

# TE OGH 2004/12/20 16Ok18/04

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.12.2004

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Birgit Langer als Vorsitzende und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Manfred Vogel und Dr. Gerhard Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Dr. Erich Haas in der Kartellrechtssache des Antragstellers und gefährdeten Partei Axel \*\*\*\*\* (\*\*\*\*\*), \*\*\*\*\* vertreten durch Hausmaninger Herbst Rechtsanwälte-Gesellschaft mbH in Wien, wider die Antragsgegnerinnen und Gegnerinnen der gefährdeten Partei 1. B\*\*\*\*\* Aktiengesellschaft, 2. B\*\*\*\*\* Marketing GmbH \*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Hilbert Aubauer und andere Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und einstweiliger Verfügung, über den Rekurs der gefährdeten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 9. Juli 2004, GZ 27 Kt 330, 331/04-4, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Antragsgegnerinnen haben die Kosten der Rekursbeantwortung selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Die beiden Antragsgegnerinnen und Gegnerinnen der gefährdeten Partei (im Folgenden Antragsgegnerinnen) gehören einem Mineralölkonzern an. Eine von dessen Gesellschaften hat mit einer OEG, der der Antragsteller, die gefährdeten Partei (im Folgenden VP) angehört, am 28. 6. 2002 (neuerlich) einen Tankstellen-Agenturvertrag betreffend eine Tankstelle in Wien geschlossen.

Dieser Vertrag hat unter anderem folgenden Inhalt:

"1. Vertragsgegenstand:

Die B\*\*\*\*\* räumt dem VP das Recht ein und dieser übernimmt die Verpflichtung, die vorgenannte Tankstelle .... samt Nebenanlagen zum Zwecke des Verkaufs von Kfz-Treibstoffen, Flüssig- und Erdgas sowie Schmierstoffen sowie zur Erbringung von Serviceleistungen gemäß den Bestimmungen dieses Tankstellenvertrags zu führen. VP übernimmt den Verkauf von Kfz-Treibstoffen im Namen und für Rechnung, und somit als Agent, der B\*\*\*\*\*. Es wird ausdrücklich Betriebspflicht des VP vereinbart. Den Vertrieb von Schmierstoffen, Flüssiggas, Ofenheizöl und aller anderen Waren sowie die Erbringung von Serviceleistungen übernimmt VP im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. VP verpflichtet sich, an der obbeschriebenen Anlage ausschließlich solche Treibstoffe, Gas und Schmierstoffe und Ofenheizöl zu vertreiben, die er von B\*\*\*\*\* oder solchen Firmen bezogen hat, die ihm von B\*\*\*\*\* genannt oder empfohlen wurden. Die Bestimmung von Sorten, Marken oder sonstigen Benennungen, Mengen, Verkaufspreisen und

Verkaufsbedingungen für Agenturwaren liegt im Ermessen der B\*\*\*\*\*. Die Tankstelle ist je nach Wunsch von B\*\*\*\*\* als Selbstbedienungs- oder Bedienungstankstelle zu führen. B\*\*\*\*\* ist berechtigt, in das im Agenturvertrag zu vertreibende Warenangebot auch andere Produkte aufzunehmen, die der VP dann ebenfalls im Namen und auf Rechnung von B\*\*\*\*\* und zu den von B\*\*\*\*\* festgelegten Preisen und Bedingungen vertreiben wird.

...

VP wird die geschäftliche und gewerbliche Tätigkeit von Unternehmen, die zu B\*\*\*\*\* im Wettbewerb stehen, weder direkt noch indirekt fördern, noch sich daran beteiligen und nichts unternehmen, was die Verkaufsbemühungen von B\*\*\*\*\* behindert oder konkurrenziert.

...

VP darf ohne ausdrückliche schriftliche Zustimmung der B\*\*\*\*\* keine Erweiterung des Geschäftsumfanges vornehmen und andere als die Gegenstand dieses Vertrages bildenden Tätigkeiten entfalten.

...

### 3. Provisionen

B\*\*\*\*\* zahlt dem VP jeweils monatlich im nachhinein

a) als Abgeltung der Inkasso- und der sonstigen verwaltenden

Tätigkeiten eine Provision gemäß folgender Staffel

Mengen pro Jahr Vergaser-Dieselkraftstoff

Von 0 bis 999.999 lt EUR 1,27/100 l

von 1.000.000 bis 1.999.999 lt EUR 0,64/100 l

ab 2.000.000 lt EUR 0,38/100 l

jeweils exklusive USt

b) als Abgeltung der werbenden (verkaufsvermittelnden) Tätigkeiten

eine Provision gemäß folgender Staffel

Mengen pro Jahr Vergaser-/Dieselkraftstoff

von 0 bis 999.999 lt EUR 2,36/100 l

von 1.000.000 bis 1.999.999 lt EUR 1,18/100 l

ab 2.000.000 lt EUR 0,71/100 l

jeweils exklusive USt

Die vorgenannten Provisionssätze gelten für die in den betreffenden

Kategorien jeweils während eines Kalenderjahres verkauften Mengen.

Schmierstoffe und andere Waren verkauft B\*\*\*\*\* dem VP zu den von ihr jeweils festgesetzten Wiederverkäuferpreisen.

### 4. Besicherungen

VP ist verpflichtet, B\*\*\*\*\* als Sicherheit für etwa aus der

Geschäftsverbindung entstehende Forderungen eine abstrakte

Bankgarantie in der Höhe von EUR 36.336,-- ... bei Vertragsabschluss

zu übergeben, sowie eine zugunsten der B\*\*\*\*\* vinkulierte

Vertrauensschadensversicherung ... in Höhe von EUR 43.604,-- ...

abzuschließen und während der Dauer des Vertrages aufrecht zu erhalten.

...

## 5. Benützungsentgelt

VP hat der B\*\*\*\*\* für die Überlassung der Tankstelle sowie der Nebenanlagen und etwaiger sonstiger Einrichtungen und Geräte folgende Entgelte zu bezahlen:

als umsatzabhängiges laufendes Entgelt:

4 % ... vom Tabakwarenumsatz sowie

14 % ... vom sonstigen Umsatz, ausgenommen der beim Verkauf von Schmiermittel, Heizöl, Flüssiggas und "sonstigen Einnahmen" im Sinne des Eurodata-Kontenrahmen erzielte Umsatz. ....

Eine Veränderung der Geschäftsmöglichkeiten des VP, wie zB Erweiterung der bestehenden Anlagen oder Einrichtungen der Tankstelle und deren Nutzungsmöglichkeiten, strukturelle Änderungen des Tankstellenbestandes im Einzugsbereich der Tankstelle, kann zu einer Neufestsetzung oder Anpassung der Prozentsätze und der obigen Entgelte führen.

...

## 7. Vertragsdauer

Der vorliegende Vertrag tritt am 02. 01. 2002 in Kraft und wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Er kann von beiden Vertragsteilen unter Einhaltung der in § 21 Abs 1 Handelsvertretergesetz festgelegten Mindest-Kündigungsfristen zum Ende eines jeden Kalendermonats durch eingeschriebenen Brief aufgekündigt werden. Der vorliegende Vertrag tritt am 02. 01. 2002 in Kraft und wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Er kann von beiden Vertragsteilen unter Einhaltung der in Paragraph 21, Absatz eins, Handelsvertretergesetz festgelegten Mindest-Kündigungsfristen zum Ende eines jeden Kalendermonats durch eingeschriebenen Brief aufgekündigt werden.

...

