

# TE OGH 2002/12/16 160k7/02

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 16.12.2002

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Birgit Langer als Vorsitzende, Dr. Manfred Vogel und Dr. Gerhard Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Dr. Thomas Lachs in der Kartellrechtssache der Antragstellerin und gefährdeten Partei R\*\*\*\*\* GesmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Wolf Schuler, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die Antragsgegnerin und Gegnerin der gefährdeten Partei Ö\*\*\*\* Aktiengesellschaft, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Elisabeth Moser-Marzi, Rechtsanwältin in Wien, wegen Unterlassung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und einstweiliger Verfügung, über den Rekurs der Antragstellerin und gefährdeten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 9. April 2002, GZ 26 Kt 561/99-39, den Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

## **Text**

Begründung:

Die Antragstellerin betreibt ein Unternehmen, das seit 1991 Verpackungsmaterial aus Styropor (= expandiertes Polystyrol, EPS) sammelt und verwertet, um daraus wärmedämmende Baustoffe herzustellen. Sie ist auf eine ausreichende und möglichst gleichmäßige Belieferung mit EPS-Abfällen angewiesen und an längerfristigen Lieferverträgen mit einer Mindestlaufzeit von drei Jahren interessiert. Sie erzielt etwa 25% ihres Gesamtumsatzes, das sind rund 12 bis 14 Mio S, mit der Verarbeitung von EPS-Abfällen, von denen sie jährlich ca 220 t verarbeitet. Die Frachtkosten für den Transport vom Sortierbetrieb bis zum Verwertungsbetrieb betragen ca 5 S pro kg. Bis 1995 wurden diese Frachtkosten durch Zuzahlungen der Antragsgegnerin von 7 S pro kg getragen. Seit 1996 sind die Transportkosten von den Verwertungsbetrieben selbst zu tragen, weil keine Zuzahlungen mehr geleistet werden.

Die auf Grund des Abfallwirtschaftsgesetztes (AWG) erlassene Verpackungsverordnung (VVO) regelt, dass die in Verkehr gebrachten Verpackungen aus Kunststoff, Verbundstoff, Glas, Metall, Textilien, Holz, Keramik, Papier und Pappe gesammelt und wiederverwertet werden müssen. Dies kann durch den Inverkehrsetzer selbst geschehen, oder dieser beauftragt hiezu ein bestehendes Sammelsystem. In Österreich bestehen vier zugelassene Sammelsysteme für Verpackungsabfälle: Die Altstoff Recycling Austria AG (ARA AG), die sowohl im Haushalts- als auch im Gewerbebereich tätig ist, mit 97,12 % Marktanteil, und die nur im Gewerbebereich tätigen Unternehmen EVA mit 1,44 % Marktanteil, die Bonus Hol System mit 0,96 % Marktanteil und Galle mit 0,48 % Marktanteil. Das ARA-System ist in Österreich ein flächendeckendes Sammel- und Verwertungssystem für Verpackungen aus Haushalt, Industrie und Gewerbe. Die ARA AG und acht wirtschaftlich selbständige Unternehmen, die Branchenrecyclinggesellschaften, arbeiten zusammen, um die Anforderungen der Österreichischen Verpackungsverordnung zu erfüllen. Die Antragsgegnerin ist eine der

Branchenrecyclinggesellschaften innerhalb des ARA-Systems. Im ARA-System schließt die ARA AG Verträge mit jenen Firmen, die ihre Verpackungen nicht selbst sammeln und einer Wiederverwertung zuführen wollen. Sie hebt mengen- und packstoffabhängig Lizenzentgelte ein und leitet diese für die Sammlung, Sortierung und Verwertung der Verpackungen an die zuständigen Branchenrecyclinggesellschaften im ARA-System weiter. Die Branchenrecyclinggesellschaften organisieren die Sammlung, Sortierung und Verwertung der Verpackungen. Die Antragsgegnerin ist als Branchenrecyclinggesellschaft im ARA-System Verwertungsgarantiegeber für Verpackungen aus Kunststoffen und textilen Faserstoffen. Im ARA-System wird jährlich Kunststoffverpackungsabfall von 70.000 t bis 80.000 t gesammelt. Davon entfallen auf EPS-Abfälle 1,3 % bis 1,7 %. EPS-Abfall ist gekennzeichnet durch geringes Gewicht bei großem Volumen. So entsprechen 1.000 kg EPS einem Volumen von 180 m<sup>3</sup>. Deshalb sind vor allem die Transportkosten ein erheblicher Faktor. Im ARA-System wird von der Antragsgegnerin jährlich rund 1.000 t EPS-Abfall gesammelt und einer Verwertung zugeführt, weitere rund 15 t von EVA und weitere rund 10 t von Bonus. Darüber hinaus wird EPS-Abfall auch bei sogenannten Großanfallstellen einzelner Unternehmen gesammelt, der aber weitgehend von diesen Firmen selbst einer Wiederverwertung zugeführt wird; es handelt sich dabei um weniger als 2.000 t, die zu einem Großteil nicht auf den "Markt für Altstyropor" gelangen. Weitere rund 600 t Abfälle der Styroporerzeugung werden von den Erzeugern einem unmittelbaren Recycling zugeführt. Auf den "EPS-Abfallmarkt" gelangen allerdings weitere rund 300 t an Baustoffabfällen, die jedoch den Nachteil aufweisen, stärker verschmutzt und mit Nägeln vermengt zu sein, weshalb sie für die Granulaterzeugung nur minder geeignet sind. Auch aus dem Ausland, insbesondere aus Deutschland und Ungarn, können EPS Verpackungsabfälle bezogen werden. Die Größe dieser Importmengen beträgt einige 100 t.

Die Antragsgegnerin ist eine Non-Profit-Organisation. Die Kosten der Sammlung werden durch die Lizenzgebühren, die die In-Verkehr-Setzer zu tragen haben, finanziert. Bei den Lizenzgebühren wird nur zwischen den Packmittelgruppen "Kunststoff klein" und "Kunststoff groß" unterschieden. Die Kosten der Sammlung von EPS-Abfall betrugen 1999 im Haushaltssystem in der Tarifkategorie "Kunststoff klein" 24,30 S, bei "Kunststoff groß" 12,13 S; 2000 betrugen die Kosten 24,80 S und 12,69 S jeweils pro kg. Diese Kosten werden nur zum Teil durch die eingehobenen Lizenzbeiträge von 18,34 S und 8,48 S (1999) bzw 15,09 S und 6,42 S (2000) gedeckt und somit durch Lizenzentnahmen für andere Kunststoffpackstoffe mitfinanziert. Insgesamt konnten die Lizenztarife für die Verwertung von Kunststoffverpackungen seit 1995 in beiden Kategorien gesenkt werden (1995: 19,74 S bzw 12,64 S pro kg).

