

Entwurf

Standpunkt der Bundeswettbewerbsbehörde



**BUNDES
WETTBEWERBS
BEHÖRDE**

**Weil es uns um
Fairness geht!**

zu unternehmerischem Wohlverhalten

Konsultation bis 27.8.2018 unter
konsultation@bwb.gv.at

Inhalt

I.1 Inhalt des Leitfadens	3
I.2 Anwendungsbereich.....	5
I.3 Ist dieser Leitfaden verbindlich?	5
I. Kategorien von Geschäftspraktiken, die unternehmerischem Wohlverhalten widersprechen	5
II.1 Behinderungspraktiken.....	6
II.2 Ausbeutungspraktiken	7
II.3 Sonstige Praktiken.....	8
II. Auslegungsgrundsätze.....	8
III. Katalog wohlverhaltenswidriger Geschäftspraktiken	10
IV. Bestehende Rechtsvorschriften.....	11
V.1 Das Kartellgesetz.....	11
➤ Das Kartellverbot	12
➤ Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.....	14
V.2 Das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen	17
➤ Gefährdung des leistungsgerechten Wettbewerbs (Kaufmännisches Wohlverhalten).....	17
➤ Diskriminierung	18
➤ Sicherung der Nahversorgung und der Wettbewerbsfähigkeit ..	18
V.3 Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).....	19
➤ Unlautere Geschäftspraktiken (§ 1 UWG).....	19
➤ Aggressive Geschäftspraktiken (§ 1a UWG)	21
V.4 Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch	22
➤ Überraschende Vertragsklauseln (§ 864a ABGB).....	22
➤ Rechts- und Sittenwidrigkeit (879 ABGB)	23
V. Hinweise für die Praxis	25
VI.1 Zuständigkeiten.....	25
➤ Kartellverbot und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	25
➤ Das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen.....	25
➤ Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	26
➤ Zivilrechtliche Ansprüche	26
➤ Kontakt und Whistleblowing-System	26

Einleitung

I.1 Inhalt des Leitfadens

- (1) Die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) wurde in den vergangenen Jahren immer wieder mit Beschwerden über Geschäftspraktiken, insbesondere im Zusammenhang mit der Gestaltung von Konditionen, konfrontiert, die das Resultat eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts von Vertragspartnern in der Lieferkette sind. Dabei wurde die BWB vor zwei Probleme gestellt:
- Einerseits sind diese Praktiken kartellrechtlich häufig nur schwer fassbar und
 - andererseits besteht seitens der betroffenen Unternehmen aus verschiedenen Gründen („Angstfaktor“) zumeist nicht die Bereitschaft, darüber nähere Angaben zu machen bzw sich als betroffen erkennen zu geben.
- (2) Die Wettbewerbskommission als beratendes Organ der BWB hat sich in der Folge eingehend mit der Problematik befasst, wobei der Schwerpunkt ihrer Untersuchungen auf dem Lebensmitteleinzelhandel lag. Als Ergebnis dieser Untersuchungen hat sie am 3. Juli 2017 eine Empfehlung¹ veröffentlicht, in der sie unter anderem anregt,
- das mit dem KaWeRÄG 2017 ermöglichte internetbasierte Hinweisgebersystem („Whistleblower-Hotline“) so zu konzipieren, dass es auch für problematische Geschäftspraktiken in der Lieferanten - Abnehmerbeziehung nutzbar gemacht werden kann und
 - einen Leitfaden („Code of Conduct“) nach dem Vorbild des von der BWB erarbeiteten Leitfadens „Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen“ zu veröffentlichen, der als Information für die Marktteilnehmer dienen kann.
- (3) Der vorliegende Standpunkt greift die Empfehlung der Wettbewerbskommission auf und kann im Rahmen von **Compliance-Programmen** Anwendung finden. Er soll Klarheit darüber geben, wie unternehmerisches Verhalten zu beurteilen und was unter Wohlverhalten zu verstehen ist. Er enthält einen Katalog von Geschäftspraktiken, die - unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung - jedenfalls als Verstoß gegen unternehmerisches Wohlverhalten gelten. Allgemeine Auslegungsgrundsätze erleichtern die Bewertung von Verhaltensweisen in der Praxis. Ein um Praxisbeispiele ergänzter (nicht abschließender) Überblick über verschiedene Rechtsvorschriften, soll bei der juristischen Einordnung einzelner Sachverhalte

¹ https://www.bwb.gv.at/de/institutionen/wettbewerbskommission/empfehlungen_der_wettbewerbskommission.

helfen. Empfehlungen für Unternehmen, die von wohlverhaltenswidrigen Praktiken betroffen sind, runden den Leitfaden ab.



Dokumentation: Unternehmen, die mit unfairen Geschäftspraktiken konfrontiert werden, sollten diese dokumentieren, selbst wenn sie nicht unmittelbar beabsichtigen, gegen diese vorzugehen. So stehen die wesentlichen Informationen für ein allfälliges späteres Verfahren zur Verfügung - wobei jedoch Verjährungsregelungen zu beachten sind - oder sie können einer Interessenvertretung übermittelt werden. Diese hat somit die Möglichkeit, ähnliche Fälle zu sammeln und die Unternehmen, die die Verstöße begangen haben, in anonymisierter Weise damit zu konfrontieren oder auch die Öffentlichkeit über Probleme in bestimmten Branchen zu informieren.

Wichtige Elemente einer Dokumentation:

- Zusammenfassung des Sachverhalts
- Anfertigung von Gesprächsprotokollen (Datum, Name des Gesprächspartners und dessen Position im Unternehmen, sonstige Beteiligte)
- Aufbewahrung von Unterlagen (E-Mails, sonstige Korrespondenz)

(4) Verschiedene **europäische Initiativen** wie die Mitteilung der Europäischen Kommission gegen unlautere Handelspraktiken zwischen Unternehmen in der Lebensmittelversorgungskette,² das Grünbuch über unlautere Handelspraktiken in der B2B-Lieferkette für Lebensmittel und Nicht-Lebensmittel in Europa³ oder der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Lebensmittelversorgungskette⁴ machen deutlich, dass die Gestaltung der Lieferanten-Abnehmerbeziehungen eine europaweite Problematik darstellt. Viele Mitgliedstaaten haben versucht, nationale Lösungsansätze zu finden, wobei der Groceries Supply Code of Practice⁵ im Vereinigten Königreich die bekannteste derartige Initiative sein dürfte. Vor diesem Hintergrund ist auch der Standpunkt der BWB zu unternehmerischem Wohlverhalten zu sehen, wenngleich er einen wesentlich breiteren Anwendungsbereich hat.

² COM(2014) 472

³ COM(2013) 37

⁴ COM(2018) 173

⁵ <https://www.gov.uk/government/publications/groceries-supply-code-of-practice>.

I.2 Anwendungsbereich

- (5) Dieser Leitfaden beschränkt sich nicht auf einzelne Wirtschaftszweige oder Produktgruppen, vielmehr soll er branchenübergreifend auf die Gestaltung von Lieferanten - Abnehmer -Beziehungen Anwendung finden. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass das angesprochene wirtschaftliche Ungleichgewicht je nach Branche zu Gunsten oder zu Lasten der Lieferantenseite oder der Abnehmerseite bestehen kann.

