

**Die essential facilities doctrine im Spiegel  
des Urteils „Bronner“ des Europäischen Gerichtshofs**

**unter besonderer Berücksichtigung  
der historischen Entwicklung im Kartellrecht  
der Vereinigten Staaten  
und der Europäischen Gemeinschaft**

Seminar „Wettbewerbstheoretische Grundsatzfragen“  
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen  
im Wintersemester 2000/2001 bei Prof. Dr. iur. Wernhard Möschel

vorgelegt von  
Assessor Alexander Schäfer aus Waldshut

Februar 2001

Alexander Schäfer

E-Mail: [alex@schaefler-recht.de](mailto:alex@schaefler-recht.de)

## **Gliederungsübersicht**

<b>Gliederungsübersicht</b> .....	<b>1</b>
<b>A. Einleitung</b> .....	<b>3</b>
<b>B. Die geschichtlichen Wurzeln in den USA</b> .....	<b>4</b>
<b>C. Die herkömmliche Geschäftsverweigerung im Europarecht</b> .....	<b>10</b>
<b>D. Das Urteil Bronner</b> .....	<b>17</b>
I. Der Sachverhalt .....	17
II. Die Entscheidungsgründe .....	18
<b>E. Bewertung des Urteils Bronner</b> .....	<b>21</b>
I. Anwendbarkeit der essential facilities doctrine? .....	21
II. Die Zugangsverweigerung als Missbrauch .....	24
III. Die Voraussetzungen einer Pflicht zur Zugangsgewährung .....	26
a. Die Unentbehrlichkeit der wesentlichen Einrichtung .....	27
b. Die Verweigerung des Zugangs zu gleichen Bedingungen .....	32
c. Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem abgeleiteten Markt .....	34
d. Keine objektive Rechtfertigung .....	36
<b>F. Zusammenfassung</b> .....	<b>38</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>41</b>



# **Die essential facilities doctrine im Spiegel des Urteils „Bronner“ des Europäischen Gerichtshofs**

## **A. Einleitung**

Das europäische, wie auch das deutsche Recht, ist vom Grundsatz geprägt, dass ein Unternehmen frei bestimmen kann, mit wem und zu welchen Bedingungen es einen Vertrag schließen möchte. Es verbürgt daher grundsätzlich die Auswahl-, Abschluss- und Gestaltungsfreiheit. Dies gilt grundsätzlich auch für Unternehmen, die Hilfsmittel in Form von Waren oder Dienstleistungen erbringen, auf die andere Unternehmen zurückgreifen müssen, um selbst wirtschaftlich in Erscheinung treten zu können. Das erstgenannte Unternehmen wird in diesem Sinne regelmäßig auf einem „vorgelagerten“, das andere regelmäßig auf einem „nachgelagerten“ oder „abgeleiteten“ Markt tätig. Es kann nun aber vorkommen, dass das Unternehmen auf dem vorgelagerten Markt eine so mächtige Stellung einnimmt, dass das Unternehmen des nachgelagerten Marktes an ihm nicht vorbeikommt. Man spricht dann von sog. „bottleneck-resources“ (Engpasseinrichtungen). Diese Situation ist unproblematisch, solange das mächtige Unternehmen dem anderen seine Hilfsmittel zur Verfügung stellt, und dies zu angemessenen Konditionen. Weigert sich das mächtige Unternehmen aber, dem anderen die Hilfsmittel bereitzustellen, verlangt es einen überhöhten Preis oder erhebt es anderweitige unangemessene Forderungen, so kann dies für das andere Unternehmen zur Folge haben, dass es auf seinen eigenen, nachgelagerten Markt nicht (mehr) vordringen kann. Hierdurch wird nicht nur die Geschäftstätigkeit des betroffenen Unternehmens gefährdet, sondern kann gleichzeitig auch der Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt beeinträchtigt werden. Deshalb wird das Kartellrecht auf den Plan gerufen und die Frage aufgeworfen, ob eine derartige Wettbewerbsbeeinträchtigung hingenommen werden kann. Abhilfe kann dadurch geschaffen werden, indem das mächtige Unternehmen des vorgelagerten Marktes dazu verpflichtet wird, dem anderen Unternehmen seine Hilfsmittel, zu angemessenen Bedingungen, zur Verfügung zu stellen.

Mit dieser Problematik beschäftigt sich die essential facilities doctrine, also die Lehre von den wesentlichen Einrichtungen, die auch bottleneck principle (Flaschenhals-Prinzip) genannt wird. Sie ist in den Vereinigten Staaten entwickelt worden, und jedenfalls ihre inhaltlichen Aussagen sind mit zeitlicher Verzögerung auch ins europäische und deutsche Kartellrecht eingeführt worden. Deutlich wird dies etwa an § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, der am 1. Januar 1999 in Kraft getreten ist und besagt: „Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen [...] sich weigert, einem anderen Unter-

nehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden [...].“

Im Europarecht wurden für den Energie-, Verkehrs- und den Telekommunikationssektor spezielle Regelungen getroffen, die auch Aussagen über den Zugang zu diesen Einrichtungen enthalten<sup>1</sup>. Ansonsten greifen die *Europäische Kommission* und die europäische Gerichtsbarkeit (*EuGH* und *EuG*) auf allgemeine Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages zurück, insbesondere auf das Missbrauchsverbot des Art. 82 EGV, um darüber zu entscheiden, ob ein Unternehmen verpflichtet ist, einem anderen seine Hilfsmittel bereitzustellen. Die jüngste bedeutende Entscheidung des *Europäischen Gerichtshofs* zu diesem Thema erging im Fall *Bronner*.

Die Seminararbeit wird zunächst den historischen Wurzeln der essential facilities doctrine in den Vereinigten Staaten nachspüren (B.), wird dann die herkömmliche Behandlung von Fällen der Geschäftsverweigerung im europäischen Recht behandeln (C.) und danach das Urteil *Bronner* ausführlich darstellen (D.). In der daran anschließenden Bewertung des Urteils (E.) werden die Fragen erörtert, ob der *EuGH* die essential facilities doctrine für anwendbar hält (I.), wieso die Zugangsverweigerung überhaupt einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen kann (II.), und welche Voraussetzungen für einen derartigen Missbrauch im einzelnen bestehen (III.).

## B. Die geschichtlichen Wurzeln in den USA

Die essential facilities doctrine wurde in den Vereinigten Staaten entwickelt. Ihre frühesten Wurzeln reichen, worauf *Venit/Kallaugh* hingewiesen haben<sup>2</sup>, bis zu einer alten Tradition des Common Law zurück. Hiernach sind die Inhaber eines lokalen Monopols verpflichtet, sich gegenüber ihren potentiellen Kunden fair zu verhalten. So durfte z. B. ein Müller sich nicht grundlos weigern, das Korn eines örtlichen Farmers zu mahlen. Im 19-ten Jahrhundert wurden mehrere Fälle unter Berücksichtigung dieses Common Law entschieden<sup>3</sup>. Seitdem im Jahre 1890 der Sherman Act<sup>4</sup> erlassen worden ist, stützen sich

<sup>1</sup> Vgl. für den Energiesektor: *Lukes*, Energie recht, in: *Dausen*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts 2, Abschn. M Rn. 78 ff.; *Büdenbender*, Durchleitungen in der Elektrizitätswirtschaft und Eigentumsschutz, WuW 2000, 119, 119; für den Verkehrssektor: *Basedow/Dolfen*, Verkehrs- und Transportrecht, in: *Dausen*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts 2, Abschn. L Rn. 91 ff., 236 u. 308 ff.; für den Telekommunikationssektor: *Scherer*, Das Bronner-Urteil des EuGH und die Essential facilities-Doktrin im TK-Sektor, MMR 1999, 315, 319 ff.

<sup>2</sup> *Venit/Kallaugh*, Essential Facilities: A Comparative Law Approach, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 1994, 315, 319 f.; vgl. *Sullivan*, Handbook of the Law of Antitrust (1977), § 48 S. 125.

<sup>3</sup> Vgl. *Venit/Kallaugh*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 315, 320.

<sup>4</sup> July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. 1 to 7.

die einschlägige Rechtsprechung und Literatur auf diese gesetzlichen Bestimmungen. Seine Sec. 1 enthält ein Kartellverbot: „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.“<sup>5</sup> Sec. 2 setzt demgegenüber ein Monopolisierungsverbot fest: „Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty [...]“.

Sieht man von den Wurzeln im Common Law ab, kann man mit *Areeda* die Entwicklung der essential facilities doctrine als „catch-phrase“ charakterisieren<sup>6</sup>, also als eine sich selbst tragende Entwicklung, die typischerweise in den folgenden Stufen verläuft: Zunächst taucht ein außergewöhnlicher Fall auf, der von einem Gericht entschieden wird. Sodann wird der Duktus dieser Entscheidung verallgemeinert und auf andere Fälle übertragen. Diese Erweiterungen werden schließlich so unhaltbar, dass der Anwendungsbereich wieder zurückgestutzt werden muss.

Der Ausgangspunkt der essential facilities doctrine wird von Literatur<sup>7</sup> und amerikanischer Rechtsprechung allgemein im Urteil des *Supreme Court* aus dem Jahre 1912 zur *Terminal Railroad Association of St. Louis*<sup>8</sup> gesehen. Manche sprechen in diesem Zusammenhang sogar von der „Geburt“ dieser Lehre<sup>9</sup>. Allerdings ist zu beachten, dass sich der *Supreme Court* weder in diesem Urteil, noch, soweit ersichtlich, in späteren Urteilen ausdrücklich auf die essential facilities doctrine berufen hat<sup>10</sup>. In der *Terminal Railroad Association* hatten sich 14 Eisenbahngesellschaften zusammengeschlossen, um in der Stadt St. Louis gemeinsam Bahnhöfe und Eisenbahnanlagen zu betreiben. Die Gesellschaft besaß die beiden einzigen Eisenbahnbrücken über den Mississippi sowie die einzige Fährgesellschaft, die Züge über den Fluss übersetzte. Obwohl die beiden Brücken gegen Zoll grundsätzlich allen Eisenbahngesellschaften offenstanden, konnte die *Terminal Railroad Association* diese von der Überfahrt ausschließen, weil sie

<sup>5</sup> Sec. 3 enthält dasselbe Verbot bezüglich der Territories und des District of Columbia.

<sup>6</sup> *Areeda*, Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles, *Antitrust Law Journal* 58 (1989), 841, 841; *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *GW B* (3. Aufl.), § 19 *GW B* Rn. 180.

<sup>7</sup> Vgl. *Areeda/Hovenkamp*, *Antitrust Law*, 1990 Supplement, Nr. 736.1b S. 742; *Areeda*, *Antitrust Law Journal* 58 (1990), 841, 842; *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *EG-Wettbewerbsrecht I* (1997), Art. 86 *EGV a.F.* Rn. 260; *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *GW B* (3. Aufl.), § 19 *GW B* Rn. 178; *Schwintowski*, Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen, *WuW* 1999, 842, 843 f.; *Markert*, Die Anwendung des US-amerikanischen Monopolisierungsverbots auf Verweigerungen des Zugangs zu „wesentlichen Einrichtungen“, in: *Festschrift Mestmäcker* (1996), S. 661, 666.

<sup>8</sup> *U.S. v. Terminal Railroad Association of St. Louis et al.*, 224 U.S. 383 (1912).

<sup>9</sup> *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *GW B* (3. Aufl.), § 19 *GW B* Rn. 178; *Behr*, Learning How to Share: The Essential Facilities Doctrine Revisited, <http://www.columbia.edu/~dmb69/complaw.html>, bei Fn. 2.

<sup>10</sup> Vgl. *Behr*, a.a.O., bei Fn. 12; *Areeda*, *Antitrust Law Journal* 58 (1990), 841, 847; der *Supreme Court* hat die essential facilities doctrine einmal in einer Fußnote erwähnt, aber deren Relevanz im zu beurteilenden Fall abgelehnt: *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 611 Fn. 44 (1985).

auch die jeweiligen Zufahrten kontrollierte. Aufgrund der eigentümlichen geographischen Situation war es anderen Eisenbahngesellschaften außerdem nicht möglich, zu erschwinglichen Kosten einen eigenen Übergang über den Mississippi zu schaffen. Der *Supreme Court* stellte fest: „The result of the geographical and topographical situation is that it is, as a practical matter, impossible for any railroad company to pass through, or even enter St. Louis, so as to be within reach of its industries or commerce, without using the facilities entirely controlled by the terminal company.“<sup>11</sup>

Der *Supreme Court* hat von der *Terminal Railroad Association* verlangt, dass sie als „unparteiischer Agent“ (impartial agent) gegenüber allen Eisenbahnlinien auftritt<sup>12</sup>. Ihr Statut sah jedoch vor, dass jedes ihrer Mitglieder sein Veto einlegen konnte, wenn ein Nichtmitglied die Eisenbahnanlagen benutzen wollte. Der *Supreme Court* sah einen Verstoß sowohl gegen das Kartellverbot der Sec. 1 Sherman Act als auch gegen das Monopolisierungsverbot der Sec. 2. Er hat die Gesellschaft dazu verpflichtet, jede Eisenbahngesellschaft auf deren Wunsch als Mitglied aufzunehmen. Außerdem musste sie auch Nichtmitgliedern die Nutzung ihrer Eisenbahnanlagen zu Bedingungen ermöglichen, die den Belastungen der Mitglieder weitgehend entsprechen: Die *Terminal Railroad Association* „[...] must also provide definitively for the use of the terminal facilities by any other railroad [...], upon such just and reasonable terms and regulations as will, in respect of use, character, and cost of service, place every such company upon as nearly an equal plane as may be with respect to expenses and charges as that occupied by the proprietary companies“<sup>13</sup>.

Auch die Entscheidung *Associated Press* des *Supreme Court* aus dem Jahre 1945<sup>14</sup> wird üblicherweise im Zusammenhang mit der essential facilities doctrine erwähnt. *Associated Press (AP)* zählte 96 % der Morgenzeitungen in den USA zu ihren Mitgliedern. Sie organisierte den Nachrichtenaustausch unter ihren Mitgliedern und unterhielt ein Netz eigener Korrespondenten. Daneben bestanden in den USA noch zwei ähnliche Organisationen, die allerdings keine wirklich ernstzunehmenden Konkurrenten waren. Der *Supreme Court* stellte daher fest: „[A] newspaper without *AP* service is more than likely to be at a competitive disadvantage.“<sup>15</sup> Justice *Frankfurter* hob außerdem die unverzichtbare Rolle der freien Presse für die Demokratie hervor: „The business of the press, and therefore the business of the *Associated Press*, is the promotion of truth regarding public matters by furnishing the basis for an understanding of them. Truth and understanding are not wares like peanuts or potatoes.“<sup>16</sup> Den Mitgliedern war es aber

<sup>11</sup> U.S. v. *Terminal Railroad Association of St. Louis* et al., 224 U.S. 383, 397 (1912).

<sup>12</sup> U.S. v. *Terminal Railroad Association of St. Louis* et al., 224 U.S. 383, 410 f. (1912).

<sup>13</sup> U.S. v. *Terminal Railroad Association of St. Louis* et al., 224 U.S. 383, 411 (1912).

<sup>14</sup> *Associated Press* et al. v. U.S., 326 U.S. 1 (1945).

<sup>15</sup> *Associated Press* et al. v. U.S., 326 U.S. 1, 17 f. (1945).

<sup>16</sup> *Associated Press* et al. v. U.S., 326 U.S. 1, 28 (1945).

verboten, Nachrichten an Nichtmitglieder zu verkaufen. Zeitungen, die in Konkurrenz zu Mitgliedern standen, konnten außerdem nur aufgenommen werden, wenn die Mehrheit aller Mitglieder zustimmte und der Bewerber einen bestimmten Prozentsatz der Mitgliedsbeiträge seit 1900 nachentrichtete. In beiden Regelungen sah der *Supreme Court* eine Verletzung des Sherman Act.

Das Urteil *Otter Tail Power Company* des *Supreme Court* aus dem Jahre 1973<sup>17</sup> betraf ein Energieversorgungsunternehmen, das in drei Bundesstaaten ein natürliches Monopol bei der Elektrizitätserzeugung und -verteilung besaß. Als die Konzessionsverträge abgelaufen waren, beabsichtigten einige Kommunen, eigene Stadtwerke zu gründen und die Endabnehmer direkt zu beliefern. Zu diesem Zweck verlangten sie von *Otter Tail*, ihnen Energie zu Großabnehmerpreisen zu verkaufen und Energie anderer Elektrizitätswerke über ihr Leitungsnetz durchzuleiten. Der *Supreme Court* hielt wegen der Schwierigkeiten, auf die eine Kommune bei der selbständigen Stromversorgung stößt, fest: „Interconnection with other utilities is frequently the only solution.“<sup>18</sup> Das Unternehmen verweigerte ihnen aber sowohl die Großabnehmerpreise als auch die Durchleitung fremden Stroms. Da hierfür keine technischen Gründe vorlagen, hat der *Supreme Court* einen Verstoß gegen das Monopolisierungsverbot der Sec. 2 Sherman Act bejaht.

