

Anmerkung:

Während das ErstG den Sicherungsantrag abwies, gaben die Folgeinstanzen der Kl – mE zutreffenderweise – recht. Das Tirol-Logo, dessen Bekanntheit iSd § 269 ZPO unbestritten als offenkundig angenommen wurde, fungiert nicht bloß als Werbekennzeichen für ein Bundesland. Es vermittelt vielmehr bestimmte Werte, die durch das Logo kommuniziert werden und deren Vorliegen die Lizenzgeberin vor der Einräumung der Lizenz wohl zumindest grundsätzlich überprüft.¹⁾

Nach Ansicht des RekG und des OGH dürfte diese Überprüfung nicht den Anforderungen einer **objektiven Prüfung** genügen, die für die Anwendbarkeit von UWG Anh Z 2 (Verwendung von Gütezeichen, Qualitätskennzeichen oder Ähnlichem ohne die erforderliche Genehmigung) verlangt wird.²⁾ Näher thematisiert wurde diese Frage in der E jedoch nicht. Eine Klarstellung wäre mE angesichts der überschaubaren Zahl der Entscheidungen zu diesem Thema interessant gewesen: Schließlich zielt Anh Z 2 nämlich auch auf solche Fälle ab, in denen die Genehmigung der Verwendung eines Güte- oder Qualitätskennzeichens **zivilrechtlich** ausgestaltet ist, etwa als Lizenz.³⁾ Auch die Formulierung „oder Ähnlichem“ in der Aufzählung in UWG Anh Z 2 lädt zu einer extensiven Auslegung ein. Weil die Irreführung nach § 2 UWG bescheinigt war, war diese Thematik im gegenständlichen Fall allerdings nur von untergeordneter Bedeutung.

Doch auch wenn das Tirol-Logo nicht als Gütezeichen iSv UWG Anh Z 2 angesehen werden kann, dürfen Verbraucher das Zeichen nach Ansicht des OGH als **besondere staatliche bzw staatsnahe Auszeichnung** und dessen Nutzung als Wertschätzung durch die verleihende Stelle (und damit wohl des Bundeslands Tirol) wahrnehmen. Zum Zeitpunkt der Benutzung wurde der Bekl diese Wertschätzung aber nicht mehr zuteil. IdZ ist laut OGH auch irrelevant, ob die Bekl die Lizenzvoraussetzungen nach dem Auslaufen der Lizenz noch erfüllt.

Dabei macht es (insb in Bezug auf die Relevanz der Irreführung) nach Ansicht des OGH keinen Unterschied, wie groß das Zeichen auf den Verpackungen gedruckt ist. Auch ein sehr kleines Zeichen sei zur Irreführung geeignet, weil der Verkehr es gewöhnt sei, dass **Auszeichnungen auf Produktverpackungen meist nur klein abgebildet** werden. Auch der Umstand, dass die Bekl **früher zur Nutzung des Zeichens berechtigt** war und ihre Produkte offenbar zumindest schon einmal den „Test“ der Lizenzgeberin bestanden haben, kann die Irreführung nicht beseitigen. Dem OGH zufolge steigere dieser Umstand die Irreführungseignung sogar, weil Verbraucher insb bei rechtskonformem Verhalten von ehemals ausgezeichneten Mitbewerbern annehmen dürfen, die Produkte der Bekl seien aufgrund der Abbildung des Tirol-Logos **aktuell** von der Markeninhaberin gewürdigt.

Für die Beurteilung der Unrichtigkeit einer Angabe ist jener Zeitpunkt maßgebend, in dem sie gemacht oder tatsächlich verbreitet wird.⁴⁾ Der OGH entschied iZm „Testsiegerlogos“, dass die Werbung mit einem Testergebnis, das bereits fast fünf Jahre zurückliegt, irreführend ist.⁵⁾ So war auch in diesem Fall die **Täuschungseignung** der (durch die Lizenzgeberin nicht mehr gestatteten) Nutzung des Tirol-Logos durch die Bekl zu bejahen.

*Irmgard Nemeč, Rechtsanwaltsanwältin,
Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH, Wien*



1) So die Informationen auf der Website www.lebensraum.tirol/marke/partner-marke-tirol/produktlizenz/ (Stand 13. 10. 2022).

2) RIS-Justiz RS0130270.

3) OGH 4 Ob 121/15w, *Forellenfilet geräuchert – IFS-Zertifizierung*, Jus-Extra OGH-Z 5892 = Jus-Extra OGH-Z 5893 = wbl 2015/243 = ecolex 2015, 1076 (*Woller*) = ZIIR 2016, 82 (*Thiele*) = ÖBI 2016, 72 (*Majchrzak*) = Ernährung/Nutrition 2015, 40/Heft 6 = GRUR Int 2016, 467 = ÖBI 2018, 208 (*Natterer/Sirakova*).

4) *Anderl/Appl* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 2 Rz 148 mwN.

5) OGH 4 Ob 159/09z, *Sanovit Mystik*, ÖBI-LS 2010/142, 216 = ÖBI-LS 2010/143, 217 = ÖBI-LS 2010/144, 217 = wbl 2010/181, 483 = ecolex 2010/331, 886 (*Horak*) = ÖBI 2010/51, 269 (*Mildner*) = RdW 2010, 580.

→ Die Post und die Konsolidierer

→ Die Frage der objektiv überprüfbareren Abgrenzungskriterien des Markts ist eine Tatfrage; Rechtsfrage hingegen ist die der Marktangrenzungen zugrunde gelegte Methode.

→ Das aus dem Verbot des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung abzuleitende Diskriminierungsverbot steht der Geheimhaltung vereinbarter Tarife entgegen.

→ Die Voraussetzungen und die Struktur eines Rabattsystems sowie seine ökonomischen Auswirkungen sind dem Tatsachenbereich zuzurechnen; die Bewertung des Rabattsystems ist rechtliche Beurteilung.

→ Eine Beweisrüge ist nur erfolgreich, wenn aktenkundige Beweisergebnisse aufgezeigt werden, die

nach allgemein menschlicher Erfahrung gravierende Bedenken gegen die Richtigkeit der bekämpften Feststellungen hervorrufen, somit gemessen an Erfahrungss- und Vernunftsatzen eine unerträgliche Fehlentscheidung nahelegen.

→ Soweit nicht nur Umsatzstufen, sondern auch Versandvorbereitungshandlungen vertragliche Bedingungen für die Auszahlung von Rabatten sind, liegt eine signifikant operative Komponente der Rabatte jedenfalls nahe.

→ Wenn eine Geheimhaltungsverpflichtung offensichtlich dazu dient, eine wettbewerbsrechtlich relevante Diskriminierung zu verschleiern, liegt kein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis im Rechtssinn vor. →

ÖBI 2022/79

§ 5 Abs 1 Z 3,
§ 49 Abs 3 KartG;
Art 102 lit c AEUV;
§ 6 PostmarktG;
§ 281 Abs 1 Z 5a
StPO

OGH als KOG
11. 11. 2021,
16 Ok 3/21 h
(OLG Wien als KG
27 Kt 8/19g),
ECLI:AT:
OGH0002:2021:
01600K00003.
21H.1111.000

Rabatte des
Universaldiensts/
Konsolidierer

Sachverhalt:

[Die Rahmenbedingungen:]

Unternehmensgegenstand der 1. ASt¹⁾ sind Vor- und Konsolidierungsdienstleistungen iZm der Zustellung von Briefen sowie persönlich adressierten Massendrucksa- chen für Großkunden an deren Endkunden.