I.3 Ist dieser Leitfaden verbindlich?

- (6) Dieser Leitfaden dient der Information der Marktteilnehmer sowie der Prävention von Verstößen gegen unternehmerisches Wohlverhalten und stellt die aktuelle Rechtsansicht der BWB dar. Er kann die österreichischen Gerichte, den Bundeskartellanwalt, Behörden und die europäischen Institutionen nicht binden und greift insbesondere nicht in die Deutungshoheit des Obersten Gerichtshofs als Kartellobergericht (KOG) und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ein.

I. Kategorien von Geschäftspraktiken, die unternehmerischem Wohlverhalten widersprechen

 Die nachfolgend angeführten Verhaltensweisen werden als mit **unternehmerischem Wohlverhalten** unvereinbar betrachtet, weil sie geeignet sind, leistungsgerechten Wettbewerb zu behindern und sie in weiterer Folge zu einer Verringerung des Angebots und der Qualität von Waren und Dienstleistungen, der Hemmung von Innovation und der Steigerung von Preisen führen können. Bei der Beurteilung des Einzelfalls sind auch die unter III. angeführten Auslegungskriterien zu berücksichtigen. Der hier verwendete Begriff des unternehmerischen Wohlverhalten ist nicht mit jenem des kaufmännischen Wohlverhaltens im Nahversorgungsgesetz gleichzusetzen, wenngleich Überschneidungen möglich sind.

- (7) Unter V. werden gesetzliche Regelungen dargestellt, die im Zusammenhang mit wohlverhaltenswidrigen Geschäftspraktiken ebenfalls von Bedeutung sind, wobei im Einzelfall eine der hier genannten Praktiken auch einen Verstoß gegen eine Rechtsvorschrift verwirklichen kann. Dabei ist zu beachten, dass zur Erfüllung eines solchen Tatbestandes weitere Voraussetzungen hinzutreten können, wie etwa das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auf dem jeweils sachlich und geographisch relevanten Markt.

(8) Wohlverhaltenswidrige Unternehmenspraktiken können grundsätzlich in drei unterschiedliche Kategorien eingeteilt werden:

- Sie behindern einen anderen Anbieter in seiner wirtschaftlichen Entwicklung unsachlich (Behinderungspraktiken).
- Sie benachteiligen eine Seite im Rahmen der Geschäftsbeziehung gröblich, wodurch sie ausgebeutet wird (Ausbeutungspraktiken).
- Sonstige Praktiken, die sich nicht klar einer der beiden genannten Kategorien zuordnen lassen.

II.1 Behinderungspraktiken

(9) **Boykott/Aufforderung zur Geschäftsverweigerung** ist wohlverhaltenswidrig (durch Dritte ausgeführte Absperrung durch Nichtaufnahme neuer oder Abbruch bestehender Geschäftsverbindungen). **Einfache Fälle der Nichtbelieferung bzw. des Nichtbezugs und deren Androhung** sind nur unter besonderen Umständen unzulässig (Vertrags- bzw. Kontrahierungsfreiheit).

(10) **Diskriminierung** (bei Verfolgung unlauterer Zwecke, Anwendung unerlaubter Mittel oder wenn sonst gegen Grundsätze des Leistungswettbewerbes verstößen wird)

(11) **Absatzbehinderung** (z.B. Abfangen von Kunden vor fremdem Geschäft, Eingriff in schwedende Verkaufsverhandlungen oder Entfernen von fremden Kennzeichen)

(12) **Preiskampf** bzw. **Preisschleudern** nur unter besonderen Umständen wie bei gezieltem Vernichtungswettbewerb

(13) **Marktverstopfung** bzw. Gefahr einer solchen z.B. durch Gratisverteilung von Waren nur unter bestimmten Voraussetzungen wie **insbesondere** durch marktstarke Unternehmen mit Verdrängungsabsicht

(14) **Gewähren von Rabatten** und Treueboni durch marktstarke Unternehmer (hier: Lieferanten), um Geschäftspartner an sich zu binden und **Mitbewerber** zu behindern

(15) **Vertragliche Handlungsbeschränkungen** unter besonderen **Umständen** wie z.B. knebelnde Ausschließlichkeitsbindungen

(16) **Ausnützen der Machtstellung** der öffentlichen Hand bei **privatwirtschaftlicher** Tätigkeit (missbräuchlicher Einsatz von Machtmittel, die aufgrund öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehen)

(17) Fordern einer **Meistbegünstigungsklausel/Bestpreisgarantie** durch marktstarke Unternehmen (der Abnehmer verpflichtet den **Lieferanten** vertraglich, seine Waren/Leistungen an andere Abnehmer nicht zu günstigeren Preisen zu verkaufen als an ihn)

II.2 Ausbeutungspraktiken

- (18) **Fordern unangemessen niedriger Einkaufspreise** (im Vergleich zu Preisen, die in einer Situation wirksamen Wettbewerbs gefordert werden könnten) durch marktstarke Unternehmen
- (19) **Anzapfen** insbesondere durch **Fordern sachlich nicht gerechtfertigter Rabatte oder Sonderkonditionen** durch marktstarke Unternehmen ohne entsprechende Gegenleistung
- (20) **Ausnützung einer Monopolstellung**, wenn diese Position durch Verweigerung des Vertragsabschlusses unsachlich ausgenutzt wird
- (21) **Risikoübertragung**, die sachlich nicht gerechtfertigt ist (übermäßige und unvorhersehbare Kosten- und Risikoüberwälzung)
- (22) **Benachteiligende Vertragsbedingungen**, wie z.B. Rücktrittsrecht bei Lieferverzug ohne Nachfristsetzung, unangemessen hohe Vertragsstrafen bei geringen Vertragsverletzungen, verschuldensunabhängiger Ersatz von Schäden, Forderung einer Garantie für die Richtigkeit der Kennzeichnung, auch wenn diese vom Händler vorgegeben wird, etc. (insbesondere ist das Ausmaß der einzelnen Einschränkung und die Menge der benachteiligenden Vertragsbestimmungen in ihrer Gesamtwirkung zu berücksichtigen)
- (23) Einseitig geforderte **unübersichtliche Konditionen bzw. rückwirkender Missbrauch dieser unbestimmten Vertragsbedingungen**
- (24) **Bewusste** Herbeiführung von Rechtsunsicherheit durch **Verweigerung der schriftlichen Ausfertigung von Verträgen**
- (25) **Unsachliches Vorenthalten** von erwartbaren Vertriebs- und **Absatzinformationen**, soweit die Weitergabe dieser Daten rechtlich zulässig ist

II.3 Sonstige Praktiken

- (26) **Vertragsbruch** ist hingegen nur unzulässig, wenn sich die Wohlverhaltenswidrigkeit aus besonderen zur bloßen Vertragsverletzung hinzutretenden Umständen ergibt
- (27) Nachträglich vorgenommene nachteilige Vertragsänderung zu Lasten des Vertragspartners
- (28) Einseitige Interpretation unklarer Vertragsbestimmungen
- (29) **Sittenwidrige AGB** (also allgemein rechtswidrige Allgemeine Geschäftsbedingungen)
- (30) Praktiken, die mit Belästigung, **Nötigung** und ungebührlichen Zwang einhergehen (Angstfaktor)
- (31) **Aufdrängen** einer nicht bestellten Leistung durch marktstarke Unternehmen, und zwar auch schon vor Bestellung der Hauptsache bzw. als „Vertragsergänzung“