Als erste Gerichtsentscheidung, die den Begriff der essential facilities doctrine verwendet, wird das Urteil *Hecht v. Pro-Football Inc.* des *Court of Appeals, District of Columbia Circuit*, aus dem Jahre 1977<sup>19</sup> angegeben<sup>20</sup>. Im zugrundeliegenden Fall ging es um die Nutzung des Football-Stadions in Washington, das *Pro-Football*, Betreiberin der *Redskins*, von einer Einrichtung des District of Columbia geleast hatte. Der Leasingvertrag sah vor, dass das Stadion während der Vertragslaufzeit keinem anderen professionellen Football-Team überlassen werden durfte. *Hecht* wollte ein neues Football-Team gründen und hierfür das Stadion anmieten. Dies lehnte die Betreiberin des Stadions ab. Der *District of Columbia Circuit* hielt die essential facilities doctrine für entscheidungserheblich. Diese Doktrin verlange, dass die Besitzer von Einrichtungen, die praktisch nicht dupliziert werden können, diese mit ihren potentiellen Konkurrenten zu fairen Bedingungen teilen müssen<sup>21</sup>. Das Gericht führte die essential facilities doctrine auf die Entscheidung *Terminal Railroad Association* zurück, die im Fall *Otter Tail Power Company* bestätigt worden sei. Um wesentlich zu sein, brauche die Einrichtung nicht unverzichtbar (indispensable) zu sein: „[I]t is sufficient if duplication of the facility would be economically infeasible and if denial of

---

<sup>17</sup> *Otter Tail Power Company v. U.S.*, 410 U.S. 366 (1973).

<sup>18</sup> *Otter Tail Power Company v. U.S.*, 410 U.S. 366, 378 (1973).

<sup>19</sup> *Norman F. Hecht et al. v. Pro-Football Inc. et al.*, 570 F.2d 982 (D.C. Cir. 1977).

<sup>20</sup> Vgl. *Venit/Kallaugh*, *Fordham Corporate Law Institute* 1994, 315, 319 in Fn. 12; *Schwintowski*, *WuW* 1999, 842, 846.

<sup>21</sup> *Norman F. Hecht et al. v. Pro-Football Inc. et al.*, 570 F.2d 982, 992 (D.C. Cir. 1977).

its use inflicts a severe handicap on potential market entrants.<sup>22</sup> Andererseits brauche die wesentliche Einrichtung nicht geteilt zu werden, wenn dies unpraktikabel wäre oder der Besitzer seine eigenen Kunden nicht mehr angemessen versorgen könnte. Im vorliegenden Fall hätte der Leasingvertrag das Kartellverbot der Sec. 1 und 3 Sherman Act verletzt, wenn

- 1.) die Nutzung des Stadions für den Betrieb eines Football-Teams in Washington wesentlich ist,
- 2.) solche Stadioneinrichtungen durch potentielle Konkurrenten praktischerweise nicht dupliziert werden können,
- 3.) ein anderes Team das Stadion nutzen kann, ohne die Nutzung durch die *Redskins* einzuschränken und
- 4.) die Beschränkung im Leasingvertrag eine gerechte Mitnutzung des Stadions durch potentielle Konkurrenten verhindert hat<sup>23</sup>.

Ob dies der Fall war, hatte die vorhergehende Gerichtsinstanz zu entscheiden.

Die eigentliche Leitentscheidung zur essential facilities doctrine ist nach allgemeiner Ansicht<sup>24</sup> das Urteil des *Court of Appeals, 7th Circuit*, im Fall *MCI Communications Corporation v. AT & T* aus dem Jahre 1983<sup>25</sup>. *MCI Communications* wollte ihr Angebot von Telekommunikationsdiensten im Long-Distance-Geschäft erweitern. In vielen Ortsnetzen besaß aber *AT & T* ein natürliches Monopol. Um dennoch die Fernsprechteilnehmer erreichen zu können, verlangte *MCI* von *AT & T* die Zusammenschaltung (interconnection) ihrer Fernleitungen mit deren Ortsnetzen, was *AT & T* ablehnte. Der *7th District* hat seine Entscheidung auf die essential facilities doctrine gestützt. Die Weigerung eines Monopolisten, eine wesentliche Einrichtung zur Verfügung zu stellen, könne rechtswidrig sein, weil er hierdurch seine Monopolmacht (monopoly power) von einer Produktionsstufe auf eine andere, und von einem Markt auf einen anderen ausdehnen kann<sup>26</sup>. Deshalb hätten die Antitrust-Gesetze Firmen, die eine wesentliche Einrichtung kontrollieren, dazu verpflichtet, die Einrichtung zu nicht-diskriminierenden Bedingungen

---

<sup>22</sup> Ebenda.

<sup>23</sup> *Norman F. Hecht et al. v. Pro-Football Inc. et al.*, 570 F.2d 982, 993 (D.C. Cir. 1977).

<sup>24</sup> Vgl. *Van Siclen*, Background Note zu den OECD Competition Policy Roundtables No. 5, OCDE/GD(96)113, Nr. 2, „United States“; *Behr*, a.a.O., bei Fn. 24 f.; *Müller*, Die „Essential Facilities“-Doktrin im Europäischen Kartellrecht, *EuZW* 1998, 232, 233.

<sup>25</sup> *MCI Communications Corporation et al. v. American Telephone and Telegraph Company*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).

<sup>26</sup> *MCI Communications Corporation et al. v. American Telephone and Telegraph Company*, 708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir. 1983).

zugänglich zu machen. Das Gericht nannte vier Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der essential facilities doctrine:

- „(1) control of the essential facility by a monopolist;
- (2) a competitor's inability practically or reasonably to duplicate the essential facility;
- (3) the denial of the use of the facility to a competitor; and
- (4) the feasibility of providing the facility“<sup>27</sup>.

Der *7th Circuit* stellte fest, dass *AT & T* die totale Kontrolle über die von *MCI* benötigten Ortsnetze besitze. Die Zusammenschaltung seien für *MCI* wesentlich, um ihre neuen Dienste anzubieten<sup>28</sup>. Weder sei es für *MCI* wirtschaftlich machbar, die Ortsnetze zu duplizieren, noch könne sie die Genehmigung der Aufsichtsbehörde für eine solche unwirtschaftliche Duplizierung erhalten. *AT & T* habe die Nutzung abgelehnt, obwohl keine legitimer geschäftlicher oder technischer Grund (no legitimate business or technical reason) entgegengestanden habe<sup>29</sup>. *MCI* habe von *AT & T* keinen vorrangigen Zugang und keine Aufgabe ihrer Einrichtungen verlangt. Das Gericht sah in der Zugangsverweigerung einen unzulässigen Monopolisierungsakt (act of monopolization).

Die amerikanische Literatur zum Antitrust-Recht hat zur Entwicklung der essential facilities doctrine beigetragen, indem sie die frühen Einzelfallentscheidungen im Zusammenhang betrachtet und hieraus allgemeine Grundsätze abgeleitet hat. Als Beispiele können hier die Lehrbücher von *Neale* (1960)<sup>30</sup> und *Sullivan* (1977)<sup>31</sup> genannt werden, die sich insbesondere mit den Entscheidungen *Terminal Railroad Association* und *Associated Press* auseinandergesetzt haben. Zumindest der Begriff der essential facilities doctrine selbst stammt aus Kommentaren zum amerikanischen Antitrust-Case-Law<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> *MCI Communications Corporation et al. v. American Telephone and Telegraph Company*, 708 F.2d 1081, 1132 f. (7th Cir. 1983).

<sup>28</sup> *MCI Communications Corporation et al. v. American Telephone and Telegraph Company*, 708 F.2d 1081, 1133 (7th Cir. 1983).

<sup>29</sup> Ebenda.

<sup>30</sup> *Neale*, *The Antitrust Laws of the United States of America* (1960), Part I Chap. II No. 3 S. 68 ff. und Chap. V No. 2 S. 131 ff.

<sup>31</sup> *Sullivan*, *Handbook of the Law of Antitrust* (1977), § 48 S. 125 ff.

<sup>32</sup> Vgl. *Van Siclen*, *OECD Competition Policy Roundtables*, Nr. 1 „Introduction“.

In der gegenwärtigen Literatur fällt auf, dass sich die Autoren hinsichtlich einzelner Gerichtsentscheidungen nicht darauf einigen können, ob diese der essential facilities doctrine zugerechnet werden können oder nicht<sup>33</sup>. Im Bereich der Sec. 2 Sherman Act bereitet außerdem die Abgrenzung zum „intent test“ und zum „monopoly leveraging test“ Schwierigkeiten. Der intent test (intent = Absicht) untersucht, ob das Recht der freien Wahl des Vertragspartners in der Absicht ausgeübt wird, ein Monopol zu schaffen oder zu stärken. Beim monopoly leveraging test (leverage = Hebelwirkung) wird geprüft, ob ein Unternehmen seine Monopolmacht auf einem Markt dazu benutzt, um einen Wettbewerbsvorteil auf einem anderen Markt zu erlangen. Hierbei kommt es zu Überschneidungen mit der essential facilities doctrine<sup>34</sup>. Insgesamt sind in der amerikanischen Kartellrechtspraxis also Unsicherheiten bei der Anwendung dieser Doktrin zu beobachten<sup>35</sup>.

### C. Die herkömmliche Geschäftsverweigerung im Europarecht

Im Europarecht ist der Begriff der essential facilities doctrine gegenüber dem amerikanischen Recht zeitlich versetzt eingeführt worden. Dass es sich grundsätzlich um dieselbe Doktrin handelt, belegen die Verweise in der europäischen Literatur und Entscheidungspraxis auf das amerikanische Antitrust-Recht<sup>36</sup>. Die Entwicklung weist Parallelen auf, denn auch in der Europäischen Gemeinschaft ergingen zunächst Entscheidungen des *Europäischen Gerichtshofs (EuGH)* und der *Europäischen Kommission*, die diese Doktrin zwar nicht erwähnten, mit ihr aber inhaltlich zu vereinbaren waren. Diese Entscheidungen betrafen Fälle der Geschäftsverweigerung, in denen sich ein beherrschendes Unternehmen geweigert hatte, Waren zu liefern oder Dienstleistungen zu erbringen. Dieses Verhalten ist am Maßstab des Art. 82 EGV<sup>37</sup> zu messen, der „die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemein-

<sup>33</sup> Dies wird deutlich beim Urteil des *Supreme Court Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985); für die Einordnung unter die essential facilities doctrine: *Areeda*, *Antitrust Law Journal* 58 (1990), 841, 848 ff.; *Dreher*, Die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung als Mißbrauch der Marktbeherrschung, DB 1999, 833, 833; dagegen: *Schwintowski*, WuW 1999, 842, 846 f.; *Venit/Kallaughner*, *Fordham Corporate Law Institute* 1994, 315, 317; der *Supreme Court* selbst lehnte es ausdrücklich ab, sich mit der essential facilities doctrine zu befassen, 472 U.S. 585, 611 Fn. 44 (1985).

<sup>34</sup> Hierzu insbes. *Venit/Kallaughner*, *Fordham Corporate Law Institute* 1994, 315, 316 ff.; *Hancher*, *Case Law: Court of Justice*, Case C-7/97, *Oscar Bronner*, *CML Rev.* 1999, 1289, 1302 f.

<sup>35</sup> So auch *Schwintowski*, WuW 1999, 842, 847.

<sup>36</sup> Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* zu *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), Slg. 1998, I-7791, 7807 f. Nr. 45 ff.; *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *GW B* (3. Aufl.), § 19 *GW B* Rn. 181; *Bunte*, WuW 1997, 302, 308; *Deselaers*, Die „Essential Facilities“-Doktrin im Lichte des Magill-Urteils des *EuGH*, *EuZW* 1995, 563, 563; *Hancher*, *CML Rev.* 1999, 1289, 1289; *Müller*, *EuZW* 1998, 232, 233; *Scherer*, *MMR* 1999, 315, 315; *Immenga/Körber*, *Marktabgrenzung und Marktbeherrschung bei der Geldautomatennutzung*, *EWS*, Supplement *Banken und Versicherungen* zu Heft 10/1999, S. 4, 18; krit. *Klaue*, *Zur Rezeption der amerikanischen „essential facility-doctrine“ in das europäische und deutsche Kartellrecht*, *RdE* 1996, 51, 56 f.

<sup>37</sup> I.d.F. des Amsterdamer Vertrages v. 2.10.1997. Im folgenden beziehen sich die Artikelangaben stets auf diese Fassung, sofern sie nicht mit „a.F.“ (für alte Fassung) gekennzeichnet sind. Der amtliche Sprachgebrauch „EG“ wird wegen der fehlenden Unterscheidbarkeit mit der Europäischen Gemeinschaft hier nicht verwendet.

samen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen [verbietet], soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“. Die einschlägigen Fälle können aber auch unter das Kartellverbot des Art. 81 EGV oder unter das an die Mitgliedstaaten gerichtete Verbot nach Art. 86 Abs. 1 EGV, zugunsten öffentlicher und monopolartiger Unternehmen vertragswidrige Maßnahmen zu treffen, fallen<sup>38</sup>.

Für die europarechtliche Herleitung einer Pflicht, Zugang zu wesentlichen Einrichtungen zu gewähren, wird meist auf das Urteil *Commercial Solvents* aus dem Jahre 1974<sup>39</sup> als früheste Entscheidung des *EuGH* Bezug genommen<sup>40</sup>. *Commercial Solvents* stellte zwei chemische Rohstoffe her, welche die Firma *Zoja* über einen mehrheitlich *Commercial Solvents* gehörenden Zwischenhändler bezog. *Zoja* hatte eine Technologie entwickelt, mit der sie aus den Rohstoffen ein Derivat herstellen konnte, das in Tuberkulosemedikamenten eingesetzt wurde. *Commercial Solvents* beschloss, dieses Derivat selbst herzustellen und stellte die Lieferung an *Zoja* ein. *Zoja* konnte sich auf dem Weltmarkt nicht anderweitig mit den Rohstoffen eindecken. Der *EuGH* hielt fest: „[E]in Unternehmen, das eine marktbeherrschende Stellung hinsichtlich der Herstellung der Rohstoffe einnimmt und deswegen die Belieferung der Produzenten von Derivaten zu kontrollieren in der Lage ist, [kann] sich nicht bloß weil es beschlossen hat, diese Derivate (nunmehr im Wettbewerb zu seinen früheren Kunden) selbst herzustellen, so verhalten, dass es deren Wettbewerb beseitigt, was im vorliegenden Fall die Ausschaltung eines der wichtigsten Hersteller [der Derivate] im Gemeinsamen Markt bedeutet hätte.“<sup>41</sup> Hierin sah der *EuGH* einen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des Art. 82 EGV.

Im Urteil *CBEM* aus dem Jahre 1985<sup>42</sup> ging es um ein belgisches Telemarketing-Unternehmen, das im Fernsehprogramm von *CLT (RTL)* Werbesendungen ausstrahlen wollte. *CLT* nahm bei den französischsprachigen Fernsehwerbesendungen in Belgien eine führende Stellung ein, da die staatlichen Programme keine Werbung ausstrahlten und andere französischsprachige private Programme nicht auf den belgischen Markt zugeschnitten waren. *CLT* machte die Ausstrahlung der Werbesendungen von *CBEM* davon abhängig, dass keine Telefonzentrale von *CBEM*, sondern eine Telefonzentrale, die zur *CLT*-Gruppe gehört, die eingehenden Anrufe der Fernsehzuschauer entgegennimmt und bearbeitet. Der *EuGH* stellte fest, dass die Grundsätze des Urteils *Commercial Solvents* auch für ein Unternehmen gelten, „das eine

---

<sup>38</sup> Vgl. *EG-Kommission*, Defining what is legitimate competition in the context of companies' duties to supply competitors and to grant access to essential facilities, OECD Competition Policy Roundtables No. 5, OCDE/GD (96)113, Nr. 1 „Introduction“.

<sup>39</sup> *EuGH* Rs. 6 u. 7/73 (*Commercial Solvents/Kommission*), Slg. 1974, 223.

<sup>40</sup> Vgl. *Venit/Kallaughar*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 315, 327; Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* zu *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), Slg. 1998, I-7791, 7803 Nr. 35.

<sup>41</sup> *EuGH* Rs. 6 u. 7/73 (*Commercial Solvents/Kommission*), Slg. 1974, 223, 252 Rn. 25.

<sup>42</sup> *EuGH* Rs. 311/84 (*CBEM/CLT u. IPB*), Slg. 1985, 3261.

beherrschende Stellung auf dem Markt einer Dienstleistung innehat, die für die Tätigkeit eines anderen Unternehmens auf einem anderen Markt unerlässlich ist“<sup>43</sup>. Die von *CLT* gestellte Bedingung bedeute eine Weigerung, die Dienstleistung des Fernsehunternehmens einem anderen Telemarketing-Unternehmen zu erbringen, weil das Telemarketing im wesentlichen gerade darin bestehe, eine Telefonzentrale zu betreiben. Daher sei es missbräuchlich, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen „sich oder einem zur selben Gruppe gehörenden Unternehmen ohne objektives Bedürfnis eine Hilfstätigkeit vorbehält, die von einem dritten Unternehmen im Rahmen seiner Tätigkeit auf einem benachbarten, aber getrennten Markt ausgeübt werden könnte, so dass jeglicher Wettbewerb seitens dieses Unternehmens ausgeschaltet zu werden droht“<sup>44</sup>. Die Weigerung könne im vorliegenden Fall allenfalls „durch technische oder kommerzielle Notwendigkeiten gerechtfertigt [sein], die sich aus der Eigenart des Trägers Fernsehen ergeben“.

In den Urteilen *CICRA/Renault* und *Volvo/Veng* aus dem Jahre 1988<sup>45</sup> hatte der *EuGH* die Frage zu entscheiden, ob ein Kraftfahrzeughersteller eine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt, wenn er es ablehnt, Dritten Lizenzen für die Lieferung von Ersatzteilen zu erteilen. Der *EuGH* erkannte hierin keinen Verstoß gegen Art. 82 EGV, da die Möglichkeit, andere an der Verbreitung der das geschützte Muster verkörpernden Erzeugnisse zu hindern, gerade die Substanz seines ausschließlichen Rechts darstelle<sup>46</sup>. Er wies aber darauf hin, dass in bestimmten Verhaltensweisen ein Missbrauch gesehen werden kann, nämlich in „der willkürlichen Weigerung, unabhängige Reparaturwerkstätten mit Ersatzteilen zu beliefern, der Festsetzung unangemessener Ersatzteilpreise oder der Entscheidung, für ein bestimmtes Modell keine Ersatzteile mehr herzustellen, obwohl noch viele Fahrzeuge dieses Modells verkehren“<sup>47</sup>.

