

Telekommunikationsrecht

CHRISTIAN KOENIG/JÜRGEN KÜHLING/JENS-DANIEL BRAUN*

Die Interdependenz von Märkten in der Telekommunikation (Teil I)

Auslegung von Art. 13 Abs. 3 des Rahmenrichtlinien-Entwurfs anhand kartellrechtlicher Maßstäbe

Die Interdependenz zahlreicher Märkte erlaubt es vertikal integrierten Unternehmen, Marktmachtpotentiale auf benachbarte Märkte zu übertragen, auf denen sie für sich betrachtet über keine marktbeherrschende Stellung verfügen. Die damit verbundenen »Vermachtungsgefahren« stellen ein wesentliches Zukunftsthema der gesamten Kommunikationswirtschaft dar. Art. 13 Abs. 3 des Entwurfs einer »Richtlinie über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste« reagiert auf dieses Problem und sieht eine Regelung über die Berücksichtigung benachbarter Märkte (»closely related markets«) vor. Der folgende Aufsatz versteht sich als erster Beitrag zu einer sachgerechten Ausle-

gung dieser bislang völlig ungeklärten Vorschrift. Zur Analyse des Art. 13 Abs. 3 wird nach einführenden Vorüberlegungen zur Marktabgrenzung und zur Interdependenz von Märkten (I.) der Begriff der »benachbarten Märkte« unter Rückgriff auf vergleichbare Vorschriften der Fusionskontrollverordnung und des allgemeinen EG-Kartellrechts näher erörtert (II.), ehe die Vorschrift ausgelegt und ihre Rechtsfolgen umrissen werden können (III.–IV.). Einem zweiten Aufsatz, der im folgenden Heft erscheinen wird, bleibt die Darstellung des enormen Bedeutungspotentials dieser Bestimmung im Zusammenspiel mit anderen Vorschriften des EG-Telekommunikationsrechts vorbehalten.

I. Marktabgrenzung und Interdependenz der Märkte

Betrachtet man verschiedene Märkte aus einer wirtschaftswissenschaftlichen Perspektive, wird man sich

nur wenige Fälle vorstellen können, in denen nicht irgendwelche Interdependenzen zwischen zwei verschiedenen Märkten vorliegen.¹ Wird auf das Bindeglied der Kaufkraft abgestellt, hängen letztlich alle Märkte miteinander zusammen.² Eine juristische Betrachtungsweise kann sich mit diesem Befund jedoch nicht begnügen. Vielmehr ist eine – möglichst exakte – Bestimmung der Grenzen einzelner Märkte schon deswegen erforderlich, weil eine Reihe deutscher und gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften den Rechtsbegriff des »Marktes« ausdrücklich verwenden: Eine methodisch einwandfreie Normanwendung ist jedoch ohne eine Definition des relevanten Marktes nicht möglich.³ Die Marktabgrenzung ist damit als zwar wirtschaftswissenschaftlich informiertes, gleichwohl juristisches Konstrukt zu verstehen.⁴

In der wettbewerbsrechtlichen Literatur und in der Rechtsprechung sind unterschiedliche Vorschläge für die Abgrenzung relevanter Märkte entwickelt worden.⁵ Weitgehend durchgesetzt hat sich dabei das so genannte Bedarfsmarktkonzept, das bei der Bestimmung der Marktgrenzen nach der funktionellen Austauschbarkeit der in Betracht kommenden Güter fragt.⁶ In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass es sich bei der Marktabgrenzung keineswegs ausschließlich um einen Erkenntnisvorgang handelt. Vielmehr wohnt der Marktabgrenzung ein starkes wertendes Moment in-

* Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., ist Geschäftsführender Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn. Dr. Jürgen Kühling, LL.M., und Jens-Daniel Braun sind wissenschaftliche Mitarbeiter am ZEI. Die Internet-Angaben befinden sich auf dem Stand v. 1.10.2001.

1) Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 12. Aufl. 1996, S. 202; Fischbach, Volkswirtschaftslehre, 8. Aufl. 1994, S. 309.

2) Siebert, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, 12. Aufl. 1996, S. 104; Lipsey/Chrystal, Principles of economics, 9. Aufl. 1999, S. 50 f.; vgl. auch Lademann, WuW 1988, 575 (578); Ruppelt in Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Aufl. 2001, § 19 Rz. 8.

3) Bechtold in Erdmann u.a. (Hrsg.), FS v. Gamm, 1990, S. 537 f.

4) Oberender, WiSt 1975, 575 (578).

5) Siehe dazu näher Schwalba, Die wettbewerbsbezogene Abgrenzung des relevanten Marktes, 2000, S. 47.