II. Auslegungsgrundsätze

- (32) Bei der Beurteilung der oben genannten Verhaltensweisen eines Unternehmens gegenüber seinen Geschäftspartnern sind insbesondere die nachfolgend genannten Aspekte bedeutsam:

Qualitative und quantitative Elemente der Geschäftsbeziehung zwischen Unternehmen

- (33) Grundsätzlich kommt jedem Unternehmen Handlungs- und Vertragsfreiheit zu. Insoweit die Handlungs- und Vertragsfreiheit eines Geschäftspartners (deutlich) eingeschränkt ist, kann er sein volles Geschäftspotential nicht am Markt entfalten. Unternehmen sollen sich auf Augenhöhe begegnen können.
- (34) Es ist zu berücksichtigen, inwieweit zwischen betrachteten Unternehmen eine dauerhafte Geschäftsbeziehung besteht; diese kann in einem ordentlichen Dauerschuldverhältnis, einem Rahmenvertrag oder in faktisch häufig wiederkehrenden Einzelkontrakten bestehen. Durch eine dauerhafte Geschäftsbeziehung entsteht ein besonderes wechselseitiges Vertrauens- und Treueverhältnis zwischen den Geschäftspartnern.

Welche Gepflogenheiten bestehen im funktionierenden geschäftlichen Miteinander der Unternehmen?

(35) Lang geübte Praktiken zwischen Unternehmen machen die Handlungsweise des jeweils anderen vorhersehbar und daher planbar. Ein einseitiges, unbegründetes oder kurzfristiges Abgehen von lange einvernehmlich geübten Praktiken, insbesondere durch den dominierenden Geschäftspartner, ist problematisch. Auch die Dauer von Produktionszyklen, die auf Produktionsseite keine kurzfristigen Umdisponierungen erlauben, ist zu berücksichtigen.

Ausmaß des Ungleichgewichts zwischen den beobachteten Unternehmen

(36) In dem Maße, in dem ein Geschäftspartner über den anderen wirtschaftliche Macht ausüben kann, darf der schwächere Geschäftspartner nicht gezwungen werden, (grob) unsachliche Bedingungen in einer Geschäftsbeziehung anzunehmen. Dabei ist nicht unbedingt notwendig, dass der stärkere Geschäftspartner tatsächlich aktiv Druck ausgeübt hat, sondern es genügt, dass er seinen aus der Abhängigkeit des Partners resultierenden Handlungsspielraum „wahrgenommen“ hat.

Positive Effekte des Wettbewerbs

(37) Nicht jede, subjektiv als diskriminierend oder unsachlich empfundene Geschäftsbedingung, ist dies aus übergeordneter Sicht auch tatsächlich – nur marktbezogene Praktiken stehen im Fokus der Betrachtung. Betriebswirtschaftliche Unzulänglichkeiten der eigenen Betriebsführung können niemandem, auch keinem marktstarken Geschäftspartner, als wohlverhaltenswidrige Unternehmenspraktik ausgelegt werden.

Wohlverhaltenswidrige Unternehmenspraktiken sind nicht formgebunden

(38) Unabhängig von ihrer Form sind Handlungen oder Unterlassungen, welche die negativen Folgen einer wohlverhaltenswidrigen Unternehmenspraktik hervorbringen, problematisch und entsprechend ihrer Wirkung zu beurteilen. Gleichfalls erfasst sind alle Arten der Umgehung. Typische Mittel des Leistungswettbewerbs sind grundsätzlich erlaubt und nur ausnahmsweise – unter Hinzutreten besonderer Umstände – problematisch. Maßnahmen, die ihrer Natur nach allein der Behinderung des Geschäftspartners oder des Mitbewerbers dienen, sind in der Regel nicht mit dem unternehmerischen Wohlverhalten vereinbar.

Interessenabwägung

(39) Bei der Prüfung, ob eine missbräuchliche Ausnutzung von einseitiger, überlegener Marktstärke vorliegt, ist eine sorgfältige Abwägung der einander widerstreitenden Interessen vorzunehmen. Dabei ist zu prüfen, ob die Verhaltensweisen eines beherrschenden Unternehmens zur Wahrung seiner geschäftlichen Interessen notwendig sind oder über das Maß desjenigen hinausgehen, was unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Eigeninteressen der Beteiligten angemessen ist.

III. Katalog wohlverhaltenswidriger Geschäftspraktiken

(40) Folgende Verhaltensweisen eines wirtschaftlich überlegenen Unternehmens gegenüber einem Geschäftspartner gelten jedenfalls als wohlverhaltenswidrige Geschäftspraktiken:

1. die Weigerung, Verträge über die wechselseitig zu erbringenden Leistungen sowie Vertragsbestandteile oder die Abänderung von Verträgen in Schriftform abzuschließen;
2. die einseitige rückwirkende Änderung vertraglicher Verpflichtungen, insbesondere hinsichtlich
 - a. der Höhe des vereinbarten Entgelts, etwa durch das Festsetzen von Rabatten,
 - b. der Erfüllungsfristen,
 - c. der Häufigkeit oder des Zeitpunkts von Lieferungen sowie
 - d. der Qualität oder Menge der zu erbringenden Waren oder Leistungen;
3. das Fordern von Zahlungen oder sonstigen geldwerten Leistungen ohne entsprechende Gegenleistung (etwa das Fordern eines Jahresbonus mit der Begründung, die Verkaufszahlen in einer Warenguppe seien unter den Erwartungen geblieben);
4. das Auferlegen überzogener Anforderungen und der damit verbundenen Kosten, insbesondere betreffend technische Standards, Prüfungen und Zertifizierungsmechanismen, die zur Gewährleistung der Qualität des Produkts bzw der Leistung nicht unerlässlich sind;
5. die Forderung, wesentliche Aspekte der Lieferkette des Vertragspartners oder Produktspezifikationen während eines aufrechten Vertragsverhältnisses zu ändern, sofern die dadurch entstehenden Kosten nicht kompensiert werden;

6. das Zurückschicken nicht verkaufter Lebensmittel an den Lieferanten auf dessen Kosten, sofern dies nicht ausdrücklich in der Liefervereinbarung festgelegt wurde;
7. der Ausschluss von einer weiteren Belieferung oder Abnahme sowie deren Androhung, für den Fall, dass sich ein Geschäftspartner den unter Z 1 bis 6 genannten Praktiken widersetzt, insbesondere indem er an ihn gerichteten Forderungen nicht nachkommt.

