

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| Abkürzungsverzeichnis | 17 |
| Literaturverzeichnis | 21 |
| Einleitung | 31 |
| Teil I: Die EFD im europäischen Kartellrecht | 35 |
| A. Entstehung der EFD im US-amerikanischen Kartellrecht | 35 |
| B. Die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung als Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 82 EGV n.F. | 37 |
| I. Einführung | 37 |
| II. Voraussetzungen der EFD im Überblick | 38 |
| III. Die Entscheidungen der Kommission | 38 |
| IV. Die marktbeherrschende Stellung des Einrichtungsinhabers | 42 |
| V. Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung | 45 |
| 1. Der Begriff des Mißbrauchs | 45 |
| 2. Typische Fallkonstellationen von Zugangsverweigerungen und Zuordnung der Fallkonstellationen zu den Mißbrauchsformen bzw. den Regelbeispielen | 47 |
| a. Ausbeutungs- oder Behinderungsmißbrauch: Unterscheidung nach der Eigenschaft des abgelehnten Unternehmens als Handelspartner und/oder Wettbewerber des Marktbeherr- schers | 47 |
| b. Marktstrukturmißbrauch | 49 |
| c. Die Regelbeispiele des Art. 82 EGV | 49 |
| 3. Kontrolle einer wesentlichen Einrichtung durch ein marktbe- herrschendes Unternehmen | 50 |
| a. Der Begriff „wesentliche Einrichtung“ | 50 |
| b. Die Wesentlichkeit der Einrichtung | 53 |
| c. Mehrere Unternehmen als Inhaber | 55 |

| | |
|--|----|
| 4. Weigerung des Marktbeherrschers, die Benutzung der Einrichtung durch Wettbewerber zu gestatten | 56 |
| a. Geschäftsverweigerungen mit Machttransfer oder Machtverteidigung („Monopoly Leveraging“) | 56 |
| b. Ausschluß jeden Wettbewerbs auf dem Sekundärmarkt | 59 |
| c. Die vertikale Integration des Marktbeherrschers | 59 |
| d. Vortätigkeit des Zugangsbewerbers auf dem abgeleiteten Markt | 62 |
| 5. Die fehlende Duplizierbarkeit der Einrichtung | 63 |
| a. Zusammenhang zur Wesentlichkeit der Einrichtung | 63 |
| b. Anforderungen an die fehlende Duplizierbarkeit | 64 |
| c. Die wirtschaftliche Zumutbarkeit einer Duplizierung und die Frage nach der Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des konkreten Bewerbers | 64 |
| d. Die Haltung des EuGH im Fall Bronner | 66 |
| aa. Sachverhalt und Verfahrensart | 66 |
| bb. Die fehlende Unentbehrlichkeit der Einrichtung | 67 |
| cc. Der Begriff der Unentbehrlichkeit im Vergleich zur EFD-Terminologie | 68 |
| dd. Die Kriterien im einzelnen | 68 |
| (1) Andere Vertriebswege und das Kriterium der Gleichwertigkeit | 68 |
| (2) Möglichkeit zur Schaffung einer eigenen Einrichtung | 69 |
| (3) Beschreibung der möglichen Hindernisse | 69 |
| (4) Rentabilität | 70 |
| (a) Inkaufnahme von Anlaufverlusten | 71 |
| (b) Leistungsfähigkeit als Zumutbarkeitsmaßstab und die Erfolgsaussicht der Investition | 71 |
| (c) Verallgemeinerungsfähigkeit der Argumentationen von EuGH und GA | 73 |
| (d) Ergebnis | 73 |
| (5) Abweichungen vom Rentabilitätsmaßstab | 75 |
| 6. Das Fehlen von Rechtfertigungsgründen | 75 |
| a. Praktikabilitätsgründe | 76 |
| b. Zumutbarkeitserwägungen | 78 |
| c. Beweislast | 82 |
| 7. Zugang als Regel oder Ausnahme?: Die Frage nach dem Auslegungsmaßstab und nach den tangierten Wettbewerbsinteressen | 83 |

