

TE OGH 2015/6/11 16Ok8/14h

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.06.2015

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rechtsmittelgericht in Kartellrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Schramm und Dr. E. Solé sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Haas und Dr. Dernoscheg als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Antragstellerin Mediengruppe „Österreich“ GmbH, Wien 1, Friedrichstraße 10, vertreten durch Dr. Norbert Gugerbauer, Rechtsanwalt in Wien, gegen die Antragsgegnerin Wiener Linien GmbH & Co KG, Wien 3, Erdbergstraße 202, vertreten durch Dr. Norbert Wiesinger, Rechtsanwalt in Wien, sowie der Amtsparteien 1. Bundeskartellanwalt, Wien 1, Schmerlingplatz 11, und 2. Bundeswettbewerbsbehörde, Wien 2, Praterstraße 31, wegen § 26 KartG, über die Rekurse der Antragstellerin, der Antragsgegnerin sowie der Einschreiterin AHVV Verlags GmbH, Wien 19, Heiligenstädter Straße 29/6, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 29. Jänner 2014, GZ 26 Kt 31/09-190, in nichtöffentlicher Sitzung den

Der Oberste Gerichtshof hat als Rechtsmittelgericht in Kartellrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Schramm und Dr. E. Solé sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Haas und Dr. Dernoscheg als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Antragstellerin Mediengruppe „Österreich“ GmbH, Wien 1, Friedrichstraße 10, vertreten durch Dr. Norbert Gugerbauer, Rechtsanwalt in Wien, gegen die Antragsgegnerin Wiener Linien GmbH & Co KG, Wien 3, Erdbergstraße 202, vertreten durch Dr. Norbert Wiesinger, Rechtsanwalt in Wien, sowie der Amtsparteien 1. Bundeskartellanwalt, Wien 1, Schmerlingplatz 11, und 2. Bundeswettbewerbsbehörde, Wien 2, Praterstraße 31, wegen Paragraph 26, KartG, über die Rekurse der Antragstellerin, der Antragsgegnerin sowie der Einschreiterin AHVV Verlags GmbH, Wien 19, Heiligenstädter Straße 29/6, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 29. Jänner 2014, GZ 26 Kt 31/09-190, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

1. Dem Rekurs der Antragsgegnerin wird Folge gegeben, die angefochtene Entscheidung aufgehoben und die Sache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurückverwiesen.
2. Die Antragstellerin wird mit ihrem Rekurs auf diese Entscheidung verwiesen.
3. Der Rekurs der Einschreiterin AHVV wird zurückgewiesen.
4. Die nachträglichen Schriftsätze der Antragstellerin bzw der Antragsgegnerin vom 5. Juni 2014, 22. September 2014, 1. Oktober 2014, 22. Oktober 2014 und 14. Jänner 2015 werden zurückgewiesen.

Text

Begründung:

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

Die Antragsgegnerin betreibt unter anderem 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 Antragsgegnerin. Alleinaktionärin der Wiener Stadtwerke Holding AG ist die Stadt Wien.

Einem Gemeinderatsbeschluss entsprechend schlossen die Antragsgegnerin und die Stadt Wien am 8. 1. 2008 einen Aufsichts- und Kontrollvertrag, in dem sich die Antragsgegnerin verpflichtet, für die Stadt Wien Dienstleistungen im öffentlichen Personennahverkehr aufgrund eines zwischen den Vertragsparteien 2002 geschlossenen Personennahverkehrs- und Finanzierungsvertrags zu erbringen. Danach ist es der Stadt Wien möglich, auf die Bestellung des Geschäftsführers der Antragsgegnerin Einfluss durch einen Koordinationsausschuss zu nehmen, der ein Beirat der Generalversammlung ist und dem die über Vorschlag der Stadt Wien in den Aufsichtsrat der Antragsgegnerin entsandten Personen angehören.

Im August 2004 schlossen die Antragsgegnerin und die AHVV Verlags GmbH (eine Mitbewerberin der Antragstellerin, die die 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 Zeitungsboxen gestattete und die dafür notwendigen Flächen zur Verfügung stellte. Ab 1. 9. 2004 war ein monatliches Entgelt von 80 EUR netto je aufgestellter Zeitungsbox (wertgesichert) 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 Einhaltung einer einjährigen Kündigungsfrist bzw der jederzeitigen außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund, insbesondere bei Notwendigkeit der Räumung oder Neuaufrichtung eines Standorts aus verkehrstechnischen, betrieblichen oder öffentlichen Interessen.

Die von der AHVV herausgegebene Tageszeitung wurde zwischen September 2004 und 2006 zunächst nur in Wien, und zwar ausschließlich über Entnahmeboxen in den U-Bahn-Stationen, vertrieben. Ab 2006 bemühte sich die AHVV um Aufstellplätze in Wien außerhalb der U-Bahn-Stationen und vertrieb ihre Zeitung auch in Niederösterreich, Oberösterreich und im Nordburgenland.

