

# TE OGH 2005/3/14 4Ob283/04b

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 14.03.2005

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß als Vorsitzende, durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Gitschthaler als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei S\*\*\*\*\*, vertreten durch Prunbauer, Peyrer-Heimstätt & Romig Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei Land Kärnten, \*\*\*\*\* vertreten durch Huainigg, Dellacher & Partner Rechtsanwälte OEG in Klagenfurt, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 44.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Graz als Rekursgericht vom 25. November 2004, GZ 6 R 233/04p-12, womit der Beschluss des Landesgerichts Klagenfurt vom 23. September 2004, GZ 50 Cg 77/04b-7, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung - einschließlich ihres bestätigten Teils - insgesamt wie folgt zu lauten hat:

„Einstweilige Verfügung

Zur Sicherung des Anspruchs der klagenden Partei auf Unterlassung wettbewerbswidriger Handlungen wird der beklagten Partei für die Dauer dieses Rechtsstreits aufgetragen, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs ab sofort zu unterlassen

1. unter missbräuchlichem Einsatz der Mittel, die ihr aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehen, öffentliche Tankstellen zu bewerben und/oder zu betreiben, insbesondere an Standorten der Straßenbauämter bzw Straßenmeistereien des Landes Kärnten Treibstoffe zum Einstandspreis und/oder zu betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigten niedrigen Verkaufspreisen öffentlich abzugeben,
2. an Standorten der Straßenmeistereien bzw Straßenbauämter des Landes Kärnten öffentliche Tankstellen zu betreiben, ohne die für die Preisauszeichnung für Treibstoffe bei Tankstellen geltenden Vorschriften einzuhalten, insbesondere ohne die Preise für die abgegebenen Treibstoffe auf dem Tankstellenareal auf eine solche Art auszuzeichnen, dass motorisierte Straßenbenutzer von der Fahrbahn aus bei einer für das allfällige Zufahren zur Tankstelle entsprechend reduzierten Geschwindigkeit die Preise leichter lesen und zuordnen können.

Die Mehrbegehren a) der Beklagten ganz generell zu verbieten, öffentliche Tankstellen zu bewerben und/oder zu betreiben, insbesondere an Standorten der Straßenbauämter bzw Straßenmeistereien des Landes Kärnten, wenn dies den Bestand des Leistungswettbewerbs im privaten Tankstellensektor gefährdet,

b) das in Punkt 2 dieser einstweiligen Verfügung näher bezeichnete Bewerben und Betreiben öffentlicher Tankstellen insbesondere auch dann zu verbieten, wenn dies unter Einsatz von Bediensteten der Straßenbauämter bzw Straßenmeistereien und/oder ohne Einhaltung der für die Preisauszeichnung für Treibstoffe bei Tankstellen geltenden Vorschriften und/oder ohne entsprechende Betriebsanlagenbewilligung erfolgt,

c) der Beklagten zu verbieten, an Standorten der Straßenmeistereien bzw Straßenbauämter des Landes Kärnten öffentliche Tankstellen zu betreiben, ohne über eine entsprechende Betriebsanlagenbewilligung für den Betrieb als öffentliche Tankstelle und/oder eine entsprechende Gewerbeberechtigung für den Betrieb der Tankstelle zu verfügen, werden abgewiesen.

Die klagende Partei hat die Hälfte ihrer Kosten vorläufig selbst zu tragen, die Hälfte ihrer Kosten hat sie endgültig selbst zu tragen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 396,81 EUR (darin 66,13 EUR Umsatzsteuer) bestimmten halben Äußerungskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die klagende Partei hat die Hälfte ihrer Kosten des Rechtsmittelverfahrens vorläufig selbst zu tragen, die halben Kosten hat sie endgültig selbst zu tragen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 1.627,90 EUR (darin 271,82 EUR Umsatzsteuer) bestimmten halben Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## **Text**

Begründung:

Die beklagte Partei (Land Kärnten) gibt seit April 2004 in ihren Haustankstellen beim Straßenbauamt Klagenfurt und in weiteren sieben Straßenmeistereien Dieseltreibstoff zum Einkaufspreis an die Allgemeinheit ab.

Zur Sicherung seines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs begeht der klagende Schutzverband, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

1.) öffentliche Tankstellen zu bewerben und/oder zu betreiben, insbesondere an Standorten der Straßenbauämter bzw Straßenmeistereien des Landes Kärnten, wenn dies den Bestand des Leistungswettbewerbs im privaten Tankstellensektor gefährdet, in eventu, es ab sofort zu unterlassen, unter missbräuchlichem Einsatz der Mittel, die der Beklagten aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehen, öffentliche Tankstellen zu bewerben und/oder zu betreiben, insbesondere wenn an Standorten der Straßenbauämter bzw Straßenmeistereien des Landes Kärnten Treibstoffe zum Einstandspreis und/oder zu betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigten niedrigen Verkaufspreisen und/oder unter Einsatz der Bediensteten der Straßenbauämter bzw Straßenmeistereien und/oder ohne Einhaltung der für die Preisauszeichnung für Treibstoffe bei Tankstellen geltenden Vorschriften und/oder ohne entsprechende Betriebsanlagenbewilligung abgegeben werden;

2.) an Standorten der Straßenmeistereien bzw Straßenbauämter des Landes Kärnten öffentliche Tankstellen zu betreiben, ohne die für die Preisauszeichnung für Treibstoffe bei Tankstellen geltenden Vorschriften einzuhalten, insbesondere ohne die Preise für die abgegebenen Treibstoffe auf dem Tankstellenareal auf eine solche Art auszuzeichnen, dass motorisierte Straßenbenutzer von der Fahrbahn aus bei einer für das allfällige Zufahren zur Tankstelle entsprechend reduzierten Geschwindigkeit die Preise leichter lesen und zuordnen können, und/oder ohne über eine entsprechende Betriebsanlagenbewilligung für den Betrieb als öffentliche Tankstelle und/oder eine entsprechende Gewerbeberechtigung für den Betrieb der Tankstelle zu verfügen.

Die Beklagte habe im Zuge einer publizitätsträchtigen „Kampfansage“ gegen die Höhe der Treibstoffpreise die Betriebszapfsäulen der Straßenbauämter (Straßenmeistereien) als öffentliche Billigtankstellen eingesetzt und gebe Treibstoff an die Allgemeinheit zum Einkaufspreis ab. Sie handle dabei zu Zwecken des Wettbewerbs im geschäftlichen Verkehr und unterliege auch den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften. Keine ihrer Tankstellen verfüge über eine Gewerbeberechtigung oder eine gewerberechtliche Betriebsanlagengenehmigung; es erfolge auch keine