## 8. Warenanforderung

Die B\*\*\*\*\* behält sich das Recht vor, ohne Bestellung des VP Treibstoffe nach ihrem Ermessen hinsichtlich Art, Umfang und Zeit anzuliefern. .... Die Anlieferungskosten trägt B\*\*\*\*\*.

...

## 12. Agenturabrechnung/Zahlungsbedingungen

Der Erlös aus dem Verkauf wird von VP als Agent für B\*\*\*\*\* vereinnahmt und ist als Eigentum von B\*\*\*\*\* vom VP gesondert zu verwahren bzw in den Büchern zu führen.

VP ist verpflichtet, die für die verkauften Treibstoffe erzielten Erlöse im Wege des Rechnungseinzugsverfahrens täglich abzuführen. VP wird eine entsprechende Einziehungsermächtigung erteilen. .... Kreditverkäufe sind vom VP nur mit schriftlicher Zustimmung der B\*\*\*\*\* zu den einzelnen Kreditkunden und zu den folgenden Bedingungen gestattet. ....

Für etwaige vertragswidrige Kreditverkäufe hat der VP die B\*\*\*\*\* in jeder Weise schad- und klaglos zu halten. Die B\*\*\*\*\* behält sich vor, jederzeit die genannte Abrechnungsweise zu ändern oder die Zustimmung zu einzelnen Kunden zurückzunehmen. Die Übernahme von Forderungsausfällen erfolgt nur bei Einhaltung dieser obigen Regelungen.

Die Bezahlung der Schmierstoffe und sonstigen Waren erfolgt im Wege des Bankeinzuges.

VP wird daher B\*\*\*\*\* einen entsprechenden Einziehungsauftrag erteilen.

B\*\*\*\*\* ist berechtigt, bei Zahlungsverzug Zinsen von mindestens 2 % über den ihr von der CA-BV verrechneten Debetzinsen sowie Mahn- und Inkassospesen zu begehrn.

...

## 19. Vorzeitige Vertragsauflösung

B\*\*\*\*\* ist berechtigt, den Vertrag vorzeitig aufzulösen, wenn:

a) der Zustand der Anlage (Ordnung, Sauberkeit) oder die Serviceleistung nicht dem B\*\*\*\*\*-Standard entspricht;

1. b)Litera b

der VP seine Zahlungsverpflichtungen nicht einhält;

2. c)Litera c

der VP auch nur gegen eine sonstige der von ihm im Vertrag übernommenen Verpflichtung verstößt, insbesondere auch dann, wenn eine der im Vertrag vorgesehenen Sicherheitsleistungen nicht erbracht wird oder vorzeitig erlischt oder VP die Umstellung der Zapfsäulenabgabepreise für Agenturware nicht durchführt;

d) über das Vermögen des VP das Konkurs- oder Ausgleichsverfahren eröffnet wird oder er sich eines strafbaren Verhaltens schuldig macht;

e) durch behördliche Verfügung der Betrieb der Anlage unterbunden oder wesentlich eingeschränkt wird.

B\*\*\*\*\* kann von ihrem Auflösungsrecht in den Fällen a) bis c) nur unter Festsetzung einer dreitägigen Nachfrist und bei wiederholten Verstößen ohne Nachfristsetzung Gebrauch machen.

Sollte VP auch innerhalb der gesetzten Nachfrist die Forderung nicht erfüllen bzw nicht bezahlen, hat er die Tankstelle samt Nebenanlagen am folgenden Werktag nach Ablauf der Nachfrist an B\*\*\*\*\* im vertraglich vereinbarten Zustand zurückzustellen.

#### 20. Allgemeine Lieferbedingungen

Soweit die vorangegangenen Bestimmungen dieses Übereinkommens nicht ausdrücklich Abweichendes vorsehen, sind die "Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen" von B\*\*\*\*\* sinngemäß Inhalt dieses Übereinkommens und ergänzen seine Bestimmungen. VP hat diese "Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen" von B\*\*\*\*\* zur Kenntnis genommen und bestätigt durch seine Unterschrift ihre Wirksamkeit als Bestandteil dieses Übereinkommens." (Hervorhebung nicht im Original)

Die allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen "AVLB" enthalten in ihrem Punkt 9. "Zahlung" folgende Klausel: "Der Käufer kann Gegenforderungen nur dann gegen unsere Kaufpreisforderungen oder sonstigen Forderungen aufrechnen, wenn die Gegenforderungen von uns schriftlich anerkannt oder gerichtlich festgestellt wurden."

Mit Schreiben vom 3. 5. und 8. 6. 2004 wurden der OEG, deren Gesellschafter der VP ist, ohne Präjudiz für die Zukunft für das Geschäftsjahr 2003 betreffend die hier maßgebliche Tankstelle ein Betriebskostenzuschuss in Höhe von EUR 20.000,-- bei einer Gutschrift bis spätestens 31. 7. 2004 gewährt.

Weil die OEG entgegen den Bestimmungen des Tankstellen-Agenturvertrages im Namen und für Rechnung von B\*\*\*\*\* eingenommene Gelder im Ausmaß von EUR 22.824,77 nicht an B\*\*\*\*\* weitergeleitet hat, wurde ein vorweg eingeräumtes Zahlungsziel von sieben Tagen widerrufen, womit auch ein weiterer Betrag von EUR 55.120,48 fällig wurde.

Mit Schreiben vom 22. 6. 2004 teilte die Zweitinantragsgegnerin der OEG mit, dass diese nach dem Tankstellen-Agenturvertrages verpflichtet, sind Gelder, die sie im Namen und für Rechnung der B\*\*\*\*\* einnehme, innerhalb von sieben Tagen an die B\*\*\*\*\* weiterzuleiten. Entgegen dieser Verpflichtung habe sie Gelder einbehalten, anstatt sie an B\*\*\*\*\* abzuführen, sodass ein Betrag von EUR 77.945,25 offen sei. Es ergehe daher noch einmal die Aufforderung, die offenen Beträge bis zum 25. 6. 2004, 12.00 Uhr, zu überweisen. Sollte diese Nachfrist ungenutzt verstreichen, so werde das Vertragsverhältnis für die Tankstelle mit 26. 5. 2004 aus ihrem Verschulden als vorzeitig aufgelöst und die Tankstelle sei am 26. 5. 2004, 21.00 Uhr zurückzustellen.

Mit Fax vom selben Tag teilte die OEG der Zweitinantragsgegnerin mit, dass aufgrund der wirtschaftlichen Situation der OEG, diese nicht in der Lage sei, die Rückleitung zu bedienen und auch der Einzug vom 22. 6. 2004 rückgeleitet werde. Wunschgemäß dürfe die andere Gesellschafterin der OEG aus der OEG ausscheiden und - die Zustimmung der Zweitinantragsgegnerin vorausgesetzt - eine andere Tankstelle als Einzelfirma führen. Die hier maßgebliche Tankstelle werde vom Antragsteller mit Zustimmung der Zweitinantragsgegnerin gerne weiter geführt. Zu dieser Weiterführung sei aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Situation (auch unter Berücksichtigung der Vorjahre, welche der Zweitinantragsgegnerin bekannt sei) eine Unterstützung von EUR 150.000,-- erforderlich. Es werde um Stundung der beiden rückgeleiteten Beträge und um Überweisung des Differenzbetrages ersucht. Auch werde darauf hingewiesen werden, dass von Seiten der Zweitinantragsgegnerin ein Betriebskostenzuschuss für die OEG aushafte. Mit 24. 6. 2004 verfasste der Antragsteller dann ein Schreiben an die Zweitinantragsgegnerin, wonach die Verluste aus den Vorgaben der B\*\*\*\*\* und den von B\*\*\*\*\* vorgeschlagenen Konzepten großteils von ihm getragen worden seien. Anstatt eines angemessenen Entgelts für seine eigenen Leistungen und das eingebaute Kapital habe er Verluste in Höhe von ca

