

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

15.05.2000

Geschäftszahl

16Ok4/00

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Horst Schlosser als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Birgit Langer und Dr. Gerhard Kuras und die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer, Dkfm. Joachim Lamel, Dkfm. Dr. Erich Zeillinger und Dr. Thomas Lachs als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Antragstellerin Oskar B***** Gesellschaft mbH & Co KG, *****, vertreten durch DDr. Christa Fries, Rechtsanwältin in Baden, wider die Antragsgegner 1. M***** Zeitungs- und Zeitschriftenverlag Gesellschaft mbH & Co KG, *****, 2. M***** Zeitungsvertriebs GmbH & Co KG, *****, 3. M***** Anzeigengesellschaft mbH & Co KG, *****, alle vertreten durch Giger, Ruggenthaler & Simon, Rechtsanwälte KEG in Wien, wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung infolge Rekurses der Antragstellerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 25. Jänner 2000, GZ 26b Kt 630/95-197, den Beschluss gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Text

Begründung:

Gegenstand des Missbrauchsverfahrens ist nur mehr die Weigerung der Zweitantragsgegnerin, die Zeitung der Antragstellerin gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts in ihr überregionales Hauszustellungssystem aufzunehmen.

Hiezu wurde festgestellt:

Es gibt in Österreich 16 Tageszeitungen, sechs davon sind überregional. Es handelt sich dabei um die von der Erstantragsgegnerin verlegte N***** und den K*****, den von der Antragstellerin verlegten S***** und ferner t*****, die P***** und das W*****.

Der S***** hat bei den österreichischen Tageszeitungen einen Auflagenanteil von 3,6 %, 354.000 Leser je Ausgabe und eine Reichweite von 5,4 %. Die Auflage umfasst rund 60.000 Exemplare, davon rund 40.000 Abonnements, die mit der Post zugestellt werden. 20.000 Exemplare werden über Trafiken und im Straßenverkauf vertrieben. Er war bei seiner Gründung 1988 nicht als Vollzeitung konzipiert und hatte stets einen wirtschaftlichen Schwerpunkt. Später wurde auch ein zusätzliches Informationsservice für Sport und Chronik eingeführt, wobei diese Bereiche aber eher rudimentär behandelt werden. Er hat einen Exklusivleseranteil von 25 %, ist eine "Qualitätszeitung" und vermochte seine Abonnenten von anfangs 42 % auf nunmehr 57 % der verkauften Auflage zu steigern. Der S***** hat im Wesentlichen keine Leser an das W***** verloren. Die von der Erstantragsgegnerin vertriebene N***** hat 2.784.000 Leser je Ausgabe, was einer Reichweite von 42,2 % entspricht, und hat (ebenso wie der K*****) je Exemplar 2,5 Leser. Rund 25 % der Druckauflage in Wien werden im Hauszustellungssystem vertrieben. Sie konnte ihren Verkauf seit der Einführung der Hauszustellung nicht wesentlich steigern, was aber auch mit dem Markteintritt von t***** erklärt werden könnte. Der ebenfalls von der Erstantragsgegnerin verlegte K***** mit 810.000 Lesern je Ausgabe und einer Reichweite von 12,3 % hat sein Hauptverbreitungsgebiet, das heißt 90 % der Auflage, in Wien und Niederösterreich. Er ist eine Familienzeitung, der seinen redaktionellen Inhalten nach zwischen Boulevard und Qualität anzusiedeln ist. Sowohl S***** als auch K***** sind Volltageszeitungen, wobei die Gewichtung der redaktionellen Inhalte Politik, Wirtschaft, Kultur, Chronik und Regionales, Sport sowie Fernseh- und Radioprogramm gegenüber dem K***** beim S***** schwerpunktmäßig bei der Wirtschaft

angesiedelt ist, während beim K***** Chronik und Regionales sowie Sport gegenüber dem S***** breiteren Raum finden.

Die P***** als ebenfalls bundesweit erscheinende Qualitätszeitung hat 311.000 Leser je Ausgabe, was einer Reichweite von 4,7 % entspricht. T***** ist eine reine Boulevardzeitung mit 805.000 Lesern je Ausgabe und 12,2 % Reichweite und wird überwiegend im Straßenverkauf vertrieben.