Preisauszeichnung nach den für Betreiber von Tankstellen geltenden Vorschriften. Der Einzugsbereich dieser Billigtankstellen sei bereits mit Tankstellen des Mineralöl- und Brennstoffhandels ausreichend versorgt. Die Beklagte greife den Markt der privaten Tankstellenbetreiber massiv behindernd an, es bestehe die Gefahr der Verdrängung und existentiellen Vernichtung, sie gefährde akut Marktstrukturen und Bestand des Leistungswettbewerbs in der Branche. Der Andrang zu ihren Billigtankstellen sei enorm. Der Verkaufspreis entspreche dem Einstandspreis und dürfte auf Grund der großen abgenommenen Menge sogar unter dem Einkaufspreis privater Tankstellenbetreiber liegen. Einem kaufmännisch kalkulierenden Tankstellenbetreiber sei es nicht möglich, Treibstoff zum Einstandspreis abzugeben. Er habe keine Möglichkeit, sich - wie die Beklagte - Infrastruktur und betriebswirtschaftliche Kostenfaktoren aus dem öffentlichen Budget durch die Allgemeinheit, im Ergebnis daher durch den Steuerzahler subventionieren zu lassen. Im Übrigen seien die Abgabepreise privater Anbieter marktgerecht und keineswegs überhöht. Das Vorgehen der Beklagten verstöße mehrfach gegen §§ 1 und 2 UWG. Der öffentlichen Hand sei es zwar grundsätzlich gestattet, unternehmerisch tätig zu sein, für ihren Marktzutritt bestünden aber wettbewerbsrechtliche Beschränkungen, wenn eine nicht gebotene Betätigung der öffentlichen Hand den Bestand des Leistungswettbewerbs gefährde. Aus den verfassungsrechtlich festgelegten Grundrechten der Erwerbsfreiheit und des Schutzes des Privateigentums sowie aus dem Gleichheitsgrundsatz folge, dass die öffentliche Hand privaten Unternehmen in einem Wirtschaftssektor, in dem die Versorgung durch Unternehmen der Privatwirtschaft ausreichend abgedeckt werde - eine Versorgung durch die öffentliche Hand daher nicht geboten sei - nicht Konkurrenz machen dürfe, schon gar nicht in Vernichtungs- und Unterbietungsabsicht, um Druck auf die Preise auszuüben. Das Kärntner Landesverfassungsgesetz beschränke die Möglichkeit der Beklagten, unternehmerisch als Konkurrent zu privaten Marktteilnehmern aufzutreten, insoweit, als die wesentliche Änderung einer Einrichtung des Landes den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit unterworfen werde und nur in Übereinstimmung mit den für die Betätigung geltenden Rechtsvorschriften ausgeübt werden dürfe. Diese Grundsätze habe die Beklagte nicht berücksichtigt. Die Treibstoffabgabe zum Einstandspreis und die Subventionierung durch das Landesbudget stünden mit dem Gebot der Wirtschaftlichkeit in Widerspruch. Das Vorgehen der Beklagten verstöße auch deshalb gegen § 1 UWG, weil sie weder über eine Gewerbeberechtigung noch über die nach der Gewerbeordnung für den Betrieb einer öffentlichen Treibstofftankstelle vorgeschriebene Betriebsanlagengenehmigung verfüge. In den Verfahren zur Einholung der bau- und wasserrechtlichen Genehmigungen seien gewerberechtliche Aspekte nicht geprüft worden. Überdies verstöße die Beklagte gegen § 5 der Verordnung betreffend die Preisauszeichnung für bestimmte Leistungen und für Treibstoffe bei Tankstellen, BGBl 1992/813. Im Hinblick auf die auch bei der Beklagten schwankenden Preise sei eine Preisauszeichnung geboten. Schließlich verstöße der Verkauf zum oder unter dem Einstandspreis gegen das Missbrauchsverbot des § 35 KartG. Unter Berücksichtigung ihrer Finanzkraft, der Zugangsmöglichkeit zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten und ihrer Beziehungen zu anderen Unternehmen nehme die Beklagte ohne Zweifel eine im Verhältnis zu den anderen Tankstellenbetreibern marktbeherrschende Stellung ein. Sie verstöße auch gegen § 2 UWG, weil sie eine in Wahrheit nicht gegebene Preisleistungsfähigkeit vortäusche. Die Beklagte habe im Zuge einer publizitätsträchtigen „Kampfansage“ gegen die Höhe der Treibstoffpreise die Betriebszapsäulen der Straßenbauämter (Straßenmeistereien) als öffentliche Billigtankstellen eingesetzt und gebe Treibstoff an die Allgemeinheit zum Einkaufspreis ab. Sie handle dabei zu Zwecken des Wettbewerbs im geschäftlichen Verkehr und unterliege auch den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften. Keine ihrer Tankstellen verfüge über eine Gewerbeberechtigung oder eine gewerberechtliche Betriebsanlagengenehmigung; es erfolge auch keine Preisauszeichnung nach den für Betreiber von Tankstellen geltenden Vorschriften. Der Einzugsbereich dieser Billigtankstellen sei bereits mit Tankstellen des Mineralöl- und Brennstoffhandels ausreichend versorgt. Die Beklagte greife den Markt der privaten Tankstellenbetreiber massiv behindernd an, es bestehe die Gefahr der Verdrängung und existentiellen Vernichtung, sie gefährde akut Marktstrukturen und Bestand des Leistungswettbewerbs in der Branche. Der Andrang zu ihren Billigtankstellen sei enorm. Der Verkaufspreis entspreche dem Einstandspreis und dürfe auf Grund der großen abgenommenen Menge sogar unter dem Einkaufspreis privater Tankstellenbetreiber liegen. Einem kaufmännisch kalkulierenden Tankstellenbetreiber sei es nicht möglich, Treibstoff zum Einstandspreis abzugeben. Er habe keine Möglichkeit, sich - wie die Beklagte - Infrastruktur und betriebswirtschaftliche Kostenfaktoren aus dem öffentlichen Budget durch die Allgemeinheit, im Ergebnis daher durch den Steuerzahler subventionieren zu lassen. Im Übrigen seien die Abgabepreise privater Anbieter marktgerecht und keineswegs überhöht. Das Vorgehen der Beklagten verstöße mehrfach gegen Paragraphen eins und 2 UWG. Der öffentlichen Hand sei es zwar grundsätzlich gestattet, unternehmerisch tätig zu sein, für ihren Marktzutritt bestünden aber wettbewerbsrechtliche Beschränkungen, wenn

eine nicht gebotene Betätigung der öffentlichen Hand den Bestand des Leistungswettbewerbs gefährde. Aus den verfassungsrechtlich festgelegten Grundrechten der Erwerbsfreiheit und des Schutzes des Privateigentums sowie aus dem Gleichheitsgrundsatz folge, dass die öffentliche Hand privaten Unternehmen in einem Wirtschaftssektor, in dem die Versorgung durch Unternehmen der Privatwirtschaft ausreichend abgedeckt werde - eine Versorgung durch die öffentliche Hand daher nicht geboten sei - nicht Konkurrenz machen dürfe, schon gar nicht in Vernichtungs- und Unterbietungsabsicht, um Druck auf die Preise auszuüben. Das Kärntner Landesverfassungsgesetz beschränke die Möglichkeit der Beklagten, unternehmerisch als Konkurrent zu privaten Marktteilnehmern aufzutreten, insoweit, als die wesentliche Änderung einer Einrichtung des Landes den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit unterworfen werde und nur in Übereinstimmung mit den für die Betätigung geltenden Rechtsvorschriften ausgeübt werden dürfe. Diese Grundsätze habe die Beklagte nicht berücksichtigt. Die Treibstoffabgabe zum Einstandspreis und die Subventionierung durch das Landesbudget stünden mit dem Gebot der Wirtschaftlichkeit in Widerspruch. Das Vorgehen der Beklagten verstöße auch deshalb gegen Paragraph eins, UWG, weil sie weder über eine Gewerbeberechtigung noch über die nach der Gewerbeordnung für den Betrieb einer öffentlichen Treibstofftankstelle vorgeschriebene Betriebsanlagengenehmigung verfüge. In den Verfahren zur Einholung der bau- und wasserrechtlichen Genehmigungen seien gewerberechtliche Aspekte nicht geprüft worden. Überdies verstöße die Beklagte gegen Paragraph 5, der Verordnung betreffend die Preisauszeichnung für bestimmte Leistungen und für Treibstoffe bei Tankstellen, BGBl 1992/813. Im Hinblick auf die auch bei der Beklagten schwankenden Preise sei eine Preisauszeichnung geboten. Schließlich verstöße der Verkauf zum oder unter dem Einstandspreis gegen das Missbrauchsverbot des Paragraph 35, KartG. Unter Berücksichtigung ihrer Finanzkraft, der Zugangsmöglichkeit zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten und ihrer Beziehungen zu anderen Unternehmen nehme die Beklagte ohne Zweifel eine im Verhältnis zu den anderen Tankstellenbetreibern marktbeherrschende Stellung ein. Sie verstöße auch gegen Paragraph 2, UWG, weil sie eine in Wahrheit nicht gegebene Preisleistungsfähigkeit vortäusche.