Nach dem Inkrafttreten der VVO schlossen sich die österreichischen Kunststoffverwerter, darunter auch die Antragstellerin, zum "EPSY-Verein österreichischer EPS Verwerter" zusammen und verpflichteten sich gemeinsam gegenüber der Antragsgegnerin in einem Verwertervertrag zur Übernahme und Verwertung des gesamten gesammelten EPS Abfalles gegen eine Vergütung von 7 S pro kg als Zuzahlung der Antragsgegnerin zu den Transportkosten. Infolge einer Änderung der Marktverhältnisse - das Interesse der Verwertungsgesellschaften überstieg mittlerweile die von der Antragsgegnerin gesammelte Menge - holte die Antragsgegnerin ab Ende 1995 Angebote der einzelnen Verwertungsgesellschaften ein, um sodann nicht mehr wie bisher Drei-Jahres-Verträge mit dem Verein, sondern nur mehr Ein-Jahres-Verträge mit den einzelnen Verwertungsgesellschaften abzuschließen. Darin verpflichtete sich das jeweilige Verwertungsunternehmen zur ganzjährigen Übernahme von unaufgearbeiteten EPS-Verpackungen zum Zweck der stofflichen Verwertung gemäß der Verpackungsverordnung, wobei sich die Vertragsmenge aus der vom Verwertungsunternehmen selbst gesammelten Menge zuzüglich der von den Übernahmestellen abgeholteten Menge zusammensetzt. Reduziert sich die vom Verwertungsunternehmen selbst gesammelte lizenzierte Menge, so reduziert sich die Vertragsmenge des Verwertungsunternehmens im gleichen Ausmaß. Die Vertragsmenge reduziert sich auch auf Grund eines Rückganges des EPS-Aufkommens in den Einzugszonen oder aufgrund saisonaler Schwankungen und berechnet sich aliquot zur Anzahl der Verwertungsunternehmen in den Einzugszonen. Sie verringert sich auch bei einem Rückgang des österreichweit prognostizierten Gesamtjahresaufkommens. Die Antragsgegnerin ist nur dann zur Bereitstellung und Übergabe von Mengen verpflichtet, wenn das Verwertungsunternehmen nicht mehr Menge auf Lager hat, als seiner dreifachen tatsächlichen Verarbeitungskapazität pro Monat entspricht. In den Wintermonaten (Dezember bis Februar) akzeptiert die Antragsgegnerin mehr als drei Monatsmengen auf Lager. Ab 1996 wurden generell keine Zuzahlungen mehr für die Zwischenlagerung des übernommenen Materials, für den Transport und für die Entsorgung der Stör- und Reststoffe geleistet. Vielmehr wurde für den Fall der Nichtübernahme durch das Verwertungsunternehmen ein von diesem an die Antragsgegnerin zu leistender Betrag von 1 S pro kg vereinbart. Das Verwertungsunternehmen hat zu garantieren, dass seine Betriebsanlage über die erforderlichen Aufbereitungs-, Verwertungs- und Lagerkapazitäten verfügt, um die

Mengen anstandslos zu übernehmen und innerhalb bestimmter Fristen zu verarbeiten oder zwischenzulagern und dass es über sämtliche behördliche Bewilligungen verfügt, die auf Verlangen der Antragsgegnerin vorzulegen sind. Die Antragsgegnerin behielt sich das Recht zur Überprüfung der Betriebsanlagen vor und beauftragte auch ein österreichisches Kunststoffinstitut alljährlich mit der Überprüfung der Betriebsanlagen der Verwertungsunternehmen. Außerdem hatten sich die Parteien in den Verwertungsverträgen zur Verschwiegenheit über alle Angelegenheiten, von denen sie im Zusammenhang mit diesem Vertrag Kenntnis erhalten, zu verpflichten. 1996 leistete die Antragsgegnerin den Verwertungsunternehmen keine Zuzahlungen mehr für die Abnahme von EPS-Abfall, diese mussten auch keinen Kaufpreis entrichten. 1997 gelang es der Antragsgegnerin bereits, mit einzelnen Verwertungsunternehmen ein Entgelt für die Abnahme von EPS-Abfall herauszuverhandeln. So bezahlten pro kg 0,35

S: MM-Styro; 0,38 S: Ebner/Zagersdorf und die Antragstellerin; 0,56

S: Flatz; 0,59 S: Rieger; 0,70 S: Prottelith Prottes; 1 S: Eichhorn, Goedinger, Prottelith Liebenfels, Sevalite; 2 S: Geyerlechner. Unentgeltliche Lieferungen erhielten Buhl, Isolite, Wiedner und Zeiler. 1998 wurden unentgeltlich beliefert: Buhl, Flatz, Gusenbauer, Zeiler und Zettinig; 1,06 S zahlten: Ebner, Eichhorn, Geyerlechner, Goidinger, Isolite, Prottelith und die Antragstellerin; 1,15 S:

MM-Styro; 1,97 S: Sevalite. 1999 wurden unentgeltlich beliefert:

Buhl, Ebner/Zagersdorf, Ecoplast, Eichhorn/Ziegelwerk, Isolite, die Antragstellerin, T & L, Weber und Zettinig; 1,06 S zahlten: Flatz, Geyerlechner, Goidinger, Sevalite und Zeiler. 2000 wurde die Antragstellerin nicht mehr beliefert; unentgeltlich beliefert wurden:

Eoplast, Geyerlechner, Isolite, T & L und Zeiler; 1 S zahlte:

Zettinig; 1,06 S: Flatz und Goidinger. Zu einem Vertragsabschluss mit der Antragstellerin kam es für das Jahr 2000 deshalb nicht mehr, weil mit der Antragsgegnerin keine Einigung über die Bezugsbedingungen erzielt werden konnte, zumal die Antragstellerin für die Lieferungen im Dezember, Jänner, Februar und März auf einer Zuzahlung von 3 S pro kg als Vergütung für die Lagerkosten und anteilige Transportkosten bestand. Dass andere Unternehmen für das Jahr 2000 derartige Zuzahlungen von der Antragsgegnerin erhalten hätten, konnte nicht festgestellt werden. Die Vertragsabschlüsse für das Folgejahr erfolgten nach Einholung von Angeboten der Verwertungsunternehmen jeweils knapp vor Jahresende, mitunter auch erst zu Beginn des Vertragsjahres.