Im Urteil *GB-Inno* aus dem Jahre 1991<sup>48</sup> ging es um ein Unternehmen, das in Belgien Fernsprengeräte verkaufte. Die Gesellschaft *RTT* besaß für den Betrieb des öffentlichen Fernmeldenetzes in Belgien ein staatliches Monopol. Der Mitgliedstaat hatte *RTT* außerdem die Befugnis eingeräumt, Normen für Fernsprengeräte festzusetzen und deren Einhaltung zu kontrollieren. Somit durften nur von *RTT* gelieferte oder zugelassene Geräte an das Netz angeschlossen werden. Da *GB-Inno* für ihre Geräte keine derartige Zulassung besaß, wollte *RTT* deren Verkauf gerichtlich untersagen lassen. Der *EuGH* sah hierfür keine

<sup>43</sup> *EuGH* Rs. 311/84 (*CBEM/CLT u. IPB*), Slg. 1985, 3261, 3277 f. Rn. 25 f.

<sup>44</sup> *EuGH* Rs. 311/84 (*CBEM/CLT u. IPB*), Slg. 1985, 3261, 3278 Rn. 26 f.

<sup>45</sup> *EuGH* Rs. 53/87 (*CICRA/Renault*), Slg. 1988, 6039; *EuGH* Rs. 238/87 (*Volvo/Veng*), Slg. 1988, 6211.

<sup>46</sup> *EuGH* Rs. 53/87 (*CICRA/Renault*), Slg. 1988, 6039, 6072 Rn. 15; *EuGH* Rs. 238/87 (*Volvo/Veng*), Slg. 1988, 6211, 6235 Rn. 8.

<sup>47</sup> *EuGH* Rs. 53/87 (*CICRA/Renault*), Slg. 1988, 6039, 6073 Rn. 16; *EuGH* Rs. 238/87 (*Volvo/Veng*), Slg. 1988, 6211, 6235 Rn. 9.

<sup>48</sup> *EuGH* Rs. C-18/88 (*RTT/GB-Inno-BM*), Slg. 1991, I-5941.

Veranlassung, denn „der Umstand, dass ein Unternehmen mit einem Monopol auf dem Markt für die Einrichtung und den Betrieb des Netzes sich ohne objektives Bedürfnis einen benachbarten, aber getrennten Markt [...] vorbehält und auf diese Weise jeden Wettbewerb durch andere Unternehmen ausschaltet, [stellt] einen Verstoß gegen Art. 86 EWG-Vertrag [a.F.] dar“<sup>49</sup>. Weil der Mitgliedstaat dem Unternehmen ausschließliche Rechte eingeräumt hatte, wurde dieser Verstoß gemäß Art. 86 EGV auf den Mitgliedstaat zurückgeführt<sup>50</sup>.

Das Urteil *Magill* des *EuGH* aus dem Jahre 1995<sup>51</sup> betraf eine Firma, die versuchte, einen umfassenden wöchentlichen Fernsehprogrammführer für Irland und Nordirland herauszugeben. Die Fernsehsender *RTE* und *ITP* (*ITV*) gaben jeweils eigene Fernsehprogrammführer heraus und räumten der Presse lediglich die Lizenz ein, das Fernsehprogramm des jeweiligen Tages und einige Höhepunkte der Woche zu veröffentlichen. Da *Magill* gegen diese Bedingung verstieß, erwirkten *RTE* und *ITP* vor den nationalen Gerichten einstweilige Anordnungen, die *Magill* die Veröffentlichung der wöchentlichen Programmübersichten untersagten. Der *EuGH* erkannte, dass auch die Ausübung eines ausschließlichen Rechts „unter außergewöhnlichen Umständen“ ein missbräuchliches Verhalten darstellen könne<sup>52</sup>. Für einen umfassenden wöchentlichen Programmführer habe eine „besondere, ständige und regelmäßige potentielle Nachfrage der Verbraucher“ bestanden<sup>53</sup>. Der *Gerichtshof* stellte fest, dass die Fernsehsender „zwangsläufig die einzige Quelle für die Grundinformationen über die Programmplanung waren, die das unentbehrliche Ausgangsmaterial für die Herstellung eines wöchentlichen Fernsehprogrammführers bildeten“<sup>54</sup>. Das Vorenthalten dieser Grundinformationen habe „das Auftreten eines neuen Erzeugnisses [...] verhindert“, was „weder durch die Tätigkeit der Ausstrahlung von Fernsehsendungen noch durch die Herausgabe von Fernsehzeitschriften gerechtfertigt“ gewesen sei<sup>55</sup>. Die Fernsehsender „behielten sich [...] durch ihr Verhalten einen abgeleiteten Markt – den der wöchentlichen Fernsehprogrammführer – vor, indem sie jeden Wettbewerb auf diesem Markt ausschlossen“<sup>56</sup>. Dies stelle einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung nach Art. 82 EGV dar.

Das *Europäische Gericht erster Instanz* (*EuG*) hatte über zwei weitere Fälle zu entscheiden. Im Fall *Tiercé Ladbroke* aus dem Jahre 1997<sup>57</sup> ging es um ein Unternehmen, das in Belgien Wettbüros für

<sup>49</sup> *EuGH* Rs. C-18/88 (*RTT/GB-Inno-BM*), Slg. 1991, I-5941, 5980 Rn. 19.

<sup>50</sup> *EuGH* Rs. C-18/88 (*RTT/GB-Inno-BM*), Slg. 1991, I-5941, 5980 Rn. 20 f.

<sup>51</sup> *EuGH* Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P (*RTE u. ITP/Kommission*), Slg. 1995, I-743.

<sup>52</sup> *EuGH* Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P (*RTE u. ITP/Kommission*), Slg. 1995, I-743, 823 Rn. 50.

<sup>53</sup> *EuGH* Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P (*RTE u. ITP/Kommission*), Slg. 1995, I-743, 823 f. Rn. 52.

<sup>54</sup> *EuGH* Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P (*RTE u. ITP/Kommission*), Slg. 1995, I-743, 824 Rn. 53.

<sup>55</sup> *EuGH* Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P (*RTE u. ITP/Kommission*), Slg. 1995, I-743, 824 Rn. 54 f.

<sup>56</sup> *EuGH* Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P (*RTE u. ITP/Kommission*), Slg. 1995, I-743, 824 Rn. 56.

<sup>57</sup> *EuG* Rs. T-504/93 (*Tiercé Ladbroke/Kommission*), Slg. 1997, II-923.

Pferdewetten betrieb und in diesen französische Pferderennen mit Bild und Ton live übertragen wollte. Hierzu verlangte es eine Lizenz von den französischen Pferderennvereinen und vom französischen Verband *PMU*, der in Frankreich selbst und in Deutschland und Österreich über seine Tochter *PMI* Pferdewetten schloss und die Rennen in den eigenen Wettbüros übertrug. Diese lehnten es ab, *Tiercé Ladbroke* eine Lizenz zu erteilen. Hierin wurden sie vom *EuG* bestätigt, das den relevanten Markt auf den belgischen Markt für das Ton- und Bildmaterial über Pferderennen eingrenzte. Eine wie auch immer geartete Einschränkung des Wettbewerbs auf dem belgischen Markt schloss das Gericht aus, da die französischen Rennvereine in Belgien weder selbst die Pferderennen übertrugen noch einem anderen eine Lizenz hierfür erteilt hatten und auch auf dem dortigen Hauptmarkt der Abgabe von Wetten selbst nicht präsent waren<sup>58</sup>. Hilfsweise stellte das *EuG* fest, dass die Weigerung nur dann unter Art. 82 EGV fallen würde, wenn sie „ein Erzeugnis oder eine Dienstleistung, das oder die für die Ausübung der in Rede stehenden Tätigkeit in dem Sinne wesentlich wäre, dass es keinen tatsächlichen oder potentiellen Ersatz für es oder sie gäbe, oder aber ein neues Erzeugnis beträfe, dessen Erscheinen trotz einer potentiellen spezifischen, ständigen und regelmäßigen Nachfrage seitens der Kunden eingeschränkt würde“<sup>59</sup>. Die Fernsehübertragung der Pferderennen sei für die Ausübung der Haupttätigkeit der Buchmacher, nämlich die Annahme der Wetten, nicht unerlässlich, sondern stelle nur eine „ergänzende und sogar ganz angebrachte Dienstleistung“ dar, zumal sie erst nach Abgabe der Wetten erfolgt<sup>60</sup>.

Die Entscheidung *European Night Services* des *EuG*<sup>61</sup>, die im September 1998 und somit nur zwei Monate vor dem Urteil *Bronner* des *EuGH* ergangen ist, betraf die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens *European Night Services (ENS)* durch vier nationale Eisenbahnunternehmen, das Nachtzugverbindungen zwischen Großbritannien und dem europäischen Festland durch den Kanaltunnel betreiben sollte. Hierzu wurden Betriebsvereinbarungen geschlossen, in denen sich die nationalen Eisenbahnunternehmen verpflichteten, der *ENS* u.a. Fahrplantrassen, Lokomotiven und Personal bereitzustellen. Die *Kommission* billigte die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens nur unter der Auflage, dass die nationalen Eisenbahnunternehmen auch anderen Unternehmen die genannten Bahnleistungen zur Verfügung stellen. Das *EuG* bezweifelte bereits, dass die Gründung der *ENS* den Wettbewerb i.S.v. Art. 81 Abs. 1 EGV beschränke<sup>62</sup>. Doch selbst wenn dies der Fall wäre, habe die *Kommission* nicht hinreichend begründet, dass die Auflage für eine Freistellung gem. Art. 81 Abs. 3 EGV unerlässlich sei. Das Gericht griff auf die Rechtsprechung zu Art. 82 EGV zurück, wonach „ein Erzeugnis oder eine Dienstleistung nur dann als wesentlich oder unerlässlich angesehen werden [kann], wenn es keinen tatsächlichen oder

<sup>58</sup> *EuG* Rs. T-504/93 (*Tiercé Ladbroke/Kommission*), Slg. 1997, II-923, 968 f. Rn. 129 f.

<sup>59</sup> *EuG* Rs. T-504/93 (*Tiercé Ladbroke/Kommission*), Slg. 1997, II-923, 969 Rn. 131.

<sup>60</sup> *EuG* Rs. T-504/93 (*Tiercé Ladbroke/Kommission*), Slg. 1997, II-923, 969 Rn. 132.

<sup>61</sup> *EuG* Rs. T-374/94 u.a. (*European Night Services u.a./Kommission*), Slg. 1998, II-3141.

<sup>62</sup> *EuG* Rs. T-374/94 u.a. (*European Night Services u.a./Kommission*), Slg. 1998, II-3141, 3223 Rn. 206.

potentiellen Ersatz dafür gibt“<sup>63</sup>. Dies sei nur dann der Fall, wenn sich ein Unternehmen „im Besitz von für den Zugang zum relevanten Markt ‚unerlässlichen‘ oder ‚wesentlichen‘ Infrastrukturen, Erzeugnissen oder Dienstleistungen befindet, wenn diese Infrastrukturen, Erzeugnisse oder Dienstleistungen nicht ‚austauschbar‘ sind und wenn es wegen ihrer besonderen Eigenschaften und insbesondere der prohibitiven Kosten ihrer erneuten Bereitstellung und/oder der vernünftigerweise hierzu erforderlichen Zeit keine gangbaren Alternativen für die möglichen Konkurrenten [...] gibt, die auf diese Weise vom Markt ausgeschlossen würden“<sup>64</sup>. Hinsichtlich der Fahrpläne entbehre die Auflage jeder Grundlage, da internationale Gruppierungen von Eisenbahnunternehmen bereits einen im europäischen Sekundärrecht normierten Zugangsanspruch gegenüber den Infrastruktur-Trägern hatten und andere Verkehrsunternehmen auf dem Markt des Bahnreiseverkehrs zu jener Zeit nicht vorkamen. Die benötigten Lokomotiven könnten Konkurrenten bei dritten Unternehmen erwerben oder anmieten. Auch die Auflage, das Personal zu stellen, sei unzureichend begründet<sup>65</sup>.

Die *Europäische Kommission* hat den Begriff der wesentlichen Einrichtung (bzw. wichtigen Anlage) soweit ersichtlich<sup>66</sup> erstmals in ihren sog. Hafen-Entscheidungen der Jahre 1992 bis 1994 verwendet. In den Fällen *Sealink I*<sup>67</sup> und *Sealink II*<sup>68</sup> betrieb das Unternehmen *Sealink* sowohl den Hafen von Holyhead in Wales als auch eine eigene Fährlinie. In ersterem Falle belegte das konkurrierende Fährunternehmen *B & I* im Hafen einen Anlegeplatz, der beim Passieren von Schiffen so großen Schwankungen des Wasserstandes ausgesetzt war, dass der Be- und Entladevorgang jedesmal abgebrochen werden musste. *Sealink* genehmigte als Hafenbehörde eine Fahrplanänderung seiner eigenen Fährlinie, die zur Folge hatte, dass statt einem zwei *Sealink*-Schiffe am festgemachten *B & I*-Schiff vorbeifuhren. Im zweiten Fall beantragte das Fährunternehmen *Sea Containers* Zugang zum Hafen von Holyhead, indem es entweder vorhandene Einrichtungen benutzen oder auf eigene Kosten (provisorische) Einrichtungen erstellen darf. *Sealink* lehnte sämtliche Vorschläge ab, ohne selbst ein vernünftiges Gegenangebot zu machen. In der Entscheidung *Rødby*<sup>69</sup> verweigerte der dänische Staat der *Stena*-Gruppe den Zugang zum Fährhafen von Rødby. Der Hafen wurde vom dänischen Eisenbahnunternehmen *DSB* betrieben, das gemeinsam mit der

<sup>63</sup> EuG Rs. T-374/94 u.a. (*European Night Services u.a./Kommission*), Slg. 1998, II-3141, 3223 Rn. 208.

<sup>64</sup> EuG Rs. T-374/94 u.a. (*European Night Services u.a./Kommission*), Slg. 1998, II-3141, 3223 f. Rn. 209.

<sup>65</sup> EuG Rs. T-374/94 u.a. (*European Night Services u.a./Kommission*), Slg. 1998, II-3141, 3226 ff. Rn. 215 ff., insbes. Rn. 221.

<sup>66</sup> So jedenfalls: *Markert*, Die Verweigerung des Zugangs zu „wesentlichen Einrichtungen“ als Problem der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht, WuW 1995, 560, 561; *Müller*, EuZW 1998, 232, 233.

<sup>67</sup> EG-Kommission, Az. IV/34.174 (*B & I/Sealink (Holyhead)*), vgl. XXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1992, Nr. 219, zit. bei *Temple Lang*, Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities, Fordham Corporate Law Institute 1994, S. 245, 262 f. = Fordham International Law Journal 18 (1994), 437, 459 ff.

<sup>68</sup> EG-Kommission, Entscheidung 94/19/EG (*Sea Containers/Stena Sealink*), ABl. EG 1994 Nr. L 15 S. 8.

<sup>69</sup> EG-Kommission, Entscheidung 94/119/EG (*Hafen von Rødby*), ABl. EG 1994 Nr. L 55 S. 52, insbes. Rn. 12 ff.

*Deutschen Bahn* auch eine Fährlinie betrieb. Wegen Art. 86 Abs. 1 EGV wurde hier die Frage relevant, ob eine beherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt worden wäre, wenn *DSB* selbst den Zugang verweigert hätte.

Die *Kommission* hat in allen drei Fällen einen derartigen Missbrauch festgestellt. Am deutlichsten hat sie in der Entscheidung *Sealink II* argumentiert. Eine wesentliche Einrichtung definierte sie als eine „Einrichtung oder Infrastruktur, ohne deren Nutzung ein Wettbewerber seinen Kunden keine Dienste anbieten kann“<sup>70</sup>. Ein Unternehmen verstoße gegen Art. 82 EGV, wenn es „für die Gestellung einer wesentlichen Einrichtung [...] marktbeherrschend ist und diese Einrichtung selbst nutzt und anderen Unternehmen den Zugang zu dieser Einrichtung ohne sachliche Rechtfertigung verweigert oder nur unter Bedingungen, die ungünstiger sind als für seine eigenen Dienste, gewährt“. Das Unternehmen nutze hierdurch seine Macht auf dem Markt dazu aus, „seine Stellung auf einem anderen, zu diesem in Bezug stehenden Markt zu stärken“, indem es „seinem Wettbewerber einen Wettbewerbsnachteil aufzuzwingt“<sup>71</sup>. Um einen Missbrauch festzustellen, verglich die Kommission das tatsächliche Verhalten des Unternehmens mit dem „Verhalten, das von einer unabhängigen Hafenbehörde zu erwarten gewesen wäre“, die „natürlich an einer Steigerung der Hafeneinkünfte interessiert wäre“<sup>72</sup>.