| | |
|---|-----|
| a. Wohlfahrtstheoretische und wettbewerbspolitische Überlegungen | 83 |
| aa. In ehemaligen Monopolbereichen | 85 |
| bb. In anderen Sektoren | 86 |
| cc. Bei Immaterialgüterrechten (IGR) | 87 |
| b. Ordnungspolitische Argumente | 88 |
| c. Verfassungsrechtliche Argumente | 89 |
| d. Zusammenfassung | 91 |
| VI. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Art. 82 EGV | 92 |
| VII. Berechtigung der EFD neben der Fallgruppe der Geschäftsverweigerung | 94 |
| 1. Erweiterung auf der Tatbestandsseite | 95 |
| 2. Erweiterung auf der Rechtsfolgenseite | 96 |
| 3. Sonstige Argumente für eine eigenständige Berechtigung der EFD | 97 |
| VIII. Sonderfall: Zugangsgewährung zu diskriminierenden Bedingungen und Preismißbrauch | 98 |
| 1. Die Gleichbehandlungspflicht bei der Auswahl der zuzulassenden Bewerber | 100 |
| a. Zeitpunkt der Antragstellung | 102 |
| b. Geeignetheit der Bewerber und Gewähr für die Herstellung wirksamen Wettbewerbs | 102 |
| c. Maximierung des Nutzungsentgeltes zugunsten des Einrichtungsinhabers | 104 |
| d. Anzuwendende Verfahren | 104 |
| aa. Prioritätsprinzip („Windhundverfahren“) | 105 |
| bb. Ausschreibungen | 105 |
| cc. Versteigerungen | 106 |
| dd. Auswahl nach Qualitätsmerkmalen („Beauty Contest“) ... | 106 |
| ee. Zusammenfassende Würdigung | 106 |
| 2. Die Gleichbehandlungspflicht in bezug auf die Gestaltung der Nutzungsbedingungen und der Preismißbrauch durch unangemessenes Nutzungsentgelt | 107 |
| a. Reichweite der Gleichbehandlungspflicht in bezug auf die Nutzungsbedingungen | 108 |
| b. Quersubventionierung | 109 |
| c. Das sogenannte „Unbundling“ | 110 |
| d. Angemessenheit des Nutzungsentgeltes | 111 |
| e. „Beweislastumkehr“ in bezug auf die Nutzungsbedingungen | 115 |

| | |
|---|-----|
| C. Zwangszugänge zu Immaterialgüterrechten: Machtmißbrauch durch Verweigerung einer Lizenzerteilung unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Rechtsprechung | 116 |
| I. Einleitung | 116 |
| II. Die Einschränkung von national gewährten Immaterialgüterrechten durch die Beurteilung der Rechtsausübung als mißbräuchlich i.S.d. Art. 82 EGV | 117 |
| 1. Mißbrauch durch Ausübung eines Immaterialgüterrechts | 117 |
| a. Spannungsfeld zwischen der Beurteilung einer bestimmten Rechtsausübung als mißbräuchlich und der nationalen Gewährung des zugrunde liegenden Immaterialgüterrechts ... | 118 |
| b. Die besondere wettbewerbsrechtliche Lage bei Immaterialgüterrechten | 118 |
| c. Generelle Freistellung der Immaterialgüterrechts-Ausübung von der Verhaltenskontrolle des Art. 82 EGV | 119 |
| 2. Die Lehre vom Bestand und der Ausübung eines Immaterialgüterrechts | 121 |
| 3. Der Bestand des Immaterialgüterrechts | 122 |
| 4. Aufweichungen des Bestandsschutzes | 123 |
| 5. Kritik an der Lehre vom Bestand und der Ausübung | 126 |
| a. Abgrenzung des Bestandes von der Ausübung | 127 |
| b. Interesse an einem unantastbaren Bestand | 127 |
| c. Sonstige Kritik an der Lehre | 128 |
| III. Die Magill-Entscheidung des EuGH | 129 |
| 1. Sachverhalt und Entscheidungsgründe | 129 |
| 2. Stellungnahme | 134 |
| a. Bezugnahme auf die Lehre vom Bestand und der Ausübung des Immaterialgüterrechts | 134 |
| b. Zur Bestandsdefinition des EuG und zur Haltung des EuGH | 135 |
| 3. Die Lehre vom Bestand und der Ausübung nach dem Urteil Magill | 138 |
| 4. Lösung des Konflikts zwischen Wettbewerbsinteressen und Immaterialgüterrechten | 139 |
| 5. Verallgemeinerungsfähige Wettbewerbsinteressen aus der Volvo- und/oder der Magill-Entscheidung? | 140 |
| a. Volvo-Entscheidung | 140 |
| b. Vergleich der Magill-Argumente mit denen aus Volvo | 141 |
| aa. Unterschiede zwischen geistigem und materiellem Eigentum: Der erste Volvo-Beispielsfall im Vergleich | 141 |
| bb. Der dritte Volvo-Beispielsfall im Vergleich | 143 |

