

tung für eventuelle Schäden an den Waren oder für Dritte durch sie entstandene Schäden und der Vornahme von für den Absatz dieser Waren spezifischen Investitionen an. OGH 16. 11. 2009, 9 ObA 59/09f – *Tankstellenpächter I* uVa EuGH 14. 12. 2006, C-217/05 – *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/Compañía Española de Petróleos*, Rdn 60.

E 116. Im vertikalen Verhältnis zu ihren Auftraggebern kommt es für die Frage der Abgrenzung auf die **Risikoverteilung** zwischen dem Absatzmittler und dem Geschäftsherrn an. Art 101 AEUV findet grundsätzlich keine Anwendung, wenn der Vertreter keine oder nur geringe Risiken in Bezug auf die vermittelten Geschäfte und in Bezug auf die geschäftsspezifischen Investitionen für das betreffende Geschäftsfeld trägt. Art 101 AEUV ist allerdings dann auf die Beziehung des Absatzmittlers zum Geschäftsherrn anwendbar, wenn Ersterer einen nennenswerten Teil des Absatzrisikos trägt. OGH 1. 12. 2009, 16 Ok 10/09 – *Pressegrosso II*.

E 117. Bei der Beurteilung, ob Art 81 Abs 1 EG [nunmehr: Art 101 Abs 1 AEUV] auf Handelsvertreterverträge anzuwenden ist, kommt es 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. OGH 1. 12. 2009, 16 Ok 10/09 – *Pressegrosso II*; OGH 15. 7. 2009, 16 Ok 6/09 – *Pressegrosso I*; OLG Wien 11. 4. 2019, 25 Kt 1/19p – *BWB/„Anker Snack & Coffee“*, www.edikte.justiz.gv.at.

E 118. Der EuGH stellt darauf ab, ob dem Absatzmittler Aufgaben erwachsen oder verbleiben, die aus wirtschaftlicher Sicht denen eines **Eigenhändlers** ähneln. Das ist dann der Fall, wenn der Absatzmittler die finanziellen Risiken des Absatzes bzw der Abwicklung der mit Dritten geschlossenen Verträge [hier: das Risiko unverkaufter Zeitschriften] zu tragen hat. In diesem Fall ist der Absatzmittler nicht als Hilfsorgan anzusehen, das in das Unternehmen des Geschäftsherrn eingegliedert ist. OGH 15. 7. 2009, 16 Ok 6/09 – *Pressegrosso I* uVa EuGH 16. 12. 1975, Rs 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113, 114/73 – *Suiker Unie/Kommission*, Rdn 482/483.

E 119. Der EuGH sieht 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 (und daher die finanziellen und kommerziellen Risiken den Geschäftsherrn treffen). Für die Anwendbarkeit des Art 81 Abs 1 EG [nunmehr: Art 101 Abs 1 AEUV] ist die tatsächliche Verteilung der finanziellen und kommerziellen Risiken entscheidend. OGH 15. 7. 2009, 16 Ok 6/09 – *Pressegrosso I* uVa EuGH 14. 12. 2006, C-217/05 – *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/Compañía Española de Petróleos*, Rdn 43; vgl auch OGH 22. 2. 2001, 6 Ob 322/00x – *Tankstellenbelieferungsübereinkommen*.

E 120. 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. Ob der Vertreter zusätzlich in das Unternehmen des Geschäfts-

herrn **eingegliedert** ist, wird nicht als eigenständiges Kriterium gewertet. OGH 15. 7. 2009, 16 Ok 6/09 – *Pressegrosso I* uVa EuG 15. 9. 2005, T-325/01 – *DaimlerChrysler/Kommission*, Rdn 83f.

E 121. 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. OGH 16. 11. 2009, 9 ObA 59/09f – *Tankstellenpächter I*; OGH 15. 7. 2009, 16 Ok 6/09 – *Pressegrosso I*.

E 122. Trägt der Absatzmittler nur einen **geringen Teil** der Gefahren, dann ist Art 81 Abs 1 EG [nunmehr: Art 101 Abs 1 AEUV] nicht anwendbar. OGH 15. 7. 2009, 16 Ok 6/09 – *Pressegrosso I* uVa EuGH 14. 12. 2006, C-217/05 – *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/Compañía Española de Petróleos*, Rdn 61.

E 123. Nur Handelsvertreter ist derjenige, der nur das Provisions- und allenfalls das **Delkredere-Risiko** trägt, mit dem Absatzrisiko der Ware aber nicht belastet ist und nicht für dieselbe Ware in nennenswertem Umfang auch als Eigenhändler auftritt. OGH 22. 2. 2001, 6 Ob 322/00x – *Tankstellenbelieferungsvereinbar*.

