

Münchener Juristische Beiträge · Band 38

Tim Schommer

**Die „essential facility“-Doktrin
im Europäischen Wettbewerbsrecht**



Herbert Utz Verlag · Wissenschaft
München

Münchener Juristische Beiträge

Herausgeber der Reihe:
Dr. jur. Thomas Küffner

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte
bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Zugleich: Dissertation, Kiel, Univ., 2002

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch
begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung,
des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der
Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem
Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsan-
lagen bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwendung,
vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH 2003

ISBN 3-8316-0252-2

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
Tel.: 089/277791-00 - Fax: 089/277791-01

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS..... XVII**1. TEIL: EINLEITUNG1****2. TEIL: RECHTSLAGE IN DEN VEREINIGTEN STAATEN.....5****A. VORBEMERKUNG5****I. Gesetzliche Bestimmungen.....6****1. Sherman Act.....6****2. Clayton Act7****3. Federal Trade Commission Act8****II. Das Verfahren10****1. Strafverfahren.....10****2. Zivilverfahren.....11****a) Antitrust Division.....11****b) Federal Trade Commission12****c) Private.....13****B. URSPRUNG UND GRUNDLAGE DER „ESSENTIAL FACILITY DOCTRINE“....14****I. Ursprünge in der Rechtsprechung des Federal Supreme Court.....14****1. United States ./ Terminal Railroad Association14****2. Associated Press ./ United States16****3. Analyse16****II. Section 2 Sherman Act19****1. „Monopolization“20****a) „Monopoly Power“20****aa) Sachlicher Markt21****bb) Räumlicher Markt.....22****a) Nachweis der Monopolmacht.....22****b) Conduct.....24****aa) Entwicklung des Verhaltenselements24**

bb) Rechtliche Konsequenz	28
2. „Attempted Monopolization“	28
C. EINORDNUNG DER „ESSENTIAL FACILITY DOCTRINE“	29
I. „Intent test“	31
II. „Monopoly leveraging test“	32
III. „Essential facility doctrine“	33
1. Anwendungsvoraussetzungen.....	34
a) Rechtsprechung	35
b) Analyse	37
2. Abgrenzung	39
3. Mögliche Fallgruppen	39
D. PRÜFUNGSVORAUSSETZUNGEN	41
I. Kontrolle einer „essential facility“ durch einen Monopolisten	41
1. „Facility“	41
2. Kontrolle durch einen Monopolisten	43
a) Markt der wesentlichen Einrichtung.....	44
b) Abgeleiteter Markt	45
aa) Bestimmung des relevanten Marktes	45
bb) Monopolmacht auf dem abgeleiteten Markt.....	46
cc) Konkretisierung der Fallgruppen	48
3. „Essential“	48
a) Tätigwerden ohne Inanspruchnahme der Einrichtung.....	49
b) Tätigwerden durch alternative Einrichtung.....	49
c) Mangelnde Duplizierbarkeit der Einrichtung.....	52
II. Zugangsverweigerung	54
1. Art der Zugangsverweigerung	54
2. Wettbewerbliche Auswirkung der Zugangsverweigerung.....	55
III. Möglichkeit der Zurverfügungstellung	57

1. „Legitimate business reasons“	58
2. Beweislast	60
E. SCHLUBBETRACHTUNG.....	61
3. TEIL: RECHTSLAGE IM RECHT DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFT	67
A. ÜBERBLICK ÜBER DAS WETTBEWERBSRECHT DES EG-VERTRAGES	70
I. Sinn und Zweck	70
II. Wettbewerbsvorschriften.....	72
III. Art. 82 EGV im Vergleich zu Sec. 2 Sherman Act	73
1. Art. 82 EGV	73
a) Adressat der Regelung	73
b) Relevanter Markt	74
aa) Sachlicher Markt	75
bb) Räumlicher Markt.....	75
c) Beherrschende Stellung.....	76
d) Nachweis	78
e) Mißbräuchliche Ausnutzung	80
f) Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten.....	83
g) Verfahren und Rechtsfolgen.....	84
aa) Verfahren	84
bb) Rechtsfolgen.....	85
(1) Öffentlich-rechtlich	85
(2) Zivilrechtlich.....	86
2. Unterschiede zu Sec. 2 Sherman Act	87
a) Unterschiedliche Anknüpfungspunkte	87
b) Verschiedenartige Rechtsfolgen	88
3. Konsequenzen für eine „essential facility“-Doktrin	89
B. VERBOT DER GESCHÄFTSVERWEIGERUNG NACH ART. 82 EGV.....	90