EUR 500.000,-- erwirtschaftet. Zuletzt sei ein Betriebskostenzuschuss in der Höhe von EUR 20.000,-- zugesagt worden. Die Situation sei aber nicht weiter tragbar. B\*\*\*\*\* sei gefordert unterstützend einzutreten bzw die aus ihren Vorgaben erzielten Verluste abzudecken. B\*\*\*\*\* habe jedenfalls den nicht genauer bezifferbaren Schaden in Höhe von EUR 300.000,-- zu ersetzen. Damit werde gegen den von B\*\*\*\*\* geltend gemachte Betrag von EUR 22.824,77 bzw EUR 55.120,48 aufgerechnet. Es bestehe mangels Verzug damit auch kein Grund für eine vorzeitige Auflösung des Tankstellen-Agenturvertrages. Der Fortbetrieb der Tankstelle erfordere eine einmalige, nicht rückzahlbare Zahlung in Höhe von EUR 150.000,--. Sollten B\*\*\*\*\* auf der vertragswidrigen Kündigung beharren, sei der Antragsteller zu einer Übergabe der Tankstelle bereit, wenn er den Schaden in Höhe von EUR 500.000,-- und eine angemessene Ablöse erhalte. Eine Übergabe der Tankstelle ohne Vorliegen einer rechtsverbindlichen Einigung in der Sache komme nicht in Betracht. Der Antragsteller schlage vor, dass B\*\*\*\*\* bis zur Klärung der Situation die Belieferung mit Treibstoff weiter vornehme. Er werde alle Treibstoffzahlungen ab 26. 6. 2004 mittels Bankeinzug zahlen und verzichte insoweit auf die Aufrechnung, nicht jedoch hinsichtlich der bis zum 26. 6. 2004 angefallenen Zahlungen. Das darauf folgende Schreiben der Zweitanspruchsinhaberin vom 28. 6. 2004 an die OEG hat folgenden Inhalt:

"Aufgrund der vertragswidrigen Nichtherausgabe der Agenturgelder waren wir gezwungen, mit 25. Juni 2004 die fristlose Auflösung des Vertragsverhältnisses zu erklären.

Trotz unseres Rechtsstandpunktes, dass das Rechtsverhältnis mit Ihnen beendet ist, kündigen wir hiermit - nur aus Gründen der prozessualen Vorsicht - den obgenannten, zwischen Ihnen und uns abgeschlossenen Tankstellenvertrag (gemeint: Tankstellenagenturvertrag vom 28. 8. 2002) unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zum 31. Dezember 2004 auf."

Mit Schreiben vom 22. 6. 2004 hat die zweite Gesellschafterin den Gesellschaftsvertrag gegenüber der OEG mit sofortiger Wirkung aufgekündigt und alle Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dieser OEG mit sofortiger Wirkung auf den Antragsteller übertragen. Dieses Schreiben wurde vom Antragsteller gegengefertigt. Die OEG war unverändert im Firmenbuch eingetragen (FN 170.536p). Bei einem Gespräch am 25. 6. 2004 zwischen Vertretern der Antragsgegner und dem Antragsteller sowie seinem Rechtsanwalt wurde die weitere Belieferung der Tankstelle mit Treibstoff abgelehnt, obwohl seitens des Antragstellers das Angebot erging, den anzuliefernden Treibstoff Zug-um-Zug zum am Liefertag jeweils üblichen Treibstoffabgabepreis abzüglich einer Provision von EUR 1,09/100 l zu bezahlen.

Der Antragsteller als gefährdete Partei (VP, im folgenden Antragsteller) stellte den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung dahin, dass

die Antragsgegner, ab sofort den gegen den Antragsteller verhängten Boykott der Belieferung mit Treibstoff zu beenden habe, insbesondere es zu unterlassen habe, die Lieferung von 18.000 l Diesel und 14.000 l Euro-Super (95 Oktan) zweimal in der Woche jeweils gegen Zug-um-Zug-Zahlung des Entgelts, welches sich aus dem niedrigsten Verkaufspreis am Tag der Treibstofflieferung bei einer der folgenden B\*\*\*\*\* und abzüglich der vereinbarten Provision von EUR 1,09/100 l ergebe, zu verweigern;

in eventu die Antragsgegner schuldig zu erkennen, es ab sofort zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken die Beziehung von Treibstoff bei alternativen Treibstofflieferanten zu verbieten und/oder durch Maßnahme wie zB Plombierung der Treibstofftanks zu verhindern;

die Antragsgegner schuldig zu erkennen, ab sofort die ordentliche Kündigung des Tankstellen-Agenturvertrags ob der Tankstelle und alle sonstigen Maßnahmen, die auf die Beendigung dieses Tankstellen-Agenturvertrags gerichtet sind, zu unterlassen, insbesondere die am 28.06.2004 ausgesprochene ordentliche Kündigung zum Gegenstand eines gegen den Antragsgegner gerichteten Räumungsverfahrens zu machen.

Der Antragsteller stütze sich vor allem darauf, dass alle von der OEG abgeschlossenen Verträge in Bezug auf die Tankstelle Triester Straße auf den Antragsteller als Gesamtrechtsnachfolger gemäß § 142 HGB übergegangen seien. Der Konzern der Antragsgegnerinnen hätte nach Übernahme eines weiteren Tankstellennetzes einen Marktanteil von 23 % und sei österreichischer Marktführer am Treibstoffsektor sowie unangefochtener Leader am Schmierstoffsektor. Die marktbeherrschende Stellung der Antragsgegner gegenüber dem Antragsteller ergebe sich schon aus dem Tankstellen-Agenturvertrag, der vorsehe, dass der Antragsteller weder die geschäftliche und gewerbliche Tätigkeit von Unternehmern, die zu B\*\*\*\*\* im Wettbewerb stehen, direkt noch indirekt fördern, noch sich daran beteiligen und nichts unternehmen dürfe, was die Verkaufsbemühungen von B\*\*\*\*\* verhindere oder konkurrenzieren. Dem Antragsteller verbleibe sohin kein anderer Lieferant als die Antragsgegner. Sie verfügten daher gegenüber dem Antragsteller über eine überragende Marktstellung bzw Monopolstellung. Die wirtschaftliche Existenz des