Das *Bundeskartellamt* hat im Jahre 1999 der Zielhafen der Fährverbindung von Rødby, nämlich Puttgarden beschäftigt<sup>73</sup>. Ähnlich wie auf der dänischen Seite hatte die Gesellschaft *Scandlines*, die sowohl Hafen als auch Fährverbindung betreibt, den Zugang von zwei konkurrierenden Fährunternehmen zu den Hafenanlagen von Puttgarden verweigert. Das Bundeskartellamt sah beide Missbrauchstatbestände des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB und des Art. 82 EGV als erfüllt an. Eine Ausweichalternative sei nicht gegeben, da bei Nutzung anderer Häfen die Fahrtzeit mindestens doppelt so lange wäre und ein Hafenneubau in Puttgarden derzeit aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen nicht möglich sei. Eine Mitbenutzung der vorhandenen Hafenanlagen führe nur zu vorübergehenden Störungen der Betriebsabläufe, die *Scandlines* bei Abwägung der Interessen auch zumutbar sei<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> *EG-Kommission*, Entscheidung 94/19/EG (*Sea Containers/Stena Sealink*), ABl. EG 1994 Nr. L 15 S. 8, Rn. 66.

<sup>71</sup> Ebenda.

<sup>72</sup> *EG-Kommission*, Entscheidung 94/19/EG (*Sea Containers/Stena Sealink*), ABl. EG 1994 Nr. L 15 S. 8, Rn. 70 u. 75.

<sup>73</sup> Vgl. *Monopolkommission*, 13. Hauptgutachten 1998/1999, Nr. 440 ff.

<sup>74</sup> Ebenda, Nr. 444 f.

## D. Das Urteil Bronner

### I. Der Sachverhalt

Dem Urteil des *Europäischen Gerichtshofs* vom 26. November 1998 im Fall *Bronner*<sup>75</sup> lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die *Oscar Bronner GmbH & Co. KG* (im folgenden: *Bronner*) verlegt in Österreich die Tageszeitung *Der Standard*, die hinsichtlich der Druckauflage einen Marktanteil von 3,6 % der Tageszeitungen des Landes einnimmt. Die Zeitung wird im Inland vor allem über Kioske und mittels Postzustellung, nicht aber durch ein Hauszustellungssystem vertrieben. In Österreich bestehen mehrere derartige Zustellungsnetze für Tageszeitungen auf regionaler oder lokaler Ebene. Das einzige landesweite Hauszustellungssystem betreibt der österreichische *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag* über seine 100-prozentige Tochter *Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft*. Der Verlag gibt die beiden Tageszeitungen *Neue Kronen Zeitung* und *Kurier* heraus, die zusammen einen Marktanteil von knapp 47 % besitzen.

*Bronner* verlangte von der *Mediaprint*-Gruppe Zugang zu deren landesweitem Hauszustellungssystem für Tageszeitungen. Er berief sich hierbei auf § 35 des österreichischen Kartellgesetzes (öst. KartG), der den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verbietet. Er trug vor, dass nur eine Hauszustellung gewährleistet, die Tageszeitung an die Abonnenten schon in den frühen Morgenstunden auszuliefern. Die Postzustellung, die regelmäßig erst am späten Vormittag erfolge, stelle hierzu keine gleichwertige Alternative dar. Ein eigenes Hauszustellungssystem einzurichten sei für ihn angesichts der geringen Abonnentenzahl unrentabel. Überdies werde er gegenüber einer weiteren Tageszeitung, dem *Wirtschaftsblatt*, diskriminiert, das von *Mediaprint* nicht verlegt, aber trotzdem vertrieben werde. *Mediaprint* entgegnete dem, dass sie nicht dazu verpflichtet sei, ihre Konkurrenten zu fördern. Sie habe ihr Hauszustellungssystem unter hohem administrativem und finanziellem Aufwand aufgebaut. Außerdem würde es die Kapazität ihres Zustellungsnetzes überfordern, wenn es für alle österreichischen Tageszeitungen geöffnet werden müsste. Die Situation des *Wirtschaftsblatt* sei mit derjenigen des *Standard* nicht vergleichbar. Zum einen stelle der Vertrieb des *Wirtschaftsblatt* nur einen Teil eines Gesamtpaketes dar, da *Mediaprint* u.a. auch den Druck übernehme. Zum anderen handele es sich um keine Konkurrenz für die eigenen Tageszeitungen, da das *Wirtschaftsblatt* wesentliche Teile einer Volltageszeitung, wie Sport, Kultur und Fernsehen, nicht enthalte.

Das *Oberlandesgericht Wien*, das als Kartellgericht mit dem Rechtsstreit befasst war, sah in der Frage, ob das Verhalten von *Mediaprint* gegen Art. 82 EGV (Art. 86 EGV a.F.) verstößt, eine Vorfrage zur

---

<sup>75</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), Slg. 1998, I-7791.

Entscheidung des Rechtsstreits. Ein Verstoß gegen das europarechtliche Missbrauchsverbot des Art. 82 EGV stelle denotwendig auch einen Verstoß gegen das nationale Missbrauchsverbot des § 35 öst. KartG dar. Denn ein nach Gemeinschaftsrecht verbotenes Verhalten dürfe wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht nach nationalem Recht geduldet werden. Es legte dem *EuGH* daher die beiden (hier vereinfacht wiedergegebenen) Vorlagefragen vor, ob

1.) die Weigerung eines Presseunternehmens mit überragender Marktstellung, die Tageszeitung eines konkurrierenden Unternehmens in ihr Hauszustellungssystem aufzunehmen, und

2.) dessen Bedingung, ein Gesamtpaket an Leistungen abzunehmen,

eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 82 EGV darstellt.

Generalanwalt *Jacobs* hielt in seinen Schlussanträgen die Vorlagefragen für zulässig<sup>76</sup>, sah in der Verweigerung des Zugangs zum Hauszustellungssystem keinen Verstoß gegen Art. 82 EGV<sup>77</sup> und verneinte deswegen die Relevanz der (zweiten) Vorlagefrage hinsichtlich der Bedingung, ein Gesamtpaket abzunehmen<sup>78</sup>.

## II. Die Entscheidungsgründe

Der *EuGH* kam zu denselben Ergebnissen wie der Generalanwalt. Die Zulässigkeit der Vorlagefragen bejahte er mit dem Hinweis, dass die Notwendigkeit einer Vorabentscheidung und die Rechtserheblichkeit der Vorlagefragen vom vorlegenden Gericht zu beurteilen seien und es dem Gerichtshof nicht gestattet sei, die Gründe des Vorlagebeschlusses zu prüfen<sup>79</sup>. Die Ausführungen des *EuGH* hierzu betreffen nicht das Thema dieser Seminararbeit und werden deshalb hier nicht weiter dargestellt.

In der Weigerung eines Presseunternehmens, der Tageszeitung eines Konkurrenten zu seinem Hauszustellungssystem Zugang zu gewähren (erste Vorlagefrage), sah der *EuGH* unter den gegebenen Umständen keinen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des Art. 82 EGV<sup>80</sup>. Damit verneinte er indirekt einen Anspruch von *Bronner* gegen *Mediaprint* auf Nutzung von deren Hauszustellungssystem.

---

<sup>76</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* zu *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), Slg. 1998, I-7791, 7796 ff. Nr. 9 ff.

<sup>77</sup> Schlussanträge des GA *Jacobs*, a.a.O., S. I-7801 ff. Nr. 28 ff.

<sup>78</sup> Schlussanträge des GA *Jacobs*, a.a.O., S. I-7815 Nr. 71 ff.

<sup>79</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), Slg. 1998, I-7791, 7823 ff. Rn. 12 ff.

<sup>80</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7832 Rn. 47.

Der *Gerichtshof* nahm die Prüfung des Art. 82 EGV wie üblich in drei Schritten vor: Zunächst definiert er den relevanten Markt (der zugleich mindestens einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes ausmachen muss), dann prüft er, ob das betreffende Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem so definierten Markt inne hat, und schließlich untersucht er, ob dessen Verhaltensweise einen Missbrauch dieser beherrschenden Stellung darstellt.

Hinsichtlich des relevanten Markts begnügte sich der *EuGH* damit, rechtliche Hinweise zu geben, während er dessen tatsächliche Ermittlung dem vorlegenden Gericht überließ. Der relevante Markt umfasse „alle Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und mit anderen Erzeugnissen oder Dienstleistungen nur in geringem Maße austauschbar sind“<sup>81</sup>. Im vorliegenden Fall sei zu untersuchen, ob die Hauszustellungssysteme mit anderen Arten des Zeitungsvertriebs, wie dem Laden- oder Kioskverkauf oder der Postzustellung, hinreichend austauschbar sind, und ob dies auch zwischen dem landesweiten Hauszustellungssystem von *Mediaprint* und anderen, regionalen Systemen gilt<sup>82</sup>.

Eine beherrschende Stellung hätte *Mediaprint* dem *EuGH* nach jedenfalls dann, wenn das landesweite Hauszustellungssystem mit den anderen Vertriebssystemen nicht hinreichend austauschbar wäre, da *Mediaprint* diesbezüglich eine tatsächliche Monopolstellung einnimmt<sup>83</sup>. Die beherrschende Stellung betreffe dann auch einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes, wofür das Gebiet eines Mitgliedsstaats bereits ausreiche<sup>84</sup>.

Einen Missbrauch dieser möglicherweise beherrschenden Stellung durch *Mediaprint* hat der *EuGH* aber abgelehnt. In seiner Argumentation hat er den Begriff der „essential facilities“ bzw. „wesentlichen Einrichtungen“ nicht verwendet. Er hat diesen Begriff nur dort benutzt, wo er die Rechtsansicht von *Bronner* zusammenfasst<sup>85</sup>. Allerdings näherte sich der *EuGH* diesem Begriff im einleitenden Satz zu seiner Prüfung an: Es sei zu prüfen, ob ein Missbrauch vorliegt, weil ein Wettbewerber „um einen für den Verkauf seiner Tageszeitung als wesentlich angesehenen Vertriebsweg gebracht“ werden könnte, wenn der Betreiber eines Hauszustellungssystems ihm den Zugang zu diesem verweigert<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7829 Rn. 33.

<sup>82</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7829 Rn. 34.

<sup>83</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7829 Rn. 35.

<sup>84</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7829 Rn. 36.

<sup>85</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7826 Rn. 24.

<sup>86</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7830 Rn. 37.

Der *EuGH* nahm zunächst Bezug auf seine Urteile *Commercial Solvents*<sup>87</sup> und *CBEM*<sup>88</sup> und entnahm diesen die Aussage, dass die Weigerung, einem Konkurrenten „die für die Ausübung von dessen Tätigkeit unerlässlichen Rohstoffe oder Dienstleistungen“ zu liefern bzw. zu erbringen, nur dann missbräuchlich sei, wenn sie geeignet ist, „jeglichen Wettbewerb durch dieses Unternehmen auszuschalten“<sup>89</sup>. Sodann zog er sein Urteil *Magill*<sup>90</sup> heran, wonach die Verweigerung einer Lizenz durch den Inhaber eines gewerblichen Schutzrechts nur „unter außergewöhnlichen Umständen“ ein missbräuchliches Verhalten darstellen könne<sup>91</sup>. Solche außergewöhnlichen Umstände hätten im Fall *Magill* darin gelegen, dass die Weitergabe der begehrten Informationen „für die Ausübung der betreffenden Tätigkeit [...] unentbehrlich“ gewesen sei, dass diese Weigerung „das Auftreten eines neuen Erzeugnisses, für das eine potentielle Nachfrage [...] bestand, verhinderte“, dass die Weigerung „nicht durch sachliche Erwägungen gerechtfertigt“ gewesen sei, und dass sie geeignet gewesen sei, „jeglichen Wettbewerb auf dem abgeleiteten Markt auszuschließen“<sup>92</sup>.

Der *EuGH* ließ offen, ob die *Magill*-Rechtsprechung zur Ausübung eines gewerblichen Schutzrechts auf die Ausübung eines beliebigen Eigentumsrechts übertragbar ist<sup>93</sup>. Selbst wenn dies der Fall wäre, liege in der Rechtssache *Bronner* nur dann ein Missbrauch vor, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind<sup>94</sup>:

- 1.) Die Verweigerung der in der Hauszustellung liegenden Dienstleistung muss geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf dem Tageszeitungsmarkt durch denjenigen, der die Dienstleistung begehrt, auszuschalten, und darf nicht objektiv zu rechtfertigen sein.
- 2.) Die Dienstleistung selbst muss für die Ausübung der Tätigkeit des Wettbewerbers in dem Sinne unentbehrlich sein, dass kein tatsächlicher oder potentieller Ersatz für das Hauszustellungssystem besteht.

Diese Voraussetzungen lagen nach Ansicht des *Gerichtshofs* nicht vor. Zum einen stehe nämlich fest, dass für Tageszeitungen auch andere Vertriebswege, wie die Postzustellung oder der Laden- oder Kioskverkauf, bestehen. Dass diese für den Vertrieb bestimmter Tageszeitungen weniger günstig sein dürften,

<sup>87</sup> *EuGH* Rs. 6 u. 7/73 (*Commercial Solvents/Kommission*), Slg. 1974, 223, insbes. S. 252 Rn. 25.

<sup>88</sup> *EuGH* Rs. 311/84 (*CBEM/CLT u. IPB*), Slg. 1985, 3261, insbes. S. 3278 Rn. 26.

<sup>89</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7830 Rn. 38.

<sup>90</sup> *EuGH* Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P (*RTE u. ITP/Kommission*), Slg. 1994, I-743, insbes. S. I-823 f. Rn. 49 ff.

<sup>91</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7830 Rn. 39.

<sup>92</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7830 f. Rn. 40.

<sup>93</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7831 Rn. 41.

<sup>94</sup> Ebenda.

hat der *EuGH* ausdrücklich hingenommen<sup>95</sup>. Zum anderen seien keine technischen, rechtlichen oder auch nur wirtschaftlichen Hindernisse ersichtlich, die es jedem anderen Verleger von Tageszeitungen unmöglich machen oder zumindest unzumutbar erschweren würden, allein oder in Zusammenarbeit mit anderen Verlegern ein eigenes landesweites Hauszustellungssystem zu errichten<sup>96</sup>. Es genüge nicht, dass die Schaffung eines solchen Systems wegen der geringen Auflagenhöhe der zu vertreibenden Zeitung oder Zeitungen unrentabel ist. Statt dessen müsse die Schaffung des Hauszustellungssystems gerade für den Vertrieb von Tageszeitungen mit einer Auflagenhöhe, die mit derjenigen im vorhandenen System vergleichbar ist, unrentabel sein<sup>97</sup>. Der *EuGH* kam zum Ergebnis, dass nicht dargetan worden sei, dass der Zugang zum bestehenden Hauszustellungssystem unverzichtbar ist. Deshalb sah er keine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung gegeben und verneinte die erste Vorlagefrage<sup>98</sup>.

Die zweite Vorlagefrage hinsichtlich der Bedingung, ein Gesamtpaket an Leistungen abzunehmen, beantwortete der *EuGH* nicht, da sich dies in Anbetracht der Antwort auf die erste Frage erübrige<sup>99</sup>.

## E. Bewertung des Urteils Bronner

### I. Anwendbarkeit der essential facilities doctrine?

Im Schrifttum ist das Urteil *Bronner* auf breite Zustimmung gestoßen<sup>100</sup>. Dies dürfte daran liegen, dass der *EuGH* der in der Literatur vorherrschenden Skepsis gerecht wurde, den Anwendungsbereich des Missbrauchsverbots für den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen nicht zu überdehnen<sup>101</sup>. Nach dem einen Missbrauch bejahenden Urteil *Magill* waren in der Literatur Befürchtungen und bei den Wettbewerbern von Betreibern wesentlicher Einrichtungen Hoffnungen aufgekommen, dass die essential facilities doctrine regelmäßig einen Zugangsanspruch zu diesen Einrichtungen vermitteln könne. Die ablehnende Entscheidung *Bronner* hat diese Befürchtungen bzw. Hoffnungen deutlich abgeschwächt<sup>102</sup>.

<sup>95</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7831 Rn. 43.

<sup>96</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7831 Rn. 44.

<sup>97</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7832 Rn. 45 f.

<sup>98</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7832 Rn. 47.

<sup>99</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7833 Rn. 49.

<sup>100</sup> *Fleischer/Weyer*, Neues zur „essential facilities“-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht, WuW 1999, 350, 362 f.; *Albors-Llorens*, The „Essential Facilities“ Doctrine in EC Competition Law, CLJ 1999, 490, 492; *Jazottes/Luby/Poillot-Peruzzetto*, Chronique: Droit européen des affaires, RTD 1999, 792, 800.

<sup>101</sup> *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 350; *Lampert*, Kurzkommentar, *EuGH* EWiR Art. 86 EGV 1/99, 123, 124; *Mailänder* hält die Kommission schon gar nicht für kompetent, indirekt einen Vertragsabschluss anzuordnen: *Mailänder*, Schranken für das Vertragsdiktat zu Lasten der Träger wesentlicher Einrichtungen, in: Festschrift Ingo Schmidt (1997), S. 271, 273 f.

<sup>102</sup> *Lampert*, a.a.O.; *Scherer*, MMR 1999, 315, 318.

Der *Gerichtshof* habe im Urteil klargestellt, dass der Anspruch auf Zugang zu diesen Einrichtungen nicht der Regelfall, sondern eine eng auszulegende Ausnahme ist<sup>103</sup>: „It should be seen as a warning to both the Commission and national courts and competition authorities alike, that the purported essential facilities doctrine is something less than a self-executing formula.“<sup>104</sup>

Über die Position des *EuGH* zur essential facilities doctrine selbst besteht im Schrifttum aber Uneinigkeit. Häufig wird vom Urteil *Bronner* gesagt, es habe die Konturen dieser Doktrin im europäischen Kartellrecht geschärft<sup>105</sup>. Dies setzt allerdings voraus, dass sich der *EuGH* überhaupt auf sie gestützt hat. Ausdrücklich ist dies jedenfalls nicht geschehen. Andererseits ist der *EuGH* weitgehend den Ausführungen des Generalanwalts gefolgt, der sich intensiv mit der essential facilities doctrine auseinandergesetzt hatte. Inhaltlich stimmen die Kriterien der Doktrin und die vom *EuGH* aufgestellten Anforderungen grundsätzlich überein. Daher kann dem Urteil, wie *Ehle* richtig bemerkt, wohl eine „stillschweigende Billigung der Doktrin“ entnommen werden<sup>106</sup>.