Vor Abschluss des Vertrags vom August 2004 fand eine Begehung der U-Bahn-Stationen statt, bei der festgelegt wurde, welche Standorte prinzipiell für die Aufstellung von Entnahmeboxen geeignet und möglich sind (damals rund 280 Standorte). Die AHVV wollte letztlich nicht alle verfügbaren Standorte benutzen und veränderte auch nach Beginn des Vertriebs sowohl die Anzahl als auch die konkreten Standorte immer wieder. Insbesondere wurden später im Rahmen des U-Bahn-Ausbaus neue Stationen und neue Entnahmestellen geschaffen. Im Zuge der Verlängerung der U2 im Jahr 2010 gestattete die Antragsgegnerin ihrer Vertragspartnerin angesichts des am 10. 12. 2009 anhängig gewordenen Kartellverfahrens die Aufstellung zusätzlicher Entnahmeboxen in den neu geschaffenen Stationen nicht mehr. 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 Antragstellerin betriebenen Zeitungsprojekts traten in der Folge an die Antragsgegnerin 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 Antragsgegnerin stellte sich prinzipiell auf den Standpunkt, dass es über die vor Beginn des Vertriebs von „Heute“ festgelegten Stellflächen für Entnahmeboxen in den U-Bahn-Stationen hinaus keine weiteren Flächen gebe, sodass dem „Österreich“-Konzern nur jene Flächen überlassen werden könnten, die die AHVV nicht für „Heute“-Boxen beanspruche. In diesem Zusammenhang wurde am 26. 4. 2006 eine damals aktuelle Aufstellung der Standplätze von „Heute“-Boxen in den einzelnen U-Bahn-Stationen übermittelt, die einen Ist-Zustand und einen Soll-Zustand mit der maximal verfügbaren Anzahl der Entnahmeboxen enthielt, und zwar 276 mögliche und 210 von AHVV belegte Standorte. Mit E-Mail vom 4. 5. 2006 bedankten sich die damaligen Repräsentanten der nunmehrigen

Antragstellerin für die „positive Bescheidung“ von 66 Standorten, bestätigten die Annahme dieser Standplätze und ersuchten um Bekanntgabe der Kosten für die Nutzung dieser Standorte sowie Übermittlung eines Vertragsentwurfs. Letztlich scheiterte der Vertragsabschluss über die damals verfügbaren 66 Standorte daran, dass die Vertreter der Mitbewerberin von AHVV klarstellten, sie wollten gleich viele Standorte haben wie ihre Konkurrentin.

In der Folge kam es zu umfangreichen Gesprächen und Interventionen, die der damalige Leiter des Presse- und Informationsdienstes der Stadt Wien zum Anlass nahm, sich jahrelang um eine einvernehmliche Lösung zu bemühen und Vergleichsvorschläge zu erstatten (die aber letztlich alle scheiterten). So hatte er bereits im Sommer 2006 die Idee, Zeitungsboxen für Österreich vor den Ein- und Ausgängen der U-Bahn-Stationen aufzustellen, weshalb sich die Antragstellerin ab Sommer 2006 um die Erlangung entsprechender Bewilligungen bei der MA 46 bemühte, weil der Bereich unmittelbar außerhalb der Stationen zu ungefähr 85 % öffentlicher Grund der Stadt Wien ist, also nicht im Eigentum der Antragsgegnerin steht.

Nach Einbringung des Abstellungsantrags beim Kartellgericht im Dezember 2009 fragte der damalige Rechtsvertreter der Antragstellerin an, ob die Antragsgegnerin der Antragstellerin gestatte, die zumindest 66 freien Standorte für Zeitungsboxen zu den selben Bedingungen, wie mit der AHVV vereinbart, zu nutzen. Daraufhin antwortete der Rechtsvertreter der Antragsgegnerin am 15. 1. 2010, dass eine konkrete Verfügbarkeitsprüfung der Standorte eingeleitet worden sei, und gab Mitte März 2010 bekannt, dass hinsichtlich der freien Standorte von verschiedenen Unternehmen Nachfragen vorlägen. Die von der Antragstellerin vorgeschlagene Nutzung sehe lediglich Standorte an der Oberfläche, nicht aber die Nutzung der U-Bahn-Stationen vor, was für die Antragsgegnerin die Vermutung nahelege, dass die Antragstellerin (wie schon 2006) tatsächlich kein Interesse an Standorten in den U-Bahn-Stationen habe, sondern lediglich eine ausreichende Zahl von Standorten an der Oberfläche durchsetzen wolle.