Antragstellers hänge von den Antragsgegnern ab. Auch wenn die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung erst bei einem Marktanteil von 30 % ausgelöst werde, so könne eine marktbeherrschende Stellung auch bei einem geringeren Marktanteil bestehen. Dies treffe bei den Antragsgegnern auch bei österreichweiter Betrachtung zu. Der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung ergebe sich daraus, dass der OEG gute Verdienstmöglichkeiten bei der Tankstelle zugesagt worden seien, die sich in den folgenden 7 Jahren nicht bewahrheitet hätten. Trotz des guten Standorts sei es nicht gelungen, ein positives Ergebnis zu erzielen. Unter Berücksichtigung eines Mindestlohns von EUR 24.000,-- pro Jahr und Tankstelle habe die OEG über alle Jahre zusammengerechnet einen Verlust von mehr als EUR 300.000,-- erzielt. Diese Verluste seien aufgrund zahlreicher unsachlicher Vorgaben der Antragsgegner entstanden. Die Frage, ob und inwieweit die Antragsgegner für diese vorgeschriebenen Maßnahmen und die daraus entstandenen Verluste einzustehen haben, sei derzeit Gegenstand einer rechtlichen Auseinandersetzung. Der Antragsteller habe gegen offene Lieferforderungen, nämlich mit insgesamt EUR 77.945,25, aufgerechnet. Ein Aufrechnungsverbot sei nicht vereinbart. Teil der Geschäftspolitik der Antragsgegner sei es, Pächter durch Zusagen über mögliche Verbesserungen im neuen Geschäftsjahr und durch kleinere Teilverlustausgleichszahlungen zum Fortbetrieb der jeweiligen Tankstelle zu motivieren. Diese Zuschüsse seien jedes Jahr bloß unpräjudizieller Natur und seien hinausgezögert worden. Das treffe auch auf das Jahr 2003 zu. In der Hoffnung auf ausreichende Ausgleichszahlungen und positive Verbesserungen für 2004 habe die OEG die beiden Tankstellen weiter betrieben. Letztlich habe sie für die Tankstelle EUR 20.000,-- und eine andere Tankstelle EUR 40.000,--, insgesamt sohin EUR 60.000,-- zugesagt erhalten. Obwohl es um Verluste für das Jahr 2003 gegangen sei, habe die Gutschrift erst bis spätestens 31. 7. 2004 ausbezahlt werden sollen. Die Bank des Antragstellers habe die offene Forderung über die Treibstofflieferung der Antragsgegner wegen Überschreitens des Rahmens nicht bedient. Die Antragsgegner hätten Zahlungen in Höhe von EUR 55.120,48 binnen drei Tagen fällig gestellt. Der Antragsteller stütze sich vor allem darauf, dass alle von der OEG abgeschlossenen Verträge in Bezug auf die Tankstelle Triester Straße auf den Antragsteller als Gesamtrechtsnachfolger gemäß Paragraph 142, HGB übergegangen seien. Der Konzern der Antragsgegnerinnen hätte nach Übernahme eines weiteren Tankstellennetzes einen Marktanteil von 23 % und sei österreichischer Marktführer am Treibstoffsektor sowie unangefochter Leader am Schmierstoffsektor. Die marktbeherrschende Stellung der Antragsgegner gegenüber dem Antragsteller ergebe sich schon aus dem Tankstellen-Agenturvertrag, der vorsehe, dass der Antragsteller weder die geschäftliche und gewerbliche Tätigkeit von Unternehmern, die zu B\*\*\*\*\* im Wettbewerb stehen, direkt noch indirekt fördern, noch sich daran beteiligen und nichts unternehmen dürfe, was die Verkaufsbemühungen von B\*\*\*\*\* verhindere oder konkurrenziere. Dem Antragsteller verbleibe sohin kein anderer Lieferant als die Antragsgegner. Sie verfügten daher gegenüber dem Antragsteller über eine überragende Marktstellung bzw Monopolstellung. Die wirtschaftliche Existenz des Antragstellers hänge von den Antragsgegnern ab. Auch wenn die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung erst bei einem Marktanteil von 30 % ausgelöst werde, so könne eine marktbeherrschende Stellung auch bei einem geringeren Marktanteil bestehen. Dies treffe bei den Antragsgegnern auch bei österreichweiter Betrachtung zu. Der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung ergebe sich daraus, dass der OEG gute Verdienstmöglichkeiten bei der Tankstelle zugesagt worden seien, die sich in den folgenden 7 Jahren nicht bewahrheitet hätten. Trotz des guten Standorts sei es nicht gelungen, ein positives Ergebnis zu erzielen. Unter Berücksichtigung eines Mindestlohns von EUR 24.000,-- pro Jahr und Tankstelle habe die OEG über alle Jahre zusammengerechnet einen Verlust von mehr als EUR 300.000,-- erzielt. Diese Verluste seien aufgrund zahlreicher unsachlicher Vorgaben der Antragsgegner entstanden. Die Frage, ob und inwieweit die Antragsgegner für diese vorgeschriebenen Maßnahmen und die daraus entstandenen Verluste einzustehen haben, sei derzeit Gegenstand einer rechtlichen Auseinandersetzung. Der Antragsteller habe gegen offene Lieferforderungen, nämlich mit insgesamt EUR 77.945,25, aufgerechnet. Ein Aufrechnungsverbot sei nicht vereinbart. Teil der Geschäftspolitik der Antragsgegner sei es, Pächter durch Zusagen über mögliche Verbesserungen im neuen Geschäftsjahr und durch kleinere Teilverlustausgleichszahlungen zum Fortbetrieb der jeweiligen Tankstelle zu motivieren. Diese Zuschüsse seien jedes Jahr bloß unpräjudizieller Natur und seien hinausgezögert worden. Das treffe auch auf das Jahr 2003 zu. In der Hoffnung auf ausreichende Ausgleichszahlungen und positive Verbesserungen für 2004 habe die OEG die beiden Tankstellen weiter betrieben. Letztlich habe sie für die Tankstelle EUR 20.000,-- und eine andere Tankstelle EUR 40.000,--, insgesamt sohin EUR 60.000,-- zugesagt erhalten. Obwohl es um Verluste für das Jahr 2003 gegangen sei, habe die Gutschrift erst bis spätestens 31. 7. 2004 ausbezahlt werden sollen. Die Bank des Antragstellers habe die offene Forderung über die Treibstofflieferung der Antragsgegner wegen Überschreitens des Rahmens nicht bedient. Die Antragsgegner hätten Zahlungen in Höhe von EUR 55.120,48 binnen drei Tagen fällig gestellt.

Der Antragsteller habe die Zahlung nicht innerhalb der Nachfrist bis 25. 6. 2004 erfüllt, sodass er die Tankstelle erst am kommenden Montag, den 28. 6. 2004 zu übergeben gehabt hätte. Dass die Antragsgegner die Übergabe der Tankstelle schon am 25. 6. 2004 gefordert haben, sei ein weiteres Zeichen, wie sie ihre Marktmacht auszunützen suche.

In einer Besprechung am 25. 6. 2004 habe ein Vorstandsmitglied/Geschäftsführer der Antragsgegner, der Leiter der Rechtsabteilung und die Gebietsverkaufsleiterin versucht, den Antragsteller zur Übergabe der Tankstelle noch am selben Werktag mit dem Hinweis zu motivieren, dass er nicht mehr beliefert werde. Das Angebot, den angelieferten Treibstoff Zug-um-Zug zu bezahlen, sei abgelehnt worden. Abgelehnt worden sei auch die Anfrage, ob der Antragsteller Treibstoff von einem anderen Treibstofflieferanten beziehen könne.

Die Antragsgegner versuchten, den Antragsteller quasi "auszuhungern", um sich ein mühevolles Räumungsverfahren zu ersparen und sich seinen berechtigten Gegenforderungen nicht stellen zu müssen. Am Montag, dem 28. 6. 2004, seien die Treibstofftanks verplombt worden, um eine Zulieferung durch "markenfremde Lieferanten" zu verhindern.