I. Allgemeines	91
II. Abbruch einer bestehenden Geschäftsbeziehung	92
1. Marktbeherrschendes Unternehmen ohne vertikale Integration	93
2. Vertikal integriertes marktbeherrschendes Unternehmen.....	94
3. „Backward integration“ des Abnehmers	96
4. Zwischenergebnis	97
III. Erstmalige Nichtaufnahme einer Geschäftsbeziehung	100
1. Vereinbarkeit mit dem Schutzzweck des Art. 82 EGV	100
2. Vereinbarkeit mit bestehender Auslegung	104
3. Das Urteil im Fall Magill.....	105
C. THEORETISCHE EINORDNUNG EINER EUROPÄISCHEN „ESSENTIAL FACILITY“-DOKTRIN	107
I. Existenz eines abgeleiteten Marktes im Zeitpunkt der Geschäftsverweigerung	108
1. Marktbeherrscher allein auf dem abgeleiteten Markt (Konstellation I).....	108
2. Andere Unternehmen auf dem abgeleiteten Markt (Konstellation II)	109
3. Marktbeherrscher und andere Unternehmen auf dem abgeleiteten Markt (Konstellation III).....	109
II. Nichtexistenz eines abgeleiteten Marktes im Zeitpunkt der Geschäftsverweigerung (Konstellation IV).....	110
D. ENTSCHEIDUNGEN DER KOMMISSION	111
I. London European ./ Sabena	112
1. Sachverhalt und Entscheidung	112
2. Analyse	113
II. British Midland ./ Aer Lingus	115
1. Sachverhalt und Entscheidung	115

2. Analyse	116
III. B&I ./ Sealink.....	118
1. Sachverhalt und Entscheidung.....	118
2. Analyse	118
IV. Sea Containers ./ Stena Sealink	119
1. Sachverhalt und Entscheidung.....	119
2. Analyse	120
a) Vergleich zum US-amerikanischen Recht	121
b) Abweichung zu den übrigen Geschäftsverweigerungsfällen nach Art. 82 EGV	123
V. Hafen von Rødby	124
1. Sachverhalt und Entscheidung.....	124
2. Analyse	125
VI. Flughafen Frankfurt.....	126
1. Sachverhalt und Entscheidung.....	126
2. Analyse	128
VII. Zwischenbetrachtung.....	129
E. URTEILE DES EUGH.....	132
I. Das Urteil im Fall Magill	132
1. Sachverhalt.....	133
2. Aspekte in Verbindung mit einer „essential facility“-Doktrin.....	134
a) Sachlich relevante Märkte	135
b) Beherrschende Stellung.....	136
c) Abgeleiteter Markt	138
aa) Theoretische Vorüberlegungen.....	138
bb) Übertragung auf die Sachverhaltskonstellation im Fall Magill	139
d) Mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung	142

