jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2009/7/15 16Ok6/09

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 15.07.2009

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Präsidentin Hon.-Prof. Dr. Griss als Vorsitzende, die Hofräte Dr. Vogel und Dr. E. Solé sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Bauer und Dr. Haas als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Antragsteller 1. Bundeskartellanwalt, Wien 1, Schmerlingplatz 11, und 2. Bundeswettbewerbsbehörde, Wien 2, Praterstraße 31, gegen die Antragsgegnerinnen 1. Heinrich B***** KG, *****, 2. „B*****" ***** GesmbH & Co KG, *****, beide vertreten durch Dr. Volker Meinberg, Rechtsanwalt in Hamburg, und Dr. Johannes Willheim, Rechtsanwalt in Wien, 3. P***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Ernst Blanke, Dr. Christoph Gernerth Mautner Markhof, Rechtsanwälte in Hallein, wegen Feststellung und Abstellung, über die Rekurse der Erst- und der Zweitantragsgegnerin sowie der Drittantragsgegnerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 27. Jänner 2009, GZ 26 Kt 17, 18, 27, 28/07-38, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

1. Der Rekurs der Erst- und der Zweitantragsgegnerin wird zurückgewiesen.

2. Dem Rekurs der Drittantragsgegnerin wird nicht Folge gegeben.

Text

Begründung:

Die Erstantragsgegnerin ist Muttergesellschaft eines hauptsächlich im Verlagsgeschäft mit Publikumszeitschriften, insbesondere Programmzeitschriften, Frauenmagazinen und Jugendmagazinen, tätigen Konzerns.

Die Zweitantragsgegnerin erzielt über 90 % ihres Umsatzes mit Druckerzeugnissen. Sowohl ihre Komplementärin als auch ihre Kommanditistin sind Konzerngesellschaften der Erstantragsgegnerin.

Die Drittantragsgegnerin ist Teil eines Schweizer Konzerns. Sie erwirtschaftet rund 90 % ihres Umsatzes im Grossistengeschäft mit Zeitschriften. Sie beschäftigt mehr als 200 Mitarbeiter, betreibt zwei Logistikstandorte, ein Nachlieferungslager und ein Call-Center.

Die Zweitantragsgegnerin übertrug der Drittantragsgegnerin die Alleinauslieferung der Vertriebsobjekte der Erst- und der Zweitantragsgegnerin für Österreich zum Zwecke der Belieferung des Einzel- und Kolportagehandels sowie des Bahnhofbuchhandels.

Der Vertrieb von Presseprodukten kann grundsätzlich auf vier Vertriebswegen erfolgen, nämlich im Abonnementvertrieb, über Kolportage, in Selbstbedienung und im - hier relevanten - Einzelhandelsvertrieb über rund

12.000 Verkaufsstellen in Österreich. Davon sind ca 50 % Trafiken, 30 % Lebensmitteleinzelhändler sowie 20 % Kioske und Tankstellen. Die Zustellung zum Einzelhandelsvertrieb führt in der Regel der Pressegroßhändler (Pressegrossist) durch. Diese Vertriebswege sind aus Sicht der Verlage nicht austauschbar, jeder Vertriebsweg spricht eine andere Zielgruppe von Lesern an und deckt unterschiedliche Bedürfnisse ab.

Österreichweit wird das Pressegrosso von der M***** KG und der Drittantragsgegnerin angeboten, die überwiegend Zeitungen und Zeitschriften deutscher Herkunft in Österreich vertreibt. Nach der Zahl der vertriebenen Exemplare hat die Drittantragsgegnerin einen Marktanteil von etwa einem Drittel. Der Grossist erbringt im Wesentlichen spezielle Logistikdienstleistungen. Sie umfassen vor allem die Abholung der Presseprodukte von den Druckereien, die Kommissionierung der Sendungen an die Verkaufsstellen, die Organisation des eigentlichen Transports, die Einholung und Zählung der nicht verkauften Exemplare (Remission) und die Durchführung des Inkassos beim Einzelhändler. Auf die gesamten Logistikleistungen ohne Transportkosten (Kommissionierung, Zählung etc) entfallen im Pressegroßhandel 65 % der Gesamtkosten, 35 % der Kosten betreffen Aufwendungen für die eigentliche Zustellung, Auslieferung und Einholung der Exemplare (reine Transportkosten).

Der Verlag gibt dem Grossisten sowohl die Verkaufspreise im Einzelhandel (durch Aufdruck des Preises auf allen Exemplaren) als auch die zu verkaufende Auflage vor. Der Grossist veräußert die Zeitschriften im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung. Sein Großhandelsrabatt für die vertriebenen Produkte liegt zwischen 30 und 52 % und wird vom Nettopreis der verkauften Exemplare berechnet. Aufgrund des bereits erwähnten Remissionsrechts haben der Groß- und der Einzelhändler jeweils die Möglichkeit, nicht verkaufte Presseerzeugnisse zur vollen Gutschrift zurückzugeben. Die physische Rückgabe erfolgt dabei nur vom Einzelhändler an den Grossisten, nicht aber von diesem an den Verlag (körperlose Remission). Der Rechnungslauf und die Zahlungsfristen sind so gestaltet, dass der Einzelhändler im Ergebnis nur die tatsächlich verkauften Exemplare an den Grossisten bezahlt. Für den Einzelhändler ist der Verkauf von Zeitschriften durch das Remissionsrecht risikolos. Seine Einzelhandelsspanne beträgt bei ausländischen Zeitschriften etwas über 15 % des Nettoendverkaufspreises, die Belieferung ist für ihn kostenfrei.

