

# Festschrift für Günther H. Roth zum 70. Geburtstag

von

Prof. Dr. Holger Altmeyen, Prof. Dr. Hanns Fitz, Prof. Dr. Heinrich Honsell

1. Auflage

Festschrift für Günther H. Roth zum 70. Geburtstag – Altmeyen / Fitz / Honsell

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Festschriften



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 61786 7

HELMUT GAMERITH

## Zur Anwendung des Nahversorgungsgesetzes insbesondere im Handel zwischen den Mitgliedstaaten

### Übersicht

	Seite
I. Einleitung .....	139
II. Antragslegitimation .....	140
III. Verkauf unter dem Einstandspreis und „Predatory Pricing“ .....	141
IV. Die Generalklausel des Nahversorgungsgesetzes und Beispiele dazu .....	143
V. § 2 NVG (Diskriminierung) von Marktpartnern durch unterschiedliche Bedingungen .....	144
VI. Lauterkeitsrechtliche Beurteilung der Gefährdung des leistungsgerechten Wettbewerbs .....	145
1. Das Verhältnis zwischen §§ 1 ff. UWG und § 9 NVG .....	145
2. Ausbeutung durch Anzapfen (§ 1a UWG) .....	146
VII. Das Nahversorgungsgesetz im Handel zwischen Mitgliedstaaten .....	148
VIII. Hat das NVG noch eigenständige Bedeutung? .....	150

### I. Einleitung

Der *Jubilar* hat sich um 1990 mehrmals mit Fragen des (österreichischen) Nahversorgungsgesetzes, die im Zusammenhang mit dem Verbot des Verkaufs von Waren unter dem Einstandspreis (§ 3a NVG) standen<sup>1</sup>, befasst. Dieses Verbot war im Stammgesetz<sup>2</sup>, das am 1. 10. 1977 in Kraft getreten war, nicht enthalten, sondern erst mit der NVG-Novelle (BGBl. 1980/131) als flankierende Maßnahme „zum Schutz der kleineren leistungsfähigen, aber nicht marktstarken Händler“ und der Konsumenten (Erhaltung eines ausreichenden Distributionsnetzes, der Markttransparenz und des Schutzes vor verschleiender Preismanipulation)<sup>3</sup>, beschränkt auf bestimmte Gruppen von Grundnahrungsmitteln, in das NVG eingefügt worden. Diese Beschränkung hatte in weiten Kreisen die Befürchtung ausgelöst, dass ein solches Verbot derartige Preiskampfmethode nicht beseitige, sondern ein Ausweichen auf jene Waren stattfinden werde, die von dem Verbot nicht erfasst waren. Gerade solche Auswirkungen seien (auch schon) im verstärkten Ausmaß eingetreten<sup>4</sup>. Daher wurde

<sup>1</sup> *Fitz/Roth* Verkauf unter dem Einstandspreis. Zur Auslegung und Kritik des § 3a Nahversorgungsgesetz, RdW 1989, 241; *Fitz/Roth* Wettbewerbsrechtliches zu den Liefer- und Verwertungsverträgen der österreichischen Milchwirtschaft, wbl 1990, 317; *Fitz/Roth* Der Einfluss des VfGH-Erkenntnisses zu § 3a NVG auf anhängige Verfahren, RdW 1990, 399.

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 29. 6. 1977, BGBl. S. 392, zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen.

<sup>3</sup> Materialien in ErgBd. 1980, 29 zur MGA 46 (*Schönherr* Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 1971).

<sup>4</sup> Aus dem Bericht des HA 694, abgedruckt bei *Gruber* Österreichisches Kartellrecht, MGA 619, Fn. 4.

mit der NVG-Novelle (BGBl. 1988/424) diese Beschränkung aufgehoben und das Verbot auf *alle* Waren ausgedehnt<sup>5</sup>.

Diese Änderung bescherte dem OGH und dem KOG einige Zeit hindurch eine Prozesslawine an § 3a NVG-Verfahren, während zu den anderen Vorschriften des NVG<sup>6</sup>, insbesondere zur Generalklausel des § 1 Abs. 1 NVG (allgemeines Verbot von Verhaltensweisen, die geeignet sind, den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden), zur demonstrativen Aufzählung dieser Verhaltensweisen in § 1 Abs. 2 NVG und zu § 2 NVG (Diskriminierung) kaum Entscheidungen ergangen waren.

Diese Prozessflut, die auch dadurch zusätzlich begünstigt wurde, dass die Antragslegitimation für Verbote nach § 3a NVG etwas umfangreicher als jene für Anträge nach den §§ 1 bis 4 NVG (§ 7 Abs. 2 NVG alt) war (unten 2.), fand durch eine Entscheidung des VfGH ein baldiges Ende: Der VfGH hat mit Erkenntnis vom 15. 6. 1990 § 3a NVG idF der BG BGBl. Nr. 121/1980 und BGBl. Nr. 424/1988 als verfassungswidrig aufgehoben<sup>7</sup>. Da der VfGH für das Außerkrafttreten keine Frist bestimmte, ist die Aufhebung mit der Kundmachung in Kraft getreten. Seither kam ein auf das NVG gegründeter Verstoß durch Verkaufen unter dem Einstandspreis begrifflich nicht mehr in Frage.