Mit dieser Feststellung ist aber noch nichts darüber gesagt, ob der essential facilities doctrine im europäischen Kartellrecht eine eigenständige Bedeutung zukommt und welche systematische Stellung sie einnimmt<sup>107</sup>. Der kleinste gemeinsame Nenner lässt sich wohl in der Aussage finden, dass die betreffenden Fälle keine Ausnahme von den gängigen Regeln über den Missbrauch von Marktmacht bilden, sondern besondere Beispiele allgemeiner Regeln darstellen sollen<sup>108</sup>. Die *Kommission* hat in einem Beitrag zu einem Roundtable der OECD festgestellt: „[T]he concept may be merely a useful label for some types of cases rather than an analytical tool.“<sup>109</sup> *Hancher* macht darauf aufmerksam, dass die Schlussanträge des Generalanwalts im Fall *Bronner* so verstanden werden könnten, „that the essential facilities doctrine

<sup>103</sup> *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 355, 355; *Lampert*, a.a.O.; *ders.*, Der *EuGH* und die essential facilities-Lehre, NJW 1999, 2235, 2236; *Albors-Llorens*, a.a.O.; *Montag*, Aktuelle Entwicklungen im Bereich des Art. 82 EG, EWS 1999, 281, 284; *ders.*, Die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts, NJW 2000, 32, 38.

<sup>104</sup> *Hancher*, CML Rev. 1999, 1289, 1307.

<sup>105</sup> *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 362; zurückhaltend *Lampert*, *EuGH* EWiR Art. 86 EGV 1/99, 123, 124.

<sup>106</sup> *Ehle*, Anmerkung, EuZW 1999, 89, 89; vgl. *Schröter*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag 2/I, Art. 86 EGV a.F. Rn. 214; ähnlich schon zum Urteil *Magill*: *Mennicke*, „Magill“ – Von der Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung von Immaterialgüterrechten zur „essential facilities“-Doktrin in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes? ZHR 160 (1996), 626, 649; krit. *Jung*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 82 EGV Rn. 225.

<sup>107</sup> Vgl. hierzu *Hohmann*, Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 33 f.; krit. *Klaue*, RdE 1996, 51, 56 f.

<sup>108</sup> So *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 3 „The duty to provide access to ‚essential‘ facilities on non-discriminatory terms“; *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 284; *Gottwald*, Allgemeine Grundlagen der essential facilities-Doktrin im US-amerikanischen, europäischen und deutschen Recht, <http://www.juramail.de/hausarbeiten/gottwald.html>, C.VII. „Zusammenfassung“.

<sup>109</sup> *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 3 „The duty to provide access to ‚essential‘ facilities on non-discriminatory terms“; ebenso *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 280; nahezu dieselbe Formulierung verwenden *Areeda/Hovenkamp* für die Situation im amerikanischen Kartellrecht: *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law, 1990 Supplement, Nr. 736.1a S. 741.

is just a variant of the classic tests, and not an independent concept“<sup>110</sup>. Auch nach *Mennicke* führt die Doktrin kein neues Prinzip ins europäische Kartellrecht ein, sondern dient nur als Mittel zur Systematisierung verschiedener Fallkonstellationen missbräuchlichen Verhaltens, denen eine gemeinsame Problematik zugrunde liegt<sup>111</sup>. *Fleischer/Weyer* sehen in den betreffenden Sachverhalten zunächst nur einen Teilausschnitt aus dem allgemeinen Problemkreis der Förderungspflichten marktbeherrschender Unternehmen<sup>112</sup>. Bei einer weiteren Differenzierung könnte die essential facilities doctrine nur einen Sonderfall der anerkannten Fallgruppe der Geschäftsverweigerung (Lieferverweigerung) bilden. Sie weisen darauf hin, dass der *EuGH* in seiner Argumentation auf frühere Entscheidungen zurückgegriffen hat, die herkömmlich der Geschäftsverweigerung zugerechnet werden. Möglicherweise halte der *Gerichtshof* eine dogmatische Verselbständigung der essential facilities doctrine für entbehrlich und versuche, mit einer Abwandlung der anerkannten Grundsätze zur Geschäftsverweigerung auszukommen<sup>113</sup>. Sofern die essential facilities doctrine nur einen Sonderfall der Geschäftsverweigerung darstellt, sei außerdem fraglich, ob den betreffenden Sachverhalten innerhalb der Fallgruppe der Geschäftsverweigerung ein Sonderstatus zukomme<sup>114</sup>.

In der Tat kann es zwischen den Sachverhalten, die nach der essential facilities doctrine bzw. die als Geschäftsverweigerung zu beurteilen sind, zu Überschneidungen kommen. Dies kann eigentlich nicht verwundern, da die Fallgruppe der Geschäftsverweigerung und die essential facilities doctrine häufig denselben Sachverhalt nur aus unterschiedlichen Perspektiven beleuchten: Die Geschäftsverweigerung wirft ein Schlaglicht auf das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens, während die essential facilities doctrine das vom Wettbewerber begehrte Objekt ins Rampenlicht rückt. Hierbei bilden die unter die essential facilities doctrine fallenden Sachverhalte eine Teilmenge der umfassenderen Fallgruppe der Geschäftsverweigerung. Es liegt daher nahe, bei der essential facilities doctrine von einer Untergruppe (oder einem „Sonderfall“) der Geschäftsverweigerung zu sprechen. Generalanwalt *Jacobs* hat zutreffend darauf hingewiesen, dass der Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung auch dann geboten sein kann, wenn weitere Umstände, wie die Verknüpfung von Verkäufen, die Diskriminierung eines anderen unabhängigen Wettbewerbers, der Abbruch der Lieferungen an bisherige Kunden oder vorsätzliches Handeln zum Schaden eines Wettbewerbers, nicht vorliegen<sup>115</sup>. Dies kann aber nur bedeuten, dass

<sup>110</sup> *Hancher*, CML Rev. 1999, 1289, 1305.

<sup>111</sup> *Mennicke*, ZHR 160 (1996), 626, 652; vgl. *Markert*, Festschrift Mestmäcker (1996), S. 661: „eigene Fallgruppe“.

<sup>112</sup> *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 353.

<sup>113</sup> *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 353 f.; krit. auch: *Müller*, EuZW 1998, 232, 237; *Scherer*, MMR 1999, 315, 315; *Klaue*, RdE 1996, 51, 56 f.

<sup>114</sup> *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 354.

<sup>115</sup> Schlussanträge des GA *Jacobs*, a.a.O., S. I-7809 Nr. 50.

die essential facilities doctrine innerhalb der Fallgruppe der Geschäftsverweigerung ein eigenständiges Profil (oder einen „Sonderstatus“) besitzt.

In der Literatur wurde auch die Frage aufgeworfen, ob die essential facilities doctrine überhaupt einheitliche Anforderungen für alle betroffenen Sachverhalte aufstelle, oder ob die Anforderungen jeweils auf die verschiedenen Fallgestaltungen abzustimmen sind<sup>116</sup>. Eine solche Differenzierung wurde aus dem Zögern des *EuGH* abgeleitet, seine Spruchpraxis zur Ausübung eines gewerblichen Schutzrechts auf ein beliebiges Eigentumsrecht zu übertragen. *Temple Lang*, Direktor in der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission, möchte Urheberrechten einen Sonderstatus einräumen<sup>117</sup>. Es ist gut möglich, dass sich der *Gerichtshof* in diesem Zusammenhang ein Hintertürchen offen halten wollte. Allerdings sind die grundsätzlichen Anforderungen, die er aufgestellt hat, so allgemein gehalten, dass sie wohl genügend Spielraum lassen, die besonderen Umstände des jeweils betroffenen Rechts zu berücksichtigen<sup>118</sup>.

## II. Die Zugangsverweigerung als Missbrauch

Das Missbrauchsverbot des Art. 82 EGV verlangt nicht schon per se, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seine wesentlichen Einrichtungen anderen Unternehmen zur Verfügung stellen muss. Grundsätzlich stellt sich die Frage, worin die missbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung liegen soll, wenn neben der bloßen Zugangsverweigerung keine weiteren Umstände hinzutreten. In der Rechtsprechung wird regelmäßig die Formel verwendet, dass Art. 82 EGV „die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung [erfasst], die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen“<sup>119</sup>. Es ist auch anerkannt, dass das beherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung dafür trifft, dass der auf dem Markt verbleibende Restwettbewerb nicht zusätzlich beeinträchtigt wird<sup>120</sup>. Durch die Weigerung des beherrschenden Unternehmens, dem anderen Unternehmen Zugang zu

<sup>116</sup> *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 354 f.

<sup>117</sup> *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 303 ff.; vgl. hierzu auch *Mailänder*, Festschrift Ingo Schmidt (1997), S. 279 f.

<sup>118</sup> Gegen eine Aufspaltung auch *Mennicke*, ZHR 160 (1990), 626, 651 f.

<sup>119</sup> *EuGH* Rs. 322/81 (*Michelin/Kommission*), Slg. 1983, 3461, 3514 Rn. 70; *EuGH* Rs. 31/80 (*L'Oréal/De Nieuwe Amck*), Slg. 1980, 3775, 3794 Rn. 27; *EuGH* Rs. 85/76 (*Hoffmann-La Roche/Kommission*), Slg. 1979, 461, 541 Rn. 91; *EuG* Rs. T-51/89 (*Tetra Pak/Kommission*), Slg. 1990, II-309, 357 Rn. 23.

<sup>120</sup> *EuG* Rs. T-24/93 u.a. (*Compagnie maritime belge transports u.a./Kommission*), Slg. 1996, II-1201, 1242 f. Rn. 106; *EuG* Rs. T-65/89 (*BPB Industries u. British Gypsum/Kommission*), Slg. 1993, II-389, 417 Rn. 67; *EuG*

seiner wesentlichen Einrichtung zu gewähren, kann letzterem die Möglichkeit genommen werden, auf dem abgeleiteten Markt tätig zu werden. Zwar besteht die Marktmacht des beherrschenden Unternehmens auf einem vorgelagerten Markt und nicht auf dem letztlich betroffenen abgeleiteten Markt. Die Auswirkungen auf diesem sind aber mit der geschilderten Situation durchaus vergleichbar. Denn die Verweigerung des Zugangs zur wesentlichen Einrichtung kann die Entfaltung des Wettbewerbs auf dem abgeleiteten Markt behindern<sup>121</sup>. Zudem kann ein solches Verhalten, wie der *EuGH* in der Entscheidung *Magill* und die *Kommission* in der Telekommunikations-Mitteilung festgestellt haben<sup>122</sup>, gegen Art. 82 Abs. 2 Buchst. b EGV verstoßen, der die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher verbietet. Durch die Zugangsverweigerung kann nämlich auch die Entwicklung neuer Märkte oder neuer Produkte auf den Märkten eingeschränkt werden. Aus den genannten Gründen kann die Zugangsverweigerung zu einer wesentlichen Einrichtung grundsätzlich einen Verstoß gegen Art. 82 EGV darstellen.

Allerdings kann sich eine Pflicht zur Zugangsgewährung, wie Generalanwalt *Jacobs* zutreffend ausgeführt hat, nur als Ergebnis eines „bedachtsamen Abwägens widerstreitender Argumente“ ergeben und muss sorgfältig begründet werden<sup>123</sup>. Zwar soll nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. g EGV der Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen geschützt werden, doch ist der Wettbewerb nicht das einzige von der europäischen Rechtsordnung geschützte Rechtsgut. Diese kennt auch die Kontrahierungsfreiheit (negative Vertragsfreiheit), wonach ein Marktteilnehmer seine Geschäftspartner nach Belieben auswählen kann, und die Eigentumsgarantie, wonach er über sein Eigentum frei verfügen kann<sup>124</sup>. Auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss gewahrt werden<sup>125</sup>. *Schnelle* geht sogar so weit zu behaupten, dass bei privatrechtlich organisierten Eigentümern die Eröffnung von Wettbewerb zugunsten der Konkurrenten im Regelfall ein unverhältnismäßiger Eingriff ins Eigentum sei<sup>126</sup>. Doch

---

Rs. T-51/89 (*Tetra Pak/Kommission*), Slg. 1990, II-309, 363 Rn. 37.

<sup>121</sup> Hierauf stellen auch ab: Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich (Telekommunikations-Mitteilung), ABl. EG 1998 Nr. C 265 S. 2 v. 22.8.1998, Rn. 88; *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 2 „General: The duty to supply competitors on non-discriminatory terms“; *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 274.

<sup>122</sup> *EuGH* Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P (*RTE u. ITP/Kommission*), Slg. 1995, I-743, 824 Rn. 54; Telekommunikations-Mitteilung, a.a.O.; ebenso *Montag*, Gewerbliche Schutzrechte, wesentliche Einrichtungen und Normung im Spannungsfeld zu Art. 86 EGV, EuZW 1997, 71, 74; *Deselaers*, EuZW 1995, 563, 566; *Dohms*, Die Entwicklung eines wettbewerblichen europäischen Elektrizitätsbinnenmarktes, [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1995\\_050\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1995_050_de.pdf), S. 76.

<sup>123</sup> Schlussanträge des GA *Jacobs*, a.a.O., S. I-7811 Nr. 56 f., S. I-7812 Nr. 62; vgl. im einzelnen *Gottwald*, a.a.O., C.VII. „Zusammenfassung“ Nr. 1 bis 4.

<sup>124</sup> Schlussanträge des GA *Jacobs*, a.a.O., S. I-7811 Nr. 56; ebenso *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 355 f.; *Mailänder*, Festschrift Ingo Schmidt (1997), S. 271 u. 276; *Dohms*, a.a.O., S. 75.

<sup>125</sup> *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 1 „Introduction“.

<sup>126</sup> *Schnelle*, Die Öffnung von leistungsnotwendigen Einrichtungen für Dritte und der Schutz des Eigentums, EuZW 1994, 556, 558 ff.

auch bei privatrechtlich organisierten Eigentümern kommt es auf den Einzelfall an, so dass sich diesbezüglich keine allgemeine Aussage treffen lässt.

Genauso zu beachten sind die ökonomischen Auswirkungen der Zugangsgewährung. Sie wird zwar kurzfristig den Wettbewerb fördern, doch kann sie langfristig zu einer Erstarrung der Marktstrukturen und des Innovationsprozesses führen, indem sie den Anreiz für das marktbeherrschende Unternehmen, in leistungsfähige Einrichtungen zu investieren, und den Anreiz für die Wettbewerber, Konkurrenzrichtungen zu entwickeln, mindert<sup>127</sup>. Darüber hinaus muss der Schutzzweck des Art. 82 EGV berücksichtigt werden, dessen Hauptaufgabe es ist, Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern und die Interessen der Verbraucher zu wahren, und nicht, die Situation einzelner Wettbewerber zu schützen<sup>128</sup>. *Fleischer/Weyer* und *Mailänder* weisen außerdem darauf hin, dass ein breitflächiger Zulassungszwang für die Kartellbehörden und –gerichte Folgeprobleme hinsichtlich der Vertragskontrolle aufwerfen würde, für die sie nach ihrem Zuschnitt und Selbstverständnis nicht eingerichtet seien<sup>129</sup>. Aus diesen Gründen besteht Einigkeit darüber, dass ein Unternehmen nur unter engen Voraussetzungen dazu verpflichtet sein kann, Zugang zu seinen wesentlichen Einrichtungen zu gewähren.

Darüber hinaus kann auch das Diskriminierungsverbot, das im Rahmen des Art. 82 EGV anerkannt ist, das marktbeherrschende Unternehmen zur Zugangsgewährung verpflichten. Es ist dann einschlägig, wenn das Unternehmen bereits anderen Marktteilnehmern Zugang zu seiner Einrichtung gewährt hat<sup>130</sup>.

### III. Die Voraussetzungen einer Pflicht zur Zugangsgewährung

Die Frage, ob ein Unternehmen die Pflicht trifft, anderen Unternehmen Zugang zu seinen Einrichtungen zu gewähren, stellt sich im Rahmen des Art. 82 EGV in erster Linie beim Prüfungspunkt der Missbräuchlichkeit des Verhaltens. Selbstverständlich müssen auch die übrigen tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sein, damit ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot vorliegt: Das Unternehmen muss also auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt der betreffenden Einrichtung<sup>131</sup> eine beherrschende Stellung einnehmen, dieser Markt muss sich über den Gemeinsamen Markt oder einen wesentlichen Teil dessel-

<sup>127</sup> Schlussanträge des GA *Jacobs*, a.a.O., S. I-78 11 Nr. 57; *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 356; *Hancher*, CML Rev. 1999, 1289, 1303.

<sup>128</sup> Schlussanträge des GA *Jacobs*, a.a.O., S. I-78 11 Nr. 58; *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 356 f.

<sup>129</sup> *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 357; *Mailänder*, Festschrift Ingo Schmidt (1997), S. 286 f.

<sup>130</sup> Vgl. Telekommunikations-Mitteilung, Rn. 85; *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 4 „Access for how many competitors?“, Nr. 5 „Selective refusal of access to discourage aggressive competition“; *Markert*, WuW 1995, 560, 563; *Mailänder*, Festschrift Ingo Schmidt (1997), S. 278.

