

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wiltschek, Gottfried Musger,
Walter Holzer

September 2015

05

197 – 244

Beiträge

Urheberrechts-Novelle 2015

Christian Handig ↻ 200

Die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs

Jürgen C.T. Rassi ↻ 207

Leitsätze

Nr 34 – 40 ↻ 216

Rechtsprechung

Teekanne – Irreführung über die Zutaten eines Lebensmittels

Clemens Appl ↻ 217

Selbstentnahmeverrichtungen – Zur Marktabgrenzung bei der
Ermöglichung des Vertriebs von Gratiszeitungen Raoul Hoffer ↻ 223

CDC Hydrogen Peroxide – Internationale Zuständigkeit
für Kartellschadenersatz Gottfried Musger ↻ 228

kinox.to – Sperrverfügungen gegen Access-Provider
Philipp Anzenberger ↻ 237

Office Assistant Pro – Nutzungsrechte an individuell
hergestellter Software ↻ 239

Bericht

ALAI-Kongress Bonn 2015 Christian Handig ↻ 243

→ Zur Marktabgrenzung bei der Ermöglichung des Vertriebs von Gratiszeitungen

1. §§ 4, 5 KartG

Der Markt ist der zentrale Grundbegriff des Wettbewerbsrechts. Aus volkswirtschaftlicher Sicht ist er der ökonomische Ort des Tausches, definiert durch die Marktteilnehmer, die sich als Anbieter und Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen gegenüberstehen. Im Wettbewerbsrecht dient die Marktabgrenzung dazu, in sachlicher und räumlicher Hinsicht zu ermitteln, welche dritten Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der potentiell kartellrechtswidrig handelnden Unternehmen Schranken zu setzen und sie daran zu hindern, sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck zu entziehen.

2. §§ 4, 5 KartG

Bei der sachlichen Abgrenzung ist auf Austauschbarkeitsrelationen aus Sicht der Bedarfsträger abzustellen. Es kommt in erster Linie auf die funktionelle Austauschbarkeit der fraglichen Güter oder Dienstleistungen aus der Sicht des verständigen Abnehmers an. Zu einem Markt werden sämtliche Produkte oder Leistungen gerechnet, die aus der Sicht der Marktgegenseite wegen ihrer Eigenschaften zur Befriedigung des gleichen Bedarfs im selben Maße geeignet sind („Bedarfsmarktkonzept“).

Sachverhalt:

Die ASt ist Medieninhaberin der Tageszeitung „Österreich“, die seit September 2006 teils als Verkaufsausgabe und teils als Gratisausgabe vertrieben wird.

Die AG betreibt ua das gesamte Wiener U-Bahn-Netz und ist Eigentümerin sämtlicher U-Bahn-Stationen in Wien. Ihre unbeschränkt haftende Gesellschafterin wird zu 100% von der Wiener Stadtwerke Holding AG gehalten. Letztere ist auch Kommanditistin der AG. Alleinaktionärin der Wiener Stadtwerke Holding AG ist die Stadt Wien. [...]

Im August 2004 schlossen die AG und die AHVV Verlags GmbH (eine Mitbewerberin der ASt, die die

3. §§ 4, 5 KartG

Die Frage der Marktabgrenzung ist eine Tatfrage, soweit es sich dabei um die Feststellung objektiv überprüfbarer Abgrenzungskriterien handelt, sie ist Rechtsfrage, soweit es um eine Bewertung der der Marktabgrenzung zugrunde liegenden Methode geht.

4. §§ 4, 5 KartG

Im Anlassfall betroffener Markt ist jener der Vertriebskanäle für Gratiszeitungen in Wien entweder in Stationen der U-Bahn oder unmittelbar vor den Stationseingängen; diese Orte sind im Hinblick auf den Kontakt mit potentiellen Lesern austauschbar. Zu den möglichen Vertriebskanälen gehören alle Selbstentnahmeverrichtungen sowie die Handverteilung.

5. §§ 4, 5 KartG

Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Frage, ob das Handeln einer Gebietskörperschaft als hoheitlich oder privatwirtschaftlich anzusehen ist, ist die Rechtsform des Handelns unerheblich. Die von der Stadt Wien als Grundeigentümerin erteilte Zustimmung zum Aufstellen von Zeitungsentnahmeboxen auf öffentlichem Grund ist eine privatwirtschaftliche Tätigkeit, die dem relevanten Markt hinzuzurechnen ist.

