

Europäischer Gerichtshof, Schlussanträge des Generalanwalts vom 28.05.1998 – C-7/97

Generalanwalt Francis G. Jacobs

ECLI:EU:C:1998:264

Keine Entscheidung des Gerichtshofs. Dieses Dokument ist ein unabhängiger Entscheidungsvorschlag an den Gerichtshof. Der Gerichtshof ist daran nicht gebunden und kann anders entscheiden.

Ergebnis: Vorschlag an den Gerichtshof

Demgemäß sollten die Fragen des Oberlandesgerichts Wien meines Erachtens wie folgt beantwortet werden: Es stellt keine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 86 EG-Vertrag dar, wenn sich ein Unternehmen, das in einem Mitgliedstaat einen ganz erheblichen Anteil am Tageszeitungsmarkt hat und das einzige landesweite Hauszustellungsvertriebssystem für Abonnenten betreibt, weigert, dem Verleger einer Konkurrenzzeitung Zugang zu diesem Hauszustellungsvertriebssystem zu gewähren.

Schlußanträge des Generalanwalts

Francis G. Jacobs

vom 28. Mai 1998

1 In der vorliegenden Rechtssache hat das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht dem Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob es eine gegen Artikel 86 des Vertrages verstoßende mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellt, wenn sich ein Zeitungskonzern mit wesentlichem Anteil am Tageszeitungsmarkt weigert, dem Verleger einer Konkurrenztageszeitung den Zugang zu seinem Hauszustellungsnetz zu gewähren, oder wenn er den Zugang nur gewährt, sofern der Verleger von ihm bestimmte weitere Leistungen gegen Entgelt in Anspruch nimmt.

Sachverhalt und Fragen des vorlegenden Gerichts

2 Die Oscar Bronner GmbH & Co. KG (im folgenden: Bronner) ist Verleger der Tageszeitung Der Standard. 1994 betrug der Anteil dieser Zeitung am österreichischen Tageszeitungsmarkt 3,6 %, gemessen an der Druckauflage, und etwa 6 % bei den Werbeeinnahmen.

3 Die Erstantragsgegnerin des Ausgangsverfahrens, die Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, verlegt die Tageszeitungen Neue Kronen Zeitung und Kurier und wickelt das Anzeigengeschäft dieser Tageszeitungen über ihre hundertprozentigen Tochtergesellschaften Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG und Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, die Zweitund die Drittantragsgegnerin, ab. 1994 betrug der gemeinsame Marktanteil der beiden Tageszeitungen 46,8 % an der Gesamtauflage und 42 % an den gesamten Werbeeinnahmen. Überdies erzielten sie eine Reichweite von 53,3 %, bezogen auf die Bevölkerung ab dem 14. Lebensjahr in Privathaushalten, und von 71 %, bezogen auf alle Tageszeitungsleser.

4 Gestützt auf § 35 des österreichischen Kartellgesetzes (KartG) hat Bronner vor dem nationalen Gericht beantragt, der Mediaprint-Gruppe (im folgenden: Mediaprint) aufzugeben, den Mißbrauch ihrer angeblichen marktbeherrschenden Stellung abzustellen und Bronner gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts Zugang zu ihrem landesweiten Hauszustellungssystem für Tageszeitungen zu gewähren. Zwar gibt es in Österreich eine Reihe regionaler oder lokaler Zustellungsnetze, jedoch ist dasjenige von Mediaprint das einzige landesweite. Bronner trägt vor, nur eine Hauszustellung garantiere eine Auslieferung der Tageszeitung an die Abonnenten in den frühen Morgenstunden; die Postzustellung, die regelmäßig erst am späten Vormittag erfolge, stelle hierzu keine gleichwertige Alternative dar. Angesichts ihrer geringen Abonnentenzahl wäre es für Bronner unrentabel, ein eigenes Hauszustellungssystem zu errichten. Außerdem werde sie von Mediaprint diskriminiert, da diese einer

anderen von ihr nicht verlegten Tageszeitung, dem Wirtschaftsblatt, Zugang zu ihrem Hauszustellungssystem gewähre.

5 Mediaprint hält dem entgegen, sie habe das Hauszustellungssystem unter hohem finanziellem und administrativem Aufwand aufgebaut. Auch wenn sie eine marktbeherrschende Stellung inne habe, sei sie nicht verpflichtet, ihre Wettbewerber zu fördern. Die Situation des Wirtschaftsblatt, das Zugang zu ihrem Vertriebsnetz habe, sei mit derjenigen des Standard nicht vergleichbar, da der Verleger des Wirtschaftsblatt Mediaprint auch mit dem Druck und dem Vertrieb betraut habe; der Zugang zum Hauszustellungsnetz sei daher nur Teil eines Gesamtpakets. Außerdem sei das Wirtschaftsblatt kein unmittelbarer Wettbewerber der Tageszeitungen von Mediaprint, da es wesentliche Teile einer Volltageszeitung, wie Sport, Kultur und Fernsehen, nicht enthalte. Schließlich würde es die Kapazität des Hauszustellungsnetzes überfordern, wenn von Mediaprint verlangt würde, das Netz allen österreichischen Tageszeitungsverlegern zugänglich zu machen.

6 Das nationale Gericht ist der Ansicht, es sei nur für die Anwendung der nationalen Wettbewerbsvorschriften, nicht aber für die unmittelbare Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags zuständig. Es führt jedoch aus, daß ein Verhalten eines Marktteilnehmers, das unter Artikel 86 des Vertrages falle, denkbare auch einen Marktmißbrauch im Sinne des inhaltsgleichen § 35 KartG darstelle. Ein nach dem Gemeinschaftsrecht verbotenes Verhalten dürfe wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auch nach nationalem Recht nicht geduldet werden. Das nationale Gericht stellt fest, daß die Anwendbarkeit von Artikel 86 des Vertrages voraussetze, daß das mißbräuchliche Verhalten den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen könne, und verweist auf die von Bronner geäußerte Besorgnis, daß die Verweigerung des Zugangs zum Hauszustellungssystem von Mediaprint sie vom Tageszeitungsmarkt verdrängen und ihre Existenz bedrohen würde. Da Bronner als Verleger einer auch im Ausland erhältlichen überregionalen Tageszeitung Anbieter im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr sei, sei eine Auswirkung auf den innergemeinschaftlichen Handel zu bejahen.

7 Das nationale Gericht ersucht den Gerichtshof daher um Vorabentscheidung über folgende Fragen:

1. Ist Artikel 86 EG-Vertrag so auszulegen, daß es die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung unter dem Gesichtspunkt der mißbräuchlichen Behinderung des Marktzutritts darstellt, wenn sich ein Unternehmen, das sich mit dem Verlag, der Herstellung und dem Vertrieb von Tageszeitungen befaßt und mit seinen Produkten auf dem österreichischen Tageszeitungsmarkt eine überragende Marktstellung besitzt (nämlich 46,8 %, gemessen an der Gesamtauflage, 42 %, gemessen an den Einnahmen für Anzeigen, und 71 % Reichweite, gemessen an der Zahl aller Tageszeitungen) und das einzige in Österreich existierende überregionale Hauszustellungsvertriebssystem für Abonnenten betreibt, weigert, einem anderen Unternehmen, das sich ebenfalls mit dem Verlag, der Herstellung und dem Vertrieb einer Tageszeitung in Österreich befaßt, ein bindendes Offert zur Aufnahme dieser Tageszeitung in ihr Hauszustellungssystem zu legen, dies unter der weiteren Voraussetzung, daß es dem die Aufnahme in das Hauszustellungssystem anstrebenden Unternehmen aufgrund der geringen Auflagenhöhe und der damit verbundenen geringen Abonnementdichte weder allein noch in Zusammenarbeit mit den übrigen Unternehmen, die auf dem Markt Tageszeitungen anbieten, möglich ist, unter Einsatz vertretbarer Kosten ein eigenes Hauszustellungssystem aufzubauen und rentabel zu betreiben?

2. Stellt es einen Mißbrauch im Sinne des Artikels 86 EG-Vertrag dar, wenn — unter den bereits in Frage 1 näher dargestellten Umständen — der Betreiber des Hauszustellungssystems für Tageszeitungen die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen zum Verleger eines Konkurrenzproduktes davon abhängig macht, daß ihn dieser nicht nur mit der Hauszustellung, sondern auch mit weiteren angebotenen Leistungen (z. B. Vertrieb durch Verkaufsstellen, Druck) im Rahmen eines Gesamtpakets beauftragt?

8 Schriftliche Erklärungen sind von Bronner, von Mediaprint und von der Kommission eingereicht worden, die auch sämtlich an der Sitzung teilgenommen haben.

Zulässigkeit

9 Mediaprint und die Kommission halten die Vorlage für unzulässig. Ihrer Ansicht nach ist das nationale Gericht eine Wettbewerbsbehörde, die nur zur Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts befugt sei.