Die Beklagte beantragt Abweisung des Sicherungsantrags. Ihr Verhalten verstöße nicht gegen § 35 KartG, weil ihr im Verhältnis zu anderen Tankstellenbetreibern keine überragende Marktstellung zukomme. Vielmehr hätten die hinter den Tankstellenpächtern stehenden Mineralölkonzern ein Art 81 und 82 EGV widersprechendes Verhaltenskartell abgeschlossen, das durchgehende Preisfestsetzungen ermögliche. Eine wirksame Einflussnahme darauf sei nur durch politischen Druck möglich. Der Einfluss der Tankstellen der Beklagten mit ihren eingeschränkten Betriebszeiten und einem weit eingeschränkten Angebot auf den Geschäftsbetrieb der insgesamt 274 privaten Tankstellenbetreiber oder -pächter sei umsatzmäßig nur marginal und nicht existenzgefährdend, von einer Marktbeherrschung durch die Beklagte könne daher keine Rede sein. Die privaten Betreiber von Tankstellen müssten nicht vor den Tankstellen der Beklagten, sondern vielmehr vor den für sie äußerst ungünstigen und zum Nachteil der Konsumenten konzipierten Verträgen der Mineralölindustrie geschützt werden. Im Übrigen lägen die für den Betrieb einer Haustankstelle erforderlichen Genehmigungsbescheide und wasserrechtlichen Bewilligungen vor. Einer Gewerbeberechtigung bedürfe es nicht. Die Beklagte verbinde mit der öffentlichen Abgabe von Diesel keine Gewinnabsicht, sie gebe Diesel ausschließlich zum Selbstkostenpreis ab. Es erfolge daher weder Ankauf noch Verkauf der Treibstoffe im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit. Die zeitmäßig limitierte Abgabe von Dieseltreibstoff erhöhe auch die Personalkosten der Beklagten nicht, der Vorwurf der Quersubventionierung mit Steuergeldern sei daher nicht berechtigt. Die Beklagte beantragt Abweisung des Sicherungsantrags. Ihr Verhalten verstöße nicht gegen Paragraph 35, KartG, weil ihr im Verhältnis zu anderen Tankstellenbetreibern keine überragende Marktstellung zukomme. Vielmehr hätten die hinter den Tankstellenpächtern stehenden Mineralölkonzern ein Artikel 81 und 82 EGV widersprechendes Verhaltenskartell abgeschlossen, das durchgehende Preisfestsetzungen ermögliche. Eine wirksame Einflussnahme darauf sei nur durch politischen Druck möglich. Der Einfluss der Tankstellen der Beklagten mit ihren eingeschränkten Betriebszeiten und einem weit eingeschränkten Angebot auf den Geschäftsbetrieb der insgesamt 274 privaten Tankstellenbetreiber oder -pächter sei umsatzmäßig nur marginal und nicht existenzgefährdend, von einer Marktbeherrschung durch die Beklagte könne daher keine Rede sein. Die privaten Betreiber von Tankstellen müssten nicht vor den Tankstellen der Beklagten, sondern vielmehr vor den für sie äußerst ungünstigen und zum Nachteil der Konsumenten konzipierten Verträgen der Mineralölindustrie geschützt werden. Im Übrigen lägen die für den Betrieb einer Haustankstelle erforderlichen Genehmigungsbescheide und wasserrechtlichen Bewilligungen vor. Einer Gewerbeberechtigung bedürfe es nicht. Die Beklagte verbinde mit der öffentlichen Abgabe von Diesel keine Gewinnabsicht, sie gebe Diesel

ausschließlich zum Selbstkostenpreis ab. Es erfolge daher weder Ankauf noch Verkauf der Treibstoffe im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit. Die zeitmäßig limitierte Abgabe von Dieseltreibstoff erhöhe auch die Personalkosten der Beklagten nicht, der Vorwurf der Quersubventionierung mit Steuergeldern sei daher nicht berechtigt.

Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung im begehrten Umfang. Es stellte noch fest, die Abgabe von Diesel in den insgesamt 8 Betriebstankstellen der Landesstraßenbauämter bzw Landesstraßenmeistereien erfolge zu bestimmten Öffnungszeiten durch Landesbedienstete. Es würden Langzeitarbeitslose im Rahmen einer gemeinnützigen Eingliederungsbeihilfe beschäftigt. Die Tankstellen seien bau- und wasserrechtsbehördlich bewilligt; um eine Gewerbeberechtigung habe die Beklagte nicht angesucht, auch ein Betriebsanlagengenehmigungsverfahren sei nicht durchgeführt worden. Das Amt der Kärntner Landesregierung - Abteilung 7 Wirtschaftsrecht und Infrastruktur - habe geprüft, ob die Haustankstellen die technischen Erfordernisse erfüllten und dem Stand der Technik entsprächen, damit Dieseltreibstoff auch öffentlich abgegeben werden könne. Eine Preisauszeichnung werde nicht durchgeführt. Der jeweilige dem Selbstkostenpreis entsprechende Diesel-Verkaufspreis pro Liter sei entweder überhaupt nicht oder lediglich auf den Zapfsäulen in einer aus größerer Entfernung nicht leserlichen Größe der Schrift ausgewiesen und teilweise nur aus der Rechnung selbst ersichtlich.

Die Beklagte habe Eröffnung und Betrieb ihrer „Billigdiesel-Tankstellen“ massiv in den Medien beworben und konkret ausgeführt, dass die Ersparnis bei einer Tankfüllung von rund 50 l bis zu 7 EUR ausmache. In Kärnten gebe es insgesamt 226 Tankstellen privater Tankstellenbetreiber oder -pächter, die den „Billigdiesel-Tankstellen“ ablehnend gegenüberstünden. In Stellungnahmen privater Betreiber werde auf die in ihrem Treibstoffpreis enthaltenen Kosten hingewiesen, wie Investition für die Tankstellenanlage, Eichung der Zapfsäulen, Reparatur- und Erhaltungskosten, Lohn-, Strom- und Energiekosten, Abgaben und Steuern sowie Werbungskosten.