E 124. 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 Rsp 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. OGH 15. 7. 2009, 16 Ok 6/09 – *Pressegrosso I*; vgl auch OGH 1. 12. 2009, 16 Ok 10/09 – *Pressegrosso II*.

E 125. Die Prüfung der dazu von der Judikatur des EuGH und des EuG herausgearbeiteten Kriterien ist anhand der konkreten **Umstände des Einzelfalls** durchzuführen. OGH 1. 12. 2009, 16 Ok 10/09 – *Pressegrosso II*.

E 126. Für eine **Vorlage** an den **EuGH** besteht kein Anlass. Die in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Fragen, ob das System des Pressegrosso in analoger Anwendung des Handelsvertreterprivilegs dem Art 81 EG [nunmehr: Art 101 AEUV] 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 Rsp des EuGH auf den konkreten Fall; diese ist immer Sache des nationalen Gerichts. OGH 15. 7. 2009, 16 Ok 6/09 – *Pressegrosso I*; vgl auch OGH 1. 12. 2009, 16 Ok 10/09 – *Pressegrosso II*.

[Anm: Der in diesem Zusammenhang verwendete Begriff „Handelsvertreterprivileg“ ist irreführend und sollte vermieden werden. Die Art 101f AEUV gelten nur für „Unternehmen“. Ein Handelsvertreter ist bloß kein „Unternehmen“ am Markt des Geschäftsherrn, wenn er nur Rechtsgeschäfte für seinen Geschäfts-

herrn vermittelt und keine besonderen Risiken des Geschäftsherrn übernimmt. Der Handelsvertreter hat aber kein besonderes „Privileg“.]

c) Leitlinien

E 127. Die Auffassung des EuGH und des EuG bestätigen im Ergebnis die **VV-LL** der **Kom.** 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. OGH 1. 12. 2009, 16 Ok 10/09 – *Pressegrosso II*; OGH 15. 7. 2009, 16 Ok 6/09 – *Pressegrosso I* uVa VV-LL 2000 [nunmehr: VV-LL 2010]; vgl auch die Anm zu E 112.

E 128. In den VV-LL 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. OGH 15. 7. 2009, 16 Ok 6/09 – *Pressegrosso I* uVa VV-LL 2000, Rdn 14 [nunmehr: VV-LL 2010, Rdn 14]; OLG Wien 11. 4. 2019, 25 Kt 1/19p – *BWB/„Anker Snack & Coffee“*, www.edikte.justiz.gv.at.

E 129. Trägt der Handelsvertreter keine dieser Risiken, dann fällt der Vertrag als echter Handelsvertretervertrag nicht unter Art 81 EG [nunmehr: Art 101 AEUV]. Als Risiken, deren Übernahme eine Rolle spielt, werden das Risiko für die **Kosten**, einschließlich der Transportkosten, die Verpflichtung, in **Absatzförderungsmaßnahmen** zu investieren, das **Lagerisiko**, die **Investition** in geschäftsspezifische Ausrüstungen, Räumlichkeiten oder Mitarbeiterschulungen sowie das **Delkredere-Risiko** genannt. OGH 15. 7. 2009, 16 Ok 6/09 – *Pressegrosso I* uVa VV-LL 2000, Rdn 16 [nunmehr: VV-LL 2010, Rdn 16]; vgl auch OGH 1. 12. 2009, 16 Ok 10/09 – *Pressegrosso II*; vgl auch die Anm zu E 112.

d) Einzelfälle

aa) OGH

E 130. Ein **Pressegroßhändler** ist kein (echter) Handelsvertreter, wenn er zwei Logistikstandorte in Österreich, ein Nachlieferungslager, ein Call-Center und 200 Mitarbeiter hat und das Risiko für den Verkauf der Zeitschriften übernehmen muss. OGH 15. 7. 2009, 16 Ok 6/09 – *Pressegrosso I* uVa EuGH 16. 12. 1975, Rs 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113, 114/73 – *Suiker Unie/Kommission*, Rdn 482/483; EuG 15. 9. 2005, T-325/01 – *DaimlerChrysler/Kommission*, Rdn 83f vgl auch OGH 1. 12. 2009, 16 Ok 10/09 – *Pressegrosso II*.

E 131. Das betroffene **Reisebüro** ist nicht verpflichtet, den Absatz von Dienstleistungen gerade der *Lufthansa* zu fördern, sondern wird selbst als Dienstleister für seine eigenen Kunden tätig. Es ermittelt ihnen etwa den jeweils preisgünstigsten Anbieter der gewünschten Destination, erspart ihnen eine Direktbu-

chung bei der Antragsgegnerin und wickelt für sie die Zahlung ab. Damit ist das Reisebüro kein auf nachgeordneter Wirtschaftsstufe stehender, an Preise und Konditionen des Produzenten vertraglich gebundener und zu dessen Interessenwahrung verpflichteter Absatzmittler.