3. Immaterialgüterrechtliche Aspekte	144
a) Bestand und Ausübung.....	144
b) Spezifischer Gegenstand	145
c) Das Urteil des EuGH.....	147
d) Analyse der Entscheidungsgründe.....	148
aa) Verhinderung eines neuen Produkts.....	148
bb) Fehlende Rechtfertigung.....	150
cc) Vorbehalten eines abgeleiteten Marktes	150
dd) Zusammenfassung	152
e) Andere Begründungsmöglichkeiten	154
aa) Begründung des EuG.....	155
bb) Bewertung	156
(1) Art. 295 EGV	157
(2) Art. 30 EGV	159
(3) Verhältnis des Art. 295 zu Art. 30 EGV	161
cc) Aufgabe der Differenzierung zwischen Bestand und Ausübung.....	163
dd) Verbleibender Lösungsweg	164
4. Zusammenfassung der Ergebnisse	165
a) Immaterialgüterrechtliche Ergebnisse	166
b) Ergebnisse im Zusammenhang mit der „essential facility“- Doktrin	167
c) Offene Fragen	168
II. Das Urteil im Fall Bronner	169
1. Sachverhalt.....	169
2. Analyse der Entscheidungsgründe	169
a) Relevante Märkte	170
b) Mißbräuchliches Verhalten	171

aa) Unentbehrlichkeit der Einrichtung.....	171
(1) Tatsächliche Ersatzmöglichkeit	172
(2) Potentielle Ersatzmöglichkeit	174
bb) Verweigerung des Zugangs	178
cc) Rechtfertigungsgründe.....	178
c) Bewertung.....	179
3. Weitere Stellungnahmen.....	181
a) Das Urteil des EuG im Fall Tiercé Ladbroke.....	181
b) Mitteilung der Kommission.....	183
c) Das Verfahren IMS Health.....	186
4. Zusammenstellung der Ergebnisse.....	189
a) Abzuleitende Auffassung der Kommission	189
b) Abzuleitende Auffassung des EuGH	190
c) Schlußfolgerung.....	190

4. TEIL: KONKRETISIERUNG DER „ESSENTIAL FACILITY“-

DOKTRIN 193

A. GENERELLE ERWÄGUNGEN	193
I. Prinzip der Privatautonomie.....	193
II. Mangelnde Innovations- und Investitionsbereitschaft.....	194
III. Grundrechtliche Schranken	195
1. Gemeinschaftliche Grundrechte.....	197
2. Der gemeinschaftsrechtliche Eigentumsschutz	199
a) Schutzbereich.....	200
b) Eingriff	201
aa) Eigentumsentzug.....	201
bb) Ausübungsbeschränkung	202
c) Rechtfertigung	203
aa) Geeignetheit	203

bb) Erforderlichkeit	205
cc) Angemessenheit	205
d) Wesensgehaltsgarantie	206
B. KONKRETISIERUNG	208
I. Anwendungsvoraussetzungen	209
1. Marktstellung auf den relevanten Märkten	209
a) Markt der wesentlichen Einrichtung	210
aa) Bestimmung der Marktbeherrschung	210
bb) Vorliegen eines Marktes	211
b) Abgeleiteter Markt	212
aa) Beherrschende Stellung des Einrichtungsinhabers	212
bb) Tätigkeit des Einrichtungsinhabers auf dem abgeleiteten Markt	214
2. Auswirkungen auf § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB	218
II. Prüfungsvoraussetzungen	220
1. Wesentliche Einrichtung	220
a) Einrichtung	220
aa) Eingrenzung des Begriffs	220
bb) Immaterialgüterrechte	222
b) Wesentlichkeit	223
aa) Tatsächliche Ersatzmöglichkeit	224
bb) Potentielle Ersatzmöglichkeiten	225
cc) Objektivierungskriterien	226
dd) Zeitliche Aspekte	228
(1) Bestimmung der Wesentlichkeit	228
(2) Befristung des Zugangsanspruchs	230
2. Zugangsverweigerung	231
a) Verweigerung des Zugangs	231

b) Zulassung unter diskriminierenden Bedingungen	231
3. Auswirkungen auf dem abgeleiteten Markt	235
a) Verhinderung von Wettbewerb	235
b) Verhinderung eines neuen Produkts	236
4. Rechtfertigungsgründe.....	237
5. Angemessenes Entgelt.....	238
III. Zusammenstellung der Erfordernisse.....	239
5. TEIL: SCHLUßBETRACHTUNG	243
LITERATURVERZEICHNIS.....	249
VERZEICHNIS DER US-AMERIKANISCHEN GERICHTS- UND BEHÖRDENENTSCHEIDUNGEN.....	277
VERZEICHNIS DER EUROPÄISCHEN URTEILE UND ENTSCHEIDUNGEN.....	285