Die Antragsgegner bestritten die Passivlegitimation der Erstantragsgegnerin und die Aktivlegitimation des Antragstellers. Eine marktbeherrschende Stellung komme den Antragsgegnerinnen nicht zu. Ebenso wenig liege aber ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vor. Entgegen den Ausführungen des Antragstellers sei im Tankstellen-Agenturvertrag ein Aufrechnungsverbot vereinbart. Dieses ergebe sich aus den zum Vertragsbestandteil gewordenen allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen der Zweitantragsgegnerin. Dass im Vertrag der alleiniger Bezug der Treibstoffe vom Konzern der Antragsgegnerinnen vorgesehen sei, sei nicht nur wirtschaftlich nachvollziehbar und zulässig, sondern auch zwingend erforderlich, weil jeder Kunde, der eine B\*\*\*\*\* aufsuche, davon ausgehe, dass er dort B\*\*\*\*\* erwerbe. Anderes wäre irreführend. Die Zweitantragsgegnerin würde aufgrund des Herstellereindrucks nach § 3 PHG haften. Die Auflösung des Tankstellen-Agenturvertrags sei erfolgt, weil die Zweitantragsgegnerin zur Überzeugung gelangt sei, dass sie aufgrund des rechtswidrig Verhaltens des Vertragspartners dazu berechtigt sei. Der Antragsteller habe den schwersten denkbaren Verstoß gegen seine Vertragspflichten begangen, indem er die Herausgabe des im Namen der Zweitantragsgegnerin erzielten Entgeltes nach dem Verkauf fremder Ware im fremden Namen verweigert habe. Die Argumentation des Antragstellers, wonach sich "unter Berücksichtigung eines Mindestlohns von EUR 24.000,-- pro Jahr und Tankstelle" ein Verlust von EUR 300.000,-- ergebe, entbehre jeder vertraglichen Grundlage. Ein "Mindestlohn" sei nicht vereinbart worden. Die finanzielle Situation des Antragstellers habe er selbst zu verantworten, wenn in den Jahren 1998 bis 2001 einem Gewinn von rund 1,7 Mio eine Entnahme von S 3,8 Mio gegenüber stehe. Der Antragsteller habe sich auch gar nicht die Mühe gemacht, die Gegenforderung zu präzisieren. Sein Verhalten zeige vielmehr, dass die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung nicht weiter zugemutet werden könne. Der ständig anwachsende Zahlungsrückstand belaufe sich trotz Berücksichtigung einer Bankgarantie per 2. 7. 2004 auf EUR 163.889,99. Bei dem Angebot, künftige Treibstoffzahlungen Zug-um-Zug zu zahlen, habe der Antragsteller auch erklärt, die bis zu diesem Zeitpunkt (26. 6. 2004) angefallenen Zahlungen mit dem von ihm geltend gemachten Schadenersatzanspruch, der nicht einmal ansatzweise ernsthaft begründet worden sei, aufzurechnen. Bis zum 26. 6. 2004 sei der Außenstand bereits auf rund EUR 160.000,-- angewachsen gewesen. Ein Eingehen auf dieses Anbot sei für die Zweitantragsgegnerin in Hinblick auf den Vertrauensverlust nicht zumutbar gewesen, weil damit auch eine Vertragsverlängerung des bereits mit sofortiger Wirkung aufgelösten Vertrags eingetreten wäre und damit auch eine weitere Verschiebung des Kündigungszeitpunkts der ordentlichen Kündigung des Vertrags. Die Antragsgegner bestritten die Passivlegitimation der Erstantragsgegnerin und die Aktivlegitimation des Antragstellers. Eine marktbeherrschende Stellung komme den Antragsgegnerinnen nicht zu. Ebenso wenig liege aber ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vor. Entgegen den Ausführungen des Antragstellers sei im Tankstellen-Agenturvertrag ein Aufrechnungsverbot vereinbart. Dieses ergebe sich aus den zum Vertragsbestandteil gewordenen allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen der Zweitantragsgegnerin. Dass im Vertrag der alleiniger Bezug der Treibstoffe vom Konzern der Antragsgegnerinnen vorgesehen sei, sei nicht nur wirtschaftlich nachvollziehbar und zulässig, sondern auch zwingend erforderlich, weil jeder Kunde, der eine B\*\*\*\*\* aufsuche, davon ausgehe, dass er dort B\*\*\*\*\* erwerbe. Anderes wäre irreführend. Die Zweitantragsgegnerin würde aufgrund des Herstellereindrucks nach Paragraph 3, PHG haften. Die Auflösung des Tankstellen-Agenturvertrags sei erfolgt, weil die Zweitantragsgegnerin zur Überzeugung gelangt sei, dass sie aufgrund des rechtswidrig Verhaltens des Vertragspartners dazu berechtigt sei. Der Antragsteller habe den schwersten denkbaren Verstoß gegen seine Vertragspflichten begangen, indem er die Herausgabe des im Namen der Zweitantragsgegnerin erzielten Entgeltes nach dem Verkauf fremder Ware im fremden Namen verweigert habe. Die Argumentation des Antragstellers, wonach

sich "unter Berücksichtigung eines Mindestlohns von EUR 24.000,-- pro Jahr und Tankstelle" ein Verlust von EUR 300.000,-- ergebe, entbehre jeder vertraglichen Grundlage. Ein "Mindestlohn" sei nicht vereinbart worden. Die finanzielle Situation des Antragstellers habe er selbst zu verantworten, wenn in den Jahren 1998 bis 2001 einem Gewinn von rund 1,7 Mio eine Entnahme von S 3,8 Mio gegenüber stehe. Der Antragsteller habe sich auch gar nicht die Mühe gemacht, die Gegenforderung zu präzisieren. Sein Verhalten zeige vielmehr, dass die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung nicht weiter zugemutet werden könne. Der ständig anwachsende Zahlungsrückstand belaufe sich trotz Berücksichtigung einer Bankgarantie per 2. 7. 2004 auf EUR 163.889,99. Bei dem Angebot, künftige Treibstoffzahlungen Zug-um-Zug zu zahlen, habe der Antragsteller auch erklärt, die bis zu diesem Zeitpunkt (26. 6. 2004) angefallenen Zahlungen mit dem von ihm geltend gemachten Schadenersatzanspruch, der nicht einmal ansatzweise ernsthaft begründet worden sei, aufzurechnen. Bis zum 26. 6. 2004 sei der Außenstand bereits auf rund EUR 160.000,-- angewachsen gewesen. Ein Eingehen auf dieses Anbot sei für die Zweitantragsgegnerin in Hinblick auf den Vertrauensverlust nicht zumutbar gewesen, weil damit auch eine Vertragsverlängerung des bereits mit sofortiger Wirkung aufgelösten Vertrags eingetreten wäre und damit auch eine weitere Verschiebung des Kündigungszeitpunkts der ordentlichen Kündigung des Vertrags.