Die Antragstellerin begehrte, der Antragsgegnerin zur Abstellung des Missbrauchs ihrer marktbeherrschenden Stellung aufzutragen

1. Verwertungsunternehmen, insbesondere die Antragstellerin, mit Styropor zu den gleichen Bedingungen, wie sie alle anderen Verwertungsunternehmen bei der Antragsgegnerin haben, zu beliefern und sie nicht durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen zu benachteiligen, wie zB durch Benachteiligung bei den Vertragsbedingungen, den Preisen, den Zuzahlungen, den Lieferzeiten, den Mengenzuteilungen an Styroporabfällen etc, oder durch Verhängung von Liefersperren;

2. ihre allgemein gültigen Preise und Bezugsbedingungen für Styroporabfall bis spätestens 1. September eines jeden Jahres für das nächstfolgende Jahr offen zu legen, dies insbesondere gegenüber der Antragstellerin;

3. den Verwertungsunternehmen, insbesondere der Antragstellerin, den Abschluss von Verträgen über die Lieferung und Verwertung von Styroporabfällen zu ihren allgemein gültigen Preisen und Bezugsbedingungen mit einer Mindestlaufzeit von je drei Jahren anzubieten oder anderweitig die Belieferung der Verwertungsunternehmen, insbesondere der Antragstellerin, mit Styroporabfällen zu ihren allgemein gültigen Preisen und Bezugsbedingungen auf eine Dauer von jeweils drei Jahren sicherzustellen; all dies bis spätestens 1. September des dem Vertragsbeginn vorangehenden Jahres;

4. ihre Preise und Bezugsbedingungen für Styroporabfall in gleicher Weise wie für den übrigen in die gleiche Tarifgruppe fallenden Kunststoffabfall festzulegen.

Die Antragsgegnerin sei ein marktbeherrschendes Unternehmen auf dem Markt für Styropor-Recycling. Sie behandle gesetzwidrig Styroporabfall innerhalb derselben Packmittelgruppe tariflich anders als den übrigen Kunststoff und leiste keine Zuzahlungen zu den Transportkosten mehr. Sie lege ihre Tarife nicht offen, sondern entwickle ihre Preise im Bietverfahren, was zu einer unterschiedlichen Behandlung ihrer Vertragspartner führe. Bei der Verteilung der

Jahresmengen würden einzelne Verwertungsunternehmen bevorzugt, und zwar auch dadurch, dass sie vornehmlich im Sommer beliefert würden, wenn die Lagerkosten geringer seien. Eine Benachteiligung der Antragstellerin erfolge auch durch willkürliches Überschreiten der vereinbarten Jahresmengen. Die Antragsgegnerin beliefere auch Verwertungsunternehmen, die weder über die erforderlichen behördlichen Bewilligungen, noch über entsprechende Lager- und Verwertungskapazitäten verfügten. Ab 2000 habe die Antragsgegnerin über die Antragstellerin eine grundlose Liefersperre verhängt.

Die Antragsgegnerin beantragt, den Antrag abzuweisen. Sie besitze auf dem EPS-Markt weder eine monopolartige noch eine marktbeherrschende Stellung. Sie betreibe zwei unterschiedliche Sammel- und Verwertungssysteme, eines für den gewerblichen Bereich und eines für den Haushaltsbereich. Nur für den Haushaltsbereich sei eine solche monopolartige Stellung festgestellt worden, nicht aber für das Gewerbesystem. Sämtliche EPS-Verpackungsabfälle würden aber im Gewerbesystem gesammelt. Die gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere bezüglich Bekanntgabe der Tarife und Kostenkalkulation, bezögen sich ausschließlich auf das Verhältnis zwischen dem Betreiber des Sammel- und Verwertungssystems und den In-Verkehr-Setzer von Verpackungen, weil mit letzteren die Entpflichtungs- und Lizenzvereinbarungen abzuschließen seien, nicht aber zwischen dem Betreiber des Sammel- und Verwertungssystems und seinen Subunternehmern. Die Antragsgegnerin sei eine Non-Profit-Organisation, deren Tätigkeit durch die von den In-Verkehr-Setzern zu entrichtenden Lizenzgebühren finanziert werde. Die Kosteneinsparungen bei der Verwertung führten zu einer Senkung der Lizenzgebühren, was dem Letztverbraucher zu Gute komme. Die packstoffspezifischen Lizenztarife (insbesondere Kunststoffe klein und Kunststoffe groß) dienten allein der Festsetzung eines für alle Lizenznehmer gültigen und gleichen Tarifes und andererseits der Verteilung der Mittel zwischen den einzelnen Systempartnern der ARA AG. Gegenüber den Verwertungsunternehmen sei die Antragsgegnerin hingegen zur Kostenoptimierung gesetzlich verpflichtet. Nur durch das Einholen von Angeboten und durch Zuschlag an den Bestbieter könne dem Erfordernis der sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung und der Auftragsvergabe nach den Grundsätzen des freien Wettbewerbs entsprochen werden. Eine "planwirtschaftliche" Verteilung der EPS-Verpackungsabfälle sei nicht möglich, weil die Antragsgegnerin die Nachfrage regelmäßig bei Weitem nicht voll befriedigen könne. Sie könne auch die jährlich anfallenden Mengen nicht steuern, sei aber verpflichtet, sämtliche im ARA-System anfallenden EPS-Verpackungsabfälle einer Verwertung zuzuführen. Wegen des großen Volumens des Materials stellten die Transportkosten einen wesentlichen Kostenfaktor dar und müssten deshalb auf ein Minimum reduziert werden. Die EPS-Verpackungen müssten daher möglichst dort verwertet werden, wo sie gesammelt würden. Bei der Mengenzuteilung sei daher die geografische Lage der Verwertungspartner zu berücksichtigen; die bei den Sammelzentren anfallenden Mengen würden stets dem nächstgelegenen Verwertungsunternehmen zugeteilt. Dadurch und auch saisonbedingt könne es zu Schwankungen in der Belieferung kommen. Die Entwicklung des Marktes für Produkte aus verwerteten EPS-Verpackungen sei schwer abschätzbar, sodass eine längere als einjährige Bindung für beide Seiten wirtschaftlich nicht vertretbar sei. Eine Benachteiligung der Antragstellerin durch saisonale Lieferschwankungen sei nicht erfolgt. Die Antragstellerin könne sich auch nicht durch die Lieferung von Mehrmengen beschwert erachten, weil sie nicht verpflichtet gewesen wäre, diese anzunehmen. Die Antragsgegnerin schließe mit Verwertungsunternehmen ausnahmslos nur dann Verträge ab, wenn ihr alle für die Errichtung und den Betrieb erforderlichen Bewilligungen für die Betriebsanlage und die Lagerflächen nachgewiesen würden. Ende 1995 habe sich eine zunehmende Nachfrage nach EPS Verpackungen ergeben, sodass eine weitere Aufrechterhaltung von Zuzahlungen nicht mehr gerechtfertigt gewesen sei, weshalb der Vertrag mit ÖEPSV aufgekündigt worden sei und in der Folge auf der Grundlage von Anboten der einzelnen Verwertungsunternehmen, die keine Zuzahlungen vorgesehen hätten, Einzelverträge abgeschlossen worden seien. Vielfach sei es der Antragstellerin in den Folgejahren gelungen, im Verhältnis zu den anderen Verwertungsunternehmen günstigere Konditionen zu erzwingen. Zu einem Vertragsabschluss für das Jahr 2000 sei es nicht mehr gekommen, weil die Antragstellerin Zuzahlungen von 3 S pro kg verlangt habe und ihr Angebot demnach wesentlich schlechter gewesen sei als das aller übrigen Verwertungsunternehmen, die keine Zuzahlungen verlangt hätten. Soweit der Antragsgegnerin bescheidmäßig monopolartige Stellung bei der Sammlung im Haushaltsbereich zugesprochen worden sei, sei zu berücksichtigen, dass ihr im Gewerbebereich keine monopolartige Stellung zukomme; bei der Sammlung des EPS-Verpackungsabfalles stamme aber 80 % aus dem Gewerbebereich und nur 20 % aus dem Haushaltsbereich. Auch gehe es in diesen Bescheiden um sämtliche Kunststoffverpackungen, bei denen EPS-Verpackungsabfälle nur einen Anteil von 1,3 % ausmachten. Auf die Stellung der Antragsgegnerin auf dem Verwertermarkt erlaubten diese Bescheide keinen Rückschluss.

