www.manz.at/oebl

Österreichische Blätter für GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖBl

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
Redaktion und Schriftleitung Lothar Wiltschek, Gottfried Musger, Walter Holzer

November 2013 06

241 – 288

Beiträge

Die wichtigsten Änderungen durch die Patent- und Markenrechts-Novelle 2014 aus Sicht der Parteienvertreter
David Plasser ➔ 244

Marke vs Firma
Guido Donath ➔ 254

Passing-on-Defence
Raoul Hoffer und Isabelle Innerhofer ➔ 257

Leitsätze

Nr 78 – 86 ➔ 261

Rechtsprechung

Videospiel D-Universe – Unmittelbare und mittelbare Kaufaufforderung an Kinder *Katharina Majchrzak* ➔ 263

Vfg Versandapotheke für Österreich – Werbung im Internet: Verhältnis zwischen Rom II-VO und E-CommerceRL
Martina Melcher ➔ 266

Skorpion/Scorpio – Änderung der Rsp zum Kennzeichenrecht; Auslegung des § 33a MSchG ➔ 272

Taxifunkzentrale – Entschärfung von Ausschließlichkeitsklauseln durch „sehr kurze" Bindungsfristen *Raoul Hoffer* ➔ 278

ISSN 0029-8921 Verlagspostamt 1010 Wien, Erscheinungsort Wien

MANZ

ÖBl 2013/67

§ 5 KartG;
Art 102 AEUV

OGH als KOG
27. 6. 2013,
16 Ok 7/12
(OLG Wien
24 Kt 8/12)

Taxifunkzentrale

➜ Entschärfung von Ausschließlichkeitsklauseln durch „sehr kurze" Bindungsfristen

§ 5 KartG; Art 102 AEUV

Ausschließlichkeitsklauseln, die dem Vertragspartner eines marktbeherrschenden Unternehmers jede Zusammenarbeit mit dessen Mitbewerbern verbieten, können trotz § 5 KartG zulässig sein, wenn sie keine langfristige Bindung vorsehen und den Wechsel zu einem Mitbewerber auch faktisch nicht unmöglich machen oder erschweren.

Sachverhalt:[1)]

Die Antragsgegnerinnen (AG) betreiben jeweils eine Taxifunkzentrale in Wien. Insgesamt werden in Wien jedenfalls mehr als 4.500 Taxis betrieben, wobei 2.537 bei einer der Taxifunkzentralen unter Vertrag stehen. Ungefähr 2.000 Taxis sind nicht an eine solche Funkzentrale gebunden. Die AG schließen mit den jeweiligen Taxiunternehmern für bestimmte Fahrzeuge Funkverträge auf unbestimmte Zeit ab, welche unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist frei von jeder Vertragspartei aufgelöst werden können. Die Verträge beider AG enthalten Konkurrenzklauseln bzw Ausschließlichkeitsbindungen. Diese verbieten den Vertragspartnern für das vertragsgegenständliche Fahrzeug jede Zusammenarbeit mit sowie jegliche Förderung der Geschäftstätigkeit von anderen Vermittlungsunternehmen. Am 30. 1. 2012 beantragte die BWB die Feststellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem § 4 Abs 2 Z 1 KartG in eventu gem § 4 Abs 2 Z 3 KartG, jeweils iVm § 5 KartG, durch die AG. Weiters beantragte die BWB eine Abstellung gem § 26 KartG.

Kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bei kurzfristig kündbaren Exklusivitätsvereinbarungen.

Die BWB wurde im Zuge einer Beschwerde zweier App-Betreiber, die bei ihnen registrierte Taxis an App-Kunden vermitteln, tätig. Diese sahen sich durch die Ausschließlichkeitsklausel gehindert, auf dem Wiener Taxi-Markt Fuß zu fassen. Nach Meinung der BWB hindere die Ausschließlichkeitsklausel, dass das jeweilige Fahrzeug mehrfach belegt wird, mit dem Vertrag bei einer Taxifunkzentrale allein wird jedoch keine Auslastung erzielt. Um eine Grundauslastung zu garantieren sowie aufgrund der Umsatzbeteiligung der Fahrer könnten es sich aber vor allem größere Taxiunternehmen nicht leisten, sich von einer Funkzentrale zu trennen. Durch die Konkurrenzklausel werde der Markt für andere Vermittlungsunternehmer abgeschottet. Sowohl im Falle einer weiten als auch im Falle einer engen Marktabgrenzung seien beide AG marktbeherrschend. Das Kartellgericht wies den Antrag ab, da die vereinbarten Ausschließlichkeitsklauseln aufgrund der kurzen Bindungs- und Kündigungsfristen keine Marktbehinderungsfunktion hätten. Die Verträge zwischen Taxiunternehmern und Funkzentralen enthielten auch keine nachvertraglichen Konkurrenzklauseln. Daher sah es das Kartellgericht nicht als gegeben an, dass den App-Betreibern der Markteintritt erschwert würde.

