

# TE OGH 2004/10/11 160k9/04

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.10.2004

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Langer als Vorsitzende und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel und Dr. Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Mag. Johanna Ettl in der Kartellrechtssache der Antragstellerin g\*\*\*\*\*gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Maximilian Eiselsberg ua, Rechtsanwälte in Wien, wider die Antragsgegnerin Österreichische Post AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch CMS Strommer Reich-Rohrwig Karasek Hainz, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, über die Rekurse der Antragstellerin und der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 15. Jänner 2004, GZ 26 Kt 9, 10/01-71, den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Beiden Rekursen wird nicht Folge gegeben.

## **Text**

Begründung:

Die Antragstellerin ist ein Unternehmen, das nicht persönlich adressiertes Werbematerial, insbesondere Prospekte und Kataloge, verteilt. Sie ist über verschiedene andere Unternehmen mittelbar ein Tochterunternehmen der niederländischen Post.

Klassische Prospekte, Zeitungsbeilagen, ganzseitige Inserate und Druckstrecken unterscheiden sich in der Gestaltung ihres Inhaltes nicht oder nur unwesentlich. Die Konsumenten unterscheiden bei der Aufnahme der Werbebotschaft nicht, ob ein Prospekt durch die Post (durch Einlegen in die Hausbrieffachanlage), ein anderes Unternehmen (durch Anbringen an der Haus- oder Wohnungstür) oder als Zeitungsbeilage zugestellt wurde. Zeitungsbeilagen können wie Prospekte regional gestreut werden. Die werbetreibende Wirtschaft empfindet die direkte Zustellung von Prospekten mit jener als Zeitungsbeilage, nicht aber mit prospektähnlichen Inseraten als gleichwertig. Die Dienstleistung der Verteilung gedruckter Werbung (IMO) - ohne Druckstrecken und prospektähnlicher Inserate - bilden sachlich einen eigenen Markt, der hier räumlich mit dem Gebiet der Republik Österreich abzugrenzen ist. Das Gesamtumsatzvolumen beträgt höchstens 3,3 Mrd ATS.

Die Antragstellerin verfügt in diesem Markt der Zustellung von nicht persönlichen adressierten Massensendungen über einen Marktanteil von etwa 5 %. Die Post als ehemalige Trägerin der monopolartigen staatlichen Postverwaltung verfügt über eine umfassende Logistik- und Verteilungsstruktur sowie über Zugang zu besonderen Einrichtungen wie zu den nach § 14 PostG vorgeschriebenen Hausbrieffachanlagen. Räumlich erfasst diese einzigartige Infrastruktur der

Post das gesamte Bundesgebiet. Der Anteil der Post unter Einrechnung ihrer Tochtergesellschaft am Markt der Verteilung gedruckter Werbung - ohne Druckstrecken und prospektähnliche Inseratbetrug im Jahr 1999 mindestens 56 %. Die Marktanteile anderer unabhängiger Mitbewerber betragen höchstens 4 %. Die Antragstellerin verfügt in diesem Markt der Zustellung von nicht persönlichen adressierten Massensendungen über einen Marktanteil von etwa 5 %. Die Post als ehemalige Trägerin der monopolartigen staatlichen Postverwaltung verfügt über eine umfassende Logistik- und Verteilungsstruktur sowie über Zugang zu besonderen Einrichtungen wie zu den nach Paragraph 14, PostG vorgeschriebenen Hausbrieffachanlagen. Räumlich erfasst diese einzigartige Infrastruktur der Post das gesamte Bundesgebiet. Der Anteil der Post unter Einrechnung ihrer Tochtergesellschaft am Markt der Verteilung gedruckter Werbung - ohne Druckstrecken und prospektähnliche Inseratbetrug im Jahr 1999 mindestens 56 %. Die Marktanteile anderer unabhängiger Mitbewerber betragen höchstens 4 %.

Die Post konnte ihre überlegene Marktstellung auf dem Gebiet der Verteilung gedruckter Werbung zumindest behaupten. Sie brachte es im Geschäftszweig IMAO im Jahre 2001 auf einen Anteil von 66 % am Gesamtumsatzvolumen, die mit ihr verbundene Tochtergesellschaft auf 9 %, die Gruppe der Antragstellerin, die einheitlich am Markt auftreten, auf 16 %. Auf die übrigen Wettbewerber entfielen insgesamt 9 %.

Zur Preisgestaltung der Post traf das Erstgericht umfangreiche Feststellungen. Daraus ist folgendes hervorzuheben:

Im Geschäftsbereich des reservierten Postdienstes für Beförderungen mit persönlicher Anschrift -"IMPA" (neu: "Info.Mail") hat die Post früher teilweise Rabatte im reservierten Bereich auch an das Erreichen eines gewissen Umsatzes im nicht reservierten Bereich geknüpft. Nachdem die Antragstellerin die Post mit Klage auf Unterlassung in Anspruch genommen hatte, endete dieses Verfahren am 14. 12. 2001 mit einem Vergleich, mit dem sich die Post "unpräjudiziert für ihren Rechtsstandpunkt" verpflichtete, "es zu unterlassen, Nachlässe auf IMPA (Info-Mail mit persönlicher Anschrift) anzubieten oder zu gewähren, wenn und soweit dies nur unter der Voraussetzung der Erbringung von IMAO (Info-Mail ohne persönliche Anschrift)-Leistungen an den Kunden erfolgt". Die Post hat nun keinem Kunden mehr einen Nachlass auf das Entgelt für die dem reservierten Postdienst vorbehaltene Beförderung von Sendungen unter der Voraussetzung angeboten oder gewährt, dass dieser in einem bestimmten Zeitraum eine bestimmte Menge IMAO durch die Post verteilen lässt. Sie sagte allerdings auch später noch in längerfristigen Rahmenverträgen, die Wettbewerbsdienste betrafen, Preisreduktionen auch im Hinblick auf reservierte Postdienstleistungen unter der Voraussetzung zu, dass ein bestimmtes (Aufliefer- oder Umsatz-)Volumen in diesem Bereich erreicht wird. Die ersten von der Post für den Dienstleistungsbereich IMPA auf der Grundlage von §§ 9, 34 Postgesetz 1997 erlassenen und veröffentlichten "Allgemeine Geschäftsbedingungen für Info-Mail mit persönlicher Anschrift (AGB IMPA)" galten im Zeitraum vom 1. 10. 1999 bis 31. 12. 2000. Diese mit Bescheid des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr genehmigten AGB hatten auszugsweise folgenden Inhalt: Im Geschäftsbereich des reservierten Postdienstes für Beförderungen mit persönlicher Anschrift -"IMPA" (neu: "Info.Mail") hat die Post früher teilweise Rabatte im reservierten Bereich auch an das Erreichen eines gewissen Umsatzes im nicht reservierten Bereich geknüpft. Nachdem die Antragstellerin die Post mit Klage auf Unterlassung in Anspruch genommen hatte, endete dieses Verfahren am 14. 12. 2001 mit einem Vergleich, mit dem sich die Post "unpräjudiziert für ihren Rechtsstandpunkt" verpflichtete, "es zu unterlassen, Nachlässe auf IMPA (Info-Mail mit persönlicher Anschrift) anzubieten oder zu gewähren, wenn und soweit dies nur unter der Voraussetzung der Erbringung von IMAO (Info-Mail ohne persönliche Anschrift)-Leistungen an den Kunden erfolgt". Die Post hat nun keinem Kunden mehr einen Nachlass auf das Entgelt für die dem reservierten Postdienst vorbehaltene Beförderung von Sendungen unter der Voraussetzung angeboten oder gewährt, dass dieser in einem bestimmten Zeitraum eine bestimmte Menge IMAO durch die Post verteilen lässt. Sie sagte allerdings auch später noch in längerfristigen Rahmenverträgen, die Wettbewerbsdienste betrafen, Preisreduktionen auch im Hinblick auf reservierte Postdienstleistungen unter der Voraussetzung zu, dass ein bestimmtes (Aufliefer- oder Umsatz-)Volumen in diesem Bereich erreicht wird. Die ersten von der Post für den Dienstleistungsbereich IMPA auf der Grundlage von Paragraphen 9, 34 Postgesetz 1997 erlassenen und veröffentlichten "Allgemeine Geschäftsbedingungen für Info-Mail mit persönlicher Anschrift (AGB IMPA)" galten im Zeitraum vom 1. 10. 1999 bis 31. 12. 2000. Diese mit Bescheid des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr genehmigten AGB hatten auszugsweise folgenden Inhalt:

"..... 1.2.6. IMPA sind inhaltlich vollkommen gleiche, offen aufzugebende Sendungen oder Sendungen in Kartenform, von denen

mindestens 400 Stück gleichzeitig am Postschalter aufgegeben werden.