Beispiel zu Listungsgebühren

(41) Ein Handelsunternehmen verlangt von seinen Lieferanten für die Listung neuer Produkte ein Entgelt (Listungsgebühr). Für die Platzierung im Regal und die Präsentation des neuen Produkts wird den Lieferanten über einige Wochen hinweg eine höhere Summe verrechnet. Tatsächlich wird aber für die Produktpräsentation kein Regalplatz zur Verfügung gestellt, sondern die neuen Produkte werden einfach auf andere gelegt oder weiter hinten im Regal eingeschlichtet. Im gegenständlichen Fall ist das Erheben der Listungsgebühr wohlverhaltenswidrig, weil für die Zahlung der Lieferanten keine entsprechende Gegenleistung erbracht wird. Gerechtfertigt kann eine Listungsgebühr sein, wenn durch sie ein beträchtlicher Aufwand des Handelsunternehmens abgegolten werden soll (zB logistischer Aufwand, Kosten die entstehen, weil alte Produkte durch die Neuerung unverkäuflich werden).

IV. Bestehende Rechtsvorschriften

(42) Die österreichische Rechtsordnung beinhaltet bereits eine Vielzahl unterschiedlicher Bestimmungen, die dem Themenkreis des unternehmerischen Wohlverhaltens bzw unlauterer Geschäftspraktiken zuzuordnen sind. Im Folgenden sollen einige besonders bedeutsame Bestimmungen dargestellt werden, um beispielhaft aufzuzeigen, welche Möglichkeiten bestehen, gegen Verstöße von Unternehmen gegen unternehmerisches Wohlverhalten vorzugehen.

V.1 Das Kartellgesetz

(43) Das Kartellgesetz (KartG) enthält ein Verbot bestimmter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, nämlich von Kartellen sowie des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, die im Zusammenhang mit unfairen Geschäftspraktiken relevant sein können.

➤ **Das Kartellverbot**

- (44) Eine Einschränkung oder Verhinderung des Wettbewerbs durch Kartelle erfolgt insbesondere durch Preisabsprachen, Quotenabsprachen und die Aufteilung von Märkten zwischen Wettbewerbern. § 1 Abs 2 KartG zählt beispielhaft einige verbotene Verhaltensweisen auf, wobei im Zusammenhang mit unfairen Handelspraktiken die abgestimmte Diskriminierung eines Handelspartners (Z 4) und die Abstimmung über Koppelungsgeschäfte (Z 5) zu nennen sind.



Kartellgesetz

- § 1.** (1) Verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Kartelle).
- (2) Nach Abs. 1 sind insbesondere verboten
1. die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;
 2. die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
 3. die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;
 4. die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
 5. die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.
- (3) Die nach Abs. 1 verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse sind nichtig.
- (4) Einem Kartell im Sinn des Abs. 1 stehen Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen, Kalkulationsrichtlinien, Handelsspannen oder Rabatte gleich, durch die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird (Empfehlungskartelle). Ausgenommen sind Empfehlungen, in denen ausdrücklich auf ihre Unverbindlichkeit hingewiesen wird und zu deren Durchsetzung wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck weder ausgeübt werden soll noch ausgeübt wird.

Beispiele zum Kartellverbot

- (45) Zwei Wiederverkäufer tauschen Informationen über ihre Einkaufspreise aus. Zusammen haben sie sowohl auf den Einkaufsmärkten als auch auf den Verkaufsmärkten für die relevanten Produkte einen Marktanteil von über 60%. Dieser Informationsaustausch zu den Einkaufspreisen führt mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Kostenangleichung sowie zu einer spürbaren Einschränkung des Wettbewerbs

auf den Verkaufsmärkten. Vor diesem Hintergrund ist der Informationsaustausch als Verstoß gegen das Kartellverbot (§ 1 KartG, Art 101 AEUV) zu sehen, eine Rechtfertigung ist nicht ersichtlich.

- (46) Die Hersteller einer bestimmten Produktgruppe beschließen im Rahmen eines Verbandes zur Vertretung ihrer wirtschaftlichen Interessen, bestimmte Vertriebsformen des Handels nicht mit diesen Produkten zu beliefern, wodurch auch ein höheres Preisniveau für dieses Produkt erreicht wird. Die Hersteller berufen sich darauf, dass der Lieferboykott notwendig gewesen sei, da nur eine direkte Belieferung des Endverbrauchers durch den Hersteller den gewünschten Qualitätsstandard gewährleisten würde.
- (47) Eine Vereinbarung zwischen Unternehmen bzw. der Beschluss einer Unternehmervereinigung, nicht zu beliefern, stellt grundsätzlich einen Verstoß gegen das Kartellverbot (§ 1 KartG, Art 101 AEUV) dar. Zwar handelt es sich bei der Qualitätssicherung um ein legitimes Ziel, um aber unter die Ausnahmen vom Kartellverbot (§ 2 Abs 1 KartG, Art 101 Abs 3 AEUV) zu fallen, muss das gelindeste Mittel gewählt werden (zB Aufstellung sachlicher, nachvollziehbarer Kriterien für die Belieferung).
- (48) Ein marktstarker Abnehmer (Marktanteil als Nachfrager des Produkts >30%) verpflichtet einen Lieferanten, seine Produkte (oder Dienstleistungen) anderen Abnehmern nicht zu günstigeren Preisen zu verkaufen als ihm. Eine derartige Meistbegünstigungsklausel beschränkt den Anbieter rechtlich in seiner Preisfestsetzung und stellt somit grundsätzlich einen Verstoß gegen das Kartellverbot (§ 1 KartG, Art 101 AEUV) dar, eine allfällige Rechtfertigung ist nicht ersichtlich. Eine unzulässige Meistbegünstigung sieht der OGH aber auch in einer rein wirtschaftlichen Bindung des Lieferanten. Eine solche ist gegeben, wenn der Lieferant sich verpflichtet, dem ihn bindenden Abnehmer immer einen mindestens genauso günstigen Preis einzuräumen wie irgendeinem anderen Abnehmer.⁶
- (49) Ein Hersteller (A) schließt mit einem Händler (B) eine Selektivvertriebsvereinbarung hinsichtlich der Belieferung mit bestimmten Produkten, wobei diese keinen besonderen Beratungsbedarf benötigen, z.B. zum Schutz vor falscher Anwendung. Die Vereinbarung sieht vor, dass die Produkte von B nur in einem physischen Raum und unter persönlicher Anwesenheit eines von A geschulten Mitarbeiters von B vertrieben werden dürfen. Eine derartige Klausel ist als generelles

⁶ Siehe zu diesem Beispiel die Entscheidung des KOG vom 8.10.2015 unter der Geschäftszahl 16 Ok 2/15b.

Onlinevertriebsverbot anzusehen. Eine objektive Rechtfertigung dieses dem B auferlegten generellen Onlinevertriebsverbots ist nicht ersichtlich und daher aus kartellrechtlicher Sicht nicht zulässig.

➤ **Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung**

(50) Das Kartellgesetz sieht auch ein Verbot missbräuchlicher Verhaltensweisen durch marktbeherrschende Unternehmen vor. Ein Unternehmen, das keinem hinreichenden Wettbewerbsdruck unterliegt, kann sich unabhängig von seinen Wettbewerbern und letztlich auch von seinen Abnehmern oder Lieferanten verhalten. Missbräuchlich sind Verhaltensweisen solcher Unternehmen, wenn sie andere Unternehmen oder Kunden von Unternehmen in einer Weise benachteiligen, die bei wirksamem Wettbewerb nicht möglich wäre.