Die Post hat das Rabattsystem so geändert, dass Großkunden, die die Sendungen direkt anliefern, und die sog Konsolidierer, derer sich andere Kunden bedienen, verschieden behandelt werden. Aus kartellrechtlicher Sicht war zu beurteilen, ob damit eine marktbeherrschende Stellung missbraucht wird.

Unter Konsolidierungsdienstleistungen wird va das Avisieren, Prüfen der Maschinenfähigkeit, Vorsortieren und zeitgerechte Auf- liefern von persönlich adressierten Postsen- dungen in einem Verteilerzentrum der AG verstanden. Das Konsolidieren optimiert die Versandkosten der jeweiligen Absender, aber auch die Verarbeitungskosten der AG. Für Druck und Kuvertierung bedient sich die 1. ASt externer Dienstleister wie der 2., 3. und 4. ASt.

Primärer Unternehmensgegenstand der 2., 3. und 4. ASt ist somit die Aufbereitung, der Druck, die Kuvertierung sowie die Bereitstellung der Sendungen/Mailings für die terrestrische Zustel- lung der AG. Die 3. ASt bietet darüber hinaus den Briefversand ins Ausland an.

Die AG steht zu 52,85% im Eigentum der Österrei- chischen Beteiligungs AG, deren Alleinaktionär die Re- publik Österreich ist. 47,15% der Anteile an der AG befinden sich in privatem und institutionellem Streu- besitz. Sie wurde gem § 1 Poststrukturgesetz (BGBl 1996/201) zur Besorgung der ehemals der staatlichen Post- und Telegraphenverwaltung vorbehaltenen Auf- gaben errichtet und ist gem § 12 Abs 1 Postmarktge- setz (PMG) Universaldienstbetreiber. Nur die AG ver- fügt über ein bundesweit flächendeckendes Zustellsy- stem für Briefe und Info.Mail.

[Anträge:]

Die ASt begehren die Abstellung des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung²⁾ der AG, und zwar (so- weit für das vorliegende RekVerf relevant) dadurch, dass sie

- a) der 1. ASt auf das Entgelt für die Beförderung von persönlich adressierten Massendrucksa- chen („Info. Mail“) bei gleicher Jahresmenge gegenüber anderen Großkunden eingeschränkte Rabattstaffeln, gerin- gere Rabatte oder geringere Jahresboni gewährt und
- b) die mit Großkunden vereinbarten Rabattstaffeln und Rabattsätze (Jahresboni) für Info.Mail einer Geheimhaltungsverpflichtung unterwirft.

Mit dem angefochtenen Teilbeschluss gab das ErstG dem Abstellungsbegehren im Hinblick auf a) das Ent- gelt für die Beförderung von persönlich adressierten Massendrucksa- chen („Info.Mail“) sowie b) die Ge- heimhaltungsverpflichtung betreffend die mit Groß- kunden vereinbarten Rabattstaffeln und Rabattsätze für Info.Mail statt.³⁾

Der OGH als KOG gab dem Rek der AG nicht Folge.

[Feststellungen des ErstG:]

In die Produktkategorie „Info.Mail“ fallen vom Format und Gewicht idente Sendungen mit werblichem Inhalt und ausschließlich gedruckter Anschrift, von denen mindestens 400 Stück aufgegeben werden. Sie müssen

maschinenfähig sein. Es handelt sich um persönlich adressierte Drucksachen, also Direktmarketing-Aus- sendungen in Briefform, wie etwa adressierte Wer- bung. In die Kategorie „Brief“ fallen hingegen Sendun- gen in Briefform, deren Versendung aufgrund einer rechtlichen oder vertraglichen Pflicht erfolgt, wie etwa Rechnungen, Mahnungen, Verschreibungen.

Die Datenaufbereitung, der Druck, die Kuvertie- rung oder das Einschweißen in eine Folie, die Adres- sierung und Frankierung von Info.Mail-Sendungen so- wie deren Auflieferung in einem Verteilzentrum der AG können vom Großkunden selbst oder von einem vom Großkunden beauftragten Konsolidierer erbracht werden. Die Konsolidierer holen die Poststücke beim Großkunden ab, sortieren sie nach Produktkategorien, Produkten, Verteilzentren etc, erstellen Versanddoku- mente, avisieren die Sendungen bei der AG und liefern die vorsortierten Postmengen zu bestimmten Verteil- zentren der AG. Großkunden, die selbst aufliefen, er- ledigen alle diese Arbeitsschritte selbst.

Der horizontal sachlich relevante Markt ist aus der nachgelagerten Endkundensicht mit „Info.Mail“ abge- grenzt. Der räumlich relevante Markt erstreckt sich auf das gesamte Bundesgebiet.

Im Bereich Info.Mail ist die AG nicht im Bereich Druck/Vorleistungen tätig. In diesem Bereich sind Vorleistungen Bestandteil der Produktdefinition und der Vereinbarung. Das heißt, dass die Vorleistungen jedenfalls von den Kunden der AG erbracht werden müssen, damit die Preise der AG für Info.Mail zur An- wendung kommen. Daher werden für Info.Mail-Sen- dungen von der AG keine zusätzlichen Vorleistungs- rabatte gewährt.

Im Markt „Info.Mail“ liegt der Marktanteil der AG bei etwa 99%; die AG ist marktbeherrschend.

Die AG schließt für das Produkt Info.Mail sowohl mit Konsolidierern als auch mit selbsteinliefernden Großkunden längerfristige Vereinbarungen, in der Re- gel Jahresverträge, ab. In diesen wird festgelegt, unter welchen Bedingungen bei der Inanspruchnahme von Leistungen der AG Rabatte gewährt werden. Weiters sind in diesen Vereinbarungen die Versandbedingun- gen sowie die Rabattstaffeln geregelt.

In einem Anhang zur jeweiligen Vereinbarung sind die einzuhaltenden Versandvorbereitungen aufgelistet, ohne die kein Rabatt gewährt wird.

Die von der AG ihren Endkunden einerseits und den Konsolidierern andererseits gewährten Rabatte im Bereich Info.Mail waren im Durchschnitt bis zum Jahr 2017 vergleichbar. Ab diesem Zeitpunkt gingen die Rabatte für Konsolidierer stark zurück. Im Jahr 2019 entsprach der Rabatt der Konsolidierer nur noch rund 34% jenes Rabatts, den Endkunden der AG er- hielten. Vergleicht man den Rabatt der Konsolidierer im Jahr 2017 mit jenem im Jahr 2019, so betrug er 2019 nur mehr 28% des Ursprungswerts. Im Jahr 2017 wa- ren unter den 50 größten Kunden der AG noch sechs

1) In der Folge ASt für Antragsteller(in) und AG für Antragsgegner(in).
2) In der Folge: mbSt.
3) Hingegen wies es ein Mehrbegehren iZm den Produkten „Päckchen Small Prio“ und „Päckchen Small Eco“ ab; letzteres Begehren ist nicht Gegenstand des RekVerf.