Das W***** mit 50.000 Lesern je Ausgabe und einer Reichweite von 0,8 % ist keine Volltageszeitung, weil das Schwergewicht der Berichterstattung auf dem Thema Wirtschaft liegt, und die Bereiche Politik, Kultur, Sport, Kriminal- und Gesellschaftsnachrichten fehlen. Es handelt sich beim W***** um eine klassische Zweitzeitung, die keine Konkurrenz zu den Volltageszeitungen darstellt. Es strebt eine Leserschaft von 50 bis 70.000 Lesern an. Derzeit werden 50 % im Abonnement vertrieben, wovon nur 20 % private Kunden sind. Der W*****-Leser liest zusätzlich 2 bis 3 Volltageszeitungen. Die M*****-Gruppe hat als einzige ein überregionales Hauszustellungssystem zum Vertrieb ihrer Tageszeitungen N***** und K***** aufgebaut, das von der Zweitantragsgegnerin betrieben wird, nicht flächendeckend ist und in Tirol und Vorarlberg überhaupt nicht besteht. Wo das Hauszustellungssystem nicht besteht, werden die Abonnements durch die Post und Trafikanten vertrieben. 1995 nahm die Zweitantragsgegnerin das W***** in ihr Hauszustellungssystem auf, und später auch zwei regionale Tageszeitungen, die im Süden Österreichs erscheinen. Die eine ist gleichsam ein Eigenprodukt der M*****, die andere ein Parteizeitung, die keine relevante Konkurrenz darstellt und überdies größtenteils von ihr vertrieben wird. Die Aufnahme des W***** in das Hauszustellungssystem gestaltete sich für die M***** insofern unproblematisch, als es nicht als Konkurrenz zu den von der M*****-Gruppe vertriebenen Tageszeitungen gesehen wird, nur eine kleine Auflagenzahl hat, es sich bei dessen Adressaten überwiegend um Firmen handelt, bei denen keine Zutrittsprobleme bestehen, und vor allem der M***** auch der Druck und der gesamte Vertrieb übertragen wurde.

Zu Beginn des Aufbaus des Hauszustellungssystems der M***** 1991 wurde auch dem S***** die Aufnahme in Aussicht gestellt, diese in der Folge aber mehrfach abgelehnt. Der Aufbau des M***** Hauszustellungssystems nahm Investitionen von rund S 200 Mio in Anspruch.

Regional werden die Bundesländertageszeitungen im jeweiligen Bundesland weitgehend über eigene Hauszustellungen vertrieben. Die P***** wird im Abonnement durch die Post, teilweise - und zwar im Süden Österreichs - durch das Vertriebssystem einer regionalen Tageszeitung, die mit ihr fusioniert ist, vertrieben. Sie versucht seit 1995 in Wien - als Reaktion auf den Vertrieb des W***** durch M***** - eine eigene Hauszustellung zumindest in einigen Bezirken aufzubauen, wobei zunächst eine eigene Zustellgebühr von S 2 je Exemplar eingehoben wird. Es wird angestrebt, zunächst 15 % der Abonnenten mit der Hauszustellung zu versorgen. Trotz der bestehenden Konkurrenz wäre die P***** bereit, im Bereich der Hauszustellung mit dem S***** zu kooperieren, wobei sie sich davon einen Kostenvorteil von 20 bis 25 % erwartet würde, aber andererseits - sollte der Standard in diesem Verfahren obsiegen - auch versuchen, in das Hauszustellungssystem der M***** aufgenommen zu werden. Generell ist ein eigenes Hauszustellungssystem wirtschaftlich nur bei einer Reichweite von zumindest 40 % durchführbar.

In Deutschland besteht ein Netzwerk von Hauszustellungssystemen durch die Kooperation der Printmedien durch wechselseitige Aufnahme in ihre Hauszustellung. Im Wesentlichen organisieren regionale Tageszeitungen die Hauszustellung; überregionale Qualitätszeitungen werden "Huckepack" mitgenommen. Der Vertrieb von Tageszeitungen durch die Post ist in Deutschland unverhältnismäßig teuer.

Neben den eigenen Zustellsystemen der M***** und der Bundesländerzeitungen betreibt auch die Firma M***** eine individuelle Hauszustellung in kleinem Umfang zum überwiegenden Teil in Wien. Dieses "hand-delivery-service" wird vor allem von ausländischen Tageszeitungen aus Imagegründen in Anspruch genommen. Das Service kostet S 10 je Exemplar, wobei die Zustellung in der Regel zwischen 8.00 und 11.00 Uhr erfolgt, bei Zustellung zwischen 6.00 und 7.00 Uhr werden S 16 je Exemplar verrechnet. Das von der Firma M***** der P***** und dem S***** gelegte Angebot war diesen zu teuer, sodass kein Vertrag zustande kam.