6) Schwalba, Die wettbewerbsbezogene Abgrenzung des relevanten Marktes, 2000, S. 47; Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl. 1999, § 6 Rz. 50. Näher zu diesem und anderen Ansätzen zur Abgrenzung des relevanten Marktes Schwalba, Die wettbewerbsbezogene Abgrenzung des relevanten Marktes, 2000, S. 47 ff.; Bechtold in Erdmann u.a. (Hrsg.), FS v. Gamm, 1990, S. 537 f.; Sandrock in Merz/Schluep (Hrsg.), FS Kummer, S. 449, 452 ff., der auch auf die Lösungsansätze im schweizerischen und im US-amerikanischen Recht eingeht.

ne.⁷ Besonders deutlich zeigt sich dies bei der Definition des *räumlich* relevanten Marktes: Hier wird nicht selten die Marktgegenseite in ihrem Umfang bzw. in ihrer örtlichen Ausdehnung von vornherein so abgegrenzt, wie der räumliche Markt im Ergebnis umschrieben werden soll.⁸ Doch auch die Abgrenzung des *sachlich* relevanten Marktes gelingt nicht ohne juristische Wertungsvorgänge.⁹ Der wertende Anteil bei der Abgrenzung von Märkten zeigt sich besonders bei der Fusionskontrolle, wenn man sich vor Augen führt, dass sich die Marktabgrenzung hier nicht auf gegenwärtige Verhältnisse beschränkt, sondern auch prognostische Elemente enthält.¹⁰ Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Fusionskontrolle nicht unbedingt mit der im Rahmen der Missbrauchsaufsicht vorzunehmenden Abgrenzung übereinstimmen muss, sondern – je nach Sinn und Zweck der zu prüfenden Vorschrift – unterschiedlich ausfallen kann.¹¹

Ein derart abgegrenzter Markt soll im Folgenden als *relevanter Markt im engeren Sinne* verstanden werden. Die Vorstellung von »benachbarten Märkten« (»closely related markets«), die sowohl in Art. 13 Abs. 3 des Rahmenrichtlinien-Entwurfs¹² (im Folgenden: RahmenRL-E) als auch im Rahmen der gemeinschaftlichen Fusionskontrolle¹³ ihren Niederschlag gefunden hat,¹⁴ demonstriert jedoch, dass aus der Sicht des Rechtsanwenders eine Marktabgrenzung *lege artis* unter Umständen nur ein *erster Schritt* ist. Verwendet die einschlägige Vorschrift nämlich zusätzlich noch den Begriff des »benachbarten Marktes«, so ist in einem *zweiten Schritt* zu prüfen, ob ein solcher »benachbarter Markt« in dem zu untersuchenden Fall existiert.¹⁵ Für diese Frage hält Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E keine Vorgaben bereit. Gleichwohl müssen derartige Kriterien gefunden werden, denn mit der eingangs erwähnten wirtschaftswissenschaftlichen Sichtweise, dass alle Märkte irgendwie miteinander verbunden sind, ist dem Rechtsanwender nicht weiter geholfen: Andernfalls müsste, um ein plastisches Beispiel zu geben, bei der Feststellung von beträchtlicher Marktmacht i.S.d. Art. 13 Abs. 3 auf dem Markt für Ortsnetzgespräche auch der Markt für Zahnpasta als »benachbarter Markt« Berücksichtigung finden, wenn auch nur ein entsprechendes Mehrproduktunternehmen auftritt, das auf beiden Märkten aktiv ist.¹⁶ Die Notwendigkeit einer weiteren Differenzierung zwischen *verschiedenen, außerhalb des relevanten Marktes im engeren Sinne liegenden Bereichen* wird besonders in der englischen Fassung des Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E deutlich: Danach sind bei der Anwendung des Art. 13 Abs. 3 nicht alle »related markets« zu berücksichtigen – dies wären nach volkswirtschaftlicher Lesart letztlich alle –, sondern nur die »closely related markets«. Die Frage, wann ein Markt im Verhältnis zu einem anderen Markt als »closely related« und wann nur als »related« eingestuft werden kann, ist wiederum eine *juristische Frage*, die wirtschaftswissenschaftlich in-

formiert erfolgen sollte, aber anhand wertender Kriterien zu entscheiden ist. Mangels expliziter gesetz-