Kartellgesetz

§ 5. (1) Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist verboten. Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen:

1. der Forderung nach Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder nach sonstigen Geschäftsbedingungen, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, wobei insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen sind,
2. der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher,
3. der Benachteiligung von Vertragspartnern im Wettbewerb durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen,
4. der an die Vertragsschließung geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen,
5. dem sachlich nicht gerechtfertigten Verkauf von Waren unter dem Einstandspreis.

(2) Im Fall des Abs. 1 Z 5 trifft den marktbeherrschenden Unternehmer die Beweislast für die Widerlegung des Anscheins eines Verkaufs unter dem Einstandspreis sowie für die sachliche Rechtfertigung eines solchen Verkaufs.

(51) Das Missbrauchsverbot des § 5 KartG bzw. des Art 102 AEUV richtet sich ausschließlich an marktbeherrschende Unternehmen, wobei sowohl Fälle der Marktbeherrschung durch ein einzelnes Unternehmen als auch durch mehrere

Unternehmen erfasst sind. Um festzustellen, ob Marktbeherrschung vorliegt, ist vorab der im gegenständlichen Fall sachlich und geographisch relevante Markt abzugrenzen. Der **sachlich relevante Produktmarkt** umfasst sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden. Der **geographisch relevante Markt** umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.⁷

(52) Die Definition von Marktbeherrschung enthält § 4 KartG. Ein (einzelner) Unternehmer ist marktbeherrschend, wenn er als Anbieter oder Nachfrager

- keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist (Abs 1 Z 1) oder
- eine im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; dabei sind insbesondere die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmern, die Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie die Umstände zu berücksichtigen, die den Marktzutritt für andere Unternehmer beschränken (Abs 1 Z 2).

(53) Hat ein Unternehmer auf einem relevanten Markt einen Marktanteil von mindestens 30% wird eine marktbeherrschende Stellung widerleglich angenommen.

(54) Das österreichische Kartellrecht kennt überdies das Konzept der **relativen Marktbeherrschung**, welches auf die überragende Marktstellung eines Unternehmers im Verhältnis zu seinen Abnehmern oder Lieferanten abstellt. Solch eine überragende Marktstellung liegt insbesondere dann vor, wenn Abnehmer bzw Lieferanten auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung angewiesen sind, um schwerwiegende betriebswirtschaftliche Nachteile zu vermeiden. Bei dieser relativen Marktmacht handelt es sich aber nicht um einen zusätzlichen eigenständigen Marktbeherrschungstatbestand, sondern lediglich um eine Konkretisierung des in § 4 Abs 1 Z 1 geregelten Grundsatzes des fehlenden wirksamen Wettbewerbs. Entscheidend ist auch hier das Bestehen von Ausweichmöglichkeiten.⁸

⁷ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABI 1997 C 372 S. 5, Rn. 7 f.

⁸ Vartian/Schuhmacher in Petsche/Urlesberger/Vartian, (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 4 Rz 44.

(55) Das Missbrauchsverbot des § 5 enthält wiederum eine beispielhafte Aufzählung verbotener Verhaltensweisen.

Beispiele für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

- Hersteller von Markenprodukten machen ihren Vertragswerkstätten Vorgaben darüber, wie diese Leistungen im Rahmen der Herstellergarantie bzw. der Gewährleistung zu erbringen haben, von deren Einhaltung die Vergütung dieser Leistungen abhängt. Solche Vorgaben können jedoch das legitime Interesse an Standardisierung und Schutz vor ungerechtfertigten Ansprüchen überschreiten und missbräuchlich sein, wenn
- die für Reparaturen vorgegebenen Zeiten systematisch unter den für die Mängelbehebung tatsächlich erforderlichen Zeiten festgesetzt werden,
- Zeiten für die notwendige Vor- und Nachbearbeitung (zB Fehlersuche, Überprüfen der Funktionstüchtigkeit) systematisch nicht vergütet werden,
- Gemeinkosten, die für die Aufrechterhaltung des Betriebs einer Werkstatt bzw. eines Ersatzteillagers erforderlich sind, systematisch nicht vergütet werden,
- Formvorschriften zum Anlass genommen werden, die Vergütung tatsächlich erbrachter Leistungen zu verweigern.

(56) Ein Handelsunternehmen (E), übernimmt eine Handelskette derselben Branche (P) und vergleicht seine eigenen Einkaufskonditionen mit jenen von P. In weiterer Folge tritt E an seine Lieferanten (L) heran und fordert von diesen:

- eine Anpassung, wo P bei einzelnen Konditionen im Vorteil war (Diese Vorteile bestanden nicht nur im Zeitpunkt der Übernahme, sondern auch lange zuvor und nur zeitweise.),
- eine pauschale Anpassung der eigenen Zahlungsziele an die von P,
- eine Beteiligung an den Kosten für den Umbau von den Filialen von P („Partnerschaftsvergütung“)
- E verfügt gegenüber L über relative Marktmacht aufgrund
- eines hohen Marktanteils beim Verkauf der Produkte von L,
- eines niedrigen Anteils dieser Produkte im Umsatz von P,
- beschränkter Alternativen für den Vertrieb der Produkte von L,
- gering ausgeprägter Markenbindung der Konsumenten hinsichtlich der von L hergestellten Waren und

- der kaum vorhandenen Möglichkeit von Vermarktungsaktionen bei anderen wichtigen Abnehmern.
- E hat diese Marktmacht gegenüber L durch das Fordern der genannten Geschäftsbedingungen („Hochzeitsrabatte“) missbraucht.⁹

V.2 Das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen

(57) Das Nahversorgungsgesetz (NVG) ist als Ergänzung zum Kartellgesetz zu sehen, wobei es zwar von einem Machtgefälle zwischen Unternehmen ausgeht, jedoch nicht auf das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung abstellt. Zu beachten ist außerdem, dass das NVG neben dem UWG angewendet werden kann (§ 9 NVG). Ein Verstoß gegen das NVG kann zugleich einen Rechtsbruch iSd § 1 UWG darstellen, gegen den bei den für Handelssachen zuständigen Zivilgerichten vorgegangen werden kann.

➤ **Gefährdung des leistungsgerechten Wettbewerbs (Kaufmännisches Wohlverhalten)**

(58) § 1 Abs 1 NVG enthält eine Generalklausel zu kaufmännischem Wohlverhalten, und Abs 2 zählt beispielhaft einige Praktiken auf, die geeignet sind, den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden.¹⁰



Nahversorgungsgesetz

- § 1.** (1) Verhaltensweisen von Unternehmen im geschäftlichen Verkehr untereinander können untersagt werden, soweit sie geeignet sind, den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden.
- (2) Solche Verhaltensweisen sind insbesondere das Anbieten oder Fordern, Gewähren oder Annehmen von Geld oder sonstiger Leistungen, auch von Rabatten, Sonderkonditionen, besonderen Ausstattungen, Rücknahmeverpflichtungen oder Haftungsübernahmen, zwischen Lieferanten und Wiederverkäufern, die sachlich nicht gerechtfertigt sind, vor allem, wenn zusätzlichen Leistungen keine entsprechenden Gegenleistungen gegenüberstehen.