Die Abonnentenzustellung durch die Post ist gegenüber den von den Tageszeitungen betriebenen Hauszustellungen unzuverlässiger, die Zustellung erfolgt erst in den späteren Vormittagsstunden, es gibt keine Zustellung an Sonn- und Feiertagen und der Postvertrieb kann nicht auf Verzögerungen beim Druck reagieren. Derzeit betragen die Postversandkosten im Durchschnitt S 1 je Exemplar. Dieser Preis ist nicht kostendeckend. Die Post strebt im Zuge der Privatisierung die Kostendeckung einerseits durch Tarifierhöhung und andererseits durch effizientere Gestaltung an. In der BRD betragen die Kosten des Postversands mittlerweile S 7, in der Schweiz zwischen S 6 und S 7. Das Ausmaß der in Österreich zu erwartenden Verteuerung ist noch nicht absehbar. Die Kosten der überregionalen Hauszustellung für das W***** betragen etwas mehr als S 4 je Exemplar, wobei dieser Preis allerdings nicht marktgerecht ist, weil er im Zusammenhang mit dem Druckvertrag und der Übertragung des gesamten Vertriebs an die M***** zu sehen ist.

Alle Bundesländerzeitungen werden zum weit überwiegenden Anteil im Abonnement verkauft (75 bis 98 %). Ähnlich verhält es sich bei der P*****. Während S*****, K***** und N***** Anfang der 90er Jahre nur 40 bis 45 % ihrer Auflage im Abonnement verkauften, steigerte sich der Abonnementverkauf beim S***** und der N***** bis 1995 auf 57 %, beim K***** hingegen nur auf rund 45 %. Die Erhaltung und der Ausbau des Abonnentenstands ist entscheidend für die ökonomische Sicherheit einer Tageszeitung.

Der Einzelverkauf erfolgt über drei verschiedene Absatzformen, nämlich Pressegrossisten, die den Einzelhandel beliefern, Kolportage und "Stumme Verkäufer", bzw Automatenverkauf.

Kein einziges Hauszustellungssystem, auch nicht jenes der Antragsgegner, arbeitet vollkommen flächendeckend. Stets konzentriert sich die Hauszustellung auf Ballungszentren und erfolgt der Betrieb in ländlichen Gebieten teilweise durch die Post. Maßgeblich für die Rentabilität eines Hauszustellungssystems ist nicht die gesamtösterreichische Reichweite, sondern die Abonentendichte in regional eng begrenzten Gebieten. Dass der zumindest teilweise Aufbau einer eigenen Hauszustellung in Kooperation mit der P***** oder Bundesländerzeitungen bzw die kooperative Beteiligung an bestehenden anderen Systemen für die Antragstellerin ausgeschlossen wäre, konnte nicht festgestellt werden.

Auch wenn es unbestreitbar eine attraktive Serviceleistung darstellt, eine Tageszeitung bereits in der Früh zugestellt zu bekommen und schon zum Frühstück lesen zu können, blieb diese Annehmlichkeit doch ohne meßbare Auswirkungen auf die Abonnentenzahlen. Der K***** vermochte seine Abonnentenzahl trotz Hauszustellung nicht in dem Ausmaße zu steigern wie der S***** ohne Hauszustellung. Auch wenn einige Abonnenten des S***** gekündigt und das Fehlen einer Hauszustellung ausdrücklich als Grund angeführt haben, handelt es sich doch bloß um die vergleichsweise geringfügige Zahl von 50 im Laufe von drei Jahren, wobei viele Abonnenten in ihren Kündigungsschreiben ihre inhaltliche Zufriedenheit mit dem S***** betonen und als Leser erhalten bleiben.

Gestützt auf § 35 KartG beantragt die Antragstellerin zusammengefasst, das Kartellgericht möge im Rahmen seiner Missbrauchsaufsicht den Antragsgegnerinnen auftragen, den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung abzustellen, indem sie der Antragstellerin ein bindendes Offert zur Aufnahme des S***** in ihr Hauszustellungs-Vertriebssystem zu den von Dritten verlangten üblichen Preisen legen.

Sie argumentiert damit, dass nur eine Hauszustellung eine Auslieferung der Tageszeitung an die Abonnenten in den frühen Morgenstunden garantiere, weshalb die Postzustellung, die regelmäßig erst am späten Vormittag erfolge, keine gleichwertige Alternative hiezu darstelle. Die Organisation einer eigenen Hauszustellung durch die Antragstellerin sei aber angesichts ihrer geringen Abonentenzahl völlig unrentabel. Die M*****-Gruppe, der auch in diesem Bereich eine marktbeherrschende Stellung zukomme, habe andere - nicht von ihr verlegte - Tageszeitungen, insbesondere das W***** sehr wohl in ihr Hauszustellungssystem aufgenommen. Dies sei eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung der Antragstellerin, die auch gegen Art 86 (nunmehr 82) EGV verstoße.