Rechtlich ging das Erstgericht von einer Gefährdung des Bestands des Leistungswettbewerbs in der Tankstellenbranche aus. Die Beklagte gebe den Dieseltreibstoff zum Selbstkostenpreis ab und unterbiete stets die Preise der privaten Anbieter. Es sei nicht zweifelhaft, dass ein kaufmännisch kalkulierender privater Betreiber, der auf einen angemessenen kaufmännischen Gewinn angewiesen sei, Treibstoff nicht zum Einstandspreis abgeben könne. Schon gar nicht habe er die Möglichkeit, wie die Beklagte Mittel und Einrichtungen der öffentlichen Hand zu nutzen. Aus dem Vorbringen der Beklagten gehe hervor, dass es ihr vordringlich nicht um die Versorgung mit Treibstoff, sondern darum gehe, politischen Druck auf das „Verhaltenskartell“ der Mineralölkonzerne auszuüben, um die Benzinpreisgestaltung positiv zu beeinflussen. Der Tankstellensektor sei in Kärnten durch Unternehmen der Privatwirtschaft ausreichend abgedeckt, sodass eine Versorgung durch Eingreifen der öffentlichen Hand nicht geboten sei. Es gebe daher kein zwingendes öffentliches Interesse für eine unternehmerische Tätigkeit der Beklagten zum Zweck der Konkurrenzierung der Privatwirtschaft. Ein Verstoß gegen § 1 UWG könne auch darin liegen, dass die öffentliche Hand Machtmittel missbräuchlich einsetze, die ihr auf Grund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stünden; der Machtmissbrauch könne - wie hier - im Einsatz der Beklagten aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Position zur Verfügung stehenden Ressourcen (wie hier etwa Landesbedienstete als „Tankwarte“) und im Verkauf zum Einstandspreis bestehen. Im Übrigen sei die Gewerbeordnung auf die selbstständige, auf Erwerb gerichtete, wenn auch ohne Gewinnabsicht ausgeübte Tätigkeit der Beklagten anzuwenden. Der Betrieb der Tankstellen bedürfe daher sowohl einer Gewerbeberechtigung als auch einer Betriebsanlagengenehmigung. Die intern eingeholten Stellungnahmen von Abteilungen des Amtes der Kärntner Landesregierung könnten das Betriebsanlagengenehmigungsverfahren nicht ersetzen. Auch die fehlende Preisauszeichnung verwirkliche einen Gesetzesverstoß. Zusammenfassend sei daher davon auszugehen, dass die Beklagte mit dem Betrieb ihrer Tankstellen in mehrfacher Weise gegen die guten Sitten im Wettbewerb im Sinn des § 1 UWG verstoße. Dass das Verhalten der Beklagten auch gegen das Missbrauchsverbot des § 35 KartG verstoße, sei nach den Ergebnissen des Bescheinigungsverfahrens jedoch nicht eindeutig hervorgekommen. Rechtlich ging das Erstgericht von einer Gefährdung des Bestands des Leistungswettbewerbs in der Tankstellenbranche aus. Die Beklagte gebe den Dieseltreibstoff zum Selbstkostenpreis ab und unterbiete stets die Preise der privaten Anbieter. Es sei nicht zweifelhaft, dass ein kaufmännisch kalkulierender privater Betreiber, der auf einen angemessenen kaufmännischen Gewinn angewiesen sei, Treibstoff nicht zum Einstandspreis abgeben könne. Schon gar nicht habe er die Möglichkeit, wie die Beklagte Mittel und Einrichtungen der öffentlichen Hand zu nutzen. Aus dem Vorbringen der Beklagten gehe hervor, dass es ihr vordringlich nicht um die Versorgung mit Treibstoff, sondern darum gehe, politischen Druck auf das „Verhaltenskartell“ der Mineralölkonzerne auszuüben, um die Benzinpreisgestaltung positiv zu beeinflussen. Der

Tankstellensektor sei in Kärnten durch Unternehmen der Privatwirtschaft ausreichend abgedeckt, sodass eine Versorgung durch Eingreifen der öffentlichen Hand nicht geboten sei. Es gebe daher kein zwingendes öffentliches Interesse für eine unternehmerische Tätigkeit der Beklagten zum Zweck der Konkurrenzierung der Privatwirtschaft. Ein Verstoß gegen Paragraph eins, UWG könne auch darin liegen, dass die öffentliche Hand Machtmittel missbräuchlich einsetze, die ihr auf Grund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stünden; der Machtmisbrauch könne - wie hier - im Einsatz der der Beklagten aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Position zur Verfügung stehenden Ressourcen (wie hier etwa Landesbedienstete als „Tankwarte“) und im Verkauf zum Einstandspreis bestehen. Im Übrigen sei die Gewerbeordnung auf die selbstständige, auf Erwerb gerichtete, wenn auch ohne Gewinnabsicht ausgeübte Tätigkeit der Beklagten anzuwenden. Der Betrieb der Tankstellen bedürfe daher sowohl einer Gewerbeberechtigung als auch einer Betriebsanlagengenehmigung. Die intern eingeholten Stellungnahmen von Abteilungen des Amtes der Kärntner Landesregierung könnten das Betriebsanlagengenehmigungsverfahren nicht ersetzen. Auch die fehlende Preisauszeichnung verwirkliche einen Gesetzesverstoß. Zusammenfassend sei daher davon auszugehen, dass die Beklagte mit dem Betrieb ihrer Tankstellen in mehrfacher Weise gegen die guten Sitten im Wettbewerb im Sinn des Paragraph eins, UWG verstoße. Dass das Verhalten der Beklagten auch gegen das Missbrauchsverbot des Paragraph 35, KartG verstoße, sei nach den Ergebnissen des Bescheinigungsverfahrens jedoch nicht eindeutig hervorgekommen.

Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs mangels erheblicher Rechtsfragen nicht zulässig sei. Auch das Rekursgericht bejahte die Wettbewerbswidrigkeit des beanstandeten Verhaltens. Die öffentliche Hand müsse ihre privatwirtschaftlichen Interessen im Wettbewerb maßvoll verfolgen. Ein Verstoß gegen § 1 UWG liege dann vor, wenn zu befürchten sei, dass der Wettbewerb der öffentlichen Hand die Existenz einer Branche bedrohe und zu einer ernsten Gefahr für den Bestand des Leistungswettbewerbs werde. Schon aus den verfassungsrechtlichen Schranken des in Art 6 Staatsgrundgesetz verankerten Grundrechts der Erwerbsfreiheit, des in Art 5 StGG festgelegten Schutzes des Privateigentums und des in Art 7 B-VG und Art 2 StGG normierten Gleichheitsgrundsatzes ergebe sich, dass im Tankstellensektor, der den Bedarf durch Unternehmen der Privatwirtschaft ausreichend abdecke, eine zusätzliche Versorgung durch das Eingreifen der öffentlichen Hand nicht geboten sei. Soweit staatliche Wirtschaftslenkungsmaßnahmen in Frage stünden, sehe das österreichische Verfassungs- und Wirtschaftslenkungsrecht überdies ein abgeschlossenes System für Lenkungsmaßnahmen gerade auch für die Preisentwicklung von Erdöl und seiner Derivate wie Diesel vor. Die Beklagte sei demnach nicht berechtigt, dieses System dadurch zu umgehen, dass sie zur Ausübung politischen Druckes Preisunterbietungen mittels eigens eröffneter Landestankstellen vornehme. Ein Missbrauch der Machtmittel der öffentlichen Hand zu Zwecken des Wettbewerbs sei per se wettbewerbsfremd und nicht damit zu entschuldigen, dass die Auswirkungen bloß marginal wären. Es komme daher nicht darauf an, wie viele private Teilnehmer konkret durch den Wettbewerb der öffentlichen Hand aus dem Markt gedrängt würden. Das angeblich kartellrechtswidrige Verhalten der „Mineralölkonzern“ könne das krass wettbewerbswidrige Vorgehen der Beklagten nicht rechtfertigen. Nach ständiger Rechtsprechung begründe ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften zugleich auch einen Verstoß gegen § 1 UWG, wenn er - wie hier - subjektiv vorwerfbar und geeignet sei, einen Vorsprung im Wettbewerb zu verschaffen. Dass die Gewerbeordnung und die aus dieser folgenden Verpflichtungen auf die Billigtankstellen der Beklagten nicht anwendbar wären oder eine erkennbar rechtswidrige „Stellungnahme“ der Abteilung 7 des Amtes der Kärntner Landesregierung die Vorgangsweise legitimieren könne, sei nicht mit gutem Grund vertretbar. Die Gewerbeordnung gelte nämlich für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten, wozu der Betrieb einer Tankstelle zweifellos gehöre. Die Beklagte erziele aus dem Verkauf von Dieseltreibstoff jedenfalls einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil im Sinn des § 1 Abs 2 GewO; der Verkauf zum Einstandspreis könne deren Anwendbarkeit nicht hindern. Es bedürfe daher einer Gewerbeberechtigung für das Tankstellengewerbe. Eine bloß bau- und allenfalls wasserrechtliche Bewilligung, die für einen gänzlich anderen Verwendungszweck erteilt worden sei, könne die betriebsanlagenrechtliche Genehmigung nach der Gewerbeordnung nicht ersetzen. Auf die seinerzeitige Baugenehmigung für die - mittlerweile veränderten - Eigentankzapfsäulen könne sich die Beklagte nicht berufen. Sie verstoße im Übrigen auch gegen § 5 der Verordnung über die Preisauszeichnungspflicht BGBI 1992/813 und - wegen des Verkaufs zum bzw unter dem Einstandspreis - gegen das Missbrauchsverbot des § 35 KartG. Die Beklagte sei ohne Zweifel marktbeherrschend im Sinn des § 34 Abs 1 Z 2 KartG. Unter Berücksichtigung ihrer Finanzkraft, der Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten und ihrer Beziehung zu anderen Unternehmen habe die Beklagte nämlich eine