Es bleibt allein dem Reisebüro überlassen, ob es Leistungen der *Lufthansa* nachfragt und welche Zahlungsziele es von seinen Kunden akzeptiert. Von einer „Risikoüberwälzung“ kann insoweit daher keine Rede sein. Eine besondere Interessenwahrungspflicht gegenüber der *Lufthansa*, die über jene hinausgeht, die mit der Inkassotätigkeit für die Antragsgegnerin verbunden ist, besteht für das Reisebüro nicht. Es liegt daher keine vertikale Vertriebsbindung vor. OGH 30. 5. 2005, 16 Ok 8/05 – *Flugscheinverkauf*.

E 132. **Tankstellenpächter** sind in der Regel als „Handelsvertreter“ und nicht als selbständige Unternehmer anzusehen. OGH 28. 1. 2010, 8 ObA 28/09i – *Tankstellenpächter II*; OGH 16. 11. 2009, 9 ObA 59/09f – *Tankstellenpächter I*.

E 133. Der EuGH stellte in der Entscheidung *CEPSA* (neuerlich) klar, dass im Fall eines Handelsvertretervertrags die dem Absatzmittler auferlegten Verpflichtungen betreffend den Verkauf der Waren an Dritte für Rechnung des Geschäftsherrn unter anderem in Bezug auf die Festsetzung des **Endverkaufspreises** nicht unter Art 81 EG [nunmehr: Art 101 AEUV] fallen. OGH 16. 11. 2009, 9 ObA 59/09f – *Tankstellenpächter I* uVa EuGH 11. 9. 2008, C-279/06 – *CEPSA Estaciones de Servicio/LV Tobar e Hijos*, Rdn 41.

E 134. Art 85 EGV [nunmehr: Art 101 AEUV] ist nicht anwendbar, wenn der Absatzmittler nur einen **geringen Teil der Gefahren** trägt. Für diesen Fall erachtete der EuGH die Verpflichtung der Betreiber, den Kraftstoff zu einem **festen Preis** zu verkaufen, als Befugnis des Mineralölunternehmens den Tätigkeitsbereich ihrer Handelsvertreter festzulegen. OGH 16. 11. 2009, 9 ObA 59/09f – *Tankstellenpächter I* uVa EuGH 11. 9. 2008, C-279/06 – *CEPSA Estaciones de Servicio/LV Tobar e Hijos*, Rdn 40; EuGH 14. 12. 2006, C-217/05 – *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/Compañía Española de Petróleos*, Rdn 63.

E 135. Es **fehlt** an einer relevanten **Risikoüberwälzung**, wenn das Eigentum beim Lieferanten verbleibt; der Lieferant die Kosten des Warenvertriebs (insb die Beförderungskosten) und die Kosten des Tanklagers trägt und für die Mangelhaftigkeit des Treibstoffs haftet.

Es schadet nicht, dass der Handelsvertreter für die ordnungsgemäße Lagerung der Kraftstoffe und die übernommenen Gelder und Gutscheine (in beiden Fällen nur bei Verschulden) haftet und dass ihn eine Delkrede-Haftung trifft, wenn er entgegen der grundsätzlichen Vereinbarung eigenmächtig Kredit gewährt. Ebenso wenig, wenn er bei Zahlungen mit Kredit- und Bankomatkarten die Zinsbelastung für das verzögerte Einlangen des von seinem Konto abgebuchten Betrags trägt. OGH 16. 11. 2009, 9 ObA 59/09f – *Tankstellenpächter I*.

E 136. Die Tragung der **Personalkosten** durch den Handelsvertreter stellt ebenso wenig wie die Tragung der Betriebskosten eine relevante Risikoüberwälzung dar. Auch die mit der Lagerung der Kraftstoffe verbundene Haftung kann schon in Hinblick auf deren Verschuldensabhängigkeit sowie in Hinblick auf § 1298 ABGB

nicht als Risikoüberwälzung angesehen werden. OGH 16. 11. 2009, 9 ObA 59/09f – *Tankstellenpächter I* uVa OGH 15. 7. 2009, 16 Ok 6/09 – *Pressegrasso I*.

E 137. Es liegt auch dann keine relevante Risikoüberwälzung vor, wenn der Handelsvertreter bei unbaren **Zahlungstransaktionen** die Treibstoffumsätze zum nächstmöglichen Zeitpunkt im Bankeinzugsverfahren an die Lieferantin abliefern muss, er diese Umsätze aber zum Teil erst zu einem späteren Zeitpunkt gutgebucht erhält. OGH 16. 11. 2009, 9 ObA 59/09f – *Tankstellenpächter I*.