Dieses Remissionssystem ist für die Verfügbarkeit einer Vielfalt von Presseprodukten von essentieller Bedeutung, weil es eine möglichst breite Erhältlichkeit von Titeln sicherstellt. Ohne diese spezifische Vertriebsstruktur würde sich der Vertrieb über den Einzelhändler auf umsatzstarke Zeitschriften konzentrieren. Das System erfordert Objekt- oder Titelexklusivität. Ein und derselbe Zeitschriftentitel kann innerhalb eines Gebiets nur von einem Grossisten vertrieben werden. Andernfalls käme es zu einer Vermengung der Remissionsexemplare. Es ist jedoch üblich, dass ein Verlag verschiedene Titel von verschiedenen Grossisten vertreiben lässt.

Dem Grossisten kommt im Verhältnis zu den Einzelhändlern das Dispositionsrecht zu. Er trifft die Entscheidung, welcher Einzelhändler mit welchen Produkten in welcher Zahl beliefert wird. Er gibt auch Empfehlungen für die Präsentation der Ware im Regal und stellt Displays, Sonderverkaufshilfen, Präsentationsständer und dergleichen zur Verfügung. Nach dem Vertrag wäre der Verlag berechtigt, die Vertriebsobjekte und Richtemissionswerte festzusetzen. De facto hat der Grossist über die Auswahl der Verkaufsstellen, Festlegung der Liefermengen und Mitwirkung bei der Warenpräsentation großen Einfluss auf den Verkaufserfolg einer Zeitschrift. Seine Tätigkeit ist für die Verlage kaum kontrollierbar. Da ein Grossist vielfach konkurrierende Presseprodukte vertreibt, messen die Verlage allerdings seiner Neutralitätsverpflichtung besondere Bedeutung zu.

Das Pressegrosso hat Elemente eines natürlichen Monopols, das heißt, dass die Durchschnittskosten im relevanten Marktabschnitt einen sinkenden Verlauf aufweisen. Die Erbringung der Leistung durch ein Unternehmen ist bezogen auf die Stückkosten wirtschaftlicher als die Erbringung der Leistung durch mehrere Unternehmen.

Die Auslieferung der Verlagserzeugnisse der Erst- und der Zweitantragsgegnerin durch die Drittantragsgegnerin erfolgt auf Basis eines Liefervertrags zwischen der Zweit- und der Drittantragsgegnerin. Danach obliegt der Drittantragsgegnerin ab 1. Juli 2004 die Alleinauslieferung der Vertriebsobjekte der Erst- und der Zweitantragsgegnerin für den österreichischen Vertriebsmarkt zum Zwecke der Belieferung des Einzel- und Kolportagehandels. Die Drittantragsgegnerin hat ihre Abnehmer schriftlich zu verpflichten, die Vertriebsobjekte nur zu den verlagsseitig festgesetzten Verkaufspreisen an Endabnehmer zu verkaufen. Um optimale Verkaufsergebnisse zu sichern, ist es auch Aufgabe der Drittantragsgegnerin, alle für das einzelne Vertriebsobjekt in Frage kommenden Wiederverkäufer vollständig zu erfassen und zu beliefern. Die Drittantragsgegnerin muss die gelieferten Werbemittel an geeignete Wiederverkäufer verteilen und deren wirksame Verwendung überwachen. Sie hat das volle Rückgaberecht für

unverkaufte Exemplare und ist verpflichtet, dieses an die Wiederverkäufer weiterzugeben. Die Gutschrift für unverkaufte Exemplare erfolgt zum Rechnungspreis der Zweitantragsgegnerin, wobei die Drittantragsgegnerin vertraglich gebunden ist, ihren Abnehmern ebenso zum eigenen Rechnungspreis Gutschriften für unverkauft gebliebene Exemplare zu leisten. Die Drittantragsgegnerin hat für die ihr von der Zweitantragsgegnerin übertragenen Objekte alle vertrieblichen Möglichkeiten voll auszuschöpfen und Neutralität in der Behandlung des gesamten Lieferprogramms zu wahren. Die Vertriebsobjekte bleiben bis zur Erfüllung aller Forderungen Eigentum der Zweitantragsgegnerin; die Drittantragsgegnerin ist auch verpflichtet, der Zweitantragsgegnerin die Ansprüche aus der Weiterveräußerung zur Sicherung abzutreten, solange Zahlungsverzug besteht. Das Delkredere-Risiko für Forderungsausfälle aus der Belieferung der Wiederverkäufer trägt die Drittantragsgegnerin. Als Entgelt für ihre Leistungen erhält die Drittantragsgegnerin für alle Verkäufe der periodisch erscheinenden Titel einen Objektrabatt auf den jeweiligen österreichischen Nettoverkaufspreis.

