

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wiltschek, Helmut Gamerith,
Walter Holzer

September 2013

05

193 – 240

Beiträge

Aufnahmen verboten? *Alfred J. Noll* ↻ 196

**Grenzüberschreitende Lizenzierung von Musikwerken und
die Beurteilung der Gegenseitigkeitsverträge** *Anna-Zoe Steiner* ↻ 202

Leitsätze

Nr 62 – 77 ↻ 206

Rechtsprechung

**Jugend-Olympiade in Tirol – Irreführende Werbung über
die Ausstattung einer Sportveranstaltung** *Helmut Gamerith* ↻ 212

Alles muss raus – Aus für den Ausverkauf *Helmut Gamerith* ↻ 214

**Red Bull/Pit Bull – Territoriale Wirkung des Eingriffs in
eine bekannte Gemeinschaftsmarke** ↻ 218

**Zur Belustigung – Rechtsprechungswende im Bildnisschutz –
Fotografierverbot?** *Manfred Büchele* ↻ 228

**Hundertwasserhaus VI – Neuerlicher Rechtsstreit über
einen Eingriff in die Urheberrechte am „Hundertwasserhaus“**
Helmut Gamerith ↻ 234

ÖB1 2013/55

§ 1 Abs 4 und 1
KartG 2005

OGH als KOG
5. 3. 2013,
16 Ok 1/13
(OLG Wien
24 Kt 64, 65,
66/12)

Empfohlene
Verkaufspreise

→ Mindestspürbarkeit als Untergrenze von Empfehlungskartellen

§ 1 Abs 4 KartG sieht vor, dass Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, auf deren Unverbindlichkeit ausdrücklich hingewiesen wird, nur dann gegen das Kartellverbot verstoßen, wenn zu deren Durchsetzung wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck ausgeübt werden soll oder ausgeübt wird. Wirtschaftlicher Druck in diesem Sinne

Sachverhalt:¹⁾

Am 9. 11. 2012 beantragte die BWB beim KG die Genehmigung einer Hausdurchsuchung bei Lieferanten des Lebensmitteleinzelhandels (LEH). Sie stützte ihren Antrag auf den dringenden Verdacht, dass es zwischen den AG und dem LEH zu vertikalen Preisvereinbarungen gekommen sei und dass horizontale Preisabstimmungen des LEH über die AG umgesetzt worden seien.

setzt eine gewisse Mindestspürbarkeit als Untergrenze voraus. Vereinbart ein Lieferant mit seinem Abnehmer die Gewährung eines Bonus in Höhe von *bloß* 1,5% für den Fall, dass er ausdrücklich als unverbindlich erklärte Verkaufsempfehlungen umsetzt, ist diese Voraussetzung *evident* nicht erfüllt.

Das KG wies den Antrag mit der Begründung ab, dass kein begründeter Verdacht iSd § 12 Abs 1 WettbG festgestellt werden könne. In den dem KG vorliegenden Unterlagen sei lediglich von „empfohlenen“ bzw „unverbindlich empfohlenen“ Verkaufspreisen die Rede.

1) Zusammenfassung (Anm d Red).

Der in Aussicht gestellte Nachlass („Wertsicherungsbonus“) von 1,5% sei, so das KG weiter, so niedrig, dass dadurch eine Wettbewerbsbeschränkung weder bezweckt noch bewirkt werden könne.

In weiterer Folge erhob die BWB Rek an das KOG, das die erstinstanzliche Entscheidung bestätigte. Das KOG führte aus, dass die BWB im Verfahren erster Instanz ihren Antrag auf Hausdurchsuchung ausschließlich auf das angebliche Vereinbarungskartell stützte. Vereinbarungskartelle, egal ob durch Vertrag oder Absprache, würden aber jedenfalls eine Willenseinigung zwischen den Parteien voraussetzen. Eine solche Willenseinigung sei im vorliegenden Fall weder vom KG festgestellt noch von der BWB im Zuge des RekVerfahrens behauptet worden. Vielmehr änderte die BWB im RekVerfahren ihre Strategie. Sie führte erst im Rek an, dass ein Empfehlungskartell iSd § 1 Abs 4 KartG vorliege. Dies stützte sie auf die dem Antrag auf Genehmigung der Hausdurchsuchung vorangegangenen Ermittlungen, im Rahmen derer die BWB feststellte, dass die AG mit dem LEH einen „Wertsicherungsbonus“ iHv 1,5% vereinbart hätten, der gewährt werden sollte, wenn Verkaufspreisempfehlungen umgesetzt würden. Das KOG wies im gegenständlichen Beschluss darauf hin, dass eine Umstellung des Grundes für die Hausdurchsuchung im RekVerfahren nicht zulässig sei. Das Gericht führte ergänzend aus, dass für den verbotenen „wirtschaftlichen Druck“ iSd § 1 Abs 4 KartG eine gewisse Mindestspürbarkeit als Untergrenze zu fordern sei, welche bei Gewährung eines Bonus von bloß 1,5% **evident** nicht erfüllt sei.