Weniger als 400 Sendungen dürfen als IMPA aufgegeben werden, wenn das Entgelt für 400 Stück IMPA entrichtet wird.....

...

Anhang 1 - Verzeichnis der Entgelte

#### 5.1 Beförderungsentgelte für IMPA ..."

Die Tariftabelle dieses Punktes staffelt das Beförderungsentgelt nach Bundgrößen - "Ortsbund", "Ortsbund pro 100 Stück", "Leitgebiets- oder Leitstreckenbund", "Leitgebiets- oder Leitstreckenbund pro 100 Stück", "Leitzonenbund", "Leitzonenbund pro 100 Stück" - und Gewichtsstufen - "bis 30, 40, 50 ... 2000 Gramm". Für sogenannte Standardsendungen ist, abgesehen von Leitgebiets- und Leitstreckenbunden, ein eigener - der niedrigste - Tarif angeführt.

#### "5.2 Entgeltermäßigung für die Aufgabe beim Abgabepostamt

5.2.1 Bis 31. Dezember 1999 werden für die Aufgabe von IMPA beim Abgabepostamt die Beförderungsentgelte lt. Punkt 5.1. um 10 % ermäßigt. Ab 1. Jänner 2000 beträgt diese Ermäßigung 3 %.

5.2.2 Ob bei der Aufgabe von IMPA beim Abgabepostamt eine Bundbildung erforderlich ist, ist vom Absender mit dem Aufgabepostamt abzuklären.

...

...

#### 5.6 Botenfilesortierte IMPA-Mindestmenge, Vergütung..."

Die Höhe der Vergütung bewegte sich zwischen 200,- und 500,- ATS je 1.000 Stück, abhängig von Gewichtskasse, Mindestmenge je Auslieferung und Mindeststückzahl je Bund.

" Bei Inanspruchnahme der Botenfilevergütungen sind sonstige in den AGB angeführte Vergütungen ausgeschlossen ....."

Seit 1. 1. 2001 heißt der Geschäftsbereich "IMPA" in der Tarifsprache der Post "Info.mail". Die erstmals mit Geltung ab diesem Zeitpunkt - ebenfalls auf der Grundlage des Postgesetzes 1997 - herausgegebenen, ab 1. 6. 2003 neu gefassten Allgemeinen Geschäftsbedingungen "AGB:

Info.Mail" entsprechen den "AGB IMPA" in den dargestellten Punkten. Die seit 1. 6. 2003 geltenden "AGB: Info.Mail" unterscheiden im "Verzeichnis der Entgelte" nur mehr zwischen dem "Entgelt für Sendungen zum Vorteilstarif gemäß Punkt 2.2 (Versand von Sendungen zum Vorteilstarif)" und den "Entgelten für Sendungen aller übrigen Formate", die - wie früher das (allgemeine) Beförderungsentgelt - in Gewichtsstufen und (nur mehr drei) Bundgrößen ansteigen. Der Vorteilstarif beträgt EUR 24,00 pro 100 Sendungen und kann unter ähnlichen Voraussetzungen wie seinerzeit der "Standardtarif" in Anspruch genommen werden.

Die in den "AGB: Info.Mail" bis 31. 5. 2003 im Rahmen der Bestimmungen für "Standardsendungen" (Punkt 5.3) noch vorgesehene Möglichkeit, mit der Post bei Erfüllung bestimmter Vorgaben Sonderkonditionen zu vereinbaren, ist in den geltenden "AGB:

Info.Mail" nicht mehr genannt.

Zur Preisgestaltung der Post bei "Antwortsendungen" wurde festgestellt, dass nach den seit 1. 6. 2003 geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post für den Dienstleistungsbereich "Briefdienst Inland", der Absender verpflichtet ist, für jede von ihm in Anspruch genommene Leistung der Post das dafür in den AGB sowie dem als Anhang zu den AGB gehörigen Verzeichnis der Entgelte zu entrichten und die Sendungen entsprechend freizumachen; bei Antwortsendungen ist der Empfänger als Veranlasser des Versandes zur Zahlung des Entgeltes verpflichtet (AGB "Briefdienst Inland" 1.4.1). Bei Antwortsendungen sowie bei Briefsendungen mit Freimachungsmängeln hebt die Post bei der Abgabe das fehlende Beförderungsentgelt sowie ein zusätzliches Einhebungsentgelt laut Anhang 1 ("Entgelttabellen") ein (AGB Punkt 1.5.1). Als Antwortsendungen (AGB 6.7) können nicht eingeschriebene Briefe und Postkarten versandt werden, die nicht freigemacht sind. Auf diesen ist in der rechten oberen Ecke der Anschriftseite

der gedruckte Vermerk "Porto beim Empfänger einheben" oder ein anderer gedruckter Vermerk mit gleicher Bedeutung anzubringen. Die Anschrift muss gedruckt oder gestempelt und maschinell lesbar sein. Vom Empfänger der Antwortsendung werden das jeweilige Brief- oder Postkartenentgelt und das zusätzliche Entgelt für Antwortsendungen laut Anhang 1 der AGB eingehoben (AGB 6.7.1 und 6.7.3). Das zuzüglich zum Beförderungsentgelt zu zahlende Einhebungsentgelt beläuft sich je Antwortsendung auf 0,10 Euro, je sonstiger Briefsendung auf 0,5 Euro (AGB 7.1 und 7.2 Nr. 6). Die AGB sehen weder eine Erlassung noch eine Ermäßigung des Einhebungsentgeltes vor.

Die Post hat aber im Jahr 2003 mit einer politischen Partei für einen Zeitraum bis Ende 2006 vereinbart, allen dieser Partei nahestehenden Organisationen gestaffelte Rabattsätze (3 %, 4 % und 5 %) auf das Entgelt für den Versand von Zeitungen (bestimmter Titel) bei Erreichen bestimmter Aufliefervolumen (8,5 Mio., 9,8 Mio. und 11,3 Mio. Stück jährlich) zusagte. Im Rahmen dieser Vereinbarung bot die Post unter dem Schlagwort "Zeitungen mit Response-Elementen" an, auf das Einhebungsentgelt von "derzeit" EUR 0,07 (ATS 1,00) pro Antwortsendung "für den Fall der Erfassung und administrativen Aufarbeitung unfrankierter Antwortsendungen durch den Vertragspartner" zu verzichten, "wenn der Vertragspartner die Daten der Post zu Prüfzwecken, nach Tagen aufgelistet, zur Verfügung" stelle. Zur Voraussetzung dieses Verzichts wurde ein "Response-Volumen von rd. 20.000 Stück" erklärt. Dieses Mengenerfordernis gilt für jede einzelne Aussendung mit "Response-Elementen". Eine weitere Bedingung ist der "Rücklauf auf ein zentrales Postfach".

Vereinbarungen der dargestellten Art, auf das Einhebungsentgelt unter der Voraussetzung zu verzichten, dass der Empfänger die Zählung der eingelangten Antwortsendungen und deren Abrechnung gegenüber der Post übernimmt, schließt die Post auch mit anderen Kunden. Bei den "Antwortsendungen" dieser Vereinbarungen handelt es sich um Briefsendungen im Sinn des § 6 Abs 1 Postgesetz 1997. Wettbewerbern auf dem Gebiet der Werbemittelverteilung hat die Post, wenn sie für diese den Versand von Antwortsendungen übernommen hat, die Zahlung des Einhebungsentgeltes bisher nicht erlassen. Die Unternehmensgruppe der Antragstellerin hat bisher darum auch noch nicht ersucht. Keine einzige dieser Aktionen führte zu einem Versandvolumen von zumindest 20.000 Stück. Vereinbarungen der dargestellten Art, auf das Einhebungsentgelt unter der Voraussetzung zu verzichten, dass der Empfänger die Zählung der eingelangten Antwortsendungen und deren Abrechnung gegenüber der Post übernimmt, schließt die Post auch mit anderen Kunden. Bei den "Antwortsendungen" dieser Vereinbarungen handelt es sich um Briefsendungen im Sinn des Paragraph 6, Absatz eins, Postgesetz 1997. Wettbewerbern auf dem Gebiet der Werbemittelverteilung hat die Post, wenn sie für diese den Versand von Antwortsendungen übernommen hat, die Zahlung des Einhebungsentgeltes bisher nicht erlassen. Die Unternehmensgruppe der Antragstellerin hat bisher darum auch noch nicht ersucht. Keine einzige dieser Aktionen führte zu einem Versandvolumen von zumindest 20.000 Stück.