Am 18. 12. 2006 erteilte der Magistrat der Stadt Wien, MA 28, Straßenverwaltung und Straßenbau, der „Österreich“ Zeitungsverlag GmbH eine „Gestaltungserlaubnis“ des Inhalts, dass das Aufstellen von Zeitungsständern zur Entnahme der Gratiszeitung „Österreich“ auf den von der MA 28 verwalteten Grundstücken gemäß der „in der Standortliste angegebenen StVO-Bescheide“ gegen jederzeitigen Widerruf gestattet wurde. Dafür hatte die Antragstellerin ab Oktober 2006 ein monatliches Entgelt von 40 EUR zuzüglich USt zu bezahlen. Spätestens 2009 begann die Antragstellerin damit, Boxen auch ohne Genehmigung der MA 46 auf öffentlichem Grund aufzustellen. Um diesem „Wildwuchs“ an Entnahmeboxen (in erster Linie seitens der Antragstellerin, teilweise aber auch seitens der AHVV) entgegenzuwirken, teilte die Stadt Wien sowohl der Antragstellerin als auch AHVV mit, Neuanträge bis auf weiteres nicht mehr zu bewilligen. Im Jänner 2013 waren daher 165 derartige Anträge der Antragstellerin offen, über die bis Jänner 2014 nicht entschieden war.

Die Antragstellerin verfügt 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 Antragstellerin 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 Antragstellerin war zwischen den Streitparteien umstritten. Die Antragsgegnerin 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 Antragsgegnerin für die Handverteilung von Zeitungen und Broschüren aus den Stationen zu verweisen. Die Antragsgegnerin hat überdies im November 2013 gegen die Antragstellerin beim Handelsgericht Wien eine Unterlassungsklage eingebracht, mit der sie erreichen will, dass es der Antragstellerin verboten wird, die Tageszeitung „Österreich“ in den Wiener U-Bahn-Stationen durch Handverteiler verteilen zu lassen.

Zur Marktabgrenzung traf das Kartellgericht folgende Feststellungen:

Gratiszeitungen sind sogenannte zweiseitige Märkte. Sie bedienen sowohl Leser-, als auch Anzeigenmärkte. Dabei gilt, dass mit Zunahme der Leserschaft eines Mediums auch die Attraktivität für die Werbewirtschaft steigt. Zentrales Kriterium für den Anzeigenmarkt ist die Reichweite des Mediums. Ein Verhalten, das den Wettbewerber im Vertrieb seiner Gratiszeitung behindert, kann deshalb zu einer Reduktion der Reichweite auf dem Lesermarkt und damit zu

einem Einnahmenrückgang auf dem Anzeigenmarkt führen.

Auf den Anzeigenmärkten kann in räumlicher Hinsicht grob zwischen nationalen, regionalen und lokalen Anzeigenkampagnen unterschieden werden. Nationale Anzeigenkampagnen unterscheiden sich in der Intensität der Belegung von Printmedien. So gibt es Kampagnen, die lediglich eine Grundbelegung in einem nationalen Medium buchen, für andere Kampagnen werden zusätzlich regional starke Medien gebucht. Andere Kampagnen, wie etwa die wöchentlichen nationalen Sonderangebote des Lebensmitteleinzelhandels, werben nahezu flächendeckend in einer Vielzahl von unterschiedlichen Printmedien. Die Grundbelegung in einem nationalen Medium wird nach dessen nationaler Reichweite entschieden. Zubuchungen von starken regionalen Medien sind abhängig von deren regionaler Reichweite. „Österreich“ ist bundesweit entweder als Gratis-Tageszeitung oder als Kauf-Tageszeitung verfügbar, schwerpunktmäßig in Wien, Niederösterreich und im Nordburgenland, während „Heute“ grundsätzlich lediglich in Ostösterreich präsent ist. Gemessen an der Reichweite lag im ersten Halbjahr 2011 „Heute“ gemeinsam mit der „Kleine Zeitung“ auf Platz 2 hinter der „Krone“, „Österreich“ folgte auf Platz 4.

Der Großteil der Werbekampagnen sowohl von „Österreich“ als auch von „Heute“ sind nationale Werbekampagnen; in dem Maße, in dem sie mit regionalem Fokus auf Ostösterreich und Wien gebucht werden, sind aber auch für solche nationalen Werbekampagnen regionale Reichweiten von Bedeutung. Kunden außerhalb Wiens können mit einer Gratis-Tageszeitung deutlich schwieriger erreicht werden; für einen nicht zu vernachlässigenden Teil der Anzeigenkampagnen ist daher von einem Wiener Markt auszugehen.

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 durchschnittlichen Vertriebskosten für Gratis-Tageszeitungen, die über Entnahmeboxen in Wien und im Umland verteilt werden, liegen bei etwa 2,6 Cent je Exemplar. In Wien durften 2011 Selbstbedienungstaschen von Kaufzeitungen lediglich am Wochenende aufgehängt werden; dieser Vertriebsweg war daher für Gratiszeitungen nicht nutzbar.

Der Antragstellerin wurde zu einem nicht mehr feststellbaren Zeitpunkt nach 2011 zwecks Verteilung ihrer Gratiszeitung von der MA 46 für Wien die Aufstellung von sogenannten „Leitern“ mit je sechs Plastiktaschen bewilligt, wobei pro Tasche bis zu 12 Exemplare der Zeitung untergebracht werden können. Die genaue Anzahl der genehmigten Leitern konnte nicht festgestellt werden, es sind jedenfalls weniger als 450. Die Antragstellerin setzt für den Vertrieb ihrer Gratis-Tageszeitungen auch Handverteiler ein, während die AHV im Vertrieb ausschließlich Entnahmeboxen und Selbstbedienungstaschen verwendet.

