

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

Mai 2010

03

97 – 160

Beiträge

Das neue Widerspruchsverfahren im Markenrecht *Guido Donath* ➔ 100

Verwirkung von Kennzeichenrechten *Michael Horak* ➔ 103

Die Beschränkung von Patenten und deren
erster Anschein *Rainer Beetz* ➔ 110

Leitsätze

Nr. 68 – 85

Masterplan II *Manfred Büchele* ➔ 118

Rechtsprechung

Goldhase IV – „Goldhasenstreit“: Rückverweisung an das Berufungsgericht *Helmut Gamerith* ➔ 131

Burberry-Karo – Voraussetzungen der Verwirkung eines
Abwehranspruchs aus der Marke *Helmut Gamerith* ➔ 122

Styriagra – Ausnutzung des Rufs/der Unterscheidungskraft einer
Gemeinschaftsmarke durch eine Markenparodie *Guido Donath* ➔ 123

Nebivolol I – Patenteingriff durch Antrag auf Aufnahme eines
Generikums für ein noch geschütztes Arzneimittel in
den Erstattungskodex ➔ 134

Sägerundholz III – Keine Streitverkündung und keine
Nebenintervention in Kartellverfahren ➔ 155

→ Voraussetzungen einer „Kernbeschränkung“ iSd Art 81 Abs 1 EGV; Spürbarkeit der Beeinträchtigung zwischenstaatlichen Handels

→ Aufgrund der dem EG-Kartellrecht zugewiesenen Marktintegrationsfunktion gelten auch bestimmte vertikale Beschränkungen, wie zB Vereinbarungen mit absolutem Gebietsschutz, die auf die Abschottung nationaler Märkte abzielen, oder Einschränkungen der Preisbildungsfreiheit als Kernbeschränkungen, die Art 81 Abs 1 EGV, nunmehr Art 101 Abs 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), auch dann unterliegen, wenn schädliche Marktwirkungen nicht nachweisbar sind. So gelten Preisbindungen der zweiten Hand, bei denen der Abnehmer und Weiterverkäufer sich gegenüber dem Lieferanten verpflichtet, in Verträgen mit den eigenen Abnehmern bestimmte Preise zu verlangen, unabhängig von der Feststellung ihrer Marktwirkung als verboten.

→ Vertikale Vereinbarungen sind Absprachen zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Stufen der Erzeugungs- oder Produktionskette tätig sind. Sie betreffen in erster Linie den Vertrieb von Waren.

→ Das Pressegrasso, also der Vertrieb von Presseerzeugnissen, ist grds ein dem Markt der Erzeugung und dem Handel mit Presseerzeugnissen nachgelagerter Markt.

→ Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt grds schon dann vor, wenn die wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten aller oder einzelner der an einer unternehmerischen Maßnahme Beteiligten beschränkt werden. Bei wettbewerbsbeschränkenden Handlungen zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Marktstufen tätig werden, ist es nicht erforderlich, dass sich die Wettbewerbsbeschränkung bei jedem Unternehmen und auf jeder Marktstufe auswirkt. Vertikale Absprachen unterliegen

dem gleichen Verbotstatbestand wie horizontale Abreden.

→ Das Kriterium der Zwischenstaatlichkeit ist eine Kollisionsnorm, die keine wettbewerbsrechtliche Bewertung der Absprache treffen, sondern die Frage beantworten soll, ob es angemessen ist, den Sachverhalt nach Gemeinschaftsrecht zu beurteilen. Beeinträchtigung des Handels zwischen den MS liegt aber bereits vor, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme unter Berücksichtigung der Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen den MS in einer Weise beeinflusst, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Markts nachteilig sein könnte.