Keine Amtspartei hat sich am Verfahren beteiligt.

Das Erstgericht wies den Antrag ab. Es konnte nicht feststellen, dass die Antragstellerin gegenüber anderen Verwertungsunternehmen durch überproportionale Belieferung in den Wintermonaten signifikant schlechter gestellt worden wäre. In rechtlicher Hinsicht führte es aus, sachlich relevanter Markt sei jener der Abgabe von nicht aufbereiteten EPS-Verpackungsabfällen. Dazu zählten nicht oder nur begrenzt EPS-Abfälle aus der Bauwirtschaft (die für Verwerter wegen Verunreinigungen nur minder geeignet seien), Granulate (weil das Vermahlen Teil der Leistung eines Unternehmens wie jenem der Antragstellerin sei) und jene Verpackungsabfälle, die von den selbstentsorgenden Unternehmen der Wiederverwertung zugeführt würden. Die Antragsgegnerin besäße auf diesem sachlich relevanten Markt einen Anteil zwischen 20 % und 65 %, sodass jedenfalls viel für die Vermutung der marktbeherrschenden Position der Antragsgegner spreche. Für den Fall, dass tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung der Antragsgegnerin bestünde, sei zu prüfen, ob ein Missbrauch vorliege. Die beanstandeten Verhaltensweisen beträfen die Preisgestaltung und die Lieferbedingungen, also Tatbestände des § 35 Abs 1 Z 1 und 3 KartG (Erzwingung unangemessener Einkaufs- und Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen, Benachteiligung von Vertragspartnern im Wettbewerb durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen). Eine Benachteiligung der Antragstellerin gegenüber anderen Verwertungsunternehmen, etwa durch überproportionale Belieferung in den Wintermonaten, sei nicht festzustellen gewesen. Dass sich Lieferschwankungen einerseits regional durch den Anfall bei den einzelnen Sammelstellen, andererseits aber auch saisonal bedingt ergeben könnten, sei eine plausible Begründung für eine etwas ungleichmäßige Belieferung der einzelnen Verwerter. Auch hätten keine unsachlichen Differenzierungen bezüglich der Anforderungen an die zu beliefernden Verwertungsunternehmen, was Lager- und Verarbeitungskapazität, Ausstattung und erforderliche behördliche Bewilligungen betreffe, festgestellt werden können. Dass trotz bestehender Unzukämmlichkeiten mit einem Verwertungsunternehmen noch ein weiterer Liefervertrag abgeschlossen worden wäre, sei nicht erwiesen. Auch wenn die Antragstellerin grundsätzlich an längerfristigen Lieferverträgen interessiert sei, gebe es keinen Anhaltspunkt, dass der Abschluss von Jahresverträgen missbräuchlich wäre. Der Markt für die Verwertung von EPS-Verpackungsabfällen sei laufend starken Veränderungen unterworfen, was sich allein schon darin zeige, dass anfangs 7 S pro kg für Transportkosten zugezahlt worden seien, was später in keiner Weise mehr marktkonform gewesen sei, weil dann die gesamte Abfallmenge ohne jegliche Zuzahlungen einer Verwertung habe zugeführt werden können. Ein Missbrauch der Marktmacht läge aber nur dann vor, wenn die vom marktbeherrschenden Unternehmer als Voraussetzung für den Vertragsabschluss genannten Bedingungen ihrem Inhalt nach nicht gerechtfertigt wären, indem sie volkswirtschaftlich als Missbrauch der Stellung im Markt zu bloßem unternehmenseigenen Nutzen des marktbeherrschenden Unternehmers qualifiziert werden müssten. Das treffe auf die Ablehnung einer länger als einjährigen vertraglichen Bindung angesichts der sich verändernden Marktverhältnisse nicht zu. Was die Preisgestaltung der Antragsgegnerin anlange, so könnten die sich auf die "Entgelte" beziehenden Regelungen des AWG nicht das Verhältnis zwischen dem Betreiber des Sammelsystems und den Verwertungsunternehmen betreffen. Aus dem Gesamtzusammenhalt dieser Bestimmungen ergebe sich nämlich, dass sie sich auf die Entgelte der Sammel- und Verwertungssysteme für ihre Leistungen im Sinne des § 7 Abs 2 Z 3 AWG, nämlich die Übernahme der Pflicht zur Rücknahme, zur Wiederverwendung oder Verwertung der Abfälle, Warenreste, Gebinde und Verpackungsmaterial ua bezügen, nicht aber auf jene Entgelte, die der Betreiber eines Sammel- oder Verwertungssystems an seine "Subunternehmer", wie etwa Verwertungsunternehmen von der Art der Antragstellerin, sei es durch Zuzahlung zu den Transportkosten oder ähnliches zu entrichten habe oder die sie von derartigen Unternehmen als Kaufpreis für die gesammelten Abfälle lukrieren könne. Die Frage der Preisgestaltung gegenüber Abnehmern wie der Antragstellerin könne daher nicht unter Heranziehung der Bestimmungen des AWG oder der VVO gelöst werden; dort geregelte tarifliche Bestimmungen für einzelne Packmittelgruppen ("Kunststoffe groß" und "Kunststoffe klein") seien im Verhältnis zwischen den Streitteilen nicht maßgeblich. Aus kartellrechtlicher Sicht gebe es keinen Anhaltspunkt für die Annahme, die Antragsgegnerin müsse Interessenten ihre Preise für das Folgejahr spätestens am 1. September bekanntgeben. Mögen diese Preise auch eine der Kalkulationsgrundlagen des Entgelts im Sinne des § 7e Abs 2 AWG sein, könne daraus eine Verpflichtung zur verbindlichen Bekanntgabe gegenüber potentiellen Vertragspartnern nicht abgeleitet werden. Grundsätzlich zu Recht fordere die Antragstellerin allerdings - sofern der Antragsgegnerin auf dem relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung zukomme - einen (zum selben Zeitpunkt) gleichen Preis für gleichwertige Leistungen ein. § 35 Abs 1 Z 3 KartG nenne ausdrücklich die Benachteiligung von Vertragspartnern im Wettbewerb durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen als Missbrauchstatbestand. Das Verfahren habe