Zwischen Februar und April 2011 betrug der Anteil von „Österreich“ an der gesamten über Verteiler in Wien vertriebenen Auflage rund 6 %. Die Kosten des Vertriebs über Verteiler hängen stark von der Frequenz des Platzes ab, auf dem sie steht. Weder „Heute“ noch „Österreich“ werden mittels nicht adressierter Hauszustellung vertrieben. „Österreich“ wird als Hybrid-Tageszeitung etwa zur Hälfte auch als Kauf-Tageszeitung abgesetzt. In Wien wird „Österreich“ nur am Wochenende als Kaufzeitung angeboten, wobei die meisten Leser die Zeitung ohne Zahlung entnehmen.

Innerhalb Wiens schwanken die Vertriebskosten bei Entnahmeboxen erheblich, je nach dem, wie stark frequentiert der Platz ist, auf dem sich die Box befindet. Dies liegt daran, dass die durchschnittlichen Kosten pro Box unabhängig von der Kundenfrequenz in etwa gleich hoch sind. Im Mai 2011 waren rund 69 % der Entnahmeboxen von „Österreich“ auf Flächen in der Nähe von U-Bahn-Stationen bzw. Bahnhöfen ausgestellt, 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 Lebensmitteleinzelhandels 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. Statistisch kann nur ein geringer negativer Einfluss von Niederschlag auf die Entnahme von Zeitungen festgestellt werden. Bei Regenwetter geht nicht nur die Entnahme aus nicht überdachten Boxen sondern auch jene aus Boxen an überdachten Stellen zurück. 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 dem selben 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 Antragstellerin 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 ungenützt (verteilt auf 28 Stationen, in denen Entnahmeboxen grundsätzlich erlaubt sind).

Auf Basis der Zeitungsentnahmen im Mai 2011 ergibt sich ein Marktanteil von 20 bis 30 % für die Antragsgegnerin bei einem geografisch weiten Markt, der das gesamte Bundesgebiet umfasst, und ein Marktanteil von 30 bis 40 % in Wien. Der Marktanteil der Stadt Wien inklusive der Antragsgegnerin liegt für ganz Österreich bei 40 bis 50 % und in Wien bei 60 bis 70 %.

Der öffentliche Personennahverkehr wird im Bereich Wien hauptsächlich von zwei Unternehmen, nämlich der Antragsgegnerin und der ÖBB durchgeführt. Daneben gibt es die ebenfalls im Eigentum der Stadt Wien stehende Badner Bahn sowie das private Busunternehmen Dr. Richard in den Außenbezirken von Wien, den ÖBB-Postbus, der regionale Strecken bedient, sowie den Flughafenexpresszug CAT, der im Eigentum des Flughafens Wien und der ÖBB steht. Verlässliche Daten zu den Fahrgastzahlen liegen für die Antragsgegnerin nur betreffend U-Bahn-Stationen vor, nicht dagegen betreffend Straßenbahn und Busse, und auch nicht für ÖBB-Stationen. Aus Zählungen der Fahrgäste durch die Antragsgegnerin 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 Antragsgegnerin 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 Antragstellerin 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 Antragstellerin im Jahr 2010 bis 2011 insgesamt pro Tag rund 7.892 Entnahmen entgangen sind. Ausgehend von den Werbeeinnahmen der Antragstellerin 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 EUR pro Tag und damit rund 1,2 % der gesamten täglichen Nettowerbeeinnahmen der Antragstellerin.

Betrachtet man die Antragsgegnerin isoliert, ist sie unter Berücksichtigung ihres beschränkten Potentials zum vollständigen Marktverschluss nicht als marktbeherrschend anzusehen. Betrachtet man sie hingegen mit der Stadt Wien als Einheit, ist diese als marktbeherrschend einzustufen, ein Anbieter von Gratiszeitungen ist von dieser Einheit stark abhängig.

Mit ihrem kartellrechtlichen Abstellungsauftrag vom 10. 12. 2009 (zuletzt modifiziert im Schriftsatz ON 34) beantragte die Antragstellerin, der Antragsgegnerin aufzutragen,

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

b) die Antragstellerin 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 Antragsgegnerin 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 Antragstellerin 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 Antragsgegnerin betriebenen U-Bahn-Stationen die Aufstellung von Zeitungs-Entnahmeboxen für die Gratiszeitung „Österreich“ an gleich frequentierten Standorten wie jenen der Gratistageszeitung „Heute“ in diesen Stationsbaulichkeiten, verweigert wird.

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

Die Antragsgegnerin 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 Antragstellerin ihrer Verpflichtung zur Zahlung von Reinigungsentgelten aus einer Vereinbarung vom 6. 9. 2006 nicht nachgekommen sei, einen Unternehmensübergang nicht mitgeteilt habe und unzulässig Handverteiler einsetze. Es bestehe keine Verpflichtung, eine beschränkt verfügbare Ressource, die an Stammkunden vergeben sei, zwischen diesen und neu auf dem Markt auftretenden Nachfragern aufzuteilen.