→ Der EuGH hat eine Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bei einem „nicht unerheblichen Marktanteil“ bejaht und einen solchen regelmäßig ab 5% als ausreichend angesehen. Die LLBeeintr legen Schwellenwerte, bis zu denen eine Handelsbeeinträchtigung verneint wird, in Form der sog NAAT-Regel (non appreciable affectation of trade) fest. Danach ist eine vertikale Vereinbarung grds nicht geeignet, den Handel zwischen MS spürbar zu beeinträchtigen, wenn der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf keinem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Markt innerhalb der Gemeinschaft 5% und der Jahresumsatz des Lieferanten mit den von der Vereinbarung erfassten Waren in der Gemeinschaft nicht den Betrag von 40 Mio Euro überschreitet.

ÖBI 2010/31

Art 81 Abs 1 EGV = Art 101 Abs 1 AEUV;
Art 2, 4 VertGVO;
LLVert;
Rz 51, 88
LLBeeintr

OGH als KOG
1. 12. 2009,
16 Ok 10/09
(OLG Wien als KG
26 Kt 17, 18, 27,
28/07)

Pressegrasso II

Sachverhalt:¹⁾

Aus der Begründung:

I. Zur Aufhebung des Zurückweisungsbeschlusses: [...].

II. In der Sache selbst: [...].

Der Rek der Erst- und der ZweitAG, der nunmehr inhaltlich zu behandeln ist, ist nicht berechtigt.

1. Zur Mangelhaftigkeit: [...].

2. Zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung:

2.1. Die RekWerberinnen bekämpfen die Auffassung des Kartellgerichts, die zwischen ihnen und der DrittAG geschlossene Vereinbarung beinhalte „Kernbeschränkungen“ iSd Art 81 Abs 1 EGV. Sie machen geltend, im Anwendungsbereich des Art 81 Abs 1 EGV gebe es bei vertikalen Wirtschaftsbeziehungen jedenfalls keine Kernbeschränkungen, die unabhängig von ihren Auswirkungen auf den Markt verboten wären.

2.2. Die von den RekWerberinnen dafür ins Treffen geführte Literaturstelle (*Amato/Gonzalez Diaz in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, Kartellrecht Bd 1

Art 81 Abs 1 EGV Rz 116) stützt diese Rechtsansicht nicht. Zwar schreiben die Autoren (ebenso *Gonzalez Diaz* in der aktuellen 2. Aufl des Kommentars) in Rz 117, man könne im Gegensatz zu horizontalen Kernbeschränkungen nicht generell sagen, dass vertikale Kernbeschränkungen immer per se, dh ohne Berücksichtigung ihrer Auswirkungen auf den relevanten Markt, in den Anwendungsbereich des Art 81 Abs 1 EGV fielen. Obwohl der Gerichtshof in einer Reihe von Entscheidungen angenommen habe, dass bestimmte vertikale Gebietsbeschränkungen per se wettbewerbswidrig sind, habe er in anderen offenbar angedeutet, dass die gleichen Beschränkungen möglicherweise nicht unter Art 81 Abs 1 EGV fallen, wenn ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht spürbar sind. →

Das Pressegrasso, also der Vertrieb von Presseerzeugnissen, ist grds ein dem Markt der Erzeugung und dem Handel mit Presseerzeugnissen nachgelagerter Markt.

1) Die E betrifft dasselbe Kartellverfahren wie die E *Pressegrasso I* (16 Ok 6/09 v 15. 7. 2009, ÖBI 2010/30, 146). Dort hat der OGH den Rek der Erst- und der ZweitAG als (vermeintlich) verspätet zurückgewiesen, diesen B aber mit der vorliegenden E 16 Ok 10/09 v 1. 12. 2009 aufgehoben, nachdem sich die Rechtzeitigkeit des RM herausgestellt hatte. Daher hat der OGH diesen Rek meritorisch behandelt. Zum Sachverhalt hat er auf die E v 15. 7. 2009, 16 Ok 6/09, *Pressegrasso I*, verwiesen.

Aus diesen Ausführungen kann keineswegs abgeleitet werden, dass, wie die RekWerberinnen geltend machen, vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nicht ohne Rücksicht auf ihre Auswirkungen wettbewerbswidrig sein könnten.