ergeben, dass die Antragsgegnerin von ihren Vertragspartnern in den vergangenen Jahren unterschiedliche Preise für die Belieferung mit EPS-Verpackungsabfall verlangt habe. Eine sachliche Begründung für diese Ungleichbehandlung sei nicht gegeben worden; eine Benachteiligung der Antragstellerin durch dieses grundsätzlich bei einem marktbeherrschenden Unternehmen verpönten Verhalten liege jedoch derzeit nicht vor: Die Antragstellerin sei 1999, im letzten Jahr ihrer Belieferung durch die Antragsgegnerin, nicht schlechter gestellt gewesen als ihre Mitbewerber. Im Folgejahr sei es zu keiner Belieferung der Antragstellerin mehr gekommen, und zwar nicht etwa deshalb, weil die Antragsgegnerin einem - hier wohl bestehenden - Kontrahierungszwang zuwider gehandelt habe, sondern weil keine Einigung über die Konditionen erzielt habe werden können. Die Antragstellerin habe nämlich Bedingungen gestellt (Zuzahlung von 3 S pro kg), die keinem ihrer Mitbewerber gewährt worden seien. Zwar begründe die Geschäftsverweigerung durch Abbruch geschäftlicher Beziehungen (Liefersperre oder Bezugssperre gegenüber bisherigen Handelspartnern) die Vermutung marktmissbräuchlichen Verhaltens, die aber durch besondere Rechtfertigungsgründe ausgeräumt werden könnten. Da im Jahr 2000 keinem der Mitbewerber Zuzahlungen gewährt worden seien, wie sie die Antragstellerin gefordert habe, sei die Verweigerung der Belieferung der Antragstellerin nicht als missbräuchlich anzusehen. Auch wenn die Forderung der Antragstellerin nach gleicher Behandlung der Vertragspartner im Grunde hinsichtlich der Preise gerechtfertigt sei, liege eine dadurch bedingte Benachteiligung der Antragstellerin derzeit nicht vor. Nur ein aktuelles, im Zeitpunkt der Entscheidung noch andauerndes kartellrechtswidriges Verhalten könne Gegenstand eines Untersagungsauftrages sein; sei das verbotswidrige Verhalten beendet, mangle es am Tatbestand eines für die Zukunft zu untersagenden Missbrauchs. Das Erstgericht wies den Antrag ab. Es konnte nicht feststellen, dass die Antragstellerin gegenüber anderen Verwertungsunternehmen durch überproportionale Belieferung in den Wintermonaten signifikant schlechter gestellt worden wäre. In rechtlicher Hinsicht führte es aus, sachlich relevanter Markt sei jener der Abgabe von nicht aufbereiteten EPS-Verpackungsabfällen. Dazu zählten nicht oder nur begrenzt EPS-Abfälle aus der Bauwirtschaft (die für Verwerter wegen Verunreinigungen nur minder geeignet seien), Granulate (weil das Vermahlen Teil der Leistung eines Unternehmens wie jenem der Antragstellerin sei) und jene Verpackungsabfälle, die von den selbstentsorgenden Unternehmen der Wiederverwertung zugeführt würden. Die Antragsgegnerin besäße auf diesem sachlich relevanten Markt einen Anteil zwischen 20 % und 65 %, sodass jedenfalls viel für die Vermutung der marktbeherrschenden Position der Antragsgegner spreche. Für den Fall, dass tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung der Antragsgegnerin bestünde, sei zu prüfen, ob ein Missbrauch vorliege. Die beanstandeten Verhaltensweisen beträfen die Preisgestaltung und die Lieferbedingungen, also Tatbestände des Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer eins und 3 KartG (Erzwingung unangemessener Einkaufs- und Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen, Benachteiligung von Vertragspartnern im Wettbewerb durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen). Eine Benachteiligung der Antragstellerin gegenüber anderen Verwertungsunternehmen, etwa durch überproportionale Belieferung in den Wintermonaten, sei nicht festzustellen gewesen. Dass sich Lieferschwankungen einerseits regional durch den Anfall bei den einzelnen Sammelstellen, andererseits aber auch saisonal bedingt ergeben könnten, sei eine plausible Begründung für eine etwas ungleichmäßige Belieferung der einzelnen Verwerter. Auch hätten keine unsachlichen Differenzierungen bezüglich der Anforderungen an die zu beliefernden Verwertungsunternehmen, was Lager- und Verarbeitungskapazität, Ausstattung und erforderliche behördliche Bewilligungen betreffe, festgestellt werden können. Dass trotz bestehender Unzukämmlichkeiten mit einem Verwertungsunternehmen noch ein weiterer Liefervertrag abgeschlossen worden wäre, sei nicht erwiesen. Auch wenn die Antragstellerin grundsätzlich an längerfristigen Lieferverträgen interessiert sei, gebe es keinen Anhaltspunkt, dass der Abschluss von Jahresverträgen missbräuchlich wäre. Der Markt für die Verwertung von EPS-Verpackungsabfällen sei laufend starken Veränderungen unterworfen, was sich allein schon darin zeige, dass anfangs 7 S pro kg für Transportkosten zugezahlt worden seien, was später in keiner Weise mehr marktkonform gewesen sei, weil dann die gesamte Abfallmenge ohne jegliche Zuzahlungen einer Verwertung habe zugeführt werden können. Ein Missbrauch der Marktmacht läge aber nur dann vor, wenn die vom marktbeherrschenden Unternehmer als Voraussetzung für den Vertragsabschluss genannten Bedingungen ihrem Inhalt nach nicht gerechtfertigt wären, indem sie volkswirtschaftlich als Missbrauch der Stellung im Markt zu bloßem unternehmenseigenen Nutzen des marktbeherrschenden Unternehmers qualifiziert werden müssten. Das treffe auf die Ablehnung einer länger als einjährigen vertraglichen Bindung angesichts der sich verändernden Marktverhältnisse nicht zu. Was die Preisgestaltung der Antragsgegnerin anlange, so könnten die sich auf die "Entgelte" beziehenden Regelungen des AWG nicht das Verhältnis zwischen dem Betreiber des Sammelsystems und den Verwertungsunternehmen betreffen. Aus dem Gesamtzusammenhalt dieser