Die Preisgestaltung der Post im Geschäftsbereich "IMO" ("Info.post") erfolgt auch über Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die "AGB IMO" wurden mit Wirksamkeit ab 1. 2. 2003 von den "AGB Info.Post" abgelöst. Diese AGB definieren "Info.Post" als inhaltlich vollkommen gleiche, verpackte oder unverpackte Sendungen, von denen mindestens 400 Stück gleichzeitig beim Postschalter aufgegeben werden (AGB 1.2.6). Als Info.Post werden nach diesen Bedingungen nur Sendungen befördert, die bestimmte Maße (Höchst- und Mindestmaße) aufweisen und ein Höchstgewicht nicht überschreiten (AGB 1.3). Die AGB stellen auch detaillierte Anforderungen an Verpackung und Verschluss und verlangen bestimmte Angaben und Vermerke auf den Sendungen (AGB 1.7 und 1.9).

Im Anhang 1 der AGB ("Verzeichnis der Entgelte") ist das Beförderungsentgelt für Info.Post nach in 10 Gramm-Schritten ansteigenden Gewichtsstufen (von 10-250 Gramm, jeweils pro 100 Stück), darüber hinaus nach kategorisierten Streugebieten (Tarif A, Tarif B und Tarif C) gestaffelt. Wird die Streuung auf einzelne Zustellbezirke ("Rayons") und nicht auf den gesamten Postbezirk gewünscht, ist nach diesen AGB ein Zuschlag von 0,36 Euro pro 100 Sendungen zu entrichten.

Die Unterscheidung der AGB zwischen A-, B-, und C-Tarifen nimmt Bedacht auf die Haushaltsdichte des Streugebietes. In die Kategorie "A" fallen Zustellbezirke mit mehr als 5.000 Haushalten, in die Kategorie "B" jene mit 2.500 bis 5.000 Haushalten und in die Kategorie "C" Zustellbezirke mit weniger als 2.500 Haushalten. Die unterschiedlichen Tarife für diese Gebiete sind aufwandsadäquat kalkuliert. Wenn die Post ausschließlich in Orten der Kategorie C zustellen müsste, wäre der in der Anlage zu den AGB ausgewiesene Tarif allerdings nicht kostendeckend. Bei einer "flächendeckenden Zustellung" werden rund 50 % der Sendungen in A-Gebieten, 25 bis 30 % in B-Gebieten und der Rest in C-Gebieten abgegeben. Die Post gewährt ihren werbetreibenden Kunden unter der Voraussetzung, dass deren

Zustellaufkommen jährlich eine gewisse Höhe erreicht, Nachlässe von bis zu mehr als 40 % auf das in den AGB festgesetzte Beförderungsentgelt. Dazu gehören eine Kaufhauskette mit einem Volumen von jährlich rund 220 Mio. Stück Werbemittel. Im Einzelfall erstellt die (Vertriebsleitung der) Post auf Anfrage eines Kunden eine (interne) Kalkulation, auf deren Grundlage entschieden wird, ob und in welcher Höhe ein Rabatt gewährt wird. Dabei ist in erster Linie die der Post vom betreffenden Kunden jährlich zur Beförderung übergebene Stückzahl entscheidend. Maßgeblich sind darüber hinaus folgende Kriterien:

- -Strichaufzählung  
Dauer der vertraglichen Bindung an die Post- üblicherweise Zwei-Jahres-Verträge;
- -Strichaufzählung  
die Qualität der Auslieferungen;
- -Strichaufzählung  
Bekanntgabe sämtlicher Streupläne und -termine sechs Monate im Voraus;
- -Strichaufzählung  
Streugebiete - überwiegend in bevölkerungsstarken Gebieten; in "C-Gebiete" gehen nur 5-6 % der Werbeaussendungen; im Allgemeinen lassen sogenannte Direkt-Kunden der Post eher "flächendeckend" streuen.

Mit einem Großkunden schloss die Post am 15.11.2001 eine "Vertragsvereinbarung 2002" über die Abwicklung des gesamten Versands von Info.Mail ohne Anschrift (IMOA). Die Post sagte für die Auflieferung von IMOA auf eigene Rechnung bei ihren Zentren Sondertarife zu, die nicht zwischen A-, B- und C-Gebieten unterschieden und als "Mischsätze" zumindest 19 % unter den nach den "AGB IMOA" zu entrichtenden Sätzen lagen. Sie waren unter der Voraussetzung anzuwenden, dass im Vertragszeitraum ein Versandvolumen von mindestens 100 Mio. Sendungen erreicht wird. Für den Fall der Überschreitung dieser Menge wurden zusätzlich "Jahresbonifikationen" versprochen. Ein weiterer Entgeltsabzug wurde für den auf den Werbemitteln von angebrachten Hinweis auf die Verteilung durch die Post unter Anführung des Post-Logos zugesagt. Der Kunde sicherte überdies zu, die Streupläne und Auslieferungstermine für IMOA bei nach den Werbeplänen fix feststehenden Aktionsterminen mindestens 6 Monate vor der Aufgabe, bei während der Vertragslaufzeit kurzfristig geplanten Aktionen spätestens zwei Wochen vor der Aufgabe bekannt zugeben. Die Vereinbarung enthielt aber auch einen "Info.mail mit persönlicher Anschrift" (IMPA) betreffenden Abschnitt. Dieser sah einen - pro Auslieferung in Abzug zu bringenden - Rabatt von 3 % unter der Voraussetzung vor, dass ein Umsatzvolumen von mindestens 870.000,- Euro erreicht, sowie von weiteren im ersten Quartal des Folgejahres abzuziehenden 1 % für den Fall, dass der "fakturierte IMPA-Umsatz" im Vertragszeitraum 1,1 Mio. Euro übersteigt. Mit einem anderen Kunden traf die Post am 7. 3. 2003 eine ähnliche schriftliche Vereinbarung. Grundlage der Sonderkonditionen ist ein Umsatz bei Info.Post von mindestens 1,6 Mio. Euro im Vertragszeitraum (mit einer Toleranz von 5 %). Für den Fall des Überschreitens des genannten Versandumsatzes und des Anbringens eines Verteilvermerkes "Verteilt durch Post.at" (mit Postlogo) wurde wieder eine Bonifikation (von 1,5 %) in Form einer Gutschrift bei späteren Auslieferungen vereinbart. Bei Unterschreiten des vereinbarten Umsatzvolumens von mehr als 5 % sollten etwas höhere Sondertarife in Rechnung gestellt werden. In welchem Verhältnis sich die von der Post zu verteilenden Werbesendungen (Info.Post) auf A-, B- und C-Gebiete aufteilen, kann nicht genau festgestellt werden. Es entfallen aber mindestens 48 % dieser Zustellungen auf A-Gebiete.

Die Post gewährt (Direkt-)Kunden auch bei noch geringeren Versandaufkommen Nachlässe. Beispielsweise 3 % Rabatt im Hinblick auf ein Verteilvolumen von 300.000 Stück IMOA; 1,5 % unter Zugrundelegung eines Verteilvolumens von 1 Mio. Stück pro Jahr sowie unter den Voraussetzungen der zielrein sortierten Auslieferung nach den Erfordernissen des Aufgabepostamtes, der Bekanntgabe der Streupläne und Auslieferetermine spätestens 3 Tage vor der Aufgabe und der Einhaltung der sonstigen Versandvorschriften der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für IMOA.