10 Meines Erachtens handelt es sich aber bei dem Kartellgericht eindeutig um ein Gericht, das im Ausgangsverfahren auch als solches handelt. Es muß daher befugt sein, Artikel 86 anzuwenden.

11 Daß wir es hier mit einem Gericht zu tun haben, das als solches handelt, wird durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu der Frage bestätigt, ob eine Einrichtung ein Gericht eines Mitgliedstaats im Sinne des Artikels 177 ist. Der Gerichtshof berücksichtigt dabei eine Reihe von Umständen, wie gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ständiger Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, streitiges Verfahren, Anwendung von Rechtsnormen durch diese Einrichtung sowie deren Unabhängigkeit. Außerdem muß die Einrichtung als Gericht handeln. Das ist dann der Fall, wenn bei [ihr] ein Rechtsstreit anhängig ist und sie im Rahmen eines Verfahrens zu entscheiden [hat], das auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abzielt.

12 Mediaprint und die Kommission meinen nicht etwa, daß das Kartellgericht diese Voraussetzungen nicht erfülle. In der Tat ist das Oberlandesgericht Wien nach dem Kartellgesetz als ständiges Kartellgericht für ganz Österreich zuständig. Es setzt sich aus einem Richter als Vorsitzenden und zwei Laienrichtern zusammen, deren fachliche Qualifikationen und Unabhängigkeit gesichert sind (wobei Zwischenerledigungen vom Vorsitzenden allein getroffen werden). Seine Aufgabe besteht darin, das Kartellgesetz nach den darin niedergelegten Verfahren anzuwenden.

13 Während einige dieser Verfahren mehr Verwaltungs- als gerichtlichen Charakter haben (z. B. Führung des Kartellregisters), hat das Ausgangsverfahren in der vorliegenden Rechtssache eindeutig gerichtlichen Charakter. Es ist von einem einzelnen gegen einen anderen nach § 35 KartG angestrengt worden, wonach das Kartellgericht auf Antrag den beteiligten Unternehmen aufzutragen hat, den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Die Formulierung dieser Bestimmung, insbesondere die Worte hat auf Antrag ... aufzutragen, macht deutlich, daß mit ihr ein Klagerecht begründet wird, das es nicht in das Ermessen des Kartellgerichts stellt, den Anspruch zu prüfen. Bei der Entscheidung über die Klage wendet das Kartellgericht die in den §§ 34 und 35 KartG niedergelegten Vorschriften und Begriffe, insbesondere die Begriffe der Marktbeherrschung und des Mißbrauchs, an.

14 Es besteht somit kaum Zweifel daran, daß das Kartellgericht als ein Gericht anzusehen ist. Da Artikel 86 des Vertrages unmittelbare Wirkung hat, muß sich ein einzelner daher in dem vor dem Kartellgericht angestrengten Verfahren grundsätzlich auf diese Bestimmung berufen können. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, daß der Betreffende seine Rechte aus dieser Bestimmung auch vor den ordentlichen Gerichten geltend machen könnte. Der Grundsatz der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts gebietet es, daß jedes Gericht, das für einen Anspruch zuständig ist, der einen Sachverhalt betrifft, auf den eine Gemeinschaftsvorschrift anwendbar ist, diese Vorschrift auch anwenden können muß.

15 Der Hinweis der Kommission auf das Urteil BRT/SABAM, mit dem sie die gegenteilige Ansicht begründen will, ist rätselhaft. In diesem Urteil hat der Gerichtshof entschieden, daß auch Gerichte, die besonders damit betraut seien, das nationale Wettbewerbsrecht anzuwenden oder die Gesetzmäßigkeit seiner Anwendung durch die Verwaltungsbehörden zu überwachen, nicht von einer Durchführung des Artikels 86 entbunden seien, wenn diese Vorschrift vor ihnen in Anspruch genommen werde.

16 Es könnte jedoch eingewandt werden, daß das Urteil BRT/SABAM das Problem nicht löse, da es sich bei dem vorliegenden Gericht in jener Rechtssache in Wirklichkeit um ein mit einem gewöhnlichen zivilrechtlichen Anspruch befaßtes Zivilgericht und nicht um ein spezialisiertes Wettbewerbsgericht gehandelt habe. In der Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei der Bearbeitung von Fällen im Anwendungsbereich der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag räumt die Kommission ein, daß die Behörden einiger Mitgliedstaaten

ausschließlich zur Anwendung nationaler Rechtsvorschriften befugt seien, weil ihnen die verfahrensrechtlichen Mittel zur Anwendung der Artikel 85 und 86 fehlten. Da sich die Artikel 85 und 86 an Unternehmen und nicht an Mitgliedstaaten richten und da die Kommission als die Behörde bestimmt worden ist, die für die Durchführung dieser Bestimmungen vorrangig zuständig ist, könnte es tatsächlich sein, daß die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, ihre nationalen Wettbewerbsbehörden (die von ihren Gerichten zu unterscheiden sind) mit der Durchführung dieser Bestimmungen zu betrauen. Möglicherweise sind diese Behörden daher nur verpflichtet, die nationalen Wettbewerbsregeln so anzuwenden, daß diese Anwendung nicht den Artikeln 85 und 86 zuwiderläuft.

17 Wenn dies zutrifft, könnte es als unzulässig angesehen werden, daß bei einer Überprüfung der Entscheidungen dieser Behörden durch ein nationales Gericht auch die fehlende oder fehlerhafte Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften gerügt werden kann. Möglicherweise müßte das Gericht in diesen Fällen als verlängerter Arm des rein nationalen Wettbewerbsorgans angesehen werden.

18 Eines weiteren Eingehens auf diesen Punkt bedarf es hier jedoch nicht. Derartige Probleme treten nämlich nicht auf, wenn ein Mitgliedstaat, wie im vorliegenden Fall, sein System so ausgestaltet, daß das spezielle Wettbewerbsorgan selbst ein Gericht ist und die betreffenden Verfahren ihrer Art nach streitige Verfahren mit gerichtlichem Charakter sind. Unter diesen Umständen gebieten es der Grundsatz der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts und die unmittelbare Wirkung des Artikels 86, daß das Gericht Artikel 86 auf die bei ihm anhängende Rechtssache selbst unmittelbar anwenden kann, so daß es nicht mehr erforderlich ist, ein separates, auf Gemeinschaftsrecht gestütztes Verfahren vor einem anderen Gericht anzustrengen.

19 In der vorliegenden Rechtssache bedarf es auch keiner Prüfung der Frage, ob der Gerichtshof sich zu Artikel 86 des Vertrages auf der Grundlage äußern sollte, daß dieser zwar als solcher nicht anwendbar sei, daß eine Entscheidung dem nationalen Gericht aber bei der Anwendung seines innerstaatlichen Rechts dienlich sein könne. Diese Frage würde sich stellen, wenn das nationale Gericht zur Anwendung von Artikel 86 nicht befugt wäre; außerdem ist dies die Grundlage, auf der der Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht wird.

20 Es ist fraglich, ob eine Entscheidung des Gerichtshofes auf dieser Grundlage angemessen wäre. Wie die Kommission deutlich macht, beruhen die österreichischen Wettbewerbsbestimmungen nicht unmittelbar auf dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft und beziehen sich auch nicht darauf. Das österreichische Recht enthält eine völlig andere Definition der Marktbeherrschung als das Gemeinschaftsrecht. Ein Mißbrauch ist erst nach einer Anordnung des Kartellgerichts, ihn abzustellen, verboten. Darüber hinaus gibt es besondere Bestimmungen über Marktbeherrschung im Medienbereich. Die vorliegende Rechtssache unterscheidet sich daher von den Rechtssachen, in denen ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen nationalem und Gemeinschaftsrecht besteht, wie zum Beispiel in Fällen, in denen das nationale Recht das Gemeinschaftsrecht unmittelbar umsetzt.

21 Nun ließe sich aber die Ansicht vertreten, daß der Bereich des Wettbewerbsrechts Besonderheiten aufweise, die den Gerichtshof zumindest in Fällen, in denen eine Auswirkung auf den innergemeinschaftlichen Handel vorliegt, zu einer Entscheidung veranlassen müßten. Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts sind in Fällen, die in den Anwendungsbereich der Artikel 85 und 86 fallen, gemeinschaftsrechtliche und nationale Wettbewerbsvorschriften gleichzeitig anzuwenden. Auch wenn also im Ausgangsverfahren das vorlegende Gericht die Anwendung nationalen Rechts nahelegt, findet auf den Sachverhalt, mit dem es befaßt ist — und auch auf den Kontext, in dem es den Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht hat —, Artikel 86 Anwendung.