Bestimmungen ergebe sich nämlich, dass sie sich auf die Entgelte der Sammel- und Verwertungssysteme für ihre Leistungen im Sinne des Paragraph 7, Absatz 2, Ziffer 3, AWG, nämlich die Übernahme der Pflicht zur Rücknahme, zur Wiederverwendung oder Verwertung der Abfälle, Warenreste, Gebinde und Verpackungsmaterial ua bezögen, nicht aber auf jene Entgelte, die der Betreiber eines Sammel- oder Verwertungssystems an seine "Subunternehmer", wie etwa Verwertungsunternehmen von der Art der Antragstellerin, sei es durch Zuzahlung zu den Transportkosten oder ähnliches zu entrichten habe oder die sie von derartigen Unternehmen als Kaufpreis für die gesammelten Abfälle lukrieren könne. Die Frage der Preisgestaltung gegenüber Abnehmern wie der Antragstellerin könne daher nicht unter Heranziehung der Bestimmungen des AWG oder der VVO gelöst werden; dort geregelte tarifliche Bestimmungen für einzelne Packmittelgruppen ("Kunststoffe groß" und "Kunststoffe klein") seien im Verhältnis zwischen den Streitteilen nicht maßgeblich. Aus kartellrechtlicher Sicht gebe es keinen Anhaltspunkt für die Annahme, die Antragsgegnerin müsse Interessenten ihre Preise für das Folgejahr spätestens am 1. September bekanntgeben. Mögen diese Preise auch eine der Kalkulationsgrundlagen des Entgelts im Sinne des Paragraph 7 e, Absatz 2, AWG sein, könne daraus eine Verpflichtung zur verbindlichen Bekanntgabe gegenüber potentiellen Vertragspartnern nicht abgeleitet werden. Grundsätzlich zu Recht fordere die Antragstellerin allerdings - sofern der Antragsgegnerin auf dem relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung zukomme - einen (zum selben Zeitpunkt) gleichen Preis für gleichwertige Leistungen ein. Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer 3, KartG nennt ausdrücklich die Benachteiligung von Vertragspartnern im Wettbewerb durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen als Missbrauchstatbestand. Das Verfahren habe ergeben, dass die Antragsgegnerin von ihren Vertragspartnern in den vergangenen Jahren unterschiedliche Preise für die Belieferung mit EPS-Verpackungsabfall verlangt habe. Eine sachliche Begründung für diese Ungleichbehandlung sei nicht gegeben worden; eine Benachteiligung der Antragstellerin durch dieses grundsätzlich bei einem marktbeherrschenden Unternehmen verpönten Verhalten liege jedoch derzeit nicht vor: Die Antragstellerin sei 1999, im letzten Jahr ihrer Belieferung durch die Antragsgegnerin, nicht schlechter gestellt gewesen als ihre Mitbewerber. Im Folgejahr sei es zu keiner Belieferung der Antragstellerin mehr gekommen, und zwar nicht etwa deshalb, weil die Antragsgegnerin einem - hier wohl bestehenden - Kontrahierungszwang zuwider gehandelt habe, sondern weil keine Einigung über die Konditionen erzielt habe werden können. Die Antragstellerin habe nämlich Bedingungen gestellt (Zuzahlung von 3 S pro kg), die keinem ihrer Mitbewerber gewährt worden seien. Zwar begründe die Geschäftsverweigerung durch Abbruch geschäftlicher Beziehungen (Liefersperre oder Bezugssperre gegenüber bisherigen Handelspartnern) die Vermutung marktmissbräuchlichen Verhaltens, die aber durch besondere Rechtfertigungsgründe ausgeräumt werden könnten. Da im Jahr 2000 keinem der Mitbewerber Zuzahlungen gewährt worden seien, wie sie die Antragstellerin gefordert habe, sei die Verweigerung der Belieferung der Antragstellerin nicht als missbräuchlich anzusehen. Auch wenn die Forderung der Antragstellerin nach gleicher Behandlung der Vertragspartner im Grunde hinsichtlich der Preise gerechtfertigt sei, liege eine dadurch bedingte Benachteiligung der Antragstellerin derzeit nicht vor. Nur ein aktuelles, im Zeitpunkt der Entscheidung noch andauerndes kartellrechtswidrige Verhalten könne Gegenstand eines Untersagungsauftrages sein; sei das verbotswidrige Verhalten beendet, mangle es am Tatbestand eines für die Zukunft zu untersagenden Missbrauchs.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der Antragstellerin wegen Mängelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger und fehlender Tatsachenfeststellungen sowie unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Abänderungsantrag dahin, dem Antrag stattzugeben; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Antragsgegnerin beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Wie der erkennende Senat erst jüngst ausgesprochen hat, kann nur ein aktuelles, im Zeitpunkt der Entscheidung noch andauerndes kartellrechtswidrige Verhalten Gegenstand eines Untersagungsauftrags gem § 25 Abs 1 KartG (Untersagung der Durchführung eines verbotenen Kartells) sein; ist das verbotswidrige Verhalten hingegen endgültig beendet, mangelt es am Tatbestand eines Kartells, das für die Zukunft untersagt werden könnte (16 Ok 7/01 = ÖBI-LS 2002/99 - Landesnervenklinik). Gleichermaßen muss - wovon das Erstgericht zutreffend ausgeht - auch im Bereich der Marktmachtmissbrauchsübersicht gelten: Wie der erkennende Senat erst jüngst ausgesprochen hat, kann nur ein aktuelles, im Zeitpunkt der Entscheidung noch andauerndes kartellrechtswidrige Verhalten Gegenstand eines Untersagungsauftrags gem Paragraph 25, Absatz eins, KartG (Untersagung der Durchführung eines verbotenen

Kartells) sein; ist das verbotswidrige Verhalten hingegen endgültig beendet, mangelt es am Tatbestand eines Kartells, das für die Zukunft untersagt werden könnte (16 Ok 7/01 = ÖBI-LS 2002/99 - Landesnervenklinik). Gleches muss - wovon das Erstgericht zutreffend ausgeht - auch im Bereich der Marktmachtmisbrauchsaufsicht gelten:

Ein Auftrag gem § 35 KartG, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen, setzt denknotwendig ein Andauern des Missbrauchs im Entscheidungszeitpunkt voraus; ist der Missbrauch bereits abgestellt, ist ein Auftrag unzulässig (Gugerbauer, KartG<sup>2</sup> § 35 Rz 4; ebenso Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB<sup>3</sup> § 32 Rz 11, und Bornkamm in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht I9 § 32 GWB Rz 21, zur vergleichbaren Bestimmung der Untersagungsverfügung nach § 32 GWB im deutschen Kartellrecht). Eine (vorbeugende) Unterlassungsklage zur Verhinderung künftigen missbräuchlichen Verhaltens ist dem österreichischen Kartellrecht ebenso fremd (ebenso 16 Ok 10/02) wie eine Popularklage eines Unternehmers, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch das zu untersagende Verhalten nicht berührt werden (vgl § 37 Z 3 KartG) Ein Auftrag gem Paragraph 35, KartG, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen, setzt denknotwendig ein Andauern des Missbrauchs im Entscheidungszeitpunkt voraus; ist der Missbrauch bereits abgestellt, ist ein Auftrag unzulässig (Gugerbauer, KartG<sup>2</sup> Paragraph 35, Rz 4; ebenso Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB<sup>3</sup> Paragraph 32, Rz 11, und Bornkamm in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht I9 Paragraph 32, GWB Rz 21, zur vergleichbaren Bestimmung der Untersagungsverfügung nach Paragraph 32, GWB im deutschen Kartellrecht). Eine (vorbeugende) Unterlassungsklage zur Verhinderung künftigen missbräuchlichen Verhaltens ist dem österreichischen Kartellrecht ebenso fremd (ebenso 16 Ok 10/02) wie eine Popularklage eines Unternehmers, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch das zu untersagende Verhalten nicht berührt werden vergleiche Paragraph 37, Ziffer 3, KartG)