2.3. Die hL geht davon aus, dass aufgrund der dem EG-Kartellrecht zugewiesenen Marktintegrationsfunktion auch bestimmte vertikale Beschränkungen, wie zB Vereinbarungen mit absolutem Gebietsschutz, die auf die Abschottung nationaler Märkte abzielen, oder Einschränkungen der Preisbildungsfreiheit als Kernbeschränkungen gelten, die Art 81 Abs 1 EGV, nunmehr Art 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV, auch dann unterliegen, wenn schädliche Marktwirkungen nicht nachweisbar sind (vgl. *Eilmansberger in Streinz*, EUV/EGV Art 81 EG Rz 39 und 150 ff). So gelten Preisbindungen der zweiten Hand, bei denen der Abnehmer und Weiterverkäufer sich gegenüber dem Lieferanten verpflichtet, in Verträgen mit den eigenen Abnehmern bestimmte Preise zu verlangen, unabhängig von der Feststellung ihrer Marktwirkung als verboten (*Zimmer in Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1 Art 81 EG RN 347; *Bechtold/Brinker/Posch/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, Art 81 EG Rz 81 und 83).

Auch die VO (EG) 1999/2790 der EK v 22. 12. 1999 über die Anwendung von Art 81 Abs 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (VertGVO) schließt in ErwGr 10 und Art 4 ua Vereinbarungen, die die Beschränkung der Möglichkeiten des Käufers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen, und Beschränkungen des Gebiets oder des Kundenkreises beinhalten, von der generellen Freistellung aus. Letztlich geht auch die in diesem Zusammenhang ergangene Mitt der EK – Leitlinien für vertikale Beschränkungen (LLVert) – in ihrem ErwGr 10 davon aus, dass bei Vorliegen von Kernbeschränkungen das Verbot des Art 101 Abs 1 AEUV grds anzuwenden ist.

2.4. Die in diesem Zusammenhang geltend gemachten sekundären Feststellungsmängel liegen daher nicht vor.

2.5. Die RekWerberinnen meinen weiters, dass die DrittAG kein Unternehmer auf dem Markt für den Handel mit Presseerzeugnissen sei. Werde sie aber auf einem bestimmten Markt und solchen, die damit in naher Verbindung stehen, nämlich vor- und nachgelagerten Märkten, überhaupt nicht selbständig unternehmerisch tätig, könne sie nicht Partei einer Vereinbarung nach Art 81 Abs 1 EGV sein.

2.6. Vertikale Vereinbarungen sind Absprachen zwischen Unternehmen, die auf **verschiedenen Stufen** der Erzeugungs- oder Produktionskette tätig sind. Sie betreffen in erster Linie den Vertrieb von Waren (*Eilmansberger*, aaO Rz 146; *Zimmer*, aaO Rz 301 f; vgl. auch die Definition des Vertikalverhältnisses in Art 2 der VertGVO).

Das Pressegrasso, also der Vertrieb von Presseerzeugnissen, ist grds ein dem Markt der Erzeugung und dem Handel mit Presseerzeugnissen nachgelagerter Markt.

Ob die DrittAG auf diesem Markt des Pressegrassos im konkreten Fall wirtschaftlich selbständig tätig wird,

oder diese Marktstufe quasi „entfällt“, weil ihre Tätigkeit nicht selbständig erfolgt, sondern den RekWerberinnen zuzurechnen ist, wird noch zu untersuchen sein (unten P 2.12 ff).

Allein dass die DrittAG nicht auf dem Markt der RekWerberinnen für den Handel mit Presseerzeugnissen tätig ist, schließt das Vorliegen einer Vereinbarung iSd Art 101 Abs 1 AEUV nicht aus. Diese Auslegung der RekWerberinnen verbietet sich schon deshalb, weil ansonsten vertikale Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen, die daher regelmäßig auf verschiedenen Märkten tätig werden, nie unter das Kartellverbot fallen könnten.

Auch die in diesem Zusammenhang geltend gemachten sekundären Feststellungsmängel liegen nicht vor.

