

**Stellungnahme der Bundeswettbewerbsbehörde  
zu vom Bundegremium des Fahrzeughandels übermittelten  
Beispielsachverhalten im Bereich des Kfz-Vertriebs**

Ausgangslage

In einem Gespräch mit Vertretern des Bundegremiums des Fahrzeughandels am 6. April 2016 wurde die Bundeswettbewerbsbehörde über die betriebswirtschaftlich und finanziell angespannte Situation zahlreicher KFZ-Vertragshändler informiert. Diese ergäbe sich nicht zuletzt aus diversen Vorgaben, Maßnahmen oder Vertragsbedingungen der jeweiligen Lieferanten/Importeure, durch die in einer Weise Einfluss auf die Kosten bzw Ertragsmöglichkeiten der Betriebe genommen werde, die ein positives Wirtschaften erschwere oder mitunter unmöglich mache.

Insbesondere im Bereich der geforderten (und eine Bedingung für die Aufrechterhaltung der Vertriebsverträge bildenden) Qualitätsstandards im Rahmen der bestehenden selektiven Vertriebssysteme würden Investitionen verlangt, die angesichts der allgemeinen und/oder markenspezifischen Marktsituation betriebswirtschaftlich nicht darstellbar und somit kaufmännisch unverantwortlich seien.

Ein weiterer Themenbereich betreffe die Bezugskonditionen sowie die Vergütung von Leistungen. Hier seien etwa die Handhabung von Boni für Kundenzufriedenheit oder die Vergütung von Leistungen im Rahmen von Gewährleistung/Garantie intransparent und willkürlich.

All dies erfolge vor dem Hintergrund, dass die KFZ-Vertragshändler aufgrund der bestehenden wirtschaftlichen Abhängigkeit infolge getätigter markenspezifischer Investitionen typischerweise nicht frei seien, Forderungen der Lieferanten/Importeure abzulehnen.

Mit Schreiben vom 11.7.2016 wurden der Bundeswettbewerbsbehörde exemplarische Sachverhalte mit der Bitte um Stellungnahme und wettbewerbsrechtliche Einordnung übermittelt.

## Vorbemerkungen

Der folgenden allgemeinen rechtlichen Erörterung sowie der Bewertung dieser Beispielfälle ist voranzuschicken:

- Die Beurteilung erfolgt ausgehend von der vorliegenden Darstellung der Sachverhalte, deren Richtigkeit und Vollständigkeit durch die BWB nicht überprüft werden konnte.
- Ebenso wenig kann die BWB eine abschließende Beurteilung der Kosten- und Erlösstruktur der Branche oder einzelner Betriebe vornehmen und muss somit die dargelegte betriebswirtschaftliche Einordnung als Grundlage heranziehen.
- Die Beurteilung kann somit nur als Richtschnur für eine rechtlich gebotene Interessenabwägung dienen und aufzeigen in welchen Situationen wettbewerbsrechtlich relevante Sachverhalte denkbar sind. Im Einzelfall ist aber zB aufgrund unterschiedlicher Betriebsgrößen/-arten eine abweichende Beurteilung möglich.

## Rechtlicher Rahmen

Im gegebenen Zusammenhang geht es nicht um zwischen Lieferanten und Abnehmern im Rahmen des Vertriebs vereinbarte Wettbewerbsbeschränkungen iSv Art 101 AEUV (bzw § 1 KartG), deren Zulässigkeit insb nach den Bestimmungen der VO 330/2010 (vertikale GVO) bzw VO 461/2010 (KFZ-GVO) zu beurteilen ist, sondern um die **Angemessenheit vertraglicher Regelungen** in Ausgestaltung dieser Systeme.