Im Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz (April 2002) bestand zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin keine vertragliche Beziehung mehr. Als damals (noch) aktuelles - nach Auffassung der Antragstellerin: missbräuchliches - Verhalten kommt damit allein der Vorwurf in Betracht, die Antragsgegnerin habe eine grundlose Liefersperre über die Antragstellerin verhängt. Ob die Antragstellerin hingegen in der Vergangenheit willkürliche unterschiedliche Mengenzuteilungen vorgenommen, ihre Abnehmer in den Wintermonaten in Ansehung der Liefermenge ungleich behandelt, aus unsachlichen Gründen nur Jahresverträge abgeschlossen, Unternehmen ohne Betriebsbewilligung beliefert oder ihre Preise und Bezugsbedingungen für Styroporabfall entgegen bindenden Vorgaben des AWG und der VVO festgelegt habe, kann - selbst wenn diese Verhaltensweisen missbräuchlich iSd § 35 KartG wären - nicht mehr Gegenstand eines von der Antragstellerin eingeleiteten Missbrauchsverfahrens sein, ist diese doch (mangels aktueller vertraglicher Bindung) insoweit kein vom zu untersagenden Verhalten berührtes Unternehmen (§ 37 Z 3 KartG). Die umfangreichen Rekursausführungen zu diesen Themen (Mängelrüge Punkte 1.1 - 1.5; Im Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz (April 2002) bestand zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin keine vertragliche Beziehung mehr. Als damals (noch) aktuelles - nach Auffassung der Antragstellerin: missbräuchliches - Verhalten kommt damit allein der Vorwurf in Betracht, die Antragsgegnerin habe eine grundlose Liefersperre über die Antragstellerin verhängt. Ob die Antragstellerin hingegen in der Vergangenheit willkürliche unterschiedliche Mengenzuteilungen vorgenommen, ihre Abnehmer in den Wintermonaten in Ansehung der Liefermenge ungleich behandelt, aus unsachlichen Gründen nur Jahresverträge abgeschlossen, Unternehmen ohne Betriebsbewilligung beliefert oder ihre Preise und Bezugsbedingungen für Styroporabfall entgegen bindenden Vorgaben des AWG und der VVO festgelegt habe, kann - selbst wenn diese Verhaltensweisen missbräuchlich iSd Paragraph 35, KartG wären - nicht mehr Gegenstand eines von der Antragstellerin eingeleiteten Missbrauchsverfahrens sein, ist diese doch (mangels aktueller vertraglicher Bindung) insoweit kein vom zu untersagenden Verhalten berührtes Unternehmen (Paragraph 37, Ziffer 3, KartG). Die umfangreichen Rekursausführungen zu diesen Themen (Mängelrüge Punkte 1.1 - 1.5;

fehlende Tatsachenfeststellungen; Beweisrüge Punkte 3.2 - 3.4;

Rechtsrüge Punkte 4.2 - 4.3.1) gehen daher ins Leere. Gleches gilt in Ansehung des weiteren Vorwurfs, die Antragsgegnerin habe ihre Preise gesetzwidrig nicht in einem Vergabeverfahren ausgelobt, sondern mit den Interessenten frei vereinbart, ist doch ein solches Verhalten nicht Gegenstand des begehrten (den Umfang des Missbrauchsverfahrens absteckenden) Abstellungsauftrags. Bei Entscheidungen, die auf Parteiantrag im Interesse der Antragsteller zu erlassen sind, wird nämlich die - im Außerstreitverfahren grundsätzlich auf dem Untersuchungsgrundsatz (§ 2 Abs 2 Z 5 AußStrG) beruhende - Erhebungspflicht durch die Antragsbehauptungen im

Kern bestimmt und ist nicht grenzenlos auszudehnen (4 Ob 103/01b;16 Ok 7/01). Das Gericht hat sich in solchen Fällen bei seinen notwendigen amtswegigen Erhebungen im Rahmen der Anträge der Parteien zu halten (RIS-Justiz RS0006330; 16 Ok 7/01). Rechtsrüge Punkte 4.2 - 4.3.1) gehen daher ins Leere. Gleichermaßen gilt in Ansehung des weiteren Vorwurfs, die Antragsgegnerin habe ihre Preise gesetzwidrig nicht in einem Vergabeverfahren ausgelobt, sondern mit den Interessenten frei vereinbart, ist doch ein solches Verhalten nicht Gegenstand des begehrten (den Umfang des Missbrauchsverfahrens absteckenden) Abstellungsauftrags. Bei Entscheidungen, die auf Parteiantrag im Interesse der Antragsteller zu erlassen sind, wird nämlich die - im Außerstreitverfahren grundsätzlich auf dem Untersuchungsgrundsatz (Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 5, AußStrG) beruhende - Erhebungspflicht durch die Antragsbehauptungen im Kern bestimmt und ist nicht grenzenlos auszudehnen (4 Ob 103/01b;16 Ok 7/01). Das Gericht hat sich in solchen Fällen bei seinen notwendigen amtswegigen Erhebungen im Rahmen der Anträge der Parteien zu halten (RIS-Justiz RS0006330; 16 Ok 7/01).

Nach den erstgerichtlichen Feststellungen kam es deshalb nicht mehr zu einem Vertragsabschluss mit der Antragstellerin für das Jahr 2000, weil sie mit der Antragsgegnerin keine Einigung über die Bezugsbedingungen erzielen konnte, zumal die Antragstellerin für die Lieferungen im Dezember, Jänner, Februar und März auf einer Zuzahlung von 3 S pro kg als Vergütung für die Lagerkosten und anteilige Transportkosten bestand; dass andere Unternehmen für das Jahr 2000 derartige Zuzahlungen von der Antragsgegnerin erhalten hätten, konnte nicht festgestellt werden. Soweit in der Beweisrüge dazu die Feststellung begehrt wird, die Antragsgegnerin habe weitere Vertragsverhandlungen mit der Antragstellerin abgelehnt, findet diese im Schreiben Bei ./F9 keine Deckung. Darin teilt die Antragsgegnerin nämlich (nur) mit, dass das Angebot der Antragstellerin schlechter als das gleichwertiger Mitbieter sei, weshalb eine Vertragsverlängerung (gemeint: zu den von der Antragstellerin bisher bekanntgegebenen Konditionen) nicht möglich sei; dass aber die Antragsgegnerin auch jedes günstigere neue Offert der Antragstellerin (etwa unter Abstandnahme der Forderung auf Zuzahlung von 3 S pro kg als Lagerkostenvergütung und Transportkostenzuschuss) abgelehnt hätte, kann diesem Brief nicht entnommen werden.