⁹ Siehe zu diesem Beispiel die Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs vom 23.1.2018 unter der Geschäftszahl KVR 3/17.

¹⁰ Die Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft hat am 10.10.1977 einen Wohlverhaltenskatalog veröffentlicht (ÖBI 1977; 150), der Sachverhalte nennt, die nach Auffassung der beteiligten Wirtschaftskreise dem kaufmännischen Wohlverhalten widersprechen und geeignet sind, den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden.

Beispiel für einen Verstoß gegen das NVG

(59) Der Lieferant eines Markenprodukts fordert von einem Händler, der exklusiv Produkte dieser Marke vertreibt, seine Verkaufsräume in bestimmter Weise auszustatten. Diese Forderung geht über das legitime Interesse des Lieferanten an einem einheitlichen Auftritt sowie der Pflege des Markenimages hinausgeht, indem er

- Investitionen verlangt (etwa für bauliche Maßnahmen und die Gestaltung der Innenausstattung), die in einem Missverhältnis zu den Umsatz- und Ertragschancen des Händlerbetriebes stehen,
- er Investitionen fordert, die betriebswirtschaftlich unvernünftig sind,
- der geforderte Investitionszyklus auffällig von der üblichen Abschreibungsdauer abweicht,
- er für die Erbringung von Leistungen oder den Bezug bestimmter Waren (zB Einrichtungsgegenstände) Bezugsquellen festlegt, insbesondere, wenn diese dem Vergleich mit dritten Anbietern hinsichtlich Preis und/oder Qualität nicht standhalten.

➤ **Diskriminierung**

(60) § 2 NVG normiert ein Diskriminierungsverbot im Verhältnis zwischen Lieferanten und gewerberechtlich befugten Wiederverkäufern.



Nahversorgungsgesetz

- § 2.** (1) 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.
- (2) In gleicher Weise kann auch ein Wiederverkäufer in Anspruch genommen werden, der von Lieferanten sachlich nicht gerechtfertigte Bedingungen fordert oder annimmt.

➤ **Sicherung der Nahversorgung und der Wettbewerbsfähigkeit**

(61) § 4 NVG sieht die Möglichkeit eines Kontrahierungszwangs für Unternehmer, die üblicherweise an Letztverkäufer liefern, vor, wenn ansonsten die Nahversorgung gefährdet oder die Wettbewerbsfähigkeit des Letztverkäufers beeinträchtigt würde.



Nahversorgungsgesetz

- § 4.** (1) Unternehmer sind, soweit in anderen Rechtsvorschriften nichts Gegenteiliges bestimmt ist, insbesondere bei der Auswahl der Letztverkäufer frei. Unternehmer, die üblicherweise an Letztverkäufer liefern, können zum Vertragsabschluß verpflichtet werden, wenn durch die Nichtbelieferung eines Letztverkäufers die Nahversorgung gefährdet oder die Wettbewerbsfähigkeit des Letztverkäufers bei derjenigen Warengattung, zu der die nicht gelieferte Ware gehört, wesentlich beeinträchtigt wird.
- (2) Die Nahversorgung ist dann gefährdet, wenn es einer maßgeblichen Anzahl von Verbrauchern nicht möglich ist, die zur Befriedigung der notwendigen Bedürfnisse des täglichen Lebens dienenden Waren unter zumutbarem Zeit- und Kostenaufwand ohne Benützung eines Kraftfahrzeuges oder öffentlichen Verkehrsmittels zu kaufen.
- (3) Die Lieferpflicht ist gegen Zahlung Zug um Zug und unter Bedachtnahme auf die Bedingungen, die vergleichbaren Letztverkäufern gewährt werden, sowie unter Berücksichtigung der Liefermöglichkeit des Lieferanten anzurufen.
- (4) Eine solche Lieferpflicht darf insbesondere in jenen Fällen nicht angeordnet werden, in denen die Belieferung
- dem Lieferanten wirtschaftlich unzumutbar ist oder
 - gegen ein Gesetz oder gegen die guten Sitten verstößen würde.
- (5) Die Lieferpflicht ist auf Antrag zu widerrufen, wenn die für ihre Anordnung maßgebenden Gründe weggefallen sind. Wird die Existenz von Mitbewerbern durch die Lieferpflicht wesentlich beeinträchtigt, so ist diese auf Antrag einzuschränken oder zu widerrufen.

V.3 Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

- (62) Ziel der Lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen, wie sie sich im UWG finden, ist es, fairen Leistungswettbewerb sicherzustellen.

➤ Unlautere Geschäftspraktiken (§ 1 UWG)

- (63) Die Generalklausel des §1 Abs 1 UWG enthält in ihrer Z 1 die folgende Bestimmung für das Verhältnis zwischen Unternehmen. Zu § 1 hat sich eine umfangreiche Judikatur entwickelt, die unlauteres Verhalten in unterschiedliche Fallgruppen gliedert.



UWG

§ 1. (1) Wer im geschäftlichen Verkehr

1. eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung anwendet, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen, (...)

kann auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.

Beispiele für Verstöße gegen das UWG

(64) Ein Handelsunternehmen, das mit seinen Lieferanten bereits Jahresverträge abgeschlossen hat, verlangt von diesen aus Anlass eines Firmenjubiläums nachträglich Zahlungen für eine ursprünglich nicht vorgesehene Werbeaktion. Eine konkrete Gegenleistung besteht nicht, weil das Unternehmen die Zahlungen auch für andere Zwecke als für Werbung für die Produkte ihrer Lieferanten einsetzen kann.

(65) Hat ein Lieferant

- keinen oder nahezu keinen Verhandlungsspielraum gegenüber dem Nachfrager und
- erzwingt dieser Nachfrager auf Grund seiner Marktmacht von ihm Sonderkonditionen ohne entsprechende Gegenleistungen,
- kann darin ein wettbewerbswidriges Verhalten des Nachfragers nach § 1 UWG gegenüber seinen Mitbewerbern liegen. Es besteht nämlich die Gefahr, dass (kleinere) Handelsunternehmen, die vom Hersteller keine Sonderkonditionen erhalten, verdrängt werden.

(66) Das gilt erst recht, wenn

- bereits Verträge ausgehandelt waren und nachträglich zusätzliche Vereinbarungen ohne Gegenleistung verlangt werden,
- sofern dieses Verlangen geeignet ist, bei den Lieferanten den Eindruck zu erwecken, dass er bei Ablehnung der Leistung wirtschaftliche Nachteile erleiden könnte.¹¹

(67) Zur Aktivlegitimation hinsichtlich eines Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG siehe Rz 81.

¹¹ Siehe zu diesem Beispiel die Entscheidung des OGH vom 17.12.1996 unter der Geschäftszahl 4 Ob 2365/96i.

Im vorliegenden Fall werden die verlangten Zahlungen auch als zusätzliche Leistungen iSd § 1 Abs 2 NVG, denen keine entsprechende Gegenleistung gegenübersteht, zu werten sein. Zu den Antragsrechten nach § 1 NVG siehe Rz 80.