im Verhältnis zu den anderen Tankstellenbetreibern überragende Marktstellung. Der als bescheinigt angenommene Sachverhalt ergebe zusätzliche Unlauterkeitsmerkmale wie Quersubventionierung des Tankstellenbetriebs aus öffentlichen Mitteln. Es würden nämlich die Betriebskosten durch das öffentliche Steueraufkommen (das Landesbudget) getragen, für die öffentliche Dieselabgabe zusätzlich 10 langzeitarbeitslose Personen beschäftigt und diese Kosten gleichfalls aus Steuermitteln getragen bzw bei der Straßenverwaltung beschäftigte Personen auch als Tankwarte eingesetzt. Überdies seien für den Betrieb als öffentliche Tankstelle Adaptierungs- und Baumaßnahmen angefallen, die für die reinen Betriebszapfsäulen der Landesverwaltung nicht erforderlich gewesen wären. Der Finanzierungsaufwand für die einzukaufenden Dieselmengen werde durch das öffentliche Budget abgedeckt. Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs mangels erheblicher Rechtsfragen nicht zulässig sei. Auch das Rekursgericht bejahte die Wettbewerbswidrigkeit des beanstandeten Verhaltens. Die öffentliche Hand müsse ihre privatwirtschaftlichen Interessen im Wettbewerb maßvoll verfolgen. Ein Verstoß gegen Paragraph eins, UWG liege dann vor, wenn zu befürchten sei, dass der Wettbewerb der öffentlichen Hand die Existenz einer Branche bedrohe und zu einer ernsten Gefahr für den Bestand des Leistungswettbewerbs werde. Schon aus den verfassungsrechtlichen Schranken des in Artikel 6, Staatsgrundgesetz verankerten Grundrechts der Erwerbsfreiheit, des in Artikel 5, StGG festgelegten Schutzes des Privateigentums und des in Artikel 7, B-VG und Artikel 2, StGG normierten Gleichheitsgrundsatzes ergebe sich, dass im Tankstellensektor, der den Bedarf durch Unternehmen der Privatwirtschaft ausreichend abdecke, eine zusätzliche Versorgung durch das Eingreifen der öffentlichen Hand nicht geboten sei. Soweit staatliche Wirtschaftslenkungsmaßnahmen in Frage stünden, sehe das österreichische Verfassungs- und Wirtschaftslenkungsrecht überdies ein abgeschlossenes System für Lenkungsmaßnahmen gerade auch für die Preisentwicklung von Erdöl und seiner Derivate wie Diesel vor. Die Beklagte sei demnach nicht berechtigt, dieses System dadurch zu umgehen, dass sie zur Ausübung politischen Druckes Preisunterbietungen mittels eigens eröffneter Landestankstellen vornehme. Ein Missbrauch der Machtmittel der öffentlichen Hand zu Zwecken des Wettbewerbs sei per se wettbewerbsfremd und nicht damit zu entschuldigen, dass die Auswirkungen bloß marginal wären. Es komme daher nicht darauf an, wie viele private Teilnehmer konkret durch den Wettbewerb der öffentlichen Hand aus dem Markt gedrängt würden. Das angeblich kartellrechtswidrige Verhalten der „Mineralölkonzerne“ könne das krass wettbewerbswidrige Vorgehen der Beklagten nicht rechtfertigen. Nach ständiger Rechtsprechung begründe ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften zugleich auch einen Verstoß gegen Paragraph eins, UWG, wenn er - wie hier - subjektiv vorwerfbar und geeignet sei, einen Vorsprung im Wettbewerb zu verschaffen. Dass die Gewerbeordnung und die aus dieser folgenden Verpflichtungen auf die Billigtankstellen der Beklagten nicht anwendbar wären oder eine erkennbar rechtswidrige „Stellungnahme“ der Abteilung 7 des Amtes der Kärntner Landesregierung die Vorgangsweise legitimieren könne, sei nicht mit gutem Grund vertretbar. Die Gewerbeordnung gelte nämlich für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten, wozu der Betrieb einer Tankstelle zweifellos gehöre. Die Beklagte erziele aus dem Verkauf von Dieseltreibstoff jedenfalls einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil im Sinn des Paragraph eins, Absatz 2, GewO; der Verkauf zum Einstandspreis könne deren Anwendbarkeit nicht hindern. Es bedürfe daher einer Gewerbeberechtigung für das Tankstellengewerbe. Eine bloß bau- und allenfalls wasserrechtliche Bewilligung, die für einen gänzlich anderen Verwendungszweck erteilt worden sei, könne die betriebsanlagenrechtliche Genehmigung nach der Gewerbeordnung nicht ersetzen. Auf die seinerzeitige Baugenehmigung für die - mittlerweile veränderten - Eigentankzapfsäulen könne sich die Beklagte nicht berufen. Sie verstoße im Übrigen auch gegen Paragraph 5, der Verordnung über die Preisauszeichnungspflicht BGBI 1992/813 und - wegen des Verkaufs zum bzw unter dem Einstandspreis - gegen das Missbrauchsverbot des Paragraph 35, KartG. Die Beklagte sei ohne Zweifel marktbeherrschend im Sinn des Paragraph 34, Absatz eins, Ziffer 2, KartG. Unter Berücksichtigung ihrer Finanzkraft, der Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten und ihrer Beziehung zu anderen Unternehmen habe die Beklagte nämlich eine im Verhältnis zu den anderen Tankstellenbetreibern überragende Marktstellung. Der als bescheinigt angenommene Sachverhalt ergebe zusätzliche Unlauterkeitsmerkmale wie Quersubventionierung des Tankstellenbetriebs aus öffentlichen Mitteln. Es würden nämlich die Betriebskosten durch das öffentliche Steueraufkommen (das Landesbudget) getragen, für die öffentliche Dieselabgabe zusätzlich 10 langzeitarbeitslose Personen beschäftigt und diese Kosten gleichfalls aus Steuermitteln getragen bzw bei der Straßenverwaltung beschäftigte Personen auch als

Tankwarte eingesetzt. Überdies seien für den Betrieb als öffentliche Tankstelle Adaptierungs- und Baumaßnahmen angefallen, die für die reinen Betriebszapfsäulen der Landesverwaltung nicht erforderlich gewesen wären. Der Finanzierungsaufwand für die einzukaufenden Dieselmengen werde durch das öffentliche Budget abgedeckt.