E 138. Die Verpflichtung die Tankstelle zu bestimmten (umsatzschwachen) Zeiten **offen zu halten**, ergibt sich aus der Natur des abgeschlossenen Vertrags. OGH 16. 11. 2009, 9 ObA 59/09f – *Tankstellenpächter I*.

bb) OLG Wien

E 139. Die im Anlassfall außer Streit gestellten Risiken, die der Franchisenehmer zu tragen hat, nämlich die Waren im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu verkaufen, für sämtliche von Dritten in Zusammenhang mit seinem Standort gegenüber dem Franchisegeber geltend gemachten Ansprüche zu hafte, der Ausschluss der Haftung des Franchisegebers hinsichtlich etwaiger Schlecht- und Minderlieferungen allfälliger vom Franchisegeber genehmigter und/oder namhaft gemachter Lieferanten sowie die Verpflichtung zur Tragung von Ausbildungskosten bedeuten eine erhebliche finanzielle Belastung, die bei gesamthafter Betrachtung dazu führt, dass der Franchise-Vertrag **kein echter**, und damit kein privilegierter **Handelsvertretervertrag** ist. OLG Wien 11. 4. 2019, 25 Kt 1/19p – *BWB/„Anker Snack & Coffee“*, www.edikte.justiz.gv.at.

E 140. Die von den Franchisenehmern im Anlassfall übernommenen Risiken, die sowohl Absatzvermittlungsrisiken als auch Investitionsrisiken beinhalten, führen bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise dazu, dass das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit zwischen der Franchisegeberin und dem Franchisenehmer zu verneinen ist, und der Franchisenehmer als **eigenständiger Unternehmer** zu beurteilen ist. Damit sind die Vereinbarungen, die zwischen den Franchisenehmern und der Antragsgegnerin geschlossen wurden, dem Regime des § 1 Abs 1 KartG zu unterwerfen. OLG Wien 11. 4. 2019, 25 Kt 1/19p – *BWB/„Anker Snack & Coffee“*, www.edikte.justiz.gv.at; vgl auch *J.P. Gruber*, ÖZK 2011, 94.

3. Eigenhändler

E 141. Zur (ähnlichen) Abgrenzung zwischen Handelsvertreter und Eigenhändler nach § 24 HVertrG vgl zB OGH 5. 5. 2009, 1 Ob10/09s – *Vertragshändler*; OGH 26. 11. 2002, 1 Ob 238/02k; OGH 31. 1. 2007, 8 Ob 4/07g; OGH 10. 8. 2006, 2 Ob 155/06t; OGH 17. 12. 1997, 9 Ob 2065/96h – *Mazda*; RIS-Justiz RS0109284; RIS-Justiz RS0018335.

V. Absprachen

A. Allgemeines

1. OGH

E 142. Das Verbot des Art 101 Abs 1 AEUV bzw § 1 Abs 1 KartG ist **weit auszulegen** und betrifft jede Vereinbarung, die direkt oder indirekt geeignet ist, den

Preiswettbewerb zu behindern. OGH 8. 10. 2015, 16 Ok 2/15b (16 Ok 8/15k) – *Spar*; OLG Wien 7. 12. 2016, 26 Kt 11/16 – *BWB/Makita Werkzeug*, www.edikte.justiz.gv.at.

E 143. Ein „rechtlich verbindlicher Vertrag“ ist nicht erforderlich. Nicht notwendig ist es, dass ein Kartell tatsächlich funktioniert oder keinerlei Ausnahmen vorsieht. OGH 8. 10. 2015, 16 Ok 2/15b (16 Ok 8/15k) – *Spar*.

2. OLG Wien

E 144. Neben § 1 KartG gelangt somit auch Art 101 AEUV zur Anwendung. Das Kartellverbot nach dieser Bestimmung umfasst insb den Wettbewerb beeinträchtigende Vereinbarungen zwischen Unternehmern und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. **Beiden Tatbeständen** ist gemeinsam, dass sie geeignet sein müssen, zwischen den beteiligten Unternehmern die Unsicherheiten über ihr zukünftiges Verhalten im Wettbewerb auszuschließen oder zu vermindern. In der Praxis ist eine Abgrenzung dieser Begriffe von geringer Relevanz, weil diese Formen wettbewerbsbeschränkenden Zusammenwirkens gleichrangig sind. OLG Wien 3. 3. 2016, 26 Kt 2/16 – *BWB/Rauch Fruchtsäfte*, www.edikte.justiz.gv.at; vgl dazu auch *J.P. Gruber*, ÖZK 2010, 43.