In weiterer Folge erhob die BWB Rek wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung an das KOG. Das KOG bestätigte jedoch die erstinstanzliche Entscheidung, da es der BWB in ihren Ausführungen nicht gelungen sei, eine rechtsfehlerhafte Beurteilung durch das Kartellgericht aufzuzeigen.

Aus der Begründung:

[…]

[Das Missbrauchsverbot]

3.2. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist verboten (§ 5 Abs 1 Satz 1 KartG). Nach der Rsp des Senats sind für die Beurteilung dieser Generalklausel und der beispielhaft angeführten Missbrauchstatbestände nach dem KartG auch Art 102 AEUV und die dazu ergangenen Entscheidungen heranzuziehen (RIS-Justiz RS0110382).

[Was man unter Missbrauch versteht]

3.3. Als missbräuchlich werden sämtliche Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung bezeichnet, die die Struktur eines Markts beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmers bereits geschwächt ist, und die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produktwettbewerbs oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktteilnehmer abweichen (RIS-Justiz RS0063530).

[Rechtsprechung der Europäischen Gerichte]

3.4. Nach der Rsp der Europäischen Gerichte (EuGH und EuG) ist die von einem marktbeherrschenden Lieferanten seinen Abnehmern auferlegte Verpflichtung, ihren gesamten Bedarf oder einen beträchtlichen Teil davon ausschließlich von ihm zu beziehen, generell nach Art 102 AEUV untersagt (zB EuGH C-85/76, *Hofmann-La Roche,* Slg 1979, 461 Rz 89; EuG T-65/89, *BPB Industries* und *British Gypsum,* Slg 1993, II-389 Rz 68; vgl 16 Ok 46/05; *Eilmansberger* in MünchKom zum Europäischen und deutschen Kartellrecht Art 82 EG Rz 453 mwN; *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker,* Wettbewerbsrecht[5] Art 102 AEUV Rz 217 mwN). Der EuGH geht nämlich davon aus, dass Alleinbezugsvereinbarungen darauf abzielen, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren und anderen Herstellern den Zugang zum Markt zu verwehren (*Hofmann-La Roche,* Slg 1979, 461 Rz 90; krit *Eilmansberger* in MünchKomm zum Europäischen und deutschen Kartellrecht Art 82 EG Rz 454 mwN).

[Ausschlusswirkung hängt von Gesamtnachfrage und Bindungsdauer ab]

3.5. Die Ausschlusswirkung von Exklusivbindungen hängt neben der Größe des gebundenen Anteils an der Gesamtnachfrage (*Bulst* in *Langen/Bunte,* Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht

1) Gekürzt (Anm d Red).

Bd 2 Art 82 Rz 335; *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker,* Wettbewerbsrecht[5] Art 102 AEUV Rz 216 und FN 871 mwN; *Eilmansberger* in MünchKom zum Europäischen und deutschen Kartellrecht Art 82 EG Rz 454 ff; vgl EuG T-65/98, *Van den Bergh Foods,* Slg 2003, II-4653 Rz 160; Prioritätenmitteilung der Kommission bei der Anwendung von Art 82 EG, ABl C 2009/45, 7 Rz 34) auch von deren Laufzeit ab (*Bulst* in *Langen/Bunte,* Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht Bd 2 Art 82 Rz 336 und 339; *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker,* Wettbewerbsrecht[5] Art 102 AEUV Rz 222 und FN 871 mwN; vgl *Eilmansberger* in MünchKomm zum Europäischen und deutschen Kartellrecht Art 82 EG Rz 459 ff; Prioritätenmitteilung der Kommission bei der Anwendung von Art 82 EG, ABl C 2009/45, 7 Rz 36).