Gratis-Tageszeitung „Heute“ herausgibt, in der Folge: AHVV) einen Vertrag, der der AHVV in den Stationen der U-Bahn „außerhalb der Spurteiler“ den Vertrieb ihrer Zeitung unter Verwendung von nicht am Boden befestigten Zeitungsböden gestattete und die dafür notwendigen Flächen zur Verfügung stellte. Ab 1. 9. 2004 war ein monatliches Entgelt von € 80,- netto je aufgestellter Zeitungsboden (wertgeschert) sowie ein zusätzliches Entgelt für die Zusatzkosten der Reinigung im U-Bahn-Netz durch die Entsorgung der Zeitungen vereinbart. Der Vertrag wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, vereinbart wurde die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung unter Einhal-

ÖBI 2015/47

§§ 4, 5 KartG

OGH als KOG
11. 6. 2015,
16 Ok 8/14 h
(OLG Wien als KG
26 Kt 31/09)

Selbstentnahme-
vorrichtungen

Der Streit über die Vertriebskanäle für Wiener Gratiszeitungen geht in die nächste Runde.

tung einer einjährigen Kündigungsfrist bzw der jederzeitigen außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund, insb bei Notwendigkeit der Räumung oder Neuaufführung eines Standorts aus verkehrstechnischen, betrieblichen oder öffentlichen Interessen. [...]

Im Februar 2013 gab es insgesamt 227 „Heute“-Boxen in Wiener U-Bahn-Stationen, und zwar zumindest eine in jeder Station der U1, U3, U6 und U4 (mit Ausnahme der Station Unter St. Veit) sowie in den Stationen der Linie U2 zwischen Karlsplatz und Krieau (mit Ausnahme der Station Museumsquartier), hingegen nicht in den erst 2010 eröffneten U-Bahn-Stationen der U2 bis Seestadt.

Vertreter des nunmehr von der ASt betriebenen Zeitungsprojekts traten 2006 an die AG mit dem Anliegen heran, ebenfalls Zeitungsentnahmeboxen in den U-Bahn-Stationen aufzustellen, und zwar zunächst nur während der Fußballweltmeisterschaft 2006 und ab Herbst 2006 für den Vertrieb von „Österreich“. [...]

Die ASt verfügt [nun] über insgesamt 106 von der MA 46 bewilligte Entnahmeboxen unmittelbar vor Eingängen zu U-Bahn-Stationen; weitere 81 Boxen wurden in einem Umkreis von zumindest 5 m von Stationseingängen oder auf der Rückseite der Stationsgebäude bewilligt. Insgesamt bestehen „derzeit“ 319 von der MA 46 bewilligte Entnahmeboxen der ASt auf öffentlichem Gut der Stadt Wien. Die AHVV verfügt „derzeit“ über Bewilligungen der MA 46 für 62 Entnahmeboxen unmittelbar vor dem Eingang von U-Bahn-Stationen und für weitere 163 auf sonstigem öffentlichem Gut der Stadt Wien.

Die Handverteilung von Gratisexemplaren der ASt war zwischen den Streitparteien umstritten. Die AG war bestrebt, die Handverteilung nach Möglichkeit einzuschränken, weil diese den Betrieb behindern kann; als sie im Jänner 2013 einen starken Anstieg von Verteilungspersonen feststellte, erließ sie am 9. 1. 2013 einen Dienstauftrag, der ihre Mitarbeiter anwies, ausnahmslos alle Personen ohne gültige Genehmigung der AG für die Handverteilung von Zeitungen und Broschüren aus den Stationen zu verweisen. [...]

In sachlicher Hinsicht gibt es verschiedene Vertriebskanäle für Gratis-Tageszeitungen, nämlich Entnahmeboxen, Selbstbedienungstaschen, Handverteiler oder nicht adressierte Hauszustellung. „Österreich“ nutzt auch den Vertrieb gegen Entgelt. Sowohl „Österreich“ als auch „Heute“ werden aber vorwiegend über Entnahmeboxen verteilt. [...] Die ASt setzt für den Vertrieb ihrer Gratis-Tageszeitungen auch Handverteiler ein, während die AHVV im Vertrieb ausschließlich Entnahmeboxen und Selbstbedienungstaschen verwendet. [...] Im Mai 2011 waren rund 69% der Entnahmeboxen von „Österreich“ auf Flächen in der Nähe von U-Bahn-Stationen bzw Bahnhöfen aufgestellt, wobei etwas mehr als 78% der Entnahmen aus diesen Boxen erfolgten. Im Gegensatz dazu war der Anteil der Entnahmeboxen von „Heute“ in der Nähe von U-Bahn-Stationen und Bahnhöfen und die Bedeutung der Entnahme aus diesen Boxen deutlich geringer. „Heute“ platziert Entnahmeboxen auch an stark frequentierten Plätzen außerhalb von Stationen des öffentlichen Personennahverkehrs, wie etwa auf Flächen des Lebensmittel Einzelhandels oder in Bäckereien. Zum Stichtag

25. 5. 2011 waren die durchschnittlichen Entnahmen von „Österreich“ aus Boxen in Krankenhäusern und Pflegeheimen am höchsten (ca 770). Den nächsthöchsten Wert (ca 660) wiesen Entnahmeboxen in Stationen der ÖBB auf. Entnahmeboxen in der Nähe von U-Bahn-Stationen kamen an dritter Stelle mit einer durchschnittlichen Entnahme von ca 590 Exemplaren. Die Entnahmen an anderen öffentlichen Flächen waren deutlich höher als solche aus Entnahmeboxen auf privatem Grund. Die Entnahmen von „Heute“ aus Boxen in den U-Bahn-Stationen unterschieden sich nicht wesentlich von den Entnahmen von „Österreich“ aus den Boxen vor den Stationen. [...] Es ist wahrscheinlich, dass sich ein Sichtvorteil für Boxen vor den U-Bahn-Stationen ergibt, weil Fahrgäste an diesen Boxen zuerst vorüberkommen und somit hier zum ersten Mal zugreifen können. Eine Entnahmebox vor der Station hat zusätzlich den Vorteil, dass damit auch Passanten erreicht werden, die die U-Bahn nicht benutzen.