22 Ungeklärt ist, welche Grenzen das Gemeinschaftsrecht in vom Anwendungsbereich der Artikel 85 und 86 erfaßten Fällen einer abweichenden Anwendung des nationalen Rechts setzt; es ist sogar vorgeschlagen worden, den Grundsatz der gleichzeitigen Anwendung angesichts der Schwierigkeit, diese Grenzen einheitlich zu definieren, als solchen zu überdenken. In der Praxis ist die Ungewißheit in diesem

Bereich teilweise durch eine enge Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden überwunden worden, deren Bedeutung die Kommission herausgestellt hat. Vor diesem Hintergrund ist es verständlich, daß ein nationales Gericht, selbst wenn es nur zur Anwendung nationalen Rechts befugt wäre, darum bemüht sein sollte, eine Orientierungshilfe bezüglich der Rechtslage nach dem Gemeinschaftsrecht zu erhalten, um soweit wie möglich ein entsprechendes Ergebnis nach seinen innerstaatlichen Rechtsvorschriften zu erzielen. Auch wenn möglicherweise für das nationale Gericht keine Verpflichtung nach Gemeinschaftsoder nationalem Recht besteht, die Entscheidung des Gerichtshofes durchzuführen, kann diese Entscheidung in einem solchen Fall dennoch ausschlaggebend sein. Dieser Fall unterscheidet sich daher völlig von einem Fall, in dem das Vorabentscheidungsverfahren als bloße Übung in Rechtsvergleichung in Anspruch genommen wird.

23 Es stehen somit kontroverse Überlegungen einander gegenüber, über die dann entschieden werden müßte, wenn es notwendig wäre, diese Streitfrage zu klären. Die obige Erörterung ist meines Erachtens jedoch hypothetischer Natur, da, wie ich bereits ausgeführt habe, feststeht, daß ein nationales Gericht, vor dem eine Forderung wie die im Ausgangsverfahren fragliche geltend gemacht wird, Artikel 86 unmittelbar anwenden können muß. Der Umstand, daß im Ausgangsverfahren eine Berufung auf Artikel 86 vor dem nationalen Gericht nicht erfolgt ist, stellt nicht die Zuständigkeit des Gerichtshofes in Frage, die Entscheidung zu erlassen, um die er ersucht worden ist. Das nationale Gericht hat eine Entscheidung zu Artikel 86 erbeten und muß diese Bestimmung möglicherweise anwenden, wenn eine entsprechende Zuständigkeit zu bejahen ist.

24 Mediaprint und die Kommission halten die Vorlage auch deshalb für unzulässig, weil die Voraussetzung einer Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten entgegen der Feststellung des nationalen Gerichts nicht erfüllt sei. Die Annahme, daß der Standard aus dem Markt gedrängt würde, sei nicht stichhaltig; wenn sie aber zuträfe, wäre die Auswirkung auf den Handel angesichts der geringen Zahl im Ausland abgesetzter Exemplare nicht nennenswert.

25 Das nationale Gericht hat jedoch vorab festgestellt, daß die Voraussetzung einer Auswirkung auf den Handel erfüllt sei, und seine Fragen auf dieser Grundlage gestellt. Dies genügt, um die Vorlage zulässig zu machen. Zwar würde das Vorbringen von Mediaprint in ihren schriftlichen Erklärungen, daß die außerhalb Österreichs verkauften Exemplare des Standard nur einen ganz geringen Anteil am Gesamtabsatz ausmachten — sofern dies erwiesen wäre —, Zweifel hinsichtlich der Argumentation des nationalen Gerichts aufkommen lassen; dies reicht jedoch für eine Feststellung des Gerichtshofes nicht aus, daß die Fragen des nationalen Gerichts ersichtlich in keinem Zusammenhang mit dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit stünden.

26 Überdies könnten die Ausführungen des nationalen Gerichts, wie die Kommission einräumt, auch durch ein weiteres Argument gestützt werden. Wenn eine Verweigerung des Zugangs zum Zustellungsnetz von Mediaprint den Zugang zum österreichischen Markt erschweren würde, könnte dies dazu führen, daß der österreichische Markt gegenüber dem Wettbewerb durch Verleger aus anderen Mitgliedstaaten, die Zeitungen in Österreich verlegen oder verkaufen wollen, abgeschottet und damit die Entwicklung von Handelsstrukturen in der Gemeinschaft beeinträchtigt wird. Das Argument der Kommission, daß eine solche Wirkung angesichts der übrigen zur Verfügung stehenden Vertriebswege unwahrscheinlich sei, trifft den Kern der Streitigkeit. Sollte sich herausstellen, daß die Weigerung von Mediaprint, Zugang zu ihrem Vertriebssystem zu gewähren, wegen ihrer Auswirkungen auf den österreichischen Markt der Tageszeitungen einen Mißbrauch darstellt, wäre aufgrund der obigen Erwägungen auch eine potentielle Auswirkung auf den innergemeinschaftlichen Handel zu bejahen.

27 Ich halte die Vorlage mithin für zulässig.

Frage 1

28 Um feststellen zu können, ob ein Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem Markt mißbräuchlich ausgenutzt und gegen Artikel 86 verstoßen hat, ist erstens der relevante Markt zu

definieren, zweitens zu prüfen, ob das betreffende Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem so definierten Markt innehat, und drittens, wenn dies zu bejahen ist, zu untersuchen, ob seine Verhaltensweise einen Mißbrauch dieser beherrschenden Stellung darstellt.

Relevanter Markt

29 Das vorlegende Gericht scheint in seinen Fragen davon auszugehen, daß der relevante Markt der Markt der Tageszeitungen sei, wobei das hochentwickelte Vertriebsnetz von Mediaprint ein Umstand im Rahmen der Prüfung der Frage sei, ob Mediaprint eine beherrschende Stellung auf diesem Markt innehat. Meiner Ansicht nach ist jedoch mit Bronner und der Kommission davon auszugehen, daß in der vorliegenden Rechtssache der relevante Markt nicht der Tageszeitungsmarkt als solcher, sondern vielmehr der Zustellungsmarkt oder ein Teil davon ist. Ein Unternehmen kann eine beherrschende Stellung auf einem Produktmarkt innehaben, ohne den Vertrieb zu kontrollieren; das Gegenteil ist aber auch möglich. Der Mißbrauch soll in der Verweigerung des Zugangs zum Vertriebssystem von Mediaprint oder der Auferlegung unbilliger Bedingungen für diesen Zugang bestehen. Das Vorbringen geht also dahin, daß Mediaprint ihre Marktmacht auf dem Gebiet des Tageszeitungsvertriebs mißbrauche, um den Wettbewerb auf dem damit zusammenhängenden Tageszeitungsmarkt auszuschalten.

30 Offenbar gibt es in Österreich neben dem landesweiten Zustellungsnetz von Mediaprint noch eine Reihe weiterer lokaler oder regionaler Netze; hinzu kommen andere Vertriebswege, wie u. a. durch Postzustellung, Einzelhandelsgeschäfte, Kioske, Zeitungsstände, Verkaufsmaschinen. Vor diesem Hintergrund bedarf es der Feststellung, ob der relevante Markt der Markt a) des Vertriebes von Tageszeitungen im allgemeinen, b) der regionalen und landesweiten Hauszustellung von Tageszeitungen oder c) der landesweiten Hauszustellung von Tageszeitungen ist. Hierbei kommt es wesentlich darauf an, inwieweit die landesweite Hauszustellung mit regionalen oder lokalen Vertriebssystemen oder anderen Vertriebswegen austauschbar ist. Die landesweite Hauszustellung wird einen besonderen Markt darstellen, wenn der Grad ihrer Austauschbarkeit mit anderen Vertriebsformen niedrig ist. Von besonderer Bedeutung ist die Frage, inwieweit die landesweite Hauszustellung spezielle Merkmale aufweist, die die Wahl der Verbraucher und den Grad der auf die Nachfrage bezogenen Kreuzelastizität zwischen diesem System und anderen Vertriebsformen beeinflussen.

31 Dieser Frage braucht hier jedoch nicht weiter nachgegangen zu werden. Wie ich noch darlegen werde, liegt in der Weigerung von Mediaprint, Zugang zu ihrem Vertriebsnetz zu gewähren, selbst nach der engsten Definition des relevanten Marktes — landesweite Hauszustellung von Tageszeitungen — kein gegen Artikel 86 verstoßender Mißbrauch.

Beherrschende Stellung

32 Nach herkömmlicher Prüfung wäre im nächsten Schritt zu prüfen, ob Mediaprint eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt innehat. Im Urteil United Brands hat der Gerichtshof eine beherrschende Stellung definiert als wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens ..., die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten. Das Ergebnis kann daher je nach der Bestimmung des relevanten Marktes durch das nationale Gericht unterschiedlich ausfallen. Es brauchen hier jedoch nicht die verschiedenen Möglichkeiten geprüft zu werden, da es, wie sich noch zeigen wird, im vorliegenden Kontext zweckmäßig ist, die Frage der Marktbeherrschung zusammen mit derjenigen des Mißbrauchs zu prüfen.