Schließlich wird bei Vorliegen von Marktbeherrschung iSd § 4 KartG auch ein verbotener Marktmachtmissbrauch gem § 5 KartG vorliegen. Zur Antragsberechtigung siehe Rz 77 f.

(68) Ein Einzelhandelsunternehmen (E), das in den Verträgen mit seinen Lieferanten (L) keine Ausschließlichkeitsbindung vereinbart hat, fordert diese auf, einen Mitbewerber (M) künftig nicht mehr zu beliefern. Die Produkte jener Unternehmen, die die Belieferung von M fortsetzen, würden ausgelistet werden.

(69) Hier handelt es sich um einen Boykottaufruf durch E, durch den ein Mitbewerber (M) behindert werden soll. In diesem Fall ist also E der Verrufer (Boykottierer), L sind die Ausführer (Sperrer) und M ist der Verrufene (Boykottierte), also das Opfer des Boykottaufrufs. Es liegt eine unlautere Geschäftspraktik iSd § 1 UWG vor, für die es wesentlich ist, dass zwischen dem Verrufer und dem Verrufenen ein Wettbewerbsverhältnis besteht.

➤ **Aggressive Geschäftspraktiken (§ 1a UWG)**

(70) Wie sich aus § 1a UWG ergibt, gilt das Verbot aggressiver Geschäftspraktiken auch gegenüber Unternehmern (Marktteilnehmer). Jedenfalls verboten sind die im Anhang zum UWG unter den Z 24 bis 32 aufgezählten Praktiken, die jedoch überwiegend das Verhältnis zu Verbrauchern betreffen. Z 32 verbietet Buchungsplattformen das Fordern von Bestpreis- bzw Bestkonditionenklauseln gegenüber Beherbergungsunternehmen.

UWG

- § 1a.** (1) Eine Geschäftspraktik gilt als aggressiv, wenn sie geeignet ist, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung, oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.
- (2) Bei der Feststellung, ob eine aggressive Geschäftspraktik vorliegt, ist auch auf
1. Zeitpunkt, Ort, Art oder Dauer,

- 2. die Verwendung von drohenden oder beleidigenden Formulierungen oder Verhaltensweisen,
 - 3. die Ausnutzung von konkreten Unglückssituationen oder Umständen von solcher Schwere durch den Unternehmer, welche das Urteilsvermögen des Verbrauchers beeinträchtigen, worüber sich der Unternehmer bewusst ist, um die Entscheidung des Verbrauchers in Bezug auf das Produkt zu beeinflussen.
 - 4. belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art, mit denen der Unternehmer den Verbraucher an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte – insbesondere am Recht, den Vertrag zu kündigen oder zu einem anderen Produkt oder einem anderen Unternehmen zu wechseln – zu hindern versucht und
 - 5. Drohungen mit rechtlich unzulässigen Handlungen abzustellen.
- (3) Jedenfalls als aggressiv gelten die im Anhang unter Z 24 bis 31 angeführten Geschäftspraktiken.
- (4) Jedenfalls als aggressiv gilt auch die im Anhang unter Z 32 genannte Geschäftspraktik. Vereinbarungen darüber sind absolut nichtig.

V.4 Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch

(71) Auch Bestimmungen des allgemeinen Zivilrechts können im Zusammenhang mit unfairen Geschäftspraktiken relevant sein. Im Folgenden werden zwei bedeutsame Normen aus dem ABGB betreffend den Abschluss von Verträgen und die Zulässigkeit ihres Inhalts exemplarisch dargestellt.

➤ **Überraschende Vertragsklauseln (§ 864a ABGB)**

(72) Das ABGB sieht in § 864a eine Geltungskontrolle und in § 879 Abs 3 eine Inhaltskontrolle von AGB vor. Während § 879 Abs 3 nur auf solche Klauseln zur Anwendung kommt, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungspflichten regeln, unterliegen alle Klauseln der Geltungskontrolle des § 864a. Die Kontrolle von AGB erfolgt zu Lasten jener Partei, die sie in den Vertrag eingeführt hat.¹² § 864a soll Vertragspartner eines AGB-Verwenders vor nachteiligen Klauseln schützen, mit denen er aufgrund der Umstände bei Vertragsabschluss nicht rechnen brauchte („Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts“). Das umfasst sowohl objektiv

¹² Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 864a Rz 35 f (Stand 1.10.2017, rdb.at).

ungewöhnliche Regelungen als auch solche, die im konkreten Zusammenhang gerade für diesen Vertragspartner überraschend sein mussten.¹³ Nachteilig ist jede Vertragsbestimmung, die von den Vorgaben des dispositiven Rechts zu Lasten des Vertragspartners des AGB-Verwenders abweicht. In Ermangelung einer Regel des dispositiven Rechts ist zu prüfen, ob der Vertragspartner ohne Klausel besser stünde als bei Geltung der Klausel.¹⁴

ABGB

§ 864a. Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.

Beispiel ungewöhnliche Bestimmungen in AGB

(73) Die allgemeinen Lieferbedingungen eines Herstellers sehen (ohne drucktechnische Hervorhebung) am Ende des Punktes „Preise, Zahlungsbedingungen“ ua vor, dass bei Zahlungsverzug sämtliche gewährte Nachlässe, Rabatte und Boni hinfällig und rückverrechnet werden. Dies würde für einen Zwischenhändler im Falle des Zahlungsverzuges eine Vervielfachung der üblichen Marktpreise bedeuten. Solch eine Bestimmung wäre als ungewöhnlich und überraschend iSd § 864a zu beurteilen. Aufgrund der ohne Hervorhebung erfolgten Platzierung der Klausel am Ende des Punktes „Preise, Zahlungsbedingungen“ müsste auch ein durchschnittlich sorgfältiger Leser nicht die Festlegung derart exorbitanter Zahlungsverzugsfolgen vermuten. In Ermangelung eines besonderen Hinweises auf diese Klausel würde diese nicht Vertragsbestandteil werden.¹⁵

➤ **Rechts- und Sittenwidrigkeit (879 ABGB)**

(74) § 879 ABGB zieht wesentliche Grenzen der Privatautonomie. Abs 1 legt den Grundsatz der Nichtigkeit von Verträgen fest, die gegen ein gesetzliches Verbot verstößen. Diese Nichtigkeit greift dann, wenn sie vom betreffenden Verbot ausdrücklich angeordnet wird (vg. § 1 Abs 3 KartG) oder sich aber aus dem

¹³ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 864a Rz 39 ff (Stand 1.10.2017, rdb.at).

¹⁴ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 864a Rz 46. (Stand 1.10.2017, rdb.at)

¹⁵ Siehe zu diesem Beispiel die Entscheidung des OGH vom 2.7.2009 unter der Geschäftszahl 6 Ob 57/08p.

