

KARTELLRECHT: HANDYUMTAUSCHAKTION MIT RECHTLICHEN FOLGEN

Zur Unterstützung der Markteinführung eines neuen Mobilfunkbetreibers bot ein österreichweit tätiges Handelsunternehmen als „Handyumtauschaktion“ jedem Kunden, der zu dem neuen Mobilfunkbetreiber wechselt (bzw bei ihm ein neues Handy kauft) und seinen Mobilfunkvertrag mit dem marktführenden Mobilfunkbetreiber kündigt, eine Prämie an. Konnte der Marktbeherrscher aufgrund dieses Vorgehens den Partnervertrag mit dem Handelsunternehmen außerordentlich kündigen? Muss der Marktbeherrscher für die Dauer des Rechtsstreites das Handelsunternehmen trotzdem weiter beliefern und Anmeldungen entgegennehmen?

Ronald Bresich

A. SACHVERHALT

Der OGH¹ hatte sich mit der Frage zu befassen, ob eine Handyumtauschaktion rechtliche Folgen auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Handelsunternehmen, das Handys verkauft, und dem Mobilfunkunternehmen hat; das Handelsunternehmen stellte zudem den Antrag, dass im Rahmen des Provisonalverfahrens das Mobilfunkunternehmen weiterhin Handys an die Antragstellerin liefern und Anmeldungen entgegennehmen müsse.

Die Antragstellerin, die in über 100 Filialen österreichweit unter anderem neben Handys der Antragsgegnerin, der zu dieser Zeit mit ca 90% Marktanteil marktbeherrschenden Handynetzbetreiberin, auch Handys vom damals einzigen Mitkonkurrenten anbot, hatte mit der Antragsgegnerin im Rahmen der Geschäftsbeziehung ursprünglich einen Partnervertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen, wobei die Antragstellerin damit das Recht zur Übergabe von Produkten der Antragsgegnerin direkt an Endkunden, zur Entgegennahme von Bestellungen zum Anschluss an ein Netz der Antragsgegnerin und zur Durchführung der zur Inbetriebnahme des Anschlusses notwendigen Tätigkeiten erhalten hat. Als Gegenleistung verpflichtete sich die Antragstellerin zur wirksamen Absatzförderung und Werbung „nach besten Kräften“ für alle Netze der Antragsgegnerin. Als außerordentliche Kündigungsgründe wurden im Partnervertrag

¹ OGH 17.12.1997, 16 Ok 22/97.

unter anderem Verstöße gegen das UWG oder Vertragsverstöße, die nach vorangegangener Aufforderung zum Abstellen des beanstandeten Zustandes weiter beibehalten werden, vereinbart.

Im Rahmen einer Werbeaktion bot die Antragstellerin sodann jedem Kunden, für den Fall, dass er ein neues GSM-Handy erwirbt und für mindestens 12 Monate beim neuen Handynetzbetreiber anmeldet und gleichzeitig ein altes Handy für das C- oder D-Netz der Antragsgegnerin längstens binnen 6 Monaten zurückgibt (und sich dazu auch vertraglich verpflichtet), 1.000,- ATS an. Nachdem die Antragsgegnerin die Antragstellerin zur Einstellung ihrer Werbeaktion unter Androhung der außerordentlichen Kündigung des Partnervertrages aufgefordert und die Antragsgegnerin schließlich mangels Reaktion der Antragstellerin den Partnervertrag außerordentlich aufkündigt hatte, gab die Antragstellerin schließlich bekannt, dass sie keine Lieferung weiterer Produkte an die Antragstellerin durchführen würde.

Als Folge dessen beantragte die Antragstellerin von der Antragsgegnerin aufgrund der §§ 34 ff KartG idaf die Abstellung marktmissbräuchlichen Verhaltens sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, in welcher der Antragsgegnerin für die Dauer dieses Rechtsstreites ua aufgetragen werden solle, dass die Antragsgegnerin sofort Anmeldungen der Antragstellerin entgegenzunehmen und ordnungsgemäß zu bearbeiten habe. Die Antragstellerin begründete dies damit, dass dieses missbräuchliche Verhalten einer Marktbeherrscherin diskriminierend und sachlich nicht gerechtfertigt sei. Die Antragsgegnerin vertrat hingegen die Ansicht, dass die Antragstellerin ihre Verpflichtungen aus dem Partnervertrag grob verletzt habe, weil sie die Kündigung bestehender Teilnehmerverhältnisse zur Antragsgegnerin zugunsten ihrer Konkurrentin aktiv beworben habe und das eine Ungleichbehandlung darstelle. Die außerordentliche Kündigung sei daher gerechtfertigt.