Dabei ist anzumerken, dass die bestehenden Verträge der Lieferantenseite regelmäßig **einseitige Gestaltungsrechte**, etwa hinsichtlich der Standards oder der kommerziellen Bedingungen, einräumen. Die Frage der Zulässigkeit solcher Gestaltungsrechte kann sich bereits **zivilrechtlich** auf zwei Ebenen stellen:

- abstrakt auf der Vertragsebene, auf der einer Vertragspartei solche Gestaltungsrechte eingeräumt werden
- konkret auf der Ebene der Ausübung solcher Gestaltungsrechte

Im Sinne des Grundsatzes der **Vertragsfreiheit** ist zivilrechtlich davon auszugehen, dass einseitige Gestaltungsrechte zu Gunsten einer Vertragspartei grundsätzlich wirksam vereinbart werden können. Die Grenze des Zulässigen wird allerdings überschritten sein, wenn die Ausübung eines Änderungsrechtes schrankenlos ins freie Belieben einer Partei gestellt wird. Vernünftigerweise werden daher bereits in der jeweiligen vertraglichen Regelung die Determinanten für die spätere Ausübung des Gestaltungsrechts möglichst umfassend geregelt sein. Ebenso hat die konkrete Ausübung eines solchen Gestaltungsrechts jedenfalls nach **billigem Ermessen** bzw unter Berücksichtigung der Maßstäbe von Treu und Glauben, dh unter angemessener Berücksichtigung der Interessen der Gegenseite, zu erfolgen.

Die Mehrheit der dargestellten Sachverhalte unterliegt somit bereits unter allgemein vertragsrechtlichen Gesichtspunkten einem (groben) Korrektiv, wobei eine zivilrechtliche Beurteilung samt allfälliger (Nichtigkeits-)Folgen solcher Vereinbarungen von der BWB nicht vorgenommen werden kann.

Über die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln hinaus können sich aus den **wettbewerbsrechtlichen Vorschriften** engere Zulässigkeitschranken ergeben. Insbesondere im Zusammenhang mit dem Bestehen von **Marktmacht** können sich Vereinbarungen oder Handlungen, die sonst unbedenklich sind, als unzulässig erweisen.

### Kartellgesetz

Die beschriebenen Sachverhalte und Verhaltensweisen sind zunächst an den Regeln des **Kartellgesetzes** betreffend die **Missbrauchsaufsicht** über marktbeherrschende Unternehmen zu überprüfen. Grundvoraussetzung ist demnach das Bestehen einer **marktbeherrschenden Stellung** des Lieferanten.

Nach § 4 Abs 1 KartG ist ein Unternehmer marktbeherrschend, der als Anbieter oder Nachfrager keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Gemäß Abs 3 leg cit gilt als marktbeherrschend auch ein Unternehmer, der eine im Verhältnis zu seinen Abnehmern oder Lieferanten überragende Marktstellung hat; eine solche liegt insbesondere vor, wenn diese zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die **Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung angewiesen** sind.

Bei dieser **relativen Marktmacht** handelt es sich aber nicht um einen zusätzlichen eigenständigen Marktbeherrschungstatbestand, sondern lediglich um eine Konkretisierung des in § 4 Abs 1 Z 1 geregelten Grundsatzes des fehlenden wirksamen Wettbewerbs. Entscheidend ist auch hier das Bestehen von **Ausweichmöglichkeiten**<sup>1</sup>. Aufgrund der Abhängigkeit der Marktgegenseite, die sich ua aus einer Markenabhängigkeit oder einer investitionsintensiven Ausrichtung auf einen Vertragspartner ergeben kann, ist auch ein relativ marktmächtiges Unternehmen keinem solchen Wettbewerb ausgesetzt, der die aus der Abhängigkeit resultierenden Verhaltensspielräume wirksam begrenzt<sup>2</sup>.