Mißbrauch

33 Im Kern geht es bei der ersten Frage des vorlegenden Gerichts darum, ob die Weigerung eines Unternehmens in der Lage von Mediaprint, einem Wettbewerber Zugang zu seinem landesweiten Hauszustellungssystem zu gewähren, einen Mißbrauch darstellt. Bronner vertritt unter Hinweis auf die

sogenannte essential facilities-Doktrin die Auffassung, Mediaprint sei zur Gewährung dieses Zugangs verpflichtet, da dieser Voraussetzung für einen wirksamen Wettbewerb auf dem Markt der Tageszeitungen sei.

34 Nach dieser Lehre mißbraucht ein Unternehmen, das hinsichtlich der Gestellung von Einrichtungen, die für die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen auf einem anderen Markt wesentlich sind, eine beherrschende Stellung innehat, diese beherrschende Stellung, wenn es den Zugang zu diesen Einrichtungen ohne sachlichen Grund verweigert. Daher müsse sich ein marktbeherrschendes Unternehmen in bestimmten Fällen nicht nur eines wettbewerbswidrigen Verhaltens enthalten, sondern es müsse den Wettbewerb dadurch aktiv fördern, daß es potentiellen Wettbewerbern zu den von ihm entwickelten Einrichtungen Zugang gewähre.

Einschlägige Rechtsprechung und Praxis

35 Der Gerichtshof hat sich in seiner bisherigen Rechtsprechung noch nicht auf die essential facilities-Doktrin bezogen. Trotzdem hat er schon eine Reihe von Urteilen erlassen, die die Weigerung betreffen, Waren zu liefern oder Dienstleistungen zu erbringen. In zwei früheren Rechtssachen hat der Gerichtshof festgestellt, daß der Abbruch von Lieferungen an einen bisherigen Kunden einen Mißbrauch darstellen könne. Im Urteil *Commercial Solvents* hat er ausgeführt, daß es einem Unternehmen, das eine beherrschende Stellung in bezug auf die Herstellung eines Rohstoffs innehat, nicht gestattet sei, die Belieferung eines bisherigen Kunden, der aus dem Rohstoff *Derivate* herstelle, nur deshalb einzustellen, weil es beschlossen habe, das *Derivat* selbst herzustellen, und weil es seinen früheren Kunden vom Markt habe verdrängen wollen.

36 Entsprechend stellte in der Rechtssache *United Brands* ein Unternehmen (UBC), das eine beherrschende Stellung in bezug auf die Erzeugung von Bananen innehatte, die es unter der Marke *Chiquita* vermarktete, die Lieferungen an einen dänischen Reifereibetrieb und Vertriebs Händler ein, als dieser nach Unstimmigkeiten mit UBC damit begann, den Verkauf der Bananen eines Wettbewerbers zu fördern und bei der Reiferei der Bananen von UBC weniger Sorgfalt auf wandte. Der Gerichtshof hat festgestellt, daß ein Unternehmen mit beherrschender Stellung für den Vertrieb eines Erzeugnisses — mit dem Ansehen einer bekannten und von den Verbrauchern geschätzten Marke — seine Lieferungen an einen langjährigen Kunden, dessen Geschäftsgebaren den Gebräuchen des Handels entspricht, nicht einstellen darf, wenn die Bestellungen dieses Kunden in keiner Weise anomal sind.

37 In den Urteilen *Telemarketing* und *GB-Inno* hat der Gerichtshof den Grundsatz aufgestellt, daß es einen Mißbrauch im Sinne von Artikel 86 darstellt, wenn ein Unternehmen, das auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung innehat, 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. Im Urteil *Télémarketing* hat der Gerichtshof festgestellt, daß ein Rundfunksendeunternehmen seine beherrschende Stellung auf dem Markt für Rundfunksendungen dann mißbrauche, wenn es von Werbungtreibenden verlange, die Leistungen des mit ihm verbundenen *Telemarketing*-Unternehmens in Anspruch zu nehmen. Die Verknüpfung der beiden Leistungen führe letztlich zu einer Weigerung, die Leistungen des Senders gegenüber jedem anderen *Telemarketing*-Unternehmen zu erbringen, wodurch zugunsten des verbundenen Unternehmens jeder Wettbewerb auf einem benachbarten Markt ausgeschaltet werde.

38 Im Urteil *GB-Inno* hat der Gerichtshof unter Hinweis auf das Urteil *Télémarketing* ausgeführt, daß ein Unternehmen, das auf dem Markt der Errichtung und des Betriebes eines Telekommunikationsnetzes ein Monopol besitze, gegen Artikel 86 verstoße, wenn es sich ohne objektives Bedürfnis den benachbarten, aber getrennten Markt der Einfuhr, des Vertriebes, des Anschlusses, der Inbetriebsetzung und der Wartung von Geräten, die zum Anschluß an dieses Netz bestimmt seien, vorbehalte und auf diese Weise

jeden Wettbewerb durch andere Unternehmen ausschalte.

39 In zwei weiteren Rechtssachen hat der Gerichtshof schließlich geprüft, ob die Lieferverweigerung in einem Fall einen Mißbrauch darstellt, in dem keine weiteren Faktoren, wie der Abbruch von Lieferungen an einen bisherigen Kunden oder die Verknüpfung mit Lieferungen, die in keinem Zusammenhang miteinander stehen, vorliegen. Im Urteil Volvo/Veng hat der Gerichtshof festgestellt, daß es keinen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung darstelle, wenn ein Kraftfahrzeughersteller, der eingetragene Geschmacksmusterrechte für die Karosserieersatzteile seiner Kraftfahrzeuge besitze, es ablehne, Dritten Lizenzen für die Lieferung der für die Reparatur der Fahrzeuge notwendigen Ersatzteile zu erteilen. Der Gerichtshof hat ausgeführt: Ferner ist festzustellen, daß die Befugnis des Inhabers eines geschützten Musters, Dritte an der Herstellung und dem Verkauf oder der Einfuhr der das Muster verkörpernden Erzeugnisse ohne seine Zustimmung zu hindern, gerade die Substanz seines ausschließlichen Rechts darstellt. Daraus folgt, daß eine dem Inhaber des geschützten Musters auferlegte Verpflichtung, Dritten eine Lizenz für die Lieferung von Erzeugnissen, die das Muster verkörpern, zu erteilen, diesem Inhaber selbst dann, wenn dies gegen angemessene Vergütung erfolgen würde, die Substanz seines ausschließlichen Rechts nehmen würde und daß die Weigerung, eine solche Lizenz zu erteilen, als solche keinen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen kann.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, daß die Ausübung des ausschließlichen Rechts durch den Inhaber eines Musters für Kraftfahrzeugkarosserieteile gemäß Artikel 86 verboten sein kann, wenn sie bei einem Unternehmen, das eine beherrschende Stellung einnimmt, zu bestimmten mißbräuchlichen Verhaltensweisen führt, etwa 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, sofern diese Verhaltensweisen geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

40 In dem neueren Urteil Magill hat der Gerichtshof indessen die Feststellung des Gerichts erster Instanz bestätigt, daß Fernsehsendeunternehmen ihre beherrschende Stellung mißbrauchten, wenn sie die von Dritten geplante Veröffentlichung von wöchentlichen Fernsehprogrammführern, die in Konkurrenz zu den von jedem Sendeunternehmen jeweils nur für die eigenen Programme veröffentlichten Programmführern getreten wären, unter Berufung auf ihre nationalen Urheberrechte an ihrer Programmplanung verhinderten. Der Gerichtshof hat dazu ausgeführt:

Auf diese Weise ließen die Rechtsmittelführerinnen — die zwangsläufig die einzige Quelle für die Grundinformationen über die Programmplanung waren, die das unentbehrliche Ausgangsmaterial für die Herstellung eines wöchentlichen Fernsehprogrammführers bildeten — den Fernsehzuschauern, die sich über die Programmangebote für die kommende Woche informieren wollten, keine andere Möglichkeit, als sich die wöchentlichen Programmführer für jeden Sender zu kaufen und daraus selbst die Angaben zu entnehmen, die sie benötigten, um Vergleiche anzustellen.

Die auf nationale urheberrechtliche Vorschriften gestützte Weigerung der Rechtsmittelführerinnen, die Grundinformationen zur Verfügung zu stellen, hat somit das Auftreten eines neuen Erzeugnisses, nämlich eines umfassenden wöchentlichen Fernsehprogrammführers, den sie selbst nicht anboten und nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher bestand, verhindert, was einen Mißbrauch gemäß Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe b des Vertrages darstellt.