Das Erstgericht wies den Antrag ab. Es ließ dahingestellt, ob die Antragsgegnerinnen überhaupt marktbeherrschend im Sinne des § 34 KartG sind. Der Rechtfertigungsgrund ihres Verhaltens ergebe sich schon daraus, dass seitens der OEG im Namen und für Rechnung der Zweitantragsgegnerin eingenommene Gelder einbehalten worden seien. Nach dem Tankstellen-Agenturvertrag "seien diese von der OEG als Agent für die B\*\*\*\*\* vereinnahmt" worden und "als Eigentum von B\*\*\*\*\* gesondert zu verwahren bzw in den Büchern zu führen gewesen. Die erzielten Erlöse seien täglich an B\*\*\*\*\* abzuführen. Die Berufung auf Schadenersatzansprüche und die Aufrechnung damit sei in jedem Falle unzulässig, und zwar schon nach den allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen. Zwar könne ein vertraglich vereinbartes Aufrechnungsverbot missbräuchlich erzwungen und damit nichtig sein. Jedoch verbiete auch § 1440 ABGB die Aufrechnung und Zurückbehaltung. Bei diesem Ergebnis bedürfe es keiner weiteren Auseinandersetzung damit, dass die behaupteten Gegenforderungen den Eindruck erweckten, der Antragsteller schiebe derartige Forderungen vor, um die Zweitantragsgegnerin zu einer wirtschaftlichen Lösung in seinem Sinne zu zwingen. Das Erstgericht wies den Antrag ab. Es ließ dahingestellt, ob die Antragsgegnerinnen überhaupt marktbeherrschend im Sinne des Paragraph 34, KartG sind. Der Rechtfertigungsgrund ihres Verhaltens ergebe sich schon daraus, dass seitens der OEG im Namen und für Rechnung der Zweitantragsgegnerin eingenommene Gelder einbehalten worden seien. Nach dem Tankstellen-Agenturvertrag "seien diese von der OEG als Agent für die B\*\*\*\*\* vereinnahmt" worden und "als Eigentum von B\*\*\*\*\* gesondert zu verwahren bzw in den Büchern zu führen gewesen. Die erzielten Erlöse seien täglich an B\*\*\*\*\* abzuführen. Die Berufung auf Schadenersatzansprüche und die Aufrechnung damit sei in jedem Falle unzulässig, und zwar schon nach den allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen. Zwar könne ein vertraglich vereinbartes Aufrechnungsverbot missbräuchlich erzwungen und damit nichtig sein. Jedoch verbiete auch Paragraph 1440, ABGB die Aufrechnung und Zurückbehaltung. Bei diesem Ergebnis bedürfe es keiner weiteren Auseinandersetzung damit, dass die behaupteten Gegenforderungen den Eindruck erweckten, der Antragsteller schiebe derartige Forderungen vor, um die Zweitantragsgegnerin zu einer wirtschaftlichen Lösung in seinem Sinne zu zwingen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs des Antragstellers mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss im antragsstattgebenden Sinne abzuändern; hilfsweise stellt er einen Aufhebungsantrag. Die Antragsgegnerinnen beantragen, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Vorweg setzt sich der Antragsteller mit den Fragen der Aktiv- und der Passivlegitimation auseinander, die aber für die Abweisung des Antrages vom Erstgericht gar nicht behandelt wurden. Im Folgenden begeht der Antragsteller ergänzende Feststellungen insbesondere dahin, dass die Verpflichtungen aus dem Agenturvertrag hinsichtlich des Abführrens der Treibstofferlöse abbedungen worden seien und ein 7-tägiges Zahlungsziel eingeräumt worden sei und dass die Treibstofferlöse auf ein allgemeines Betriebskonto der OEG für vielerlei Geschäftsgebarungen einbezahlt worden seien. Ein dahingehendes klares Vorbringen wurde jedoch in erster Instanz gar nicht erstattet. Ebensowenig wurden ausreichende Bescheinigungsmittel dazu vorgelegt.

Nun können im Rekursverfahren schon allgemein in Kartellsachen die Parteien zwar das vorliegende Tatsachenmaterial ergänzen oder berichtigen, sie dürfen aber nicht von den bisherigen Behauptungen abweichende Tatsachenbehauptungen oder solche vortragen, die bisher überhaupt noch nicht aufgestellt worden sind. Nur in diesem Umfang besteht im Rekursverfahren in Kartellsachen kein Neuerungsverbot (vgl RIS-Justiz RS0113721 mwN zuletzt etwa 16 Ok 9/03; zu den einstweiligen Verfügungen allgemein RIS-JustizRS0002445 mwN zuletzt etwa 6 Ob 270/02b). Darüber gehen jedoch die nunmehrigen Ausführungen des Antragstellers hinausNun können im Rekursverfahren schon allgemein in Kartellsachen die Parteien zwar das vorliegende Tatsachenmaterial ergänzen oder berichtigen, sie dürfen aber nicht von den bisherigen Behauptungen abweichende Tatsachenbehauptungen oder solche vortragen, die bisher überhaupt noch nicht aufgestellt worden sind. Nur in diesem Umfang besteht im Rekursverfahren in Kartellsachen kein Neuerungsverbot vergleiche RIS-Justiz RS0113721 mwN zuletzt etwa 16 Ok 9/03; zu den einstweiligen Verfügungen allgemein RIS-Justiz RS0002445 mwN zuletzt etwa 6 Ob 270/02b). Darüber gehen jedoch die nunmehrigen Ausführungen des Antragstellers hinaus.

Der Antragsteller bekämpft im Folgenden die Ansicht des Erstgerichts, dass der Vertragsbeziehung die festgestellten allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen zugrunde zulegen seien. Er macht geltend, dass diese dem Tankstellen-Agenturvertrag nicht angeschlossen gewesen seien. Dies wurde aber ohnehin nicht festgestellt. Vielmehr wurde nur der Vertragstext festgestellt, wonach diese - ebenfalls festgestellten - allgemeinen Geschäftsbedingungen auch zum Inhalt des Vertrags gemacht wurden und ihre Kenntnis sowie Wirksamkeit bestätigt wurde.

Weiters macht der Antragsteller geltend, dass es zwar zutreffe, dass er zunächst nur pauschal seine Gegenforderungen mit zumindest EUR 500.000 angemeldet und einen Anspruch von EUR 300.000 aufgerechnet habe, es seien aber auch die zugesagten Betriebskostenzuschüsse offen gewesen. Nunmehr habe der Antragsteller seine Gegenforderung mit Schreiben vom 20. 7. 2004 konkretisiert und eine Betrag von EUR 575.765,80 aus den Titeln der Gewinnzusage, der Schadenersatzforderungen und des Bereicherungsrechts gefordert. Dies ergebe sich insbesondere aus den Vorgaben im Shop-, Bistro- und Carwash - Bereich. Dies zeige, dass der Antragsteller die Tankstelle nicht bloß als "Faustpfand" behalte. Der erstgerichtliche Beschluss stammt vom 9. 7. 2004. Es bedarf insoweit wohl keiner näheren Ausführungen, dass das nunmehrige Vorbringen ebenfalls unter das bereits oben dargestellte Neuerungsverbot fällt. Darauf ist der Antragsteller auch zu verweisen, soweit er geltend macht, dass er selbst als Auskunftsperson für die nunmehr begehrten Feststellungen einzuvernehmen gewesen wäre.

Aber auch der Rechtsrüge des Antragstellers kommt keine Berechtigung zu.

§ 35 Abs 1 erster Satz KartG idF KartGNov 2002BGBI I 2002/62 lautet:  
"Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist verboten; das Kartellgericht hat auf Antrag den beteiligten Unternehmern aufzutragen, den Missbrauch abzustellen."

Ein Missbrauch kann gem § 35 Abs 1 Z 1 KartGinsbesondere in der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung unangemessener

Geschäftsbedingungen bestehen.

§ 35 KartG hat den Zweck, konkrete Verhaltensweisen im wirtschaftlichen Wettbewerb, die sich negativ auf den Markt auswirken können, zu unterbinden. Missbräuchlich sind sämtliche Verhaltensweisen eines Unternehmers in beherrschender Stellung, die die Strukturen eines Marktes beeinflussen können, auf dem Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmers bereits geschwächt ist und die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen (stRsp ua 16 Ok 11/03 = MR 2004, 143;

RIS-Justiz RS0063530). Bei der Prüfung, ob eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt, ist stets eine sorgfältige Abwägung der einander widerstreitenden Interessen vorzunehmen (16 Ok 11/03 mwN).