3.6. Im Rahmen der Prüfung der Anwendung von Art 101 AEUV war das EuG im U *Van den Bergh Foods* der Ansicht, das Argument, die gebundenen Abnehmer hätten die Möglichkeit, die Ausschließlichkeitsvereinbarung sehr kurzfristig (zwei Monate Kündigungsfrist) zu kündigen, wäre nur dann überzeugend, wenn diese Möglichkeit in der Praxis belegt wäre und die gebundenen Abnehmer sich somit immer wieder Neulingen auf dem relevanten Markt öffneten. Die Kommission habe aber nachgewiesen, dass dies nicht der Fall sei. Die Kündigungsmöglichkeit habe den Abschottungsgrad des relevanten Markts tatsächlich nicht verringert (EuG *Van den Bergh Foods,* aaO Rz 105). Das EuG sprach im U *BPB Industries* und *British Gypsum* (aaO Rz 73) ferner aus, das Recht zur Kündigung eines Vertrags stehe seiner effektiven Durchführung nicht entgegen, solange von der Kündigungsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht worden sei. Insoweit sei darauf hinzuweisen, dass ein Unternehmen in beherrschender Stellung in der Lage sei, seinen Kunden nicht nur den Abschluss solcher Verträge, sondern auch deren Weiterführung aufzuzwingen, sodass die rechtliche Möglichkeit der Kündigung in Wirklichkeit illusorisch sei. […]

[Maßgeblichkeit der Bindungsdauer für den OGH]

3.8. Einer die Bedeutung von Laufzeit und Kündigungsfrist für die Abschottungswirkung von Bezugsbindungen zu sehr einschränkenden Ansicht vermag sich der Senat für die Anwendung von § 5 KartG nicht anzuschließen. Schließlich bezog der EuGH im U *Hofmann-La Roche* die Dauer einer Bezugsverpflichtung in die Prüfung ihrer Wettbewerbswidrigkeit ein und sah eine Bindungsdauer von zwei Jahren als idR gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verstoßend an (EuGH *Hofmann-La Roche* Rz 115 und 121; vgl Prioritätenmitteilung der Kommission bei der Anwendung von Art 82 EG, ABl C 2009/45, 7 Rz 36).

Auch marktbeherrschenden Unternehmen ist wie normalen Unternehmen einzuräumen, dass selbst unbefristete Verträge nur eine geringe Bindungs- und damit Abschottungswirkung entfalten, wenn sie ohne Einschränkung unter Einhaltung kurzer Kündigungsfristen aufgelöst werden können (*Eilmansberger* in MünchKomm zum Europäischen und deutschen Kartellrecht Art 82 EG Rz 459; vgl Prioritätenmitteilung der Kommission bei der Anwendung von Art 82 EG, ABl C 2009/45, 7 Rz 36; *Markert* in *Immenga/Mestmäcker,* Wettbewerbsrecht[4] § 32 GWB Rz 199). Es hängt von den konkreten Umständen des Falls ab, ob auch kürzere Kündigungsfristen als Kündigungssperren fungieren können oder ob die rechtliche Möglichkeit der Kündigung in Wirklichkeit illusorisch ist (*Eilmansberger* in MünchKomm zum Europäischen und deutschen Kartellrecht Art 82 EG Rz 459).

[Beurteilung im Einzelfall]

3.9. Die konkreten Umstände des zu beurteilenden Falls sind dadurch gekennzeichnet, dass die Exklusivitätsvereinbarung nur jenes Fahrzeug erfasst, für das der Funkvertrag abgeschlossen wurde, sodass Mehrfahrzeugunternehmer nicht notwendigerweise mit ihrem gesamten Fuhrpark gebunden sind. Es ist auch nach dem Vorbringen der ASt nicht ersichtlich, dass die kurzfristigen und ohne Einschränkung lösbaren Bindungen geeignet sind, einen Wechsel eines Taxis zu einem Wettbewerber unmöglich zu machen oder zu erschweren, sodass der Markt abgeschottet wird, zumal eine beträchtliche Anzahl von Taxis nicht gebunden ist und nicht dargetan wurde, dass die AG in der Lage wären, Vertragspartner von der Kündigung abzuhalten.