B. ENTSCHEIDUNG DES ERSTGERICHTES

Das Erstgericht hat die beantragte einstweilige Verfügung erlassen, weil die Berechtigung einer Liefer- oder Bezugssperre durch ein marktbeherrschendes Unternehmen als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Verweigerung des Abschlusses zu beurteilen sei. Die aktiv geforderte Vertragsauflösung von Kundenbeziehungen zur Antragsgegnerin habe die Antragstellerin bereits wenige Tage nach Aktionsbeginn wieder eingestellt, was von der Antragstellerin mit Urkunden bescheinigt worden sei; trotzdem habe die Antragsgegnerin ihren Standpunkt nicht geändert. Die Antragsgegnerin hat gegen diesen Beschluss des Erstgerichtes Rekurs eingebracht.

C. ENTSCHEIDUNG DES OGH

Nach Ansicht des OGH lag das Schwergewicht der Rekursausführungen in der Bekämpfung der als bescheinigt angenommenen Tatsache, dass die Antragstellerin ihre aktive Förderung der Vertragsaufhebung von Kundenbeziehungen zur Antragsgegnerin bereits wenige Tage nach Aktionsbeginn wieder eingestellt habe.

Im kartellrechtlichen Rekursverfahren ist die Überprüfung der Beweiswürdigung nur mit Einschränkungen zulässig. Nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung sind die Normen über Sicherungsanträge nach den §§ 378 ff EO analog auch auf die in Spezialnormen enthaltenen einstweiligen Verfügungen in Verfahren außer Streitsachen anzuwenden. Daher ist auch in Sicherungsverfahren die Überprüfung der Beweiswürdigung des erkennenden Richters durch das

Rekursgericht insoweit ausgeschlossen, als dieser den Sachverhalt auf Grund von vor ihm abgelegter Zeugen- oder Parteiaussagen als bescheinigt angenommen hat.

Allerdings ist in den Fällen, wo keine unmittelbare derartige Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht erfolgt ist, eine Umwürdigung der Beweise durch das Rekursgericht zulässig, weil bei widersprechenden Aussagen letztlich der persönliche Eindruck der vernommenen Person bei der Beweiswürdigung ausschlaggebend ist. Eine Überprüfung der Beweiswürdigung ist gleichwohl dann ausgeschlossen, wenn verfahrensrechtlich die Voraussetzungen einer neuerlichen Vernehmung nicht erfüllbar sind. Im Rekursverfahren ist aber eine neuerliche Beweisaufnahme verfahrensrechtlich ausgeschlossen, sodass in diesen Fällen eine Überprüfung der Beweiswürdigung nicht möglich ist. Im gegenständlichen Sicherungsverfahren war die Überprüfung der Beweiswürdigung allerdings nicht ausgeschlossen, da der Sachverhalt nur auf Grund der vorgelegten Urkunden, nicht aber auch auf Grund von Zeugen- oder Parteiaussagen als bescheinigt angenommen worden ist. Das zur Bescheinigung dieses Umstandes vorgelegte Fax trug kein Fax-Datum (die Kopie wurde vor diesem Datumsvermerk abgeschnitten); dieses war sodann nur abgesondert hinzugefügt. Auch auf einem zweiten Fax stand ein Datum, das lange nach der Kündigung des Partnervertrages lag.

Der bescheinigungspflichtigen Antragstellerin war somit die Bescheinigung, dass sie die Werbeaktion, die schließlich der maßgebende Anlass für die außerordentliche Kündigung der Antragstellerin gewesen war, nach wenigen Tagen wieder gestoppt hätte, durch die von ihr vorgelegten Urkunden nicht gelungen. Das Rekursgericht kam daher zu der Ansicht, dass die beantragte einstweilige Verfügung nicht berechtigt war.

Jedenfalls war auch der kartellrechtliche Tatbestand eines marktmissbräuchlichen Verhaltens (§ 35 Abs 1 KartG aF) zu prüfen; dieser liegt aber nur dann vor, wenn die Geschäftsverweigerung durch Abbruch geschäftlicher Beziehungen sachlich nicht gerechtfertigt gewesen wäre. Die Verhängung einer Liefer- oder Bezugssperre war jedoch eine aktive Handlung des marktbeherrschenden Unternehmens, die nur durch besondere Rechtfertigungsgründe zulässigerweise begründet werden kann. Gerade schwerwiegende Verletzungen vertraglicher Verpflichtungen oder geschäftsschädigendes Verhalten, verbunden mit der Zerstörung der Vertrauensbasis kommen dafür in Betracht.