2.7. Zur Frage der Beschränkung des Wettbewerbs legen die RekWerberinnen dar, dass gedanklicher Hintergrund dieses Tatbestandsmerkmals das sog Selbständigkeitspostulat sei. Sei ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt aber nur in Hilfsfunktion tätig, könne seine unternehmerische Selbstbestimmungsfreiheit nicht eingeschränkt werden.

2.8. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt grds schon dann vor, wenn die wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten aller oder einzelner der an einer unternehmerischen Maßnahme Beteiligten beschränkt werden. Bei wettbewerbsbeschränkenden Handlungen zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Marktstufen tätig werden, ist es nicht erforderlich, dass sich die Wettbewerbsbeschränkung bei jedem Unternehmen und auf jeder Marktstufe auswirkt. Vertikale Absprachen unterliegen dem gleichen Verbotstatbestand wie horizontale Abreden (*Eilmansberger*, aaO Rz 147; *Wollmann in Mayer*, Komm zu EU- und EG-Vertrag, Art 81 EG 43).

Zur Frage, ob die DrittAG eine reine Hilfsfunktion für Dritte ausübt, s die Ausführungen ab P 2.12.

2.9. IZm dem Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels legen die RekWerberinnen dar, dass ihr umfangreiches faktisches Vorbringen vom ErstG nicht beachtet worden sei. Die angenommene per se-Verbotseignung bestimmter Vereinbarungsinhalte sei der vom ErstG zit Rz 88 der Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art 81 und 82 EGV (LLBeeintr) nicht zu entnehmen, sondern auf Basis objektiver, tatsächlich zu ermittelnder Umstände zu beurteilen.

2.10. Richtig ist, dass in Rz 88 der LLBeeintr davon die Rede ist, dass vertikale Vereinbarungen, die das gesamte Gebiet eines MS erfassen bzw Vereinbarungen, bei denen sich Unternehmen auf eine Preisbindung der zweiten Hand oder eine vertikale Preisbindung einigen, direkte Auswirkungen auf den Handel zwischen den MS haben **können** und den Warenverkehr in derselben Weise beeinträchtigen können wie horizontale Kartelle.

Beim Kriterium der Zwischenstaatlichkeit handelt es sich allerdings um eine Kollisionsnorm, die keine wettbewerbsrechtliche Bewertung der Absprache treffen, sondern die Frage beantworten soll, ob es angemessen ist, den Sachverhalt nach Gemeinschaftsrecht zu be-

urteilen (*Wollmann*, aaO Rz 68 und 72; *Rehbinder* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1⁴ Art 81 Abs 1 EG Rz 262 f; *Eilmansberger*, aaO Rz 28). Die Beeinträchtigung des Handels zwischen den MS liegt aber bereits vor, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme unter Berücksichtigung der Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen den MS in einer Weise beeinflusst, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Markts nachteilig sein könnte (*Bechtold/Brinker/Posch/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, Art 81 EG Rz 102). Es kommt daher nicht darauf an, ob der zwischenstaatliche Handel tatsächlich beeinträchtigt wurde. Entscheidend ist nur, ob die Absprache hierzu geeignet ist, ob sie also potenziell den Handelsverkehr zwischen den MS beeinflussen kann. Bei Preisbindungen der zweiten Hand geht die EK in der Praxis davon aus, dass eine per se-Eignung der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vorliegt, weil das Preisniveau im betreffenden Staat künstlich verändert wird (*Wollmann*, aaO Rz 83).

Bedenkt man im konkreten Fall, dass das Presse-grosso – wie auch die RekWerberinnen zugestehen – ein natürliches Monopol ist und in Österreich nur von einem weiteren Betreiber angeboten wird, dass der Marktanteil der DrittAG etwa ein Drittel beträgt und ihr der Vertrag mit den RekWerberinnen das gesamte Bundesgebiet zur ausschließlichen Belieferung zuweist, liegt die Eignung bzw potenzielle Möglichkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels auch ohne weitere Sachverhaltsfeststellungen und Beweiserhebungen auf der Hand.