Konsolidierer mit einem gesamten Anteil von 6,5% an den Umsätzen der AG im Bereich Info.Mail. Im Jahr 2019 reduzierte sich dies auf vier Konsolidierer, die weniger als 2% der Umsätze im Info.Mail-Bereich bewirkten. Hintergrund für die Verminderung der Rabattstafel für die 1. ASt war, dass die AG den Markteintritt von Konsolidierern im Bereich Info.Mail nicht schätzte.

2017 waren vier Großkunden der AG bessergestellt als der bestgestellte Konsolidierer. Diese Großkunden hatten einen gesamten Anteil von knapp einem Viertel am Info.Mail-Umsatz der AG und lukrierten einen durchschnittlichen Rabatt von knapp 40%. Im Jahr 2019 erhöhte sich der Anteil der besser als der bestgestellte Konsolidierer gestellten Kunden auf 40, die mehr als die Hälfte des Gesamtumsatzes im Info.Mail-Bereich erreichten. Der von ihnen erhaltene durchschnittliche Rabatt sank zwar von knapp 40% auf etwa 14%, war jedoch immer noch mehr als dreimal höher als der von den Konsolidierern erhaltene Rabatt. Diese Kunden sind daher für die Konsolidierer als Zielgruppe nicht erreichbar. Die AG nimmt für sich in Anspruch, zu dieser Ungleichbehandlung berechtigt zu sein.

Die Rabatte im Info.Mail-Bereich enthalten eine signifikante operative Komponente und sind keine reinen Mengenrabatte.

Konsolidierer geben einen Großteil der lukrierten Rabatte an ihre Kunden weiter. Es gibt keinen Grund anzunehmen, dass Kunden der Konsolidierer auf weitergegebene Rabatte nicht mit einer Stimulation der Nachfrage nach Postdiensten reagieren. Damit befinden sich im Bereich Info.Mail Kunden der AG und Konsolidierer in einer vergleichbaren Situation, da beide Gruppen als Reaktion auf Preissenkungen das Gesamtvolumen der AG erhöhen. Ob dies direkt über Mengenrabatte der AG oder indirekt über weitergegebene Rabatte der Konsolidierer erfolgt, spielt aus ökonomischer Sicht keine Rolle.

In den Vereinbarungen betreffend das Produkt Info.Mail ist sowohl bei Konsolidierern als auch bei Großkunden eine Geheimhaltungsklausel enthalten.

Aus der Begründung des OGH als KOG:⁴⁾

[Tatsachenrüge]

[37] 1.1. [...] Die Tatsachenfrage fragt nach dem tatbestandlich relevanten Sachverhalt. Die Rechtsfrage bewertet demgegenüber den Sachverhalt aus rechtlicher Sicht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Ermittlung des Tatsachenstoffs eine juristische Aufgabe ist, wobei der Jurist der sachverständigen Hilfe bedarf, wenn seine Alltagserfahrung nicht ausreicht (*F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre² 420).

[38] IdS hat der OGH bereits mehrfach ausgesprochen, dass die Frage der Marktangrenzungs Tatfrage ist, soweit es dabei um die Feststellung objektiv überprüfbarer Abgrenzungskriterien geht; hingegen ist sie Rechtsfrage, soweit es um eine Bewertung der Marktangrenzungs zugrunde gelegten Methode geht (RS0124421).

[39] Ob ein marktbeherrschendes Unternehmen Kostensenkungen in der Absicht vorgenommen hat,

seine Konkurrenten auszuschalten, ist eine Tatfrage (RS0110380).

[40] Bei der Beweisaufnahme durch SV ist es deren Aufgabe, aufgrund ihrer einschlägigen Fachkenntnisse jene Methode auszuwählen, die sich zur Klärung der nach dem Gerichtsauftrag jeweils maßgebenden strittigen Tatfrage(n) am besten eignet; andernfalls verhinderte das Gericht, dem es an der notwendigen Fachkunde zur Lösung der durch SV zu beurteilenden Tatfragen mangelt, die Fruchtbarmachung spezifischen Expertenwissens (RS0119439). Daher hat das Gericht SV die im Zuge der Auftrags erledigung anzuwendende(n) Methode(n) im Allgemeinen nicht vorzuschreiben, gehört doch die Methodenwahl zum Kern der SV-Tätigkeit (RS0119439).

[41] 1.2. Diese Erwägungen lassen sich auf den vorliegenden Fall übertragen. Nach dem den Feststellungen des ErstG zugrunde liegenden SV-GA sind die Rabatte im Bereich Info.Mail aus ökonomischer Sicht keine reinen Mengenrabatte, weil sie eine signifikante operative Komponente enthalten (also auch ein Bonus für die Einhaltung vereinbarter Versandvorbereitungen sind). Die Voraussetzungen und die Struktur des Rabattsystems sowie dessen Auswirkungen und Einstufung aus ökonomischer Sicht sind dem Tatsachenbereich zuzurechnen; dem gegenüber fällt die rechtliche Bewertung des Rabattsystems in den Bereich der rechtlichen Beurteilung.

[42] 1.3. Zur Darlegung des Rek-Grundes nach § 49 Abs 3 KartG hat das RM mit voller Bestimmtheit klarzumachen, weshalb ein deutlich und bestimmt (bei umfangreichen Akten zudem unter genauer Angabe der Fundstelle) bezeichnetes Beweismittel die Feststellung einer gleichermaßen deutlich und bestimmt zu bezeichnenden entscheidenden Tatsache im geforderten Ausmaß bedenklich erscheinen lasse (16 Ok 1/18k SZ 2018/55).

[43] Keine erheblichen Bedenken werden nach der Rsp etwa geltend gemacht, indem aktenkundige Beweisergebnisse nicht gegen die die Feststellung entscheidenden Tatsache, sondern isoliert gegen den persönlichen Eindruck der Tatrichter⁵⁾ von der Glaubwürdigkeit einer Beweisperson ins Treffen geführt werden.⁶⁾ Der OGH hat auch einer Tatsachenrüge nach § 281 Abs 1 Z 5a StPO, die auf ein SV-GA gestützte Feststellungen bekämpfte, indem sie dieses GA einer eigenständigen Bewertung unterzog, nicht Folge gegeben, weil diese den Kriterien des in Anspruch genommenen Nichtigkeitsgrundes nicht gerecht werde: Erforderlich sei das Aufzeigen aktenkundiger Beweisergebnisse, die nach allgemein menschlicher Erfahrung gravierende Bedenken gegen die Richtigkeit der bekämpften Urteilsannahmen aufkommen ließen, somit intersubjektiv – gemessen an Erfahrungs- und Vernunftsatzen – eine unerträgliche Fehlentscheidung qualifiziert nahe legen (RS0119583; 16 Ok 1/18k).