- 7) *Bechtold* in Erdmann u.a. (Hrsg.), FS v. Gamm, 1990, S. 537, 541 f.; *Treis/Lademann*, GRUR 1987, 262 (263); *Roth/Ackermann* in Glassen/von Hahn/Kersten/Rieger (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag Grundfragen Rz. 274 (Stand: November 1999); anders – jedoch nicht überzeugend – *Sandrock* in Merz/Schluep (Hrsg.), FS Kummer, S. 449, 469.
- 8) *Bechtold* in Erdmann u.a. (Hrsg.), FS v. Gamm, 1990, S. 537, 542.
- 9) *Schwalba*, Die wettbewerbsbezogene Abgrenzung des relevanten Marktes, 2000, S. 49; *Bechtold* in Erdmann u.a. (Hrsg.), FS v. Gamm, 1990, S. 537, 541; vgl. auch *Baum*, WuW 1980, 401 (404, 407); *Immenga* in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Band 1, 1997, FKVO, Rz. 38; *Lademann*, WuW 1988, 575 (578).
- 10) *Bechtold* in Erdmann u.a. (Hrsg.), FS v. Gamm, 1990, S. 537, 545.
- 11) *Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl. 1999, § 6 Rz. 48; *Bechtold* in Erdmann u.a. (Hrsg.), FS v. Gamm, 1990, S. 537 f.; *Bechtold*, GWB, 2. Aufl. 1999, § 19 Rz. 5 a.E.; *Wendland* in Büchner et al. (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, Vor § 33 Rz. 7. Diesen Standpunkt bezieht auch die *Kommission* in ihrer Bekanntmachung 97 C 372/03 v. 9.12.1997, ABl. EG 1997 Nr. C 372, 5 Rz. 2.
- 12) Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste v. 4.7.2001, ABl. EG 2001 Nr. 270, 199. Art. 13 Abs. 3 lautet: »Verfügt ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht [1], so kann davon ausgegangen werden, dass es auch auf einem benachbarten Markt [2] beträchtliche Marktmacht besitzt, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten [3] es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen [4] und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken [5]«. Die von den Autoren hinzugefügten Ziffern kennzeichnen die im Folgenden näher zu untersuchenden einzelnen Tatbestandsmerkmale. Nicht behandelt wird im Folgenden das erste Tatbestandsmerkmal, da sich insoweit keine neuen Probleme stellen.
- 13) Art. 2 Abs. 4 S. 2 Spiegelstrich 1 der Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89; s. dazu näher unter II.1.
- 14) Vgl. überdies § 26 Abs. 2 S. 2 des Rundfunkstaatsvertrags v. 31.8.1991, zuletzt geändert durch Art. 1 des Fünfter Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Fünfter Rundfunkänderungsstaatsvertrag), GVBl. Hess. IS. 474, mit Zustimmungsgesetz v. 26.9.2000, in Kraft seit dem 1.1.2001. Das Tatbestandsmerkmal der »medienrelevanten verwandten Märkte« hat jedoch bisher in der medienrechtlichen Literatur verhältnismäßig wenig Aufmerksamkeit gefunden. Siehe aber den Auslegungsvorschlag von *Neft*, ZUM 1998, 458 (463 f.).
- 15) Vgl. auch das ganz ähnliche vierstufige Prüfungsschema zur Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung im Rundfunkbereich (§ 26 des Rundfunkstaatsvertrags, s. vorige Fn.) von *Knothel/Lebens*, AfP 2000, 125 (129).
- 16) In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass etwa die italienische Wettbewerbsbehörde die Auffassung vertritt, dass bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des geplanten Erwerbes der italienischen Festnetzgesellschaft Infostrada durch die Telekommunikationsgesellschaft Wind – die vom ehemaligen Strommonopolisten *Enel* beherrscht wird – auch der (auf den ersten Blick gar nicht berührte) Strommarkt untersucht werden müsse. Es bestehe nämlich die Gefahr, dass *Enel* infolge des geplanten Erwerbes den Kunden verschiedene kombinierte Leistungen anbieten könne, was die Stromhandelsgesellschaft von *Enel* begünstigen würde und dann wiederum eine Stärkung der Stromerzeugung von *Enel* bedeute, die deshalb beschränkt werden müsse. Ein Indiz für diese Gefahr kann in der so genannten »Multiutility«-Strategie von *Enel* gesehen werden. Siehe zu diesem Fall näher FAZ v. 13.3.2001, S. 25; vgl. auch die kritischen Anmerkungen zu den Expansionstendenzen der großen Stromkonzerne in andere Wirtschaftssektoren von *Scheer*, Solare Weltwirtschaft, 1999, S. 61 ff., u. *Dietrich/Longo*, KJ 2001, 175 ff.

licher Vorgaben sind diese Kriterien im Wege der Auslegung zu ermitteln.¹⁷

Es bietet sich an, den im ersten Schritt bestimmten relevanten Markt im engeren Sinne – der in der üblichen Terminologie schlicht als *relevanter Markt* bezeichnet wird – und den im zweiten Schritt ermittelten »benachbarten Markt« unter dem Begriff des relevanten Marktes im weiteren Sinne zusammenzufassen. Diese Begriffsbildung entlastet den Normanwender selbstverständlich nicht von der genauen

Bestimmung der einzelnen Bestandteile, also des relevanten Marktes im engeren Sinne sowie des »benachbarten Marktes«.

