehen, wenn zwei oder mehrere Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck bringen, sich auf dem Markt in bestimmter Weise zu verhalten, 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).

7.2. Dabei ist zunächst der eigentliche Zweck der Vereinbarung in Betracht zu ziehen, wobei die wirtschaftlichen Begleitumstände ihrer Durchführung zu berücksichtigen sind. Wenn feststeht, dass eine Vereinbarung einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, brauchen ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht geprüft zu werden (EuGH C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services/Kommission*; EuGH 13. 11. 2011, C-439/09,

6) 16 Ok 8/10 ist die vorliegende E und keine VorE; *Radiusklausel II* ist 16 Ok 14/08 v 25. 3. 2009 (Anm d Red).

*Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*⁷⁾). 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 noch nicht aus (EuGH 12. 7. 1979, C-32/78, *BMW Belgium ua/Kommission*, Slg 1979, 2435; vgl auch *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht II Art 81 Rz 17).

7.3. Begriff und Inhalt der Vereinbarung sind objektiv zu verstehen, auf subjektive Intentionen, innere Vorbehalte oder unterlassene Mitwirkung kommt es nicht an. Wusste allerdings der Unternehmer oder musste er wissen, dass die Absprache, an der er sich beteiligt, Teil eines Gesamtplans ist, so trägt er Verantwortung für den Gesamtplan (*Möschel in Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁴ EG/Teil 1 Art 81 EG Rz 67 f). Ohne Bedeutung sind die unterschiedlichen Interessenlagen der Bestandnehmer und ihr mangelnder Einfluss darauf, mit wem der Bestandgeber Radiusklauseln vereinbart.

7.4. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass Ausschließlichkeitsbindungen nicht nur in die Handlungsfreiheit der Vertragspartner eingreifen, sondern sich auch für die Verfolgung wettbewerbsfeindlicher Ziele wie die Behinderung von Konkurrenten, die Aufteilung von Märkten oder die Verstärkung der eigenen Marktposition eignen (*Möschel in Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1 Art 82 Rz 177). Eine den Kunden auferlegte Verpflichtung, ihren Bedarf ganz bei einem marktbeherrschenden Unternehmen zu decken, kann als Behinderung von Mitbewerbern mit dem Leistungswettbewerb unvereinbar sein. Dass die Bindung möglicherweise auch im Interesse der Kunden liegt oder sogar auf ihren Wunsch vereinbart wurde, ändert daran nichts. Maßgebend sind vielmehr der Bindungsgrad und die Auswirkungen auf den Restwettbewerb. Zu beachten ist allerdings, dass die Abnehmerbindung grds einer Rechtfertigung zugänglich ist, wenn deren Nachweis auch schwierig sein mag (*Eilmansberger in Streinz*, EUV/EGV Art 82 Rz 54 f; 16 Ok 8/10, *Radiusklausel II*⁸⁾).

7.5. Allerdings bewirkt eine Einschränkung der Handlungsfreiheit beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen in Form von Alleinbezugsverpflichtungen, Wettbewerbsverboten oder langfristigen Abnahmeverpflichtungen nicht automatisch eine Wettbewerbsbeschränkung iSd Art 101 AEUV bzw § 1 KartG. Zu selektiven Vertriebssystemen hat der EuGH bereits wiederholt ausgesprochen, dass diese zwangsläufig den Wettbewerb im gemeinsamen Markt beeinflussen (EuGH 107/82, *AEG-Telefunken/Kommission*; EuGH C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*). Es kommt entscheidend auf die marktabschottende Wirkung der Vereinbarung an, und es ist daher zu prüfen, ob und inwieweit sie iVm 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 EK – 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).

b) Isolierte Marktanteilsbetrachtung

8.1. Der Marktanteil der AG beträgt bei isolierter Betrachtung selbst unter Hinzurechnung des EKZ-Forum 1 nur knapp über 15%. Damit wird der Schwellenwert des P II.7. lit b erster Absatz der De-minimis-Bekanntmachung allenfalls knapp überschritten. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass beim EKZ-Forum 1 keine Radiusklauseln bestehen.