Somit kann ein marktbeherrschendes Unternehmen auch Maßnahmen zur Wahrung seiner geschäftlichen Interessen ergreifen; diese müssen jedoch auch verhältnismäßig und fair sein und sich allein darauf begründen, dass der Kunde Konkurrenzprodukte vertreibt. Wenn sich ein Abnehmer eines marktbeherrschenden Herstellers mit einem (Mit)Wettbewerber „zusammenschließt“, so ist eine (sofortige) Einstellung aller Lieferungen grundsätzlich zwar nicht gerechtfertigt; ausnahmsweise kann unter besonderen Umständen auch ein marktbeherrschender Hersteller aber das Recht haben, seine Geschäftsbeziehung zu einem Kunden zu überprüfen und allenfalls auch zu beenden, dies insbesondere dann, wenn dieser Kunde eine Marke der Konkurrenz fördert und trotz Aufforderung dies nicht einstellt.

Der OGH vertrat in der Entscheidung sohin die Ansicht, dass selbst ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht verpflichtet ist, einen gegen ihn gerichteten Wettbewerb schließlich auch noch zu subventionieren. Selbst ein Marktbeherrscher muss nicht alle schwerwiegenden Vertragsverletzungen „schweigend“ hinnehmen. Auch kann nicht angenommen werden, dass die vorliegende Weigerung durch die Antragsgegnerin, künftig Anmeldungen der Antragstellerin für deren Kunden entgegenzunehmen, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Abschlussverweigerung zu werten sei. Eine gerechtfertigte Zugangsverweigerung ist nach Ansicht des OGH auf Grund des im Provisorialverfahren als bescheinigt angenommenen Sachverhalts jedoch zu bejahen. Er geht dabei davon aus, dass ein (allenfalls) zunächst vorhandener Rechtfertigungsgrund nach wenigen Tagen schlussendlich weggefallen wäre.

Problematisch war schließlich gerade auch, dass die Antragstellerin - anders als andere Elektrohändler mit ähnlichen Aktionen – den Erhalt der „Umstiegsprämie“ von der Kündigung des Vertrages mit der Antragsgegnerin abhängig gemacht hat und diese Tätigkeit über das zu tolerierende Ausmaß hinausgeht. Da die Antragstellerin keinerlei Einsicht für ihr vertragswidriges Verhalten gezeigt hat und die Frist zur Beseitigung der Werbemaßnahmen nicht genutzt hat, sondern sogar noch damit geworben hat, die Werbung zu forcieren, war es der Antragsgegnerin schließlich auch nicht mehr zumutbar, den Vertrag mit der Antragstellerin fortzusetzen, weil die Vertrauensbasis derart zerstört war, dass die außerordentliche Kündigung der Antragsgegnerin gerechtfertigt war.

Im Bescheinigungsverfahren wurde zudem auch kein Anhaltspunkt gefunden, dass sich das vertragswidrige Verhalten der Antragstellerin (nachträglich) derartig geändert hätte, dass die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen wäre, neuerlich mit der Antragstellerin zu kontrahieren.

D. RESÜMEE

Der OGH stellte sohin fest, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht in jedem Fall einem Kontrahierungszwang unterliegt. Im konkreten Sachverhalt war die außerordentliche Kündigung der Antragsgegnerin eine jedenfalls gerechtfertigte Zugangsverweigerung, da die Werbeaktion mit Prämien für die Kündigung der Kundenverträge zur Antragsgegnerin das von einem marktbeherrschenden Unternehmen in der Telekommunikationsbranche zu tolerierende Ausmaß überstiegen hat. Der Antrag der gefährdeten Partei, der Antragsgegnerin für die Dauer dieses Rechtsstreites aufzutragen, dass sie ab sofort Anmeldungen der Antragstellerin für ihre Kunden entgegenzunehmen und ordnungsgemäß zu bearbeiten und insbesondere mit Anmeldeformularen und „SIM-Karten“ zu beliefern habe, wurde daher vom OGH abgewiesen.

Zum Autor: Dr. Ronald Bresich LL.M. ist freier Mitarbeiter der Rechtsanwaltskanzlei Aueried & Partner und Projektassistent an der Universität Wien, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht/Zentrum für Glücksspielforschung. Weitere Aufsätze dieses Autors zum Themenbereich Glücksspielrecht und Glücksspielmonopol sind online auf www.univie.ac.at/zfg abrufbar.

Disclaimer: Der auf dieser Website veröffentlichte Aufsatz samt allen dazugehörigen Angaben stellt ausschließlich die wissenschaftliche Rechtsmeinung des Autors dar und dient keinesfalls der Rechtsberatung und ersetzt auch keinesfalls die Rechtsberatung durch einen Rechtsanwalt. Die Haftung des Autors, der Rechtsanwaltskanzlei und aller anderer in Betracht kommenden Personen insbesondere für Schadenersatz jeglicher Art sowie für die Richtigkeit, Aktualität und Vollständigkeit des Inhaltes und insbesondere auch für die Inhalte von angeführten Quellen und verlinkten Webseiten wird ausdrücklich ausgeschlossen.