Das Erstgericht 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.

Mangels Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durch Maßnahmen beim regionalen Vertrieb von Gratis-Tageszeitungen mit vorwiegend lokaler Berichterstattung in Wiener U-Bahn-Stationen komme nur ein Verstoß gegen § 5 KartG in Betracht. Mangels Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durch Maßnahmen beim regionalen Vertrieb von Gratis-Tageszeitungen mit vorwiegend lokaler Berichterstattung in Wiener U-Bahn-Stationen komme nur ein Verstoß gegen Paragraph 5, KartG in Betracht.

Marktbeherrschung durch die Antragsgegnerin liege auf dem vom Sachverständigen abgegrenzten örtlichen und sachlichen Markt bei isolierter Betrachtung nicht vor. Zu berücksichtigen sei aber, dass die Stadt Wien im gegebenen Zusammenhang unternehmerisch tätig sei. Auch wenn sie Bewilligungen nach § 82 StVO in Bescheidform und damit hoheitlich erteile, sei nämlich im Hinblick auf das in § 20 KartG verankerte Gebot der wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht auf die äußere Erscheinungsform abzustellen. Die von der Stadt Wien vergebenen Abstellflächen für Entnahmeboxen seien daher als mögliche Substitute für die vertragliche Vereinbarung mit der Antragsgegnerin über die Genehmigung des Aufstellens von Entnahmeboxen in den U-Bahn-Stationen anzusehen. Zähle man in diesem Sinne die Marktanteile der Stadt Wien jenen der Antragsgegnerin hinzu, komme letzterer marktbeherrschende Stellung zu, die sich insbesondere aus ihrer gesellschaftsrechtlichen Verflechtung mit der Stadt Wien ergebe. Selbst wenn man diesbezüglich aber hoheitliche Tätigkeit der Stadt Wien unterstellen wollte, käme man zu keinem anderen Ergebnis, sei doch diesfalls der sachliche Markt entsprechend enger (nämlich ohne Berücksichtigung der Abstellflächen auf öffentlichem Grund der Stadt Wien vor den Stationen) zu definieren, wobei der Antragsgegnerin auf diesem engeren sachlichen Markt eine ganz überragende Marktstellung zukäme. Marktbeherrschung durch die Antragsgegnerin liege auf dem vom Sachverständigen abgegrenzten örtlichen

und sachlichen Markt bei isolierter Betrachtung nicht vor. Zu berücksichtigen sei aber, dass die Stadt Wien im gegebenen Zusammenhang unternehmerisch tätig sei. Auch wenn sie Bewilligungen nach Paragraph 82, StVO in Bescheidform und damit hoheitlich erteile, sei nämlich im Hinblick auf das in Paragraph 20, KartG verankerte Gebot der wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht auf die äußere Erscheinungsform abzustellen. Die von der Stadt Wien vergebenen Abstellflächen für Entnahmeboxen seien daher als mögliche Substitute für die vertragliche Vereinbarung mit der Antragsgegnerin über die Genehmigung des Aufstellens von Entnahmeboxen in den U-Bahn-Stationen anzusehen. Zähle man in diesem Sinne die Marktanteile der Stadt Wien jenen der Antragsgegnerin hinzu, komme letzterer marktbeherrschende Stellung zu, die sich insbesondere aus ihrer gesellschaftsrechtlichen Verflechtung mit der Stadt Wien ergebe. Selbst wenn man diesbezüglich aber hoheitliche Tätigkeit der Stadt Wien unterstellen wollte, käme man zu keinem anderen Ergebnis, sei doch diesfalls der sachliche Markt entsprechend enger (nämlich ohne Berücksichtigung der Aufstellflächen auf öffentlichem Grund der Stadt Wien vor den Stationen) zu definieren, wobei der Antragsgegnerin auf diesem engeren sachlichen Markt eine ganz überragende Marktstellung zukäme.

Weder nach dem Kartellgesetz noch nach dem Europäischen Wettbewerbsrecht bestehe grundsätzlich ein Kontrahierungszwang. Marktbeherrschenden Unternehmen werde aber missbräuchliches Verhalten, insbesondere in Form einer Lieferverweigerung dann zugerechnet, wenn ihr Verhalten durch keine objektiven Gründe gerechtfertigt sei. Bestehe im Zeitpunkt der Weigerung, eine Geschäftsbeziehung aufzunehmen, für den Gegenstand des Geschäfts ein Markt, habe also das marktbeherrschende Unternehmen bereits mit anderen kontrahiert, sei auch ein nicht monopolistisches marktbeherrschendes Unternehmen prinzipiell zur Geschäftsaufnahme verpflichtet, wenn es keine sachlichen Gründe für eine Weigerung anführen könne. Durch den von der Antragsgegnerin der Antragstellerin angebotenen Vertragsabschluss über die (einzig verfügbaren) 66 Aufstellplätze in Stationen werde die bestehende Ungleichbehandlung zwischen der AHVV und der Antragstellerin nicht beseitigt. Dass Aufstellplätze in Stationen limitiert seien, entbinde die Antragsgegnerin nicht von ihrer Pflicht zur Gleichbehandlung. Die von der Antragsgegnerin hier zur Rechtfertigung ihrer Weigerung angeführten Umstände seien keine tauglichen sachlichen Weigerungsgründe: Dem Zahlungsrückstand der Antragstellerin habe die Antragsgegnerin (aus näher angeführten Gründen) selbst keine besondere Bedeutung beigemessen; eine Verständigung vom Unternehmensübergang sei an die Antragsgegnerin abgeschickt worden; in der Frage der Handverteilung habe die Antragsgegnerin selbst (näher ausgeführtes) widersprüchliches Verhalten an den Tag gelegt.