## II. Antragslegitimation

Zur Antragstellung auf Untersagung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung waren nach der Stammfassung des KartG 1988 nur die Amtsparteien (der Bund, vertreten durch die Finanzprokuratur, die Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft<sup>8</sup>, der österreichische Arbeiterkammertag<sup>9</sup> und die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern (§ 37 Nr. 1 iVm. § 44 KartG) und Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmern, denen zumindest eine Körperschaft des öffentlichen Rechts nach dem Handelskammergesetz, dem Arbeiterkammergesetz oder den Landwirtschaftskammergesetzen oder die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern als Mitglied angehörte, berechtigt (§ 37 Nr. 2 KartG). Zur Antragstellung nach den §§ 1 bis 4 NVG in der damaligen Fassung waren gemäß § 7 Abs. 2 NVG auch nur diese Amtsparteien und zum Antrag nach § 3a Abs. 1 NVG wiederum Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmern berechtigt, bei denen mindestens eine der (oben genannten) Körperschaften öffentlichen Rechts Mitglied war, berechtigt (s. unter III.).

Kurz nach der Aufhebung des § 3a NVG durch den VfGH stellte das KOG an den VfGH den Antrag<sup>10</sup>, § 7 Abs. 2 NVG als verfassungswidrig aufzuheben, weil dieser dem Letztverkäufer keine Antragslegitimation zur Durchsetzung des Kontrahierungszwangs des § 4 NVG einräume. Dieses Verfahren nahm einen unerwarteten Verlauf, weil der VfGH die Vorfrage der Antragslegitimation des KOG prüfte und dabei dessen Zusammensetzung

<sup>5</sup> Damit erstreckte es sich auch auf Lebens- und Genussmittel und Getränke, die *nicht* unter die bisher aufgezählten Grundnahrungsmittel fielen (zB Apfelsaft, Coca-Cola, Ketchup, Senf, Schokolade, Fertigsuppen, Bier, Kaffee) und vor allem auf alle sonstigen Waren zB Reservemagazine, Schulhefte, Farbkopien, Videokassetten, Pampers, Waschmittel, Filme usw (die willkürlichen Beispiele wurden der Einfachheit halber den Entscheidungsschlagworten entnommen).

<sup>6</sup> Ich verwende, wie meist auch der OGH, anstelle der von den AZR vorgeschlagenen Abkürzung „NahVG“ die Abkürzung „NVG“.

<sup>7</sup> Erk. 15. 6. 1990 = ÖBl 1990, 222 (*Barfuß*) = ÖZW 1990, 125 (*Hanreich* ÖZW 1990, 97) = wbl 1990, 342 (*Aichreiter*) = JAP 1990/91, 100 (*Strejcek*) = GRURInt 1991, 156 (*Ehrrike* GRURInt 100).

<sup>8</sup> Jetzt: Wirtschaftskammer Österreich.

<sup>9</sup> Jetzt: Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte.

<sup>10</sup> KOG 17. 12. 1990 = RdW 1991, 145 = ecolx 1991, 144 (*Straberger*).

als verfassungswidrig beurteilt<sup>11</sup>, weil dem Senat des KOG als Beamte tätige Organwalter angehörten, die nicht gleichzeitig Berufsrichter im Sinne des Art. 86 B-VG sein dürften<sup>12</sup>. § 93 Abs. 1 Satz 2 KartG 1988 iVm. § 92 Abs. 1 Satz KartG 1988 sei verfassungswidrig. Durch diese Aufhebungen wurden das Kartellgericht und das Kartellobergericht zu Kollegialbehörden nach Art. 133 Nr. 4 B-VG, denen die Antragslegitimation fehlte, womit der Antragsteller seine Antragslegitimation nicht durchsetzen konnte<sup>13</sup>.

Der Gesetzgeber sanierte die Verfassungswidrigkeit mit der KartG-Novelle 1993 durch die Eliminierung der ministeriellen Beisitzer aus dem KOG und führte das Antragsrecht aller betroffenen Unternehmer<sup>14</sup> sowohl im KartG als auch im NVG (dort § 7 Abs. 2 Nr. 3 idF BGBl. 1993/693) ein, womit der unbefriedigende Zustand, dass Unternehmer als „Bittsteller“ die Amtsparteien ersuchen mussten, einen Antrag oder ein Rechtsmittel einzubringen, beendet wurde. Diese Regelung führte zu einer spürbaren Erhöhung der Effektivität des österreichischen Kartellrechts, die sich aber im Bereich des NVG zunächst nur wenig bemerkbar machte. Immerhin sind aber doch in den letzten Jahren immer wieder einzelne Fälle von Verstößen gegen das NVG sowohl vor dem Kartellgericht als auch vor dem ordentlichen Gericht (als Verstoß gegen das Lauterkeitsrecht) anhängig geworden und letztlich vom OGH (im ordentlichen Verfahren bzw. als „Kartellobergericht“) entschieden worden. Es erscheint daher lohnend, einen kurzen Überblick über die Rechtsprechung zu dieser national „doppelt“ geregelten und außerdem mit dem Gemeinschaftsrecht sachlich verflochtenen Materie zu geben.