Die von der AHVV in den U-Bahn-Stationen aufgestellten Entnahmeboxen sind deutlich größer als jene, die von der MA 46 auf öffentlichem Gut für zulässig erklärt wurden. Anzeichen dafür, dass die Aufstellung von Entnahmeboxen in den U-Bahn-Stationen eine bessere Vertriebsstrategie ist als Boxen außerhalb der Stationen, ergaben sich nicht, weshalb beide Varianten demselben sachlichen Markt zuzuordnen sind.

Im Mai 2011 hatte die AHVV 239 Entnahmeboxen in den U-Bahn-Stationen aufgestellt, weitere 50 bis 100 Entnahmeboxen standen unmittelbar vor den Eingängen der U-Bahn-Stationen auf Flächen der Stadt Wien. Insgesamt waren somit zwischen 289 und 339 „Heute“-Boxen aufgestellt, um die Fahrgäste der Wiener U-Bahn zu erreichen. Im selben Zeitpunkt hatte die ASt 280 legale und 26 illegale Entnahmeboxen vor den U-Bahn-Eingängen und insgesamt 244 Boxen aufgestellt. Im selben Monat waren 63 Standorte in U-Bahn-Stationen ungenutzt (verteilt auf 28 Stationen, in denen Entnahmeboxen grds erlaubt sind). [...]

Der öffentliche Personennahverkehr wird im Bereich Wien hauptsächlich von zwei Unternehmen, nämlich der AG und der ÖBB, durchgeführt. [...] Verlässliche Daten zu den Fahrgastzahlen liegen für die AG nur betreffend U-Bahn-Stationen vor, nicht dagegen betreffend Straßenbahn und Busse, und auch nicht für ÖBB-Stationen. Aus Zählungen der Fahrgäste durch die AG auf den Bahnsteigen im U-Bahn-Bereich kann eine geschätzte Summe von reinen Einstiegsvorgängen von rund 1,3 Millionen Fahrgästen pro Tag geschätzt werden. Die Bedeutung der S-Bahnen kann nur grob abgeschätzt werden. Ausgehend von den Daten für die Verkehrsverbund-Ost-Region kann eine relative Bedeutung der ÖBB (S-Bahn und Regionalbahnen) für den öffentlichen Personennahverkehr von 17,6% geschätzt werden. Von rund einer Million Umsteigevorgängen pro Tag im Bereich Wien entfallen rund 182.000 auf die ÖBB; daraus ergibt sich ein „Marktverschlusspotential“ von 13,6%.

Da eine Verteilung mittels Entnahmeboxen vor den U-Bahn-Stationen nicht zu wesentlichen Nachteilen im Vergleich zu einer Verteilung mittels Boxen in den Stationen führt, ist es der AG ohne entsprechende Koordination mit der Stadt Wien nicht möglich, an Stationen,

an denen Entnahmeboxen vor den Stationen positioniert werden dürfen, den Zugang zu potentiellen Lesern effektiv zu verschließen. In Stationen, in denen im Eingangsbereich von der Stadt Wien keine Boxen gestattet werden, ist die ASt dagegen davon abhängig, im Inneren der Stationen Entnahmeboxen aufstellen zu können, um die Fahrgäste zu erreichen. Im Hinblick auf Fahrgäste, die auf diese Weise nicht erreicht werden können (zB Umsteiger), kann geschätzt werden, dass der ASt in den Jahren 2010 bis 2011 insgesamt pro Tag rund 7.892 Entnahmen entgangen sind. Ausgehend von den Werbeeinnahmen der ASt errechnet sich ein Betrag von 19 Cent an Netto-Werbeeinnahmen pro vertriebenem Exemplar Gratiszeitung. Multipliziert mit den entgangenen Einnahmen pro Tag ergeben sich entgangene Werbeeinnahmen von rund € 1.500,- pro Tag und damit rund 1,2% der gesamten täglichen Nettowerbeeinnahmen der ASt. [...]