Die Antragsgegnerinnen halten dem im Wesentlichen entgegen, sie hätten das von ihnen betriebene Hauszustellungssystem unter hohem finanziellen, administrativen und zeitlichen Aufwand aufgebaut. Auch als marktbeherrschendes Unternehmen seien sie nicht verpflichtet, den gegen sie gerichteten Wettbewerb durch Förderung von Konkurrenten zu subventionieren. Die Situation des W***** sei mit jener des S***** nicht zu vergleichen, weil der Verleger des W***** die Unternehmen der M*****-Gruppe mit dem Druck und dem gesamten Vertrieb, also auch jenem über Verkaufsstellen, beauftragt habe und die Übernahme in die Hauszustellung somit nur einen Teil eines Gesamtpakets darstelle. Auch sei das W***** in seinem Grundkonzept keine unmittelbare Konkurrenz zu den Tageszeitungen der Erstantragsgegnerinnen, weil es wesentliche Teile einer Volltageszeitung (Sport, Kultur, Fernsehen) nicht enthalte. Schließlich würde es die Kapazität des Hauszustellungs-Vertriebssystems überfordern, würde man dieses allen österreichischen Tageszeitungsverlegern öffnen. Im Übrigen stünden der Antragstellerin, auch wenn es ihr vielleicht nicht möglich sei, ein eigenes Hauszustellungssystem aufzubauen, Kooperationsmöglichkeiten mit anderen Zeitungen offen. Das Erstgericht wies die Anträge der Antragstellerin ab. Ein Missbrauch marktbeherrschender Stellung könnte in der Abschlussverweigerung liegen; ein allgemeiner Kontrahierungszwang bestehe aber auch für marktbeherrschende Unternehmer nicht. Im Übrigen käme nur ein Diskriminierungsmissbrauch iSd § 35 Abs 1 Z 3 KartG in Betracht.

Ausgehend von der Überlegung, falle ein Verhalten eines Marktteilnehmers unter Art 86 EGV, so stelle es auch einen Marktmissbrauch iS des inhaltsgleichen § 35 KartG dar, wurde ein Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art 177 (nunmehr Art 234) EGV eingeleitet. Mit Urteil vom 26. 11. 1998, C-7/97 (ÖBl 1999, 146), entschied der Europäische Gerichtshof, dass es keine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinn von Art 86 EGV darstelle, wenn ein Presseunternehmen, das einen überwiegenden Anteil am Tageszeitungsmarkt in einem Mitgliedsstaat habe und das einzige in diesem Mitgliedsstaat bestehende landesweite System der Hauszustellung von Zeitungen betreibe, sich weigere, dem Verleger einer Konkurrenztageszeitung, der wegen der geringen Auflagehöhe dieser Zeitung nicht in der Lage sei, unter wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen allein oder in Zusammenarbeit mit anderen Verlegern ein eigenes Hauszustellungssystem aufzubauen und zu betreiben, gegen angemessenes Entgelt Zugang zum genannten System zu gewähren.

Das Erstgericht kam unter Berücksichtigung der Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs zum Ergebnis, auch § 35 KartG biete keinen weiteren Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Marktmissbrauchs durch die Verweigerung der Antragsgegnerinnen, das Produkt der Antragstellerin in ihr Hauszustellungssystem aufzunehmen. Eine solche Verpflichtung würde im Sinne der "essential facilities"-Doktrin, die den Erwägungen des Europäischen Gerichtshofs zu Grunde liege, voraussetzen, dass die Hauszustellung überhaupt eine sogenannte "essential facility" sei. Der "essential facilities"-Doktrin zufolge setze ein marktbeherrschendes

Unternehmen, das eine wesentliche Einrichtung, also eine Einrichtung oder Infrastruktur habe, ohne deren Nutzung ein Wettbewerber seinen Kunden keine Dienste anbieten könne, diese Einrichtung selbst nutze und anderen Unternehmern den Zugang zu dieser Einrichtung ohne sachliche Rechtfertigung verweigere oder nur zu Bedingungen gewähre, die ungünstiger seien als für seine eigenen Dienste, ein marktmissbräuchliches Verhalten. Handle es sich bei der Hauszustellung indes gar nicht um eine solche wesentliche Einrichtung, so komme der Frage, ob die Dienstleistung der Hauszustellung von Tageszeitungen überhaupt einen eigenen Markt bilde, keine Relevanz zu. Selbst wenn in Rechnung gestellt werde, dass der Vertrieb von Abonnementtageszeitungen durch die Post wegen des späteren Zustellungszeitpunkts und der mangelnden Verlässlichkeit nicht als gleichwertig angesehen werden könne, handle es sich doch um einen Vertriebsweg, der offenstehe und von den Abonnenten auch weiterhin akzeptiert werde. Tatsächlich sei es auch nach wie vor durchaus üblich, wenn auch in zunehmend geringerem Umfang, Tageszeitungen, selbst Qualitätszeitungen, im Einzelverkauf zu vertreiben. Die dafür zur Verfügung stehenden Vertriebswege über Trafiken, Kolportage und Automaten stünden uneingeschränkt offen. Es habe weder festgestellt werden können, dass das Produkt der Antragstellerin durch die Abschlussverweigerung der Antragsgegnerinnen von den Möglichkeiten einer Hauszustellung gänzlich ausgeschlossen wäre, noch, dass es dadurch in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet wäre.