| | |
|--|---------|
| cc. Ergebnis | 144 |
| c. Neue verallgemeinerungsfähige Kriterien aus der Magill-Entscheidung zur Rechtfertigung des Bestandseingriffs? | 144 |
| aa. Das Vorbehalten eines abgeleiteten Marktes | 144 |
| bb. Keine sachliche Rechtfertigung | 146 |
| cc. Die Verhinderung eines neuen Produktes | 147 |
| dd. Ergebnis | 149 |
| ee. Übertragbarkeit auf andere Immaterialgüterrechte und Besonderheiten des Falles | 150 |
| 6. Die EFD als Lösungsmöglichkeit und Vergleich der außergewöhnlichen Umstände mit den EFD-Voraussetzungen | 151 |
| IV. Die Haltung des EuGH im Fall Bronner: Mißbrauchskriterien und Vergleich mit Magill | 154 |
| 1. Inhaltliche Darstellung | 154 |
| 2. Folgerungen für die EFD | 156 |
| V. Das EuG-Urteil Tiercé Ladbroke | 156 |
| D. Abschließende Stellungnahme | 157 |
| Teil II: Die EFD im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) | 159 |
| A. Bestehende Zugangsregelungen und bisherige Liberalisierungen | 159 |
| B. Die Neuregelung des § 19 Absatz IV Nr. 4 GWB | 161 |
| I. Überblick über die mit § 19 Absatz IV Nr. 4 GWB verbundenen Neuerungen | 164 |
| II. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale | 166 |
| 1. Auslegungsmaßstab | 166 |
| 2. Netze und andere Infrastruktureinrichtungen | 167 |
| a. Der Netzbegriff | 168 |
| b. Der Begriff der anderen Infrastruktureinrichtungen und das Verhältnis zum Netzbegriff | 169 |
| c. Ausnahme für gewerbliche Schutzrechte | 172 |
| 3. Marktkonfiguration | 172 |
| a. Frage nach der Vortätigkeit des Marktbeherrschers auf dem abgeleiteten Markt | 172 |
| b. Die marktbeherrschende Stellung des Inhabers der Einrichtung | 173 |
| c. Das Kriterium der Marktbeherrschung als Maßstab der Tangierung des Schutzzwecks | 175 |