Normzweck ergibt.¹⁶ Die Berufung auf die guten Sitten wiederum hat ua die Funktion, eine Vertragspartei vor qualifiziert nachteiligen Vertragsbindungen bzw. grob benachteiligender Vertragsgestaltung zu schützen. Diese Schutzfunktion ist vor allem bedeutsam, wenn zwischen den Parteien ungleiche Verhandlungsmacht besteht. Je größer die Beeinträchtigung des Gleichgewichts zwischen den Parteien ist, desto strenger sind die Anforderungen für eine Abweichung vom dispositiven Recht.¹⁷ Von den Sondertatbeständen des Abs 2 ist insbesondere der Wucher (Z 4) zu nennen. Abs 3 dient nicht nur der Kontrolle von AGB, sondern ist auch zur Kontrolle vertraglicher Regelungen heranzuziehen, wenn der Vertrag in einer Ungleichgewichtssituation geschlossen wird, die jener bei Vertragsabschluss unter Zugrundelegung von AGB vergleichbar ist.¹⁸

ABGB

§ 879. (1) Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Insbesondere sind folgende Verträge nichtig:

1. - 3. ...;
4. wenn jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren läßt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Mißverhältnisse steht.

(3) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

Beispiel für Sittenwidrigkeit

(75) Vertragsparteien können für den Fall, dass ein Vertrag nicht oder nicht auf gehörige Art oder zu spät erfüllt wird, eine Konventionalstrafe vereinbaren. Diese darf allerdings nicht unverhältnismäßig sein. Die neuere Rechtsprechung geht davon aus, dass eine individuell vereinbarte Konventionalstrafe (§ 879 Abs 1) - ebenso wie die

¹⁶ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 3 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

¹⁷ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 66 f (Stand 1.10.2017, rdb.at).

¹⁸ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 296 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

in AGB vereinbarte (§ 879 Abs 3) - nur jenen Betrag umfassen darf, in dessen Höhe mit dem Eintritt eines Schadens typischerweise bei der durch die Konventionalstrafe sanktionierten Vertragsverletzung zu rechnen ist.¹⁹ Auch bei Vereinbarungen über die Höhe von Verzugszinsen handelt es sich um Konventionalstrafabreden.²⁰

V. Hinweise für die Praxis

VI.1 Zuständigkeiten

(76) Bei Verstößen gegen die in diesem Leitfaden dargestellten Rechtsvorschriften gibt es unterschiedliche Rechtsbehelfe bzw Zuständigkeiten. Diese sollen kurz dargestellt werden.

➤ Kartellverbot und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

(77) Bei Verstößen gegen das Kartellverbot oder das Verbot eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung besteht eine Zuständigkeit der **BWB** hinsichtlich der Ermittlungen und der Antragstellung beim Kartellgericht (§ 36 KartG) auf Abstellung des Verstoßes bzw Verhängung einer Geldbuße. Dieselben Antragsrechte kommen auch dem Bundeskartellanwalt zu.

(78) Einen Antrag auf Abstellung können außerdem die Regulatoren, die Wirtschaftskammer Österreich, die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs sowie **jeder Unternehmer und jede Unternehmervereinigung mit einem rechtlichen oder wirtschaftlichen Interesse an der Entscheidung**.

(79) Hinsichtlich der zivilrechtlichen Geltendmachung von Schäden, die durch Verstöße gegen Kartellrecht verursacht wurden, enthält das KartG gesonderte Bestimmungen, um diese zu vereinfachen.

➤ Das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen

(80) Antragsrechte vor dem Kartellgericht hinsichtlich der §§ 1, 2 und 4 NVG kommen der **BWB**, dem Bundeskartellanwalt, der Wirtschaftskammer Österreich, der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, Vereinigungen, die wirtschaftliche Unternehmerinteressen vertreten, wenn diese Interessen durch den Gegenstand des Verfahrens berührt werden sowie **jedem Unternehmer, dessen rechtliche oder**

¹⁹ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 118 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

²⁰ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 121 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

wirtschaftliche Interessen durch den Gegenstand des Verfahrens **berührt werden** (§ 7 Abs 2 NVG).

➤ **Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**

(81) § 1 UWG sieht beim Vorliegen unlauterer Geschäftspraktiken, zu denen auch die aggressiven Geschäftspraktiken zählen, einen Unterlassungs- und bei Verschulden auch einen Schadenersatzanspruch vor. Der Unterlassungsanspruch kann von **Mitbewerbern** oder von Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen, soweit sie Interessen vertreten, die von der Handlung berührt werden, von Unternehmern sowie die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, die Wirtschaftskammer Österreich, die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs, vom Österreichischen Gewerkschaftsbund und der **BWB** geltend gemacht werden (§ 14 Abs 1 UWG). Allerdings kommen der BWB in diesem Zusammenhang keine Ermittlungsbefugnisse zu²¹, und sie trägt das mit einem Zivilprozess verbundene Kostenrisiko.



In Fragen des Lauterkeitsrechts (UWG) ist der **Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb** ein wichtiger Ansprechpartner, der im Interesse seiner Mitglieder (mehr als 600 Fachorganisationen aller Wirtschaftskammern Österreichs und deren Unternehmer und weitere gesetzliche Interessensvertretungen sowie Unternehmerverbände) tätig wird. Unternehmer, die einen Wettbewerbsverstoß anzeigen wollen, können sich an ihre Fachorganisation bei der WKO oder an ihre sonstige Interessensvertretung wenden. Wenn diese Mitglied beim Schutzverband ist, können die Unterlagen zur Prüfung bzw wettbewerbsrechtlichen Intervention übermittelt werden (www.schutzverband.at).

➤ **Zivilrechtliche Ansprüche**

(82) Ansprüche, die sich aus dem allgemeinen Zivilrecht ergeben, sind grundsätzlich vor den zuständigen Zivilgerichten geltend zu machen.

➤ **Kontakt und Whistleblowing-System**

(83) Unternehmen, die mit unfairen Geschäftspraktiken konfrontiert werden, die in den Zuständigkeitsbereich der BWB fallen sowie Einzelpersonen, die auf solche Verstöße aufmerksam werden, können sich mit Hinweisen jederzeit (**auch anonym**) an die BWB wenden.

²¹ Matousek, in Petsche/Urlesberger/Vartian, (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 2 WettbG Rz 14.



Whistleblowing-System: § 11b Abs 6 Wettbewerbsgesetz (WettbG) sieht vor, dass bei der BWB ein internetbasiertes Hinweisgebersystem eingerichtet werden kann, über welches begründete Hinweise über mögliche Verstöße gegen das Kartellverbot, das Missbrauchsverbot und das Verbot von Vergeltungsmaßnahmen (iZm einem Missbrauchsverfahren gegen das vom Marktmachtmissbrauch betroffene Unternehmen) auch anonym gemeldet werden können, eingerichtet wird. Seit Februar 2018 ist dieses System aktiv. Da die Kommunikation über gesicherte anonyme Postfächer verläuft, ist technisch sichergestellt, dass Hinweise weder für die BWB noch für Dritte rückverfolgbar sind.

https://www.bwb.gv.at/kartelle_marktmachtmissbrauch/whistleblower_werden/

(84) Kontaktpersonen in der Behörde sind

Geschäftsstellenleiter Dr. Peter Matousek Tel: (+43 1) 245 08 815303

oder

Stv Geschäftsstellenleiterin Dr. Natalie Harsdorf LL.M. Tel: (+43 1) 245 08 815126

E-Mail: wettbewerb@bwb.gv.at