4) Mit geringfügigen Kürzungen; die Zitate wurden gelegentlich in die FN verschoben.

5) Anm: In der Rsp des Strafsenats des OGH verwendete Bezeichnung für die Richter:innen jener Instanz, in der die Tatsachen festzustellen sind.

6) *Ratz* in WK StPO² § 281 Rz 491; KOG 16 Ok 1/18k mwN.

[...] Der erkennende Senat hat bereits in der E 16 Ok 1/18k ausgesprochen, dass diese zur StPO ergangene Rsp überzeugend ist und auch auf die Auslegung des § 49 Abs 3 KartG, der sich nach den Gesetzesmaterialien an § 281 Abs 1 Z 5 a StPO⁷⁾ orientiert,⁸⁾ übertragbar ist.

[44] 1.4. [...] Das SV-GA bietet in seiner Gesamtheit zweifellos eine ausreichende Tatsachenbasis für die Feststellungen des ErstG, sodass Bedenken iSd § 49 Abs 3 KartG jedenfalls nicht vorliegen. [...]

[Rechtsrüge]

[49] 3.2. Der OGH billigt die rechtliche Beurteilung des ErstG sowohl im Ergebnis als auch in der methodischen Ableitung, sodass uneingeschränkt darauf verwiesen werden kann (§ 60 Abs 2 AußStrG).

[50] 3.3. Die AG ist Universaldienstbetreiber. Der Universaldienst ist gem § 6 PMG ein Mindestangebot an Postdiensten, die allgemein zur Aufrechterhaltung der Grundversorgung als notwendig angesehen werden, flächendeckend im Bundesgebiet angeboten werden und zu denen alle Nutzerinnen und Nutzer zu einem erschwinglichen Preis Zugang haben. [...] Nach § 6 Abs 3 PMG werden die den Leistungen des Universaldienstes zugrundeliegenden Verträge durch die Aufgabe in Postbriefkästen oder durch die Übergabe der Postsendungen an einen anderen Zugangspunkt abgeschlossen. Da nach § 3 Z 6 PMG Verteilzentren keine Zugangspunkte iSd § 6 Abs 3 PMG sind, liegt nach der innerstaatlichen Rechtslage kein Universaldienst vor, wenn Poststücke – wie im vorliegenden Fall – bei einem Verteilerzentrum oder Hauspostamt eingeliefert werden. Die in § 21 PMG normierte Nichtdiskriminierung beim Entgelt für Postdienstleistungen gilt nur für den Universaldienst.

[51] 4.1. Allerdings unterliegt die AG wie alle anderen Marktteilnehmer dem allgemeinen Verbot des Missbrauchs einer mbSt nach § 5 Abs 1 Z 3 KartG. Nach dieser Bestimmung ist die Benachteiligung von Vertragspartnern im Wettbewerb durch ein marktbeherrschendes Unternehmen durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen verboten.

[52] 4.2. Diese innerstaatliche Regelung entspricht nahezu wörtlich dem Tatbestand des Art 102 lit c AEUV. Diese Bestimmung verbietet, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen für gleichwertige Leistungen von seinen Handelspartnern unterschiedliche Preise fordert und dadurch bestimmte Handelspartner benachteiligt, wenn diese Benachteiligung sachlich nicht gerechtfertigt ist. Die Fallgruppe der Diskriminierung kann neben Art 102 Satz 2 lit c AEUV auch unter die Generalklausel des Art 102 Satz 1 AEUV subsumiert werden.⁹⁾ Beide Normen sind auch zur Auslegung der innerstaatlichen Regelung heranzuziehen (vgl RS0110382).

[53] 4.3. Die vom ErstG vorgenommene Marktabgrenzung und die Bejahung der mbSt der AG ist im RekVerf nicht mehr strittig. [...]

[54] 5.1. Der EuGH hat in den E Deutsche Post AG¹⁰⁾ und bpost SA¹¹⁾ zum Diskriminierungsverbot der PostdiensteRL 97/67 Stellung genommen. Auch wenn im vorliegenden Fall nach dem Gesagten die ge-

genständlichen Leistungen nach der innerstaatlichen Rechtslage keine Universaldienstleistungen sind, können diese E auch zur Konkretisierung des aus dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellung abzuleitenden Diskriminierungsverbots herangezogen werden. Weil insofern zwischen dem anzuwendenden Prüfungsmaßstab kein Unterschied besteht, sondern die AG jedenfalls einem Diskriminierungsverbot unabhängig davon unterliegt, ob dieses aus der PostdiensteRL 97/67 oder aus dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellung abgeleitet wird, kann dahingestellt bleiben, ob das einschränkende Verständnis des Begriffs des „Universaldienstes“ nach österr Recht richtlinienkonform ist.

[55] 5.2. Die vom EuGH angewendeten Regelungen des Art 12 Z 4 und 5¹²⁾ der PostdiensteRL 97/67 lauten wie folgt:

„Die MS sorgen dafür, dass die Tarife für die einzelnen Universaldienstleistungen folgenden Grundsätzen entsprechen: [...] [4] die Tarife müssen transparent und nichtdiskriminierend sein; [5] wenden Anbieter von Universaldienstleistungen Sondertarife an, beispielsweise für Dienste für Geschäftskunden, Massenversender oder Konsolidierer verschiedener Nutzer, so gelten die Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung sowohl für die Tarife als auch für die entsprechenden Bedingungen. Die Tarife gelten, ebenso wie die entsprechenden Bedingungen, sowohl zwischen verschiedenen Dritten als auch zwischen Dritten und Universalpostdiensteanbietern, die gleichwertige Dienste anbieten. Alle derartigen Tarife werden auch allen anderen Nutzern gewährt, insb Privatkunden und kleineren und mittleren Unternehmen, die Sendungen unter vergleichbaren Bedingungen einliefern.“

[56] 5.3. In der E Deutsche Post AG hat der EuGH ausgesprochen, dass Art 12 Z 5 der PostdiensteRL 97/67/EG dahin auszulegen ist, dass er dem entgegensteht, dass Unternehmen, die Postsendungen mehrerer Absender gewerblich und in eigenem Namen zusammenfassen, Sondertarife verweigert werden, die der nationale Anbieter von Universalpostdienstleistungen im Bereich seiner Exklusivlizenz Geschäftskunden für die Einlieferung von Mindestmengen vorsortierter Sendungen in seinen Briefzentren gewährt.

[57] Nach Auffassung des EuGH geht aus dieser Bestimmung klar hervor, dass ein Anbieter von Universalpostdienstleistungen, wenn er Sondertarife anwendet, diese Tarife in der gleichen Weise insb in den Beziehungen zwischen verschiedenen Dritten anwenden muss, um die Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung zu beachten. Entgegen dem Vorbringen der deutschen Post und der deutschen Regierung müssten daher die Konsolidierer von Postsendungen verschiedener Kunden, wenn ein solcher An-

7) „[...] wenn sich aus den Akten erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Ausspruch über die Schuld zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen ergeben“.

8) 1522 BlgNR 25. GP 14.

9) Fuchs in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht I⁶ Art 102 AEUV Rz 135.