Die ASt beantragt, der AG aufzutragen,

a) die ASt bei der Vergabe von Aufstellplätzen für Zeitungs-Entnahmeboxen innerhalb der Stationsbaulichkeiten von Wiener U-Bahn-Stationen nicht, insb nicht gegenüber der AHVV Verlags GmbH als Herausgeberin der Gratis-Tageszeitung „Heute“, zu behindern bzw durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen zu benachteiligen; hilfsweise

b) die ASt bei der Vergabe von Aufstellplätzen für Zeitungs-Entnahmeboxen innerhalb der Stationsbaulichkeiten von Wiener U-Bahn-Haltestellen nicht dadurch zu behindern, dass ihr auf Standorten in solchen Wiener U-Bahn-Stationen, für welche die AG die AHVV Verlags GmbH als Herausgeberin der Gratiszeitung „Heute“ ermächtigt hat, Zeitungs-Entnahmeboxen aufzustellen, die Aufstellung einer gleichen Anzahl von Zeitungs-Entnahmeboxen an gleich frequentierten Standorten für die Gratis-Tageszeitung „Österreich“ verweigert wird; hilfsweise

c) die ASt bei der Vergabe von Aufstellplätzen für Zeitungs-Entnahmeboxen innerhalb der Stationsbaulichkeiten von Wiener U-Bahn-Haltestellen nicht dadurch zu behindern, dass ihr in namentlich aufgezählten von der AG betriebenen U-Bahn-Stationen die Aufstellung von Zeitungs-Entnahmeboxen für die Gratiszeitung „Österreich“ an gleich frequentierten Standorten wie jenen der Gratis-Tageszeitung „Heute“ in diesen Stationsbaulichkeiten verweigert wird.

Das Verhalten der AG, die auf dem relevanten Markt mit der Stadt Wien eine marktbeherrschende Einheit bilde, benachteilige die ASt durch ungerechtfertigte Ungleichbehandlung und verstoße gegen das Missbrauchsverbot des § 5 Abs 1 Z 2 und 3 KartG sowie gegen Art 102 AEUV.

Die AG beantragte die Abweisung der Begehren. Es bestehe kein eigener Lesermarkt für Gratiszeitungen, der Markt könne nicht auf Entnahmeboxen sowie auf den Bereich Wien beschränkt werden. Ihre Weigerung zum Vertragsabschluss sei sachlich gerechtfertigt, weil die ASt ihrer Verpflichtung zur Zahlung von Reinigungsentgelten aus einer Vereinbarung von 6. 9. 2006 nicht nachgekommen sei, einen Unternehmensübergang nicht mitgeteilt habe und unzulässig Handverleiher einsetze. Es bestehe keine Verpflichtung, eine beschränkt verfügbare Ressource, die an Stammkun-

den vergeben sei, zwischen diesen und neu auf dem Markt auftretenden Nachfragern aufzuteilen.

Das ErstG wies das Hauptbegehren und das erste Eventualbegehren ab und gab dem zweiten Eventualbegehren mit Ausnahme der U-Bahn-Stationen Unter St. Veit, Stadion und Museumsquartier statt. [...]

Gegen diese Entscheidung richteten sich der Rek der ASt mit dem Abänderungsantrag, das Unterlassungsbegehren auch auf die drei vom Abstellauftrag ausgenommenen U-Bahn-Stationen auszudehnen bzw (kumulativ) der AG die Unterlassung auch iS der abgewiesenen (Eventual-)Begehren a) und b) aufzutragen, sowie der Rek der AG, der aus den RekGründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung die Abweisung des Antrags zu erreichen sucht. Letztlich erhebt auch die AHVV als „nicht aktenkundige Partei“ Rek gegen diese Entscheidung.

Der OGH hob die angefochtene Entscheidung auf und verwies die Sache an das ErstG zurück. Den Rek der AHVV wies er zurück.

Aus der Begründung:

[Einmaligkeit des Rechtsmittels]

I. Vorauszuschicken ist, dass sämtliche den Rekursen nachfolgende Eingaben der Streitparteien im Hinblick auf den Grundsatz der Einmaligkeit des RM (RIS-Justiz RS0041666) unzulässig und daher zurückzuweisen sind.

[Grundsätze für die Abgrenzung des betroffenen Marktes]

II.1.1. IZm der sachlichen Marktgrenzung bemängelt die AG, dass sowohl die Handverteilung von Gratiszeitungen als auch der Vertrieb über sog „Zeitungstaschen“ in den Markt einzubeziehen gewesen wären. Die Feststellungen zu den Zeitungstaschen seien zu ungenau, um das Vertriebspotential beurteilen zu können. Im Übrigen werde die Zeitschrift „Österreich“ auch unter der Woche in Wien als Kaufzeitung angeboten.