Auch unter Bedachtnahme auf die Aufnahme des W***** in das Hauszustellungssystem der Antragsgegnerinnen liege kein Diskriminierungsmissbrauch vor. Die von den Antragsgegnerinnen vorgetragenen Gründe für die unterschiedliche Behandlung, nämlich einerseits das Konkurrenzverhältnis zwischen K***** und S***** sowie der Umstand, dass das W***** wegen geringer Auflagenzahl und der Abonnentenstruktur leicht in das Vertriebssystem der Hauszustellung eingliederbar gewesen sei, seien eine ausreichende sachliche Rechtfertigung.

Es sei sachlich gerechtfertigt, ein mit beträchtlichem finanziellen und organisatorischen Aufwand aufgebautes Dienstleistungssystem zwar einem nicht als unmittelbaren Konkurrenten "betrachteten" Mitbewerber, nicht aber der Antragstellerin zur Verfügung zu stellen. Die beantragten Aufträge iSd § 35 Abs 1 KartG seien daher nicht zu erteilen gewesen.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs der Antragstellerin ist nicht berechtigt. Sie bringt im Wesentlichen vor, zwischen dem zweiten Quartal 1998 und dem zweiten Quartal 1999 sei die im Abonnement verkaufte Auflage ihres Produkts "erheblich" gesunken, während die des K***** um 0,2 % gestiegen sei, woraus sich ergebe, dass die Antragsgegnerinnen ihre Wettbewerbsposition ausbauen konnten, was auf die Möglichkeit des Angebots einer Hauszustellung zurückzuführen sei, die vom Abonnenten gewünscht werde. Die Hauszustellung könne die Entscheidung des Verbrauchers bei der Wahl eines Tageszeitungsabonnements entscheidend beeinflussen. Der Hauszustellung komme daher - entgegen der Ansicht des Erstgerichts - sehr wohl die von der Antragstellerin behauptete Bedeutung zu.

Die Überregionalität des Zustellensystems der Antragsgegnerinnen sei insofern von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung, als nur ein derartiges System geeignet sei, die Zustellung von Tageszeitungen zumindest in allen österreichischen Ballungszentren einheitlich und ohne Vervielfältigung des Logistik- und Koordinationsaufwands sicherzustellen. Aus diesem Grunde stelle die vom Kartellgericht zitierte Möglichkeit der Aufnahme ihres Produkts in die lokal oder regional bestehenden Zustellungssysteme der Bundesländertageszeitungen keine gleichwertige Alternative dar. Aus den festgestellten Daten ergebe sich aber die Unmöglichkeit, zu wirtschaftlich vertretbaren Konditionen mit den übrigen überregionalen Tageszeitungen ein zweites überregionales Hauszustellungssystem aufzubauen. Die rechtlichen Schlussfolgerungen des Erstgerichts widersprächen daher den getroffenen Feststellungen. Die Rekurswerberin behauptet weiters, die Abonnentenzahlen und nicht die der Leser seien vorrangiges Kriterium der Werbewirtschaft bei der Auswahl von Printmedien für die Schaltung von Inseraten; hiezu fehlten ebenso Feststellungen wie zur konjunkturellen Entwicklung in Österreich während des Verfahrenszeitraums, weshalb das Verfahren mangelhaft geblieben sei.

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs, auf das das erstgerichtliche Urteil aufbaue, sei nicht schlüssig und berücksichtige auch nicht die im Vorlagebericht genannten Voraussetzungen bei der Anfrage. Der Europäische Gerichtshof habe "empfohlen", die Existenz eines besonderen Marktes für Hauszustellungssysteme unter Berücksichtigung anderer Arten des Zeitungsvertriebs sowie regionaler Hauszustellungssysteme zu prüfen. Wenn sich aus dieser Prüfung ergeben sollte, dass ein besonderer Markt für Hauszustellungssysteme bestehe und dass zwischen dem landesweit betriebenen System der Antragsgegnerinnen und anderen regionalen Systemen kein ausreichender Grad der Austauschbarkeit bestehe, folge daraus, dass die Antragsgegnerinnen auf dem so definierten Markt eine beherrschende Stellung innehätten. Der angefochtene Beschluss enthalte aber weder Ausführungen zur Abgrenzung des relevanten Marktes noch zum Grad der Austauschbarkeit. Dies seien Feststellungsmängel. Das Erstgericht treffe auch keine Feststellungen zur Frage, ob die Antragstellerin um einen "als wesentlich angesehenen Vertriebsweg" gebracht werde; die Meinung des Erstgerichts, es müsste sich geradezu um den einzig denkbaren Vertriebsweg handeln, sei unhaltbar.