| | |
|--|---------|
| d. Teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs der Vorschrift in bezug auf die Wettbewerbsrelevanz | 176 |
| e. Mehrere Unternehmen als Inhaber | 176 |
| 4. Notwendigkeit einer Mitbenutzung | 177 |
| a. Objektive Unwirtschaftlichkeit | 178 |
| b. Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des konkreten Bewerbers | 180 |
| 5. Verweigerungsgründe | 180 |
| III. Zugangsgewährung zu diskriminierenden Bedingungen und Angemessenheit des Nutzungsentgeltes | 182 |
| IV. Bestimmtheitsgrundsatz und offene Tatbestandsmerkmale | 184 |
| V. Fehlendes Bedürfnis nach der Neuregelung | 185 |
| VI. Wettbewerbliche Wirkungen und noch offener Anwendungsbereich | 187 |
| VII. Grundrechtsrelevanz | 187 |
| VIII. Verhältnis zu sektorspezifischen Sonderregelungen | 189 |
| Teil III: Der liberalisierte Schienenpersonenverkehr in Deutschland – Zugang zum Kursbuchsystem der Deutschen Bahn AG und zu Fahrplandaten anderer Eisenbahnverkehrsunternehmen: Ein Anwendungsfall der Grundsätze über den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen? | 191 |
| A. Einführung und Problembeschreibung | 191 |
| I. Die Pflicht der Deutschen Bahn AG (DB AG) zur „Zugangsgewährung“ zu ihrem Kursbuchsystem (KS) für konkurrierende Nichtbundeseigene Eisenbahnen (NE) | 192 |
| II. Die Pflicht der Deutschen Bahn AG bzw. der Nichtbundeseigenen Eisenbahnen zur Zugangsgewährung zu ihren Fahrplandaten für andere Eisenbahn-Verkehrsunternehmen oder Dritte | 192 |
| B. Der liberalisierte Schienenpersonenverkehr in Deutschland: Überblick über die Liberalisierung und die Marktverhältnisse | 193 |
| I. Zustand vor der Liberalisierung | 194 |
| II. Die Liberalisierung des Schienenverkehrs als Folge der EU-Marktpolitik | 194 |
| III. Wichtige Elemente der Eisenbahn-Neuordnung | 196 |
| IV. Schienennetze in Deutschland | 197 |
| 1. Umfang und Kostendeckung | 197 |
| 2. Trassenpreise und Wettbewerbsproblematik | 197 |

| | |
|--|-----|
| 3. Interessenkonflikt und Regulierung | 198 |
| V. Der Schienenpersonen-Nahverkehr (SPNV) | 201 |
| 1. Entwicklung im Markt für Schienenpersonen-Nahverkehr | 201 |
| 2. Wettbewerb im Schienenpersonen-Nahverkehr | 204 |
| 3. Die Marktaufteilung im Markt für Schienenpersonen-Nahverkehr | 204 |
| 4. Die Nichtbundeseigenen Eisenbahnen als Anbieter im Regional- und Nahverkehr | 205 |
| VI. Der Schienenpersonen-Fernverkehr (SPFV) | 206 |
| 1. Nationaler Schienenpersonen-Fernverkehr | 206 |
| 2. Grenzüberschreitender Schienenpersonen-Fernverkehr | 208 |
| 3. Wettbewerb im Schienenpersonen-Fernverkehr | 209 |
| 4. Ausblick auf Entwicklungen im Schienenpersonen-Fernverkehr | 210 |
| C. Zugang zum Kursbuchsystem der Deutschen Bahn AG und zu Fahrplandaten anderer Eisenbahnverkehrsunternehmen: Ein Anwendungsfall der Grundsätze über den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen? | 211 |
| I. Die Pflicht der Deutschen Bahn AG zur Zugangsgewährung für konkurrierende Nichtbundeseigene Eisenbahnen zu ihrem Kursbuch | 212 |
| 1. Einführung | 212 |
| a. Das Kursbuch als notwendiges Reisehilfsmittel | 214 |
| aa. Der "Fahrplan" als Oberbegriff | 214 |
| bb. Historische Entwicklung des "Kursbuchs" | 215 |
| b. Das Kursbuchsystem der Deutschen Bahn AG | 216 |
| c. Anteil der Nichtbundeseigenen Eisenbahnen am Kursbuchinhalt | 217 |
| aa. Die "Kursbuchstrecken" (KBS) | 217 |
| bb. Ein Viertel der DB-Kursbuchstrecken enthält Verkehre der Nichtbundeseigenen Eisenbahnen | 218 |
| d. Wettbewerbspolitisches Bedürfnis an einer Öffnung des Kursbuchsystems für alle Nichtbundeseigenen Eisenbahnen | 219 |
| 2. Prüfung der nationalen Sektorregeln | 220 |
| a. § 14 Absatz I Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) | 220 |
| aa. Infrastruktur nach dem Allgemeinen Eisenbahngesetz | 220 |
| bb. Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) .. | 221 |
| b. Ergebnis der bestehenden Sektorregel | 222 |
| 3. Prüfung der Allgemeinnorm des § 19 Absatz IV Nr. 4 GWB | 222 |
| a. Das Kursbuch als „eigenes Netz oder andere Infrastruktureinrichtung“ | 223 |