II. Auslegung des Begriffs der »benachbarten Märkte« i.S.d. Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E

1. Parallele zur Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89

Die Aufnahme des Konzepts der »benachbarten Märkte« in Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E stellt kein Novum dar: Durch die Verordnung Nr. 1310/97 des Rates zur Änderung der Fusionskontrollverordnung¹⁸ hatte dieses Konzept zuvor bereits Eingang in Art. 2 Abs. 4 S. 2 Spiegelstrich 1 der Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89¹⁹ gefunden. Nach dieser Vorschrift berücksichtigt die Kommission bei ihrer Beurteilung der Vereinbarkeit eines Vorhabens mit dem Gemeinsamen Markt insbesondere, ob »es auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens oder auf einem diesem voroder nachgelagerten Markt oder auf einem benachbarten oder eng mit ihm verknüpften Markt eine nennenswerte und gleichzeitige Präsenz von zwei oder mehr Gründerunternehmen gibt.«²⁰ Allerdings wurde das durch die Einfügung dieser Vorschrift hinzugekommene Kriterium bisher in der wissenschaftlichen Betrachtung allenfalls peripher behandelt.²¹ Auch die Entscheidungspraxis der Kommission nach der Einfügung des Art. 2 Abs. 4²² ist insoweit wenig ergiebig. In vielen Fällen beschränkt sich die Kommission auf die nicht näher begründete Behauptung, es liege offensichtlich ein »closely related market« vor, wie etwa in der wichtigen Entscheidung im Fall *Cegetel/Canal+/AOL/Bertelsmann v. 4.8.1998*.²³

In diesem Zusammenhang ist zudem ein Unterschied zwischen der in Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E benutzten Formulierung sowie der Fassung des Art. 2 Abs. 4 S. 2 Spiegelstrich 1 der Fusionskontrollverordnung von Bedeutung. Die letztere Vorschrift unterscheidet – in der deutschen Sprachfassung²⁴ – gleich vier Typen von Märkten, die zu dem in Rede stehenden Markt eine besondere Beziehung aufweisen: vorgelagerte Märkte, nachgelagerte Märkte, benachbarte Märkte sowie »eng mit ihm verknüpfte« Märkte. Weist man nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen²⁵ all diesen Markttypen einen eigenständigen Anwendungsbereich zu, so zeigt sich, dass benachbarte Märkte i.S.d. Art. 2 Abs. 4 S. 2 Spiegelstrich 1 der Fusionskontrollverordnung etwas anderes als vorgelagerte oder nachgelagerte Märkte sind. Auch zwischen den benachbarten Märkten und den »eng mit [dem in Rede stehenden Markt] verknüpfte[n]« Märkten muss es danach Bedeutungsunterschiede geben. Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E hingegen verzichtet auf derartige Differenzierungen und spricht lediglich von »benachbarten Märkten«. Dies wirft die Frage auf, ob die rechtsetzenden Gemeinschaftsorgane mit dieser Unterlassung etwa vor- und

- 17) Entgegen dem ersten Anschein bietet auch der auf die Einführung des Konzepts der »benachbarten Märkte« folgende Konditionalsatz in Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E (»[...] wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von einem auf den anderen Markt zu übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken«) keine Hilfe bei dieser Aufgabe: Der Konditionalsatz setzt schon nach seiner systematischen Stellung am Ende der Vorschrift vielmehr seinerseits das Vorliegen eines »benachbarten Marktes« voraus. Mit anderen Worten kann die Frage nach etwaigen Hebelwirkungen erst beantwortet werden, wenn geklärt ist, ob es sich überhaupt um »benachbarte Märkte« handelt; die Frage nach dem Vorliegen von »benachbarten Märkten« ist also gegenüber der Frage nach Hebelwirkungen *vorrangig*. Im Ergebnis liegen damit zwei kumulativ erforderliche Voraussetzungen vor.
- 18) Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates zur Änderung der Fusionskontrollverordnung (ABl. EG Nr. L 180 v. 9.7.1997, 1; ber. ABl. EG Nr. L 40 v. 13.2.1998, 17).
- 19) Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. EG Nr. L 395 v. 30.12.1989, 1; ber. ABl. EG Nr. L 257 v. 21.9.1990, 1); hier und im Folgenden als Fusionskontrollverordnung bezeichnet.
- 20) Hervorhebung durch die Verfasser.
- 21) In den Überblicksaufsätzen von *Hirsbrunner*, EuZW 1998, 69 (72) und *Hirsbrunner*, EuZW 1999, 389 (389) findet dieses neue Kriterium keine Erwähnung. Ebenfalls ohne ausführliche Stellungnahme jetzt *Hirsbrunner*, EuZW 2001, 197 (198). *Niewiarra*, EWS 1999, 113 (115), beschränkt sich auf eine Zusammenfassung des Wortlauts von Art. 2 Abs. 4 S. 2 Spiegelstrich 1 und fügt lediglich den Begriff der »vertikalen Integration« in Klammern hinzu. Eine ausführliche Darstellung des Art. 2 Abs. 4 S. 2 Spiegelstrich 1 findet sich hingegen bei *Wiedemann* in *Wiedemann* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 16 Rz. 85 ff. Eine nähere Bestimmung der verschiedenen Marktbegriffe unterbleibt jedoch auch dort.
- 22) Zu beachten ist allerdings, dass Art. 2 Abs. 4 S. 2 Spiegelstrich 1 eine Kodifizierung der zu Art. 3 Abs. 2 S. 2 Halbs. 2 a.F. der Fusionskontrollverordnung ergangenen Entscheidungspraxis darstellt, s. *Wiedemann* in *Wiedemann* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 16 Rz. 86.
- 23) *Celex Database*, Document No 398J005, Tz. 28. Dort heißt es: »These different alternative means of linking the ISP to the customer can be regarded as constituting a closely related market to that of the dial up access market, possibly divided into different segments«. Eine Begründung dieser Einschätzung such man vergeblich. Ähnlich: Fall IV/JV.11 – @Home Benelux B.V. v. 15.9.1998, *Celex Database*, Document No 398J011, Tz. 31; dazu *Kremmyda*, 24 (2) *World Competition* (2001), 181 (184).
- 24) Erstaunlicherweise unterscheidet die englische Sprachfassung hingegen lediglich drei (sic!) Typen von Märkten: »[...] in a market which is downstream or upstream from that of the joint venture or in a neighbouring market closely related to this market.« Während also die deutsche Fassung sowohl benachbarte als auch »eng mit ihm verknüpfte« Märkte kennt, verschmelzen diese beiden Markttypen in der englischen Fassung zu einem »neighbouring market closely related to this market«. Zur Behandlung von Fällen inhaltlicher Inkongruenz verschiedener Sprachfassungen s. ausführlich *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 155 ff., sowie knapp *EuGH* EuZW 2001, 208 (211 Tz. 49) – *Spanien /J. Rat*.
- 25) Siehe *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1992, S. 444 f.; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 1998, S. 79 f.