Bei der gebotenen Abwägung zwischen den Interessen der Streitteile sei zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin nur deshalb auf die Vergabe von Stellplätzen in den U-Bahn-Stationen der Antragsgegnerin angewiesen sei, weil die Stadt Wien die Vergabe von weiteren Stellplätzen auf öffentlichem Gut verweigere oder zumindest massiv verzögere, was - stelle man die Anzahl der der AHVV einerseits und der Antragsgegnerin andererseits zur Verfügung stehenden legalen Entnahmeboxen gegenüber - eine Diskriminierung der Antragstellerin bewirke. Da die Antragsgegnerin nicht nur mittelbar im Alleineigentum der Stadt Wien stehe, sondern von dieser auch kontrolliert und beherrscht werde, müsse sie sich deren Verhalten im Rahmen der MA 46 zurechnen lassen. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin komme es nicht darauf an, ob „Heute“ beliebter sei als „Österreich“. Die Frage der Beliebtheit der beiden Gratis-Tageszeitungen lasse sich nicht seriös beantworten. Das vom Sachverständigen errechnete relativ geringfügige Verschlusspotential sei kein Grund für die Abweisung des Abstellungsantrags. Entscheidend sei lediglich, dass das Verhalten der Antragsgegnerin geeignet sei, die Antragstellerin im Wettbewerb mit der AHVV zu behindern.

Die Unterlassungspflicht der Antragsgegnerin müsse allerdings so deutlich umschrieben sein, dass ein Verstoß dagegen mit einem Exekutionsantrag nach § 355 EO aufgegriffen werden könne. Diesem Maßstab entspreche weder das Hauptbegehren noch das erste Eventualbegehren, sondern allein das zweite Eventualbegehren. Eine Stattgebung unter Beschränkung auf die darin im Einzelnen angeführten U-Bahn-Stationen sei ausreichend bestimmt, wobei zu berücksichtigen sei, dass in drei U-Bahn-Stationen derzeit keine „Heute“-Box stehe, weshalb der Abstellauftrag insoweit (da im Kartellverfahren nur aktuelles Verhalten abgestellt werden könne) teilweise abzuweisen sei. Die Unterlassungspflicht der Antragsgegnerin müsse allerdings so deutlich umschrieben sein, dass ein Verstoß dagegen mit einem Exekutionsantrag nach Paragraph 355, EO aufgegriffen werden könne. Diesem Maßstab entspreche weder das Hauptbegehren noch das erste Eventualbegehren, sondern allein das zweite Eventualbegehren. Eine Stattgebung

unter Beschränkung auf die darin im Einzelnen angeführten U-Bahn-Stationen sei ausreichend bestimmt, wobei zu berücksichtigen sei, dass in drei U-Bahn-Stationen derzeit keine „Heute“-Box stehe, weshalb der Abstellauftrag insoweit (da im Kartellverfahren nur aktuelles Verhalten abgestellt werden könne) teilweise abzuweisen sei.

Gegen diese Entscheidung richten sich der Rekurs der Antragstellerin mit dem Abänderungsantrag, das Unterlassungsbegehren auch auf die drei vom Abstellauftrag ausgenommenen U-Bahn-Stationen auszudehnen bzw. (kumulativ) der Antragsgegnerin die Unterlassung auch im Sinne der abgewiesenen (Eventual-)Begehren a) und b) aufzutragen, sowie der Rekurs der Antragsgegnerin, der aus den Rekursgründen 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“ Rekurs gegen diese Entscheidung.

In ihren Rekursbeantwortungen beantragen die Streitteile jeweils, dem Rekurs der Gegenseite, die Antragstellerin auch dem Rekurs der AHVV, nicht Folge zu geben. Die Antragsgegnerin verweist in ihrer Rekursbeantwortung zum Rekurs der AHVV auf die Vorentscheidung des Kartellobergerichts zu 16 Ok 3/11 und geht sodann auf das Rekursvorbringen ein, ohne weitere Anträge zu stellen.