### III. Verkauf unter dem Einstandspreis und „Predatory Pricing“

Die Aufhebung des Verbots des Verkaufs von Waren unter dem Einstandspreis in § 3a NVG führte nicht zu einer uneingeschränkten Zulässigkeit dieser Verhaltensweise durch Unternehmer. Mit der KartG-Novelle 1999 (BGBl. I 1999/126) wurde in § 35 Abs. 1 KartG 1988 als weiteres Verbot eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eine Nr. 5 eingefügt, wonach der Missbrauch insbesondere in dem sachlich nicht gerechtfertigten Verkauf von Waren unter dem Einstandspreis bestehen kann. Gemäß § 35 Abs. 1a KartG traf im Fall des (§ 35) Abs. 1 Nr. 5 KartG den marktbeherrschenden Unternehmer die Beweislast für die Widerlegung des Anscheins eines Verkaufs unter dem Einstandspreis<sup>15</sup>, sowie für die sachliche Rechtfertigung eines solchen Verkaufs<sup>16</sup>. Die RV<sup>17</sup> bezeichnete diese Regelung als ein weiteres *Beispiel*<sup>18</sup> eines möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Eine grundlegende *Änderung der Rechtslage* sei damit aber nicht verbunden, da ein solches Verhalten schon bisher der Generalklausel des § 35 Abs. 1 erster Satz KartG unterstellt werden konnte<sup>19</sup> und die Rechtsprechung dies auch getan ha-

<sup>11</sup> VfGH 15. 10. 1992, G 159/92 = ÖBl. 1992, 199.

<sup>12</sup> Näher bei *Gamerith Renaissance des Nahversorgungsgesetzes? Probleme der Differenzierung von Verkaufskonditionen in Schutzverband* (Hrsg.) Aktuelle Frage des Lauterkeitsrechts, 2004, S. 35 ff.

<sup>13</sup> KOG 29. 3. 1993, Okt 1/93, *Sportartikel-Vertriebsbindung*, ÖBl 1993, 130; ausführlich zu diesem Verfahren *Gamerith Renaissance des NVG*.

<sup>14</sup> „Jeder Unternehmer, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch den Gegenstand des Verfahrens berührt werden.“

<sup>15</sup> Dazu *Rungg/Barbist Renaissance des Verbots von Verkäufen unter dem Einstandspreis? RdW 1999, 698*.

<sup>16</sup> Der VfGH hat diese Norm zum Anscheinsbeweis nicht wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben: Beschluss vom 2. 10. 2002, G 327/01.

<sup>17</sup> RV 1775 Blg 20. GP.

<sup>18</sup> Hervorhebung von mir.

<sup>19</sup> OGH 14. 7. 2009, 4 Ob 60/09s – *Rechtsanwaltssoftware* ÖBl 2010/14, 64; zu diesem Ergebnis kommen auch *Rungg/Barbist RdW 1999, 702*.

be<sup>20</sup>. Diese Regelung wurde unverändert in § 5 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2 KartG 2005 übernommen<sup>21</sup>, der im Sinne des Art. 82 EGV (Art. 102 AEUV) auszulegen ist. Unzulässig war und ist danach das sog. „Predatory Pricing“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 82 EGV (Art. 102 AEUV). Die Behinderung von Wettbewerbern durch ein marktbeherrschendes Unternehmen ist allerdings nicht per se missbräuchlich. Starker Wettbewerb im Streben nach besserer Leistung durch alle Marktteilnehmer gehört zum Wesen eines funktionierenden Wettbewerbs. Da jedoch wegen der bloßen Anwesenheit des Marktbeherrschers auf dem relevanten Markt der Wettbewerb bereits geschwächt ist, ist das den Markt kontrollierende Unternehmen im besonderen Maße angehalten, nur leistungsgerechte Mittel einzusetzen. Art. 82 EGV (Art. 102 AEUV) verbietet es daher einem beherrschenden Unternehmen, einen Mitbewerber zu verdrängen und auf diese Weise die eigene Stellung zu stärken, indem es zu anderen Mitteln als denjenigen des Leistungswettbewerbs greift. Der klassische Fall des missbräuchlichen Behinderungswettbewerbs ist die gezielte Kampfpreisunterbietung („predatory pricing“) mit dem Ziel der Verdrängung von Konkurrenten auf dem schon beherrschten relevanten Markt oder auf dritten Märkten. Hier nutzt das marktbeherrschende Unternehmen seine überlegene Finanzkraft zur Ausschaltung von Wettbewerbern aus, indem es über einen Zeitraum von gewisser Dauer unangemessen niedrige Preise praktiziert, die nicht mehr als Maßnahmen des normalen Leistungswettbewerbs erklärbar sind und deshalb erkennbar dem Ziel der Verdrängung von Wettbewerbern dienen. Maßgebliches Kriterium für die Annahme eines Verstoßes gegen Art. 82 EGV (Art. 102 AEUV) ist das Kosten/Preis-Verhältnis beim Marktbeherrscher.