Ausgangspunkt der Beurteilung ist daher immer die Abgrenzung des **relevanten Marktes**. Im Zusammenhang mit Vertriebsverträgen im Kfz-Sektor hat das KOG bereits 1993 zur Vorläuferbestimmung des KartG 1988 ausgesprochen, dass es maßgebend auf die Sicht der Marktgegenseite, also der Vertragshändler (einer bestimmten Marke) ankomme, die ihren Bedarf nur bei einem Importeur (der jeweiligen Marke) decken können, weil ein Markenwechsel mit schwerwiegenden

---

<sup>1</sup> Vartian/Schuhmacher in Petsche/Urlesberger/Vartian, (Hrsg), KartG 2005<sup>2</sup> (2016) § 4 Rz 44.

<sup>2</sup> Wolf in Münchener Kommentar zum Kartellrecht, 2015<sup>2</sup>, GWB § 18 Marktbeherrschung, Rn 20-25.

betriebswirtschaftlichen Nachteilen verbunden sei. Der relevante Markt sei somit auf **Fahrzeuge der betreffenden Marke** eingeschränkt. Die Alleinvertriebsberechtigte sei auf diesem Markt keinem Wettbewerb ausgesetzt; der Markt werde von ihr beherrscht<sup>3</sup>.

Soweit ersichtlich dürften die damals genannten Gesichtspunkte auch weiterhin auf Vertriebsverträge im Kfz-bereich zutreffen. Der Grad der Abhängigkeit scheint indes seit 1993 tendenziell sogar gestiegen zu sein.

Das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung an sich enthält kein Unwerturteil. Allerdings trägt das marktbeherrschende Unternehmen eine **besondere Verantwortung** dafür, dass durch sein Verhalten der wirksame unverfälschte Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird. Verboten ist daher nach § 5 Abs 1 KartG der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

Als **missbräuchlich** werden sämtliche Verhaltensweisen eines Unternehmers in beherrschender Stellung bezeichnet, die die **Struktur eines Marktes beeinflussen** können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmers bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produktwettbewerbs oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen.<sup>4</sup>

Ein solcher Missbrauch besteht insbesondere in der Forderung nach **Einkaufs- oder Verkaufspreisen** oder nach sonstigen **Geschäftsbedingungen**, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden (§ 5 Abs 1 Z 1 KartG).

Ein Missbrauch der Marktmacht ist etwa dann anzunehmen, wenn die vom marktbeherrschenden Unternehmer als Voraussetzung für den Vertragsabschluss genannten Bedingungen<sup>5</sup> 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** (4 Ob 187/02g mwN).

Bei der Prüfung, ob eine missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt, ist stets eine sorgfältige **Abwägung** der einander widerstreitenden **Interessen** vorzunehmen (16 Ok 1/12, 16 Ok 14/04, 16 Ok 11/03, 16 Ok 12/02, 16 Ok 1/99).

---

<sup>3</sup> OGH als KOG vom 14.06.1993, Okt 3/93.

<sup>4</sup> RIS-Justiz RS0063530, vgl auch grundlegend EuGH, Rs 85/76 (Hoffmann-La Roche)

<sup>5</sup> Dieser Gedanke wird umso mehr auf die Bedingungen für die Aufrechterhaltung eines Vertragsverhältnisses übertragbar sein.

Nichts anderes gilt übrigens im Bereich des **Unionsrechts**: Die Prüfung der Angemessenheit von Geschäftsbedingungen erfordert stets eine Interessensabwägung unter Berücksichtigung des legitimen Zwecks der vertraglichen Regelung. Das beherrschende Unternehmen ist nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip verpflichtet, den Vertragspartner nicht stärker zu binden, als es für den Vertragszweck unerlässlich ist.<sup>6</sup>

Ausgehend von diesen abstrakten Erwägungen können die vom Fahrzeughandel dargestellten Beispiele wie folgt eingeordnet werden:

#### **Fallgruppe Investitionen in Architektur, Ausstattung und Einrichtung von Schauräumen, Werkstatt, etc**

Einerseits ist dem jeweiligen Hersteller (Importeur) ein legitimes Interesse an einem einheitlichen Auftritt sowie der Positionierung, Pflege und Entwicklung seiner Marke zuzubilligen, weswegen die Erteilung gewisser Vorgaben grundsätzlich nicht zu beanstanden ist. Dasselbe gilt für Vorgaben, die eine umfassende und fachgerechte Erbringung von Service- und Wartungsdienstleistungen sicherstellen sollen.