Die im Verhältnis zwischen Grossist und Verlag geltenden Vertriebskonditionen der Drittantragsgegnerin enthalten unter anderem deren Verpflichtung, die Verlagsprodukte so zu verteilen, dass eine bestmögliche Ausschöpfung aller Absatzmöglichkeiten gewährleistet ist. Bei der Einzelhändlerauswahl orientiert sich danach die Drittantragsgegnerin an den vorhandenen Marktdaten, wie der Einzelhandelsstrukturanalyse (EHASTRA-Daten, wie Lage, Umsatz, Geschäftsart, Lokalfläche, Regalfläche, Umsatzzeiten usw). Der Startbezug wird in Abstimmung mit dem Verlag festgelegt. Die Drittantragsgegnerin hat folgende Leistungen zu erbringen: Warenübernahme, Kommissionierung, Lieferscheinlegung, Zubringung zu den Auslieferungs-Stützpunkten, Zustellung zum Einzelhandel, Erstellung der Retourenscheine, Retourenrückholung, Retourenübernahme, Retourengutschrift, Rechnungslegung, Kontoführung, Zahlungsverkehr, Delkredere, Nachlieferungswesen, Kundendienst, Außendienstbetreuung, Verteilererstellung und marktgerechte Regulierung, Verlagsabrechnung, Werbeaktivitäten in Form der Verteilung der vom Verlag zur Verfügung gestellten Werbemittel an die Einzelhändler, der Organisation von Händlerwettbewerben und der Aussendung von Händlerinformationen. Darüber hinausgehende Leistungen, wie Plakatwerbung etc, verrechnet die Drittantragsgegnerin dem Verlag zu Eigenkosten, Publikumswerbung dagegen ist Obliegenheit des Verlags.

Nach den Geschäftsbedingungen der Drittantragsgegnerin gegenüber den Einzelhändlern dürfen Druckerzeugnisse nur an Letztverbraucher verkauft werden, und zwar ausschließlich zu den aufgedruckten, vom Verlag vorgegebenen Preisen. Die gelieferte Ware bleibt bis zur vollständigen Bezahlung aller Forderungen aus der Geschäftsverbindung im Eigentum des Grossisten. Der Einzelhändler ist verpflichtet, das gesamte vom Grossisten angebotene Sortiment von Verlagserzeugnissen zu führen, wobei das Dispositionsrecht des Grossisten seine natürliche Begrenzung in den betrieblichen Möglichkeiten des Einzelhändlers findet. Der Grossist ist wiederum verpflichtet, für eine markt- und standortgerechte Objektauswahl und Bezugsregulierung zu sorgen. Der Einzelhändler hat bis zu fünf Ausgaben von Neuerscheinungen in sein Sortiment aufzunehmen, um deren Verkäuflichkeit festzustellen. Nach dreimaligem „Nullverkauf" wird die Lieferung vom Grossisten eingestellt. Die Lieferung an den Einzelhändler wird kostenlos durchgeführt. Nicht verkaufte Druckerzeugnisse können zur vollen Gutschrift zurückgegeben werden.

Der Bundeskartellanwalt und die Bundeswettbewerbsbehörde beantragen festzustellen, dass die Antragsgegnerinnen insbesonders für bestimmte namentlich aufgezählte Zeitschriften den zwischenstaatlichen Wettbewerb durch a) Vereinbarung einer Preisbindung des Groß- und Einzelhandels zu Preisen, die gegenüber Deutschland überdurchschnittlich hoch sind, und die dadurch zu einer Preisdiskriminierung führt, b) Absicherung dieser Preisdiskriminierung mittels einer Marktaufteilung unter anderem durch Vereinbarung eines Gebietsschutzes und eines Alleinvertriebsvertrags für die Drittantragsgegnerin für Österreich und durch Beschränkung von Querlieferungen zwischen Einzelhändlern beschränkt haben, ohne dass im konkreten Fall etwaige Verbesserungen der Warenverteilung in angemessener Weise an Konsumenten weitergegeben werden und/oder diese Wettbewerbsbeschränkungen unerlässlich wären. Weiters wird beantragt, durch geeignete Maßnahmen die Abstellung von Zuwiderhandlungen anzuordnen.

Die Drittantragsgegnerin habe auf dem sachlich relevanten Markt des Pressegroßhandels mit Zeitschriften einen Marktanteil von etwa 35 %. Die überhöhten Preise resultierten aus dem System der Preisbindung der zweiten Hand, exklusiven Gebietsverträgen und der Verhinderung grenzüberschreitenden Handels sowie der Duldung von Alleinbezugsverträgen. Da „Preisbindung der zweiten Hand" und „absoluter Gebietsschutz" eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckten, brauchten die tatsächlichen Wirkungen auf den Wettbewerb nicht untersucht werden. Die Beschränkungen führten zu erheblichen Preisdifferenzen zwischen zwei unmittelbar aneinandergrenzenden

Mitgliedstaaten der EU und hätten im Hinblick auf die betroffenen Marktanteile spürbare Auswirkungen auch auf den zwischenstaatlichen Handel. Ein Pressegrossist sei kein echter Handelsvertreter im Sinne der Leitlinien für vertikale Beschränkungen der Europäischen Kommission (LLVert; idF Leitlinien) und daher nicht dem Anwendungsbereich des Art 81 Abs 1 EG entzogen. Das treffe auch für die Drittantragsgegnerin zu; sie sei nicht in die Vertriebsstruktur der Verlage eingebettet und trete als unabhängiger Handelsunternehmer auf.