nachgelagerte Märkte aus dem Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E ausscheiden wollten. Die im bereits erwähnten Konditionalsatz des Art. 13 Abs. 3 angesprochene Hebelwirkung spricht jedoch eher dafür, dass für den Bereich der Rahmenrichtlinie der Begriff der »benachbarten Märkte« – anders als im Bereich der Fusionskontrollverordnung – gleichsam als Oberbegriff gebraucht wird und mithin gerade auch vor- und nachgelagerte Märkte erfassen soll. Folglich können in einem *ersten Auslegungsschritt* unter den Begriff der »benachbarten Märkte« zumindest alle vor- und nachgelagerten Märkte subsumiert werden. Dieses Zwischenergebnis mag sich dem Einwand ausgesetzt sehen, dass damit das Definitionsproblem lediglich vom Begriff der »benachbarten Märkte« weg und hin zu den Begriffen der »vor- und nachgelagerten Märkte« verschoben werde. Doch eine solche Argumentation verkennt, dass die Frage, ob ein Markt in Beziehung zu einem anderen Markt einen vor- oder nachgelagerten Markt darstellt, erheblich einfacher zu beantworten ist als die Frage, ob zwei Märkte »benachbart« (»closely related«) sind.

2. Parallele zum Problem der benachbarten Märkte in Art. 82 EG

Mit dieser ersten Eingrenzung des Begriffs der »benachbarten Märkte« sind jedoch – wie die folgende Darstellung zeigen wird – nicht alle Auslegungsschwierigkeiten beseitigt.

Es stellt sich vielmehr die Frage, ob unter Umständen neben vor- und nachgelagerten Märkten auch andere Märkte als »benachbarte Märkte« i.S.d. Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E eingestuft werden können. Insoweit bietet sich ein Rückgriff auf Überlegungen zu einem ähnlichen Problem im Rahmen des Art. 82 EG an.

a) Benachbarte Märkte im Rahmen des Art. 82 EG

Art. 82 Abs. 1 EG enthält keinerlei Hinweis über den Zusammenhang zwischen der beherrschenden Stellung eines Unternehmens und ihrer missbräuchlichen Ausnutzung. Der Wortlaut der Vorschrift lässt also die Frage offen, ob der Missbrauch innerhalb des relevanten Marktes lokalisiert sein muss.²⁶ Gegen ein solches Erfordernis spricht bereits eine systematische Überlegung:²⁷ Art. 82 Abs. 2 lit. d EG verbietet den Abschluss von Kopplungsgeschäften. Bei solchen Geschäften findet der in der Behinderung des Handelspartners zum Ausdruck kommende Missbrauch typischerweise gerade auf einem anderen als dem beherrschten Markt statt.²⁸ Weiteren Aufschluss gibt zudem eine teleologische Auslegung von Art. 82 Abs. 1 EG:²⁹ Diese Bestimmung bezweckt, Unternehmen mit einer beherrschenden Stellung eine besondere Verantwortung für das System eines unverfälschten Wettbewerbs i.S.d. Art. 3 Abs. 1 lit. g EG aufzuerlegen.³⁰ Art. 82 EG soll daher insbesondere diejenigen Verhaltensweisen erfassen, welche die Aufrechterhaltung oder Entwicklung des durch die Anwesenheit des beherrschenden Unternehmens geschwächten Restwettbewerbs behindern.³¹ Vor diesem Hintergrund ist die folgende Differenzierung

zwischen fünf Konstellationen zu betrachten, die Generalanwalt *Colomer* in seinem Schlussantrag zur Rechtssache C-333/94 P (»Tetra Pak II«) vornahm:³²