Die Antragstellerin fragt seit Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit vor 10 bis 15 Jahren bei der Post immer wieder unter Hinweis auf das von ihrer Unternehmensgruppe jährlich eingelieferte Verteilvolumen um Rabatte für IMOA (Info.Post) an. Die Post hat diese Anfragen - wenn überhaupt - stets abschlägig beantwortet. Die Gruppe der Antragstellerin ließ im Jahre 2002 rund 23 Mio. Stück Werbesendungen durch die Post verteilen (darüber hinaus auch 14 Mio. Stück Tageszeitungen und 1 Mio. Stück IMPA). Ein Gesamtvolumen an IMOA in zumindest dieser Höhe war der Post gegenüber zuletzt auch Verhandlungsgrundlage im Hinblick auf Rabattgewährungen. Die Vertriebsleitung der Post erachtet allerdings die ihr bekanntgegebene Jahresstückzahl für "nicht nachvollziehbar". Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Antragstellerin bei der Weitergabe von Verteilaufträgen an die Post, unter anderem um eine zeitgerechte Zustellung auch kurzfristig (innerhalb von 2 Tagen) sicherzustellen, Subunternehmer im ganzen

Bundesgebiet bedient und daher nicht bei jeder Aufgabe von IMOa, deren Verteilung sie übernommen hat, der Post gegenüber als Absender auftritt.

Wettbewerber wie die Gruppe der Antragstellerin unterscheiden sich von den sogenannten Direktkunden vor allem dadurch, dass sie die Dienste der Post überwiegend in - verkehrsmäßig schlechter erschlossenen - Gebieten mit geringerer Bevölkerungs- und Haushaltsdichte in Anspruch nehmen, während sie die Zustellung in den Ballungsräumen - mit Hilfe des eigenen Verteilsystems - nahezu ausschließlich selbst besorgen. Das der Post übergebene Versandvolumen an IMOa (23 Mio. jährlich) teilt sich folgendermaßen auf die Tarifgebiete der Post auf: rund 5 % Kategorie A, rund 25 % Kategorie B und rund 70 % Kategorie C. Auch lassen diese Wettbewerber durch die Post für eine Vielzahl von kleineren und größeren Kunden verteilen (manchmal einmalig 1000 Werbesendungen etc). Sie liefern ihre Sendungen in Postämter in verschiedenen großen Mengen ohne Vorankündigung häufig in Spitzenzeiten ein. Fallweise beschränken sich ihre Verteilaufträge an die Post lediglich auf Teile eines Zustellbezirks. Bei Rund 30-40 % des Sendungsvolumens, das die Unternehmensgruppe der Antragstellerin jährlich durch die Post verteilen lässt, wäre diese Gruppe in der Lage, der Post langfristig (6 Monate im Voraus) Streupläne und Auslieferungstermine bekannt zugeben. Die Post vertritt den Standpunkt, dass Wettbewerber im Geschäftsbereich IMOa aufgrund ihres Einlieferverhaltens und ihrer Sendungsstruktur einer Vielzahl von Kleinkunden entspricht, sodass das Volumen allein eine Rabattgewährung nicht rechtfertigen kann. Die Listenpreise der anderen Werbemittelverleiher liegen stets und liegen auch gegenwärtig noch erheblich - um 30 bis 40 %, jene der Antragstellerin derzeit um 27 bis 30 % - unter den IMOa/Info.Post-Tarifen der Post. Werbemittelverleiher - neben der Post - gewähren einem Kunden ab einem Verteilvolumen von 2 Mio. Stück pro Jahr Mengenrabatt, der 40 % des Listenpreises überschreiten kann. Schon bei Einzelaufträgen ab einer Stückzahl von 1 Mio. Sendungen kommt es üblicherweise zur Gewährung eines Rabattes. Die Antragstellerin stellte vorweg einen Antrag, die Zustellung unadressierter Massensendungen über die Hausbrieffachanlagen zu untersagen. Dieser wurde zurückgezogen. Sie begehrte zuletzt die Feststellung, dass die Antragsgegnerin ihre marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt der Zustellung nicht adressierter Massensendungen missbräuchlich ausübe. Konkret sollte der Post untersagt werden,

A. gegenüber Kunden im Zusammenhang mit der Erbringung liberalisierter Dienste in den Geschäftbedingungen nicht vorgesehene Rabatte oder sonstigen Vergütungen, wie den Entfall bestimmter Entgelte, insbesondere des "Einhebungsentgeltes", für die Erbringung von Leistungen des reservierten Postdienstes anzukündigen, zuzusagen und zu gewähren, insbesondere wenn es sich bei den reservierten Postdienstleistungen um die Zustellung von Antwortkarten oder -sendungen im Anschluss an zuvor im Rahmen von liberalisierten Diensten verteilte Sendungen handelt;

B. Mitbewerbern auf dem Markt der Zustellung von unadressierten Massensendungen im Bereich der Republik Österreich für die Beförderung derartiger Sendungen im Verhältnis zu Kunden, die derartige Dienstleistungen in Anspruch nehmen und nicht Mitbewerber sind, bei vergleichbaren faktischen Verhältnissen unterschiedliche (nachteilige) Bedingungen anzuwenden.

Die Antragstellerin stützte sich dabei zusammengefasst darauf, dass die Post auf dem Markt der Zustellung von "IMOa" marktbeherrschend sei, und zwar nicht nur wegen ihres hohen Marktanteiles, sondern auch, weil sie auf Grund des reservierten Postdienstes einen Wettbewerbsvorteil zufolge eines besseren Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten habe. Die Post missbrauche ihre Marktmacht bei der Preisgestaltung. Sie gewähre Kunden im Zusammenhang mit der Erbringung von Wettbewerbsdiensten wie der Zustellung von IMOa oder Zeitungen besondere Rabatte auf die Tarife des reservierten Postdienstes wie jene für die Beförderung von "IMPA" oder "Rückantwortkarten". Die Rabatte für reservierte Dienste würden teilweise vom Erreichen eines bestimmten Zustellvolumens im nicht reservierten Bereich abhängig gemacht. Diese Vorgangsweise verstöße gegen das "Quersubventionierungsverbot". Die Antragstellerin würden als Kundin der Post derartige Konditionen, vor allem bei der Beförderung von Antwortkarten im Zusammenhang mit der Zustellung von Zeitungen, nicht gewährt. Die dargestellten Rabatte im reservierten Bereich seien auch durch die behördlich genehmigten Tarife der Post nicht gedeckt. Die Post verbessere durch die dargestellte Geschäftspraxis ihre Wettbewerbsposition im liberalisierten Bereich nicht mit Mitteln des Leistungswettbewerbs, weil den Mitbewerbern derartige Instrumente nicht zur Verfügung ständen. Zum anderen gewähre die Post ihren Mitbewerbern als Kunden, wenn sie für diese die Verteilung von Werbesendungen (IMOa) übernehme, wesentlich schlechtere Bedingungen als ihren eigenen ("Direkt"-)Kunden. Die Antragsgegnerin bestritt, eine marktbeherrschende Stellung innezuhaben, aber auch jedes missbräuchliche Verhalten. Im reservierten Bereich unterliege die Preisgestaltung der Aufsicht des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr

als Regulierungsbehörde, nicht aber der kartellgerichtlichen Kontrolle. Das geltende Postrecht lasse überdies individuelle Preisabsprachen ausdrücklich zu. Die Post halte den Grundsatz, dass Nachlässe auf behördlich genehmigte Entgelte sachlich begründet sein müssten, ausnahmslos ein. Eine Quersubventionierung des Wettbewerbsbereiches (IMO) durch den reservierten Bereich werde durch die Post-Kostenrechnungsverordnung verhindert, die zu einer klaren Kontentrennung verpflichte. Bei wirtschaftlicher Betrachtung stellten die eingeräumten Rabatte einen kartellrechtlich unproblematischen Mengenrabatt dar. Das Einhebungsentgelt gelte Mehrleistungen teilweise ab, welche der Post infolge unzureichender Frankierung durch den Absender entstünden. Wenn Kunden der Post die Einsendung der Antwortkarten in ein zentrales Postfach, die Erfassung der nicht freigemachten Rückantwortkarten, die periodische Überweisung des Beförderungsentgeltes für diese Antwortkarten anstelle der Einzeleinhebung sowie die Vorausinformation der Post über den Umfang der erwarteten Sendungen veranlassten, sei der Verzicht auf das Einhebungsentgelt mangels Mehraufwands der Post sachlich gerechtfertigt.