8.2. Die Parteien ziehen nicht in Zweifel, dass das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung auf der Grundlage des Anteils der AG am Gesamtmietenumsatz im relevanten Markt beurteilt werden kann. Dies entspricht auch Rz 10 der De-minimis-Bekanntmachung. Im Übrigen ergäbe sich bei Zugrundelegung nicht der Umsatzzahlen, sondern des Anteils an Verkaufsflächen (vgl 16 Ok 14/08) ein niedrigerer Marktanteil, weil die Quadratmetermieten im EUROPARK wesentlich höher sind als die Mieten an anderen Standorten.

8.3. Die De-minimis-Bekanntmachung ist weder für die Gerichte bindend, noch ist sie als abschließende umfassende Regelung gedacht (s *Schröter in Schröter/Jakob/Mederer*, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht Art 81 Rz 228). Zu berücksichtigen sind jeweils die Wirkungen auf den Wettbewerb, die Marktposition des Betroffenen, die Art und Menge der Güter oder Dienstleistungen sowie das rechtliche und behördliche Umfeld (EuGH 22/71, *Béguelin*, Slg 1971, 949, 960; EuGH 27/87, *Erauw-Jacquery/La Hesbignonne*, Slg 1988, 1919, 1940; vgl auch *Bechtold/Brinker/Bosch/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht Art 81 Rz 97).

8.4. Das Kartellgericht hat zutr auf einige Faktoren hingewiesen, die die Auswirkungen der Radiusklauseln auf den Wettbewerb beschränken können: Radiusklauseln sind nur wirksam, wenn sie vereinbart, dh, vom Bestandnehmer auch akzeptiert werden. Die Tatsache, dass einige Mieter auch in der Salzburger Innenstadt vertreten sind, lässt darauf schließen, dass die AG die Radiusklausel nicht gegenüber allen Mietern als Vertragsinhalt durchsetzen kann. Das gilt vor allem für Unternehmen mit Ankermarken.

8.5. Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung betrifft auch nicht den gesamten relevanten Markt, sondern lediglich das Gebiet innerhalb des „Radius“. Auch zeitlich ist die Radiusklausel in ihrer Wirkung beschränkt, weil sie nicht über die Dauer des Bestandverhältnisses hinaus wirkt. Schließlich ist die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Radiusklausel auf Unternehmen beschränkt, die mit der AG in einem Vertragsverhältnis stehen; der Marktzutritt neuer Mietinteressenten wird davon nicht berührt. Neue Mietinteressenten können sich vielmehr frei entscheiden, ob sie einen Mietvertrag mit der AG abschließen oder einen an-

7) ÖBI-LS 2012/21 und Beitrag *Innerhofer/Maierhofer*, ÖBI 2012/29, 104.

8) Siehe FN 6.

deren Standort wählen. Dazu kommt, dass in jeder Branche erfahrungsgemäß mehrere Unternehmen tätig sind, sodass die Radiusklausel den Betreiber eines weiteren EKZ nicht hindert, seinerseits einen entsprechenden Branchenmix anzubieten. Die für die Attraktivität eines EKZ so bedeutsamen Ankermarken sind idR ohnehin nicht durch eine Radiusklausel gebunden.

8.6. Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Radiusklausel ist demnach – obwohl die Radiusklausel für die gesamte Dauer des betreffenden Bestandverhältnisses gilt – deutlich geringer als die anderer Ausschließlichkeitsbindungen. Damit besteht auch kein Anlass, auf die von der Ast im Anschluss an die von *Keinert* („Spürbarkeit“ im EG-Kartellrecht [Art 81 EGV], ÖJZ 2009, 101) geäußerte Kritik an der Vereinbarkeit der Schwellenwerte der De-minimis-Bekanntmachung mit der Rsp des EuGH einzugehen.

c) Bündeltheorie

9.1. Die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung kann auch von Bündeln gleicher Vereinbarungen ausgehen („Bündeltheorie“). So gelten Alleinbezugsvereinbarungen als wettbewerbsbeschränkend, wenn die betreffende Vereinbarung isoliert oder gemeinsam mit anderen Verträgen des Vertragsbündels spürbar zur Marktabstottung beiträgt. In Rz 8 der Bagatellbekanntmachung der EK werden dafür eigene Marktanteilsschwellen angeführt, uzw 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. Allein auf den Marktanteil der Verfahrensparteien kommt es daher – selbst wenn man von der Anwendbarkeit der Bekanntmachung ausginge – nicht an.