<sup>131</sup> Die Bestimmung des sachlich relevanten Marktes bereitet besondere Probleme, wenn das betreffende Unternehmen Teile des nachgelagerten in den vorgelagerten Markt integriert und damit die Grenze zwischen beiden zu verschieben versucht; hierzu *Temple Lang*, European Community antitrust law-innovation markets and high technology industries, [http://eur opa.eu.int/co mm/com petition/spee ches/text/sp1 996\\_054\\_en.doc](http://eur opa.eu.int/co mm/com petition/spee ches/text/sp1 996_054_en.doc), S. 46 ff.

ben erstrecken, und das Verhalten des Unternehmens muss geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Diese Voraussetzungen gelten aber für sämtliche Fallgruppen des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung in gleicher Weise. Die Besonderheiten der Fälle, die den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen betreffen, bestehen bei der Missbräuchlichkeit des Verhaltens. Daher sollen nachfolgend nur diejenigen Voraussetzungen der Pflicht zur Zugangsgewährung analysiert werden, die sich auf diesen Prüfungspunkt beziehen. Sie bilden gleichzeitig auch Voraussetzungen der essential facilities doctrine. Es sei nochmals angemerkt, dass der *EuGH* diese Doktrin noch nicht ausdrücklich anerkannt hat.

Die einzelnen Voraussetzungen dafür, wann die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung missbräuchlich ist, werden im europäischen Kartellrecht unterschiedlich systematisiert, so dass unterschiedliche Zahlen der Voraussetzungen angegeben werden<sup>132</sup>. Mit Rücksicht auf die Übersichtlichkeit sollen hier die folgenden vier Voraussetzungen untersucht werden: Die Nutzung der wesentlichen Einrichtung muss für die Ausübung der Tätigkeit des Zugang begehrenden Unternehmens unentbehrlich sein (a.). Das beherrschende Unternehmen muss den Zugang zu den gleichen Bedingungen wie für seine eigenen Dienste verweigern (b.). Die Verweigerung muss geeignet sein, jeglichen Wettbewerb durch das Zugang begehrende Unternehmen auf dem abgeleiteten Markt auszuschalten (c.). Zuletzt darf die Verweigerung nicht objektiv gerechtfertigt sein (d.).

#### *a. Die Unentbehrlichkeit der wesentlichen Einrichtung*

Bevor bestimmt werden kann, ob eine wesentliche Einrichtung für die Ausübung der Tätigkeit eines Wettbewerbers unentbehrlich ist, muss zunächst geklärt werden, was unter einer (wesentlichen) Einrichtung zu verstehen ist. Die Entscheidung *Sealink II* der *Kommission* legt eine enge Definition nahe, wenn sie die (wesentliche) Einrichtung als eine „Einrichtung oder Infrastruktur“ definiert<sup>133</sup>. In der Literatur finden sich Stimmen, die nur physische Netze, wie Telekommunikations- und Energieversorgungseinrichtungen, sowie virtuelle Netze, wie Computerreservierungssysteme, Maklerringe oder Zeitungszustellungssysteme, erwähnen<sup>134</sup>. Generalanwalt *Jacobs* wählte in seinen Schlussanträgen zum Fall *Bronner* eine weite Definition: „Bei einer wesentlichen Einrichtung kann es sich handeln um ein Erzeugnis, wie etwa einen Rohstoff, oder eine Dienstleistung einschließlich der Gewährung des Zugangs

<sup>132</sup> Fünf Voraussetzungen: Schlussanträge des GA *Jacobs*, a.a.O., S. I-7807 f. Nr. 47; *Hancher*, CML Rev. 1999, 1289, 1301; vier Voraussetzungen: *Hohmann*, Die essential facility doctrine, S. 25; drei Voraussetzungen: *Scherer*, MMR 1999, 3 15, 317 f.; zwei Voraussetzungen: *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7831 Rn. 41; *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 3 50, 357 f.

<sup>133</sup> *EG-Kommission*, Entscheidung 94/19/EG (*Sea Containers/Stena Sealink*), ABl. EG 1994 Nr. L 15 S. 8, Rn. 66.

<sup>134</sup> *Lampert*, NJW 1999, 2235, 2235; *Klimisch/Lange*, Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht, WuW 1998, 15, 15; vgl. *Ehle*, EuZW 1999, 89, 89.

zu einem Ort, wie etwa einem Hafen oder Flughafen, oder zu einem Verteilungssystem, wie einem Telekommunikationsnetz.“<sup>135</sup> Eine ähnliche Formulierung hatte die *Kommission* bereits im Beitrag zum OECD-Roundtable im Jahre 1996 verwandt<sup>136</sup>. Sie hielt fest, dass der Zugangsanspruch bei der Telekommunikation, der Energieübertragung und beim Transport von wachsender Bedeutung ist, aber grundsätzlich in jedem Industriezweig entstehen kann. Als Beispiele nannte die Kommission:

- Autofährgesellschaften, die anderen Fährunternehmen Häfen bereitstellen,
- Unternehmen, die verschiedene, aber miteinander verbundene Dienstleistungen anbieten,
- Eisenbahnen, die sowohl selbst Güter befördern als auch anderen Unternehmen der Güterbeförderung bestimmte Transportdienste (Traktionsleistungen) anbieten,
- Banken, die Einrichtungen zur Verrechnung von Schecks kontrollieren,
- Fluggesellschaften, die Computer-Reservierungssysteme besitzen oder kontrollieren, die für Reisevermittler wesentlich sind, um Fluginformationen zu erhalten und Buchungen vorzunehmen,
- Fluggesellschaften, die Flughäfen betreiben,
- Telefongesellschaften, die Mobiltelefone und Telefonleitungen im Fernbereich bereitstellen,
- Unternehmen, die Stromnetze, Starkstromleitungen und Gasleitungen besitzen,
- Verwertungsgesellschaften, die dazu dienen, im Namen der Inhaber von Kunsturheberrechten Tantiemen einzuziehen, und
- Fernsehgesellschaften, die Fernsehzeitschriften verkaufen.

---

<sup>135</sup> Schlussanträge des GA *Jacobs*, a.a.O., S. I-7809 Nr. 50, vgl. S. 7812 f. Nr. 62 u. 64: „ein Erzeugnis, eine Dienstleistung oder eine Einrichtung“.

<sup>136</sup> *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 3 „Situations raising issues concerning essential facilities“; in Anlehnung an *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 275.

Die weite Definition der Einrichtung wird überwiegend auch in der Literatur vertreten<sup>137</sup>. *Deselaers* nennt „Informationen, Daten, Produkte, Dienstleistungen, Infrastruktur oder Einrichtungen wie z.B. Bahnhöfe, Häfen oder Flughäfen“<sup>138</sup>. Eine auf *Areeda/Hovenkamp* und *Venit/Kallaugher* zurückgehende, besonders griffige Definition setzt die Einrichtungen mit „Ressourcen“ gleich<sup>139</sup>. Der weiten Definition ist zuzustimmen, da ein marktbeherrschendes Unternehmen durch die Vorenthaltung der unterschiedlichsten Ressourcen ein anderes Unternehmen daran hindern kann, auf einem abgeleiteten Markt tätig zu werden.

Im europäischen Kartellrecht wird häufig nicht zwischen der Wesentlichkeit und der Unentbehrlichkeit der Einrichtung unterschieden. *Scherer* weist zu Recht darauf hin, dass sich die Wesentlichkeit der Einrichtung auf die wettbewerbsverhindernde Auswirkung der Zugangsverweigerung auf dem nachgelagerten Markt bezieht, während die Unentbehrlichkeit die Möglichkeit betrifft, auf dem vorgelagerten Markt Zugang zu erhalten<sup>140</sup>. Den Unterschied kann man sich leicht daran verdeutlichen, dass das Zugang begehrende Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt als Anbieter auftreten möchte, während es auf dem vorgelagerten Markt Nachfrager ist. Diese Unterscheidung stimmt mit der Praxis in den Vereinigten Staaten überein, wo die Wesentlichkeit der Einrichtung und ihre Duplizierbarkeit in zwei getrennten Schritten geprüft werden. Eine andere Systematisierung hätte auf das Ergebnis allerdings keinen Einfluss.

Eine Einrichtung ist wesentlich, wenn ein Unternehmen ohne ihre Nutzung seinen Kunden keine Waren liefern oder keine Dienste anbieten kann, sich also am Wettbewerb im betreffenden Markt nicht beteiligen kann<sup>141</sup>. Die *Kommission* hat in ihrer Telekommunikations-Mitteilung festgestellt: „Es reicht nicht aus, dass die Stellung des Unternehmens, das den Zugang beantragt, bei Gewährung des Zugangs vorteilhafter wäre; vielmehr muss die Verweigerung des Zugangs dazu führen, dass die beabsichtigten Aktivitäten entweder gar nicht durchgeführt werden können oder aber auf unvermeidbare Weise in hohem Maße unwirtschaftlich werden.“<sup>142</sup> Im Beitrag zum OECD-Roundtable sprach die *Kommission* von einer „insuperable barrier to entry“ und von einem „serious, permanent and inescapable competitive

<sup>137</sup> *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht I (1997), Art. 86 EGV a.F. Rn. 260; *Deselaers*, EuZW 1995, 563, 563; *Dreher*, a.a.O., S. 833 Fn. 5; *Hohmann*, Die essential facility doctrine, S. 15; *Immenga/Körber*, EWS, Supplement Banken und Versicherungen zu Heft 10/1999, S. 4, 19; *Venit/Kallaugher*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 315, 323; vgl. *Montag*, EuZW 1997, 71, 75 f.

<sup>138</sup> *Deselaers*, a.a.O.

<sup>139</sup> *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law, 1990 Supplement, Nr. 736.2a S. 762; *Venit/Kallaugher*, a.a.O.; *Jung*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 82 EGV Rn. 216: „Geschäftsressourcen“.

<sup>140</sup> *Scherer*, MMR 1999, 315, 319.

<sup>141</sup> Schlussanträge des GA *Jacobs*, a.a.O., S. I-7802 Nr. 34, S. I-7808 Nr. 47 f.; *EG-Kommission*, Entscheidung 94/19/EG (*Sea Containers/Stena Sealink*), ABl. EG 1994 Nr. L 15 S. 8, Rn. 66; Telekommunikations-Mitteilung, a.a.O., Rn. 91 Buchst. a.; *Schnelle*, EuZW 1994, 556, 557, spricht von „leistungsnötigen Einrichtungen“.

<sup>142</sup> Telekommunikations-Mitteilung, a.a.O.

handicap which would make their activities uneconomic<sup>143</sup>. Sie weist ferner darauf hin, dass auch die Gebräuche des betroffenen Wirtschaftszweigs und die Erwartungen der Käufer bzw. Nutzer zu berücksichtigen sind, so dass auch solche Einrichtungen wesentlich sein können, die es unter anderen Umständen nicht wären<sup>144</sup>.

Ob die Einrichtung unentbehrlich ist, hängt entscheidend davon ab, ob für sie ein tatsächlicher oder potentieller Ersatz besteht<sup>145</sup>. Das Urteil *Bronner* hat zu diesem Problem neue Anhaltspunkte geliefert. Ein tatsächlicher Ersatz kann darin liegen, dass das Zugang begehrende Unternehmen auf bereits bestehende alternative Einrichtungen zurückgreift. Wenn sich ein Unternehmen schon anderweitig mit der gewünschten Ware oder der gewünschten Dienstleistung versorgen kann, besteht für einen Zugangsanspruch grundsätzlich kein Bedürfnis<sup>146</sup>. Der *EuGH* hat *Bronner* insofern auf die Postzustellung oder den Laden- und Kioskverkauf seiner Zeitungen verwiesen<sup>147</sup> und dabei in Kauf genommen, dass diese Vertriebswege weniger günstig sein dürften<sup>148</sup>. *Fleischer/Weyer* haben hierzu festgestellt, dass bloße Wettbewerbsnachteile nicht ausreichen könnten, um nicht auf alternative Einrichtungen verwiesen werden zu können. Andererseits sei es fraglich, ob es schon ausreiche, dass überhaupt eine alternative Einrichtung besteht, oder ob nicht ein gewisses Mindestmaß an wettbewerblicher Chancengleichheit gewahrt werden muss<sup>149</sup>. Meiner Ansicht nach sind der tatsächliche und potentielle Ersatz im Zusammenhang zu betrachten, so dass es hier wie beim nun zu behandelnden potentiellen Ersatz auf die wirtschaftliche Rentabilität ankommt.

Ein potentieller Ersatz kann darin bestehen, dass sich das Zugang begehrende Unternehmen eine gleichartige Einrichtung selber schafft. Der *EuGH* mutet dem Unternehmen eine derartige Duplizierung der wesentlichen Einrichtung zu, wenn es sich hierbei um eine „realistische potentielle Alternative“ handelt. Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Schaffung einer neuen Einrichtung technische, rechtliche oder wirtschaftliche Hindernisse entgegenstehen, die dem Unternehmen ihre Errichtung und Nutzung unmöglich machen oder zumindest unzumutbar erschweren<sup>150</sup>. Hierbei rückt insbesondere die wirtschaftli-

---

<sup>143</sup> *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 3 „The duty to provide access to ‚essential‘ facilities on non-discriminatory terms“; ebenso *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 283 f.; *Dohms*, a.a.O., S. 65.

<sup>144</sup> *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 4 „Scope of the duty to provide access“.

<sup>145</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7831 Rn. 41.

<sup>146</sup> *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 274.

<sup>147</sup> *Ehle* hat an der konkreten Entscheidung Kritik geübt, weil der *EuGH* hiermit den relevanten Markt bestimmt habe, was aber nicht ihm, sondern dem vorlegenden Gericht zugestanden habe: *Ehle*, *EuZW* 1999, 89, 90.

<sup>148</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7831 Rn. 43.

<sup>149</sup> *Fleischer/Weyer*, *WuW* 1999, 350, 358 f.

<sup>150</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7831 f. Rn. 44 f.; *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 286, nennt physische, politische und ökonomische Gründe.

che Zumutbarkeit in den Blickpunkt. In der Entscheidung *Bronner* stellte der *EuGH* darauf ab, ob die Schaffung eines zweiten Hauszustellungssystems für Zeitungen auch dann unrentabel wäre, wenn es Zeitungen mit einer ähnlichen Auflagenhöhe wie das bestehende Zustellungssystem vertreibt<sup>151</sup>. Dies entspricht der allgemein erhobenen Forderung, dass an die wirtschaftliche Unzumutbarkeit, eine gleichartige Einrichtung zu schaffen, ein objektiver Maßstab anzulegen ist<sup>152</sup>. Sie muss die Wettbewerber allgemein betreffen, weshalb sich ein bestimmter Wettbewerber nicht darauf berufen kann, dass er besonders verletzlich sei. Dies ergibt sich schon aus dem Schutzzweck des europäischen Wettbewerbsrechts, das vorrangig den Wettbewerb und nicht die einzelnen Wettbewerber schützen soll<sup>153</sup>. Die Entscheidung des *EuGH* stellt darauf ab, ob es „jedem“ anderen Verleger, und das auch noch „allein oder in Zusammenarbeit mit anderen Verlegern“, unmöglich oder unzumutbar erschwert ist, ein derartiges Hauszustellungssystem zu errichten<sup>154</sup>. Der Zugangsanspruch scheidet somit schon dann aus, wenn auch nur besonders leistungsfähige Wettbewerber zur nötigen Investition in der Lage sind<sup>155</sup>. *Temple Lang* hatte noch auf „normal or average competitors“ abgestellt<sup>156</sup>. Außerdem mutet es der *EuGH* dem Zugang begehrenden Unternehmen zu, sich notfalls mit anderen Unternehmen zusammenzuschließen, um die nötige Leistungsfähigkeit zu erreichen<sup>157</sup>. *Fleischer/Weyer* haben allerdings zu Recht darauf hingewiesen, dass der vom *EuGH* verlangte Zuschnitt des Hauszustellungssystems nur dann zu sinnvollen Ergebnissen führt, wenn der Tageszeitungsmarkt den Vertrieb einer derart großen Auflagenhöhe überhaupt zulässt, es sich also um keinen gesättigten Markt handelt<sup>158</sup>.

Wie der geforderte objektive Maßstab aussieht, zeichnet sich erst in Umrissen ab. Generalanwalt *Jacobs* hat von einem „wagemutigen Unternehmer“ gesprochen, der kurzfristige Verluste hinnehmen und anstreben würde, die Flächendeckung und Auflage erheblich zu erhöhen. Erst dann, wenn die Tätigkeit auf Dauer, unvermeidlich und in hohem Grade unrentabel ist, sei die Unzumutbarkeit erreicht<sup>159</sup>. Demnach kann dem Zugang begehrenden Unternehmen wohl zugemutet werden, selber eine gleichartige Einrichtung zu schaffen, wenn diese Investition zumindest langfristig durch entsprechende Erträge abge-

<sup>151</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7832 Rn. 46.

<sup>152</sup> Schlussanträge des GA *Jacobs*, a.a.O., S. I-7809 Nr. 51, S. I-7813 f. Nr. 66; *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 3 „The duty to provide access to ‚essential‘ facilities on non-discriminatory terms“; *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 360 f.; *Ehle*, a.a.O.; *Hancher*, CML Rev. 1999, 1289, 1301.

<sup>153</sup> So auch *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, a.a.O.; *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 285; *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 361.

<sup>154</sup> *EuGH* Rs. C-7/97 (*Bronner*), a.a.O., S. I-7831 Rn. 44; vgl. Schlussanträge des GA *Jacobs*, a.a.O., S. I-7814 Nr. 66: „jedes andere Unternehmen“.

<sup>155</sup> So *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht I (1997), Rn. 261; *Dohms*, a.a.O., S. 65; *Immenga/Körber*, EWS, Supplement Banken und Versicherungen zu Heft 10/1999, S. 4, 20; *Ehle*, a.a.O.

<sup>156</sup> *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 285 f.

<sup>157</sup> So auch *Dohms*, a.a.O., S. 65.