41 Das Gericht erster Instanz hat sich mit dem Urteil Magill im Urteil Tiercé Landbroke auseinandergesetzt. Dieser Rechtssache liegt die Beschwerde der Klägerin gegen die Weigerung der Unternehmen, die die Rechte an Fernsehaufzeichnungen und gesprochenen Kommentaren über Pferderennen in Frankreich besaßen, und des Unternehmens, das die ausschließlichen Rechte an der Vermarktung dieser Fernsehaufzeichnungen in Deutschland und Österreich besaß, zugrunde, der Klägerin das Recht zu gewähren, die Aufzeichnungen und gesprochenen Kommentare in ihren

Wettbüros in Belgien zu übertragen; die Kommission hatte diese Beschwerde zurückgewiesen. Das Gericht erster Instanz, das die Entscheidung der Kommission aufrechterhalten hat, hat zunächst festgestellt, daß die Kommission zutreffend als Produktmarkt den Markt der Übertragung der Ton- und Bildinformationen über Pferderennen im allgemeinen und den geographischen Markt als den belgischen Markt erkannt habe. Sodann hat das Gericht erster Instanz zur Frage des Mißbrauchs festgestellt, daß die Unternehmen für das belgische Gebiet bisher noch keine Lizenzen erteilt hätten; ihre Weigerung, der Klägerin eine Lizenz zu erteilen, führe daher nicht zu einer Ungleichbehandlung zwischen Wirtschaftsteilnehmern auf dem belgischen Markt. Da außerdem der geographische Markt in unterschiedliche Märkte aufgeteilt sei, führe die Weigerung nicht zu einer Abschottung der Märkte.

42 Das Gericht erster Instanz hat letztlich entschieden, daß die Verweigerung der Lizenzerteilung in Ermangelung dieser Faktoren keinen Mißbrauch im Sinne des Urteils Magill darstelle. In der Rechtssache Magill sei die Klägerin durch die Lizenzverweigerung am Zugang zum Markt der umfassenden Fernsehprogrammführer gehindert worden; in diesem Fall sei dagegen die Klägerin nicht nur auf dem wichtigsten Wettmarkt, auf dem das fragliche Produkt, nämlich Ton- und Bildaufzeichnungen, den Verbrauchern angeboten wurde, präsent gewesen, sondern sie habe hieran sogar den größten Anteil gehabt, während die Inhaber der Rechte auf diesem Markt nicht vertreten gewesen seien. Selbst wenn man jedoch davon ausgehe, daß es auf die Präsenz der Rechtsinhaber auf dem belgischen Markt nicht entscheidend ankomme, wäre Artikel 86 doch nicht anwendbar: Die streitige Weigerung könnte ... nur dann unter das Verbot des Artikels 86 fallen, 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 ...

43 Aus den obigen Entscheidungen ergibt sich eindeutig, daß ein Unternehmen in beherrschender Stellung dann einen Mißbrauch begeht, wenn es ohne Rechtfertigung die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen an einen bisherigen Kunden einstellt oder den Wettbewerb auf einem verbundenen Markt durch Verknüpfung voneinander unabhängiger Waren und Dienstleistungen ausschaltet. Offenbar kann jedoch ein Mißbrauch bei der Verweigerung einer Lizenzerteilung auch schon dann vorliegen, wenn hierdurch verhindert wird, daß ein neues Erzeugnis auf einem benachbarten Markt zu dem dort vermarkteten eigenen Erzeugnis des beherrschenden Unternehmens in Konkurrenz tritt.

44 In einer ganzen Reihe von Einzelfällen hat die Europäische Kommission Lieferverweigerungen an Artikel 85 und 86 gemessen. Hierbei ging es zum Beispiel um die Verknüpfung von Computerverkäufen mit Verkäufen von Hauptspeichern und grundlegender Software durch IBM sowie die Weigerung, bestimmte Software zu liefern, die in Computern einer anderen Marke als IBM verwendet werden sollte, weiter um die Weigerung, Sofortbildfilme zu liefern, weil nicht zugesichert wurde, an wen die Filme weiterverkauft werden sollten, die Weigerung, gewerblichen Zucker an einen Erzeuger von raffiniertem Zucker zu liefern, die darin bestand, daß die Preisdifferenz zwischen Einzelhandels- und gewerblichem Zucker so weit gemindert wurde, daß die Spanne für einen unabhängigen Erzeuger von Einzelhandelszucker unzureichend war, Weigerung einer Fluggesellschaft, einer Konkurrenzfluggesellschaft Zugang zu einem computergestützten Reservierungssystem zu gewähren, um auf diese Druck dahin gehend auszuüben, die Flugpreise anzuheben oder eine bestimmte Flugstrecke aufzugeben, Verweigerung der Teilnahme am Interlining — d. h. der Ausgabe von Flugtickets für eine andere Fluggesellschaft — zu einem Zeitpunkt, zu dem ein Luftfahrtunternehmen den Wettbewerb auf einer bestimmten Strecke aufnahm, Bestimmungen in Vertriebsvereinbarungen, durch die Supermärkte daran gehindert wurden, Gewürze der Marken anderer Hersteller zu führen, und Beschränkung des Zugangs zu unterirdischen Rohrleitungen zum Auftanken von Flugzeugen auf einem Flughafen. Außerdem hat die Kommission die Erteilung einer Gruppenfreistellung davon abhängig gemacht, daß zu bestimmten Einrichtungen, wie einem computergestützten System für Flugbuchungen

und Lande- und Startzeitnischen auf Flughäfen ein von Diskriminierungen freier Zugang gewährt wird.

45 Manche Kommentatoren haben das Urteil *Télémarketing* und insbesondere das Urteil *Magill* als Bestätigung der — von der Kommission zunehmend in ihren Entscheidungen angewandten — *essential facilities*-Doktrin durch den Gerichtshof angesehen. Da diese Lehre auf das US-amerikanische Antitrust-Recht zurückgeht, erscheint es zweckmäßig, eine kurze Übersicht über das einschlägige amerikanische Recht zu geben.

46 Nach dem Recht der Vereinigten Staaten wird die Kontrahierungsfreiheit als grundlegender Aspekt der Freiheit des Handels angesehen. Das in Sektion 2 des Sherman Act 1890 niedergelegte Antitrust-Recht zielt im wesentlichen darauf ab, den Wettbewerb durch das Verbot zu schützen, Marktmacht aufgrund eines Monopols zu erlangen oder zu behalten, und nicht dadurch, daß das Verhalten von Gesellschaften in beherrschender Stellung reglementiert wird. Gleichwohl haben die amerikanischen Gerichte einen Kontrahierungszwang dann bejaht, wenn die *essential facilities*-Doktrin Anwendung findet, wenn eine Gesellschaft die durch ihre Monopolstellung verliehene Macht auf einem Markt einsetzt, um auf einem anderen Markt mit wettbewerbswidrigen Mitteln (*leveraging*) eine beherrschende Stellung zu erlangen, oder wenn die Verweigerung eines Geschäfts bezweckt, den Wettbewerb auszuschalten und ein Monopol zu schaffen. Die Verweigerung eines Geschäftsabschlusses durch ein Unternehmen in Monopolstellung ist zulässig, wenn damit nur beabsichtigt wird, die Kunden des Unternehmens auszuwählen oder die Leistungsfähigkeit zu verbessern. Sie ist unzulässig, wenn sie zu einer Beschränkung des Wettbewerbs und zu höheren Preisen führt oder aufgrund der Verweigerung die Qualität der Dienstleistungen oder Waren im Verhältnis zum Verbraucherpreis in sonstiger Weise gemindert werden.

47 Die *essential facilities*-Doktrin nach amerikanischem Recht hat fünf Voraussetzungen entwickelt, bei deren Erfüllung eine Gesellschaft mit Monopolmacht zum Abschluß mit einem Wettbewerber verpflichtet ist. Zunächst muß eine wesentliche Einrichtung durch ein Unternehmen in Monopolstellung kontrolliert werden. Eine Einrichtung wird dann als wesentlich angesehen, wenn der Zugang zu ihr unverzichtbar ist, um auf dem betreffenden Markt den Wettbewerb mit dem die Einrichtung kontrollierenden Unternehmen aufzunehmen. So wurde die Voraussetzung der wesentlichen Einrichtung bejaht bei Eisenbahnbrücken in der Stadt St. Louis, einem lokalen Telekommunikationsnetz, einem lokalen Elektrizitätsnetz. Zweitens muß es einem Wettbewerber praktisch unmöglich oder unzumutbar sein, eine gleichartige wesentliche Einrichtung zu schaffen. Während es einerseits nicht genügt, daß dies schwierig oder aufwendig wäre, wird andererseits keine absolute Unmöglichkeit verlangt. Drittens muß einem Wettbewerber der Gebrauch der Einrichtung verwehrt werden. Unter diese Voraussetzung würde auch die Weigerung fallen, eine angemessene Vereinbarung zu treffen. Viertens muß die Einrichtung zur Verfügung gestellt werden können. Fünftens darf es keinen geschäftlichen Rechtfertigungsgrund für die Ablehnung des Zugangs zur Einrichtung geben. Eine Gesellschaft in beherrschender Stellung, die eine wesentliche Einrichtung kontrolliert, kann zur Verweigerung eines Vertragsschlusses berechnete technische oder geschäftliche Gründe anführen. Gegebenenfalls kann ein Kontrahieren auch aus Wirtschaftlichkeitsgründen verweigert werden.