| | |
|---|-----|
| aa. Rechtsnatur der Einrichtung Kursbuchsystem | 223 |
| (1) Einführung und Vergleich des Datenbankschutzes mit dem Werkschutz des Urheberrechtsgesetzes (UrhG) | 224 |
| (2) Kursbuch als Datenbank | 225 |
| (a) Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen | 225 |
| (b) Systematische oder methodische Anordnung von Informationen | 226 |
| (c) Einzelzugänglichkeit der Daten | 226 |
| (d) Die nach Art und Umfang wesentliche Investition für die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung der Inhalte | 227 |
| (e) Ergebnis | 228 |
| (3) Verletzungshandlungen | 228 |
| (4) Übertragbarkeit der gesetzgeberischen Wertungen: Schutz als Datenbank gleich Immaterialgüterrechtsschutz? | 229 |
| (5) Urheberrechtlicher Werkschutz des Kursbuchsystems | 229 |
| (a) Schutz des Kursbuchsystems als Datenbankwerk gemäß § 4 Absatz II UrhG | 230 |
| (b) Urheberrechtliche Verletzungshandlung? | 231 |
| (c) Ergebnis | 232 |
| bb. Netzcharakter des Kursbuchsystems | 232 |
| cc. Das Kursbuchsystem als Infrastruktureinrichtung nach GWB | 232 |
| b. Marktbeherrschende Stellung des Kursbuchinhabers | 233 |
| c. Notwendigkeit einer Mitbenutzung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen | 234 |
| aa. Definition des Sekundärmarktes | 234 |
| (1) Alternative Beförderungsmittel | 235 |
| (2) Unterschiede in der Betreibergesellschaft | 236 |
| (3) Unterschiede in den einzelnen Relationen | 236 |
| bb. Die vertikale Integration des Marktbeherrschers | 237 |
| (1) Tätigkeit der Konzernmuttergesellschaft | 238 |
| (2) Wettbewerbsverhältnisse auf jeder Relation | 239 |
| cc. Die Angewiesenheit der Nichtbundeseigenen Eisenbahnen auf die Aufnahme ihrer Daten in das Kursbuchsystem | 239 |