Im Kern begeht der Antragsteller primär, dass die Antragsgegnerin ihn trotz der Vertragsauflösungen weiter mit Treibstoffen beliefern solle, obwohl er die bis 26. 6. 2004 offenen Abrechnungen von fast 80.000 EUR nicht zu zahlen bereit ist, sondern mit von ihm erhobenen Schadenersatzforderungen kompensiert hat.

Konkret zu beurteilen ist dabei auch das Aufrechnungsverbot. Dieses ist in den Vertrag zugrunde gelegten allgemeinen

Geschäftsbedingungen ausdrücklich vorgesehen. Dass ein Aufrechnungsverbot als solches bei diesen so ungewöhnlich wäre, dass der Vertragspartner im Sinne des 864a ABGB nicht damit zu rechnen brauchte, hat der Antragsteller in erster Instanz gar nicht behauptet (vgl allgemein RIS-Justiz RS0014513 mwN insbesondere 7 Ob 789/79, wonach Aufrechnungsverbote sehr häufig in den Liefer- und Zahlungsbedingungen von Handelsfirmen vorgesehen sind; Rummel in Rummel ABGB3 § 864a Rz 5 zum Eigentumsvorbehalt). Da also eine vertragliche Grundlage besteht bedarf es vorweg auch keiner näheren Auseinandersetzung mit den gesetzlichen Aufrechnungsverboten nach § 1440 ABGB. Geschäftsbedingungen ausdrücklich vorgesehen. Dass ein Aufrechnungsverbot als solches bei diesen so ungewöhnlich wäre, dass der Vertragspartner im Sinne des 864a ABGB nicht damit zu rechnen brauchte, hat der Antragsteller in erster Instanz gar nicht behauptet vergleichbare allgemein RIS-Justiz RS0014513 mwN insbesondere 7 Ob 789/79, wonach Aufrechnungsverbote sehr häufig in den Liefer- und Zahlungsbedingungen von Handelsfirmen vorgesehen sind; Rummel in Rummel ABGB3 Paragraph 864 a, Rz 5 zum Eigentumsvorbehalt). Da also eine vertragliche Grundlage besteht bedarf es vorweg auch keiner näheren Auseinandersetzung mit den gesetzlichen Aufrechnungsverboten nach Paragraph 1440, ABGB.

Geht man von der Vereinbarung des Aufrechnungsverbotes aus, so stellt sich die Frage, ob diese Vereinbarung als Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung als sittenwidrig anzusehen ist. Nach Lehre und Rechtsprechung kann der Ausschluss der Kompensation im Rahmen der Privatautonomie grundsätzlich gültig vereinbart werden (Dullinger in Rummel, ABGB3 § 1440 Rz 29; Honsell/Heidinger in Schwimann, ABGB<sup>2</sup> § 1440 Rz 22 je mwN). Eine solche Vereinbarung ist in der Regel auch kein Verstoß gegen die guten Sitten, weil im Streitfall dem Beklagten ja die abgesonderte Geltendmachung der Gegenansprüche im Klage- oder Widerklageweg offen bleibt (Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 121 mwN; RIS-Justiz RS0018102). Geht man von der Vereinbarung des Aufrechnungsverbotes aus, so stellt sich die Frage, ob diese Vereinbarung als Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung als sittenwidrig anzusehen ist. Nach Lehre und Rechtsprechung kann der Ausschluss

der Kompensation im Rahmen der Privatautonomie grundsätzlich gültig vereinbart werden (Dullinger in Rummel, ABGB3 Paragraph 1440, Rz 29; Honsell/Heidinger in Schwimann, ABGB<sup>2</sup> Paragraph 1440, Rz 22 je mwN). Eine solche Vereinbarung ist in der Regel auch kein Verstoß gegen die guten Sitten, weil im Streitfall dem Beklagten ja die abgesonderte Geltendmachung der Gegenansprüche im Klage- oder Widerklageweg offen bleibt (Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> Paragraph 879, Rz 121 mwN; RIS-Justiz RS0018102).

Geschäftsbedingungen können einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung aber dann darstellen, wenn sie die Vorteile und Risiken eines Rechtsgeschäfts einseitig zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmers verteilen und so entweder mit wettbewerblichen Schutzzwecken oder mit der Sicherung individueller Belange vor Ausbeutung in Konflikt geraten, wenn also die erzwungenen Konditionen offensichtlich unbillig sind. Ein Missbrauch der Marktmacht wäre etwa dann anzunehmen, wenn die vom marktbeherrschenden Unternehmer als Voraussetzung für den Vertragsabschluss genannten Bedingungen ihrem Inhalt nach nicht gerechtfertigt sind, weil sie volkswirtschaftlich als Missbrauch der Stellung im Markt zu bloßem unternehmenseigenen Nutzen des marktbeherrschenden Unternehmers zu qualifizieren sind oder wenn der Marktbeherrscher dem Vertragspartner Verpflichtungen auferlegt, die für die Verwirklichung eines an sich legitimen Ziels entbehrlich sind und die Freiheit des Vertragspartners unbillig beschränkt (OGH 15. 10. 2002 4 Ob 187/02g = EvBl 2003/19 mwN = Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht Art 86 Rz 148; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht9 Art 82 Rz 105, Schröter in Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art 86 Rz 155 und 158). Geschäftsbedingungen können einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung aber dann darstellen, wenn sie die Vorteile und Risiken eines Rechtsgeschäfts einseitig zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmers verteilen und so entweder mit wettbewerblichen Schutzzwecken oder mit der Sicherung individueller Belange vor Ausbeutung in Konflikt geraten, wenn also die erzwungenen Konditionen offensichtlich unbillig sind. Ein Missbrauch der Marktmacht wäre etwa dann anzunehmen, wenn die vom marktbeherrschenden Unternehmer als Voraussetzung für den Vertragsabschluss genannten Bedingungen ihrem Inhalt nach nicht gerechtfertigt sind, weil sie volkswirtschaftlich als Missbrauch der Stellung im Markt zu bloßem unternehmenseigenen Nutzen des marktbeherrschenden Unternehmers zu qualifizieren sind oder wenn der Marktbeherrscher dem Vertragspartner Verpflichtungen auferlegt, die für die Verwirklichung eines an sich legitimen Ziels entbehrlich sind und die Freiheit des Vertragspartners unbillig beschränkt (OGH 15. 10. 2002 4 Ob 187/02g = EvBl 2003/19 mwN = Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht Artikel 86, Rz 148; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht9 Artikel 82, Rz 105, Schröter in Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Artikel 86, Rz 155 und 158).