Im Wettbewerbsbereich (IMO) bestehe keine Verpflichtung der Post, Mitbewerber und Direktkunden gleich zu behandeln. Preisnachlässe gegenüber der Antragstellerin seien vor allem deswegen nicht gerechtfertigt, weil diese gegenüber der Post nicht wie ein Großkunde auftrete, sondern - wie eine Vielzahl von Endkunden - unkoordinierte Einzelaufträge erteile, die Aufträge kurzfristig vergabe, überproportional in wirtschaftlich unattraktiven Gebieten ("C-Gebieten") zustellen lasse und Mehrleistungen der Post beanspruche.

Das Erstgericht gab dem Antrag hinsichtlich der Verpflichtung zur Unterlassung der Rabattgewährung (Punkt A) Folge, wies ihn aber im Übrigen betreffend die Benachteiligung der Mitbewerber (Punkt B) und der Feststellung des Missbrauches der marktbeherrschenden Stellung ab.

Der Markt der Werbemittelverteilung umfasse nach dem Bedarfsmarktkonzept das klassische Prospekt und die Zeitungsbeilage. Auf ihm komme der Post aufgrund des festgestellten Marktanteils marktbeherrschende Stellung zu. Bei der Erbringung der Leistungen des reservierten Postdienstes übe die Post ein dem Anwendungsbereich des Kartellrechts entzogenes Monopol aus. Nach § 10 Abs 1 Postgesetz 1997 seien die Entgelte für den reservierten Postdienst in den Geschäftsbedingungen zu regeln und bedürften der Genehmigung durch den Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr als oberste Postbehörde. Die Entgelte seien für den reservierten Postdienst auf alle Kunden in gleicher Weise anzuwenden. Dies schließe nicht aus, mit Kunden individuelle Preisabsprachen zu treffen; auf diese hätten jedoch die Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung Anwendung zu finden. Hier gehe es um die Ausdehnung der Monopolmacht auf angrenzende freie Märkte, die der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht unterliegen. Als eng verbunden seien Märkte insbesondere dann anzusehen, wenn Kunden des einen Marktes - wie hier - zugleich als Kunden des anderen Marktes in Frage kommen. Bei der Ausübung des Postmonopols sei es unter dem Aspekt der Missbrauchskontrolle grundsätzlich verpönt, den Wettbewerb in angrenzenden Märkten durch "Quersubventionen" aus dem geschützten Bereich zu schwächen. Auch solle keine objektiv nicht gerechtfertigte Ausnutzung des Monopols zur Erlangung (oder Verstärkung) von beherrschenden Stellungen in anderen Märkten erfolgen. Die Praxis, Kunden im Zusammenhang mit längerfristigen Rahmenvereinbarungen, deren Schwerpunkt - nach den Umsatzvolumina - auf der Abnahme von Wettbewerbsdiensten liege, auch beim Entgelt für reservierte Dienste entgegenzukommen, wäre nur dann unbedenklich, wenn die Preisvorteile im reservierten Bereich ihren Voraussetzungen und Höhen nach in den behördlich genehmigten Geschäftsbedingungen in allen Einzelheiten geregelt und damit - zufolge deren Veröffentlichung - auch durch jeden Kunden dieses Bereichs einforderbar wären. Das im Zusammenhang mit den Nachlässen bei Antwortkarten gebrachte Argument, dass hier ein Verzicht auf einen Entgeltsteil, gar nicht vorliege, weil diesem ohnehin keine Gegenleistung der Post entspreche, erweise sich als nicht tragfähig, weil die Post den Entgeltserlass nicht allein an die Erbringung bestimmter (Vor-)Leistungen durch ihre Vertragspartner(in), sondern auch an das Erreichen eines gewissen Sendungsaufkommens knüpft, dessen Höhe aber nicht offen gelegt werde. Die Vertragsgestaltungen erzeugten zumindest den Anschein, dass Kunden, die sich bei Wettbewerbsdiensten auf längere Sicht an die Post binden, im Monopolbereich gegenüber jenen Kunden bevorzugt würden, auf die dies nicht zutrifft. Dies verlasse den "normalen Dienstleistungswettbewerb" und stelle einen Missbrauch dar. Nicht berechtigt sei aber der Vorwurf, dass die Post bei der Preisgestaltung im Wettbewerbsbereich ihre Mitbewerber als Kunden schlechter stellt als die sogenannten Direktkunden. Das Diskriminierungsverbot des § 35 Abs 1 Z 3 KartG schütze vor Wettbewerbsverfälschungen auf vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen. Im vorliegenden Fall eines Zwischenhändlers, der andere Preise als Endabnehmer zu zahlen habe, liege keine Diskriminierung in diesem Sinne vor, sondern nur allenfalls ein Preismissbrauch im Sinne des § 35 Abs 1 Z 1 KartG. Soweit die beanstandete Ungleichbehandlung auf einen erschwerten Zugang der Antragstellerin zum Zustellnetz der

Post hinauslaufe, scheitere die Annahme eines Missbrauchs daran, dass auch ein Marktbeherrschender nicht verpflichtet sei, den gegen ihn gerichteten Wettbewerb zu unterstützen. Um eine notwendige Einrichtung ("essential facility"), ohne dessen Nutzung den Wettbewerbern ein Marktauftritt verwehrt wäre, handle es sich hier nicht. Der Antrag stelle auch ausdrücklich auf die Stellung als "Zwischenhändler" ab. Der Feststellungsantrag sei nicht hinreichend konkretisiert, insbesondere dahin, ob und in welchem Umfang der Feststellungsantrag über den Abstellensauftrag hinausreichen solle. Der Markt der Werbemittelverteilung umfasse nach dem Bedarfsmarktkonzept das klassische Prospekt und die Zeitungsbeilage. Auf ihm komme der Post aufgrund des festgestellten Marktanteils marktbeherrschende Stellung zu. Bei der Erbringung der Leistungen des reservierten Postdienstes übe die Post ein dem Anwendungsbereich des Kartellrechts entzogenes Monopol aus. Nach Paragraph 10, Absatz eins, Postgesetz 1997 seien die Entgelte für den reservierten Postdienst in den Geschäftsbedingungen zu regeln und bedürften der Genehmigung durch den Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr als oberste Postbehörde. Die Entgelte seien für den reservierten Postdienst auf alle Kunden in gleicher Weise anzuwenden. Dies schließe nicht aus, mit Kunden individuelle Preisabsprachen zu treffen; auf diese hätten jedoch die Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung Anwendung zu finden. Hier gehe es um die Ausdehnung der Monopolmacht auf angrenzende freie Märkte, die der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht unterliegen. Als eng verbunden seien Märkte insbesondere dann anzusehen, wenn Kunden des einen Marktes - wie hier - zugleich als Kunden des anderen Marktes in Frage kommen. Bei der Ausübung des Postmonopols sei es unter dem Aspekt der Missbrauchskontrolle grundsätzlich verpönt, den Wettbewerb in angrenzenden Märkten durch "Quersubventionen" aus dem geschützten Bereich zu schwächen. Auch solle keine objektiv nicht gerechtfertigte Ausnutzung des Monopols zur Erlangung (oder Verstärkung) von beherrschenden Stellungen in anderen Märkten erfolgen. Die Praxis, Kunden im Zusammenhang mit längerfristigen Rahmenvereinbarungen, deren Schwerpunkt - nach den Umsatzvolumina - auf der Abnahme von Wettbewerbsdiensten liege, auch beim Entgelt für reservierte Dienste entgegenzukommen, wäre nur dann unbedenklich, wenn die Preisvorteile im reservierten Bereich ihren Voraussetzungen und Höhen nach in den behördlich genehmigten Geschäftsbedingungen in allen Einzelheiten geregelt und damit - zufolge deren Veröffentlichung - auch durch jeden Kunden dieses Bereichs einforderbar wären. Das im Zusammenhang mit den Nachlässen bei Antwortkarten gebrachte Argument, dass hier ein Verzicht auf einen Entgeltanteil, gar nicht vorliege, weil diesem ohnehin keine Gegenleistung der Post entspreche, erweise sich als nicht tragfähig, weil die Post den Entgeltserlass nicht allein an die Erbringung bestimmter (Vor-)Leistungen durch ihre Vertragspartner(in), sondern auch an das Erreichen eines gewissen Sendungsaufkommens knüpft, dessen Höhe aber nicht offen gelegt werde. Die Vertragsgestaltungen erzeugten zumindest den Anschein, dass Kunden, die sich bei Wettbewerbsdiensten auf längere Sicht an die Post binden, im Monopolbereich gegenüber jenen Kunden bevorzugt würden, auf die dies nicht zutrifft. Dies verlasse den "normalen Dienstleistungswettbewerb" und stelle einen Missbrauch dar. Nicht berechtigt sei aber der Vorwurf, dass die Post bei der Preisgestaltung im Wettbewerbsbereich ihre Mitbewerber als Kunden schlechter stellt als die sogenannten Direktkunden. Das Diskriminierungsverbot des Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer 3, KartG schütze vor Wettbewerbsverfälschungen auf vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen. Im vorliegenden Fall eines Zwischenhändlers, der andere Preise als Endabnehmer zu zahlen habe, liege keine Diskriminierung in diesem Sinne vor, sondern nur allenfalls ein Preismissbrauch im Sinne des Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer eins, KartG. Soweit die beanstandete Ungleichbehandlung auf einen erschwerten Zugang der Antragstellerin zum Zustellnetz der Post hinauslaufe, scheitere die Annahme eines Missbrauchs daran, dass auch ein Marktbeherrschender nicht verpflichtet sei, den gegen ihn gerichteten Wettbewerb zu unterstützen. Um eine notwendige Einrichtung ("essential facility"), ohne dessen Nutzung den Wettbewerbern ein Marktauftritt verwehrt wäre, handle es sich hier nicht. Der Antrag stelle auch ausdrücklich auf die Stellung als "Zwischenhändler" ab. Der Feststellungsantrag sei nicht hinreichend konkretisiert, insbesondere dahin, ob und in welchem Umfang der Feststellungsantrag über den Abstellensauftrag hinausreichen solle.

