

KOG zu *Peugeot/Büchl*

Heinrich Kühnert

Studienvereinigung Kartellrecht, Landesgruppe Österreich

22. April 2021

Relative Marktbeherrschung (1/2)

- Wesentlicher Sachverhalt
 - 68% der Umsätze des ASt entfielen auf Peugeot (Rest andere Konzernmarken)
 - Peugeot-Anteil an Fahrzeugzulassungen: 3-4%
- KG:
 - im Verhältnis Vertragshändler-Importeur kein markenübergreifender Markt
 - Jedenfalls Angewiesenheit auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile
 - → Relative Marktmacht iSd § 4 Abs 3 KartG
- KOG
 - KG-E entspricht älterer Rsp zum Verhältnis Vertragshändler-Alleinimporteur (KOG OKt 3/93 *Fiat-Vertriebsbindung*; OGH 4 Ob 119/09t mwN)
 - Markenwechsel mit schweren Nachteilen verbunden; markenspezifische Werkzeuge und Kenntnisse bei Wechsel nicht oder nur beschränkt einsetzbar

Relative Marktbeherrschung (2/2)

- Begründung des KOG stellt auf Wechselkosten ab
 - § 4 Abs 3 KartG stellt auf das Bestehen von Ausweichmöglichkeiten ab
 - Wechselkosten sind dafür relevant
 - aber sie sind auch allgegenwärtig
 - Ausreichende Bedingung für die Anwendung von § 4 Abs 3? (Relevanz für Franchisesysteme, Vertragshändler)
- Vgt D Rsp zu § 20 Abs 1 GWB
 - Bei Vertragshändlern relative Marktmacht regelmäßig bejaht (BGH 20.3.1988, KZR 20/86; BGH 21.2.1995, KZR 33/93)
 - Bei Werkstätten differenzierter (BGH 30.3.2011, KZR 6/09; BGH 26.1.2016, KZR 41/14)
- Bei Vergleich mit D aber zu beachten:
 - engerer Missbrauchs begriff der § 20 Abs 1+2 GWB
 - Berücksichtigung der Stärke der Marktmacht bei der Billigkeitsprüfung nach § 19 Abs 2 Z 1 GWB

Missbrauch

- Abgestellte Praktiken (soweit vom KOG bestätigt)
 - **Allgemein:** Überwälzung der Kosten für Mystery-Shopping und Audits
 - im **Neuwagenvertrieb**
 - Koppelung von Prämienzahlungen mit Kundenzufriedenheitsumfragen
 - Spannenreduktion durch bewusst überhöhte Verkaufsziele trotz Herabsetzung durch Schiedsgerichte in Vorjahren
 - Niedrige Abgabepreise durch konzerneigene Vertriebsgesellschaften
 - im **Werkstättenbetrieb**
 - Verpflichtung zur Durchführung von Garantie- und Gewährleistungsarbeiten mit Kontrollsystem, das diese wirtschaftlich unrentabel macht
 - Nicht kostendeckende Stundensätze für Garantie- und Gewährleistungsarbeiten und Refundierungen bei Ersatzteilen
- Zurückverwiesen: Beteiligung der Händler an Aktionen

Missbrauch: Konditionenmissbrauch

- Testmaßstab für Konditionenmissbrauch: "offensichtlich unbillig".
 1. verfolgt die Klausel ein legitimes Interesse?
 2. wenn ja: ist sie verhältnismäßig? (Beschränkung auf das zur Zielerreichung notwendige Maß)
- Übermaßverbot: Klauseln, die einzig oder ganz überwiegend dem Interesse des marktbeherrschenden Unternehmen dienen, können als missbräuchlich angesehen werden
- Unangemessen sind lt KOG auf dieser Basis ua
 - Variabler Anteil an der Gesamtvergütung von 40%, egal, ob die Rentabilität des Betriebs von 100% Zielerreichung abhängt (Rn 200, 203)
 - Kostentragung von bis zu 10% der Garantiarbeiten durch die Werkstätten. Auf Garantiarbeiten entfallen 7-10% der Auslastung (Rn 228, 229)
 - Überwälzung von Mystery Shopping-Kosten von EUR 2.000 (Rn 241)

Missbrauch: Konditionenmissbrauch

- Der Prüfungsmaßstab (Interessensabwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung) entspricht der älteren EuGH Rsp, RS 127/73 *BRT/Sabam*
- Der tatsächliche Fokus der europäischen Entscheidungspraxis zu unangemessenen Konditionen liegt auf Klauseln mit Behinderungswirkung, zB
 - Verkaufsverbot für unreife Bananen: RS 27/76 *United Brands*
 - Einseitige Laufzeitverlängerungsklausel um 15 Jahre: RS 247/86 *Alsatel*
 - Obligatorische Abtretung sämtlicher gegenwärtiger und zukünftiger Urheberrechte: RS 127/73 *BRT/Sabam*
 - Verrechnung gar nicht verlangter oder in Anspruch genommener Leistungen: RS C-179/90 *Porto di Genova*; RS C-385/07 *DSD*
- Hier hingegen reiner Ausbeutungsmissbrauch
 - Nachweis der Abweichung der Konditionen vom counterfactual mit wirksamem Wettbewerb? KG holte kein SV-Gutachten ein
 - Gesamtabwägung wie beim Preismissbrauch erforderlich (OGH 16 Ok 13/13 *Linz Strom*)

Missbrauch: Konditionenmissbrauch

- Big picture: Kausalität der Marktbeherrschung für das Verhalten beim Ausbeutungsmissbrauch?
 - EuGH *United Brands*: zu prüfen, ob das marktbeherrschende Unternehmen *“die sich daraus ergebenden Möglichkeiten benutzt hat, um geschäftliche Vorteile zu erhalten, die [es] bei einem normalen und hinreichend wirksamen Wettbewerb nicht erhalten hätte”*.
 - BGH *Facebook*: *“Es bedarf ... keiner hohen Wahrscheinlichkeit für die Verwendung anderer Vertragskonditionen bei wirksamem Wettbewerb”*
- Noch bigger picture:
 1. Kartellrecht als strafbewährtes Steuerungsinstrument zur Durchsetzung eines klar definierten Ziels (zB *consumer welfare* Standard)
 2. vs Kartellrecht als flexibles Regelungsinstrument zur Gewährleistung eines fairen Interessenausgleichs in wirtschaftlichen Beziehungen
 3. Je mehr Interessen verfolgt werden, desto schwächer wird der generalpräventive Steuerungseffekt der Strafen

Missbrauch: Margin squeeze

- Margin squeeze
 - KOG verweist auf Standard nach *TeliaSonera* und *Deutsche Telekom*
 - Frage des Ergebnisses des as efficient competitor Test stellt sich lt KOG nicht, da Vertriebsgesellschaft von Peugeot Verluste erzielte
- Sind Kosten der Vertriebsgesellschaft wirklich die LRAIC der Tätigkeit auf dem nachgelagerten Markt?
 - Beweislast: ASt kann sich bei Preismissbräuchen im Provisorial-verfahren auf Anscheinsbeweis stützen (KOG 16 Ok 6/00 – *TT/Krone*)
 - Gilt das auch im Hauptverfahren – Reichweite des Amtsermittlungsgrundsatzes im KG-Verfahren?