II.1.2. Der Markt ist der zentrale Grundbegriff des Wettbewerbsrechts. Aus volkswirtschaftlicher Sicht ist er der ökonomische Ort des Tausches, definiert durch die Marktteilnehmer, die sich als Anbieter und Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen mit gegensätzlichen und wirtschaftlichen Interessen gegenüberstehen (16 Ok 15/08 mwN). IS des Kartellrechts sind Märkte wirtschaftliche Sachverhalte. Die Frage der Marktgrenzung ist daher eine Tatfrage, soweit es sich dabei um die Feststellung objektiv überprüfbarer Abgrenzungskriterien handelt, sie ist Rechtsfrage, soweit es um eine Bewertung der der Marktgrenzung zugrunde liegenden Methode geht (16 Ok 15/08; RIS-Justiz RS0124421). Die Aufgabe der Marktgrenzung bei der Beurteilung kartellrechtlicher Sachverhalte liegt darin, Wettbewerbsbeziehungen zu identifizieren. Mit der Abgrenzung eines Marktes sowohl in seiner sachlichen als auch seiner räumlichen Dimension soll ermittelt werden, welche konkurrierenden Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der beteiligten Unternehmen Schranken zu setzen und sie daran

zu hindern, sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck zu entziehen (16 Ok 6/12; RIS-Justiz RS0129158).

II.1.3. Bei der sachlichen Abgrenzung ist auf Austauschbarkeitsrelationen aus Sicht der Bedarfsträger abzustellen. Es kommt in erster Linie auf die funktionelle Austauschbarkeit der fraglichen Güter oder Dienstleistungen aus der Sicht des verständigen Abnehmers an. Zu einem Markt werden sämtliche Produkte oder Leistungen gerechnet, die aus der Sicht der Marktgegenseite wegen ihrer Eigenschaften zur Befriedigung des gleichen Bedarfs im selben Maß geeignet sind, während ihre Austauschbarkeit mit anderen Erzeugnissen oder Leistungen gering ist (RIS-Justiz RS0063539). Die Beurteilung des sachlich betroffenen Marktes erfolgt nach dem Bedarfsmarktkonzept (RIS-Justiz RS0124671).

[Marktabgrenzung im Anlassfall]

II.1.4. Im Anlassfall betroffener Markt ist jener für Vertriebskanäle für Gratiszeitungen in Wien in Stationen der U-Bahn oder unmittelbar vor dem Stationseingang (so zutr der angefochtene Beschluss S 94: Zuordnung zum selben sachlichen Markt; zur wirtschaftlichen Einheit zwischen AG und Stadt Wien s unten Pkt II.2.), die im Hinblick auf den Kontakt mit potentiellen Lesern austauschbar sind (angefochtener Beschluss S 83). Zu diesem Markt gehören demnach jedenfalls folgende Vertriebskanäle:

- a) bestehende und potentielle Boxen in den Stationen;
- b) bestehende und potentielle Boxen unmittelbar vor dem Stationseingang (bis zu 5 m Entfernung);
- c) bestehende und potentielle SB-Taschen („Leitern“) unmittelbar vor dem Stationseingang;
- d) Handverteilung unmittelbar vor dem Stationsbereich.

[Fehlende Feststellungen zu relevanten Fragen]

II.1.5. Die Feststellungen des Kartellgerichts reichen allerdings, wie die RekWerberin am Beispiel der vom Kartellgericht in seine Überlegungen nicht einbezogenen Vertriebsformen der Handverteilung und der SB-Taschen zutr aufzeigt, nicht aus, um abschließend beurteilen zu können, ob die ASt auf diesem Markt durch Verhalten der AG einer Ungleichbehandlung ausgesetzt ist.

Zwar hat das Kartellgericht zur Handverteilung festgestellt, dass diese Vertriebsform nur von „Österreich“ eingesetzt wurde und im Zeitraum 7. 2. bis 12. 4. 2011 (nur) rund 6% der gesamten in Wien vertriebenen Auflage ausmachte, während die AHVV diese Form des Vertriebs überhaupt nicht nützt, und dass die AG bestrebt war, die Handverteilung einzuschränken, weil sie zu Behinderungen des Betriebs der AG führen kann. Ungeklärt blieb aber in diesem Zusammenhang, ob es sich bei der Handverteilung im Nahbereich von U-Bahn-Stationen um eine regelmäßig verwendete bzw noch andauernde Form des Vertriebs der Zeitung der ASt handelt, bejahendenfalls, welchen Umfang diese Vertriebsform erreicht.

Ähnliches gilt für die Vertriebsform der SB-Taschen („Leitern“) vor Stationseingängen, die bei der Beurteilung der Marktanteile nicht ausgeblendet werden dürfen, von denen aber nicht feststeht, wie viele die ASt dort verwendet und welches Gesamtpotential an Zeitungen sie damit anbietet.

Nicht abschließend beurteilt werden kann auch die Gesamtzeitungsmenge, die die beiden konkurrierenden Marktteilnehmer in Entnahmeboxen in den Stationen und in unmittelbarer Nähe der Stationseingänge anbieten oder anbieten könnten. Aufklärungsbedürftig ist in diesem Zusammenhang insb die (offenbar unterschiedliche) Größe der Entnahmeboxen und deren jeweilige Füllmenge, die Unterscheidung in einfache Boxen und Doppelboxen und die Anzahl der von der ASt nutzbaren potentiellen Aufstellplätze für Entnahmeboxen.