Gegen den abweisenden Teil dieses Beschlusses richtet sich der Rekurs der Antragstellerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass dem Antrag zur Gänze stattgegeben werde; hilfsweise stellt sie einen Aufhebungsantrag.

Gegen den stattgebenden Teil dieses Beschlusses richtet sich der Rekurs der Antragsgegnerin ebenfalls wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung jedoch mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass der Antrag zur Gänze abgewiesen werde; hilfsweise stellt sie einen Aufhebungsantrag.

Beide Parteien haben jeweils Rekursbeantwortungen erstattet, in denen sie beantragen, dem Rekurs der anderen

Partei nicht Folge zu geben. Beide Rekurse sind nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Zur Frage der Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht ist vorweg darauf hinzuweisen, dass der Oberste Gerichtshof bereits in seiner die Antragsgegnerin betreffenden

Entscheidung vom 5. 9. 2001 zu 16 Ok 3 /01 (= ÖBI 2002/14 [im Erg

zust Barbist] = SZ 74/147) grundlegend ausgeführt hat, dass auch das Postgesetz von einer Teilnahme der Post (PTA) am Wettbewerb ausgeht (vgl etwa den AB 966 BlgNR 20. GP, 1; vgl ferner § 1 Abs 1 des Poststrukturgesetzes iVm § 14 des Postgesetzes 1957) und der dadurch dem Unternehmen eingeräumte Spielraum der kartellrechtlichen Kontrolle unterliegt (vgl auch Duisberg, Die Anwendung der Art 85 und 86 des EG-Vertrages in den Fällen der Staatlichen Einflussnahme auf Unternehmensverhalten, 6; Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker EG-Wettbewerbsrecht 1997, 1558 ff). Zweck der Missbrauchsbestimmung des § 35 KartG ist es ganz allgemein, konkrete Verhaltensweisen im wirtschaftlichen Wettbewerb, die sich negativ auf den Markt auswirken können, zu unterbinden. Als missbräuchlich werden sämtliche Verhaltensweisen eines Unternehmers in beherrschender Stellung bezeichnet, die die Strukturen eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmers bereits geschwächt ist und die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen (zuletzt etwa OGH 16. 12. 2002, 16 Ok 14, 15/02 mwN; RIS-Justiz RS0063530). Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegt somit dann vor, wenn ein den anderen Marktteilnehmern wirtschaftlich überlegener Unternehmer auf das Marktgeschehen in einer Weise Einfluss nimmt, die negative Auswirkungen auf die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse befürchten lässt. Bei der Prüfung, ob eine missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt, ist jedoch stets eine sorgfältige Abwägung der einander widerstreitenden Interessen vorzunehmen (zuletzt etwa OGH 16. 12. 2002, 16 Ok 12/02; 16 Ok 1/99 = ÖBI 1999, 297 - One mwN)zust Barbist] = SZ 74/147) grundlegend ausgeführt hat, dass auch das Postgesetz von einer Teilnahme der Post (PTA) am Wettbewerb ausgeht vergleiche etwa den AB 966 BlgNR 20. GP, 1; vergleiche ferner Paragraph eins, Absatz eins, des Poststrukturgesetzes in Verbindung mit Paragraph 14, des Postgesetzes 1957) und der dadurch dem Unternehmen eingeräumte Spielraum der kartellrechtlichen Kontrolle unterliegt vergleiche auch Duisberg, Die Anwendung der Artikel 85 und 86 des EG-Vertrages in den Fällen der Staatlichen Einflussnahme auf Unternehmensverhalten, 6; Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker EG-Wettbewerbsrecht 1997, 1558 ff). Zweck der Missbrauchsbestimmung des Paragraph 35, KartG ist es ganz allgemein, konkrete Verhaltensweisen im wirtschaftlichen Wettbewerb, die sich negativ auf den Markt auswirken können, zu unterbinden. Als missbräuchlich werden sämtliche Verhaltensweisen eines Unternehmers in beherrschender Stellung bezeichnet, die die Strukturen eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmers bereits geschwächt ist und die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen (zuletzt etwa OGH 16. 12. 2002, 16 Ok 14, 15/02 mwN; RIS-Justiz RS0063530). Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegt somit dann vor, wenn ein den anderen Marktteilnehmern wirtschaftlich überlegener Unternehmer auf das Marktgeschehen in einer Weise Einfluss nimmt, die negative Auswirkungen auf die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse befürchten lässt. Bei der Prüfung, ob eine missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt, ist jedoch stets eine sorgfältige Abwägung der einander widerstreitenden Interessen vorzunehmen (zuletzt etwa OGH 16. 12. 2002, 16 Ok 12/02; 16 Ok 1/99 = ÖBI 1999, 297 - One mwN).