2.11. Der EuGH hat eine Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bei einem „nicht unerheblichen Marktanteil“ bejaht, wobei ein solcher ab 5% regelmäßig als ausreichend angesehen wurde (*Rehbinder*, aaO Rz 280). Die LLBeeintr legen Schwellenwerte, bis zu denen eine Handelsbeeinträchtigung verneint wird, in Form der sog NAAT-Regel (non appreciable affectation of trade) fest. Danach ist eine vertikale Vereinbarung grds nicht geeignet, den Handel zwischen MS spürbar zu beeinträchtigen, wenn der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf keinem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Markt innerhalb der Gemeinschaft 5% und der Jahresumsatz des Lieferanten mit den von der Vereinbarung erfassten Waren in der Gemeinschaft nicht den Betrag von 40 Mio Euro überschreitet (Rz 51 LLBeeintr).

Hier beträgt der Marktanteil der DrittAG nach den Feststellungen 33%. Auch wenn der Umsatz der Lieferantinnen, also der RekWerberinnen, mit den von der Vereinbarung betroffenen Waren nicht explizit festgestellt wurde, liegen somit die Voraussetzungen der NAAT-Regel keinesfalls vor.

Die Leitlinien entfalten zwar keine Bindungswirkung, sondern bilden lediglich eine gewisse Orientierungshilfe. Weder aus den erstgerichtlichen Sachverhaltsfeststellungen noch aus den Argumenten des Rek ergeben sich jedoch ausreichende Anhaltspunkte, die gegen die aufgrund des Marktanteils und des das ge-

samte Bundesgebiet umfassenden Tätigkeitsbereichs zu bejahende spürbare Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels sprechen, sodass es einer weiteren Prüfung der tatsächlichen Umstände nicht bedurfte.

2.12. Zum Absatzmittler:

Zentrales Argument der RekWerberinnen ist, dass die DrittAG auf dem Markt für den Handel mit Presseerzeugnissen keine Absatzmittlerin, sondern lediglich ein Hilfsorgan der Verlage sei. Vereinbarungen solcher Hilfsorgane, die aufgrund der konkreten Bedingungen, unter denen sie ihre Tätigkeit für ihren Geschäftsherrn ausüben, nicht als selbständige Unternehmen zu qualifizieren sind, seien auch nicht tatbestandsmäßig iSd Art 81 Abs 1 EGV. Die österr Pressegrossisten seien in die Absatzorganisation von Presseerzeugnissen durch Abwicklung der physischen Auslieferung eingebunden und handelten nicht selbst mit Presseerzeugnissen. Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise werde deutlich, dass die DrittAG ihre speziellen Logistikleistungen ausschließlich an ihre Kunden, die Verlage, erbringe und keine Geschäftsabschlüsse für diese mit den Einzelhändlern vermittele. Die DrittAG sei daher keine Absatzmittlerin. Weder die Tatsache, dass nach dem Liefervertrag die DrittAG im Auftrag der ZweitAG die Einzelhändler als „ihre Abnehmer“ bezeichne, noch die Tatsache, dass sie das Eigentum an den ausgelieferten Presseerzeugnissen behalte, rechtfertige ihre rechtliche Qualifikation als Absatzmittlerin oder eine Qualifikation ihrer Tätigkeit als selbständige wirtschaftliche Tätigkeit im Handel mit Presseerzeugnissen.

2.13. Handelsvertreter sind grds selbständige Kaufleute und als solche zweifelsfrei Unternehmer, die im Wettbewerb mit anderen Absatzmittlern ihre Dienstleistungen auf dem Markt für die Leistungen von Absatzmittlern anbieten. Insoweit kann die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf sie nicht zweifelhaft sein (*Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1⁴ Art 81 EG Rz 30). Im vertikalen Verhältnis zu ihren Auftraggebern kommt es aber für die Frage der Abgrenzung auf die Risikoverteilung zwischen dem Absatzmittler und dem Geschäftsherrn an. Art 101 AEUV findet grds keine Anwendung, wenn der Vertreter keine oder nur geringe Risiken in Bezug auf die vermittelten Geschäfte und in Bezug auf die geschäftsspezifischen Investitionen für das betreffende Geschäftsfeld trägt. Die genannte Bestimmung ist dagegen auf die Beziehung des Absatzmittlers zum Geschäftsherrn anwendbar, wenn Ersterer einen nennenswerten Teil des Absatzrisikos trägt (*Emmerich*, aaO Rz 258 f).