E 145. Dass *Rauch* keine konkreten **Druckmittel** zur Durchsetzung und keine Handhabe hatte, **Sanktionen** zu verhängen, ändert an dieser Qualifikation nichts. Zumindest lag eine abgestimmte Verhaltensweise vor. OLG Wien 3. 3. 2016, 26 Kt 2/16 – *BWB/Rauch Fruchtsäfte*, www.edikte.justiz.gv.at.

B. Vereinbarungen

1. Allgemeines

a) OGH

E 146. Von einer Vereinbarung iSd Art 101 AEUV ist auszugehen, wenn zwei oder mehrere Unternehmen ihren **gemeinsamen Willen** zum Ausdruck bringen, sich auf dem Markt in bestimmter Weise zu verhalten, mag die Willensübereinstimmung ausdrücklich oder konkludent, schriftlich oder formlos zustande gekommen sein. OGH 12. 12. 2011, 16 Ok 8/10 – *Radiusklausel IV*; OGH 25. 3. 2009, 16 Ok 1/09 – *Radiusklausel III*; OGH 25. 3. 2009, 16 Ok 14/08 – *Radiusklausel II*; EuGH 15. 7. 1970, Rs 45/69 – *Boehringer/Kommission*, Rdn 28; EuG 11. 12. 2003, T-56/99 – *Marlines/Kommission*, Rdn 23; EuG 3. 12. 2003, T-208/01 – *Volkswagen/Kommission II*, Rdn 30ff; OLG Wien 27. 2. 2015, 27 Kt 56, 57/14 – *BWB/Kühne + Nagel International*, www.edikte.justiz.gv.at, uVa EuG 12. 6. 2014, T-286/09 – *Intel/Kommission*.

E 147. Für eine Vereinbarung iSd Art 81 EG [nunmehr: Art 101 AEUV] genügt, dass eine Klausel Ausdruck des **Willens der Vertragsparteien** ist. OGH 25. 3. 2009, 16 Ok 1/09 – *Radiusklausel III* uVa EuGH 11. 1. 1990, C-277/87 – *Sandoz Prodotti Farmaceutici/Kommission*, Rdn 161; EuGH 29. 10. 1980, Rs 209 bis 215, 218/78 – *Van Landewyck/Kommission (FEDETAB)*, Rdn 86.

E 148. Sowohl das Vereinbarungskartell durch Vertrag als auch jenes durch Absprache setzen eine **Willenseinigung** zwischen den Beteiligten voraus. OGH 7. 11. 2013, 16 Ok 7/13 – *Sägeindustrie (Hausdurchsuchung)*; OGH 5. 3. 2013,

16 Ok 1/13 – *unverbindlich empfohlene Verkaufspreise (Hausdurchsuchung)*; OGH 15. 5. 2000, 16 Ok 2/00 – *Flughafenfunktaxizentrale*; RIS Justiz RS0114081; vgl auch OGH 23. 3. 1999, 4 Ob 41/99d – *Kooperationsvereinbarung*.

E 149. Der Verstoß gegen das Kartellverbot setzt seinerseits eine Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen voraus. Unter einer Vereinbarung oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ist jede Form der **Koordinierung des Verhaltens** zwischen Unternehmen zu verstehen, die nicht bis zum Abschluss eines Vertrags im eigentlichen Sinn gediehen ist, aber bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt. OGH 19. 4. 2010, 16 Ok 2/10 – *Feuerwehrfahrzeuge II*; OLG Wien 30. 6. 2016, 26 Kt 4/16g, 27 Kt 4/16i, 29 Kt 10/16m – *BWB/Spar (Brauereiprodukte)*, www.edikte.justiz.gv.at; OLG Wien 3. 3. 2016, 26 Kt 2/16 – *BWB/Rauch Fruchtsäfte*, www.edikte.justiz.gv.at; OLG Wien 20. 5. 2015, 29 Kt 4/15 – *BWB/Großschädl Stahlgroßhandel*, www.edikte.justiz.gv.at.

[Anm: Diese ständig vom EuGH verwendete Formel ist irreführend, weil sie zwischen „Vereinbarung“ und „Vertrag“ unterscheidet, obwohl insoweit – zumindest im österr und deutschen Recht – kein Unterschied besteht, vgl dazu J. P. Gruber, ÖZK 2010, 43].

E 150. Es kann dann aber keine unterschiedlichen Rechtsfolgen auslösen, ob an einem Preiskartell beteiligte Banken die verbotswidrige Vereinbarung nur untereinander absprechen und vollziehen, oder ob sie sich dazu auch eines für bestimmte Aktivitäten (hier: Abwicklung eines bargeldlosen Zahlungssystems) **gegründeten GU** bedienen. OGH 2. 8. 2012, 4 Ob 46/12m – *Bankomatvertrag IV*.