Rechtliche Beurteilung

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

II. Zum Rekurs der Antragsgegnerin: römisch zwei. Zum Rekurs der Antragsgegnerin:

II.1. Zur Marktabgrenzung: römisch zwei. 1. Zur Marktabgrenzung:

II.1.1. Im Zusammenhang mit der sachlichen Marktabgrenzung bemängelt die Antragsgegnerin, dass sowohl die Handverteilung von Gratiszeitungen als auch der Vertrieb über sogenannte „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. römisch zwei. 1.1. Im Zusammenhang mit der sachlichen Marktabgrenzung bemängelt die Antragsgegnerin, dass sowohl die Handverteilung von Gratiszeitungen als auch der Vertrieb über sogenannte „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. Zur Marktabgrenzung allgemein: römisch zwei. 1.2. Zur Marktabgrenzung allgemein:

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). Im Sinne des Kartellrechts sind Märkte wirtschaftliche Sachverhalte. Die Frage der Marktabgrenzung 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 Marktabgrenzung zugrundeliegenden Methode geht (16 Ok 15/08; RIS-Justiz RS0124421). Die Aufgabe der Marktabgrenzung 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 Maße 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). römisch

zwei.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 Maße 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).

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 zutreffend der angefochtene Beschluss S 94: Zuordnung zum selben sachlichen Markt; zur wirtschaftlichen Einheit zwischen Antragsgegnerin und Stadt Wien siehe unten Punkt 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:römisch zwei.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 zutreffend der angefochtene Beschluss S 94: Zuordnung zum selben sachlichen Markt; zur wirtschaftlichen Einheit zwischen Antragsgegnerin und Stadt Wien siehe unten Punkt römisch zwei.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, Beschluss S 69);
- c) bestehende und potentielle SB-Taschen („Leitern“) unmittelbar vor dem Stationseingang;
- d) Handverteilung unmittelbar vor dem Stationsbereich.

II.1.5. Die Feststellungen des Kartellgerichts reichen allerdings, wie die Revisionswerberin am Beispiel der vom Kartellgericht in seine Überlegungen nicht einbezogenen Vertriebsformen der Handverteilung und der SB-Taschen zutreffend aufzeigt, nicht aus, um abschließend beurteilen zu können, ob die Antragstellerin auf diesem Markt durch Verhalten der Antragsgegnerin einer Ungleichbehandlung ausgesetzt ist.römisch zwei.1.5. Die Feststellungen des Kartellgerichts reichen allerdings, wie die Revisionswerberin am Beispiel der vom Kartellgericht in seine Überlegungen nicht einbezogenen Vertriebsformen der Handverteilung und der SB-Taschen zutreffend aufzeigt, nicht aus, um abschließend beurteilen zu können, ob die Antragstellerin auf diesem Markt durch Verhalten der Antragsgegnerin 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 Antragsgegnerin bestrebt war, die Handverteilung einzuschränken, weil sie zu Behinderungen des Betriebs der Antragsgegnerin 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 Antragstellerin handelt, beziehendenfalls, 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 Antragstellerin 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 insbesondere die (offenbar unterschiedliche) Größe der Entnahmeboxen und deren jeweilige Füllmenge, die Unterscheidung in einfache Boxen und Doppelboxen und die Anzahl der von der Antragstellerin nutzbaren potentiellen Aufstellplätze für Entnahmeboxen.

Nach den Feststellungen hat die Antragsgegnerin 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 Antragsgegnerin nach Abschluss des Kartellverfahrens bereit ist, weitere Aufstellplätze für die

Entnahmeboxen in den U-Bahn-Stationen (insbesondere 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 Antragstellerin 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.

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

Aus den Feststellungen (Beschluss S 81) 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 Niederösterreich mit 13 % für „Heute“ und 11,9 % für „Österreich“) zwei- bis dreimal so hoch ist als im Bundesschnitt und in der nächsthöchsten regionalen Reichweite. Angesichts solcher Beweisergebnisse war die Vorgangsweise des Erstgerichts, von der räumlichen Konzentration der Reichweiten auf eine entsprechende räumliche Konzentration der Marktabgrenzung auf Wien zu schließen, grundsätzlich unbedenklich.

II.2. Zur Marktbeherrschung: römisch zwei.2. Zur Marktbeherrschung:

II.2.1. Das Kartellgericht hat im Zusammenhang mit der Prüfung einer Marktbeherrschung die Antragsgegnerin und die Stadt Wien mit zutreffenden Argumenten als wirtschaftliche Einheit aufgefasst. Die von der Antragsgegnerin in ihrem Rekurs vorgebrachten Einwendungen gegen die Annahme einer unternehmerischen Tätigkeit der Stadt Wien im Zusammenhang mit der Aufstellung von Entnahmeboxen insbesondere im Nahbereich von U-Bahn-Stationen überzeugen nicht. römisch zwei.2.1. Das Kartellgericht hat im Zusammenhang mit der Prüfung einer Marktbeherrschung die Antragsgegnerin und die Stadt Wien mit zutreffenden Argumenten als wirtschaftliche Einheit aufgefasst. Die von der Antragsgegnerin in ihrem Rekurs vorgebrachten Einwendungen gegen die Annahme einer unternehmerischen Tätigkeit der Stadt Wien im Zusammenhang mit der Aufstellung von Entnahmeboxen insbesondere im Nahbereich von U-Bahn-Stationen überzeugen nicht.