Die Erstantragsgegnerin wandte ein, das Gericht sei unzuständig, weil sich der Antrag gegen eine Preisdiskriminierung durch Festsetzung von im Vergleich zu Deutschland überhöhten Preisen richte. Art 81 EG biete aber keine Grundlage für Preiskontrollen. Es sei überdies völlig normal, dass die Auslandsauflage teurer als die Inlandsauflage sei. Die Preisunterschiede folgten aus erhöhten Kosten des Vertriebs, längeren Transportwegen und relativ weniger Einzelverkaufsstellen. Die Verlage müssten in Österreich höhere Handelsrabatte, nämlich 30 bis 50 % statt wie in Deutschland 30 bis 40 %, akzeptieren und könnten für die in Österreich vertriebene Auflage keine zusätzlichen Werbeeinnahmen erzielen. Auch sei in Österreich die Remissionsquote höher als in Deutschland. Im Grosso-Vertriebssystem trage der Verlag wegen des Remissionsrechts das volle Absatzrisiko, der Grossist dagegen keines, weshalb die Vereinbarung nicht unter Art 81 Abs 1 EG falle. Die Drittantragsgegnerin sei auch keine (selbstständige) Unternehmerin iSd Art 81 Abs 1 EG, weil sie für die Verlage nur Hilfstätigkeiten verrichtete; sie sei Auslieferer und nicht Absatzmittler. Es wäre daher nationales Kartellrecht anzuwenden; dessen Anwendung sei aber gemäß § 2 Abs 2 Z 2 KartG (Buchpreisbindung) auf Zeitungen und Zeitschriften ausgeschlossen.

Auch die Drittantragsgegnerin verwies auf § 2 Abs 2 Z 2 KartG und auf das „Handelsvertreterprivileg", unter das auch der Pressegroßhandel falle. Die Voraussetzungen für die Ausnahme von Art 81 Abs 1 EG lägen nach den Tz 12 bis 20 der Leitlinien vor. Die Verlage lieferten die Ware auf eigene Kosten zum Standort der Drittantragsgegnerin, die Kosten des Weitertransports in Österreich seien durch den Großhandelsrabatt gedeckt. Die Bewerbung der Publikumszeitschriften sei ausschließlich Sache der Verlage, die Grossisten seien zur Neutralität verpflichtet. Es gebe kein Lager, sondern nur kurzfristigen Warenumschlag. Kunden-, Reparatur- und Garantieleistungen seien im Zeitschriftenproduktbereich nicht notwendig. Die Drittantragsgegnerin habe eine eigene unternehmerische Ausstattung wie jeder Handelsvertreter. Eine Produkthaftung komme nach der Art der vertriebenen Produkte nicht in Betracht. Der Grossist übernehme zwar das Delkredere-Risiko, dieses sei aber mit 20.000 bis 50.000 EUR im Jahr bei einem Umsatz von 90 Mio EUR kalkulatorisch bedeutungslos. Die Marketingstrategie sei den Verlagen vorbehalten. Das Pressevertriebssystem in seiner konkreten Form sei zur kurzfristigen flächendeckenden Verbreitung einer breitgefächerten Produktpalette notwendig und Garant der durch die MRK geschützten Meinungs- und Informationsfreiheit.

Das Erstgericht traf mit dem angefochtenen Beschluss eine Zwischenentscheidung, in der es den Verstoß der Vereinbarungen gegen Art 81 Abs 1 EG feststellte und die Prüfung der Freistellungsfähigkeit nach Art 81 Abs 3 EG der Endentscheidung vorbehielt. Die Parteien haben auf die Bekämpfung der Zwischenentscheidung wegen verfahrensrechtlicher Unzulässigkeit verzichtet.

Das Erstgericht bejahte seine Zuständigkeit. Die Anträge richteten sich gegen die Beseitigung jener Vertragsklauseln, die die Preisbindung, den Exklusivvertrieb und das Querlieferungsverbot betreffen. Es gehe daher nicht um eine Preisfestsetzung oder die Bestimmung einer Relation zwischen Preisen in Deutschland und Österreich.

Die Verträge seien als Vereinbarungen im Sinne des Art 81 Abs 1 EG einzustufen, die behauptete „Duldung" nationaler Buchpreisbindungsbestimmungen durch den EuGH sei bedeutungslos. Nach der Rechtsprechung des EuGH und nach Auffassung der Kommission falle eine Preisbindung im Rahmen des Zeitungsvertriebs in den Anwendungsbereich des Art 81 Abs 1 EG; es sei aber eine allfällige Rechtfertigung nach Art 81 Abs 3 EG zu prüfen. Es seien sowohl die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels als auch die Spürbarkeit zu bejahen. Da die Vereinbarungen eine wettbewerbsrechtliche Kernbeschränkung zum Inhalt hätten, seien deren Wirkungen auf den relevanten Markt nicht mehr zu prüfen. Die Tatbestandsvoraussetzungen des Art 81 Abs 1 EG seien erfüllt; Art 81 EG sei anzuwenden, weil kein echter Handelsvertretervertrag vorliege. Die Eingliederung in die Struktur der Verlage fehle bereits nach dem Vorbringen der Parteien. Die Drittantragsgegnerin biete ihre Dienste als Pressegrossist am Markt an und führe sie selbstständig aus. Sie sei den Verlagen gegenüber ausdrücklich zur Neutralität verpflichtet und könne daher den Absatz von Produkten der Erst- und der Zweitantragsgegnerin nicht fördern. Dass sie ihre geschäftliche Gestion nicht autonom bestimmen könne, werde nicht einmal behauptet. Als echter Handelsvertretervertrag im Sinne der Tz 13 ff der Leitlinien komme nur ein Vertreter in Frage, der keine oder nur unbedeutende Risken in Bezug auf die