E 151. Ein Nachweis einer „**Verpflichtung**“ zur Umsetzung von Fest- bzw Mindestpreisen ist für einen Kartellverstoß nicht erforderlich; eine „Verpflichtung“ ist weder für den Nachweis einer kartellrechtlichen Vereinbarung noch einer diesbezüglichen Abstimmung konstitutiv. Vielmehr sind auch sog *Gentlemen's Agreements*, bei denen kein Bindungswille im Sinne einer gewollten Einklagbarkeit besteht, zumindest aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. OGH 8. 10. 2015, 16 Ok 2/15b (16 Ok 8/15k) – *Spar*; OLG Wien 3. 3. 2016, 26 Kt 2/16 – *BWB/Rauch Fruchtsäfte*, www.edikte.justiz.gv.at.

E 152. Nach gefestigter Rsp des EuGH bezieht sich Art 101 Abs 1 AEUV (Art 81 Abs 1 EG) allgemein auf alle Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen, die – sei es in horizontalen oder vertikalen Beziehungen – den Wettbewerb im Binnenmarkt **verfälschen**, unabhängig davon, auf welchem Markt die Parteien tätig sind, und unabhängig davon, dass nur das Geschäftsverhalten einer der Parteien durch die Bedingungen der in Rede stehenden Vereinbarung betroffen ist. OGH 31. 3. 2016, 16 Ok 7/15p – *BWB/Kühne + Nagel uVa* EuGH 22. 10. 2015, C-194/14 P – *AC-Treuhand/Kommission*, Rdn 35.

E 153. Absprachen, die sich ausschließlich zum **Vorteil** der Marktgegenseite auswirken, sind nicht tatbestandsmäßig iSd Art 101 Abs 1 AEUV. OGH 27. 1. 2014, 16 Ok 11/13 – *Morawa/Pressegroßvertrieb uVa* OGH 9. 12. 1996, 16 Ok 5/96 – *UFH-System II*.

E 154. Begriff und Inhalt der Vereinbarung sind **objektiv** zu verstehen, auf subjektive Intentionen, innere Vorbehalte oder unterlassene Mitwirkung kommt es nicht an. Wusste der Unternehmer oder musste er wissen, dass die Absprache, an der er sich beteiligt, Teil eines Gesamtplans ist, so trägt er Verantwortung für den Gesamtplan. OGH 12. 12. 2011, 16 Ok 8/10 – *Radiusklausel IV*; OGH 25. 3. 2009, 16 Ok 1/09 – *Radiusklausel III*; OGH 25. 3. 2009, 16 Ok 14/08 – *Radiusklausel II*.

E 155. Es ist ein **subjektives Element** und nicht nur ein rein objektives Tatgeschehen notwendig. Die subjektiven Voraussetzungen müssen auch bei der Willensäußerung des Mittäters/Gehilfen erfüllt sein. OGH 19. 4. 2010, 16 Ok 2/10 – *Feuerwehrfahrzeuge II* uVa EuG 8. 7. 2008, T-99/04 – *AC-Treuhand/Kommission*, Rdn 134, 146.

E 156. Etwaige **innere Vorbehalte**, die „Vereinbarung“ nicht, nicht konsequent oder nur abweichend zu beachten, sind hierbei ebensowenig relevant wie die Behauptung, es würde nur zum Schein oder aus Gründen der „Verhandlungstaktik“ so gehandelt. OGH 8. 10. 2015, 16 Ok 2/15b (16 Ok 8/15k) – *Spar uVa* OGH 12. 12. 2011, 16 Ok 8/10 – *Radiusklausel IV*; EuG 13. 1. 2004, T-67/01 – *JCB Service/Kommission*, Rdn 103, 107; vgl auch EuGH, 1. 2. 1978, Rs 19/77 – *Miller/Kommission*, Rdn 6f („psychologische Bedeutung“).

E 157. Auch ein mittelbarer Beweis anhand von **Indizien** aufgrund der gesamten Umstände des Falls reicht aus, wenn diese vernünftigerweise allein den Schluss auf eine zugrundeliegende Vereinbarung der Beteiligten zulassen. OGH 8. 10. 2015, 16 Ok 2/15b (16 Ok 8/15k) – *Spar uVa* Kom 8. 7. 2009, Comp 39.401 – *E. ON/GDF*, Rdn 187 ff.

E 158. Ein begründeter Verdacht einer kartellgesetzwidrigen Absprache kann sich daraus ergeben, dass sich ein Unternehmen an **Abstimmungen** beteiligt oder nur an diesen teilgenommen hat, ohne sich offen dagegen auszusprechen. OGH 7. 11. 2013, 16 Ok 7/13 – *Sägeindustrie (Hausdurchsuchung)* uVa OGH 9. 11. 2011, 16 Ok 5/11 – *Brauereikartell (Hausdurchsuchung)*; EuG 8. 7. 2008, T-99/04 – *AC-Treuhand/Kommission*, Rdn 130.