9.2. Der EuGH hat die Bündeltheorie in der Bierbezugsverträge betreffenden E C-234/89, *Delimitis*, Slg 1991, I-935, entwickelt. Danach erfüllen (vertikale) Bezugsvereinbarungen zwischen einem Anbieter und seinen Abnehmern nur dann das für das Kartellverbot notwendige Tatbestandsmerkmal der spürbaren Wettbewerbsbeschränkung, wenn die zu beurteilenden Vereinbarungen im Gesamtzusammenhang mit gleichartigen Vereinbarungen desselben oder auch anderer Anbieter erheblich zur Marktabstottung beitragen und der Markt somit aufgrund eines Bündels von Bezugsvereinbarungen für hinzukommende Bewerber schwer zugänglich ist.

9.3. Die Marktabstottung ergibt sich primär aus dem Bindungsgrad der Abnehmer auf dem sachlich relevanten Markt. Dabei ist auch die Dauer der Bezugsbindung wesentlich. Bei einem Bindungsgrad von unter 30% hat der OGH bereits – im Anschluss an die EK – ausgesprochen, dass eine Marktabstottung unwahrscheinlich ist (16 Ok 1/09, *Radiusklausel III*).

9.4. Der Bindungsgrad ist jedoch nicht der einzige Beurteilungsfaktor. Vielmehr sind auch die herrschen-

den Marktbedingungen zu untersuchen, insb die tatsächlichen konkreten Möglichkeiten neuer Wettbewerber, trotz dieser Netze in den Markt einzudringen (EuGH C-234/89, *Delimitis*, Slg 1991, I-935, Rz 19 f; EuGe I T-7/93, *Langnese-Iglo*, Rz 101; EuGe I T-65/98, *Van den Bergh Foods*, Rz 112).

9.5. Nach P II.8. der De-minimis-Bekanntmachung werden, wenn in einem relevanten Markt der Wettbewerb durch die kumulative Wirkung von Vereinbarungen beschränkt [...], die verschiedene Lieferanten oder Händler für den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen geschlossen haben (kumulativer Marktabstottungseffekt durch nebeneinander bestehende Netze von Vereinbarungen, die ähnliche Wirkungen auf dem Markt haben), [...] die in Ziffer 7 genannten Marktanteilschwellen auf 5% herabgesetzt, sowohl für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern als auch für Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern. Bei einzelnen Lieferanten oder Händlern mit einem Marktanteil, der 5% nicht überschreitet, ist in der Regel nicht davon auszugehen, dass sie wesentlich zu dem kumulativen Abstottungseffekt beitragen. Es ist unwahrscheinlich, dass ein kumulativer Abstottungseffekt vorliegt, wenn weniger als 30% des relevanten Marktes von nebeneinander bestehenden (Netzen von) Vereinbarungen, die ähnliche Wirkungen auf dem Markt haben, abgedeckt werden.

9.6. Im vorliegenden Fall bestehen keinerlei Anhaltspunkte, dass 30% des gesamten relevanten Markts durch derartige Vereinbarungen bzw Netze von Vereinbarungen abgedeckt wären. Ebenso wenig bestehen Anhaltspunkte dafür, dass der Markt iSd Rz 8 der De-minimis-Bekanntmachung schwer zugänglich wäre und damit auch bei niedrigerem Bindungsgrad eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorliegen könnte. Ohne entsprechendes Vorbringen und ohne jegliche Anhaltspunkte war das Kartellgericht auch nicht aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes zu weitergehenden Erhebungen verpflichtet (vgl 16 Ok 7/01; 16 Ok 7/02; *Solé*, Das Verfahren vor dem Kartellgericht Rz 441).