10) EuGH C-287/06, die Zitierung entfällt in der Folge.

11) EuGH C-340/13, die Zitierung entfällt in der Folge.

12) Im Original jeweils „4. und 5. Gedankenstrich“.

bieter Sondertarife bei Geschäftskunden und/oder Massenversender anwendet, die gleichen Tarife zu den gleichen Bedingungen erhalten können.

[58] 5.4. Nach der E des EuGH im Fall *bpost SA* ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Bezug auf die Tarife gem Art 12 der PostdiensteRL 97/67 dahin auszulegen, dass er einem System von Mengenrabatten je Absender wie dem im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegensteht.

[59] Diese E betraf die belgische Post (bpost). bpost bietet Postzustelldienste nicht nur der breiten Öffentlichkeit, sondern auch Massenversendern und Konsolidierern an. Dabei verrechnete bpost verschiedene Tarife. Diese Sondertarife beruhten auf einer Vereinbarung zwischen bpost und den betreffenden Kunden, in der Nachlässe für bestimmte Kunden vorgesehen sein können. Die häufigsten vertraglichen Nachlässe waren Mengenrabatte und operative Rabatte, mit denen bestimmte Vorbereitungshandlungen abgegolten wurden und die die Gegenleistung für von bpost eingesparte Kosten waren.

[60] Im Jahr 2010 änderte bpost das Nachlasssystem für Zustelldienste für namentlich adressierte Werbesendungen und Verwaltungssendungen. Die Änderung bestand darin, dass der Mengenrabatt zwar sowohl Massenversendern als auch Konsolidierern in gleicher Höhe gewährt wurde, der Nachlass für Konsolidierer jedoch nicht mehr auf der Grundlage der Gesamtmenge der Sendungen aller Absender, denen sie ihre Dienste erbrachten, berechnet wurde (Additionsmodell), sondern auf der Grundlage der Sendungsmenge, die individuell von jedem einzelnen ihrer Kunden erzeugt wurde (Versendermodell).

[61] Nach Auffassung des EuGH spielt es für die Beurteilung des diskriminierenden Charakters der von bpost im Jahr 2010 angewendeten Mengenrabatte keine Rolle, ob diese Rabatte unter Z 4 oder unter Z 5 von Art 12 der RL 97/67 fallen (Rz 26). Im Rahmen dieser Beurteilung sei allein zu prüfen, ob die in Rede stehende Praxis die stRsp des EuGH beachte, wonach der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz, der zu den Grundprinzipien des Unionsrechts gehöre, verlange, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist (Rz 27).

[62] Die Berechnung der Mengenrabatte auf der Grundlage des von jedem einzelnen Absender individuell erzeugten Umsatzes führe dazu, dass ein Massenversender, der bpost eine erhebliche Sendungsmenge übergebe, in den Genuss eines Nachlasses komme, der höher sei als der, den ein Konsolidierer erhalte, der bei ihr eine entsprechende, sich aus der Zusammenfassung von Sendungen mehrerer Absender ergebende Sendungsmenge einliefert (Rz 32).

[63] Nach Auffassung des EuGH seien allein die Absender in der Lage, die Nachfrage nach Postdienstleistungen zu erhöhen, weil sie „Urheber von Postsendungen“ seien (Rz 37). Wenn die Konsolidierer Post an bpost übergäben, die sie zuvor bei verschiedenen Massenversendern gesammelt hätten, führe dies jedoch nicht dazu, das Gesamtvolumen der Post zugunsten

von bpost zu erhöhen. Daraus folge, dass, abgesehen von dem geringen Maß, in dem die Konsolidierer selbst Massenversender seien, ihre Tätigkeit nicht als solche dazu beitrage, das Volumen der bpost übergebenen Post zu erhöhen (Rz 38).

[64] Außerdem könnte die Anwendung der Mengenrabattregelung, die vor dem Jahr 2010 in Kraft war, das Ziel der Erhöhung der Nachfrage nach Postdiensten beeinträchtigen. Ein Absender, dessen Postaufkommen nicht hoch genug sei, um in den Genuss eines Mengenrabatts zu gelangen, erhalte nämlich keinen Nachlass gem dem Mengenrabatt, und zwar gleichviel, ob er sich dafür entscheidet, seine Sendungen selbst bei bpost einzuliefern oder einen Konsolidierer damit zu beauftragen. Im Rahmen der Mengenrabattregelung, die vor dem Jahr 2010 galt, konnte hingegen der selbe Absender indirekt einen derartigen Rabatt für die selbe Postmenge erhalten, wenn er sich dafür entschied, die Dienste eines Konsolidierers in Anspruch zu nehmen, da seine Postmenge dann mit der anderer Absender, die die Dienste des selben Konsolidierers nutzten, zusammengefasst wurde (Rz 40). Im letzteren Fall käme der betreffende Massenversender indirekt in den Genuss eines Nachlasses, ohne sein Postaufkommen erhöht zu haben. Dies könnte bei ihm keinen Anreiz dafür setzen, künftig mehr Post zu erzeugen. Eine solche Situation, die eindeutig dem von bpost mit der Einführung einer Mengenrabattregelung verfolgten Ziel zuwiderliefe, könnte den Betreiber dazu veranlassen, diese Regelung einzuschränken oder sogar abzuschaffen, um sein finanzielles Gleichgewicht zu wahren.

[65] Zwar habe der EuGH im Fall *Deutsche Post AG* das Argument der Deutsche Post AG und der deutschen Regierung zurückgewiesen, dass es das finanzielle Gleichgewicht der Deutsche Post AG gefährden würde, wenn den Konsolidierern Zugang zu bestimmten Rabatten gewährt würde (Rz 36). Dieses Verfahren habe jedoch keine Mengenrabatte, sondern operative Rabatte betroffen. Hierzu habe der EuGH ausgeführt, dass Sondertarife, weil sie den im Vergleich zu dem allumfassenden Standarddienst eingesparten Kosten Rechnung tragen, in der Weise ausgestaltet werden können, dass sie sich von Normaltarifen nur dadurch unterscheiden, dass die vom Betreiber tatsächlich eingesparten Kosten von den letztgenannten Tarifen abgezogen werden, sodass die Gewährung von Sondertarifen anderer Konsolidierer das finanzielle Gleichgewicht der Deutsche Post AG als Anbieter von Universalpostdienstleistungen nicht beeinträchtigen konnte. Daraus habe der EuGH die Schlussfolgerung gezogen, dass, sollte sich herausstellen, dass die Gewährung der seinerzeit nur den Geschäftskunden der Deutsche Post AG eingeräumten Rabatte an die Konsolidierer zur Folge hatte, dass diese Rabatte im Verhältnis zu den eingesparten Kosten übermäßig waren, es dieser Gesellschaft freigestanden wäre, diese Rabatte für alle, die sie erhalten, in dem erforderlichen Maß herabzusetzen (Rz 38).