E 159. Eine Vereinbarung kann nicht nur eine isolierte Handlung sein, sondern auch aus einer Reihe von Akten, einem **kontinuierlichen Verhalten** und einer Gesamtheit von Absprachen, Abstimmungen und Regeln bestehen, sofern sie sich in einen **Gesamtplan** einfügen. OGH 8. 10. 2015, 16 Ok 2/15b (16 Ok 8/15k) – *Spar uVa* EuGH 21. 9. 2006, C-105/04 P – *Nederlandske Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Kommission*, Rdn 110; OLG Wien 8. 11. 2018, 27 Kt 3/18w – *BWB/A1 Tankstellenbetrieb*, www.edikte.justiz.gv.at; OLG Wien 29. 8. 2018, 26 Kt 2/18s – *BWB/Devolto Austria*, www.edikte.justiz.gv.at; OLG Wien 7. 12. 2016, 26 Kt 11/16 – *BWB/Makita Werkzeug*, www.edikte.justiz.gv.at.

E 160. Ein **Gesamtplan** muss nicht von Anfang an existiert haben, sondern kann auch erst im Laufe der Zeit ausgearbeitet worden sein. OGH 8. 10. 2015, 16 Ok 2/15b (16 Ok 8/15k) – *Spar uVa* Kom 16. 12. 2003, Comp 38.240 – *Industrierohre*, Rdn 182.

E 161. Es ist nicht erheblich, dass ein Kartellmitglied im Rahmen des Gesamttransports „nur“ die Strecke zwischen *Chop* [Ort in der Ukraine] und den jeweiligen Bestimmungsorten in den ehemaligen GUS-Staaten zufiel, wenn es gemeinsam mit den übrigen Beteiligten im Rahmen eines **Gesamtplans** gehandelt hat. OGH 31. 3. 2016, 16 Ok 7/15p – *BWB/Kühne + Nagel*.

E 162. Auch nach **deutschem Recht** werden bei einem **Gesamtplan** die einzelnen Absprachen oder Abstimmungen durch die Grundvereinbarung zu einer „Bewertungseinheit“ zusammengefasst, sodass sämtliche Teilakte eine einheitliche Tat im prozessualen Sinn bilden. OGH 8. 10. 2015, 16 Ok 2/15b (16 Ok 8/15k) – *Spar* uVa BGH 28. 6. 2005, KRB 2/05 – *Berliner Transportbeton I*.

E 163. In der Lit angeführte **Beispiele** sind etwa die Gründung eines „Arbeitskreises“ von Wettbewerbern zur Koordination von Preisen oder anderen Geschäftsstrategien oder der Austausch sensibler Geschäftsdaten. OGH 8. 10. 2015, 16 Ok 2/15b (16 Ok 8/15k) – *Spar*.

E 164. Nach der Rsp des EuGH kann im Fall von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen mit wettbewerbswidrigem Zweck nur dann auf die Teilnahme eines Unternehmens an der Zuwiderhandlung und seine Verantwortlichkeit für die verschiedenen Elemente, die diese umfasst, geschlossen werden, wenn nachgewiesen ist, dass das betreffende Unternehmen durch sein Verhalten zur Erreichung der von allen Beteiligten verfolgten **gemeinsamen Ziele beitragen** wollte und von dem von anderen Unternehmen in Verfolgung dieser Ziele beabsichtigten oder an den Tag gelegten tatsächlichen **Verhalten wusste** oder dieses vernünftigerweise vorhersehen konnte und es bereit war, die daraus erwachsende Gefahr **auf sich zu nehmen**. OGH 31. 3. 2016, 16 Ok 7/15p – *BWB/Kühne + Nagel* uVa EuGH 22. 10. 2015, C-194/14 P – *AC-Treuhand/Kommission*, Rdn 30 mwN; OGH 8. 10. 2008, 16 Ok 5/08 – *Aufzugs- und Fahrtreppenkartell I* mwN.

E 165. Ob sich ein Unternehmen freiwillig oder unter dem **Druck** der anderen Seite an der Vereinbarung beteiligt, ist dabei unerheblich. OGH 12. 12. 2011, 16 Ok 8/10 – *Radiusklausel IV*; OGH 25. 3. 2009, 16 Ok 14/08 – *Radiusklausel II*.

E 166. Welchen **Zweck** die Beteiligten mit dieser Vereinbarung verfolgen oder ob sich ein Unternehmen freiwillig oder unter dem Druck der anderen Seite an der Vereinbarung beteiligt, ist dabei unerheblich. OGH 25. 3. 2009, 16 Ok 1/09 – *Radiusklausel III*.