ausgehandelten Verträge und die geschäftsspezifischen Investitionen für das betreffende Geschäftsfeld trage. Trage der Handelsvertreter das Risiko ua der Transport- oder Lagerkosten, sei Art 81 Abs 1 EG anwendbar. Für das Pressegrosso müsse der Unternehmer erhebliche Investitionen in eigene Logistik, Fuhrpark und Lager tätigen. Im Falle der Drittantragsgegnerin seien das immerhin zwei Logistikstandorte, ein Nachlieferungslager, ein Call-Center sowie 200 Mitarbeiter. Dass diese Kosten vom Grosshandelsrabatt ausgeglichen werden, nehme dem Grossisten weder das Delkredere-Risiko noch das Risiko für die Zustelllogistik der Presseprodukte. Das Remissionsrecht vermindere das Risiko nur.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs der Erst- und der Zweitantragsgegnerin ist verspätet; der Rekurs der Drittantragsgegnerin ist nicht berechtigt.

I. Zum Rekurs der Erst- und der Zweitantragsgegnerin:

Die Rekursfrist im kartellgerichtlichen Verfahren beträgt gemäß § 49 Abs 2 KartG vier Wochen. Die Entscheidung des Erstgerichts wurde der Erst- und der Zweitantragsgegnerin am 18. 2. 2009 zugestellt, die Vierwochenfrist endete daher am 18. 3. 2009. Der am 19. 3. 2009 beim Erstgericht überreichte Rekurs ist somit verspätet.

II. Zum Rekurs der Drittantragsgegnerin:

Die Drittantragsgegnerin macht mehrere Rekursgründe geltend: Das Kartellgericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen, eine entscheidungswesentliche Feststellung sei nicht begründet, das rechtliche Gehör der Drittantragsgegnerin sei nicht gewahrt worden, die rechtliche Beurteilung sei unrichtig.

1. Zur Gerichtsbesetzung:

1.1. Die Rekurswerberin begründet den Vorwurf der vorschriftswidrigen Gerichtsbesetzung damit, dass nicht sämtliche Richter des Senats, der die angefochtene Zwischenentscheidung gefällt hat, auch bei der Verhandlung am 24. 9. 2007 anwesend waren. Sie übersieht dabei, dass weder das Kartellgesetz noch das gemäß § 38 KartG anzuwendende Außerstreitgesetz festlegen, in welcher Besetzung Verhandlungen vor dem Kartellgericht durchzuführen sind. Da auch der Grundsatz der Unmittelbarkeit im Außerstreitverfahren nicht gilt (Fucik/Kloiber, AußStrG § 31 Rz 4), schadet es nicht, wenn nicht alle an der Entscheidung beteiligten Richter auch an der Verhandlung teilgenommen haben. In diesem Sinn lässt es § 52 Abs 2 AußStrG ausdrücklich zu, dass das Rekursgericht Beweise durch einen beauftragten Richter aufnehmen lässt.

2. Zur angeblich fehlenden Begründung:

2.1. Die Rekurswerberin behauptet, es liege ein wesentlicher Begründungsmangel iSd § 57 Z 1 AußStrG vor. Das Kartellgericht habe ohne jede nachvollziehbare Begründung eine entscheidungswesentliche Feststellung getroffen. Es sei dies die Feststellung, wonach der Drittantragsgegnerin im Remissionsfall „jedenfalls erhebliche Transport- und Lagerkosten, die Bereitstellungskosten und Vorhaltekosten" verbleiben. Der im Anschluss daran angeführte Hinweis auf „Vereinbarungen; Jahresabschluss P*****, Beilage ./M" sei nichtssagend, weil sich daraus nicht ergebe, ob dieses vermeintliche Kostenrisiko überhaupt zu veranschlagen sei und ob dafür irgendein „sachlich objektivierbares Substrat" vorgefunden werden könne.

2.2. § 57 Abs 1 AußStrG lässt eine Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und eine Rückverweisung an das Erstgericht zu, wenn die Fassung des Beschlusses so mangelhaft ist, dass dessen Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann, der Beschluss mit sich selbst in Widerspruch ist oder - außer in den Fällen des § 39 Abs 4 - keine Begründung enthält und diesen Mängeln auch durch eine Berichtigung des Beschlusses nicht abgeholfen werden kann. Eine - wie hier behauptet wird - unzureichende Begründung erfüllt diesen Tatbestand nicht, vermag sie doch eine Überprüfung des Beschlusses nicht zu hindern.

3. Zur behaupteten Verletzung des rechtlichen Gehörs:

3.1. Eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs erblickt die Rekurswerberin darin, dass das Kartellgericht die entscheidungswesentlichen realen wirtschaftlichen Gegebenheiten des Systems des Pressegroßvertriebs, bezogen auf die Risikotragung, nicht erforscht habe. Stattdessen habe es die Feststellungen im Verfahren 26 Kt 132, 167, 168/04 übernommen, ohne dass dies in der mündlichen Verhandlung angekündigt und erörtert worden wäre. Wäre dies der

Fall gewesen, hätte sich die Drittantragsgegnerin dagegen ausgesprochen; sie sei nicht Partei jenes Verfahrens gewesen. Es sei ihr daher auch nicht möglich, die Schlussfolgerungen des Erstgerichts zu überprüfen, da sie auf ihr unbekannten Sachverhaltsgrundlagen beruhten.