Zum Argument der RekWerberinnen, die DrittAG vermittele keine Geschäftsabschlüsse für die RekWerberinnen mit den Einzelhändlern, ergibt sich aus den Feststellungen des ErstG (S 33 ErstE), dass die DrittAG zur vollständigen Erfassung und Belieferung aller für das einzelne Vertriebsobjekt in Frage kommenden Wiederverkäufer verpflichtet ist und die Zeitschriften im eigenen Namen, wirtschaftlich betrachtet aber auf fremde Rechnung, verkauft. Im Verhältnis zu den Einzelhändlern kommt ihr ein Dispositionsrecht zu, indem sie die Entscheidung trifft, welcher Einzelhändler mit welchen Produkten in welcher Auflagenzahl beliefert wird. Der Grossist führt in diesem Belieferungssystem de facto die Auswahl der Verkaufsstellen durch (S 35 ErstE). →

2.14. Ob die DrittAG auf dem Markt für den Handel mit Presseerzeugnissen ausschließlich Hilfsfunktion für die RekWerberinnen ausübt und ihr daher das sog „Handelsvertreterprivileg“ zugute kommt, hängt, wie bereits in der E v 15. 7. 2009 (*Pressegrosso I*) dargelegt, maßgebend von der Verteilung des Risikos ab, das über jenes der geringeren Provisionseinnahmen wegen schlechter Vermittelbarkeit des betreffenden Angebots hinausgeht.

2.15. Die Prüfung der dazu von der Judikatur des EuGH und des EuGe I herausgearbeiteten Kriterien ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls durchzuführen. Dafür reicht im vorliegenden Fall der festgestellte Inhalt der Verträge. Welche weiteren von den RekWerberinnen angebotenen Beweise dazu aufgenommen hätten werden müssen, legen auch die RekWerberinnen nicht dar. Die bloße Verweisung auf andere Schriftsätze reicht in diesem Zusammenhang ebenso wenig aus wie an allen anderen Stellen des RM (RIS-Justiz RS0043616; RS0007029).

2.16. Zur Beurteilung der konkreten Risikoverteilung wurde bereits im B v 15. 7. 2009 (*Pressegrosso I*) Stellung genommen. Die Zurverfügungstellung des Logistiknetzes ist sowohl für die Verteilung der Presseprodukte der RekWerberinnen als auch für die Abwicklung der Remission von zentraler Bedeutung und müsste, würde dafür nicht ein Pressegrossist herangezogen werden, von den RekWerberinnen selbst erbracht und finanziert werden. Für die Beurteilung der Frage, ob der „Zukauf“ dieser Leistungen von der DrittAG diese zu einem Hilfsorgan der RekWerberinnen macht oder nicht, sind daher die Kosten für die Bereitstellung dieses Logistiknetzwerks, entgegen den RekAusführungen, dem Markt, auf dem die RekWerberinnen tätig werden, zuzuordnen und können nicht auf einen anderen Markt – zB jenen des Pressegrossos – quasi „ausgelagert“ werden. Auch dass die Kosten für diese Dienstleistung

durch die fixe Handelsspanne der Grossisten, mit der ihre Leistungen abgegolten werden, abgedeckt sind, ändert an der Notwendigkeit der Betrachtung der Risikoverteilung nichts. Andernfalls könnte die Selbständigkeit eines Absatzmittlers nur dann bejaht werden, wenn er mit dieser Tätigkeit Verluste erzielte.