[66] Daher hätten sich Massenversender und Konsolidierer im Hinblick auf operative Rabatte in einer vergleichbaren Situation befinden können; dies sei im Hinblick auf Mengenrabatte wie in den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden jedoch nicht notwendig

gerweise der Fall (Rz 47). Die Mengenrabatte je Absender seien nämlich geeignet, bei diesen einen Anreiz dafür zu setzen, *bpost* mehr Post zu übergeben und ihr dadurch die Erzielung größenbedingter Kostenersparnisse zu ermöglichen. Dagegen trage die Tätigkeit der Konsolidierer als solche nicht zu einer Erhöhung der *bpost* übergebenen Post und somit nicht dazu bei, dass letztere Einsparungen erziele. Zusammenfassend liege daher keine von Art 12 der RL 97/67 verbotene Diskriminierung vor.

[67] **6.1.** Die AG steht weiterhin auf dem Standpunkt, bei dem von ihr angewendetes Tarifmodell handle es sich um reine Mengenrabatte, die iSd E des EuGH im Fall *bpost* zulässig seien. Dem kann nicht gefolgt werden.

[68] Soweit die AG sich auf die Ausführungen der GA *Sharpston* im Fall *bpost* beruft, ist ihr entgegenzuhalten, dass der EuGH diesen Ausführungen nicht vollumfänglich gefolgt ist. Insb hielt der EuGH die Abgrenzung zwischen Art 12 Z 4 und Art 12 Z 5 der PostdiensteRL 97/67 für nicht entscheidend, weil beide Tarifarten („Tarife“ und „Sondertarife“) dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung entsprechen müssten. Daher komme es nur darauf an, ob die strittige Rabattpraxis iSd Rsp des EuGH das Gebot beachte, das vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden (Rz 28 und 48f). Nur für Mengenrabatte je Absender (Massenversender) sprach der EuGH aus, dass Absender und Konsolidierer sich diesbezüglich nicht notwendigerweise in einer vergleichbaren Situation befänden (Rz 47).

[69] **6.2.** Entgegen der Rechtsansicht der AG ist aus der E des EuGH im Fall *bpost* kein pauschaler „Freibrief“ für Mengenrabatte abzuleiten. Die E im Fall *bpost* betraf die Änderung des Rabattsystems dahingehend, dass die Mengenrabatte für Konsolidierer nicht mehr unter Zusammenrechnung der Gesamtmenge eingelieferter Post erfolgte (Additionsmodell), sondern nur noch nach dem Versendermodell (zu diesen Modellen vgl die SA von GA *Sharpston* im Fall *bpost* Rz 66ff). Die Prüfung der Diskriminierung im Fall *bpost* bezog sich daher ausschließlich auf die Frage, ob durch den Wechsel vom Additions- zum Versendermodell bei der Berechnung von Mengenrabatten eine Diskriminierung verwirklicht wurde, was vom EuGH mit Verweis auf die spezifischen Zwecke von Mengenrabatten abgelehnt wurde. Nach Ansicht des EuGH schaffe nur das Versendermodell einen Anreiz, dem Universaldienstleister mehr Post zu übergeben und diesem so größenbedingte Kostenersparnisse zu ermöglichen. Hinsichtlich dieser Einflussmöglichkeiten gäbe es keine vergleichbare Situation von Konsolidierern und Versendern. Soweit beim Additionsmodell insgesamt höhere Rabatte fällig werden als beim Versendermodell und der Universaldienstleister dadurch letztlich nicht mehr volle Kontrolle darüber hat, wie er Einsparungen in Form von Rabatten weitergibt, kann die Anwendung des einen oder anderen Modells unterschiedliche Auswirkungen auf die finanzielle Tragfähigkeit von Teilleistungsentgelten haben.

[70] Wenngleich dieser Aspekt vom EuGH nicht ausdrücklich angesprochen wurde, war für das im Fall *bpost* erzielte Ergebnis die Wettbewerbsneutralität des gewählten Rabattmodells im konkreten Einzelfall ausschlaggebend. In diese Richtungen weisen die Ausführungen von GA *Sharpston* (Rz 81f). Demnach stehe die Wirkungsneutralität des Versendermodells im starken Kontrast zu den Wettbewerbsverzerrungen, die im Urteil Deutsche Post gegenständlich gewesen seien. Dort hätte das Vorenthalten operativer Rabatte dazu geführt, dass die Herausbildung von Wettbewerb auf dem Markt der Postkonsolidierung beeinträchtigt worden sei.

[71] Zutreffend weist die BWB darauf hin, dass sich der vorliegende Fall deutlich vom der Entscheidung *bpost* zugrundeliegenden Sachverhalt unterscheidet: Im Fall *bpost* wurden Konsolidierern nicht diskriminierende operative Rabatte und Mengenrabatte gewährt. Der Unterschied von Konsolidierern im Vergleich zu Geschäftskunden/Versendern bestand ab 2010 ausschließlich darin, dass bei der Berechnung von Mengenrabatten ein Wechsel vom Additions- zum Versendermodell erfolgte. Diese Änderung war aber insofern wettbewerbsneutral, als dadurch nicht einzelne Versender für Konsolidierer erschlossen werden konnten. Vielmehr hatten Konsolidierer aufgrund der ebenfalls ausbezahlten operativen Rabatte Spielräume, jedem Geschäftskunden – im Vergleich zum Universaldienstleister – wettbewerbsfähige Tarife anzubieten.

[72] Im vorliegenden Fall geht es demgegenüber gerade nicht nur um eine Ungleichbehandlung dahin, dass ein „Mengenrabatt je Absender“ bei sonst identen Rabatten und Konditionen für Konsolidierer und Geschäftskunden gewährt wurde. Auch Umfang und Auswirkung der inkriminierten Rabattpraxis sind im vorliegenden Fall wesentlich schwerwiegender: Nach den Feststellungen des ErstG kam es ab dem Jahr 2017 zu erheblichen Entgelt-Abweichungen und zur Anwendung unterschiedlicher Rabattstufen für Konsolidierer und Geschäftskunden, die letztlich zum Marktaustritt der 1. ASt aus dem Markt für Info.Mail führten. Diese Feststellungen lassen den Schluss zu, dass das Verhalten der AG ab 2017 erhebliche Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zur Folge hatte und somit keinesfalls wettbewerbsneutral iSd EuGH-E im Fall *bpost* war. Der vorliegende Fall unterscheidet sich somit vom Fall *bpost* nicht nur hinsichtlich der inkriminierten Verhaltensweisen, sondern auch hinsichtlich dessen Auswirkungen auf den Wettbewerb.

[73] **6.3.** Nach den Feststellungen des ErstG schließt die AG mit Großkunden und Konsolidierern regelmäßig Jahresverträge, in denen festgelegt wird, unter welchen Bedingungen Teilleistungsrabatte gewährt werden. Darin sind auch Versandbedingungen und Rabattstufen geregelt; Rabatte werden bei Erreichen von Mindestumsätzen für das Produkt Info.Mail sowie bei Erfüllung sämtlicher vereinbarter Versandvorbereitungen und Vorleistungen gewährt. Soweit nicht nur Umsatzstufen, sondern auch Versandvorbereitungshandlungen explizit vertragliche Bedingungen für die Auszahlung von Rabatten sind, ist daher die Qualifikation der Info.Mail-Rabatte als Rabatte mit signifikanter operativer Komponente jedenfalls nachvollziehbar. Aus der

ausführlichen Begründung der Beweiswürdigung des ErstG ergibt sich zudem, dass die Einwendungen der AG im Ergänzungs-GA überprüft wurden.