[…]

Anmerkung:

Die vorliegende E des KOG ist bemerkenswert. Die **marktbeherrschende Stellung** der beiden AG war offenbar unstrittig, weil über die Hälfte der Wiener Taxis bei einer von ihnen unter Vertrag ist. Damit lag es aber auch nahe, die von der BWB beanstandete Exklusivität – also das Verbot, einzelne Taxis nicht nur über die jeweilige Funkzentrale, sondern auch über Apps vermitteln zu lassen – als **Missbrauch** dieser Stellung zu werten. An sich verstößt jede Maßnahme eines Marktbeherrschers, die seine Marktmacht verstärkt oder den Leistungswettbewerb behindern kann, gegen § 5 KartG.

Das Kartellgericht und das KOG sehen das aber anders. Als Grund nennen sie die Kürze der Bindung (Kündigungsmöglichkeit mit einmonatiger Frist) und den Umstand, dass die Klauseln jeweils nur einzelne Taxis erfassen, nicht die Taxiunternehmen als Ganze. Diese Argumente haben, allgemein betrachtet, etwas für sich. Allerdings werfen sie, wenn man die **faktische** Wirkung der betreffenden Klauseln betrachtet, doch Zweifel auf.

Wie das EuG in der vom KOG zit E *Van den Bergh Foods* (EuG 23. 10. 2003, T-65/98, *Van den Bergh Foods/Kommission,* Slg 2003, II-4653) ausgesprochen hat, muss die Wechselmöglichkeit nämlich auch faktisch gegeben sein. Dennoch haben sich scheinbar weder das Kartellgericht (soweit aus der Entscheidung ersichtlich) noch das KOG in ihrer Begründung mit der Frage auseinandergesetzt, wie oft ein Wechsel zwischen den Taxifunkzentralen und einem neuen App-Betreiber für einzelne Fahrzeuge de facto stattgefunden hat.

Tatsächlich ist nämlich ein oftmaliges Wechseln zwischen den Taxifunkzentralen und den App-Betrei-

bern nicht sehr realistisch. Auch die Variante, dass ein Unternehmen einzelne Taxis über Apps führt und andere bei der Taxifunkzentrale belässt, liegt nicht unbedingt nahe. Denn die Apps sind ein neues Geschäftsmodell, das auf dem Markt noch nicht sehr bekannt ist und daher derzeit wohl nur wenige Nutzer hat. Das Betreiben eines Taxis **nur** mit einer App wäre daher wahrscheinlich nicht ausreichend lukrativ. Wenn nun die Taxiunternehmer (wie in der Entscheidung angedeutet) schon mit den Funkzentralen keine volle Auslastung schaffen und daher mit reduzierter Gewinnspanne fahren, wieso sollten sie dann noch einzelne Taxis nur auf App-Modus betreiben und damit noch geringeren Profit riskieren?

Und damit kommt man zum Kern des Problems, der hier mE nicht ausreichend berücksichtigt wurde: Nur die Möglichkeit, die einzelnen Taxis **sowohl** über die Funkzentrale **als auch** im App-Modus zu betreiben, hätte es den neu in den Markt eintretenden App-Betreibern ermöglicht, ihr Angebot entsprechend zu vermarkten. Denn solange sich Taxiunternehmer für **eine** dieser Möglichkeiten entscheiden müssen, gibt es bei diesen Marktverhältnissen wohl eine klare Tendenz, die einzelnen Taxis bei den (noch eher profitablen) Funkzentralen zu belassen. Die App-Betreiber werden daher nie die notwendige Anfangsattraktivität erreichen, um überhaupt einen Wechsel zu provozieren. Faktisch ist daher die theoretische Möglichkeit, innerhalb eines Unternehmens Taxis auf die eine **oder** auf die andere Weise zu betreiben und den jeweiligen Vertrag mit der Taxifunkzentrale kurzfristig aufzulösen, massiv reduziert.

Ruft man sich den Grundsatz in Erinnerung, dass ein Marktbeherrscher nichts tun darf, um den ohnedies schon beeinträchtigten Restwettbewerb nochmals zu reduzieren, verwundert daher die Entscheidung des KOG, diese Exklusivität zuzulassen.

Raoul Hoffer