Nach den Feststellungen hat die AG 2010 „*angesichts des bereits anhängigen Kartellverfahrens*“ die Aufstellung zusätzlicher Entnahmeboxen in den neu geschaffenen Stationen nicht mehr gestattet. Nicht geklärt ist damit aber auch, ob die AG nach Abschluss des Kartellverfahrens bereit ist, weitere Aufstellplätze für die Entnahmeboxen in den U-Bahn-Stationen (insb in den mittlerweile neu errichteten und bisher noch unbestückten Stationen) zu genehmigen, und falls ja, wie viele, weil bejahendenfalls solche Aufstellplätze auch dem betroffenen Markt als potentiell verfügbar hinzuzurechnen wären.

In welchem zeitlichen Umfang die Zeitung der ASt auch als Kaufzeitung in Supermärkten und Trafiken angeboten wird, spielt hingegen im Anlassfall keine Rolle, weil dieser Vertriebsweg schon aus räumlichen Gründen nicht mit Vertriebswegen in unmittelbarer Stationsnähe vergleichbar ist und die wenigen Verkaufsstellen für Kaufzeitungen in Stationsgebäuden nicht spürbar ins Gewicht fallen.

[Keine Bedenken an Feststellungen zur räumlichen Marktabgrenzung]

II.1.6. Die Feststellungen zur räumlichen Marktabgrenzung hält die RekWerberin für „*vage und nicht quantifiziert*“. Es fehlten quantifizierende Ausführungen, in welchem Maß beide Zeitungen tatsächlich mit einem regionalen Fokus gebucht würden und in welchem Ausmaß Kunden außerhalb Wiens für den Vertrieb einer Tageszeitung deutlich, schwieriger zu erreichen seien. Diese Kritik ist unbegründet.

Aus den Feststellungen geht hervor, dass die Reichweite von sowohl „Heute“ als auch „Österreich“ im Bundesschnitt bei rund 10% liegt („Heute“ 12%, „Österreich“ 9,6%), dagegen in Wien bei 37,6% („Heute“) bzw 22% („Österreich“). Daraus ergibt sich, dass die regionale Reichweite beider Zeitungen in Wien im Vergleich zum Bundesschnitt, aber auch im Vergleich zur nächsthöchsten Reichweite (jeweils NÖ mit 13% für „Heute“ und 11,9% für „Österreich“) zwei- bis dreimal so hoch ist wie im Bundesschnitt und in der nächsthöchsten regionalen Reichweite. Angesichts solcher Beweisergebnisse war die Vorgangsweise des ErstG, von der räumlichen Konzentration der Reichweiten auf eine entsprechende räumliche Konzentration der Marktabgrenzung auf Wien zu schließen, grds unbedenklich.

[AG und Stadt Wien bilden wirtschaftliche Einheit]

II.2.1. Das Kartellgericht hat iZm der Prüfung einer Marktbeherrschung die AG und die Stadt Wien mit zutr Argumenten als **wirtschaftliche Einheit** aufgefasst. Die von der AG in ihrem Rek vorgebrachten Einwen-

dungen gegen die Annahme einer unternehmerischen Tätigkeit der Stadt Wien iZm der Aufstellung von Entnahmeboxen insb im Nahbereich von U-Bahn-Stationen überzeugen nicht.

[Abgrenzung zwischen privatwirtschaftlicher und hoheitlicher Tätigkeit]

II.2.2. Die RMWerberin meint, dass die zur Aufstellung gewährte Gestaltungserlaubnis gem § 1 Wiener GebrauchsabgabenG untrennbar mit dem StVO-Bescheid verbunden sei, in Bescheidform erteilt werde und daher ein hoheitlicher Akt sei. Zwar bestehe kein entsprechender Tarif im Gesetz, und es sei auch gem § 1 Abs 2 des genannten Gesetzes eine privatrechtliche Zustimmung der Stadt Wien als Grundeigentümerin erforderlich, mit der der Genehmigungserber zivilrechtlich verpflichtet werde, einen der Gebrauchsabgabe vergleichbaren Betrag für die öffentliche Nutzung des Gutes zu entrichten, die Stadt Wien erteile aber gem § 1 Abs 2 des Gesetzes die Zustimmung zur Benutzung der Flächen durch die MA 28, die nicht berechtigt sei, unternehmerische Tätigkeiten zu erbringen.

Mit diesem Vorbringen gesteht die RekWerberin letztlich selbst zu, dass es sich hier um eine privatrechtliche Form der Zustimmung zur Benutzung der Zeitungsentnahmeboxen auf öffentlichem Grund handelt.