Die Antragstellerin habe im Zuge des bisherigen Verfahrens bereits mehrfach dargelegt, dass die wirtschaftliche Unmöglichkeit, den Abonnenten der Antragstellerin eine Hauszustellung zu bieten, zu ständigen

Abonnementkündigungen führe; es sei in diesem Zusammenhang auch der dadurch ausgelöste Mechanismus beschrieben worden, der, durch das Sinken der Abonnenntenzahlen in Gang gesetzt, zu einem - auch unabhängig von den Leserzahlen - bedrohlichen Rückgang der Werbeeinnahmen und einem Absinken der Auflagezahlen unter die "kritische Größe" führe und dadurch sehr wohl geeignet sei, jeglichen Wettbewerb durch die Tageszeitung der Antragstellerin auszuschließen. Dieser von der Antragstellerin mehrfach vorgetragene Sachverhalt sei aber weder im Urteil des Europäischen Gerichtshofs noch im angefochtenen Beschluss berücksichtigt worden. Andernfalls hätte der Gerichtshof wie auch das Erstgericht erkennen müssen, dass die Verweigerung der in der Hauszustellung liegenden Dienstleistung sehr wohl geeignet sei, jeglichen Wettbewerb auf dem Tageszeitungsmarkt auszuschalten, und die Dienstleistung der Hauszustellung selbst für die Antragstellerin unentbehrlich sei, weil kein tatsächlicher oder potentieller Ersatz für das Hauszustellungssystem bestehe. Der Europäische Gerichtshof führe seine eigene Fragestellung "ad absurdum", weil er die Möglichkeit des Vorliegens des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung unter Berücksichtigung der von ihm selbst gestellten Vorfragen von vornherein ausgeschlossen habe. Unrichtig sei auch die Ansicht des Erstgerichts, es sei sachlich gerechtfertigt, ein mit beträchtlichem finanziellen und organisatorischen Aufwand aufgebautes Dienstleistungssystem nur einem nicht als unmittelbaren Konkurrenten betrachteten Mitbewerber, nicht aber der Antragstellerin zur Verfügung zu stellen. Es werde übersehen, dass die Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmers genau darin bestehe, auch unmittelbaren Konkurrenten gleiche Bedingungen zu gewähren.

Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten:

Das Erstgericht hat den auf die Aufnahme in das Hauszustellungssystem der Antragsgegnerinnen gerichteten Antrag unter zwei Gesichtspunkten geprüft, nämlich einerseits dahin, ob diese dem Kontrahierungszwang nach der "essential facilities" - Doktrin unterliegen, und andererseits im Hinblick auf die behauptete Diskriminierung gegenüber dem W*****. In beiden Richtungen kam es zum Ergebnis, dass kein Missbrauch iSd § 35 KartG vorliege. Insbesondere bei der Lösung der ersten Frage stützte sich das Erstgericht - wie erwähnt - auf die mit einem Vorabentscheidungsersuchen eingeholte Meinung des Europäischen Gerichtshofs.

Wenn auch gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsregeln nicht zur Unanwendbarkeit des nationalen Kartellrechts führen - der EGV geht vielmehr davon aus, dass Gemeinschafts- und nationales Kartellrecht nebeneinander bestehen (zur näheren Abgrenzung siehe Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht 158 ff) - so stellt es, wie schon im Vorlagebeschluss zutreffend ausgeführt wurde, doch denknötwendig auch einen Marktmissbrauch iSd inhalts gleichen § 35 KartG dar, wenn das Verhalten eines Marktteilnehmers unter Art 86 EGV fällt, darf doch ein nach Gemeinschaftsrecht verpöntes Verhalten auf Grund des prinzipiellen Vorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht nach nationalem Recht geduldet werden. Dies war nicht der Fall: Der Europäische Gerichtshof verneinte die missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung iSd Art 86 (nunmehr 82) EGV. Dies hindert jedoch nicht die Prüfung, ob nicht doch allenfalls nach nationalem Recht unter Anwendung des § 35 KartG Maßnahmen gegen die Antragsgegnerinnen zu ergreifen sind (Barfuß/Wollmann/Tahedl aaO 170). Zu Recht hat sich das Kartellgericht an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art 86 EGV orientiert. Wenn sich auch der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens nach österreichischem Recht nicht mit dem des europäischen Kartellrechts deckt, ist doch der Missbrauchs begriff dem des EGV nachgebildet und daher EG-rechtskonform auszulegen (KOG 14. 12. 1993, Fiat-Vertriebsbindung, ÖBI 1993, 271 ua).