Allerdings sind dabei nach dem oben Gesagten aber ebenso die (wirtschaftlichen) Interessen der Vertragspartner zu berücksichtigen.

Im Einzelfall können sich daher Vorgaben als missbräuchlich erweisen. Dies liegt etwa dann nahe,

- wenn der geforderte Investitionszyklus auffällig von einer üblichen Abschreibungsdauer für das betreffende Vermögensgut abweicht<sup>7</sup>,
- die geforderte Investitionshöhe in einem auffälligen Missverhältnis zu den Umsatz- und Ertragschancen des Geschäftsbetriebes steht,
- betriebswirtschaftlich unvernünftige oder unvertretbare Investitionen gefordert werden,
- eine Bindung für bestimmte Waren und Leistungen an bestimmte Bezugsquellen besteht, insbesondere, wenn diese einem Drittvergleich nicht standhalten.

In solchen Situationen kommt es zu einer unbilligen Ungleichverteilung von Kosten und Nutzen der Maßnahmen zu Gunsten des marktbeherrschenden Vertragspartners.

---

<sup>6</sup> Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht 2014<sup>3</sup>, § 18 Rz 7.

<sup>7</sup> Dies gilt wohl umso mehr, wenn durch die geforderte Investition zuvor ebenfalls vom marktbeherrschenden Vertragspartner veranlasste Investitionen vorzeitig entwertet werden,

## Fallgruppe Vergütung von Leistungen, Bonifikationen

Ein wesentlicher Bereich innerhalb dieser Fallgruppe betrifft die **Vergütung** von Leistungen, die Vertragswerkstätten im Rahmen von **Gewährleistung** und **Herstellergarantie**<sup>8</sup> erbringen. Die schon in der Vergangenheit bestehenden Probleme in diesem Bereich haben den Gesetzgeber veranlasst in § 5 KraSchG eine explizite Sonderregel (in Ergänzung zu § 933b ABGB) zu verankern. Demnach ist der notwendige und nützliche Aufwand zu ersetzen, wobei das Gesetz diese Begriffe nicht näher definiert. Gewisse Anhaltspunkte können zwar die bereicherungsrechtlichen Bestimmungen des ABGB bieten, wobei nicht zu verkennen ist, dass im vorliegenden Zusammenhang ein Tätigwerden gerade aufgrund vertraglicher Verpflichtung erfolgt.

Bei Betrachtung der Interessenlagen der Vertragsparteien ist zu beachten, dass es aus Sicht des Lieferanten zwar legitim ist, die Vergütung solcher Leistungen durch Vorgabe von Richtzeiten, Pauschalsätzen, etc zu standardisieren, wodurch ebenso wie durch Einführung formaler Abwicklungsprozesse eine Reduktion des Verwaltungsaufwandes sowie ein Schutz vor ungerechtfertigten Ansprüchen erreicht werden soll.

Umgekehrt besteht aber auf Seiten der Vertragswerkstätten das Interesse, die Abwicklung von Gewährleistungs- und Garantiewerken zumindest nicht als Verlustgeschäft zu führen oder indirekt die Garantieverprechen des Lieferanten zu finanzieren.