48 Die Kommission hat sich erstmals im Rahmen zweier einstweiliger Maßnahmen betreffend den Hafen von Holyhead — *? & I Line plc/Sealink Harbours Ltd* und *Sealink Stena Ltd* sowie *Sea Containers/Stena Sealink* — ausdrücklich auf die *essential facilities*-Doktrin berufen. Im zweiten dieser Fälle gelangte sie zu dem Ergebnis, daß *Sealink* als Hafenbetreiberin ihre beherrschende Stellung auf dem Markt der Hafendienste dadurch mißbräuchlich ausgenutzt habe, daß sie es abgelehnt habe, einem potentiellen Wettbewerber auf dem Markt der Fährdienste den Zugang zum Hafen von Holyhead unter angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen zu gewähren. Unter Wiederholung und Ergänzung ihrer Ausführungen in der ersten Entscheidung stellte die Kommission in der zweiten Entscheidung fest: Ein Unternehmen, das für die Gestellung einer wesentlichen Einrichtung (d. h. einer Einrichtung oder Infrastruktur, ohne deren Nutzung ein Wettbewerber seinen Kunden keine Dienste

anbieten kann) 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, verstößt gegen Artikel 86, sofern die übrigen Voraussetzungen dieses Artikels erfüllt sind... Ein Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung darf auf einem verbundenen Markt nicht zugunsten der eigenen Tätigkeiten diskriminierende Handlungen vornehmen. Der Eigentümer einer wesentlichen Einrichtung, der seine Macht auf dem Markt dazu nutzt, seine Stellung auf einem anderen, zu diesem in Bezug stehenden Markt zu stärken, indem er insbesondere einem Wettbewerber den Zugang verweigert oder den Zugang unter weniger günstigen Bedingungen als für die eigenen Dienste gewährt und damit seinem Wettbewerber einen Wettbewerbsnachteil aufzwingt, verstößt gegen Artikel 86.

49 Die Kommission legte diesen Rechtsausführungen die Entscheidungen des Gerichtshofes in den Rechtssachen Commercial Solvents, Telemarketing, GB-Inno und ERT sowie das Urteil des Gerichts erster Instanz in der Rechtssache Magill zugrunde. Anschließend fügte sie hinzu: Dieser Grundsatz findet Anwendung, wenn der Wettbewerber, der Zugang zu den wesentlichen Einrichtungen begehrt, in den relevanten Markt neu eintritt.

50 Danach steht fest, daß es nach Ansicht der Kommission allein schon einen Mißbrauch darstellen kann, wenn einem Wettbewerber der Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung verwehrt wird, auch 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 (auch wenn zu beachten ist, daß in vielen der Fälle, mit denen die Kommission befaßt war, derartige zusätzliche Umstände in mehr oder weniger hohem Maße vorlagen). Bei einer wesentlichen Einrichtung kann es sich handeln um ein Erzeugnis, wie etwa einen Rohstoff, oder eine Dienstleistung einschließlich der Gewährung des Zugangs zu einem Ort, wie etwa einem Hafen oder Flughafen, oder zu einem Verteilungssystem, wie einem Telekommunikationsnetz. In vielen Fällen ist die Beziehung vertikal in dem Sinne, daß das marktbeherrschende Unternehmen das Erzeugnis oder die Dienstleistung auf Kosten von Wettbewerbern auf einem Nachmarkt seinem eigenen nachgelagerten Betrieb vorbehält oder diesen Betrieb gegenüber diesen Wettbewerbern in ungerechtfertigter Weise besser behandelt. Die Beziehung kann jedoch auch horizontal in dem Sinne sein, daß der Verkauf oder die Erbringung von zwar verwandten, jedoch verschiedenen Erzeugnissen bzw. Dienstleistungen miteinander verknüpft wird.

51 Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Einrichtung wesentlich ist, bemüht sich die Kommission, das Ausmaß der Benachteiligung abzuschätzen und zu prüfen, ob die Benachteiligung dauerhaft oder nur vorübergehend ist. Die vorzunehmende Prüfung ist von einem Kommentator so beschrieben worden, daß hierbei zu untersuchen sei, ob die Benachteiligung, die sich aus der Verweigerung des Zugangs ergebe, so geartet sei, daß vernünftigerweise davon ausgegangen werden könne, daß hierdurch die Tätigkeit der Wettbewerber auf dem betreffenden Markt entweder unmöglich oder auf Dauer, unvermeidlich und in hohem Grade unrentabel geworden sei. Die vorzunehmende Prüfung muß objektiv sein und die Wettbewerber allgemein betreffen. Daher kann ein einzelner Wettbewerber nicht geltend machen, daß er sich in einer besonders schwierigen Lage befinde.

52 Somit spielt der Begriff der essential facilities in der Praxis der Kommission in Lieferverweigerungsfällen eine wichtige Rolle.

53 In den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten wird die Kontrahierungsfreiheit im allgemeinen als ein wesentliches Element des freien Handels angesehen. Trotzdem sehen die Wettbewerbsregeln einiger Mitgliedstaaten ausdrücklich vor, daß eine ungerechtfertigte Weigerung, eine verbindliche vertragliche Vereinbarung zu treffen, den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen kann. Dies ist der Fall in Spanien, Finnland, Frankreich, Griechenland und Portugal. Was speziell wesentliche Einrichtungen angeht, so ist es in manchen Mitgliedstaaten Unternehmen, die solche Einrichtungen kontrollieren,

aufgrund besonderer Rechtsvorschriften untersagt, einen Vertragsschluß hinsichtlich der Gestellung dieser Einrichtungen ohne Rechtfertigung abzulehnen. Dies gilt in Finnland für das Telefonnetz, das Stromleitungsnetz und die Postdienstleistungen sowie in Österreich für das Eisenbahnnetz, die Energieerzeugung und -Verteilung sowie die Straßenbahn- und Busdienste. In anderen Mitgliedstaaten hat eine Entwicklung hin zum Begriff der wesentlichen Einrichtungen eingesetzt, die auf allgemeineren Grundsätzen beruht, nach denen Unternehmen, die wesentliche Einrichtungen kontrollieren, den Zugang zu diesen nicht ohne Rechtfertigung verweigern dürfen. In Dänemark war dieser Begriff vor dem Inkrafttreten eines neuen Gesetzes auf den Hafen von Helsingør und das Stromleitungsnetz von Seeland angewandt worden. In Frankreich wurde dieser Begriff auf einen Hubschrauberlandeplatz angewandt. In einer spanischen Rechtssache, in der es um den Zugang zu Tabaklieferungen ging, wurde eingehend auf die essential facilities-Doktrin eingegangen, wie sie in der Entscheidung der Kommission im Verfahren Sea Containers/Stena Sealink entwickelt worden war.

Beurteilung der Fragen

54 Vor diesem Hintergrund wende ich mich nunmehr dem mit der ersten Frage des vorlegenden Gerichts aufgeworfenen Problem zu. Dabei ist zu beachten, daß zwar eine der Rügen von Bronner dahin geht, Mediaprint habe sie dadurch, daß sie ihr den Zugang zum eigenen Hauszustellungsnetz verwehrt habe, gegenüber einem anderen Verleger diskriminiert, daß jedoch das vorlegende Gericht zu diesem Punkt keine Frage gestellt hat. Mit der ersten Frage des nationalen Gerichts soll vielmehr geklärt werden, ob ein Unternehmen in der Lage von Mediaprint einen Mißbrauch begeht, wenn es einem anderen Zeitungsverleger den Zugang zu einem Vertriebssystem, das es für sein eigenes Tageszeitungsgeschäft entwickelt hat, verwehrt, ohne daß weitere Faktoren, wie der Abbruch von Lieferungen, die Verknüpfung von Verkäufen oder eine Ungleichbehandlung voneinander unabhängiger Kunden, vorliegen.

55 Die vorstehende Erörterung macht deutlich, daß mit dieser Frage ein allgemeines Problem aufgeworfen wird, das sich in einer Vielzahl verschiedener Zusammenhänge stellen kann. Zwar wäre es aufgrund des Sachverhalts der vorliegenden Rechtssache nicht zweckdienlich, den Versuch zu unternehmen, erschöpfende Leitlinien zur Lösung dieses Problems zu geben, doch sollte eine Reihe von Punkten geklärt werden, bevor ich mich konkret dem vorliegenden Fall zuwende.