[74] Die Prüfung des Vorliegens einer unzulässigen Diskriminierung kann daher im vorliegenden Fall nicht auf die Wirkung bloß des Mengenrabatts beschränkt werden, sondern hat unterschiedliches Entgelt und Konditionen in der gesamten Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien zu berücksichtigen.

[75] 7. In Anbetracht der detaillierten Feststellungen des ErstG unterliegt auch keinem Zweifel, dass das Verhalten der AG auch darauf abzielte, den Wettbewerb zu ihren Gunsten zu beeinträchtigen. Das ErstG hat ausdrücklich festgestellt, dass die AG ab dem Jahr 2017 ihr Rabattsystem stark veränderte. Hintergrund für die Verminderung der Rabattstaffeln für die 1. ASt war nach den Feststellungen des ErstG, dass die AG den Markteintritt von Konsolidierern im Bereich Info.Mail „nicht schätzte“.

[76] 8. Entgegen der Rechtsansicht der AG können die ASt auch nicht auf die Möglichkeit des Abschlusses von Zielkundenvereinbarungen verwiesen werden. Derartige individuell ausgehandelte Vereinbarungen stellen schon im Hinblick auf die von der AG ihren Geschäftspartnern auferlegte Geheimhaltungsverpflichtung nicht sicher, dass Konsolidierer nicht diskriminiert werden.

[77] 9. Für die von den ASt angeregte Einholung eines Vorabentscheidungsersuchens bestand keine Veranlassung, liegen doch zwei einschlägige E des EuGH vor. Die Auslegung der anzuwendenden Vorschriften des Unionsrechts ist damit ausreichend geklärt; Fragen der Sachverhaltssubsumtion sind aber von den nationalen Gerichten zu lösen.

[78] 10. Das ErstG hat aus dem Grundsatz der Transparenz und Nichtdiskriminierung nach Art 12

Z 4 und 5 PostdiensteRL 97/67 idgF abgeleitet, dass dieser Grundsatz eine Geheimhaltung von tatsächlich vereinbarten Tarifen ausschließe. Diese Auffassung ist jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden, weil (unabhängig von der Anwendbarkeit der PostdiensteRL) im konkreten Fall auch das (aus dem Verbot des Missbrauchs der mbSt abzuleitende) Diskriminierungsverbot der Geheimhaltung der vereinbarten Tarife entgegensteht. Daher kann dahingestellt bleiben, ob die einschränkende Legaldefinition des Universaldienstes im österr. Recht (wonach nach § 3 Z 6 PMG Verteilerzentren keine Zugangspunkte iSd § 6 Abs 3 PMG sind, so dass nach der innerstaatlichen Rechtslage kein Universaldienst vorliegt, wenn Poststücke – wie im vorliegenden Fall – bei einem Verteilerzentrum oder Hauspostamt eingeliefert werden) richtlinienkonform ist.

[79] Die Frage, ob eine bestimmte Angabe als Geschäftsgeheimnis anzusehen ist, kann stets nur im Einzelfall beantwortet werden (16 Ok 6/14i). Geschäftsgeheimnisse sind etwa technische oder finanzielle Angaben in Bezug auf das Know-how eines Unternehmens, Kostenrechnungsmethoden, Produktionsgeheimnisse und -verfahren, Bezugsquellen, produzierte und verkaufte Mengen, Marktanteile, Kunden- und Händlerlisten, Vermarktungspläne, Kosten und Preisstruktur oder Absatzstrategien. Bei einem Wettbewerbsverstoß kann es sich jedoch niemals um ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis handeln.¹³⁾ Im vorliegenden Fall dient die Geheimhaltungsverpflichtung iZm den Rabattstaffeln im Bereich Info.Mail offensichtlich dazu, die wettbewerbsrechtlich relevante Diskriminierung und damit den Verstoß gegen § 5 Abs 3 KartG zu verschleiern.

13) OGH als KOG 16 Ok 14/13; 16 Ok 9/14f; 16 Ok 10/14b; *Mair in Pletsche/Urlesberger/Vartian*, KartG² § 37 Rz 26.

Anmerkung:

Diese E des OGH reiht sich ein in eine Reihe von Verfahren, die von Unternehmen vor dem KG angestrengt wurden, um auf Basis des kartellrechtlichen Verbots des Missbrauchs einer mbSt gegen behauptete Ungleichbehandlungen von (mehrheitlich) staatlichen Unternehmen vorzugehen bzw diese zu zwingen, Geschäftsbeziehungen einzugehen/nicht abubrechen.¹⁴⁾ Im konkreten Fall warf ein sog Konsolidierer (insgesamt vier ASt) der Österreichische Post Aktiengesellschaft (AG) die Ungleichbehandlung bei der Rabattgewährung im Vergleich zu Großkunden vor und beantragte die Abstellung des Missbrauchs der mbSt in Bezug auf das Geschäft der Beförderung von persönlich adressierten Massendrucksaachen (Info.Mail). Das KG gab dem entsprechenden Abstellungsbegehren statt, wies hingegen ein Mehrbegehren iZm einem anderen Geschäftsbereich ab. Mit seiner E gab der OGH dem Rek der AG nicht Folge.

Wie in derartigen Verfahren die Regel, hatte das KG in erster Instanz einen ökonomischen SV bestellt, um insb den relevanten Markt abzugrenzen und die Frage zu untersuchen, ob der AG im hier betroffenen Markt eine mbSt zukäme (was bejaht wurde). Darüber hinaus

galt es, das Rabattsystem der AG einzuordnen, insb hatte das KG auf Grundlage des SV-GA festgestellt, dass die Rabatte im Bereich Info.Mail aus ökonomischer Sicht keine reinen Mengenrabatte waren, weil sie eine signifikante operative Komponente enthielten (diese Einordnung der Rabatte spielte aufgrund vorangegangener EuGH-Rsp eine wichtige Rolle im Verfahren). Die vor diesem Hintergrund und den RekAusführungen der AG in der hier behandelten E des OGH getroffenen Aussagen reihen sich in die bisherige Entscheidungspraxis ein:

Im Hinblick auf die Einordnung der Marktabgrenzung als Rechts- bzw Tatfrage bestätigt der OGH seine bisherige Rsp, die nach objektiv überprüfbar Kriterien abgrenzbare Marktabgrenzung dem Tatsachen-, deren Methode dem Rechtsbereich zuzuordnen. Auf den hier gegenständlichen Fall umgemünzt bedeutete dies laut OGH, dass die Voraussetzungen und die Struktur des Rabattsystems sowie dessen Auswirkungen

14) Siehe zuletzt etwa OGH als KOG 12. 10. 2021, 16 Ok 1/21 i und die umfassende Abhandlung *Reidlinger*, Wann gilt ein Kontrahierungszwang für Marktbeherrscher? Markierungen im Dschungel anlässlich der KOG-Entscheidung 16 Ok 1/21i, OZK 2022, 12.