Auch wenn die exakte Bestimmung einer angemessenen Vergütung im Einzelfall schwierig erscheint und einen gewissen Spielraum zulässt, wird es in diesem Zusammenhang gerade vor dem Hintergrund des Bestehens einer expliziten gesetzlichen Vergütungsregelung insbesondere als missbräuchlich anzusehen sein, wenn

- Richtzeiten öä systematisch unter den tatsächlich für die Mängelbehebung erforderlichen Zeiten festgesetzt werden,
- Zeiten für die notwendige Vor- und Nachbereitung (Fehlersuche, Probefahrt, etc) systematisch nicht vergütet werden,
- Gemeinkosten, die für die Aufrechterhaltung des Betriebs einer Kfz-Werkstatt bzw eines Ersatzteillagers erforderlich sind, systematisch nicht vergütet werden,
- Formvorschriften zum Anlass genommen werden, die Vergütung tatsächlich erbrachter Leistungen zu verweigern.

All diese Punkte wiegen umso schwerer, je höher der Anteil von Garantie- und Gewährleistungsreparaturen am gesamten Werkstattaufkommen ist.

---

<sup>8</sup> Ähnlich einzuordnen werden wohl auch Rückrufaktionen der Hersteller sein,

Als weiterer Problembereich wurden **variable Spannenbestandteile** angeführt, wie sie insbesondere im Bereich der Vergütung von Kundenzufriedenheit vorkommen.

Nicht zu bestreiten ist das berechtigte Interesse des Lieferanten (auch) über finanzielle Anreizsysteme ein hohes Niveau der Kundenorientierung innerhalb seiner Vertriebsorganisation anzustreben.

Demgegenüber steht aber das Interesse der Vertragspartner, dass derartige Bewertungen im Rahmen eines objektiven, fairen, transparenten und nachvollziehbaren Systems erfolgen.

Wie auch bei anderen Vergütungen wird es in diesem Bereich einen gewissen Gestaltungsspielraum geben. Das Vorliegen bestimmter Elemente, die - allenfalls in Kumulation - auf eine **willkürliche Gewährung** von Boni hindeuten, kann aber einen Missbrauch indizieren. Dazu werden etwa zu zählen sein:

- Möglichkeit zur willkürlichen Festsetzung von Zielwerten bzw Verwendung dynamischer Zielwerte, die sich nicht an der objektiven Erreichung von Zielgrößen orientieren (zB: die besten x% erhalten eine Vergütung)
- Abfrage der Zufriedenheit unter Verwendung unüblicher Bewertungsschemata
- Fehlende Transparenz und Rückmeldung über das Zustandekommen von Ergebnissen

#### Weitere Fallbeispiele

Die bereits weiter oben erwähnte **Verpflichtung zum Bezug** bestimmter Ausstattungs-, Einrichtungs- oder Ausrüstungsgegenstände beim Lieferanten selbst oder einem vom Lieferanten benannten Unternehmen kann noch unter einem weiteren Aspekt relevant sein.

Gemäß § 5 Abs 1 Z 4 missbräuchlich ist die an die Vertragsschließung geknüpfte Bedingung, zusätzliche Leistungen anzunehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen (**Koppelung**).

Dabei nutzt der Marktbeherrscher seine Stellung im Bereich der Hauptleistung aus, um dem Abnehmer weitere Leistungen aufzudrängen, die dieser nicht wünscht oder zu besseren Bedingungen von Dritten beziehen könnte.<sup>9</sup>

Ein solcher Missbrauch nach Z 4 oder zumindest eine gleichwertige, von der Generalklausel des § 5 Abs 1 erfasste Situation liegt wohl vor, wenn der Lieferant den Bezug von Gütern oder Leistungen wie zB Fliesen, Teppiche, Möbel, Schilder, Planungsleistungen, etc, die in keinerlei sachlichen Zusammenhang mit den Hauptleistungen des Vertrages stehen an sich bindet. Dasselbe gilt wohl auch für

---

<sup>9</sup> Vartian/Schuhmacher in Petsche/Urlesberger/Vartian, (Hrsg),KartG 2005<sup>2</sup> (2016) § 5 Rz 56. Die zweite mögliche wettbewerbswidrige Dimension von Koppelungen, nämlich die Verdrängungswirkung durch Marktverschluss, erscheint hier nicht relevant.

den Fall, dass ein drittes Unternehmen als Bezugsquelle namhaft gemacht wird. In aller Regel wird dieses in einer vertraglichen (Provisions-)Beziehung zum Lieferanten stehen. Werden die Waren und Leistungen zudem zu einem deutlich über jenem am freien Markt verlangten Preis angeboten, ist dies ein weiteres Indiz für die Missbräuchlichkeit des Verhaltens.