3.2. Nach § 15 AußStrG ist den Parteien Gelegenheit zu geben, vom Gegenstand, über den das Gericht das Verfahren eingeleitet hat, den Anträgen und Vorbringen der anderen Parteien und dem Inhalt der Erhebungen Kenntnis zu erhalten und dazu Stellung zu nehmen. In Erfüllung des durch Art 6 MRK garantierten Grundrechts auf ein faires Verfahren wird mit dieser Bestimmung jeder Partei das Recht eingeräumt, vor Erlassung einer gerichtlichen Entscheidung zu Verfahrensvorgängen, die erkennbar für sie wesentliche Tatsachen betreffen, Stellung zu nehmen. Das rechtliche Gehör ist gewahrt, wenn den Parteien die Gelegenheit gegeben wird, ihren Standpunkt darzulegen, und wenn sie sich zu allen Tatsachen und Beweisergebnissen, die der Entscheidung zu Grunde gelegt werden sollen, äußern können (RIS-Justiz RS0119970). Das rechtliche Gehör wird daher nicht nur dann verletzt, wenn einer Partei die Möglichkeit, sich zu äußern, überhaupt genommen wurde, sondern auch dann, wenn einer gerichtlichen Entscheidung Tatsachen oder Beweisergebnisse zu Grunde gelegt werden, zu denen sich die Beteiligten nicht äußern konnten (RIS-Justiz RS0005915).

3.3. Nach den Materialien zu § 58 AußStrG sind die Anfechtungsgründe im Verfahren nach dem Außerstreitgesetz keine „abstrakten" Anfechtungsgründe, die unabhängig davon zur Aufhebung der Entscheidung führen, ob die Entscheidung inhaltlich richtig ist. Das gilt auch für eine behauptete Verletzung des rechtlichen Gehörs. Durch die Neuerungserlaubnis kann der in erster Instanz nicht ausreichend Gehörte sein Vorbringen im Rekurs nachtragen. Aufgrund seiner Prozessförderungspflicht muss er dies auch tun, weil die betroffene Entscheidung ja nicht jedenfalls aufgehoben wird (s ErläutRV, abgedruckt in Fucik/Kloiber, Außerstreitgesetz 212 f).

3.4. Die Rekurswerberin legt im Rekurs nicht dar, welches Vorbringen sie erstattet hätte, hätte sie gewusst, dass das Kartellgericht die Feststellungen zum Pressegroß-Vertrieb in Österreich auf die Entscheidung 26 Kt 132, 167, 168/04 stützen werde. Im Übrigen hat auch die Antragsgegnerseite auf Basis dieser Entscheidung argumentiert (vgl zB ON 12 S 20 und ON 32 S 6) und auch das von der Drittantragsgegnerin vorgelegte Privatgutachten baut auf dieser - veröffentlichten - Entscheidung auf. In der Tagsatzung vom 24. 9. 2007, ON 21, hat das Kartellgericht überdies ausdrücklich die Fällung einer Zwischenentscheidung zum Vorliegen der Voraussetzungen nach Art 81 Abs 1 EG angekündigt und eine Frist zur Stellungnahme zu diesem Thema eingeräumt. Im Übrigen kann die Frage der Anwendbarkeit des Art 81 Abs 1 EG schon allein aufgrund der Feststellungen zur - unstrittigen - Vertragslage beurteilt werden.

4. Zum Rekursgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung:

4.1. Die Rekurswerberin bekämpft die Auffassung des Kartellgerichts, dass sie das „Handelsvertreterprivileg" nicht für sich in Anspruch nehmen könne. Nach der neuen Rechtsprechung des EuGH komme es nicht mehr darauf an, ob der Handelsvertreter gleich einem Hilfsorgan in das Unternehmen des Geschäftsherrn eingegliedert sei. Maßgebend sei die Risikoverteilung; diese habe das Kartellgericht unrichtig beurteilt.

4.2. Handelsvertreter sind Absatzmittler, die rechtlich selbstständig sind und für eine gewisse Dauer mit vertraglicher Bindung an ein Unternehmen den Absatz eines Produkts fördern sollen. Sie sind Absatzmittler im engeren Sinn (zur Definition vgl § 1 HVertrG; Flohr in Martinek/Semler, Handbuch des Vertriebsrechts § 8 RN 3 ff). Hingegen sind Handelsmakler oder Kommissionäre Absatzmittler im weiteren Sinne; sie werden nur gelegentlich für den Lieferanten tätig (Martinek in Martinek/Semler, Handbuch des Vertriebsrechtes § 1 RN 11). Auch der Handelsvertreter trägt das Unternehmerrisiko seiner Handelsvertretung. Er ist persönlich unabhängig, wird eigenorganisatorisch und grundsätzlich weisungsunabhängig tätig.