9.7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beurteilung des Kartellgerichts keinen Bedenken begegnet, dass keine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt und der Tatbestand des Art 101 AEUV daher nicht erfüllt ist.

VIII. Missbrauchsverbot

10. Auf einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die AG hat sich die – durchgehend anwaltlich vertretene – Ast nicht gestützt. Der bloße Hinweis auf eine „herausragende Marktstellung“ reicht hierfür nicht aus. Im Übrigen bieten die vom ErstG getroffenen Feststellungen keinen Anhaltspunkt anzunehmen, dass die AG auf dem relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung hätte.

Anmerkung:

Hartnäckigkeit macht sich – nicht immer – bezahlt: Der Betreiber des Designer Outlet Center (DOC) Salzburg

war im Sicherungsverfahren mit dem Antrag abgeblitzt, der EUROPARK GmbH die Berufung auf die in ihren Verträgen mit den Pächtern enthaltenen Radiusklausel



seln zu untersagen (s 16 Ok 1/09, *Radiusklausel III*, ÖBL-LS 2009/[209], 210 und 212). Im gegenständlichen Hauptverfahren sollte für die ASt alles besser werden, wurde es aber nicht. Einige Anmerkungen seien erlaubt:

1. In prozeduraler Hinsicht fällt auf, dass der SV die Ergänzungsfragen der ASt schriftlich beantwortet hatte, die ASt von dieser schriftlichen Ergänzung aber erst bei Beginn der mündlichen Verhandlung Kenntnis nehmen konnte. Da das „Memorandum“ schlanke 24 Seiten hatte, war es verständlich, dass die ASt ihr Glück in einem Antrag auf schriftliche Äußerung suchte, was das Kartellgericht prompt ablehnte. Das KOG bestätigte die Vorgangsweise des Kartellgerichts mit dem Hinweis auf die Mündlichkeit des Verfahrens und damit, dass kein Anspruch bestehe, Ergebnisse einer mündlichen Verhandlung nachträglich mit Schriftsatz zu kommentieren.

Aus der Ferne (dh ohne bei dieser Verhandlung anwesend gewesen zu sein) ist mit Kritik vorsichtig umzugehen. Sollte die ASt, wie es der gegenständliche KOG-Beschluss andeutet, die sehr ausführliche schriftliche Fragenbeantwortung erst zu Beginn der mündlichen Verhandlung erhalten haben, wäre es ein Ding der Unmöglichkeit gewesen, auf sie ohne ausführliches Studium zu replizieren. Der Hinweis des KOG auf die – implizit als vergleichbar angenommene – sofortige Stellungnahmepflicht der ASt im Fall, dass der SV die Fragen erst im Rahmen der mündlichen Verhandlung beantwortet hätte, greift zu kurz: Bei einer ergänzenden Befragung des SV in der mündlichen Verhandlung kommen die Antworten des SV in „verdaubaren“ Portionen, auf die die ASt selbstverständlich sogleich reagieren muss. Diese Konstellation ist aber nicht mit einem 24-seitigen „Dossier“ zu sicherlich nicht ganz einfachen Fragestellungen vergleichbar, das zuerst einmal gelesen und auf Schwächen analysiert werden will. Aber vielleicht wurde der ASt ohnehin – durch kurze Unterbrechung des Verfahrens – entsprechende Studienzeit eingeräumt. Die Begründung des KOG enthält allerdings ein solches Argument nicht.

2. Das AußStrG ist immer wieder für Überraschungen gut, zB dass es keinen förmlichen Schluss des Verfahrens gibt, sodass ein Ende der „heutigen Verhandlung“ sohin auch das Ende der Fahnenstange im kartellgerichtlichen Verfahren bedeuten kann, insb wenn keine Partei eine weitere Tagsatzung beantragt hat (§ 47 Abs 1 KartG 2005) und diese auch nicht zwingend erforderlich war. Dies ist umso wichtiger, als das KOG nach stRsp als reine Rechtsinstanz tätig wird, sodass Ergebnisse von in Kartellrechtssachen oft entscheidungswesentlichen SV-Gutachten nur dann angefochten werden können, wenn dem SV bei seinen Schlussfolgerungen ein Verstoß gegen zwingende Denkgesetze oder gegen objektiv überprüfbare Gesetze sprachlichen Ausdrucks unterlaufen ist. De lege ferenda muss eine volle zweite Tatsacheninstanz geschaffen werden; aber diese Forderung ist nicht neu. Also zum nächsten Punkt.