Den Interessen des durch das Aufrechnungsverbot Begünstigten, sein eigenes Recht rasch und ohne Verzögerung infolge Geltendmachung der Gegenforderung durchzusetzen, sind die Nachteile für den Belasteten, der für seine eigenen Forderungen nicht schon mit Abgabe der Aufrechnungserklärung rückwirkend auf den Zeitpunkt der Aufrechnungslage Befriedigung erlangen kann (§ 1438 ABGB) sowie der Liquiditätsverlust bis zur Einbringlichmachung gegenüber zu stellen. Soll ein solches Aufrechnungsverbot auch konnexe Gegenforderungen erfassen, so kann darin ein missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung liegen. Dies wurde bei einem Gebietshändler, der zwar seinen Kunden gegenüber für berechtigte Garantieansprüche sofort einstehen muss, aber seine hiefür getätigten Auslagen nicht unmittelbar dem (marktmächtigen) Generalimporteur weiterverrechnen könnte obwohl ihm dieser infolge Mangelhaftigkeit der gelieferten Ware haftbar ist, und gegebenenfalls auch im Zusammenhang mit Schadenersatzforderungen infolge einer Vertragsverletzung des Generalimporteurs gegen dessen Lieferforderungen aus dem verletzten Vertrag bejaht (vgl OGH 15. 10. 2002 4 Ob 187/02g = EvBl 2003/19 auch unter Hinweis auf§ 6 Abs 1 Z 8 KSchG). Es geht also um Aufrechnungsverbote, bei denen eine Aufrechnung mit Gegenforderungen ausgeschlossen wird, die im rechtlichen Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Marktbeherrschers stehen. Den Interessen des durch das Aufrechnungsverbot Begünstigten, sein eigenes Recht rasch und ohne Verzögerung infolge Geltendmachung der Gegenforderung durchzusetzen, sind die Nachteile für den Belasteten, der für seine eigenen Forderungen nicht schon mit Abgabe der Aufrechnungserklärung rückwirkend auf den Zeitpunkt der Aufrechnungslage Befriedigung erlangen kann (Paragraph 1438, ABGB) sowie der Liquiditätsverlust bis zur Einbringlichmachung gegenüber zu stellen. Soll ein solches Aufrechnungsverbot auch konnexe Gegenforderungen erfassen, so kann darin ein missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung liegen. Dies wurde bei einem Gebietshändler, der zwar seinen Kunden gegenüber für berechtigte Garantieansprüche sofort einstehen muss, aber seine hiefür getätigten Auslagen nicht unmittelbar dem (marktmächtigen) Generalimporteur weiterverrechnen könnte obwohl ihm dieser infolge Mangelhaftigkeit der gelieferten Ware haftbar ist, und gegebenenfalls auch im Zusammenhang mit

Schadenersatzforderungen infolge einer Vertragsverletzung des Generalimporteurs gegen dessen Lieferforderungen aus dem verletzten Vertrag bejaht vergleiche OGH 15. 10. 2002 4 Ob 187/02g = EvBl 2003/19 auch unter Hinweis auf Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 8, KSchG). Es geht also um Aufrechnungsverbote, bei denen eine Aufrechnung mit Gegenforderungen ausgeschlossen wird, die im rechtlichen Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Marktbeherrschers stehen.

Damit kommt aber der allgemeinen Beurteilung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses spezifische Bedeutung zu. Im Zusammenhang mit der grundsätzlichen Bejahung des Ausgleichsanspruches nach § 24 HVG hat sich der Oberste Gerichtshof ausführlich mit der Stellung der Tankstellenpächter auseinandergesetzt und ist davon ausgegangen, dass dieser regelmäßig als Handelsvertreter anzusehen sein wird (vgl OGH 28. 3. 2002 8 ObA 290/01g mwN etwa Hopt, Handelsvertreterrecht, 128; BGH 6. 8. 1997 NJW 1998, 66 sowie 71; Köstner in Röhricht/Westphalen, HGB2, 985; Küstner/Manteuffel/Evers Handbuch des gesamten Außendienstreiches 26, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, 201 ff und 327 ff insb 204 f zur Selbstbedienungstankstelle mwN, Loewisch in Boujoung/Ebenroth/Joost HGB, 1045 ff, 1076 ff). Nach § 1 HVertrG ist Handelsvertreter, wer von einem anderen mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften in dessen Namen und für dessen Rechnung ständig betraut ist und diese Tätigkeit selbständig und gewerbsmäßig ausübt. Hier ist davon auszugehen, dass die Tätigkeit des Antragstellers darin bestand, die im Eigentum einer Antragsgegnerin stehenden Treibstoffe auf deren Rechnung und in deren Namen im Wesentlichen an Letzverbraucher zu verkaufen. Dass der Antragsteller im Hinblick auf seine wirtschaftliche Abhängigkeit allenfalls als arbeitnehmerähnlich einzustufen ist, ändert an der zivilrechtlichen Qualifikation des Vertragsverhältnisses nichts (vgl dazu OGH 28. 3. 2002 8 ObA 290/01g mwN; Kuderna, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz2, 329 f, ähnlich schon OGH 1. 4. 1998, 9 ObA 44/98f = EvBl 1998/147). Damit kommt aber der allgemeinen Beurteilung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses spezifische Bedeutung zu. Im Zusammenhang mit der grundsätzlichen Bejahung des Ausgleichsanspruches nach Paragraph 24, HVG hat sich der Oberste Gerichtshof ausführlich mit der Stellung der Tankstellenpächter auseinandergesetzt und ist davon ausgegangen, dass dieser regelmäßig als Handelsvertreter anzusehen sein wird vergleiche OGH 28. 3. 2002 8 ObA 290/01g mwN etwa Hopt, Handelsvertreterrecht, 128; BGH 6. 8. 1997 NJW 1998, 66 sowie 71; Köstner in Röhricht/Westphalen, HGB2, 985; Küstner/Manteuffel/Evers Handbuch des gesamten Außendienstreiches 26, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, 201 ff und 327 ff insb 204 f zur Selbstbedienungstankstelle mwN, Loewisch in Boujoung/Ebenroth/Joost HGB, 1045 ff, 1076 ff). Nach Paragraph eins, HVertrG ist Handelsvertreter, wer von einem anderen mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften in dessen Namen und für dessen Rechnung ständig betraut ist und diese Tätigkeit selbständig und gewerbsmäßig ausübt. Hier ist davon auszugehen, dass die Tätigkeit des Antragstellers darin bestand, die im Eigentum einer Antragsgegnerin stehenden Treibstoffe auf deren Rechnung und in deren Namen im Wesentlichen an Letzverbraucher zu verkaufen. Dass der Antragsteller im Hinblick auf seine wirtschaftliche Abhängigkeit allenfalls als arbeitnehmerähnlich einzustufen ist, ändert an der zivilrechtlichen Qualifikation des Vertragsverhältnisses nichts vergleiche dazu OGH 28. 3. 2002 8 ObA 290/01g mwN; Kuderna, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz2, 329 f, ähnlich schon OGH 1. 4. 1998, 9 ObA 44/98f = EvBl 1998/147).

Einer weiteren Auseinandersetzung mit den allfälligen Grenzen der Zulässigkeit von Aufrechnungsverböten in diesem Zusammenhang (vgl dazu, dass grundsätzlich selbst bei den gesetzlichen Aufrechnungsverböten eine weite Interpretation des § 1440 ABGB hinsichtlich "in Verwahrung" genommener Gegenstände erfolgt Dullinger aaO, Rz 14 ff; Honsell/Heidinger in Schwimann ABGB2 § 1440 Rz 9 f) bedarf es jedoch schon deshalb nicht, da davon jedenfalls nur rechtlich konnexe Forderungen erfasst sein könnten. Eine gar nicht ausreichend konkretisierte Gegenforderung kann aber keinesfalls als konnexe Forderung in diesem Sinne angesehen werden. Geht man aber von der Wirksamkeit des Aufrechnungsverbotes aus, so hat der Antragsteller unberechtigt die Zahlung der doch sehr erheblichen rückständigen Forderungen der Antragsgegnerin aus den Treibstofflieferungen verweigert. Wenn die Antragsgegnerin dann zu weiteren Lieferungen nicht mehr bereit ist, so stellt dies ein Verhalten dar, das auch unter Berücksichtigung ihrer allfälligen Stellung als marktbeherrschendes Unternehmen als sachlich gerechtfertigt anzusehen ist (vgl allgemein zu den zulässigen Konsequenzen schwerer Vertragsverletzungen OGH 17. 12. 1997

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)