1. Teil: Einleitung

Ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen marktbeherrschende Unternehmen durch Art. 82 EGV gezwungen werden können, Wettbewerbern den Zugang zu ihren wesentlichen Einrichtungen zu gewähren, gehört in jüngster Zeit zu den am lebhaftesten erörterten Fragen des Europäischen Kartellrechts¹. Soweit ersichtlich hat erstmalig die Europäische Kommission in ihren Entscheidungen der sogenannten Hafenfälle² den Begriff der „essential facility“ im Europäischen Wettbewerbsrecht verwendet. Darauf Bezug nehmend war sobald die Rede von der Rezeption der im US-amerikanischen Recht angesiedelten „essential facility doctrine“ in das Europäische Wettbewerbsrecht.

Das Grundmuster der mit dieser Bezeichnung titulierten Sachverhaltskonstellationen ist dadurch gekennzeichnet, daß ein Unternehmen mittels der Kontrolle über eine wesentliche Einrichtung den Zugang zu einem abgeleiteten Markt kontrolliert. Wollen nun andere Unternehmen auf diesem Markt tätig werden, sind sie auf die Nutzung dieser Einrichtung angewiesen. Handelt es sich bei dem Einrichtungsinhaber darüber hinaus um ein vertikal integriertes Unternehmen, also ein solches, welches selbst auf dem abgeleiteten Markt tätig ist, liegt die Reaktion auf das Zugangsersuchen auf der Hand: Der Einrichtungsinhaber wird den Zugang verweigern. Fraglich ist nun, inwiefern ein derartiges Verhalten als mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung i.S.d. Art. 82 EGV bewertet werden muß, oder, anders formuliert, unter welchen Voraussetzungen der Zugangsbegehrende die Nutzung der jeweilig in Rede stehenden Einrichtung verlangen kann.

¹ Vgl. zu dieser Einschätzung: *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, S. 350.

² *B&I ./. Sealink*, KommE (11.06.1992), im ABIEG nicht veröffentlicht. Vgl. jedoch: CMLR 1992/ 2, S. 255 ff. bzw. die Kurzbeschreibung in: *Kommission*, XXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1992), S. 121 f.; *Sea Containers ./. Stena Sealink*, KommE (21.12.1993), ABIEG. 1994 Nr. L 15, 8 ff.; *Hafen von Rødby*, KommE (21.12.1993), ABIEG 1994 Nr. L 55, 52 ff.

Mit Hilfe der „essential facility“-Doktrin genannten Prüfungsvoraussetzungen kann nun einerseits für eine extensive³, andererseits für eine restriktive⁴ Öffnungspflicht des jeweils betroffenen Unternehmens plädiert werden. Fraglich ist aber nicht nur die Reichweite eines in Betracht kommenden Zugangsbegehrens. Vielmehr bedarf es vorab der Klärung, ob eine Lösung dieser Frage durch Übertragung der US-amerikanischen „essential facility doctrine“ in das Europäische Recht in Betracht kommt⁵. Dies erfordert eine Analyse der diesbezüglichen Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten, die Gegenstand des ersten Teils ist.