In der in diesem Verfahren ergangene Entscheidung vom 5. 9. 2001 zu

16 Ok 3 /01 (= ÖBI 2002/14 [Barbist] = SZ 74/147) hat der Oberste

Gerichtshof bereits ausführlich Aspekte dargelegt, die im

Zusammenhang mit Monopolbetrieben zur Annahme eines Marktmissbrauches

führen können. Ihre Tätigkeit auf anderen verbundenen Märkten, hier

also der Zustellung von nicht adressiertem Werbematerial, unterliegt

dem Kartellgesetz (vgl 5. 9. 2001 zu 16 Ok 3/01 (= ÖBI 2002/14

[Barbist] = SZ 74/147 mwN; Gugerbauer, Kommentar zum Kartellgesetz2 §

5 Rz 11; Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO, 21). Bei der Frage der Beurteilung der Wirkung von Ressourcen aus einem Monopol - auch dies ist ein regelmäßig "beherrschter Markt" (vgl EuGH 12. 2. 1998 Rs-C 163/96 Silvano Raso, Slg 1998 I-533 mwN; EuGH 19. 5. 1993 Rs C-320/9a Corbeau Slg 1993, 2533) - auf einen anderen beherrschten Markt ist im Wesentlichen eine Übereinstimmung des § 35 KartG mit Art 82 EG (ex 86) iVm Art 86 EG (ex 40) anzustreben. Im Zusammenhang mit dem hier maßgeblichen Postmarkt ist auch beachtlich, dass der Rat am 15. 12. 1997 die Richtlinie 97/67/EG über die gemeinsamen Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität erlassen hat (ABI L 015 vom 21. 1. 1998, 14 ff). Damit sollte zwar einerseits die schrittweise und kontrollierte Liberalisierung gewährleistet, andererseits aber auch das Funktionieren des Universal-dienstes unter finanziell ausgewogenen Bedingungen ermöglicht werden (vgl insb Punkt 8 und 16 der Begründungserwägungen). Wesentlich ist, dass die Trennung zwischen reservierten und nicht reservierten Diensten der Vermeidung von Quersubventionen dienen und auch sonst keine objektiv nicht gerechtfertigte Ausnutzung des Monopols zur Erlangung von beherrschenden Stellungen in anderen Märkten erfolgen soll (vgl auch die Hinweise auf EuGH 12. 2. 1998 Rs C-163/96 Silvano Raso Slg 1998 I - 533; EuGH 13. 12. 1991 Rs 18/88 GB-INNO-BM SA Slg 1991, I-5941; allgemein zu den Grenzen des Monopols und dessen Ausweitung EuGH 19.5 Rz 11; Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO, 21). Bei der Frage der Beurteilung der Wirkung von Ressourcen aus einem Monopol - auch dies ist ein regelmäßig "beherrschter Markt" vergleiche EuGH 12. 2. 1998 Rs-C 163/96 Silvano Raso, Slg 1998 I-533 mwN; EuGH 19. 5. 1993 Rs C-320/9a Corbeau Slg 1993, 2533) - auf einen anderen beherrschten Markt ist im Wesentlichen eine Übereinstimmung des Paragraph 35, KartG mit Artikel 82, EG (ex 86) in Verbindung mit Artikel 86, EG (ex 40) anzustreben. Im Zusammenhang mit dem hier maßgeblichen Postmarkt ist auch beachtlich, dass der Rat am 15. 12. 1997 die Richtlinie 97/67/EG über die gemeinsamen Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität erlassen hat (ABI L 015 vom 21. 1. 1998, 14 ff). Damit sollte zwar einerseits die schrittweise und kontrollierte Liberalisierung gewährleistet, andererseits aber auch das Funktionieren des Universal-dienstes unter finanziell ausgewogenen Bedingungen ermöglicht werden vergleiche insb Punkt 8 und 16 der Begründungserwägungen). Wesentlich ist, dass die Trennung zwischen reservierten und nicht reservierten Diensten der Vermeidung von Quersubventionen dienen und auch sonst keine objektiv nicht gerechtfertigte Ausnutzung des Monopols zur Erlangung von beherrschenden Stellungen in anderen Märkten erfolgen soll vergleiche auch die Hinweise auf EuGH 12. 2. 1998 Rs C-163/96 Silvano Raso Slg 1998 römisch eins - 533; EuGH 13. 12. 1991 Rs 18/88 GB-INNO-BM SA Slg 1991, I-5941; allgemein zu den Grenzen des Monopols und dessen Ausweitung EuGH 19.

5. 1993 Rs C-320/9a Corbeau Slg 1993, 2533; Jungbluth in Langen/Bunte aaO, 2234). Festgehalten wurde auch, dass dann, wenn die Zustellung nur ein Teilbereich des hier maßgeblichen Marktes ist, ein Missbrauch dann vorliegen könnte, wenn die Post als alleiniger Inhaber dieses Vertriebsnetzes für eine gesicherte Zustellung der Antragstellerin den Zugang dazu nicht oder nicht zu angemessenen Bedingungen eröffnet (mit Hinweisen auf zur Theorie der "essential facilities" auf 16 Ok 4/00 = ÖBI 2001/41 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; vgl ferner Möschel in Immenga/Mestmäcker GWB3 § 19 Rz 178 ff; derselbe in Immenga/Mestmäcker EG-Wettbewerbsrecht 1997, 765).

1. Die Antragstellerin wendet sich nun mit ihrem Rechtsmittel vorweg gegen die Rechtsansicht des Erstgerichtes, dass sie nicht auf der selben Wirtschaftsstufe wie die Antragsgegnerin stehe. Auch müsse entgegen der Ansicht des Erstgerichtes das Gleichbehandlungsgebot der Richtlinie 97/67/EG auch auf den liberalisierten Bereich der Werbemittelverteilung erstreckt werden, weil der der Post garantierte Vorteil aus der Nutzungsmöglichkeit des Hausbrieffachanlagen sich auch auf diesen Bereich erstrecke. Hinsichtlich der Rabattgewährung sei unklar geblieben, ob dadurch, dass bei anderen Kunde die Streupläne vorweg bekanntgegeben werden, tatsächlich Vorteile und

Einsparungen für die Post entstehen würden. Letztlich liege darin, dass die von der Post für die Zustellung in C-Gebieten vorgesehenen Tarife nicht kostendeckend seien, im Ergebnis ein Verkauf unter dem Einstandspreis vor, der sich nur aus einem "Quersubventionieren" aus dem reservierten Bereich erklären lasse.

Zu letzterem Argument ist aber schon vorweg darauf zu verwiesen, dass die Antragstellerin weder ein dahingehendes Begehren noch ein dahingehendes konkretes Vorbringen erstattet hat. Nach ständiger Judikatur besteht aber im Rekursverfahren in Kartellsachen nur die Möglichkeit das vorliegende Tatsachenmaterial zu ergänzen oder zu berichtigen, nicht aber bisher gar nicht vorgetragene Behauptungen aufzustellen (vgl RIS-Justiz RS0063600 mwN zuletzt 16 Ok 14/03). Davon, dass die beiden Verfahrensparteien auf der gleichen Wirtschaftsstufe im Wettbewerb stünden, ist das Erstgericht aber ausgegangen, und hat nur zu § 35 Abs 1 Z 3 KartG dargestellt, dass entscheidend sei, dass die "diskriminierten" Vertragspartner, also jene, die unsachlich - diskriminierend - unterschiedlich behandelt werden, auf der gleichen Wirtschaftsstufe stehen müssten (vgl auch den Hinweis auf Barfuß/Wollmann Tahedl, Österreichisches Kartellrecht, 102). Das Erstgericht hat aber eindeutig zugrunde gelegt, dass die Parteien als Wettbewerber am relevanten Markt der IMO A auftreten. Das Erstgericht war aber offensichtlich der Ansicht, dass eine Unterscheidung zwischen der Antragstellerin und anderen Kunden der Antragsgegnerin im Bereich der IMO A schon deshalb gerechtfertigt wäre, weil die Antragstellerin quasi als "Zwischenhändlerin" auftrete. Dazu müsste aber wohl noch näher auf die Wettbewerbssituation eingegangen werden. Zu letzterem Argument ist aber schon vorweg darauf zu verwiesen, dass die Antragstellerin weder ein dahingehendes Begehren noch ein dahingehendes konkretes Vorbringen erstattet hat. Nach ständiger Judikatur besteht aber im Rekursverfahren in Kartellsachen nur die Möglichkeit das vorliegende Tatsachenmaterial zu ergänzen oder zu berichtigen, nicht aber bisher gar nicht vorgetragene Behauptungen aufzustellen vergleiche RIS-Justiz RS0063600 mwN zuletzt 16 Ok 14/03). Davon, dass die beiden Verfahrensparteien auf der gleichen Wirtschaftsstufe im Wettbewerb stünden, ist das Erstgericht aber ausgegangen, und hat nur zu Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer 3, KartG dargestellt, dass entscheidend sei, dass die "diskriminierten" Vertragspartner, also jene, die unsachlich - diskriminierend - unterschiedlich behandelt werden, auf der gleichen Wirtschaftsstufe stehen müssten vergleiche auch den Hinweis auf Barfuß/Wollmann Tahedl, Österreichisches Kartellrecht, 102). Das Erstgericht hat aber eindeutig zugrunde gelegt, dass die Parteien als Wettbewerber am relevanten Markt der IMO A auftreten. Das Erstgericht war aber offensichtlich der Ansicht, dass eine Unterscheidung zwischen der Antragstellerin und anderen Kunden der Antragsgegnerin im Bereich der IMO A schon deshalb gerechtfertigt wäre, weil die Antragstellerin quasi als "Zwischenhändlerin" auftrete. Dazu müsste aber wohl noch näher auf die Wettbewerbssituation eingegangen werden.