Aus der Begründung:

Gegen diesen Beschluss richtet sich der rechtzeitige Rek der ASt, dem keine Berechtigung zukommt. [...]

[Preisabsprachen]

5.1. Nach § 1 Abs 2 Z 1 KartG ist ua die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung von Verkaufspreisen verboten. Kernbeschränkungen des Wettbewerbs wie Preisabsprachen, Produktions- und Absatzbeschränkungen und Marktaufteilungsabsprachen sind grund-

sätzlich bezweckte Beschränkungen des Wettbewerbs (RIS-Justiz RS0120917).

[Willenseinigung als Voraussetzung von Vereinbarungskartellen]

5.2. Sowohl das Vereinbarungskartell durch Vertrag als auch jenes durch Absprache setzen eine Willenseinigung zwischen den Beteiligten voraus. Ob eine solche vertragliche Übereinkunft oder Absprache vorliegt, ist eine Frage der Tatsachenfeststellungen (RIS-Justiz RS0114081). Eine Absprache iS einer Willenseinigung zwischen den AG und R²⁾ wurde vom KG jedoch nicht festgestellt und wird von der ASt auch gar nicht behauptet. Vielmehr argumentiert die RekWerberin damit, dass der „Wertsicherungsbonus“ bei Umsetzung der empfohlenen Kurant- und Aktionspreise eine verbotene Empfehlung iSd § 1 Abs 4 KartG sei.

Das KOG sah in einem Bonus von 1,5% für die Umsetzung unverbindlicher Verkaufspreiseempfehlungen noch keinen spürbaren Druck iSd § 1 Abs 4 KartG.

[Unzulässigkeit der Antragsänderung im RekVerfahren]

5.3. Damit entfernt sich die ASt von ihrer antragsbegründenden Behauptung im Verfahren erster Instanz. Aus ihrer Behauptung im RM lässt sich nicht mehr das Vereinbarungskartell ableiten, zu dessen Aufdeckung die Hausdurchsuchung ursprünglich beantragt wurde. Eine Umstellung des Grundes für die Hausdurchsuchung im RekVerfahren ist aber nicht zulässig. Vielmehr muss eine Partei auch im AußStrVerfahren den Tatbestand, auf den sie ihren Antrag stützen will, schon in erster Instanz vorbringen (RIS-Justiz RS0006790).

[Mindestspürbarkeit als Untergrenze des wirtschaftlichen Drucks]

5.3. [fortgesetzt] Zudem ist für den verbotenen „wirtschaftlichen Druck“ iSd § 1 Abs 4 KartG eine gewisse Mindestspürbarkeit als Untergrenze zu fordern (*Hoffer*, KartellG 54 f). Diese Voraussetzung ist bei Gewährung eines Bonus von bloß 1,5% **evident** nicht erfüllt.

2) Anm d Red: eines der LEH-Unternehmen.

Anmerkung:

Vorweg ist festzuhalten, dass die Anmerkungen des KOG zur Spürbarkeit hier nur obiter erfolgten, zumal der Antrag der BWB auf Genehmigung einer Hausdurchsuchung mangels Vorbringens eines entsprechenden Tatsachensubstrats abzuweisen war. Die Umstellung des Antrags im RekVerfahren auf § 1 Abs 4 KartG war unzulässig (vgl OGH 16. 11. 1965, 8 Ob 332/65). Dennoch ist diese Aussage des KOG von größerem allgemeinen Interesse; dies umso mehr, als vertikale Verhaltensweisen in letzter Zeit im Fokus der Wettbewerbsbehörden standen (zB Untersuchungen in den Bereichen Dämmstoffe, Lebensmitteleinzelhandel und Elektronikprodukte). IZm unverbindlichen Preisempfehlungen (UVP) hat die BWB ebenso wie das deutsche Bundeskartellamt eine strenge Linie vertreten. In diesem Zusammenhang ist eine Kommunikation des deut-