Neben der Frage der Übertragungsmöglichkeit der Doktrin in das Europäische Recht wird im zweiten Teil der vorliegenden Arbeit die europäische Entscheidungspraxis im Hinblick auf den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen untersucht. Entsprechend werden die maßgeblichen Entscheidungen der Kommission einerseits, die Urteile des EuGH andererseits analysiert. Besonderes Augenmerk wird dabei auf das Urteil im Fall *Magill*⁶ gelegt. Dies geschieht nicht nur deswegen, weil dieses Urteil – als erste Entscheidung des EuGH zu diesem Problemkreis – teilweise als Rezeption der US-amerikanischen „essential facility doctrine“ gewertet wird⁷, sondern insbesondere auch aus dem Grund, daß die Sachverhaltskonstellation schwierige Fragen bezüglich des Verhältnisses zwischen Immaterialgüterrechtsschutz auf der einen und Wettbewerbsregeln auf der anderen Seite aufwirft. Da eine auch nur ansatzweise auf Klärung

³ Markert, WuW 1995, S. 560, 571 spricht in diesem Zusammenhang von einer „Zauberformel“.

⁴ Nach *Deselaers*, EuZW 1995, S. 563, 567 führt hingegen das „Schmarotzen an einer fremden Leistung“ auch über die „essential facility“-Doktrin nicht zu einem von Art. 82 EGV geschützten Verhalten.

⁵ Die Brisanz dieser Fragestellung ergibt sich im übrigen daraus, daß weder der Federal Supreme Court noch der EuGH jemals ausdrücklich auf die Doktrin eingegangen sind.

⁶ EuGH, Rs. C-241/ 91 P und C-242/ 91 P (06.04.1995), Slg. 1995, I-743 ff.

⁷ So: *Deselaers*, EuZW 1995, S. 563; *Emmerich*, FS-Söllner 2000, S. 273, 277; *Emmerich*, HdB. des EU-Wirtschaftsrechts, H.I, Rdn. 379; *Haag*, Schwarze 1999, S. 57, 64; *Mailänder*, FS-Schmidt 1997, S. 271, 276; *Möschel*, Immenga/Mestmäcker, Art. 86, Rdn.

gerichtete Erörterung dieses komplexen Spannungsverhältnisses vermessen wäre, wird versucht, die konkret auftretenden Schwierigkeiten vor dem Hintergrund der dieser Arbeit zugrundeliegenden Problematik zu bewerten.

Das besondere Erfordernis der Erörterung der Problematik des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen im Europäischen Recht ergibt sich im übrigen aus den in den letzten Jahren erfolgten Liberalisierungsbemühungen der Europäischen Gemeinschaft. Die Deregulierung der entsprechenden Wirtschaftsbereiche würde nämlich ihr Ziel verfehlen, wenn die marktbeherrschenden Unternehmen ihre Einrichtungen im freien Wettbewerb wettbewerbswidrig nutzen könnten. Wesentliche Bedeutung kommt dem Zugang zu wesentlichen Einrichtungen aber auch im Hinblick auf die sogenannte „new economy“ zu⁸. Bei der Beantwortung der Frage nach der Rechtmäßigkeit einer Zugangsverweigerung könnte einer „essential facility“-Doktrin mithin große Bedeutung zukommen.

Entsprechend muß es Ziel der vorliegenden Untersuchung sein, einen Beitrag zur Ausfüllung der bereits entwickelten Voraussetzungen eines Anspruchs auf Zulassung zu einer wesentlichen Einrichtung im Europäischen Recht zu leisten. Eine Konkretisierung der Prüfungsvoraussetzungen erscheint dabei nicht zuletzt auch im Hinblick auf die im Rahmen der Sechsten GWB-Novelle eingeführte Vorschrift des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB wünschenswert; dies um so mehr, als im Regierungsentwurf ausdrücklich auf die Entwicklungen im Europäischen Recht Bezug genommen wurde⁹. Im vierten Teil der Arbeit soll mithin versucht werden, Anwendungsbereich und Prüfungsvoraussetzungen einer „essential facility“-Doktrin zu konkretisieren.

260; Nicolaysen, S. 256; Pilny, GRUR Int. 1995, S. 954, 956; Ridyard, ECLR 1996, S. 438, 446.

⁸ Vgl. unten: „Rechtslage im Recht der Europäischen Gemeinschaften“.

⁹ BT-Drucks. 13/ 9720.