4.3. Bei der kartellrechtlichen Bewertung restriktiver Klauseln in Handelsvertreterverträgen ist es zweckmäßig, zwischen den Beschränkungen des Inhalts und der Vertragspartner der vom Handelsvertreter zu vermittelnden Aufträge einerseits, und den Beschränkungen in Bezug auf die Erbringung seiner Vermittlungsleistungen andererseits zu unterscheiden. Die Vorgaben des Geschäftsherrn zu den von einem Handelsvertreter vermittelten Geschäftsabschlüssen mit Dritten sind funktionsnotwendig und rechtsgeschäftsimmanent, wenn der Handelsvertreter in Bezug auf diese Verträge tatsächlich nur als Vermittler auftritt. Die Rechtfertigung für die kartellrechtliche Immunisierung all jener Vorgaben, die Preise und Geschäftsbedingungen der vermittelten Geschäfte sowie die Auswahl der Vertragspartner betreffen, liegt darin, dass es auch der Geschäftsherr ist, der die wirtschaftlichen

Konsequenzen der Gestaltung des Vertragsinhalts und der Auswahl der Kunden zu tragen hat. Bei der Beurteilung, ob Art 81 Abs 1 EG auf Handelsvertreterverträge anzuwenden ist, kommt es daher darauf an, ob der Handelsvertreter über das Risiko, bei schlechter Vermittelbarkeit des betreffenden Angebots geringere Provisionseinnahmen zu erzielen, hinaus finanzielle oder geschäftliche Risiken im Zusammenhang mit seiner Vermittlertätigkeit tragen muss (Eilmansberger in Streinz, EUV-EGV, Art 81 EG RN 191).

4.4. In diesem Sinn hat der EuGH schon in den verbundenen Rechtssachen 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113 und 114-73 Slg 1975, 1663, Suiker unie, darauf abgestellt, ob dem Absatzmittler Aufgaben erwachsen oder verbleiben, die aus wirtschaftlicher Sicht insofern denen eines Eigenhändlers ähneln, als der Absatzmittler die finanziellen Risiken des Absatzes bzw der Abwicklung der mit Dritten geschlossenen Verträge zu tragen hat. In diesem Fall sei der Absatzmittler nicht als ein in das Unternehmen des Geschäftsherrn eingegliedertes Hilfsorgan anzusehen (RN 482/483). Auch in der Entscheidung C-217/05, CEPSA, sieht es der EuGH als maßgebend an, ob der Absatzmittler eigene Risiken aus den für den Geschäftsherrn vermittelten Geschäften trägt oder als Hilfsorgan in das Unternehmen des Geschäftsherrn eingegliedert ist, wobei die finanziellen und kommerziellen Risiken den Geschäftsherrn treffen (RN 43). Für die Anwendbarkeit des Art 81 Abs 1 EG ist die tatsächliche Verteilung der finanziellen und kommerziellen Risiken entscheidend (RN 46). Trägt der Absatzmittler nur einen geringen Teil der Gefahren, dann ist Art 81 Abs 1 EG nicht anwendbar (RN 61).

4.5. Ebenso wie der EuGH stellt auch das EuG auf die dem Beauftragten erwachsenden oder verbleibenden Aufgaben sowie die Tragung des finanziellen Risikos des Absatzes und der Abwicklung der mit dem Dritten geschlossenen Verträge ab (T-325/01, DaimlerChrysler). Ob der Vertreter zusätzlich in das Unternehmen des Geschäftsherrn eingegliedert ist, wird nicht als eigenständiges Kriterium gewertet.

4.6. Die Auffassung beider Gerichte bestätigt im Ergebnis die von der Kommission erstellten Leitlinien. Danach kommt es für die Unterscheidung zwischen echten und unechten Handelsvertreterverträgen darauf an, wer das finanzielle oder geschäftliche Risiko für die vom Auftraggeber überbundenen Tätigkeiten trägt; unwesentlich ist hingegen, ob der Handelsvertreter für einen oder mehrere Auftraggeber handelt.

4.7. In Tz 14 der Leitlinien werden zwei Arten finanzieller oder geschäftlicher Risiken unterschieden, die für die Einstufung als echter Handelsvertretervertrag wesentlich erachtet werden. Es sind dies einerseits die Risiken, die unmittelbar mit den Verträgen verbunden sind, die der Vertreter für den Geschäftsherrn schließen oder aushandeln soll, und andererseits die Risiken, die geschäftsspezifische Investitionen (market-specific investments) betreffen, das sind Investitionen, die für die Art der vom Vertreter auszuführenden Tätigkeit erforderlich sind und die dieser benötigt, um die betreffenden Verträge aushandeln oder schließen zu können. Trägt der Handelsvertreter keine dieser Risiken, dann fällt der Vertrag als echter Handelsvertretervertrag nicht unter Art 81 EG. Als Risiken, deren Übernahme eine Rolle spielt, werden das Risiko für die Kosten, einschließlich der Transportkosten, die Verpflichtung, in Absatzförderungsmaßnahmen zu investieren, das Lagerrisiko, die Investition in geschäftsspezifische Ausrüstungen, Räumlichkeiten oder Mitarbeiterschulungen sowie das Delkredere-Risiko genannt (Tz 16).