Dass die DrittAG die von ihr angebotenen Logistikdienstleistungen auch dadurch finanziert, dass sie das Pressegrosso für weitere Verlage abwickelt, spricht nicht dagegen, die Frage der Selbständigkeit der DrittAG bzw Ausübung einer reinen Hilfsfunktion im Verhältnis zu den RekWerberinnen anhand der Risikoverteilung in der konkreten Vertragsbeziehung zu beurteilen. Wenn die Frage, ob ein Handelsvertreter für einen oder mehrere Auftraggeber handelt, für die Unterscheidung zwischen dem „echten“ und dem „unechten“ Handelsvertreter unwesentlich ist (*Bechtold/Brinker/Posch/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht Art 81 EG Rz 55), bedeutet dies umgekehrt, dass der Unternehmer durch die Ausgestaltung des Vertrags mit einem Auftraggeber als Hilfsorgan zu qualifizieren sein kann und im Verhältnis zu einem anderen Auftraggeber dagegen nicht.

2.17. Zur von den RekWerberinnen aufgeworfenen Frage der Quantifizierung der Risikoverteilung wird auf die Erwägungen im B v 15. 7. 2009 verwiesen. Schon das dort dargelegte Risiko der Transportkosten für unverkauft bleibende Exemplare als auch das der DrittAG überbundene Delkredere-Risiko führt in Summe gesehen dazu, dass nicht von bloß unbedeutenden oder nur geringen überbundenen Risiken gesprochen werden kann. Die Frage der Investitionen in die Logistik und das Lager ist daher nicht mehr entscheidungswesentlich.

2.18. Zur Relevanz einer „Eingliederung“ des Absatzmittlers in das Absatzsystem des Herstellers wurde ebenfalls schon in der E v 15. 7. 2009 Stellung genommen.

Anmerkung:

In Zeiten moderner Übertragungstechnik muss der letzte Tag der RekFrist für den Rechtsberater nicht knapp vor Ende der Geschäftszeiten des Postamts enden, sondern kann auch bis knapp vor 24.00 Uhr verlängert werden. Wenn dann auch noch die Telefax-Übermittlung an das Kartellgericht bis 24:00 Uhr problemlos funktioniert und entsprechend nachgewiesen werden kann, ist alles gut. Trotzdem ist der Schreck groß, wenn der Rek unter Hinweis auf das verspätet eingelangte Original zurückgewiesen wird (16 Ok 6/09), andererseits aber die Freude umso intensiver, wenn der rechtzeitige Eingang des Rek im Telefaxweg erwiesen werden kann und der ZurückweisungsB aufgehoben wird. Also tief durchatmen.

Aus Sicht eines Rechtsanwalts geben die vorliegenden Entscheidungen in der Sache selbst Anlass zu kritischen Überlegungen zum Kartellverfahrensrecht und dessen Anwendungspraxis:

Es ist des Öfteren festzustellen, dass kartellgerichtliche Verhandlungen nicht in voller Senatsbesetzung abgehalten werden (Laienrichter fehlen). Dies mag § 31 AußStrG in begründeten Ausnahmefällen rechtfertigen,

sollte jedoch nicht zum Regelfall werden. Insoweit ist auf *Rechberger* (AußStrG Vor § 13 [7]) und *Solé* (Das Verfahren vor dem Kartellgericht RN 118) zu verweisen, die die (gänzliche) Außerachtlassung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes als unrichtig ablehnen und stattdessen die prinzipielle Geltung als „Verfahrensleitlinie“ auch im Außerstreitrecht betonen. Dies ist auch deshalb geboten, da die Unmittelbarkeit „systemimmanent“ die Beweiswürdigung und damit den festgestellten Sachverhalt beeinflussen kann.

Die Selbstbeschränkung des KOG (zweite und letzte Instanz) auf eine bloße Rechtsinstanz ohne volle Tatsachenkognition mag zwar de lege lata argumentierbar sein. Dies führt aber zur absurden Situation, dass in erster Instanz (zwar aufgrund der Bedeutung der Fälle) das OLG Wien einschreitet, das RMVerfahren aber dann unter Quasi-Ausschluss einer Tatsachenrüge, also ähnlich einem Bagatellverfahren nach § 501 ZPO, durchgeführt wird (§ 57 AußStrG greift nur in den seltensten Fällen). Hier muss der Gesetzgeber endlich tätig werden.