3. Leitsätze werden oft und gerne in späteren Entscheidungen übernommen. Selbstverständlichkeiten

dieser Art haben den Autor dieser Zeilen und die Redaktion der ÖB! kurzfristig beschäftigt. Konkret geht es um P 5.3. des gegenständlichen Beschlusses: Derselbe Markt liegt danach vor, „wenn sich die [...] Waren oder Dienstleistungen in ihren [...] Eigenschaften von anderen unterscheiden. [...]“. Über die Jahre hat sich bei der Umschreibung der (funktionellen) Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite nämlich ein Fehler eingeschlichen, der durch Rechtssatzketten die Jahre überdauert hat. Dem aufmerksamen Prof. *Gamerith* ist das fehlende „nicht“ aber nicht entgangen. Mir bleibt nur die Verweisung auf 16 Ok 1/09, wo die Fehler enden.

4. Zurück zu Wichtigerem, der Marktabgrenzung:

Im Sicherungsverfahren zum gegenständlichen Fall kam das Kartellgericht (25 Kt 35, 36/08 – 6, zitiert in 16 Ok 1/09) unter Berufung auf die Ergebnisse eines Parallelverfahrens zum Ergebnis, dass der relevante sachliche Markt neben Einkaufszentren auch andere größere Einkaufsagglomerationen in einem Einzugsgebiet (wie zB Einkaufsstrassen der Städte) umfasst. Im Parallellfall (25 Kt 34/07, zitiert in 16 Ok 14/08) ging das Kartellgericht in sachlicher Hinsicht von einem Markt des Inbestandgebens von Geschäftsstätten (Verkaufsflächen) und handelsnahen Dienstleistungen in überregional bedeutsamen Handelsagglomerationen (Einkaufszentren und innerstädtischen Einkaufszonen) aus. Im vorliegenden Fall fasste das Kartellgericht laut KOG (s P 5.6. des gegenständlichen Beschlusses) zum relevanten Produktmarkt „zumindest alle für den Handel und handelsnahe Dienstleistungen verfügbaren Bestandsflächen“ zusammen. Voraussichtlich sollte sich diese Marktabgrenzung gleichwohl bloß auf Einkaufsagglomerationen beziehen und die Marktanteile auf Basis der Verkaufsflächen waren auch daraufhin ermittelt.

Dann bleibt nur noch die räumliche Marktabgrenzung zu klären. Nachdem Linz nicht Salzburg ist, können die konkreten Marktverhältnisse in einem Fall zu einem kleineren Einzugsgebiet (Großraum Linz – 16 Ok 14/08), im gegenständlichen Fall zu einem größeren Einzugsgebiet (Stadt Salzburg, Bezirk Salzburg Umgebung, Berchtesgadener Land und uU weitere Standorte) führen. Dies hat aber unmittelbare Auswirkungen auf die Marktposition der AG und die Anwendung der sog Bündeltheorie (Netze gleichartiger Vereinbarungen sind bei der Analyse der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen einer einzelnen Vereinbarung zu berücksichtigen).

5. Zum Schluss: Die ASt konnte auch im Hauptverfahren nicht (bzw nicht rechtzeitig vor Abschluss des erstinstanzlichen Hauptverfahrens) die – für die Annahme einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung erforderliche – Marktabstottung belegen bzw spezifiziert vortragen. Damit war es für das KOG letztlich einfach, von fehlender Spürbarkeit auszugehen und damit den Rek der ASt und der BWB nicht Folge zu geben.

Johannes Barbist, RA
Binder Grösswang Rechtsanwälte, Wien-Innsbruck