(1) Beherrschende Stellung und Missbrauch sind auf ein und denselben Markt lokalisiert.

(2) Der Missbrauch wird auf einem Markt, auf dem das Unternehmen keine beherrschende Stellung hat, zu dem Zweck begangen, die Stellung des Unternehmens auf dem beherrschten Markt zu verstärken.

(3) Der Missbrauch findet auf dem beherrschten Markt statt, wirkt sich jedoch auf einem anderen Markt aus, auf dem das Unternehmen keine beherrschende Stellung hat.

(4) Der Missbrauch findet auf einem anderen Markt statt, der jedoch in einem Zusammenhang mit dem von dem Unternehmen beherrschten Markt steht und mit diesem verbunden ist.

(5) Beherrschende Stellung und Missbrauch sind auf unterschiedlichen, miteinander nicht in Verbindung stehenden Märkten lokalisiert.³³

In der Konstellation (1) – die den Regelfall darstellen dürfte³⁴ – ist Art. 82 EG auf jeden Fall anwendbar.³⁵ Im umgekehrten Extremfall [Konstellation (5)] erscheint eine Anwendung von Art. 82 EG hingegen kaum be-

26) GA *Colomer*, Schlussantrag zur Rechtssache C-333/94 P (*EuGH Slg.* 1996, I-5951 [5970], Tz. 38 – Tetra Pak); *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Band I, 1997, Art. 86 Rz. 101.

27) Siehe GA *VerLoren van Themaat* in der Rechtssache 322/81, *Slg.* 1983, 3461 (3530) – Michelin/Kommission; *Schröter* in von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 85–87 EG, 5. Aufl. 1999, Art. 86 Rz. 106.

28) *Schröter* in von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 85–87 EG, 5. Aufl. 1999, Art. 86 Rz. 106; *Sanfilippo*, *EBLRev.* 1995, 71 (72).

29) Zur Bedeutung dieser Auslegungsmethode im Gemeinschaftsrecht s. etwa *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997, S. 198 ff.; *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 202 ff.

30) *EuG Slg.* 1994, II-755 (813), Tz. 114 – Tetra Pak; *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Band I, 1997, Art. 86 Rz. 101.

31) *EuG Slg.* 1994, II-755 (813), Tz. 114 – Tetra Pak; *Jung* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 82 EGV Rz. 124 (Stand: Oktober 1999); *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Band I, 1997, Art. 86 Rz. 101; *Schröter* in von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 85–87 EG, 5. Aufl. 1999, Art. 86 Rz. 135.

32) Eine ganz ähnliche Differenzierung verwendet auch die *Kommission* in ihrer »Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich«, *ABl. EG* 1998 Nr. C 265, 2 Tz. 81; vgl. ferner *Art/ van Liedekerke*, 34 *CMLRev.* (1997), 895 (930).

33) Schlussantrag des GA *Colomer*, Schlussantrag zur Rechtssache C-333/94 P (*EuGH Slg.* 1996, I-5951 [5970], Tz. 38 – Tetra Pak).

34) Siehe *EuGH Slg.* 1979, 1869 (1895 ff.), Tz. 5 ff. – *Hugin*; *Art/ van Liedekerke*, 34 *CMLRev.* (1997), 895 (930); *Schröter* in von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 85–87 EG, 5. Aufl. 1999, Art. 86 Rz. 106.

35) Siehe neben den Nachweisen in der vorstehenden Fn. nur GA *Colomer*, Schlussantrag zur Rechtssache C-333/94 P (*EuGH Slg.* 1996, I-5951 [5970], Tz. 39 – Tetra Pak).

gründbar.³⁶ Eine beherrschende Stellung auf einem bestimmten Markt versetzt das Unternehmen, das sie innehat, für eine Betätigung auf anderen unverbundenen Märkten nicht notwendig in eine günstigere Lage als andere Unternehmen. So wird ein Großunternehmen, das über bedeutende Anteile auf verschiedenen Märkten verfügt, ohne jedoch irgendeinen von ihnen zu beherrschen, besser in der Lage sein, mit Hilfe einer aggressiven Absatzpolitik in einen neuen Markt einzudringen, als ein Unternehmen, das weniger stark ist, jedoch auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung innehat.³⁷