II.2.2. Die Rechtsmittelwerberin meint, dass die zur Aufstellung gewährte Gestaltungserlaubnis gemäß § 1 des Wiener Gebrauchsabgabengesetzes 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 gemäß § 1 Abs 2 des genannten Gesetzes eine privatrechtliche Zustimmung der Stadt Wien als Grundeigentümerin erforderlich, mit der der Genehmigungswerber zivilrechtlich verpflichtet werde, einen der Gebrauchsabgabe vergleichbaren Betrag für die öffentliche Nutzung des Gutes zu entrichten, die Stadt Wien erteile aber gemäß § 1 Abs 2 des Gesetzes die Zustimmung zur Benutzung der Flächen durch die MA 28, die nicht berechtigt sei, unternehmerische Tätigkeiten zu erbringen. römisch zwei.2.2. Die Rechtsmittelwerberin meint, dass die zur Aufstellung gewährte Gestaltungserlaubnis gemäß Paragraph eins, des Wiener Gebrauchsabgabengesetzes 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 gemäß Paragraph eins, Absatz 2, des genannten Gesetzes eine privatrechtliche Zustimmung der Stadt Wien als Grundeigentümerin erforderlich, mit der der Genehmigungswerber zivilrechtlich verpflichtet werde, einen der Gebrauchsabgabe vergleichbaren Betrag für die öffentliche Nutzung des Gutes zu entrichten, die Stadt Wien erteile aber gemäß Paragraph eins, Absatz 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 Rekurswerberin letztlich selbst zu, dass es sich hier um eine privatrechtliche Form der Zustimmung zur Benutzung der Zeitungsentnahmeboxen auf öffentlichem Grund handelt.

Darüber hinaus ist gemäß § 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. Darüber hinaus ist gemäß Paragraph 82, Absatz eins, 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 Absatz 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 vergleiche Pürstl, StVO12 Paragraph 82, StVO Anmerkung 3,); ebenso wenig entschieden wird in diesem Zusammenhang die Frage, wem von mehreren potentiellen Anspruchstellern eine bestimmte Fläche zur Benutzung überlassen wird.

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). 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 vergleiche 16 Ok 12/03).

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

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

Markt angehörende) potentielle Aufstellplätze für Entnahmeboxen in unmittelbarer Nähe von U-Bahn-Stationen bestehen, und wie viele dieser Standorte derzeit an die Antragstellerin und an die AHVV vergeben sind oder durch Anmietung von der Stadt Wien noch verfügbar wären.

III. Ergebnis:römisch drei. Ergebnis:

Ausgehend von der vom erkennenden Senat 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 Punkten II.1.5. und II.2.4. aufgezeigten Umstände nachzuholen sein. Auf dieser verbreiterten Basis wird sodann zu beurteilen sein, ob ein Marktmachtmissbrauch der Antragsgegnerin vorliegt. Ausgehend von der vom erkennenden Senat 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 Punkten römisch zwei.1.5. und römisch zwei.2.4. aufgezeigten Umstände nachzuholen sein. Auf dieser verbreiterten Basis wird sodann zu beurteilen sein, ob ein Marktmachtmissbrauch der Antragsgegnerin vorliegt.

IV. Die Antragstellerin wird mit ihrem Rekurs auf diese Entscheidung verwiesen. römisch vier. Die Antragstellerin wird mit ihrem Rekurs auf diese Entscheidung verwiesen.

V. Der Rekurs der Einschreiterin AHVV war zurückzuweisen. Wie der Senat bereits in seiner Entscheidung 16 Ok 3/11 ausgesprochen hat, kommt ihr in diesem Verfahren Parteistellung - und damit Rekurslegitimation - nicht zu. römisch fünf. Der Rekurs der Einschreiterin AHVV war zurückzuweisen. Wie der Senat bereits in seiner Entscheidung 16 Ok 3/11 ausgesprochen hat, kommt ihr in diesem Verfahren Parteistellung - und damit Rekurslegitimation - nicht zu.

VI. Ein Kostenersatz für das Rechtsmittelverfahren kommt sowohl mangels mutwilliger Rechtsverfolgung als auch im Hinblick auf die aufhebende Entscheidung nicht in Betracht. römisch sechs. Ein Kostenersatz für das Rechtsmittelverfahren kommt sowohl mangels mutwilliger Rechtsverfolgung als auch im Hinblick auf die aufhebende Entscheidung nicht in Betracht.

Schlagworte

Selbstentnahmevorrichtungen - Verteilerboxen in U-Bahnstationen II, Kartellobergericht

Textnummer

E111468

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2015:0160OK00008.14H.0611.000

Im RIS seit

25.07.2015

Zuletzt aktualisiert am

13.01.2016

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at