<sup>158</sup> *Fleischer/Weyer*, a.a.O.

<sup>159</sup> Schlussanträge des GA *Jacobs*, a.a.O., S. I-7809 Nr. 51, S. I-7814 Nr. 68.

deckt ist<sup>160</sup>. Die *Kommission* hat in ihrem Beitrag zum Roundtable der OECD dazu tendiert, dem beantragenden Unternehmen in diesem Falle auch keinen temporären Zugang zur vorhandenen Einrichtung zu gewähren, sofern der Eigentümer einem aktiven Wettbewerber nicht selektiv ein übliches Industrieabkommen verweigert hat, um ihn zu behindern oder zu entmutigen<sup>161</sup>. Demgegenüber hat die *Kommission* in der Entscheidung *Aer Lingus* eine Fluggesellschaft dazu verpflichtet, einem neuen Flugdienst für einen Zeitraum von zwei Jahren das Interlining zu ermöglichen, weil sonst höhere Anlaufkosten entstehen würden<sup>162</sup>. *Temple Lang* zweifelte jedoch daran, dass aus dieser Entscheidung allgemeine Rückschlüsse gezogen werden können<sup>163</sup>. Das Urteil *Bronner* und seine Kommentatoren haben die Möglichkeit eines temporären Zugangs bis zur Errichtung eines eigenen Hauszustellungssystems jedenfalls noch nicht einmal ins Auge gefasst.

#### b. Die Verweigerung des Zugangs zu gleichen Bedingungen

Ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des Art. 82 EGV setzt weiter voraus, dass sich das beherrschende Unternehmen weigert, dem anderen Unternehmen Zugang zu seiner wesentlichen Einrichtung zu gewähren. Diese Voraussetzung ist jedenfalls dann erfüllt, wenn es den Zugang ganz ablehnt. Fraglich ist, wie der Fall zu beurteilen ist, dass das Unternehmen den Zugang zwar grundsätzlich anbietet, doch nur zu Bedingungen, die ungünstiger sind als für seine eigenen oder die Dienste Dritter. Der *EuGH* erkannte in seinem Urteil *CBEM* in der Bedingung eines Fernsehunternehmens, für eine Telemarketing-Sendung die Telefonzentrale des Senders benützen zu müssen, eine Zugangsverweigerung, da das Telemarketing im wesentlichen gerade darin bestehe, eine Telefonzentrale zu betreiben<sup>164</sup>. Allerdings betrifft nicht jede Bedingung des marktbeherrschenden Unternehmens eine derart wesentliche Tätigkeit auf dem abgeleiteten Markt. Deshalb kann nicht jede Bedingung als Zugangsverweigerung gedeutet werden.

Die *Kommission* setzt den Fall, dass die Bedingung das andere Unternehmen diskriminiert, mit der Zugangsverweigerung gleich. In der Telekommunikations-Mitteilung hielt sie fest, dass die Waren und Dienstleistungen nicht zu ungünstigeren Bedingungen verfügbar sein dürfen, als dies für andere Parteien, einschließlich der eigenen nachgeordneten Geschäftsparten der Fall ist. Dieselbe Forderung erhob sie

<sup>160</sup> So auch *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 3 50, 359 f.; *Temple Lang*, European Community antitrust law-innovation markets, a.a.O., S. 35 f.

<sup>161</sup> *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 4 „Temporary duties to provide access – selective refusal“; so auch *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 298.

<sup>162</sup> *EG-Kommission*, Entscheidung 92/213/EWG (*British Midland/Aer Lingus*), ABl. EG 1992 Nr. L96 S. 34, Rn. 27 f. u. Tenor Art. 2.

<sup>163</sup> *Temple Lang*, European Community antitrust law-innovation markets, a.a.O.

<sup>164</sup> *EuGH* Rs. 311/84 (*CBEM/CLT u. IPB*), Slg. 1985, 3261, 3278 Rn. 26.

auch in der Entscheidung *Sealink I*<sup>165</sup> und stellte in *Sealink II* zusätzlich darauf ab, ob sich das marktbeherrschende Unternehmen so verhalten hatte, wie es von einer unabhängigen Hafenbehörde zu erwarten gewesen wäre<sup>166</sup>. Letzteren Maßstab legte die *Kommission* auch in ihrem Beitrag zum OECD-Roundtable an und hielt nur solche Bedingungen für zulässig, die den Interessen als Eigentümer der wesentlichen Einrichtung entsprechen, nicht aber solche, die sich aus den Interessen als Wettbewerber auf dem abgeleiteten Markt ergeben<sup>167</sup>. Das Gebot, den Zugang zu gleich günstigen Bedingungen zu gewähren, ergibt sich aus dem Rechtsgrundsatz der Nichtdiskriminierung<sup>168</sup>, der von der umfassenden Schutzfunktion des Art. 82 EGV umfasst wird, vgl. Art. 82 Abs. 2 Buchst. c EGV. Daneben ist es dem marktbeherrschenden Unternehmen verboten, unangemessen hohe Preise zu verlangen und unangemessene sonstige Geschäftsbedingungen aufzustellen, Art. 82 Abs. 2 Buchst. a EGV<sup>169</sup>.

Die Frage, zu welchen Bedingungen anderen Unternehmen Zugang zu den wesentlichen Einrichtungen zu gewähren ist, wird zukünftig noch an Bedeutung gewinnen<sup>170</sup>. Sie lässt sich in der Praxis am einfachsten lösen, wenn bereits Verträge mit dritten Unternehmen über die Nutzung bestehen. Dabei wird auch zu präzisieren sein, inwieweit eine Quersubventionierung der Nutzung der Einrichtung durch deren Bereitstellung zulässig ist und ob das marktbeherrschende Unternehmen dazu verpflichtet sein kann, die beiden Geschäftsbereiche buchhalterisch zu trennen (unbundling)<sup>171</sup>.

#### *c. Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem abgeleiteten Markt*

Weitere Voraussetzung ist, dass die Verweigerung geeignet ist, den Wettbewerb auf dem abgeleiteten Markt auszuschalten. Geschützt ist nicht nur der bereits bestehende Wettbewerb<sup>172</sup>, sondern auch der potentiell entstehende<sup>173</sup>. Grundsätzlich kommt es nicht darauf an, dass auf dem abgeleiteten Markt

<sup>165</sup> *EG-Kommission*, Az. IV/34.174 (*B & I/Sealink (Holyhead)*), vgl. XXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1992, Nr. 219, zit. bei *Temple Lang*, *Fordham Corporate Law Institute* 1994, 245, 262 f.

<sup>166</sup> *EG-Kommission*, Entscheidung 94/19/EG (*Sea Containers/Stena Sealink*), ABl. EG 1994 Nr. L 15 S. 8, Rn. 66 u. 70.

<sup>167</sup> *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 3 „Duties which arise in granting access“; so auch *Temple Lang*, *Fordham Corporate Law Institute* 1994, 245, 276 ff.

<sup>168</sup> So auch *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 3 „Duties which arise in granting access“.

<sup>169</sup> *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 4 „Scope of the duty to provide access“.

<sup>170</sup> *Ehle*, a.a.O.; *Gottwald*, a.a.O., C.VII.1. „Die Bemessung des angemessenen Entgelts“.

<sup>171</sup> *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 4 „Cross-subsidising“, Nr. 9 „Scope of Commission's role and practical consequences“; *Temple Lang*, *Fordham Corporate Law Institute* 1994, 245, 294; *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht I (1997), Art. 86 EGV a.F. Rn. 261; *Deselaers*, *EuZW* 1995, 563, 566 f.; *Scherer*, *MMR* 1999, 315, 319.

<sup>172</sup> So aber *Schnelle*, *EuZW* 1994, 556, 557 f.

<sup>173</sup> Vgl. nur *EuGH* Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P (*RTE u. ITP/Kommission*), Slg. 1994, I-743, 824 Rn. 54.

sämtlicher Wettbewerb verhindert wird<sup>174</sup>, sondern darauf, dass gerade der Wettbewerb durch das Zugang begehrende Unternehmen ausgeschaltet wird<sup>175</sup>. Allerdings reicht es allein nicht aus, wenn das Zugang begehrende Unternehmen vom Wettbewerb auf dem abgeleiteten Markt ausgeschlossen wird, vielmehr muss hierdurch auch der bestehende oder potentielle Wettbewerb beeinträchtigt werden<sup>176</sup>. So nennt die *Kommission* in ihrer Telekommunikations-Mitteilung als tatbestandliche Alternativen des Missbrauchs: „Der Eigentümer der Einrichtung befriedigt die Nachfrage auf einem bestehenden Dienste- oder Produktmarkt nicht, verhindert die Entstehung eines potentiellen neuen Dienstes oder Produktes oder beeinträchtigt den Wettbewerb auf einem bestehenden oder potentiellen Dienste- oder Produktmarkt.“<sup>177</sup> Besteht für die angebotene Leistung noch nicht einmal eine potentielle Nachfrage, scheidet eine Wettbewerbsbeeinträchtigung aus<sup>178</sup>.

In ihrem Beitrag zum OECD-Roundtable hat die *Kommission* eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs grundsätzlich schon dann abgelehnt, wenn auf dem abgeleiteten Markt bereits (wirksamer) Wettbewerb besteht. Die Weigerung, einem einzelnen Marktteilnehmer Zugang zu gewähren, habe dann nämlich keinen „significant effect on competition“<sup>179</sup>. Ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung liege bei bestehendem Wettbewerb nur dann vor, wenn das ausgeschlossene Unternehmen ein Produkt oder eine Dienstleistung anbieten möchte, die sich vom bestehenden Angebot deutlich unterscheiden<sup>180</sup>. Allerdings darf das Unternehmen nach Ansicht der *Kommission* auch bei wirksamem Wettbewerb vom Eigentümer der wesentlichen Einrichtung nicht diskriminiert werden, um es von der Teilnahme am Wettbewerb abzuschrecken. Ob diese Ansicht in der Praxis Bestand haben wird, muss sich noch erweisen. Zu weit dürfte jedenfalls die Ansicht von *Temple Lang* gehen, der es bereits für ausreichend hält, wenn die Zugangsverweigerung dazu führt, dass das Zugang begehrende Unternehmen von seinen Kunden einer „second-class competitive category“ zugeordnet wird<sup>181</sup>.

<sup>174</sup> So aber *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 361; *Mennicke*, ZHR 160 (1996), 626, 653.

<sup>175</sup> Vgl. *EuGH Rs. C-7/97 (Bronner)*, a.a.O., S. I-7830 f. Rn. 38 u. 41: „durch dieses Unternehmen“, „durch denjenigen, der die Dienstleistung begehrt“; *EuGH Rs. 311/84 (CBEM/CLT u. IPB)*, Slg. 1985, 3261, 3278 Rn. 27: „seitens dieses Unternehmens“; *EuGH Rs. 6 u. 7/73 (Commercial Solvents/Kommission)*, Slg. 1974, 223, 252 Rn. 25: „durch diesen Kunden“.

<sup>176</sup> *Müller*, EuZW 1998, 232, 235; *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 287 f.; *Bunte*, WuW 1997, 302, 311.

<sup>177</sup> Telekommunikations-Mitteilung, a.a.O., Rn. 91 Buchst. c.

<sup>178</sup> So auch *Deselaers*, EuZW 1995, 563, 566.

<sup>179</sup> *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 3 „The need for an effect on competition – the character of the downstream market“; so auch *Temple Lang*, European Community antitrust law-innovation markets, a.a.O., S. 55 f.; *Mennicke*, ZHR 160 (1990), 626, 654.

<sup>180</sup> So auch *Mennicke*, ZHR 160 (1990), 626, 654; krit. *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht I (1997), Art. 86 EGV a.F. Rn. 262.

<sup>181</sup> *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 286.

Fraglich ist außerdem, ob auch zwingend vorauszusetzen ist, dass der Eigentümer der wesentlichen Einrichtung gleichzeitig auf dem abgeleiteten Markt selbst tätig ist oder zumindest dort tätig werden will. Die Entscheidungen der europäischen Gerichtsbarkeit und der *Kommission* zu wesentlichen Einrichtungen betrafen meist Situationen, in denen dies der Fall war<sup>182</sup>. Eine Ausnahme bildet das Urteil *Tiercé Ladbroke* des *EuG*, wo die Inhaber der Fernsehrechte auf dem abgeleiteten Markt nicht präsent waren<sup>183</sup>. Das Gericht hat eine Einschränkung des Wettbewerbs jedoch nicht allein aus diesem Grunde abgelehnt, sondern begründete dies ebenso damit, dass auf dem vorgelagerten relevanten Markt weder die Rechtsinhaber selbst, noch Dritte, denen die Rechte hätten übertragen werden müssen, tätig waren. Die Literatur scheint überwiegend dahin zu tendieren, dass der Eigentümer auf dem abgeleiteten Markt auftreten oder auftreten wollen muss. Bei einer Zugangsverweigerung liege der Missbrauch gerade darin, dass das beherrschende Unternehmen mit Hilfe seiner Marktmacht eigene Dienste auf dem abgeleiteten Markt schützen oder seine Marktmacht auf diesen Markt transferieren will, um ihn für sich zu monopolisieren<sup>184</sup>. Eine derartige Motivation wird zwar regelmäßig vorliegen, wenn es sich beim beherrschenden Unternehmen um ein vertikal integriertes Unternehmen handelt, das auch nachgelagerte Wirtschaftsstufen in sich vereinigt (single firm cases). Anders wird die Motivation aber bei einem nicht vertikal integrierten Unternehmen aussehen, das mit Unternehmen, die auf dem nachgelagerten Markt tätig sind, Vereinbarungen geschlossen hat (multi firm cases). In diesem Fall wird der Zugang meist zugunsten dieser Vertragspartner verweigert werden.

Die *Kommission* hält eine Zugangsverweigerung in ihrer Telekommunikations-Mitteilung hingegen auch dann für missbräuchlich, „wenn weder der Zugangsanbieter noch ein anderer Betreiber auf diesem Dienstleistungsmarkt tätig ist“<sup>185</sup>. In ihrem Beitrag zum Roundtable der OECD stimmte sie zunächst der Forderung zu, dass ein Unternehmen mit beherrschender Stellung in einem Markt diese nicht dazu benutzen darf, seine Marktmacht auf andere Märkte auszudehnen. Doch ging sie hierüber hinaus: Dieses Prinzip stehe in Beziehung, dürfe aber nicht verwechselt werden mit dem Prinzip, dass beherrschende Unternehmen Einrichtungen zugänglich machen müssen, wenn dies wesentlich dafür ist, die Wettbewerber zum Wettbewerb zu befähigen<sup>186</sup>. Nach *Mailänder* kann ein Missbrauch allenfalls dann vorliegen, wenn das beherrschende Unternehmen „einen nachgeordneten und von ihm selbst nicht bedienten oder

<sup>182</sup> So auch *Jung*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 82 EGV Rn. 224.

<sup>183</sup> *EuG* Rs. T-504/93 (*Tiercé Ladbroke/Kommission*), Slg. 1997, II-923, 968 f. Rn. 129 f.

<sup>184</sup> *Immenga/Körber*, EWS, Supplement Banken und Versicherungen zu Heft 10/1999, S. 4, 19; *Schnelle*, EuZW 1994, 556, 557; *Müller*, EuZW 1998, 232, 234 f.; *Deselaers*, EuZW 1995, 563, 568; *Markert*, WuW 1995, 560, 563; wohl auch *Mennicke*, ZHR 160 (1990), 626, 650 (vgl. aber S. 653).

<sup>185</sup> Telekommunikations-Mitteilung, Rn. 84 Buchst. b.

<sup>186</sup> *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 3 „Situations raising issues concerning essential facilities“; vgl. *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 276.

auch nur beanspruchten Markt“ blockiert<sup>187</sup>. *Dohms* hält eine Geschäftsverweigerung jedenfalls dann für missbräuchlich, wenn zwischen dem Eigentümer und dem Zugang begehrenden Unternehmen kein Wettbewerb besteht, weil dann auch keine sachliche Rechtfertigung für die Nichtaufnahme oder den Abbruch der geschäftlichen Beziehung ersichtlich sei<sup>188</sup>. *Markert* hebt hervor, dass das europarechtliche Missbrauchsverbot eine „Fairness-Komponente“ enthalte, die etwa in Art. 82 Abs. 2 Buchst. c EGV zum Ausdruck komme<sup>189</sup>. Diese Vorschrift verbietet es, unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern anzuwenden, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden. Das marktbeherrschende Unternehmen sei daher anderen Unternehmen gegenüber auch dann zu einer diskriminierungsfreien und sie in ihren Betätigungsmöglichkeiten nicht grundlos behindernden Behandlung verpflichtet, wenn es mit diesen nicht im Wettbewerb steht. Der Einbeziehung solcher Situationen ist zuzustimmen, denn nach der oben dargestellten Herleitung der missbräuchlichen Zugangsverweigerung zu wesentlichen Einrichtungen kommt es maßgeblich auf die Auswirkungen auf den Wettbewerb im abgeleiteten Markt an. Ob diese Position auch in der Praxis der *Kommission* und der Rechtsprechung Bestand haben wird, bleibt abzuwarten.

Im Ergebnis überschneidet sich die Anforderung der Ausschaltung des Wettbewerbs mit dem Merkmal der Unentbehrlichkeit der wesentlichen Einrichtung. Die beiden Voraussetzungen unterscheiden sich hauptsächlich in der Perspektive: Während letztere auf die Ausweichmöglichkeiten der Wettbewerber abstellt, bezieht sich erstere auf die Wettbewerbsverhältnisse auf dem abgeleiteten Markt<sup>190</sup>.