Eine missbräuchliche Preisunterbietung liegt danach grds vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Erzeugnisse zu Preisen anbietet, die *unter den eigenen durchschnittlichen variablen Kosten* (also den Kosten, die je nach produzierten Mengen variieren) liegen; in einem solchen Fall erleidet das Unternehmen einen Verlust in Höhe der gesamten, vom Umfang der Produktion unabhängigen Fixkosten sowie eines Teils der variablen Kosten je produzierter Einheit; eine solche Preispolitik ist mit den Prinzipien eines leistungsorientierten Wettbewerbs nicht zu vereinbaren und lässt sich nur damit erklären, dass das marktbeherrschende Unternehmen das Ziel verfolgt, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, um anschließend seine Preise unter Ausnützung der dann erworbenen Stellung wieder anzuheben.

Ein Missbrauch im Sinn des Art. 82 EGV (Art. 102 AEUV) ist aber auch dann gegeben, wenn die Preise unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (Fixkosten plus variable Kosten), aber *über* den durchschnittlichen variablen Kosten liegen; auch eine solche Preispolitik kann andere, ebenso leistungsfähige, aber finanziell schwächere Unternehmen vom Markt verdrängen; in diesem Fall wird jedoch zusätzlich der (positive) Nachweis verlangt, dass die Preisfestsetzung im Rahmen einer Gesamtstrategie dem Ziel dienen soll, die Konkurrenz auszuschalten. Der Verkauf unter den eigenen Vollkosten<sup>22</sup> fällt also nur bei erwiesener Verdrängungsabsicht unter Art. 82 EGV (Art. 102 AEUV) bzw. § 5 Abs. 1 Nr. 5 KartG 2005. Verkauf unter dem Einstandspreis und „Predatory Pricing“ sind daher nicht gleichzusetzen. Der Verkauf unter dem Einstandspreis ist ein Sonderfall des nicht kostendeckenden Verkaufs. Dieser Sondertatbestand wird in der Rechtsprechung des KOG kaum herangezogen. Vielmehr wird auch nach dem Inkrafttreten des § 5 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2 KartG

<sup>20</sup> J. P. Gruber Österreichisches Kartellrecht, MGA 185 weist aber zutr darauf hin, dass alle bisher zu § 35 KartG bzw. § 5 KartG 2005 (zum Verkauf unter dem Einstandspreis) ergangenen Entscheidungen Predatory Pricing betrafen.

<sup>21</sup> Wie vorherige Fn.

<sup>22</sup> EuGH C 62/86, *Akzo*, Slg. 1986, 1503 = ZfRV 1992, 364 = AnwBl. 1992/4070; EuGH Rs. C-333/94 *Þ, Tetra Pak*, Slg. 1996, I-5951 = wbl 1997, 29 = ZER 1997/209; KOG 18. 6. 1998, 16 Ok 5/98, *Power Pack III* = SZ 71/103; KOG 9. 10. 2000, 16 Ok 6/00, *Abonnementpreise*, ÖBl. 2001, 133 = SZ 73/133 = MR 2000, 391 = wbl 2001, 137; KOG 16. 12. 2002, 16 Ok 11/02, *Red Bull*, ÖBl. 2003/66, 244 (*Barbist*) = wbl 2004, 43.

2005 regelmäßig auf die Rechtsprechung zum „Predatory Pricing“ Bezug genommen und in der Sache die Generalklausel des § 5 Abs. 1 Satz 1 KartG herangezogen. Maßgebend ist daher nicht der „Einstandspreis“, sondern allgemein das Erbringen einer Leistung mit mehr oder weniger Verlust<sup>23</sup>.