Die soeben beschriebene Problematik führte im Fall 16 Ok 6/09 zur de facto-Unbekämpfbarkeit der



wohl entscheidungswesentlichen Feststellung, dass die DrittAG im Remissionsfall „jedenfalls erhebliche Transport- und Lagerkosten, die Bereitstellungskosten und Vorhaltekosten“ zu tragen hat (16 Ok 6/09, P 2.1.).

Zumindest laut den RekAusführungen wurden diese und andere Feststellungen zu den realen wirtschaftlichen Gegebenheiten des Systems des Pressegroßvertriebs bezogen auf die Risikotragung überdies noch aus einem anderen kartellgerichtlichen Verfahren übernommen, ohne dass der DrittAG explizit rechtliches Gehör (Recht auf Äußerung) eingeräumt worden wäre. Wie immer es auch gewesen sein mag (die E 16 Ok 6/09 bleibt hier eher vage) – man wird das Gefühl nicht ganz los, dass die Sache noch nicht „zwischenentscheidungsreif“ (es wurde ja in beiden Fällen lediglich über die Anwendbarkeit des Art 81 Abs 1 EGV [neu Art 101 AEUV] abgesprochen) war.

Ein Aufrollen über die Verletzung des rechtlichen Gehörs scheiterte jedenfalls am mangelnden Vortrag der RekWerberin im Rek, „welches Vorbringen sie erstattet hätte, hätte sie gewusst, dass das Kartellgericht die Feststellungen zum Pressegroß-Vertrieb in Österreich auf die Entscheidung 26 Kt 132, 167, 168/04 stützen werde“ (16 Ok 6/09 P 3.4.). Offen ist, ob das KOG mit gutem Willen nicht eine Verbesserung des Vortrags nach § 54 Abs 1 Z 2 AußStrG auftragen hätte können.

Die DrittAG mag sich damit trösten, dass das KOG „die Frage der Anwendbarkeit des Art 81 Abs 1 EGV schon allein auf Grund der Feststellungen zur unstritti-

gen Vertragslage“ (gemeint wohl iS seiner Anwendbarkeit) beurteilen hätte können (16 Ok 6/09 P 3.4.).

Damit sind wir beim materiellen Recht angelangt. Im Kern geht es um die Frage, ab welchem Punkt die Überwälzung atypischer Risiken auf den Absatzmittler „das Fass zum Überlaufen bringt“ und Art 81 Abs 1 EGV anwendbar wird. Dies kann aber doch nicht allein aufgrund eines Vertragstextes bestimmt werden, sondern ausschließlich unter Berücksichtigung und Abwägung aller finanziellen und kommerziellen Risiken des Absatzmittlers. Ob die Entscheidung im Ergebnis richtig ist, kann auf der Basis der vorliegenden Entscheidungen nicht abschließend beurteilt werden. Wesentlich erscheint mir ob das Logistiknetzwerk im System des Pressegroßvertriebs als gewöhnliche „Handelsvertretergeschäftsausstattung“ qualifiziert werden kann.

Mit diesen E wurde die zweite Runde eröffnet. Nunmehr hat das Kartellgericht das Verfahren in Bezug auf eine allfällige Rechtfertigung des Vertriebssystems im Lichte des Art 81 Abs 3 EGV fortzusetzen. Neben komplexen Rechtsfragen im Spannungsverhältnis zwischen Effizienzsteigerungen, Verhältnismäßigkeit und angemessener Konsumentenbeteiligung werden dabei insb auch der verfassungsrechtliche Hintergrund der Pressefreiheit sowie das öffentliche Interesse an einem flächendeckenden und vielfältigen Presseangebot eine Rolle spielen (für die Sicht der AG: *Willheim*, Der grenzüberschreitende Pressevertrieb auf dem kartellrechtlichen Prüfstand, MR 2010, 3).

Johannes Barbist