und Einstufung aus ökonomischer Sicht dem Tatsachenbereich zuzurechnen waren, die rechtliche Bewertung des Rabattsystems dem rechtlichen Bereich. Diese Einordnung überrascht nicht. Vor dem Hintergrund, dass der OGH (auch hier als KOG) – mit Ausnahmen wie etwa des RekGrunds der unrichtigen Beweiswürdigung iSd § 49 Abs 3 KartG – keine Tatsacheninstanz ist, wird dem Rechtsunterworfenen erneut vor Augen geführt, wie entscheidend SV-GA in Kartellverfahren generell (also nicht nur in Missbrauchsverfahren, sondern etwa auch in Zusammenschlussverfahren) sein können und wie wenig überprüfbar diese in der zweiten (und letzten) Instanz in österr Kartell(gerichts)verfahren sind. Auch der RekGrund des § 49 Abs 3 KartG bietet hier aufgrund seines Regelungsinhalts keine zufriedenstellende Lösung (siehe sogleich). Die grundsätzliche Frage der Überprüfung von Feststellungen und Beweiswürdigung des KG bleibt daher weiterhin primär eine Frage für den Gesetzgeber und dient nicht als Kritikpunkt an E des KG bzw des OGH als KOG.

Wenig überraschend kommt idS auch die restriktive Handhabung des § 49 Abs 3 KartG im vorliegenden Fall. Dessen praktische Relevanz hält sich – wie bei der Einführung mit KaWeRÄG 2017 bereits zu erwarten war – weiterhin in Grenzen. Der OGH – in Anlehnung an die zu § 281 Abs 1 Z 5 a StPO ergangene Rsp – fordert aktenkundige Beweisergebnisse, die nach allgemein menschlicher Erfahrung „gravierende Bedenken“ gegen die Richtigkeit der bekämpften Feststellungen aufkommen lassen. Isolierte Passagen in SV-GA, die Bedenken gegen die Feststellungen des KG begründen, reichen nicht aus. Erforderlich ist vielmehr ein SV-GA, das in seiner Gesamtheit solche Bedenken gegen die Feststellungen hervorruft, sodass eine „unerträgliche Fehleinschätzung“ vorliegt – eine Hürde, die in kartellgerichtlichen Verfahren in den meisten Fällen praktisch kaum überwindbar scheint.¹⁵⁾

Der OGH billigt auch die rechtliche Beurteilung des KG sowohl im Ergebnis als auch in der methodischen Ableitung. Das KG setzte sich ausführlich mit dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot auseinander (§ 5 Abs 1 Z 3 KartG iVm Art 102 lit c AEUV) und stellte insb anhand kartellrechtlicher Entscheidungspraxis des EuGH und kartellrechtlicher Überprüfungsgrundsätze zum Diskriminierungsverbot fest, dass die AG ihre mbSt missbräuchlich ausnützt. Vertieft wurde auf sektorspezifische Normen – etwa zur Frage der Anwendung des Nichtdiskriminierungsgebots des Art 12 PostdiensteRL 97/67 oder zur Frage des (Nicht-)Vor-

liegens eines Universaldiensts – und die damit zusammenhängende Bedeutung und Auslegung entsprechenden der EuGH-Rsp eingegangen.¹⁶⁾

Die entsprechenden Ausführungen sind speziell für Unternehmen, die in diesem Sektor arbeiten, relevant. Auch wenn, wie der OGH bestätigte, die gegenständlichen Leistungen nach der innerstaatlichen Rechtslage keine Universaldienstleistungen seien, könnte die entsprechende (nicht-kartellrechtliche) EuGH-Entscheidungspraxis betreffend das Diskriminierungsgebot der PostdiensteRL 97/67¹⁷⁾ zur Konkretisierung des aus dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellung ableitbaren Diskriminierungsverbots herangezogen werden [Rz 54]. Im Ergebnis betont jedoch der OGH, dass sich der vorliegende Fall deutlich vom von der AG ins Treffen geführten EuGH-E *bpost* zugrundeliegenden Sachverhalt unterschied und das KG, neben der vorliegenden Marktbeherrschung der AG, diskriminierende Konditionen samt wettbewerbsbeschränkender Wirkung und Zielrichtung festgestellt hatte [Rz 72–75]. Eine weitere kartellrechtliche Missbrauchsanalyse aufgrund des Umstands, dass die AG selbst auch auf dem nachgelagerten Markt tätig war (Stichwort *margin squeeze-Analyse*), war offensichtlich vor dem Hintergrund der relativ eindeutigen Feststellungen des KG nicht mehr vom OGH angedacht worden.

Betreffend Geheimhaltung der Konditionen der AG gegenüber anderen Geschäftspartnern führte der OGH aus, dass das aus dem Verbot des Missbrauchs der mbSt abzuleitende Diskriminierungsverbot der Geheimhaltung der vereinbarten Tarife entgegenstehe. Die Frage, ob eine bestimmte Angabe als Geschäftsgeheimnis anzusehen sei, könne stets nur im Einzelfall beantwortet werden. Im vorliegenden Fall diene die mit Großkunden vereinbarte Geheimhaltungsverpflichtung (die vom KG als missbräuchlich beurteilt worden war) jedoch laut E der Verschleierung der wettbewerbsrelevanten Diskriminierung, womit sie nicht Bestand haben konnte.

Bernhard Kofler-Senoner, Rechtsanwalt und Partner, Zakar Stepanyan, Rechtsanwaltsanwärtin, beide CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH, Wien

15) Siehe auch aktuell OGH als KOG 23. 6. 2022, 16 Ok 3/22k (16 Ok 4/22g), Rz 76–83.

16) EuGH 6. 3. 2008, C-287/06 und C-292/06, *Deutsche Post ua*; EuGH 11. 2. 2015, C-340/13, *bpost*.

17) EuGH 6. 3. 2008, C-287/06 und C-292/06, *Deutsche Post ua*; EuGH 11. 2. 2015, C-340/13, *bpost*.



ÖBI 2022/80

§§ 14 ff UrhG;
§ 879 ABGB

OGH 22. 9. 2021,
4 Ob 55/21 y
(HG Wien
57 Cg 43/17 z;
OLG Wien
4 R 95/20 z),

→ Kopiertes weiter verteilt

→ Rechtsmissbrauch ist iW nur bei einem „krassen“ Missverhältnis zwischen den Interessen des Rechtsausübenden und den beeinträchtigten Inte-

Sachverhalt:

Die in Hong Kong ansässige KI bietet Studenten der Wirtschaftsuniversität Wien (WU) auf ihrer Website Onlinekurse zur Vorbereitung der Mathematikprü-

ressen des davon Betroffenen anzunehmen oder wenn unlautere Motive bei der Rechtsausübung eindeutig überwiegen.

fung der Studieneingangsphase (STEOP) an. Diese Kurse bestehen aus 277 vom Gf der KI gedrehten Videos (gesamt 17,5 Stunden), in denen er rund 260 Mathematik-Beispiele durchrechnet; diese Beispiele sind