Darüber hinaus ist gem § 82 Abs 1 StVO für die Benutzung von Straßen einschließlich des darüber befindlichen, für die Sicherheit des Straßenverkehrs in Betracht kommenden Luftraums zu anderen Zwecken als solchen des Straßenverkehrs, zB zu gewerblichen Tätigkeiten und zur Werbung, unbeschadet sonstiger Vorschriften eine Bewilligung nach der StVO notwendig. Die Bewilligung ist nach Abs 5 leg cit zu erteilen, wenn durch diese Straßenbenutzung die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs nicht wesentlich beeinträchtigt wird und eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Lärmentwicklung nicht zu erwarten ist. Bereits aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt sich, dass damit nur die straßenverkehrsrechtlichen Implikationen sonstiger Tätigkeiten auf Straßen in Bezug auf die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs beurteilt werden, nicht aber andere Kriterien der Vergabe solcher Flächen, wie zB Gebrauchsgebührengesetze, Straßenverwaltungsgesetze, Bauordnungen, Naturschutzgesetze (vgl *Pürstl*, StVO¹² § 82 StVO Anm 3); ebenso wenig entschieden wird in diesem Zusammenhang die Frage, wem von mehreren potentiellen Anspruchstellern eine bestimmte Fläche zur Benutzung überlassen wird.

Anmerkung:

Diese Entscheidung betrifft drei wesentliche Themen. Zunächst die (klassische) **Frage der Marktdefinition**. Hier hatte das ErstG den Markt offensichtlich zu eng gefasst, da man wohl von Substitutionsbeziehungen zwischen der Entnahmemöglichkeit von Gratis-Tageszeitungen aus Boxen in den U-Bahn-Stationen und der Verteilung oder Entnahmemöglichkeit solcher Zeitungen unmittelbar vor den Stationseingängen ausgehen muss. Da das ErstG zu diesen (und al-

Ob die MA 28 berechtigt ist, unternehmerische Tätigkeiten zu erbringen oder nicht, ist daher nicht relevant. Im Übrigen kommt es für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Frage, ob das Handeln einer Gebietskörperschaft hoheitlich oder privatwirtschaftlich anzusehen ist, nicht auf die Rechtsform an, in der der zu beurteilende Akt ergeht (vgl 16 Ok 12/03).

[Marktbeherrschung durch „wirtschaftliche Einheit“]

II.2.3. Addiert man nach dem Gesagten die Marktmacht der Stadt Wien in ihrer Eigenschaft als Verfügungsbefugte Grundeigentümerin öffentlichen Gutes im Nahbereich der U-Bahn-Stationen mit jener der AG (deren Alleineigentümerin die Stadt Wien ist) als Verfügungsbefugte über die U-Bahn-Stationen, kann mit dem Gutachten und dem ErstG kein Zweifel an der Beherrschung des relevanten Marktes durch diese wirtschaftliche Einheit bestehen.

[Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung im fortgesetzten Verfahren zu prüfen]

II.2.4. Ob sich die AG marktmissbräuchlich verhält, kann aber mangels ausreichender Feststellungen über den Gesamtumfang des relevanten Marktes noch nicht abschließend beurteilt werden. Es steht nämlich in keiner Weise fest, wie viele (dem Markt angehörende) potentielle Aufstellplätze für Entnahmeboxen in unmittelbarer Nähe von U-Bahn-Stationen bestehen und wie viele dieser Standorte derzeit an die ASt und an die AHVV vergeben sind oder durch Anmietung von der Stadt Wien noch verfügbar wären.

III. Ausgehend von der vom erkSen gebilligten Rechtsansicht über die dem Markt hinzuzurechnende privatwirtschaftliche Tätigkeit der Stadt Wien bei der Vergabe von Standorten für Zeitungsentnahmeboxen im Nahbereich von U-Bahn-Stationen werden daher im fortgesetzten Verfahren Feststellungen über die in den Pkt II.1.5. und II.2.4. aufgezeigten Umstände nachzuholen sein. Auf dieser verbreiterten Basis wird sodann zu beurteilen sein, ob ein Marktmachtmissbrauch der AG vorliegt. [...]

[Keine Rekurslegitimation des Mitbewerbers]

V. Der Rek der Einschreiterin AHVV war zurückzuweisen. Wie der Senat bereits in seiner E 16 Ok 3/11¹⁾ ausgesprochen hat, kommt ihr in diesem Verfahren Parteistellung – und damit RekLegitimation – nicht zu.

1) Verteilerboxen in U-Bahnstationen, ÖBl 2012/10, 39.

lenfalls weiteren) Fragen keine ausreichenden Sachverhaltsfeststellungen getroffen hatte, wird es im fortgesetzten Verfahren wahrscheinlich nicht umhin kommen, abermals ein Sachverständigengutachten oder zumindest ein Ergänzungsgutachten zu den Marktgegebenheiten in Auftrag zu geben. Hier fällt ins Gewicht, dass das bisher maßgebende Gutachten offensichtlich aus dem Jahr 2011 datiert. Damit zeigt sich wieder einmal die Krux einer langen Verfahrensdauer. Denn die Verwendbarkeit eines über vier Jahre



alten Gutachtens im Medienbereich ist schon per se anzuzweifeln.