Grundsätzlich besteht auch für marktbeherrschende Unternehmen kein Kontrahierungszwang. Ein solches Unternehmen kann jedoch unter bestimmten Umständen verpflichtet sein, seine Anlagen und Einrichtungen für Wettbewerber zu öffnen. Im Sinn der "essential facilities"-Doktrin, an der sich der Europäische Gerichtshof orientiert, ist dies dann der Fall, wenn der Mitbewerber ohne Nutzung dieser Anlagen nicht in der Lage wäre, auf dem Markt in Erscheinung zu treten. Wie bereits der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen, denen der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung folgte, klarstellte, entspricht das Recht, den Handelspartner auszuwählen und über das Eigentum frei zu verfügen, den allgemein anerkannten Grundsätzen der Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten, denen in manchen Fällen sogar verfassungsrechtlicher Status zukommt. Eingriffe in diese Rechte sind sorgfältig abzuwägen. Zur wettbewerbspolitischen Rechtfertigung eines Eingriffs in die Abschlussfreiheit eines marktbeherrschenden Unternehmens ist eine Abwägung der widerstreitenden Interessen vorzunehmen. Im Allgemeinen fördert es langfristig den Wettbewerb und liegt es auch im Interesse der Verbraucher, wenn es dem Unternehmer vorbehalten bleibt, Einrichtungen, die er für seine eigene Geschäftstätigkeit entwickelt hat, ausschließlich selbst zu verwenden. Für ein marktbeherrschendes Unternehmen wäre der Anreiz, Investitionen in leistungsfähige Einrichtungen zu tätigen, erheblich vermindert, wären seine Mitbewerber auf ihr Ersuchen in die Lage versetzt, an dessen Gewinnen teilzuhaben. Deshalb kann der bloße Umstand, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen dadurch, dass es sich die Benutzung einer Einrichtung vorbehält, einen Vorteil gegenüber einem Mitbewerber behält, die Forderung nach Zugang zu dieser Einrichtung nicht rechtfertigen. Es darf bei der Beurteilung dieser Frage nicht übersehen werden, dass es Hauptzweck des Art 86 EGV ist, Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern - und dadurch insbesondere die Interessen der Verbraucher zu wahren - und nicht die Situation der einzelnen Wettbewerber zu schützen. Andererseits ist auch evident, dass die Verweigerung des Zugangs in bestimmten Fällen sowohl kurzals auch langfristig zur Ausschaltung oder zu einer erheblichen Abnahme des Wettbewerbs zum Nachteil der Verbraucher führen kann. Besondere Sorgfalt ist dann geboten, wenn die Waren, Dienstleistungen oder Einrichtungen, zu denen der Zugang begehrt wird, das Ergebnis umfangreicher Investitionen sind. Der Europäische Gerichtshof

vertritt daher schon seit längerem die Auffassung, die Weigerung, einem Unternehmen unerläßliche Rohstoffe oder Dienstleistungen zu liefern, sei nur dann missbräuchlich, wenn dieses Verhalten jeglichen Wettbewerb durch dieses Unternehmen ausschließe, und die Weigerung, eine Lizenz zu erteilen, sei - in Ermangelung weiterer außergewöhnlicher Umstände - nicht schon als solche ein Missbrauch (nähere Nachweise im Vorabentscheidungsurteil Rz 25, 26, 38 ff). Zwar hat der Europäische Gerichtshof im Urteil Magill (Slg 1995 I 743) das Vorliegen solcher außergewöhnlichen Umstände darin erblickt, dass die Weigerung ein Erzeugnis (Information über die wöchentlichen Programme bestimmter Fernsehsender) betraf, dessen Lieferung für die Ausübung der betreffenden Tätigkeit (Herausgabe eines allgemeinen Fernsehprogrammführers) deshalb unentbehrlich, weil es demjenigen, der einen solchen Programmführer anbieten wollte, ohne diese Lieferung unmöglich war, den Programmführer zu verlegen und auf dem Markt anzubieten, dass diese Weigerung das Auftreten eines neuen Erzeugnisses, nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher bestand, verhinderte, dass die Weigerung nicht durch sachliche Erwägungen gerechtfertigt und dass sie geeignet war, jeglichen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschließen.