56 Zunächst entspricht das Recht, den Handelspartner auszuwählen und über das Eigentum frei zu verfügen, offenbar allgemein anerkannten Grundsätzen der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in manchen Fällen mit verfassungsrechtlichem Status. Eingriffe in diese Rechte sind sorgfältig zu begründen.

57 Zweitens bedarf es zur wettbewerbsspolitischen Rechtfertigung eines Eingriffs in die Kontrahierungsfreiheit eines marktbeherrschenden Unternehmens oft eines bedachtsamen Abwägens widerstreitender Argumente. Im allgemeinen fördert es langfristig den Wettbewerb und liegt im Interesse der Verbraucher, wenn einem Unternehmen erlaubt wird, Einrichtungen, die es für seine eigene Geschäftstätigkeit entwickelt hat, nur selbst zu verwenden. Wenn z. B. der Zugang zu einer Herstellungs-, Einkaufs- oder Vertriebs Einrichtung zu leicht gemacht würde, gäbe es für einen Wettbewerber keinen Anreiz, Konkurrenzeinrichtungen zu entwickeln. Der Wettbewerb würde somit zwar kurzfristig zunehmen, langfristig jedoch abnehmen. Überdies würde für ein marktbeherrschendes Unternehmen der Anreiz, Investitionen in leistungsfähige Einrichtungen zu tätigen, gemindert werden, wenn seine Wettbewerber auf ihr Ersuchen hin in die Lage versetzt würden, an den Gewinnen teilzuhaben. Deshalb kann der bloße Umstand, daß ein marktbeherrschendes Unternehmen dadurch, daß es sich die Benutzung einer Einrichtung vorbehält, einen Vorteil gegenüber einem Wettbewerber behält, die Forderungen nach Zugang zu dieser Einrichtung nicht rechtfertigen.

58 Drittens darf bei der Beurteilung dieser Frage nicht übersehen werden, daß es der Hauptzweck von Artikel 86 ist, Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern — und insbesondere die Interessen der Verbraucher zu wahren —, und nicht, die Situation einzelner Wettbewerber zu schützen. So genügt es in

einem Fall, in dem ein Wettbewerber Zugang zu einem Rohstoff begehrt, um mit dem marktbeherrschenden Unternehmen auf dem Nachmarkt des Enderzeugnisses in Wettbewerb treten zu können, möglicherweise nicht, das Augenmerk nur auf die Marktmacht des beherrschenden Unternehmens auf dem vorgelagerten Markt zu richten und zu folgern, daß dessen Verhalten, das darin besteht, daß es sich den Nachmarkt vorbehält, regelmäßig einen Mißbrauch darstelle. Dieses Verhalten wird nämlich keine nachteiligen Folgen für die Verbraucher haben, sofern nicht das Enderzeugnis des beherrschenden Unternehmens so vom Wettbewerb abgekoppelt ist, daß es Marktmacht erlangen könnte.

59 Generalanwalt Warner hat in der Rechtssache Commercial Solvents, in der er zum gleichen Ergebnis wie der Gerichtshof gelangt ist, ebenfalls die Situation auf dem Nachmarkt berücksichtigt:

[I]ch glaube nicht, daß die Frage, ob der Markt für Rohstoffe für die Herstellung einer bestimmten Verbindung als maßgeblich zu berücksichtigen ist, logisch von der Frage getrennt werden kann, ob der Markt für diese Verbindung als maßgeblich anzusehen ist. Schließlich ist der Verbraucher nur am Endprodukt interessiert, und es ist der mittelbare oder unmittelbare Schaden des Verbrauchers, auf den sich Artikel 86 bezieht...

60 Bei der fraglichen Verbindung handelte es sich um das Arzneimittel Etambutol zur Behandlung von Lungentuberkulose. Auf der Grundlage des Sachverhalts führte der Generalanwalt aus, die Kommission sei zutreffend zu der Schlußfolgerung gelangt, daß der Markt für Etambutol als ein Markt für sich betrachtet werden könne, da Etambutol in Verbindung mit anderen Arzneimitteln zur Behandlung von Tuberkulose verwendet werde und diese Arzneimittel eher ergänze, als daß es mit ihnen in Wettbewerb stehe.

61 Andererseits ist klar, daß die Verweigerung des Zugangs in bestimmten Fällen sowohl kurz-als auch langfristig zur Ausschaltung oder zu einer erheblichen Abnahme des Wettbewerbs zum Nachteil der Verbraucher führen kann. Dies wird dann der Fall sein, wenn der Zugang zu einer Einrichtung Voraussetzung für den Wettbewerb auf einem verbundenen Markt für Waren oder Dienstleistungen ist, die nur bedingt austauschbar sind.

62 Bei der Beurteilung dieser widerstreitenden Interessen ist dann besondere Sorgfalt geboten, wenn die Waren oder Dienstleistungen oder die Einrichtungen, zu denen Zugang begehrt wird, das Ergebnis umfangreicher Investitionen sind. Dies wird insbesondere auf Fälle zutreffen, in denen die Erteilung einer Lizenz zur Nutzung von Rechten an geistigem Eigentum abgelehnt wird. Werden derartige ausschließliche Rechte auf bestimmte Zeit gewährt, so bedarf es schon hier einer Abwägung zwischen dem Interesse an einem freien Wettbewerb und dem Interesse daran, einen Anreiz zur Forschung, Entwicklung und schöpferischen Tätigkeit zu schaffen. Daher hat der Gerichtshof zu Recht die Auffassung vertreten, daß die Weigerung, eine Lizenz zu erteilen, nicht schon als solche — in Ermangelung weiterer Umstände — einen Mißbrauch darstelle.

63 Die Entscheidung im Urteil Magill läßt sich meines Erachtens durch die besonderen Umstände in dieser Rechtssache erklären, deren Abwägung eine Verpflichtung zur Lizenzerteilung ergeben hat. Erstens waren die verfügbaren Erzeugnisse, nämlich individuelle Wochenprogrammführer für jeden einzelnen Sender, inadäquat, insbesondere im Vergleich zu den Programmführern, die den Fernsehzuschauern in anderen Ländern zur Verfügung standen. Daher verhinderte die Ausübung des Urheberrechts das Erscheinen eines neuen Erzeugnisses auf dem Markt, an dem ein großer Bedarf bestand. Zweitens war die Gewährung urheberrechtlichen Schutzes für die Programmvorschauen kaum als Vergütung einer schöpferischen Tätigkeit oder als Schaffung eines Anreizes zu rechtfertigen. Drittens wurde, da die Nutzungsdauer von Programmführern verhältnismäßig kurz ist, durch die Ausübung des Urheberrechts auf Dauer ein Hindernis für das Erscheinen des neuen Erzeugnisses auf dem Markt errichtet. Nebenbei bemerkt setzen die nationalen Rechtsvorschriften über geistiges Eigentum unter bestimmten Umständen selbst Grenzen, und zwar durch Bestimmungen über Zwangslizenzen.

64 Während die Ausübung von Rechten an geistigem Eigentum den Wettbewerb nur für bestimmte Zeit beschränken wird, kann das Monopol eines marktbeherrschenden Unternehmens für ein Erzeugnis, eine Dienstleistung oder eine Einrichtung in bestimmten Fällen zu einem ständigen Ausschluß des Wettbewerbs auf einem verbundenen Markt führen. In diesen Fällen kann ein Wettbewerb nur dann erreicht werden, wenn das beherrschende Unternehmen verpflichtet wird, das Erzeugnis zu liefern oder die Dienstleistung zu erbringen oder den Zugang zu der Einrichtung zu gewähren. Wenn das Unternehmen hierzu verpflichtet wird, muß es meiner Ansicht nach jedoch einen vollen Ausgleich in der Weise erhalten, daß ihm zugestanden wird, entsprechend der Höhe des eingegangenen Risikos einen angemessenen Teil seiner Investitionskosten auf die Lieferungen umzulegen und mit seiner Investition einen angemessenen Ertrag zu erzielen. Ich lasse die Frage offen, ob es in einigen Fällen angemessen sein könnte, dem Unternehmen zu erlauben, sein Monopol für einen bestimmten Zeitraum beizubehalten.