E 167. Auch eine **wirtschaftliche Abhängigkeit** des einen Vertragspartners vom anderen schließt das Vorliegen einer Vereinbarung noch nicht aus. OGH 12. 12. 2011, 16 Ok 8/10 – *Radiusklausel IV*; OGH 25. 3. 2009, 16 Ok 1/09 – *Radiusklausel III*; buVa EuGH 12. 7. 1979, Rs 32, 36 bis 82/78 – *BMW Belgium/Kommission*, Rdn 36.

E 168. Entgegen der Ansicht des Erstgerichts kommt es daher auf die unterschiedlichen **Interessenlagen** der Bestandnehmer und ihren mangelnden Einfluss darauf, mit wem die Antragsgegnerinnen Radiusklauseln vereinbaren, nicht an. OGH 25. 3. 2009, 16 Ok 1/09 – *Radiusklausel III*.

b) OLG Wien

E 169. Der Begriff „Vereinbarung“ wird in diesem Zusammenhang **weit ausgelegt**: Nicht notwendig ist, dass es sich dabei um einen rechtlich verbindlichen Vertrag handelt; eine Vereinbarung liegt vielmehr schon dann vor, wenn die betreffenden Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten. Folglich ist der Begriff der Vereinbarung durch das Vorliegen einer **Willensübereinstimmung** zwischen mindestens zwei Parteien gekennzeichnet, deren Ausdrucksform unerheblich ist, sofern sie den Willen der Parteien getreu wiedergibt. OLG Wien 3. 3. 2016, 26 Kt 2/16 – *BWB/Rauch Fruchtsäfte*, www.edikte.justiz.gv.at; OLG Wien 27. 2. 2015, 27 Kt 56, 57/14 – *BWB/Kühne + Nagel International*, www.edikte.justiz.gv.at.

E 170. Bei einer Vereinbarung zwischen Unternehmern kommt es daher weder auf die **Form der Vereinbarung** – diese kann schriftlich, mündlich oder schlüssig getroffen werden – noch darauf an, ob sie auch **tatsächlich umgesetzt** wird. OLG Wien 3. 3. 2016, 26 Kt 2/16 – *BWB/Rauch Fruchtsäfte*, www.edikte.justiz.gv.at.

2. Einzelfälle

E 171. Es können grundsätzlich auch Mittätern und/oder Gehilfen einer Gesamtzuwiderhandlung gegen Art 81 Abs 1 EG [nunmehr: Art 101 Abs 1 AEUV] die Zuwiderhandlungen der jeweils anderen beteiligten Unternehmen zugerechnet werden, wenn die entsprechenden objektiven und subjektiven Zurechenbarkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Dies wurde im Fall einer **Unternehmensberatung** bejaht, die in voller Kenntnis der Umstände vorsätzlich Fachwissen für die Erreichung kartellrechtswidriger Zwecke zur Verfügung gestellt hatte und sich damit zumindest indirekt im Rahmen der Durchsetzung ihrer individuellen Dienstleistungsverträge am wettbewerbs- und rechtswidrigen Ziel des Kartells beteiligt hatte. OGH 19. 4. 2010, 16 Ok 2/10 – *Feuerwehrfahrzeuge II* uVa EuG 8. 7. 2008, T-99/04 – *AC-Treuhand/Kommission*, Rdn 134, 146.

E 172. Dass sich die Antragsgegnerinnen in der Vergangenheit beim Abschluss langfristiger **Wartungsverträge** mit ihren Kunden möglicherweise kartellrechtswidrig verhalten haben, indem sie einander Kunden zugeteilt oder Preise abgestimmt haben, bewirkt entgegen der Auffassung der Antragsteller noch nicht, dass ein Zuwiderhandeln gegen kartellrechtliche Bestimmungen für die gesamte Laufzeit der Wartungsverträge unterstellt werden kann. OGH 8. 10. 2008, 16 Ok 8/08 – *Aufzugs- und Fahrtreppenkartell II*.

E 173. **Leistungsaustauschverträge** sind nicht Mittel zur Durchführung einer verbotenen Kartellvereinbarung, sondern dienen der Durchführung des eigenen Schuldverhältnisses zwischen den Vertragsparteien. Solche Folgeverträge sind in ihrem Bestand daher auch nicht von Nichtigkeit (§ 1 Abs 3 KartG 2005) bedroht. OGH 8. 10. 2008, 16 Ok 8/08 – *Aufzugs- und Fahrtreppenkartell II*.

E 174. Die Antragsteller erblicken Zuwiderhandlungen gegen die im ersten Hauptstück des KartG genannten Verbote darin, dass es bisher nicht zu Preissenkungen und zu einem Preiswettbewerb bei der Auftragserteilung gekommen