Vorgebracht wurde auch, dass zum Teil ein **Eigengeschäft des Importeurs** mit Endverbrauchern (ohne Einschränkung auf vorbehaltene Kundengruppen, zB auf Behörden) besteht. Hierbei trete der Lieferant in eine unmittelbare Wettbewerbsbeziehung zu seinen Händlern, biete aber zT zu Preisen unter deren Einstandspreisen an.

Die diesbezüglichen Angaben sind für eine nähere Beurteilung zu vage; hingewiesen sei aber auf die in der Judikatur zu Art 102 AEUV entwickelte dem Behinderungsmissbrauch zuzuordnende Fallgruppe der Kosten-Preis-Schere (**margin squeeze**)<sup>10</sup>.

Ausgangspunkt ist die Situation in der ein (auf einer Stufe marktbeherrschendes) vertikal integriertes Unternehmen als Vorlieferant seinen nicht vertikal integrierten Wettbewerbern gegenübersteht. Ein Missbrauch liegt nun vor, wenn ein ebenso effizienter Wettbewerber wie der Marktbeherrscher zu den den Wettbewerbern verrechneten Vorleistungspreisen nicht ohne Verlust auf der Endkundenstufe anbieten könnte. Relevant ist also die Differenz zwischen Endkundenpreis des Marktbeherrschers und dem an die Wettbewerber verrechneten Vorleistungspreis. Ist diese negativ (wie hier vorgebracht wird), ist wohl jedenfalls von einem Missbrauch auszugehen. Ein solcher kann aber unter Berücksichtigung der Vertriebskosten auch bei einer positiven Differenz vorliegen<sup>11</sup>.

Unklar ist, ob sich diese Überlegungen unmittelbar auf die vorliegende Situation übertragen lassen, weil jeweils nur ein durch die spezifische Vertragssituation begründeter Teilmarkt (für die Belieferung mit Fahrzeugen einer bestimmten Marke) betroffen ist, Wettbewerb aber auch von den Vertriebsnetzen anderer Marken ausgeht. Es spricht aber wohl nichts dagegen, die zum margin squeeze entwickelten Überlegungen im Rahmen der Generalklausel zur Argumentation eines nicht vertypen Missbrauchs zu berücksichtigen, wobei im gegebenen Kontext noch hinzukommt, dass der Lieferant über die Vorgabe von Standards unmittelbar Einfluss auf die Kosten seiner Wettbewerber nehmen kann.

---

<sup>10</sup> EuGH, Rs C-280-08 (Deutsche Telekom) EuGH, Rs C-52/09 (Telia-Sonera Sverige)

<sup>11</sup> Vgl zu all dem *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht 2014<sup>3</sup>, § 19 Rz 24ff sowie Prioritätenmitteilung der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch ABI 2009 Nr C 45/02

## Nahversorgungsgesetz

Beim Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen (NVG) handelt es sich um ein wettbewerbsrechtliches Sondergesetz, dessen Bestimmungen über das „**Kaufmännische Wohlverhalten**“ (§§ 1 bis 3) nicht auf Wirtschaftszweige beschränkt sind, die für die Nahversorgung Bedeutung haben<sup>12</sup>, und insbesondere auch in Situationen abseits des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung Anwendung finden, wenngleich ein gewisses wirtschaftliches Machtgefälle vorauszusetzen ist<sup>13</sup>. Entstehungsgeschichtlich hatte der Gesetzgeber zwar den Schutz von Lieferanten vor marktstarken Nachfragern im Auge, der Gesetzestext ist aber neutral und umfasst auch entgegengesetzte Sachverhalte (siehe auch explizit in § 2 NVG).