Ausgehend von den unbedenklichen Feststellungen ist die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts, die Weigerung einer Vertragsverlängerung sei unter den gegebenen Umständen sachlich gerechtfertigt und daher nicht rechtsmissbräuchlich, nicht zu beanstanden.

Die Pflicht zum Vertragsschluss wird - außerhalb des Kartellrechts - ua dort bejaht, wo ein Unternehmen eine Monopolstellung innehat und diese Stellung durch Verweigerung des Vertragsabschlusses sittenwidrig ausnützt (SZ 46/54; SZ 59/130; WBI 1991, 170). Auch der Monopolist kann freilich nicht gezwungen werden, jeden von einem Dritten gewünschten Vertrag abzuschließen; er kann vielmehr aus sachlich gerechtfertigten Gründen einen Vertragsabschluss ablehnen (SZ 59/130; SZ 63/190; WBI 1991, 170; WBI 1992, 21; ÖBI 1994, 66 - Linzer Straßenbahnen; ÖBI 1998, 36 - Filmverleihgesellschaft ua; F. Bydlinski, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungzwanges, AcP 1980, 1 ff [41]).

Gleiches gilt für marktbeherrschende Unternehmen; ihnen wird missbräuchliches Unterlassen, insbesondere in Form einer Lieferungsverweigerung, dann zugerechnet, wenn ihr Verhalten durch keine objektiven Gründe gerechtfertigt wird (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> § 12 Rz 40; Gleichermaßen gilt für marktbeherrschende Unternehmen; ihnen wird missbräuchliches Unterlassen, insbesondere in Form einer Lieferungsverweigerung, dann zugerechnet, wenn ihr Verhalten durch keine objektiven Gründe gerechtfertigt wird (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> Paragraph 12, Rz 40;

Gugerbauer aaO § 35 Rz 9; ecolex 1998, 334 = ÖBI 1998, 309 -

Handy-Umtauschaktion; SZ 70/173; SZ 70/272 = ecolex 1998, 334 = ÖBI 1998, 261 - Anzeigensperre).

Ein objektiver Rechtfertigungsgrund für die Antragsgegnerin, die Lieferverträge mit der Antragstellerin für das Jahr 2000 nicht zu verlängern, liegt vor. Die Antragsgegnerin war nämlich - selbst unter der Annahme einer marktbeherrschenden Stellung auf dem betroffenen Entsorgungsmarkt - nicht verpflichtet, die Antragstellerin zu den von dieser angebotenen ungünstigen Preisbedingungen (Zuzahlungen durch die Lieferantin) zu beliefern, wenn zugleich sämtliche Mitbewerber der Antragsgegnerin zur Abnahme von EPS-Abfall auch ohne solche Zuzahlungen bereit waren. Dies gilt für jedes im Wettbewerb stehende Unternehmen, umso mehr aber hier für die Antragsgegnerin, die als non-profit-Organisation und Partnerin eines der Aufsicht der öffentlichen Hand unterliegenden, nach dem AWG

eingerichteten, Sammel- und Verwertungssystems verpflichtet ist, die eingesetzten Mittel nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu verwenden (§ 11 Abs 6 VVO). Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang eine Einladung der Antragsgegnerin zu Preisverhandlungen vermisst, ist ihr entgegenzuhalten, dass kein Grund ersichtlich ist, warum die Antragstellerin nicht von sich aus derartige Verhandlungen anregen oder durch Übermittlung eines kostengünstigeren, die Bedingungen ihrer Mitbewerber berücksichtigenden neuen Angebots selbst in die Wege leiten hätte können. Dass die Antragsgegnerin aber gegenüber der Antragstellerin eine endgültige Lieferverweigerung zu allen nur denkbaren Bedingungen ausgesprochen hätte, wurde weder behauptet, noch ist solches ersichtlich. Unter diesen Umständen kommt es - wie das Erstgericht zutreffend erkannt hat - auch nicht weiter darauf an, ob die Antragsgegnerin marktbeherrschend ist. Ein objektiver Rechtfertigungsgrund für die Antragsgegnerin, die Lieferverträge mit der Antragstellerin für das Jahr 2000 nicht zu verlängern, liegt vor. Die Antragsgegnerin war nämlich - selbst unter der Annahme einer marktbeherrschenden Stellung auf dem betroffenen Entsorgungsmarkt - nicht verpflichtet, die Antragstellerin zu den von dieser angebotenen ungünstigen Preisbedingungen (Zuzahlungen durch die Lieferantin) zu beliefern, wenn zugleich sämtliche Mitbewerber der Antragsgegnerin zur Abnahme von EPS-Abfall auch ohne solche Zuzahlungen bereit waren. Dies gilt für jedes im Wettbewerb stehende Unternehmen, umso mehr aber hier für die Antragsgegnerin, die als non-profit-Organisation und Partnerin eines der Aufsicht der öffentlichen Hand unterliegenden, nach dem AWG eingerichteten, Sammel- und Verwertungssystems verpflichtet ist, die eingesetzten Mittel nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu verwenden (Paragraph 11, Absatz 6, VVO). Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang eine Einladung der Antragsgegnerin zu Preisverhandlungen vermisst, ist ihr entgegenzuhalten, dass kein Grund ersichtlich ist, warum die Antragstellerin nicht von sich aus derartige Verhandlungen anregen oder durch Übermittlung eines kostengünstigeren, die Bedingungen ihrer Mitbewerber berücksichtigenden neuen Angebots selbst in die Wege leiten hätte können. Dass die Antragsgegnerin aber gegenüber der Antragstellerin eine endgültige Lieferverweigerung zu allen nur denkbaren Bedingungen ausgesprochen hätte, wurde weder behauptet, noch ist solches ersichtlich. Unter diesen Umständen kommt es - wie das Erstgericht zutreffend erkannt hat - auch nicht weiter darauf an, ob die Antragsgegnerin marktbeherrschend ist.

Dem Rekurs war ein Erfolg zu versagen.

Die Antragsgegnerin hat im Rekursverfahren zutreffend im Hinblick auf § 45 Abs 2 KartG keine Kosten verzeichnet; eine mutwillige Rechtsverfolgung ist hier nämlich nicht zu erkennen. Die Antragsgegnerin hat im Rekursverfahren zutreffend im Hinblick auf Paragraph 45, Absatz 2, KartG keine Kosten verzeichnet; eine mutwillige Rechtsverfolgung ist hier nämlich nicht zu erkennen.

#### **Anmerkung**

E67921 160k7.02

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2002:0160OK00007.02.1216.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20021216\_OGH0002\_0160OK00007\_0200000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>