Im vorliegenden Fall kam der Europäische Gerichtshof jedoch zum Ergebnis, selbst wenn diese Rechtsprechung zur Ausübung eines gewerblichen Schutzrechts auch auf die Ausübung eines beliebigen Eigentumsrechts anwendbar sein sollte, wäre aus dem genannten Urteil bei einem Sachverhalt wie dem vorliegenden nur dann auf einen Missbrauch im Sinn des Art 86 EGV zu schließen, wenn die Verweigerung der in der Hauszustellung liegenden Dienstleistung zum einen geeignet wäre, jeglichen Wettbewerb auf dem Tageszeitungsmarkt durch denjenigen, der die Dienstleistung begehrt, auszuschalten, und nicht objektiv zu rechtfertigen wäre, zum anderen die Dienstleistung selbst für die Ausübung der Tätigkeit des Wettbewerbers in dem Sinne unentbehrlich wäre, dass kein tatsächlicher oder potentieller Ersatz für die Hauszustellung bestünde. Er kam zum Ergebnis, dies sei mit Sicherheit nicht einmal dann der Fall, wenn nur ein einziges landesweites Hauszustellungssystem existiert und zudem der Inhaber dieses Systems auf dem Dienstleistungsmarkt, der durch dieses System gebildet wird, eine beherrschende Stellung inne hat, weil feststehe, dass für Tageszeitungen andere Vertriebswege, wie die Postzustellung oder der Laden- oder Kioskverkauf, bestehen, auch wenn sie für den Vertrieb bestimmter Tageszeitungen weniger günstig sein dürften, und von den Verlegern dieser Zeitungen auch in Anspruch genommen werden. Diesen Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs folgend, verneinte das Erstgericht daher zu Recht einen Kontrahierungszwang. Ausgehend davon erübrigen sich - wie das Erstgericht klar erkannt hat - die von der Rechtsmittelwerberin vermissten Feststellungen, insbesondere über den relevanten Markt, die marktbeherrschende Stellung der Antragsgegnerinnen (die ohnedies für jede Art des denkbaren relevanten Marktes unstrittig ist) und die Austauschbarkeit mit anderen Vertriebsformen.

Zuzugeben ist, dass die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen, legt dieser doch vorerst allgemein dar, grundsätzlich sei zuerst die marktbeherrschende Stellung zu prüfen, wozu die Bestimmung des betroffenen Marktes erforderlich sei, der Gerichtshof es - im Gegensatz zu den Schlussanträgen des Generalanwalts, die insoweit nichts an Eindeutigkeit zu wünschen übrig lassen (Rz 31), - aber untermassen hat, ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass sich Feststellungen in dieser Richtung und die daraus folgende rechtliche Beurteilung deshalb erübrigen, weil selbst nach der engsten Definition des relevanten Marktes - landesweite Hauszustellung von Tageszeitungen - kein gegen Art 86 EGV verstoßender Missbrauch vorliegt.

Auch eine Auseinandersetzung mit der Austauschbarkeit der Vertriebswege sowie mit der Möglichkeit und Zumutbarkeit, allein oder mit anderen ein eigenes Hauszustellungssystem aufzubauen oder sich an einem solchen zu beteiligen, erübrigt sich, weil durch die Weigerung der Antragsgegnerinnen, die Antragstellerin in ihr Vertriebssystem aufzunehmen, der Antragstellerin der Zugang zum Markt keineswegs gänzlich verschlossen ist.

Es braucht daher auch schon aus diesem Grund auf die unzulässige Tatsachenrüge (die Beweise wurden nicht nur auf Grund von Urkunden, sondern auf Grund von Vernehmungen von Auskunftspersonen getroffen - vgl KOG im vorliegenden Verfahren ON 168, 16 Ok 5/98 = SZ 71/103), die im Übrigen weitgehend durch bloße Behauptungen gekennzeichnet ist, nicht eingegangen werden.

Auch die von der Antragstellerin behauptete und im Rekurs nur mehr am Rande behandelte angebliche Diskriminierung gegenüber dem W***** liegt nicht vor:

Ein Verstoß gegen die Gleichbehandlungspflicht könnte nur dann vorliegen, wenn die Antragsgegnerinnen Gleiches ungleich behandeln würden. Das W***** ist im Gegensatz zum Zeitungsprodukt der Antragstellerin kein echtes Konkurrenzprodukt, ihr Leserkreis und ihre Auflagenzahl sind nicht vergleichbar. Vor allem hat aber das W***** den Antragsgegnerinnen auch den Druck und den Gesamtvertrieb übertragen. Der für die Hauszustellung ausgeworfene Preis ist nicht kostendeckend, aber durch den Preis des "Gesamtpakets" gedeckt. Die Antragstellerin will aber gar keine Gleichbehandlung mit dem W*****; sie will den Antragsgegnerinnen nicht auch den Druck und Gesamtvertrieb übertragen, sondern nur an dem mit großem Aufwand von den Antragsgegnerinnen aufgebauten Hauszustellungssystem partizipieren. Ein Missbrauch nach § 35 Abs 1 Z 3 KartG scheidet daher aus, weil es gar nicht um die Benachteiligung der Antragstellerin durch die marktbeherrschenden Antragsgegnerinnen mittels Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen geht. Dass die Antragsgegnerinnen für "Fremdprodukte" nur die Hauszustellung übernommen hätten, ist nicht erwiesen und wird von der Rekurswerberin auch nicht mehr behauptet.

Der erstgerichtliche Beschluss ist daher zu bestätigen.