## **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs der Beklagten ist zulässig und auch teilweise berechtigt.

1. Wettbewerb der öffentlichen Hand:

Die Vorinstanzen vertreten - der Argumentation der Klägerin zu Punkt 1 ihres Sicherungshauptbegehrens folgend - die Auffassung, das Angebot der Beklagten gefährde den Bestand des Leistungswettbewerbs und sei nicht geboten, weil die Versorgung der Bevölkerung mit Dieseltreibstoff durch private Anbieter sichergestellt sei.

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist es der öffentlichen Hand grundsätzlich gestattet, unternehmerisch tätig zu sein. Wettbewerbsrechtliche Beschränkungen werden nur für den Fall zulässig gehalten, dass eine nicht gebotene Betätigung der öffentlichen Hand den Bestand des Leistungswettbewerbs gefährdet. Der Marktzutritt der öffentlichen Hand ist aber nicht schon dann verboten, wenn - wie die Klägerin meint - die Versorgung durch andere Anbieter sichergestellt ist, sondern erst bei einer Gefährdung des Leistungswettbewerbs. Ist dies nicht der Fall, so unterliegt (nur) die Art und Weise, wie die öffentliche Hand am Wettbewerb teilnimmt, der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung (4 Ob 141/99k = ÖBI 2000, 107 - Fahrgemeinschaft Haslach; 4 Ob 124/99k = ÖBI 2000, 28 - Forstpflanzen II; 4 Ob 72/02w = ÖBI 2003, 233 - Therme L; 4 Ob 21/04y = wbl 2004/208 - Friedhofsverwaltung).

Nach dem hier zu beurteilenden Sachverhalt ist eine Gefährdung des Bestands des Leistungswettbewerbs im Tankstellensektor des Landes Kärnten nicht zu befürchten: Die Beklagte betreibt lediglich acht Tankstellen gegenüber mehr als 200 Tankstellen privater Anbieter, sie bietet ausschließlich Dieselkraftstoff ohne die bei Tankstellen sonst üblichen Zusatzleistungen in einem überdies auch zeitlich beschränkten Rahmen an (die Tankstellen sind nur an bestimmten Stunden des Tages für die Allgemeinheit zugänglich). Insoweit unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt ganz wesentlich von der in der Revisionsbeantwortung zitierten Entscheidung „Brillenabgabestelle“ (= GRUR 1982, 375; siehe Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht22 § 1 dUWG Rz 935). Nach dem hier zu beurteilenden Sachverhalt ist eine Gefährdung des Bestands des Leistungswettbewerbs im Tankstellensektor des Landes Kärnten nicht zu befürchten: Die Beklagte betreibt lediglich acht Tankstellen gegenüber mehr als 200 Tankstellen privater Anbieter, sie bietet ausschließlich Dieselkraftstoff ohne die bei Tankstellen sonst üblichen Zusatzleistungen in einem überdies auch zeitlich beschränkten Rahmen an (die Tankstellen sind nur an bestimmten Stunden des Tages für die Allgemeinheit zugänglich). Insoweit unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt ganz wesentlich von der in der Revisionsbeantwortung zitierten Entscheidung „Brillenabgabestelle“ (= GRUR 1982, 375; siehe Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht22 Paragraph eins, dUWG Rz 935).

Dass die Aktion der Beklagten zu einer Reduzierung der Treibstoffpreise bei privaten Anbietern führte, ist Ausdruck einer Reaktion auf ihr Angebot, bedeutet aber noch keine Gefährdung des Leistungswettbewerbs in seinem Bestand. Ob und inwieweit eine wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand wünschenswert ist, ist im Übrigen eine der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung durch die ordentliche Gerichte entzogene wirtschaftspolitische Entscheidung (4 Ob 24/95 = ÖBI 1996, 80 - Städtische Bestattung; Baumbach/Hefermehl aaO Rz 914).

Bei wettbewerbsrechtlicher Beurteilung der Art und Weise, wie die öffentliche Hand am Wettbewerb teilnimmt, bejaht der Oberste Gerichtshof einen Verstoß gegen § 1 UWG immer dann, wenn die öffentliche Hand (Macht)mittel missbräuchlich einsetzt, die ihr aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehen (stRsp 4 Ob 141/99k = ÖBI 2000, 107 - Fahrgemeinschaft Haslach; 4 Ob 124/99k = ÖBI 2000, 28 - Forstpflanzen II; 4 Ob 72/02w = ÖBI 2003, 233 - Therme L; 4 Ob 21/04y = wbl 2004/208 - Friedhofsverwaltung; Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> § 22 Rz 10; siehe auch Baumbach/Hefermehl aaO Rz 937 ff). So kann etwa die zweckwidrige Verwendung öffentlicher Mittel zur Unterbietung privater Mitbewerber wettbewerbswidrig sein (Baumbach/Hefermehl aaO Rz 944). Bei wettbewerbsrechtlicher Beurteilung der Art und Weise, wie die öffentliche Hand am Wettbewerb teilnimmt, bejaht der Oberste Gerichtshof einen Verstoß gegen Paragraph eins, UWG immer dann, wenn die öffentliche Hand (Macht)mittel missbräuchlich einsetzt, die ihr aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehen (stRsp 4 Ob 141/99k = ÖBI 2000, 107 - Fahrgemeinschaft Haslach; 4 Ob 124/99k = ÖBI 2000, 28 - Forstpflanzen II; 4 Ob 72/02w = ÖBI 2003, 233 - Therme L; 4 Ob 21/04y =

wbl 2004/208 - Friedhofsverwaltung; Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> Paragraph 22, Rz 10; siehe auch Baumbach/Hefermehl aaO Rz 937 ff). So kann etwa die zweckwidrige Verwendung öffentlicher Mittel zur Unterbietung privater Mitbewerber wettbewerbswidrig sein (Baumbach/Hefermehl aaO Rz 944).

Die Beklagte gibt an den Standorten ihrer Straßenbauämter bzw Straßenmeistereien - unter Einsatz von Landesbediensteten - Dieseltreibstoff zum Einstandspreis an die Öffentlichkeit ab. Sie setzt dabei für Zwecke der öffentlichen Verwaltung gewidmete und durch das Landesbudget getragene Mittel ein (Infrastruktur, Errichtungs- und Erhaltungsaufwand der Betriebstankstellen ebenso wie Kosten für Transport, Bereithaltung und Abgabe der Treibstoffe an Private), um mit „Kampfpreisen“ anderen Anbietern Konkurrenz zu machen. Ein vergleichbares Angebot wäre einem privaten Anbieter, der nicht über die aus der öffentlich-rechtlichen Stellung der Beklagten resultierenden Mittel verfügt, keinesfalls möglich. Seine Benachteiligung im Wettbewerb könnte sich auch nicht aus einem Konkurrenzverhältnis zu anderen privaten Unternehmen ergeben (vgl 4 Ob 21/04y = wbl 2004/208 - Friedhofsverwaltung).