65 Meines Erachtens läßt sich ein solches Vorgehen unabhängig davon, ob es als Anwendung der essential facilities-Doktrin oder — traditioneller — als Antwort auf eine Weigerung, Waren zu liefern oder Dienstleistungen zu erbringen, verstanden wird, wettbewerbspolitisch nur in Fällen rechtfertigen, in denen das marktbeherrschende Unternehmen den verbundenen Markt fest in seinem Griff hält. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn die Schaffung einer gleichartigen Einrichtung aufgrund physikalischer, geographischer oder rechtlicher Zwänge unmöglich, äußerst schwierig oder aus Gründen des Gemeinwohls höchst unerwünscht ist. Es genügt nicht, daß die vom Unternehmen über eine Einrichtung ausgeübte Kontrolle ihm einen Wettbewerbsvorteil verschafft.

66 Ich schließe nicht aus, daß die Kosten für die Schaffung einer gleichartigen Einrichtung allein schon eine unüberwindbare Hürde für den Marktzutritt darstellen können. Dies könnte insbesondere für die Fälle gelten, in denen die Einrichtung unter wettbewerbsfreien Voraussetzungen, z. B. teilweise mittels öffentlicher Finanzierung, geschaffen wurde. Meines Erachtens muß jedoch ein objektiver Maßstab angelegt werden oder anders gesagt: Die Zugangsverweigerung stellt nur dann einen Mißbrauch dar, wenn es nicht nur für das den Zugang verlangende Unternehmen, sondern auch für jedes andere Unternehmen äußerst schwierig ist, den Wettbewerb aufzunehmen. Wenn also die Kosten der Schaffung einer gleichartigen Einrichtung das einzige Hindernis für den Marktzutritt darstellen, muß dieses so geartet sein, daß es jedes umsichtige Unternehmen davon abhält, auf dem Markt tätig zu werden. In dieser Hinsicht erscheint es mir notwendig, alle Umstände einschließlich der Frage zu berücksichtigen, inwieweit das beherrschende Unternehmen unter Berücksichtigung der Amortisierungsrate für seine Investition und des Erhaltungsaufwands die Investitions- oder die Instandhaltungskosten an die Preise auf dem verbundenen Markt weitergeben muß (wobei zu beachten ist, daß dem Wettbewerber, der nach Schaffung einer gleichartigen Einrichtung den Wettbewerb auf dem verbundenen Markt aufnimmt, hohe anfängliche Amortisierungskosten, jedoch wahrscheinlich niedrige Unterhaltungskosten entstehen werden).

67 Für mich steht fest, daß in der vorliegenden Rechtssache Mediaprint nicht verpflichtet sein kann, Bronner den Zugang zu ihrem landesweiten Hauszustellungsnetz zu gewähren. Auch wenn Bronner selbst außerstande sein mag, ein gleichartiges Netz wie das von Mediaprint aufzubauen, stehen ihr doch zahlreiche — wenn auch weniger günstige — andere Vertriebswege zu Gebote. Dieses Ergebnis wird durch die Ausführungen im Standard selbst erhärtet, wonach dieser spekuläre Zuwachsraten sowohl bei Abonnementbestellungen (plus 15 Prozent) als auch bei den Anzeigenbuchungen (plus 30 Prozent zum Vorjahr) [erlebt]. Diese Aussage läßt sich kaum mit der Auffassung vereinbaren, daß für diese Tageszeitung das Hauszustellungssystem von Mediaprint von wesentlicher Bedeutung sei, um im Wettbewerb auf dem Tageszeitungsmarkt bestehen zu können.

68 Außerdem müßte nachgewiesen werden, daß der zur Schaffung eines landesweiten Hauszustellungssystems erforderliche Investitionsaufwand so hoch wäre, daß er einen wagemutigen Unternehmer, der davon überzeugt ist, daß für eine weitere Tageszeitung mit weiter Verbreitung ein Markt besteht, davon abhalten würde, auf dem Markt aktiv zu werden. Es mag tatsächlich, wie Bronner

meint, unrentabel sein, ein landesweites System für eine Tageszeitung mit geringer Auflagenhöhe aufzubauen. Daher sind möglicherweise kurzfristig Verluste vorauszusehen, die einen bestimmten Investitionsaufwand erfordern. Der Zweck der Errichtung eines wettbewerbsfähigen landesweiten Netzes würde jedoch darin bestehen, es Bronner zu ermöglichen, den Wettbewerb mit den Tageszeitungen von Mediaprint gleichberechtigt aufzunehmen und die Flächendeckung und die Auflage erheblich zu erhöhen.

69 Würde man dem Vorbringen von Bronner zustimmen, so würde dies dazu führen, daß die Gemeinschafts- und die nationalen Behörden und Gerichte die Gemeinschaftsmärkte umfassend regeln müßten, was in weiten Bereichen der Wirtschaft eine Festsetzung der Lieferpreise und eine Festlegung der Lieferbedingungen mit sich brächte. Ein solches Vorgehen wäre nicht nur undurchführbar, sondern langfristig auch dem Wettbewerb abträglich und wohl kaum mit einer freien Marktwirtschaft vereinbar.

70 Meiner Ansicht nach entspricht daher die vorliegende Rechtssache keineswegs der Fallgestaltung, in der es angemessen sein kann, ein marktbeherrschendes Unternehmen zu verpflichten, zu einer Einrichtung Zugang zu gewähren, die es für seinen eigenen Gebrauch entwickelt hat.

Frage 2

71 Mit der zweiten Frage des nationalen Gerichts soll geklärt werden, ob ein Unternehmen in der Lage von Mediaprint seine beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzt, wenn es den Zugang zu seinem Hauszustellungsdienst an die Gewährung anderer Leistungen, wie den Vertrieb durch Verkaufsstellen und den Druck, knüpft.

72 Die zweite Frage wird nicht ausdrücklich auf den Fall beschränkt, daß die erste Frage bejaht wird. Meines Erachtens stellt sie sich jedoch nur für diesen Fall.

73 Zwar könnte sich Frage 2 grundsätzlich auch bei einer Verneinung von Frage 1 stellen. Auch wenn die Weigerung eines marktbeherrschenden Unternehmens, den Zugang zu seinem Vertriebsnetz zu gewähren, als solche keinen Mißbrauch darstellt, könnte nämlich ein Mißbrauch zu bejahen sein, wenn das Unternehmen diesen Zugang ohne Rechtfertigung an die Erbringung anderer Leistungen knüpft und folglich seine Marktmacht auf einen verbundenen Markt auszudehnen trachtet. Diese Frage wäre jedoch unter den Umständen des vorliegenden Falles rein hypothetischer Natur. Mediaprint hat Bronner den Zugang zu ihrem Zustellungssystem unter allen Umständen verwehrt. Es ging ihr bei ihren Geschäftsbeziehungen zu Bronner nicht darum, den Zugang an die Erbringung anderer Leistungen zu knüpfen.

74 Die zweite Frage zielt daher vielmehr darauf ab, ob Mediaprint, wenn die Verweigerung des Zugangs zum landesweiten Hauszustellungsnetz tatsächlich einen Mißbrauch darstellt, die Gewährung dieses Zugangs an Bronner davon abhängig machen kann, daß Bronner bestimmte andere Leistungen gegen Entgelt in Anspruch nimmt. Das könnte etwa dann der Fall sein, wenn sich nachweisen ließe, daß es wegen der bei Tageszeitungen bestehenden engen Fristen nicht praktikabel wäre, den Druck und den Vertrieb durch verschiedene Unternehmen besorgen zu lassen. Das nationale Gericht möchte mit anderen Worten wissen, welche Bedingungen es bei Bejahung der ersten Frage im Rahmen seiner Entscheidung an den Zugang knüpfen sollte.

75 Da die erste Frage meiner Ansicht nach zu verneinen ist, stellt sich die zweite Frage nicht.

Ergebnis

76 Demgemäß sollten die Fragen des Oberlandesgerichts Wien meines Erachtens wie folgt beantwortet werden:

Es stellt keine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 86 EG-Vertrag dar, wenn sich ein Unternehmen, das in einem Mitgliedstaat einen ganz erheblichen Anteil am Tageszeitungsmarkt hat und das einzige landesweite Hauszustellungsvertriebssystem für Abonnenten betreibt, weigert, dem Verleger einer Konkurrenzzeitung Zugang zu diesem

Hauszustellungsvertriebssystem zu gewähren.

Zitiervorschlag: Europäischer Gerichtshof, Schlussanträge des Generalanwalts vom 28.05.1998 – C-7/97, ECLI:EU:C:1998:264

Quelle: curia.europa.eu, abgerufen 27.07.2026

Nicht-amtliche Fassung — maßgeblich ist die Fassung in der Originalsprache (CURIA: <https://curia.europa.eu>)

Provided by nu:legal (<https://recht.nulegal.eu>), the leading open legal database: AI-first, expanding daily, German and European law and case law in full text, free, with an open API for AI agents. Text and data mining expressly permitted.

Herausgeber: Nulegal GmbH, Potsdam.

Dieses Dokument: <https://recht.nulegal.eu/rechtsprechung/eugh/1998-05-28/c-7-97>