Die Generalklausel des §1 Abs 1 NVG untersagt alle Verhaltensweisen, die geeignet sind, den **leistungsgerechten Wettbewerb** zu gefährden. Exemplarisch nennt Abs 2 leg cit sachlich nicht gerechtfertigte Leistungen und Konditionen, insbesondere bei Fehlen einer entsprechenden Gegenleistung.

Unter kaufmännischem Wohlverhalten ist allgemein jenes Verhalten zu verstehen, das unter ordentlichen Kaufleuten üblich ist oder zumindest üblich sein sollte. Unter dem Schutz des leistungsgerechten Wettbewerbes versteht die Judikatur des OGH die Erhaltung eines bestimmten Wettbewerbsbestands, der durch die Existenz vieler mittlerer und kleinerer Unternehmen gekennzeichnet ist.

Zur Frage der **sachlichen Rechtfertigung** kann mangels Judikatur zu § 1 NVG mutatis mutandis auf die Rechtsprechung zu § 2 zurückgegriffen werden. Leistungen und Konditionen sind demnach sachlich gerechtfertigt, wenn ihnen eine entsprechende Gegenleistung gegenübersteht oder Kostenvorteile abgebildet werden. Außerhalb dieses Bereiches ist eine **Interessensabwägung** zwischen Lieferant und Abnehmer vorzunehmen, wobei im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung die Sachgerechtigkeit und **Angemessenheit** einer Maßnahme gefordert wird. Im Ergebnis ist somit jeweils das **gelindeste** zur Zielerreichung mögliche **Mittel** zu wählen.

Inhaltlich enthält das NVG somit Missbrauchsverbote, die jenen des KartG sehr ähnlich sind. Hier wie dort geht es letztlich um eine Interessenabwägung sowie eine Angemessenheitsprüfung. Es kann daher auf das oben Gesagte verwiesen werden.

§ 1 NVG erscheint somit grundsätzlich anwendbar auf Sachverhalte, in denen die Bemessung von Leistung und Gegenleistung nicht das Ergebnis sachlicher Erwägungen, also insbesondere der Berücksichtigung der Kosten- und Ertragssituation sowie des Werts einer erbrachten Leistung ist, sondern auf willkürlichen und/oder intransparenten Festlegungen beruht. Dies gilt jedenfalls für Leistungen und Konditionen im unmittelbaren Austauschverhältnis zwischen

---

<sup>12</sup> 16 Ok 3/08

<sup>13</sup> Ditz in Petsche/Urlesberger/Vartian, (Hrsg),KartG 2005<sup>2</sup> (2016) NVG § 1 Rz 11f

Lieferant und Abnehmer, also für die Konditionen bzw Vergütungen für den Bezug von Vertragswaren oder die Erbringung von Vertragsdienstleistungen. Von den genannten Fallbeispielen könnte dies insbesondere auf den Umfang der gewährten Vergütung von Garantie- und Gewährleistungsarbeiten sowie variable Elemente der Bemessung von Handelsspannen/Bonifikationen zutreffen. Wirtschaftlich laufen diese Verhaltensweisen auf die Forderung von Rabatten bzw Sonderkonditionen hinaus.

Fraglich könnte dagegen die Anwendbarkeit auf Sachverhalte sein, bei denen keine Leistung an den anderen Vertragspartner erfolgt, sondern etwa Investitionen in den eigenen Betrieb des Abnehmers gefordert werden. Einen Sonderfall innerhalb dieser Gruppe bilden wiederum jene Sachverhalte in denen ein Bezug (zB von CI-Elementen) vom Lieferanten selbst (oder einem diesem zuzurechnenden Unternehmen), insbesondere zu nicht marktüblichen Konditionen, zu erfolgen hat und somit wieder eine direkte Leistung erfolgt.