| | |
|--|-----|
| (1) Die Nutzung des Kursbuchsystems als Voraussetzung für die Erbringung von Schienenpersonen-Beförderungsleistungen | 240 |
| (a) Die Datenverbreitung | 240 |
| (b) Effektive Darstellung aller Gesamtverbindungen | 241 |
| (c) Der Grad des Angewiesenseins | 242 |
| (2) Möglichkeit der eigenen Erstellung eines Kursbuchsystems | 242 |
| (a) Jeweils eigenes Kursbuchsystem | 242 |
| (b) Ein Kursbuchsystem aller Nichtbundeseigenen Eisenbahnen | 243 |
| d. Mögliche Rechtfertigungsgründe auf seiten der Deutschen Bahn AG | 244 |
| e. Ergebnis | 244 |
| 4. Anpassung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes oder ergänzende Anwendung des § 19 Absatz IV Nr. 4 GWB? | 246 |
| a. Nachteile einer Anwendung des § 19 Absatz IV Nr. 4 GWB im Vergleich zu einer sektorspezifischen Lösung | 246 |
| aa. Fehlende Eignung zur Öffnung des Kursbuchsystems für alle Nichtbundeseigenen Eisenbahnen | 246 |
| bb. Vergleich des GWB mit dem Allgemeinen Eisenbahngesetz hinsichtlich der Regelungsdichte | 247 |
| (1) Unbundling nach dem Allgemeinen Eisenbahngesetz und nach GWB | 247 |
| (2) Vorschriften zum Ablauf der Mitbenutzung nach dem Allgemeinen Eisenbahngesetz und nach GWB .. | 248 |
| cc. Aufsplitterung von Zuständigkeiten | 250 |
| b. Sektorspezifische Anpassung | 250 |
| aa. Auslegung des Infrastrukturbegriffes des Allgemeinen Eisenbahngesetzes oder analoge Anwendung | 250 |
| bb. Änderung des Infrastrukturbegriffes nach dem Allgemeinen Eisenbahngesetz | 251 |
| (1) Änderung der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) | 252 |
| (2) Änderung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) | 252 |
| c. Modifikation der Beschreibung des Anspruchsgegners | 253 |
| 5. Ergebnis | 254 |
| 6. Lösungsvorschlag zur Verbesserung des diskriminierungsfreien Zugangs | 255 |

| | |
|---|-----|
| 7. Lösung nach europäischem Recht: Prüfung der Voraussetzungen des Art. 8 der VO (EWG) Nr. 1017/68 bzw. des Art. 82 n.F. EGV | 255 |
| a. Die marktbeherrschende Stellung der Deutschen Bahn AG auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes | 256 |
| b. Machtmißbrauch: Unterschiede zum deutschen Recht? | 256 |
| c. Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels | 258 |
| d. Ergebnis | 258 |
| II. Die Pflicht der Deutschen Bahn AG bzw. der Nichtbundeseigenen Eisenbahnen zur Zugangsgewährung zu ihren Fahrplandaten für andere Eisenbahnunternehmen oder Dritte | 259 |
| 1. Prüfung des § 14 Absatz I Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) | 259 |
| 2. Prüfung der Allgemeinnorm des § 19 Absatz IV Nr. 4 GWB | 260 |
| a. Fahrplandaten als „eigenes Netz oder andere Infrastruktureinrichtung“ nach GWB | 260 |
| aa. Rechtsnatur der Fahrplandaten | 260 |
| bb. Netze oder andere Infrastruktur | 260 |
| b. Marktbeherrschende Stellung des Inhabers der Fahrplandaten | 261 |
| aa. Nachfrage nach Fahrplandaten durch Eisenbahn-Verkehrsunternehmen zur Planung und Erbringung eigener Eisenbahnverkehrsleistungen | 261 |
| bb. Nachfrage anderer Unternehmen zur Erstellung eines Allgemeinen Kursbuches | 262 |
| c. Notwendigkeit einer Mitbenutzung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen | 262 |
| d. Ergebnis | 263 |
| 3. Besonderheiten bei der Prüfung des Art. 8 der VO 1017/68 bzw. des Art. 82 n.F. EGV | 263 |
| 4. Ergebnis | 263 |

Anlage 1

| | |
|---|-----|
| Übersicht über Nichtbundeseigene Eisenbahnen (NE) im Schienenpersonen-Nahverkehr (SPNV) laut Kursbuch der DB AG 2000/2001 | 265 |
|---|-----|

Anlage 2

| | |
|---|-----|
| Der Anteil der Nichtbundeseigenen Eisenbahnen (NE) am DB-Kursbuchinhalt 2000/2001 | 267 |
|---|-----|