#### IV. Die Generalklausel des Nahversorgungsgesetzes und Beispiele dazu

Gemäß § 1 Abs. 1 NVG können Verhaltensweisen von Unternehmern im geschäftlichen Verkehr untereinander untersagt werden, soweit sie geeignet sind, den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden. Die Formulierung deutet auf eine bloße *Untersagungsbefugnis* hin. Nimmt man dies an<sup>24</sup>, handelt der in Anspruch genommene Unternehmer erst dann rechtswidrig, wenn er das beanstandete Verhalten nach Rechtskraft der Untersagung fortsetzt. Die Formulierung in § 1 Abs. 1 NVG entspricht etwa der ursprünglichen Fassung des Missbrauchsverbots in § 35 KartG 1988. Dort hieß es allerdings, dass das Kartellgericht auf Antrag den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu untersagen *hat*; daher wird man wohl auch für § 1 Abs. 1 NVG annehmen müssen, dass das Gericht bei Erfüllung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale *verpflichtet* ist, die vorgesehene Rechtsfolge auszusprechen<sup>25</sup>, zumal wegen des Verhältnisses zwischen NVG und UWG (unten VI.) das „UWG drohend im Hintergrund steht“. § 35 Abs. 1 KartG (nunmehr § 5 Abs. 1 KartG 2005) stellte mit seiner neuen Fassung (BGBl. I 2003/33) durch die Formulierung „Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist verboten“ klar, dass damit *ipso jure wirkende Verhaltensgebote* gemeint sind<sup>26</sup>. Der OGH hat im Übrigen die Ansicht, dass das NVG keine Verbote, sondern nur Untersagungsbefugnisse enthalte und solche Befugnisse mit einem Verstoß gegen § 1 UWG nicht gleichgesetzt werden könnten, schon vor der Änderung des § 35 Abs. 1 KartG 1988 abgelehnt<sup>27</sup>.

§ 1 NVG hat die Überschrift „Kaufmännisches Wohlverhalten“; in § 1 Abs. 2 NVG sind solche Verhaltensweisen nur beispielsweise aufgezählt. Der von der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft (jetzt: Wirtschaftskammer Österreich) dazu veröffentlichte „Wohlverhaltenskatalog“ bringt die „gemeinsame Auffassung der beteiligten Wirtschaftskreise über Verhaltensweisen, die zu einer Gefährdung des leistungsgerechten Wettbewerbs führen können“ zum Ausdruck, hat aber keinerlei normative Wirkung und kann deshalb nur als Auslegungshilfe herangezogen werden<sup>28</sup>.

Die gesetzlichen Beispiele („insbesondere“) des § 1 Abs. 2 NVG betreffen das Anbieten oder Fordern, Gewähren oder Annehmen von Geld oder sonstiger Leistungen, auch Rabatten oder Sonderkonditionen, die sachlich – vor allem mangels Gegenleistung – *nicht gerechtfertigt* sind. Die Entscheidungen dazu sind fast alle in Anwendung des UWG (unten VI.) ergangen.

<sup>23</sup> OGH 14. 7. 2009, 4 Ob 60/09s, *Rechtsanwaltssoftware*, ÖBl 2010/14, 64.

<sup>24</sup> So etwa *Koppensteiner* Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 641 zur Rechtslage nach § 35 KartG 1988 iVm. § 1 Abs. 1 NVG; der OGH hat aber schon 1989 ausgesprochen, dass das NVG nicht bloß „Untersagungsbefugnisse, sondern Verbote enthält.

<sup>25</sup> *Koppensteiner* Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., S. 153.

<sup>26</sup> So schon zur alten Fassung OGH 17. 3. 1998, 4 Ob 92/98s, *Servicegutscheine*, ÖBl 1998, 256 = RdW 1998, 465 = wbl 1998, 245; ein dem § 35 KartG zuwiderlaufendes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmers ist unabhängig davon rechtswidrig, ob das KG eine Untersagungsverfügung bereits erlassen hat.

<sup>27</sup> OGH 26. 9. 1989, 4 Ob 94/89, *Familia (I)*, ÖBl 1989, 167 = MR 1989, 225 (*F. Prunbauer*) = RdW 1998, 389 (*Holeschofsky* 386) = EvBl 1989/23 = JBl 1990, 187 = wbl 1990, 53

<sup>28</sup> OGH 18. 1. 1983, 4 Ob 360/82, *Metro Post II*, ÖBl 1983, 55 = EvBl 1983/42 = SZ 56/9 = wbl 1983/42.

## V. § 2 NVG (Diskriminierung) von Marktpartnern durch unterschiedliche Bedingungen

§ 2 NVG enthält zwei – trotz unterschiedlicher Formulierung – im Wesentlichen „spiegelbildliche“ Diskriminierungsverbote: Wer als *Lieferant* gewerberechtlich befugten *Wiederverkäufern* bei Vorliegen gleicher Voraussetzungen ohne sachliche Rechtfertigung *unterschiedliche Bedingungen* gewährt oder anbietet kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden (Abs. 1). In gleicher Weise kann auch ein *Wiederverkäufer* in Anspruch genommen werden, der von Lieferanten sachlich nicht gerechtfertigte Bedingungen fordert oder annimmt. In beiden Fällen müssen gleiche Voraussetzungen vorliegen; fehlen sie, so kann sich schon daraus die sachliche Rechtfertigung ergeben. Das muss aber nicht sein, da die Tatbestandsmerkmale „bei gleichen Voraussetzungen“, „ohne sachliche Rechtfertigung“ und „unterschiedliche Bedingungen“ aufeinander bezogen und in einem beweglichen System unter Abwägung der Rechtfertigungs- und Interessensgesichtspunkte der Beteiligten zu gewichten und auszulegen sind. Erst nach Abwägung der Interessen der Beteiligten kann unter Berücksichtigung der – einen leistungsgerechten Wettbewerb anstrebenden – Zielsetzungen des NVG beurteilt werden, ob ein sachlich gerechtfertigter Grund fehlt.