Dies ist aber schon deshalb nicht erforderlich, weil die Unterscheidung schon aus anderen Gründen sachlich gerechtfertigt ist. Fragt die Antragstellerin im Ergebnis doch weit überwiegend (70 %) nur jene Verteilgebiete bei der Antragsgegnerin nach, die wegen der geringen Dichte der Haushalte besonders schlecht zu betreuen und nicht kostendeckend sind (Kategorie C). Bei einer flächendeckenden Betreuung entfallen auf diese schlechten Streugebiete nur ca 20 bis 25 %. Bei jenen Kunden, denen die Post hohe Rabatte gewährt, wurde überhaupt regelmäßig nur ein Anteil der schlechten Verteilgebiete von höchstens 10 % festgestellt. Im Ergebnis lässt die Antragstellerin die Post offensichtlich jene Gebiete bei der Verteilung von Werbematerialien abdecken, in denen dies wirtschaftlich kaum kostendeckend erfolgen kann. Ausgehend davon, dass aber die anderen Kunden der Post, denen diese Rabatte gewährt, einen wesentlich besseren "Mix" an Verteilungsgebieten habe, kann schon im Ansatz im Verhalten der Post diese Rabatte nicht auch der Antragstellerin zu gewähren, kein Missbrauch oder eine unsachliche Ungleichbehandlung gesehen werden. Im Hinblick darauf bedarf es dazu auch keiner weiterer Erörterungen.

Dem Rekurs der Antragstellerin gegen den ihren Antrag abweisenden Teil des erstgerichtlichen Beschlusses war also im Ergebnis ein Erfolg zu versagen.

2. Nicht berechtigt ist allerdings auch der Rekurs der Antragsgegnerin - der Post - gegen den stattgebenden Teil des Beschlusses.

Die Post macht zusammengefasst geltend, dass es noch weiterer Feststellungen zu dem Geschäftsfall mit der politischen Partei betreffend die begünstigten Antwortsendungen bedurfte hätte. Die Post beruft sich dabei auf ihre Ausführungen im Schriftsatz vom 6. 6. 2003 (ON 60). Darin hat sie im Wesentlichen dazu geltend gemacht, dass die Preis- und Rabattgestaltung im reservierten Bereich überhaupt nicht von der kartellrechtlichen Kontrolle erfasst sei und im Übrigen sachlich gerechtfertigte Preisnachlässe aber auch in diesem Bereich zulässig wären. Die Einhebungsentgelte sollten den durch die mangelnde Frankierung entstehenden Mehraufwand abgelten. Der Verzicht

auf Einhebungsentgelte sei zulässig, wenn diese Aufwendungen von dem Kunden übernommen werden. Dass diese Vergünstigung dem Vertragspartner der Post aber nur zukommen sollte, wenn dieser die administrative Aufarbeitung der Antwortsendungen und die Bekanntgabe der Auflistung übernimmt, wurde vom Erstgericht aber ohnehin festgestellt und auch seiner rechtlichen Begründung zugrunde gelegt. Das Erstgericht hat die Rabattgewährung aber deshalb als nicht nachvollziehbar eingestuft, weil sie auch an ein nicht erkläbares Sendungsaufkommen geknüpft worden war.

Im Wesentlichen wendet sich die Post dann gegen die Rechtsansicht des Erstgerichtes, dass Rahmenvereinbarungen, die sowohl für die Post reservierte Dienste umfassen als auch solche, mit denen die Post unter anderem mit der Antragstellerin im Wettbewerb steht, hinsichtlich der Rabattgewährung bei reservierten Diensten nur dann unbedenklich wären, wenn diese geregelt und für die Kunden einforderbar wären. Die Post releviert, dass der reservierte Monopolbereich der Antwortkarten von der kartellgerichtlichen Kontrolle ausgenommen sei und mit dem Wettbewerbsbereich in keinem Zusammenhang stehe. Die Voraussetzungen für die Preisnachlässe müssten nicht in allen Einzelheiten geregelt werden. Das Missbrauchsverbot nach Art 82 Abs 2 lit c EG stehe gerechtfertigten Differenzierungen nicht entgegen. Differenzierungen seien zulässig. Dabei seien auch die Antragstellerin und andere Mitbewerber nicht benachteiligt worden. Es müsse zulässig sein, individuelle Absprachen zu treffen. Im Wesentlichen wendet sich die Post dann gegen die Rechtsansicht des Erstgerichtes, dass Rahmenvereinbarungen, die sowohl für die Post reservierte Dienste umfassen als auch solche, mit denen die Post unter anderem mit der Antragstellerin im Wettbewerb steht, hinsichtlich der Rabattgewährung bei reservierten Diensten nur dann unbedenklich wären, wenn diese geregelt und für die Kunden einforderbar wären. Die Post releviert, dass der reservierte Monopolbereich der Antwortkarten von der kartellgerichtlichen Kontrolle ausgenommen sei und mit dem Wettbewerbsbereich in keinem Zusammenhang stehe. Die Voraussetzungen für die Preisnachlässe müssten nicht in allen Einzelheiten geregelt werden. Das Missbrauchsverbot nach Artikel 82, Absatz 2, Litera c, EG stehe gerechtfertigten Differenzierungen nicht entgegen. Differenzierungen seien zulässig. Dabei seien auch die Antragstellerin und andere Mitbewerber nicht benachteiligt worden. Es müsse zulässig sein, individuelle Absprachen zu treffen.

Wie oben aber bereits ausführlich dargestellt, liegt das zentrale Problem darin, dass durch die Trennung zwischen reservierten und nicht reservierten Diensten eine Quersubvention aber auch sonst eine objektiv nicht gerechtfertigte Ausnutzung des Monopols zur Erlangung von beherrschenden Stellungen in anderen Märkten verhindert werden soll.

Hier geht es nun darum, dass die Post in Rahmenverträgen, die sowohl Leistungen aus dem ihr reservierten Monopolbereich als auch solche aus dem nicht reservierten Bereich, in dem sie unter anderem mit der Antragstellerin in Wettbewerb steht, umfassen, in nicht nachvollziehbarer Weise Rabatte gewährt. Daraus muss für den Vertragspartner der Eindruck entstehen, hinsichtlich der Rabatte im Monopolbereich allein auf das Wohlwollen der Post angewiesen zu sein. Damit schafft die Post aber eine Wettbewerbssituation, in der jene Kunden, die sowohl im Monopolbereich als auch im Wettbewerbsbereich ihre Abnehmer sind, den Eindruck haben müssen, dass es von besonderer Bedeutung ist, das Wohlwollen der Post zu genießen, auf deren Leistungen sie ja im Monopolbereich angewiesen sind. Dass dieser Zwang zum "Wohlverhalten" aber bei gemeinsamen Vertragsverhandlungen über Leistungen und Umsatzvolumen im Wettbewerbsbereich der Post einen Vorteil verschafft, ist offensichtlich. Besondere Gründe dafür, warum es nicht möglich wäre, für die Gewährung von Rabatten im Monopolbereich allgemeine Regeln (Umsatzvolumina etc) aufzustellen, aus denen sich dann auch ein Anspruch der Kunden ergeben würde, sodass diese nicht mehr vom bloßen Wohlwollen der Post abhängig wären, wurden nicht nachgewiesen. Auch entspricht es den Vorgaben des Postgesetzes, dass die Entgelte "auf alle Kunden in gleicher Weise anzuwenden" sind und dass "individuelle Preisabsprachen" nach den Grundsätzen der "Transparenz und Nichtdiskriminierung" zu erfolgen und den eingesparten Kosten im Vergleich zu Standarddienstleistungen Rechnung zu tragen haben (vgl § 10 Abs 2 PostG idF BGBl I 72/2003). Selbst wenn eine Regelung der Rabatte aus - noch nicht ersichtlichen - Gründen nicht bis ins Detail möglich sein sollte, so hinderte dies nicht zumindest gewisse Rahmenbedingungen zur Gewährleistung der Transparenz und Nachvollziehbarkeit im Sinne dieser Bestimmungen aufzustellen. Hier geht es nun darum, dass die Post in Rahmenverträgen, die sowohl Leistungen aus dem ihr reservierten Monopolbereich als auch solche aus dem nicht reservierten Bereich, in dem sie unter anderem mit der Antragstellerin in Wettbewerb steht, umfassen, in nicht nachvollziehbarer Weise Rabatte gewährt. Daraus muss für den Vertragspartner der Eindruck

**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)