4.8. Bei Handelsvertretern, die dem gesetzlichen Leitbild entsprechen, das heißt im Namen und auf Rechnung des Geschäftsherrn Geschäfte vermitteln und hinsichtlich der Preise und Konditionen der zu vermittelnden Geschäfte den Weisungen des Geschäftsherrn unterliegen, spricht nach der Rechtsprechung des EuGH die Vermutung für die Eingliederung in das Unternehmen des Geschäftsherrn. Widerlegt ist diese Vermutung, wenn der Handelsvertreter wirtschaftliche Risiken in Bezug auf die übertragenen Vermittlungstätigkeiten tragen muss, und nicht nur allgemeine kaufmännische Risiken, wie sie jede selbstständige geschäftliche Tätigkeit nach sich zieht (s Eilmansberger, Neues zum Handelsvertreterprivileg: Das DaimlerChrysler-Urteil des EuG, ZWer, 2006, 64, 71).

4.9. Dass der Handelsvertreter die Risiken trägt, die üblicherweise mit einer solchen Tätigkeit zusammenhängen, schließt das Vorliegen eines echten Handelsvertretervertrags nicht aus. Es schadet daher auch nicht, dass der Handelsvertreter regelmäßig die Aufwendungen für Geschäftsräumlichkeiten und Personal zu tragen hat (s Petsche/Tautscher in Petsche/Urlesberger/Vartian, Kartellgesetz, § 3 RN 25).

5. Wendet man diese Grundsätze im vorliegenden Fall an, so ist zu prüfen, ob die Drittantragsgegnerin mit den übertragenen Aufgaben verbundene Risiken trägt.

5.1. Nach dem Inhalt des Vertrags zwischen der Zweit- und der Drittantragsgegnerin wird der Drittantragsgegnerin der von der Zweitantragsgegnerin verrechnete Preis gutgeschrieben, wenn Exemplare unverkauft bleiben. In gleicher

Weise hat die Drittantragsgegnerin ihren Abnehmern eine Gutschrift zu gewähren. Daraus folgt, dass die Drittantragsgegnerin für nicht verkaufte Exemplare nichts zahlen muss, dafür aber auch nichts erhält. Schon aufgrund des Vertrags steht damit fest, dass ein Großteil der der Drittantragsgegnerin überbundenen Leistungen auch auf die unverkauft verbleibenden Exemplare entfällt. Da die damit verbundenen Kosten der Drittantragsgegnerin nicht ersetzt werden, trägt sie insoweit das Risiko. Dieses Risiko wird nicht dadurch abgegolten, dass die Drittantragsgegnerin für jedes vom Einzelhändler verkaufte Exemplar einen Großhandelsrabatt erhält; es hängt aber mit den Verträgen zusammen, die die Drittantragsgegnerin vermitteln soll.

5.2. Dass der Vertrieb hohe Kosten verursache, die die in Deutschland anfallenden Kosten übersteigen, hat die Drittantragsgegnerin selbst vorgebracht. Behauptet hat sie auch, dass die Remissionsquote in Österreich höher als in Deutschland sei. Der Vertrieb letztlich unverkauft bleibender Exemplare verursacht daher keineswegs nur geringfügige Kosten, so dass das damit verbundene Risiko auch nicht als unbedeutend oder geringfügig gewertet werden kann.

5.3. Der Vertrag überbindet der Drittantragsgegnerin auch das Delkredere-Risiko. Dessen Umfang steht zwar nicht fest, doch kann jedenfalls insgesamt nicht von bloß unbedeutenden und nur geringen Risiken gesprochen werden.

5.4. Nach dem festgestellten Sachverhalt besteht demnach keine wirtschaftliche Einheit zwischen Zweitantragsgegnerin und Drittantragsgegnerin, die einer Beurteilung der zwischen ihnen bestehenden Vereinbarungen nach Art 81 EG entgegenstünde. Auf die Frage, ob Einzel- oder Mehrfachvertretungen im Sinne der Tz 13 der Leitlinien der Privilegierung nicht entgegenstehen (vgl Schulze/Pautke/Wagener, Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, Art 1 lit g RN 151 unter Hinweis auf EuGH Slg 1987, 3821, Flämische Reisevermittler), sowie die von Eilmansberger (ZWer 2006, 64, 73 ff), mit gewichtigen Argumenten aufgeworfene Frage, ob nicht die Ausgliederung wesentlicher Vertriebsleistungen auf einen Vertreter, der - wie hier - einem bedeutenden Konzern angehört, dessen Eingliederung in das Unternehmen des Herstellers verhindert (Outsourcing als integrationsschädliches Element?), muss daher nicht mehr eingegangen werden.

6. Für die - von der Rechtsmittelwerberin angeregte - Vorlage an den EuGH besteht kein Anlass. Die von ihr in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Fragen, ob das System des Pressegrosso in analoger Anwendung des Handelsvertreterprivilegs dem Art 81 EG nicht unterstellt werden kann und ob es für die Anwendbarkeit dieses Privilegs darauf ankommt, ob ein Grossist überhaupt kein wirtschaftliches eigenes Risiko trägt oder aber ob wirtschaftlich geringe Risiken irrelevant sind, betreffen die Anwendung der - oben dargelegten - Rechtsprechung des EuGH auf den konkreten Fall; diese ist immer Sache des nationalen Gerichts.

Schlagworte

Pressegrosso I,

Textnummer

E91569

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2009:0160OK00006.09.0715.000

Im RIS seit

14.08.2009

Zuletzt aktualisiert am

13.12.2013

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