Bei *Rabattsystemen* sind etwa kostengedekte Differenzierungen und Konditionsunterschiede stets sachlich gerechtfertigt, weil durch sie eine besondere wirtschaftliche Leistung vergütet wird, die der Abnehmer dem Lieferanten gegenüber erbringt<sup>29</sup>. Damit ist die Weitergabe von Einsparungen gemeint, die sich beim Lieferanten ergeben, wenn ein Kunde eine größere Menge an Waren abnimmt (Größenvorteile = sog. Skalenvorteile). Hingegen wird das Interesse des Lieferanten, Großabnehmer *über die Abgeltung der Kostenersparnis hinaus* zu begünstigen, nicht als schutzwürdig angesehen, weil eine solche Begünstigung die Konzentration verstärkt, der das NVG entgegenwirken will. Nicht zu berücksichtigen ist dabei, ob der Konzentrationsprozess aufgehalten werden kann<sup>30</sup>.

Besondere Beschränkungen sind bei *gestuften Rabattsystemen* zu beachten, wie sie dem Fall „Großkundenrückvergütung“<sup>31</sup> zugrunde lagen. Der OGH hat unter Berufung auf eine Entscheidung des EuGH<sup>32</sup> ausgesprochen, dass Mengenrabatte die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen mit sich bringen, sofern die Schwellenwerte für die Auslösung der unterschiedlichen, an die festgelegten Sätze geknüpften Rabattstufen dazu führen, die Inanspruchnahme der Rabatte (oder Zusatzrabatte) bestimmten Handelspartnern vorzubehalten und ihnen einen durch den Umfang ihrer Tätigkeit und durch die möglichen Größenvorteile, die der Großkunde<sup>33</sup> gegenüber seinen Mitbewerbern erzielen kann, nicht gerechtfertigten wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen. Im Streitfall beweise allein der Umstand, dass Begünstigte des beanstandeten Rabattsystems für Großkunden nur wenige Abnehmer<sup>34</sup> seien, die hohe *Auslösungsschwelle*

<sup>29</sup> Zu allem OGH 4. 4. 2001, 4 Ob 34/01f, *Großkunden-Rückvergütung*, ÖBl 2001, 229 = wbl 2001/292, 497 = ZfRV-LS 2002/44; OGH 23. 1. 2003, 4 Ob 210/02i, *Großkunden-Rückvergütung II*, ÖBl 2003/52, 188 (*Barbist*).

<sup>30</sup> OGH 23. 1. 2003, 4 Ob 210/02i, *Großkunden-Rückvergütung II*, ÖBl 2003/52, 188 (*Barbist*) = RdW 2003, 376.

<sup>31</sup> Es handelt sich nur um *einen* Rechtsstreit, der aber den OGH nicht weniger als fünf Mal(!) beschäftigt hat; s. dazu *Gamerith Renaissance des Nahversorgungsgesetzes? Probleme der Differenzierung von Verkaufskonditionen*, in Schutzverband (Hrsg.) *Aktuelle Frage des Lauterkeitsrechts*, 2004, S. 37 ff.

<sup>32</sup> Rs. C-163/99, *Portugiesische Republik/Komm*, Slg. 2001, I-2613 = wbl 2001, 271 = ZER 2001/127.

<sup>33</sup> Text hier gegenüber der Formulierung des OGH etwas geändert und vereinfacht.

<sup>34</sup> Der OGH führt sie teilweise an.

dieses Rabatts, für dessen Zulässigkeit keine objektiven berücksichtigungswürdigen Gründe sprächen<sup>35</sup>.

Diese Rechtsprechung kann auch auf die österreichische Judikatur zur kartellrechtlichen Behandlung von *Meistbegünstigungsklauseln* zurückwirken<sup>36</sup>. Mit einer solchen Klausel ist stets eine wirtschaftliche Bindung des verpflichteten Teils bei der Gestaltung der Zweitverträge verbunden, da er günstigere Preise oder Konditionen, die er in Zweitverträgen gewährt hat, auch dem Partner aus dem Erstvertrag in Abweichung von der bisherigen Vereinbarung gewähren muss; seine Inhaltsfreiheit wird somit hinsichtlich der Zweitverträge eindeutig beschränkt. In Deutschland wird daher die Ansicht vertreten, dass in der Durchsetzung derartiger Klauseln gegen den Willen des gebundenen Teils ein Rechtsmissbrauch liegen könne. Solche Klauseln verstießen daher gegen § 15 GWB<sup>37</sup>.