Die Konstellationen (2), (3) und (4) liegen zwischen diesen beiden Extremfällen. Für die Anwendung von Art. 82 EG auf Fälle der Konstellation (2) spricht der Schutzzweck der Norm: Danach ist es einerlei, von wo aus der Angriff auf den auf dem beherrschten Markt noch stattfindenden Restwettbewerb geführt wird. Dementsprechend hat auch der *EuGH* entschieden.³⁸ Auf Fälle der Konstellation (3) hat der *EuGH* mehrfach Art. 82 EG angewandt, ohne dies ausführlich zu begründen.³⁹ Dieser Anwendung von Art. 82 EG auf die Konstellation (3) ist zuzustimmen:⁴⁰ Für eine Anwendung spricht bereits der Umstand, dass die Konstellation (3) gewissermaßen das Spiegelbild der Konstellation

(2) darstellt.⁴¹ Überdies unterliegt auch der Angriff auf einen anderen als den beherrschten Markt – unter Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung auf dem »Ausgangsmarkt« – dem Schutzzweck des Art. 82 EG entsprechend einer besonderen Verantwortung des Marktbeherrschers.

Schwieriger ist hingegen die Konstellation (4) zu beurteilen. Der *EuGH* vertrat in der insoweit grundlegenden Entscheidung »Tetra Pak II« die Auffassung, im Falle von verschiedenen, aber verbundenen Märkten könnten nur »besondere Umstände« eine Anwendung von Art. 82 EG auf ein Verhalten rechtfertigen, das auf dem verbundenen, nicht beherrschten Markt festgestellt wurde und sich dort auswirkt.⁴² Im zugrunde liegenden Fall bejahte der *EuGH* das Vorliegen derartiger »besonderer Umstände«.⁴³ Als entscheidend erachtete der *EuGH* dabei den Umstand, dass »die Quasimonopolstellung von *Tetra Pak* auf den aseptischen Märkten und ihre führende Stellung auf den von diesen verschiedenen, aber eng mit ihnen verbundenen nichtaseptischen Märkten dieses Unternehmen in eine Lage versetzten, die einer beherrschenden Stellung auf der Gesamtheit der relevanten Märkte gleichkam.«⁴⁵ Auf eine Darlegung verallgemeinerungsfähiger Kriterien zur näheren Bestimmung der »besonderen Umstände« verzichtet der *EuGH* jedoch weitgehend. Einzig der vom *EuGH* betonte Umstand, dass die Kunden von *Tetra Pak* auf dem einen Markt auch potentielle Kunden in dem anderen Markt waren,⁴⁶ erscheint in abstrakter Form auch auf andere Fallgestaltungen übertragbar.⁴⁷ Für eine nähere Bestimmung von einschlägigen Kriterien kann jedoch auf den Schlussantrag des Generalanwalts *Colomer* zurückgegriffen werden. Dieser vertrat den Standpunkt, der Begriff »der eng miteinander verbundenen oder zusammenhängenden Märkte« lasse sich grundsätzlich nicht »mit letzter Genauigkeit definieren«. Es handle sich um eine Frage, welche die für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts zuständigen Behörden von Fall zu Fall entscheiden müssten. Bei dieser Bewertung müssten unter anderem folgende Umstände berücksichtigt werden: die Nachfrage- und Angebotsstruktur der Märkte, die Merkmale der Produkte, der Rückgriff des beherrschenden Unternehmens auf seine Macht auf dem beherrschten Markt zum Zwecke der Durchdringung des mit diesem zusammenhängenden Marktes, der Marktanteil des beherrschenden Unternehmens auf dem nicht beherrschten Markt und das Ausmaß, in dem das betroffene Unternehmen den beherrschten Markt kontrolliert.⁴⁸ Generalanwalt *Colomer* fügte hinzu, dass die Beziehung zwischen dem beherrschten und dem vom Missbrauch betroffenen Markt eng sein müsse.⁴⁹ Betrachtet man die aufgestellten Kriterien näher, so wird deutlich, dass die einzelnen Kriterien für sich genommen jeweils weder eine notwendige noch eine hinreichende Bedingung darstellen; es ist vielmehr anhand dieser Kriterien im Wege einer Gesamtschau zu entscheiden. In der Literatur haben diese Kriterien ebenso wie die Grundlinie der Rechtsprechung, den Anwendungsbereich von Art. 82 EG in diesem Zusammenhang weit zu fassen, breite Zustimmung erfahren.⁵⁰