schen Bundeskartellamts zu nennen, wonach jede Art von Vorteilsgewährung iZm UVP unzulässig sei (Schreiben des deutschen Bundeskartellamts an deutsche Verbände v 13. 4. 2010, S 6 III 2). In diese Richtung geht auch der Entwurf eines Standpunkts der BWB v 13. 6. 2013 betreffend unzulässige Verhaltensweisen im Lebensmitteleinzelhandel. Demnach sei es grds unzulässig, Boni, Rabatte oder sonstige Vorteile für die Einhaltung bestimmter Verkaufspreise am Markt zu vereinbaren (S 9 P 4 des Entwurfs des Standpunkts).

Das KOG stellt dieser strengen Auffassung nun entgegen, dass auch Preisempfehlungen iSd § 1 Abs 4 KartG die Spürbarkeitsschwelle erreichen müssen, um kartellrechtlich relevant zu sein. Dabei ist es von Seiten des KOG konsequent, das Spürbarkeitskriterium im Rahmen des § 1 Abs 4 KartG auf die Maß-



nahme anzuwenden, die der Lieferant setzt, um den Händler zur Einhaltung einer UVP zu verhalten. Immerhin handelt es sich bei § 1 Abs 4 KartG um einseitige Maßnahmen von Seiten des Lieferanten. Die Wettbewerbsbeschränkung liegt daher in der „Druckausübung“ und nicht in einer „Vereinbarung“ im vertikalen Bereich. Letztere würde unter § 1 Abs 1 KartG fallen (vgl. *Petsche/Tautscher* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG 2005 [2007] § 1 KartG Rz 38; OGH 25. 3. 1963, 11 Os 29/63).

Die Anwendung des Spürbarkeitskriteriums durch das KOG auf Fälle des § 1 Abs 4 KartG legt nahe, dass das KOG die Spürbarkeit auch bei anderen Tatbeständen des KartG, zB iZm dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, iSd § 1 Abs 1 KartG prüfen würde.

Zu Ersterem scheint der Spielraum jedoch zumindest nach der Judikatur zu Art 102 AEUV stark eingeschränkt. Hier wird davon ausgegangen, dass die betreffenden Märkte durch die Marktbeherrschung schon geschwächt sind und somit jede zusätzliche Beschränkung typischerweise wettbewerbsrechtlich relevant sei (vgl. schon EuGH 13. 2. 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Rz 123). Für die Prüfung der Spürbarkeit bleibt daher regelmäßig (uU abgesehen von au-

ßergewöhnlichen Einzelfällen) kein Platz. Das müsste dann wohl auch für § 5 KartG zutreffen.

Für Fälle des § 1 Abs 1 KartG ist wiederum die aktuelle Judikatur des EuGH zur Prüfung der Spürbarkeit bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen zu beachten; dies zumal die inhaltsgleiche Vorgängerbestimmung des Art 101 AEUV als Vorbild für die Textierung des § 1 Abs 1 KartG gedient hat und dieser somit auch zwischen „bezweckten“ und „bewirkten“ Wettbewerbsbeschränkungen unterscheidet. In der E *Expedia* (EuGH 13. 12. 2012, C-226/11) hat der EuGH festgehalten, dass das Spürbarkeitskriterium bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen iSd Art 101 Abs 1 AEUV nicht mehr geprüft wird. Die bisherige Judikatur in diesem Bereich ist damit obsolet. Im Hinblick darauf hat die EK nun auch einen neuen Entwurf ihrer De-Minimis-Bekanntmachung vorgelegt, in dem sie für bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen keine Prüfung der Spürbarkeit mehr vorsieht.

Die Übernahme dieser Wertung liegt wohl auch bei ausschließlicher Anwendung nationalen Kartellrechts nahe. Demnach wäre in Hinkunft ganz allgemein die Spürbarkeit nur mehr bei bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen gesondert zu prüfen. Bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen hingegen würde das nicht mehr der Fall sein.

Raoul Hoffer