Der OGH hat diese Ansicht nicht übernommen, weil die Rechtslage in Österreich eine andere ist. Durch die Statuierung eines allgemeinen Diskriminierungsverbots im NVG habe der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass er eine Ungleichbehandlung von Vertragspartnern nur aus sachlichen Gründen für gerechtfertigt hält. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen könne daher die Vereinbarung einer Meistbegünstigungsklausel – auch außerhalb des von § 2 Abs. 1 NVG geregelten Verhaltens – nicht als tatbestandsmäßig im Sinne des § 35 KartG (jetzt: § 5 KartG 2005) angesehen werden. Dies entspreche auch der Ansicht der Kommission, wonach die Meistbegünstigung normalerweise keine Wettbewerbsbeschränkung ist<sup>38</sup>. Die Meistbegünstigung kann aber der Partner aus dem Erstvertrag nur durchsetzen, wenn der Leistung aus dem Zweitvertrag gleiche Voraussetzungen im Sinne des § 2 Abs. 1 NVG zugrunde liegen, was zB dann nicht der Fall ist, wenn der Partner aus dem Zweitvertrag wesentlich größere Warenmengen abnimmt, die den günstigeren Preis (im Sinne der obigen Ausführungen) sachlich rechtfertigen.

## VI. Lauterkeitsrechtliche Beurteilung der Gefährdung des leistungsgerechten Wettbewerbs

### 1. Das Verhältnis zwischen §§ 1 ff. UWG und § 9 NVG

Die Ursache der geringen Inanspruchnahme des Rechtsschutzes, insbesondere der §§ 1 und 2 NVG, dürfte aber nicht nur darin liegen, dass die betroffenen Unternehmer im Kartellverfahren nach den §§ 1 bis 4 NVG (ausgenommen § 3a NVG) ursprünglich auf die Bereitschaft der Amtsparteien angewiesen waren, die von betroffenen Unternehmen gewünschten Anträge zu stellen. Auch zur Stellung von Anträgen nach § 3a Abs. 1 NVG waren nämlich die betroffenen Unternehmer nach der Fassung des § 7 NVG durch BGBl. 1988/424 *noch nicht* berechtigt. Immerhin konnten solche Anträge von Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmern gestellt werden, bei denen zumindest eine der oben (II. Abs. 1) genannten Körperschaften öffentlichen Rechts Mitglied war. Von Vereinigungen, die diese Voraussetzungen erfüllten, sind auch tatsächlich eine Reihe von Anträgen nach § 3a Abs. 1 NVG gestellt worden, ein Antragsrecht der betroffenen Unternehmen selbst gab es aber bis zur KartG-Novelle 1993 nicht.

Unternehmer hatten aber, was den Rechtsschutz (nicht nur) nach § 3a Abs. 1 NVG betrifft, auch die Möglichkeit, Unterlassungsklagen wegen sittenwidrigen Rechtsbruchs zu erheben, weil nach § 9 NVG die Vorschriften gegen den unlauteren Wettbewerb unberührt blieben. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers gibt es Sachverhalte, die *nur* unter das UWG oder *nur* unter das NVG fallen, und solche, die die Voraussetzungen beider Gesetze

<sup>35</sup> OGH 25. 5. 2004, 4 Ob 110/04m, *Großkunden-Rückvergütung III*, ÖBl 2005/4, 26 (*Barbist*).

<sup>36</sup> OGH als KOG, 9. 10. 2000, 16 Ok 8/00, *Regionalpartnerverträge*, ÖBl 2001, 234.

<sup>37</sup> *Immenga/Mestmäcker* GWB, 2. Aufl., § 15 Rn. 62.

<sup>38</sup> *Gleiss/Hirsch* Kommentar zum EG-Kartellrecht, 4. Aufl., § 85 Rn. 298.