Damit greift die Beklagte aber nicht bloß auf die ihr zur Verfügung stehenden Mittel im erforderlichen Umfang und in angemessener Weise zurück, sie benachteiligt vielmehr Mitbewerber auf eine Art und Weise, wie dies in einem Konkurrenzverhältnis zwischen privaten Anbietern nicht möglich wäre. Ihr Argument, sie müsse die öffentlichen Mittel auch schon für den Betrieb der Haustankstellen an sich einsetzen, die Abgabe an die Allgemeinheit erfordere keinen weiteren Einsatz öffentlicher Mittel, übersieht die zusätzlichen Kosten für Transport, Bereitstellung und das Personal für die Abgabe an die Allgemeinheit (dass der Einsatz von Langzeitarbeitslosen das Landesbudget nicht belasten würde, ist weder anzunehmen noch ist dies im Verfahren hervorgekommen). Davon abgesehen, bedeutet schon die Nutzung der für öffentliche Zwecke gewidmeten Infrastruktur ohne jeden der öffentlichen Hand wieder zufließenden wirtschaftlichen Vorteil und ausschließlich für Zwecke der Preisunterbietung eine (sittenwidrige) Wettbewerbsverzerrung gegenüber Anbietern, denen diese Möglichkeit nicht zur Verfügung steht. Die Abgabe von Diesel durch die öffentliche Hand in den Betriebstankstellen der Straßenbauämter bzw Straßenmeistereien zum Einstandspreis oder zu betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigten niedrigen Verkaufspreisen verstößt daher gegen die guten Sitten im Wettbewerb im Sinn des § 1 UWG. Die Beklagte gibt an den Standorten ihrer Straßenbauämter bzw Straßenmeistereien - unter Einsatz von Landesbediensteten - Dieseltreibstoff zum Einstandspreis an die Öffentlichkeit ab. Sie setzt dabei für Zwecke der öffentlichen Verwaltung gewidmete und durch das Landesbudget getragene Mittel ein (Infrastruktur, Errichtungs- und Erhaltungsaufwand der Betriebstankstellen ebenso wie Kosten für Transport, Bereithaltung und Abgabe der Treibstoffe an Private), um mit „Kampfpreisen“ anderen Anbietern Konkurrenz zu machen. Ein vergleichbares Angebot wäre einem privaten Anbieter, der nicht über die aus der öffentlich-rechtlichen Stellung der Beklagten resultierenden Mittel verfügt, keinesfalls möglich. Seine Benachteiligung im Wettbewerb könnte sich auch nicht aus einem Konkurrenzverhältnis zu anderen privaten Unternehmen ergeben vergleiche 4 Ob 21/04y = wbl 2004/208 - Friedhofsverwaltung).

Damit greift die Beklagte aber nicht bloß auf die ihr zur Verfügung stehenden Mittel im erforderlichen Umfang und in angemessener Weise zurück, sie benachteiligt vielmehr Mitbewerber auf eine Art und Weise, wie dies in einem Konkurrenzverhältnis zwischen privaten Anbietern nicht möglich wäre. Ihr Argument, sie müsse die öffentlichen Mittel auch schon für den Betrieb der Haustankstellen an sich einsetzen, die Abgabe an die Allgemeinheit erfordere keinen weiteren Einsatz öffentlicher Mittel, übersieht die zusätzlichen Kosten für Transport, Bereitstellung und das Personal für die Abgabe an die Allgemeinheit (dass der Einsatz von Langzeitarbeitslosen das Landesbudget nicht belasten würde, ist weder anzunehmen noch ist dies im Verfahren hervorgekommen). Davon abgesehen, bedeutet schon die Nutzung der für öffentliche Zwecke gewidmeten Infrastruktur ohne jeden der öffentlichen Hand wieder zufließenden wirtschaftlichen Vorteil und ausschließlich für Zwecke der Preisunterbietung eine (sittenwidrige) Wettbewerbsverzerrung gegenüber Anbietern, denen diese Möglichkeit nicht zur Verfügung steht. Die Abgabe von Diesel durch die öffentliche Hand in den Betriebstankstellen der Straßenbauämter bzw Straßenmeistereien zum Einstandspreis oder zu betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigten niedrigen Verkaufspreisen verstößt daher gegen die guten Sitten im Wettbewerb im Sinn des Paragraph eins, UWG.

Ob das Verhalten der Beklagten - wie das Rekursgericht den Argumenten der Klägerin folgend meint - auch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verwirklicht (was angesichts der bloß acht Tankstellen gegenüber mehr als 200 Tankstellen anderer Anbieter, der ganz erheblich eingeschränkten Betriebszeiten und dem Fehlen eines jeglichen, bei Tankstellen sonst üblichen - Zusatzangebots äußerst zweifelhaft ist), kann offen bleiben, weil das Tätigwerden der Beklagten auch ohne Marktbeherrschung gegen § 1 UWG verstößt. Ob das Verhalten der Beklagten -

wie das Rekursgericht den Argumenten der Klägerin folgend meint - auch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verwirklicht (was angesichts der bloß acht Tankstellen gegenüber mehr als 200 Tankstellen anderer Anbieter, der ganz erheblich eingeschränkten Betriebszeiten und dem Fehlen eines jeglichen, bei Tankstellen sonst üblichen - Zusatzangebots äußerst zweifelhaft ist), kann offen bleiben, weil das Tätigwerden der Beklagten auch ohne Marktbeherrschung gegen Paragraph eins, UWG verstößt.

Die wettbewerbswidrige Maßnahme der Beklagten wird auch nicht dadurch gerechtfertigt, dass sie - nach dem Vorbringen der Beklagten - dazu dienen sollte, die Bevölkerung vor einer überhöhten Preisgestaltung der Mineralölkonzerne zu schützen. Abgesehen davon, dass eine Abwehrmaßnahmen rechtfertigende Abwehrlage immer einen wettbewerbswidrigen Angriff gegen denjenigen voraussetzt, der die Maßnahme ergreift, werden Maßnahmen zur Abwehr wettbewerbswidrigen Verhaltens nur dann als zulässig angesehen, wenn sie sich im Rahmen des zur Bekämpfung des Angriffs Gebotenen halten und zu seiner Abwehr tauglich und adäquat sind (4 Ob 48/01i = ÖBI 2002, 130 - Original-Turbo Geräte). Die Abwehrlage darf auch nicht als Vorwand für eigene Angriffe dienen (Baumbach/Hefermehl aaO Einl UWG Rz 361 f). Ein wettbewerbswidriges Verhalten wird auch nicht dadurch gerechtfertigt, dass sich derjenige, gegen den es sich richtet, gleichfalls nicht wettbewerbskonform verhält (4 Ob 71/89 = ÖBI 1990, 7 - Rupertitag; 4 Ob 243/98h = MR 1999, 34 - Kleiner Bruder). Die Abwehrmaßnahme darf auch nicht in Rechte oder schutzwürdige Interessen nicht unmittelbar beteiligter Dritter eingreifen (Baumbach/Hefermehl aaO 364). Gerade Letzteres ist hier der Fall: Das Angebot der Beklagten beeinträchtigt den Umsatz und damit den wirtschaftlichen Erfolg der privaten Tankstellenbetreiber und richtet sich daher auch unmittelbar gegen Dritte, denen - schon nach dem Vorbringen der Beklagten - kein wettbewerbswidriges Verhalten vorgeworfen werden kann, zu dessen Abwehr die Maßnahme adäquat geeignet wäre.