Wesentlich überraschender ist, dass das KOG relativ lapidar die **Zuteilung von Standorten für Gratiszeitungsboxen** durch die Stadt Wien (in Form einer sog „Gebrauchserlaubnis“, die von der MA 28 erteilt wird) als dem **Kartellrecht unterworfenen Tätigkeit** sieht. Denn damit müsste die Erteilung von Gebrauchserlaubnissen „unternehmerisch“ sein – die insofern zu erwartende Analyse ist dem KOG-Beschluss jedoch nicht zu entnehmen. In Pkt II.2.2 zweiter Absatz spricht das KOG nur davon, dass die Zustimmung in einer privatrechtlichen Form erfolgt sei, und scheint damit zu implizieren, dass dies bereits dafür ausreicht, eine unternehmerische Tätigkeit iSd Kartellrechts anzunehmen. Das ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr muss eine inhaltliche Analyse vorgenommen werden, ob die betreffende Tätigkeit als Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr angesehen werden kann, dh in ausreichendem Maße marktbezogen ist oder nicht.²⁾ Anders formuliert: Es gibt – materiell betrachtet – hoheitliches Handeln, privatrechtliches Handeln ohne unternehmerischen Charakter und privatrechtliches Handeln mit unternehmerischem Charakter.³⁾ Nur Letzteres unterliegt dem Kartellrecht. In die zweite Kategorie fällt hingegen eine Tätigkeit der öffentlichen Hand, die an sich der hoheitlichen Sphäre zuzuordnen wäre, aber (zB aus Vereinfachungsgründen) in privatrechtlicher Form erfolgt, aber auch der große Bereich eines privatrechtlichen Handelns des Staates (oder auch anderer Personen), das nicht als Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr qualifiziert werden kann. Dazu gehören alle Formen nicht marktgerichteter Tätigkeiten, etwa im sozialen, karitativen oder kunstbezogenen Bereich, oder auch die bloße Vermögensverwaltung. Diese wesentliche Unterscheidung ist der vorliegenden Entscheidung nicht zu entnehmen: Das KOG unterscheidet zwar richtig zwischen hoheitlichem und privatwirtschaftlichem Handeln und hält dabei fest, dass es nicht auf die Rechtsform des zu beurteilenden Verhaltens ankomme, es verknüpft diese Überlegung aber nicht mit der Frage, ob denn die konkrete Tätigkeit der Privatwirtschaftsverwaltung auch unternehmerischen Charakter hat oder nicht.

Richtigerweise wäre das Erteilen der „Gebrauchserlaubnis“ durch die MA 28 darauf zu prüfen gewesen,

ob es sich dabei um eine wirtschaftliche, marktgerichtete Tätigkeit handelt oder nicht. Wenn – wie hier – die Gebrauchserlaubnis in einem bescheidähnlichen Verfahren nach im Vorhinein festgelegten Kriterien erteilt wird, wobei diese Kriterien iW öffentlich-rechtliche Schutz- und Ordnungsfunktionen haben, und auch keine marktbezogene Preisbildung stattfindet, spricht einiges dafür, darin keine unternehmerische Tätigkeit zu sehen. Darauf deutet auch hin, dass das Entgelt für verschiedene Boxenstandorte – unabhängig von deren Attraktivität, die wohl nach der Passantenfrequenz sehr unterschiedlich sein kann – gleich hoch ist und über viele Jahre unverändert blieb. Damit scheint das „Entgelt“ wohl eher den Charakter einer Gebühr zu haben als jenen eines Marktpreises. Zudem ist für einen Boxenstandort neben der Gebrauchserlaubnis auch noch ein Bescheid der MA 46 gem § 82 StVO erforderlich, weswegen diese beiden Genehmigungserfordernisse (von denen eines auch formal hoheitlich ist) wohl zusammen betrachtet werden müssten. Möglicherweise wurde diese Frage vom KOG aber auch deshalb nicht vertieft, weil es darauf wegen der Aufhebung des erstgerichtlichen Beschlusses aufgrund der mangelhaften Marktdefinition nicht mehr ankam. Der diesbezüglichen Analyse wird man sich jedoch im zweiten Rechtsgang – sofern dort noch relevant – nicht entziehen können.

Zu guter Letzt ist noch zu erwähnen, dass die Parteien offensichtlich versucht hatten, noch nach dem Rek und der RekBeantwortung Schriftsätze auszutauschen, was das KOG richtigerweise nicht zugelassen hat. Zwar ermöglicht das AußStrG ein **neues Vorbringen** unter gewissen Umständen auch **in der zweiten Instanz**. Hier relevant ist aber der Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels, dh selbst neues Vorbringen kann nach Austausch von Rek und RekBeantwortung im Verfahren vor dem KOG nicht mehr erstattet werden. Zum Versuch eines außenstehenden Dritten (des anderen Gratiszeitungsverlags), ebenfalls einen Rek zu erstatten, obwohl er nicht Verfahrenspartei war, verweist das KOG zutreffend auf seine Rsp zur restriktiven Interpretation des Parteibegriffs im Kartellverfahren.

Raoul Hoffer,

BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH

²⁾ Vgl EuGH C-138/11, *Compass-Datenbank*, Rz 35 ff.

³⁾ Vgl *Herrmann* in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht² I (2015) Einl Rz 955.