erfüllen. Ein gegen das NVG verstoßendes Verhalten läuft daher, *wenn es zugleich unlauter ist* (das ist das entscheidende Kriterium; s. gleich unten), auch dem UWG zuwider und kann dann sowohl zur Einleitung eines (außerstreitigen)Verfahrens vor dem Kartellgericht, als auch zu einem Rechtsstreit vor dem ordentlichen Gericht führen<sup>39</sup>. Für das Verhältnis zwischen § 1 UWG (vor der Fassung nach der UWG-Novelle 2007) und dem aufgehobenen § 3a Abs. 1 NVG lässt sich aber – entgegen der Ansicht des OGH – *nicht* mit Gewissheit sagen, dass zwischen einer Klage nach § 1 UWG und einem Untersagungsantrag nach § 3a Abs. 1 iVm. § 6 NVG *uneingeschränkte* Konkurrenz bestand<sup>40</sup>. 1989 hielt der OGH an der Auffassung fest, dass ein Verstoß gegen das NVG zwar nicht ohne weiteres auch dem § 1 UWG unterstellt werden könne, aber eine dem Beklagten auch subjektiv vorwerfbare, in der Absicht, im Wettbewerb einen Vorsprung vor den gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen, begangene Verletzung dieses Gesetzes immer auch gegen die guten Sitten verstoße. In jenen Fälle nach den §§ 1 und 2 NVG, in denen zwischen den beteiligten Unternehmen nur ein Austauschverhältnis bestand oder ein Wettbewerbsverhältnis fehlte, weil der marktbeherrschende Unternehmer als Anbieter oder Nachfrager (überhaupt) keinem Wettbewerb ausgesetzt war (Monopolist)<sup>41</sup>, werde eine Konkurrenz zwischen dem NVG und dem UWG zu verneinen sein. In *den meisten Fällen* werde aber ein gegen das NVG verstoßende Verhalten auch nach dem UWG verfolgbar sein, weil derjenige, der sich als Unternehmer im geschäftlichen Verkehr verpönter Verhaltensweisen im Sinne des NVG bedient, damit auch die Tatbestandsmerkmale des Handelns zu Zwecken und gegen die guten Sitten erfüllen werde<sup>42</sup>.

Von einer uneingeschränkten Konkurrenz der beiden Vorschriften kann aber erst seit der UWG-Novelle 1997 gesprochen werden, die aus § 1 UWG das Tatbestandsmerkmal des „Handelns zu Zwecken des Wettbewerbs“ eliminiert hat. Auch ein Verstoß gegen das KartG war (früher) nur dann gleichzeitig ein Verstoß gegen § 1 UWG, wenn er in Wettbewerbsabsicht geschah<sup>43</sup>. Jetzt ist nach § 1 UWG eine auf das Erlangen eines Wettbewerbsvorsprungs gerichtete *Absicht* nicht mehr zu verlangen. Das Unwerturteil ergibt sich auch beim Rechtsbruchtbestand aus dem Zweck des Lauterkeitsrechts und zwar aus dem Interesse der Mitbewerber und der Allgemeinheit an der Durchsetzung gleicher Rahmenbedingungen für das Handeln im Wettbewerb. Unlauterkeit ist nur dann anzunehmen, wenn der belangte Mitbewerber „den Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt“ verletzt, „bei dem billigerweise angenommen werden kann, dass ihn der Unternehmer gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten in seinem Tätigkeitsbereich anwendet“ (§ 1 Abs. 4 Nr. 8 UWG; ähnlich Art. 2 lit. h RL-UGP)<sup>44</sup>.

## 2. Ausbeutung durch Anzapfen (§ 1a UWG)

Die Generalklausel des § 1 UWG, ggf. auch die Sondertatbestände, bieten Möglichkeiten des Rechtsschutzes gegen Verhaltensweisen, die den leistungsgerechten Wettbewerb im Sinne des § 1 NVG gefährden. Das NVG will mit dem Schutz des leistungsgerechten

<sup>39</sup> OGH 25. 5. 2004, 4 Ob 110/04m, *Großkunden Rückvergütung III*, ÖBl 2005/4, 26 (Barbist).

<sup>40</sup> So aber OGH 25. 5. 2004, 4 Ob 110/04, *Großkundenrückvergütung III*, ÖBl 2005/4, 26 (Barbist); den dort zitierten Vorentscheidungen OGH 17. 12. 1996, 4 Ob 2365/96i, *20 Jahre dm*, SZ 69/284 = ÖBl 1997, 161 = ecolex 1997, 272 = wbl 1997, 214 und OGH 26. 9. 1989, 4 Ob 94/89, *Familia (I)*, ÖBl 1989, 167 = MR 1989, 225 (*F. Prunbauer*) = RdW 1989, 389 (*Holeschofsky* 386) = EvBl 1989/23 = JBl 1990, 187 = wbl 1990, 53 ist dieser apodiktische Rechtssatz nicht zu entnehmen.

<sup>41</sup> OGH 9. 11. 1982, 4 Ob 375/82, *Gewerbesalz-Liefersperre* ÖBl 1983, 114.

<sup>42</sup> OGH 26. 6. 1989, 4 Ob 94/89, *Familia (I)*, ÖBl 1989, 167 = MR 1989, 225 (*F. Prunbauer*) = RdW 1989, 389 (*Holeschofsky* 386) = EvBl 1989/23 = JBl 1990, 187.

<sup>43</sup> OGH 9. 9. 1997, 4 Ob 214/97t, *Filmverleihgesellschaft (I)*, ÖBl 1998, 36 = ecolex 1938, 46 = EvBl 1998/22 = MR 1997, 328 = RdW 1998, 187 = SZ 70/173 = wbl 1998, 63.

<sup>44</sup> OGH 11. 3. 2008, 4 Ob 225/02b, *Stadtrundfahrten*, ÖBl 2008/48, 237 (*Mildner*) = MR 2008, 114.