Die in Bezug auf den missbräuchlichen Einsatz der der Beklagten aufgrund öffentlich-rechtlicher Sonderstellung zur Verfügung stehenden Mittel angestrebten Unterlassungsgebote (Punkt 1 des Sicherungsantrags) sind nur zum Teil berechtigt: Das Hauptsicherungsbegehren, der Beklagten zu verbieten, öffentliche Tankstellen zu bewerben und/oder zu betreiben, insbesondere an Standorten der Straßenbauämter bzw Straßenmeistereien des Landes Kärnten, wenn dies den Bestand des Leistungswettbewerbs im privaten Tankstellensektor gefährdet, kann als zu unbestimmt nicht erlassen werden. Es umschreibt die Unterlassungspflicht nämlich nicht mit jener Deutlichkeit, der es bedarf, damit der Exekutionsrichter beurteilen kann, ob ein behauptetes Zuwiderhandeln gegen den Exekutionstitel die Exekutionsbewilligung rechtfertigt (4 Ob 17/91 = ÖBI 1991, 105 - Hundertwasser-Pickerln II; 4 Ob 62/00x = ÖBI 2001, 137 - SAV; 4 Ob 75/03p = ÖBI 2003, 267 - Pro Herz uva).

Das Eventualsicherungsbegehren zu Punkt 1 des Sicherungsantrags ist teilweise berechtigt, und zwar soweit der Beklagten verboten werden soll, unter missbräuchlichem Einsatz der Mittel, die ihr aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehen, öffentliche Tankstellen zu bewerben und/oder zu betreiben, insbesondere wenn an Standorten der Straßenbauämter bzw Straßenmeistereien des Landes Kärnten Treibstoffe zum Einstandspreis und/oder zu betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigten niedrigen Verkaufspreisen abgegeben werden. Der Einsatz von Bediensteten der Straßenbauämter bzw Straßenmeistereien kann im Unterlassungsgebot nicht erfasst werden, weil es sich dabei nach der Formulierung der Klägerin um einen ganz bestimmten eingeschränkten Personenkreis handelt, der nach dem bescheinigten Sachverhalt bei der Ausgabe von Diesel an die Allgemeinheit nicht zum Einsatz kommt. Eine Richtigstellung des Gebots auf „Landesbedienstete“ ist nicht möglich, weil dies zu einer Erweiterung des begehrten Titels führen würde (§ 78 EO iVm § 405 ZPO). Das Eventualsicherungsbegehren zu Punkt 1 des Sicherungsantrags ist teilweise berechtigt, und zwar soweit der Beklagten verboten werden soll, unter missbräuchlichem Einsatz der Mittel, die ihr aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehen, öffentliche Tankstellen zu bewerben und/oder zu betreiben, insbesondere wenn an Standorten der Straßenbauämter bzw Straßenmeistereien des Landes Kärnten Treibstoffe zum Einstandspreis und/oder zu betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigten niedrigen Verkaufspreisen abgegeben werden. Der Einsatz von Bediensteten der Straßenbauämter bzw Straßenmeistereien kann im Unterlassungsgebot nicht erfasst werden, weil es sich dabei nach der Formulierung der Klägerin um einen ganz bestimmten eingeschränkten Personenkreis handelt, der nach dem bescheinigten Sachverhalt bei der Ausgabe von Diesel an die Allgemeinheit nicht zum Einsatz kommt. Eine Richtigstellung des Gebots auf „Landesbedienstete“ ist nicht möglich, weil dies zu einer Erweiterung des begehrten Titels führen würde (Paragraph 78, EO in Verbindung mit Paragraph 405, ZPO).

Die im Sicherungsantrag angeführte Nichteinhaltung von Preisauszeichnungsvorschriften und das Nichtvorhandensein

einer Betriebsanlagengenehmigung haben mit einem missbräuchlichen Einsatz der der Beklagten aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehenden Mittel nichts zu tun. Das Unterlassungsgebot wird daher entsprechend eingeschränkt erlassen.

2. Zum Verstoß der Beklagten gegen § 1 UWG wegen Verletzung gesetzlicher Vorschriften2. Zum Verstoß der Beklagten gegen Paragraph eins, UWG wegen Verletzung gesetzlicher Vorschriften:

Dem auf § 1 UWG gestützten Unterlassungsbegehren zu Punkt 2 des Sicherungsantrags liegt der Vorwurf zugrunde, die Beklagte habe - obgleich der Betrieb ihrer Billigtankstellen der Gewerbeordnung unterliege - weder Gewerbeberechtigung noch Betriebsanlagengenehmigungen eingeholt. Sie verstoße überdies gegen die Preisauszeichnungsvorschriften für Tankstellen. Dieser Vorwurf ist berechtigt, wenn der Betrieb der Billigtankstellen des Landes der Gewerbeordnung unterliegt und die Beklagte bei Auslegung der gesetzlichen Vorschrift Gegenteiliges nicht mit gutem Grund annehmen durfte. Dem auf Paragraph eins, UWG gestützten Unterlassungsbegehren zu Punkt 2 des Sicherungsantrags liegt der Vorwurf zugrunde, die Beklagte habe - obgleich der Betrieb ihrer Billigtankstellen der Gewerbeordnung unterliege - weder Gewerbeberechtigung noch Betriebsanlagengenehmigungen eingeholt. Sie verstoße überdies gegen die Preisauszeichnungsvorschriften für Tankstellen. Dieser Vorwurf ist berechtigt, wenn der Betrieb der Billigtankstellen des Landes der Gewerbeordnung unterliegt und die Beklagte bei Auslegung der gesetzlichen Vorschrift Gegenteiliges nicht mit gutem Grund annehmen durfte.

Die Bestimmungen der Gewerbeordnung gelten für gewerbsmäßig ausgeübte (und nicht gesetzlich verbotene) Tätigkeiten. Eine Tätigkeit wird gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist (§ 1 Abs 2 GewO). Dass eine Leistung entgeltlich erbracht wird, bedeutet aber noch nicht, dass mit der Betätigung ein Ertrag oder sonstiger wirtschaftlicher Vorteil im Sinn dieser Bestimmung erzielt werden soll (4 Ob 216/97m = ÖBI 1998, 232 - Notruftelefonsystem I; RIS-JustizRS0060304); dies trifft - wie der Oberste Gerichtshof im Einklang mit der Rechtsprechung des VwGH bereits wiederholt ausgesprochen hat - im Besonderen dann nicht zu, wenn durch das Entgelt nur die mit dieser Tätigkeit verbundenen Unkosten ganz oder zum Teil gedeckt werden sollen (4 Ob 216/97m = ÖBI 1998, 232 - Notruftelefonsystem I; 4 Ob 142/01p; RIS-Justiz RS0060304; VwGH, ZFB 1995/1/142). Die Bestimmungen der Gewerbeordnung gelten für gewerbsmäßig ausgeübte (und nicht gesetzlich verbotene) Tätigkeiten. Eine Tätigkeit wird gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist (Paragraph eins, Absatz 2, GewO). Dass eine Leistung entgeltlich erbracht wird, bedeutet aber noch nicht, dass mit der Betätigung ein Ertrag oder sonstiger wirtschaftlicher Vorteil im Sinn dieser Bestimmung erzielt werden soll (4 Ob 216/97m = ÖBI 1998, 232 - Notruftelefonsystem I; RIS-JustizRS0060304); dies trifft - wie der Oberste Gerichtshof im Einklang mit der Rechtsprechung des VwGH bereits wiederholt ausgesprochen hat - im Besonderen dann nicht zu, wenn durch das Entgelt nur die mit dieser Tätigkeit verbundenen Unkosten ganz oder zum Teil gedeckt werden sollen (

**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](http://www.jusline.at)