#### *d. Keine objektive Rechtfertigung*

Zuletzt darf die Zugangsverweigerung nicht sachlich gerechtfertigt sein. Grundsätzlich sind die Rechtfertigungsgründe, die objektiv bestehen müssen, einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen. Diese Umstände dürfen nicht durch eine den Wettbewerb weniger beeinträchtigende Alternative ausgeräumt werden können, und sie sind mit den Interessen des Wettbewerbs und der Wettbewerber abzuwägen<sup>191</sup>. In diesem Zusammenhang ist wohl auch zu berücksichtigen, ob die wesentliche Einrichtung mit leistungskonformen Mitteln geschaffen wurde, oder ob sie infolge staatlicher Regulierung entstanden ist bzw. ausgebaut wurde<sup>192</sup>.

---

<sup>187</sup> *Mailänder*, Festschrift Ingo Schmidt (1997), S. 279 f.

<sup>188</sup> *Dohms*, a.a.O., S. 63.

<sup>189</sup> *Markert*, Festschrift Mestmäcker (1996), S. 663.

<sup>190</sup> *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 357 f.

<sup>191</sup> *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht I (1997), Art. 86 EGV a.F. Rn. 263; *Deselaers*, a.a.O.; *Montag*, EuZW 1997, 71, 76; *Müller*, EuZW 1998, 232, 235; *Mailänder*, Festschrift Ingo Schmidt (1997), S. 283.

<sup>192</sup> So *Müller*, a.a.O.; vgl. *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 284.

Eine Rechtfertigung liegt nach *Kommission* und Literatur vor, wenn die angestrebte Nutzung mit der Sicherheit oder den technischen Standards der Einrichtung unvereinbar wäre oder wenn hierdurch ihr reibungsloser oder ihr effizienter Gebrauch durch die gegenwärtigen Nutzer gestört würde<sup>193</sup>. Die *Kommission* hält in der Telekommunikations-Mitteilung die Weigerung auch für berechtigt, wenn die Zugangsgewährung „übermäßige Schwierigkeiten“ verursachen würde oder wenn der Eigentümer der Einrichtung, der in die Einführung eines neuen Produkts oder Dienstes investiert hat, „hinreichend Zeit und Gelegenheit zur Nutzung dieser Einrichtung benötigt, um das neue Produkt oder den neuen Dienst auf den Markt zu bringen“<sup>194</sup>. Aber auch Eigenschaften des Wettbewerbers können einen Ausschluss rechtfertigen, so wenn er die zur Nutzung der Einrichtung notwendigen fachlichen, technischen oder wirtschaftlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, er es insbesondere an der Kreditwürdigkeit mangeln lässt<sup>195</sup>.

Ein Rechtfertigungsgrund kann grundsätzlich auch darin liegen, dass die begrenzte Kapazität der wesentlichen Einrichtung ausgelastet ist. Hierauf kann sich das beherrschende Unternehmen allerdings nicht berufen, wenn die Kapazität ineffizient genutzt wird<sup>196</sup>. Zu einer Investition in eine Kapazitätserweiterung kann der Eigentümer keinesfalls verpflichtet werden<sup>197</sup>. In ihrer Telekommunikations-Mitteilung hält die *Kommission* einen Missbrauch nur dann für gegeben, wenn eine ausreichende Kapazität zur Bereitstellung des Zugangs verfügbar ist. Beim Roundtable der OECD kam es nach Ansicht der *Kommission* hingegen offenbar noch auf eine Abwägung im Einzelfall an<sup>198</sup>: Solange keine erkennbare Steigerung des Wettbewerbs zu erwarten ist, sollte der Eigentümer der wesentlichen Einrichtung nicht gezwungen sein, seine bestehende Geschäftstätigkeit einzuschränken oder zu reorganisieren<sup>199</sup>. Im anderen Falle sollte er dazu verpflichtet sein, die optimale oder maximale Zahl der Nutzer der Einrichtung objektiv zu bestimmen und diese dann in nichtdiskriminierender Weise auszuwählen, ohne die eigenen Dienste

---

<sup>193</sup> *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 8 „Possible justifications for discrimination or refusal of access to essential facilities“; *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht I (1997), Art. 86 EGV a.F. Rn. 263; *Deselaers*, a.a.O.; *Montag*, EuZW 1997, 71, 76; *Müller*, a.a.O.; *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 303; vgl. für den Telekommunikationssektor: *Scherer*, MMR 1999, 315, 320 f.

<sup>194</sup> Telekommunikations-Mitteilung, Rn. 91 Buchst. e; so auch *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 293 f.; *Mennicke*, ZHR 160 (1990), 626, 656 f.

<sup>195</sup> *EG-Kommission*, Entscheidung 92/213/EWG (*British Midland/Aer Lingus*), ABl. EG 1992 Nr. L 96 S. 34, Rn. 26; *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht I (1997), Art. 86 EGV a.F. Rn. 263; *Deselaers*, a.a.O.; *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 287 u. 291; *Dohms*, a.a.O., S. 66 f.

<sup>196</sup> *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 4 „The significance of spare capacity“; *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht I (1997), Art. 86 EGV a.F. Rn. 263; *Deselaers*, a.a.O.; *Müller*, a.a.O.

<sup>197</sup> *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 291; *Müller*, a.a.O.

<sup>198</sup> Vgl. *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 289: „a result of the Community law principle of ‚proportionality‘“.

<sup>199</sup> *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 4 „The significance of spare capacity“.

zu bevorzugen<sup>200</sup>. Die *Kommission* scheint der in der Literatur geäußerten Kritik, die es für zweifelhaft hält, ob der Eigentümer eine Quotierung der Nutzung zu eigenen Lasten vornehmen muss<sup>201</sup>, in der Telekommunikations-Mitteilung entgegen gekommen zu sein.

Darüber hinaus ist an die Ausnahme nach Art. 86 Abs. 2 EGV zu denken, wenn es sich beim Eigentümer der wesentlichen Einrichtung um ein Unternehmen handelt, das „mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut“ ist<sup>202</sup>.

## F. Zusammenfassung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die essential facilities doctrine im amerikanischen Antitrust-Recht ausgearbeitet wurde und im Jahre 1977 durch eine Entscheidung des *Court of Appeals* des District of Columbia und damit erstmals durch ein höheres Gericht der USA anerkannt worden ist. Die Ursprünge dieser Doktrin liegen in einer Tradition des Common Law und einer Entscheidung des *Supreme Court* von 1912. Die *Europäische Kommission* hat erstmals in ihren Hafen-Entscheidungen der Jahre 1992 bis 1994 von wesentlichen Einrichtungen gesprochen und auf die Kriterien der essential facilities doctrine zurückgegriffen. Auch der europäischen Gerichtsbarkeit sind einschlägige Fälle unterbreitet worden, zuletzt der Fall *Bronner*. Die Gerichte scheuen sich aber, die spezielle Doktrin ausdrücklich anzuerkennen, und greifen statt dessen auf die allgemeine Rechtsprechung zur Geschäftsverweigerung zurück, die der *Europäische Gerichtshof* seit den 70-er Jahren entwickelt hat. Die Entscheidungen der europäischen Gerichte und die essential facilities doctrine stimmen aber inhaltlich überein. Bei der Doktrin handelt es sich deshalb wohl um eine Untergruppe der Geschäftsverweigerung.

Der Eigentümer einer wesentlichen Einrichtung kann im Einzelfall insbesondere gegen das Missbrauchsverbot des Art. 82 EGV verstoßen, wenn er einem anderen Unternehmen den Zugang hierzu verweigert. Hierbei ist der Begriff der Einrichtung weit im Sinne von Ressourcen zu verstehen. Das Urteil *Bronner* hat vor allem das Kriterium präzisiert, wann eine Einrichtung als wesentlich und unentbehrlich gelten kann. Es darf für die Einrichtung kein tatsächlicher oder potentieller Ersatz bestehen. Hierbei ist ein objektiver Maßstab anzulegen, der darauf abstellt, ob irgendein Wettbewerber allein oder in Zusammenarbeit mit anderen hinreichend leistungsfähig ist, eine entsprechende Einrichtung selbst zu schaffen. Dieses enge Kriterium dürfte viele Zugangsbegehren scheitern lassen.

---

<sup>200</sup> *EG-Kommission*, OECD Competition Policy Roundtables, Nr. 4 „Access for how many competitors?“, *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1994, 245, 289.

<sup>201</sup> Vgl. *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht I (1997), Art. 86 EGV a.F. Rn. 263 Fn. 669.

<sup>202</sup> Vgl. *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht I (1997), Art. 86 EGV a.F. Rn. 264; *Deselaers*, a.a.O.; *Montag*, EuZW 1997, 71, 76; *Müller*, a.a.O.

Weitere Voraussetzungen des Missbrauchs sind, dass der Eigentümer den Zugang zu gleichen Bedingungen verwehrt, dass hierdurch der Wettbewerb durch das betreffende Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt ausgeschaltet wird, und dass sich der Eigentümer auf keine objektive Rechtfertigung berufen kann. Hier bedürfen einige wenige Fragen noch einer Klarstellung: Wie sind die Verträge zwischen dem Eigentümer und dem Zugang begehrenden Unternehmen auszugestalten? Scheidet ein Zugangsanspruch regelmäßig aus, wenn auf dem abgeleiteten Markt bereits wirksamer Wettbewerb besteht? Man darf gespannt sein, wie *Kommission* und Rechtsprechung diese Fragen beantworten werden. Doch schon jetzt lässt sich sagen, dass die Pflicht zur Zugangsgewährung, wie sie im europäischen Kartellrecht praktiziert wird, gleichgültig, ob man sich hierfür auf die essential facilities doctrine stützt oder nicht, grundsätzlich einen gerechten Ausgleich zwischen der Vertragsfreiheit und der Eigentumsgarantie einerseits und einem wirksamen Wettbewerb andererseits schafft.



## Literaturverzeichnis

### Monographien, Sammelwerke, Kommentare

- Areeda, Phillip E./Hovenkamp, Herbert*: Antitrust Law; An Analysis of Antitrust Principles and Their Application; 1990 Supplement. Boston, Toronto u. London, 1990.
- Basedow, Jürgen/Dolmen, Michael*: Verkehrs- und Transportrecht; in: *Dauses, Manfred A.* (Hrsg.): Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts; Band 2. München, Loseblatt, Abschn. L.
- Hohmann, Holger*: Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen; Eine Untersuchung der allgemeinen Zugangsregelung zu Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen gem. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB unter Berücksichtigung US-amerikanischer, europäischer und sektorspezifischer Erfahrungen. Diss. Tübingen, 2000, unveröffentlicht.
- Jung, Christian*: Kommentierung zu Art. 82 EGV; in: *Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard* (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union. München, Loseblatt.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften*: XXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1992. Brüssel u. Luxemburg, 1993.
- Lampert, Thomas*: Kurzkomentar [zum Urteil Bronner]. EWiR Art. 86 EGV 1/99, 123.
- Lukes, Rudolf*: Energierecht; in: *Dauses, Manfred A.* (Hrsg.): Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts; Band 2. München, Loseblatt, Abschn. M.
- Mailänder, K. Peter*: Schranken für das Vertragsdiktat zu Lasten der Träger wesentlicher Einrichtungen; in: *Kruse, Jörn/Stockmann, Kurt/Vollmer, Lothar* (Hrsg.): Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen; Festschrift für Ingo Schmidt zum 65. Geburtstag. Baden-Baden, 1997, S. 271.
- Markert, Kurt*: Die Anwendung des US-amerikanischen Monopolisierungsverbots auf Verweigerungen des Zugangs zu „wesentlichen Einrichtungen“; in: *Immenga, Ulrich/Möschel, Wernhard/Reuter, Dieter* (Hrsg.): Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag. Baden-Baden, 1996, S. 661.
- Möschel, Wernhard*: Kommentierung zu Art. 86 EGV a.F.; in: *Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.): EG-Wettbewerbsrecht; Kommentar; Band I. München, 1997.
- Ders.: Kommentierung zu § 19 GWB; in: *Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.): Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Kommentar. 3. Aufl., noch nicht veröffentlicht.
- Monopolkommission*: Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen; Dreizehntes Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB; 1998/1999; Hauptband. Bonn, 2000.
- Neale, A. D.*: The Antitrust Laws of the United States of America. Cambridge, 1. Aufl. 1960.
- Schröter, Helmuth*: Kommentierung zu Art. 86 EGV a.F.; in: *von der Groeben, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter* (Hrsg.): Kommentar zum EU-/EG-Vertrag; Artikel 85 – 87 EGV; Band 2/I. Baden-Baden, 5. Aufl. 1999.
- Sullivan, Lawrence Anthony*: Handbook of the Law of Antitrust. St. Paul, 1977.

*Temple Lang, John*: Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities; in: *Hawk, Barry E.* (Hrsg.): Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute; International Antitrust Law & Policy 1994. New York u. Den Haag, 1995, S. 245 = Fordham International Law Journal 18 (1994), 437.

*Venit, James S./Kallaughner, John J.*: Essential Facilities: A Comparative Law Approach; in: *Hawk, Barry E.* (Hrsg.): Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute; International Antitrust Law & Policy 1994. New York u. Den Haag, 1995, S. 315.

### Zeitschriften

*Albors-Llorens, Albertina*: The „Essential Facilities“ Doctrine in EC Competition Law. C.L.J. (The Cambridge Law Journal) 1999, 490.

*Areeda, Phillip E.*: Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles. Antitrust Law Journal 58 (1990), 841.

*Büdenbender, Ulrich*: Durchleitungen in der Elektrizitätswirtschaft und Eigentumsschutz. WuW 2000, 119.

*Bunte, Hermann-Josef*: 6. GWB-Novelle und Mißbrauch wegen Verweigerung des Zugangs zu einer „wesentlichen Einrichtung“. WuW 1997, 302.

*Deselaers, Wolfgang*: Die „Essential Facilities“-Doktrin im Lichte des Magill-Urteils des EuGH. EuZW 1995, 563.

*Dreher, Meinrad*: Die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung als Mißbrauch der Marktbeherrschung. DB 1999, 833.

*Ehle, Dirk*: Anmerkung [zum Urteil Bronner]. EuZW 1999, 89.

*Fleischer, Holger/Weyer, Hartmut*: Neues zur „essential facilities“-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht; Eine Besprechung der Bronner-Entscheidung des EuGH. WuW 1999, 350.

*Hancher, L.*: Case Law; Court of Justice; Case C-7/97, Oscar Bronner. CML Rev. (Common Market Law Review) 1999, 1289.

*Immenga, Ulrich/Körber, Torsten*: Marktabgrenzung und Marktbeherrschung bei der Geldautomatennutzung. EWS, Supplement Banken und Versicherungen zu Heft 10/1999, S. 4.

*Jazottes, Gérard/Luby, Monique/Poillot-Peruzzetto, Sylvaine*: Chroniques de législation et de jurisprudence françaises: Droit européen des affaires. RTD (Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique) 1999, 792.

*Klaue, Siegfried*: Zur Rezeption der amerikanischen „essential facility-doctrine“ in das europäische und deutsche Kartellrecht. RdE 1996, 51.

*Klimisch, Annette/Lange, Markus*: Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht. WuW 1998, 15.

*Lampert, Thomas*: Der EuGH und die essential facilities-Lehre. NJW 1999, 2235.

*Markert, Kurt*: Die Verweigerung des Zugangs zu „wesentlichen Einrichtungen“ als Problem der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht. WuW 1995, 560.

*Mennicke, Petra*: „Magill“ – Von der Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung von Immaterialgüterrechten zur „essential facilities“-Doktrin in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichts-

hofes? ZHR 160 (1996), 626.

*Montag, Frank*: Gewerbliche Schutzrechte, wesentliche Einrichtungen und Normung im Spannungsfeld zu Art. 86 EGV. EuZW 1997, 71.

Ders.: Die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts. NJW 2000, 32.

Ders./*Leibenath, Christoph*: Aktuelle Entwicklungen im Bereich des Art. 82 EG. EWS 1999, 281.

*Müller, Matthias*: Die „Essential Facilities“-Doktrin im Europäischen Kartellrecht. EuZW 1998, 232.

*Scherer, Joachim*: Das Bronner-Urteil des EuGH und die Essential facilities-Doktrin im TK-Sektor. MMR 1999, 315.

*Schnelle, Ulrich*: Die Öffnung von leistungsnotwendigen Einrichtungen für Dritte und der Schutz des Eigentums. EuZW 1994, 556.

*Schwintowski, Hans Peter*: Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen; Einige kritische Bemerkungen zu § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB unter Berücksichtigung der amerikanischen und europäischen Kartellrechtspraxis. WuW 1999, 842.

### Internet

*Behr, David*: Learning How to Share: The Essential Facilities Doctrine Revisited. <http://www.columbia.edu/~dmb69/complaw.html>.

*Dohms, Rüdiger*: Die Entwicklung eines wettbewerblichen europäischen Elektrizitätsbinnenmarktes. [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp\\_1995\\_050\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp_1995_050_de.pdf).

*Gottwald, Nico*: Allgemeine Grundlagen der essential facilities-Doktrin im US-amerikanischen, europäischen und deutschen Recht. <http://www.juramail.de/hausarbeiten/gottwald.html>.

*Kommission der Europäischen Gemeinschaften*: Defining what is legitimate competition in the context of companies' duties to supply competitors and to grant access to essential facilities; OECD Competition Policy Roundtables No. 5; OCDE/GD(96)113. <http://www.oecd.org/daf/clp/roundtables/ess11.htm>.

*Van Sichen, Sally*: Background Note; OECD Competition Policy Roundtables No. 5; OCDE/GD(96)113. <http://www.oecd.org/daf/clp/roundtables/ess01.htm>.

*Temple Lang, John*: European Community antitrust law-innovation markets and high technology industries. [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1996\\_054\\_en.doc](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1996_054_en.doc).