- 36) Im Sinne einer Anwendbarkeit von Art. 82 EG aber wohl GA *VerLoren van Themaat* in der Rechtssache 322/81, Slg. 1983, 3461 (3530) – Michelin/Kommission.
- 37) GA *Colomer*, Schlussantrag zur Rechtssache C-333/94 P (*EuGH* Slg. 1996, I-5951 [5970], Tz. 42 – *Tetra Pak*); i.E. so auch GA *Lenz*, Schlussantrag zur Rechtssache C-62/86 (*EuGH* Slg. 1991, I-3359 [3405], Tz. 42 – AKZO).
- 38) *EuGH* Slg. 1995, I-865 (904), Tz. 11 – British Gypsum unter Bestätigung von *EuG* Slg. 1993, II-389 (424 f.), Tz. 94 ff.; s.a. *EuGH* Slg. 1991, I-3359 (3449), Tz. 45 – AKZO; i.E. so etwa auch *Sanfilippo*, EBLRev. 1995, 71 (1/2) sowie – explizit für den Telekommunikationssektor – *Jauk*, IJCLP Issue 4, Winter 1999/2000, S. 76 f. u. S. 93 (der Beitrag ist im Internet abrufbar unter <http://www.ijclp.org>).
- 39) Siehe *EuGH* Slg. 1974, 223 (252), Tz. 25 – Commercial Solvents; *EuGH* Slg. 1985, 3261 (3277 f.), Tz. 25 ff. – CBEM.
- 40) So etwa auch *Schröter* in von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 85–87 EG, 5. Aufl. 1999, Art. 86 Rz. 106.
- 41) In diesem Sinne auch GA *Colomer*, Schlussantrag zur Rechtssache C-333/94 P (*EuGH* Slg. 1996, I-5951 [5970], Tz. 45 – *Tetra Pak*).
- 42) *EuGH* Slg. 1996, I-5951 (6007), Tz. 27 – *Tetra Pak*.
- 43) Siehe *EuGH* Slg. 1996, I-5951 (6008 f.), Tz. 28 ff. – *Tetra Pak*.
- 44) Diese »Gesamtheit der relevanten Märkte« entspricht nach der oben vorgeschlagenen Terminologie (l. a.E.) dem »relevanten Markt im weiteren Sinne«.
- 45) *EuGH* Slg. 1996, I-5951 (6009), Tz. 31 – *Tetra Pak*.
- 46) *EuGH* Slg. 1996, I-5951 (6009), Tz. 29 – *Tetra Pak*.
- 47) Vgl. *Jung* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 82 EGV Rz. 125 (Stand: Oktober 1999).
- 48) GA *Colomer*, Schlussantrag zur Rechtssache C-333/94 P (*EuGH* Slg. 1996, I-5951 [5970], Tz. 57 – *Tetra Pak*).
- 49) GA *Colomer*, Schlussantrag zur Rechtssache C-333/94 P (*EuGH* Slg. 1996, I-5951 [5970], Tz. 57 – *Tetra Pak*); in diesem Sinne etwa auch *Levy*, ECLR 1995, 104 (109).
- 50) Vgl. nur *Jung* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 82 EGV Rz. 123 ff. (Stand: Oktober 1999); *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Band I, 1997, Art. 86 Rz. 104; *Weiß* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 82 Rz. 26; *Goyder*, EC Competition Law, 3. Aufl. 1998, S. 328 f.; zu Unrecht kritisch jedoch *Art/van Liedekerke*, 34 CMLRev. (1997), 895 (931); *Sanfilippo*, EBLRev. 1995, 71 (75).

b) Übertragbarkeit der Erkenntnisse auf Art. 13

Abs. 3 RahmenRL-E

Prima facie bietet es sich an, diese im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 82 EG entwickelten Kriterien zur Bestimmung des Begriffs der »eng miteinander verbundenen Märkte« auch bei der Auslegung der Wendung »benachbarte Märkte« i.S.d. Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E heranzuziehen.⁵¹ In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass durch eine solche Orientierung der Auslegung von Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E an gefestigten Auslegungsgrundsätzen zu Art. 82 EG ein gewisser Gleichklang zwischen dem Telekommunikationsrecht und dem allgemeinen Wettbewerbsrecht hergestellt wird. Dies wird den zu einem späteren Zeitpunkt erfolgenden Übergang von einer Ex-ante- zu einer Ex-post-Regulierung der Telekommunikationsmärkte⁵² erheblich erleichtern. Sind daher die genannten Kriterien zu Art. 82 EG erfüllt, kann im Rahmen des Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E der eine Markt als relevanter Markt im engeren Sinne und der andere Markt als benachbarter Markt angesehen werden. Freilich gebietet die Tatbestandsfassung von Art. 13 Abs. 3 eine Modifizierung: Das Kriterium des »Rückgriffs des beherrschenden Unternehmens auf seine Macht auf dem beherrschten Markt zum Zwecke der Durchdringung des mit diesem zusammenhängenden Marktes« ist im Rahmen des Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E nicht anzuwenden, da dieses Kriterium in der Sache auf eine Untersuchung der bei Art. 13 Abs. 3 in einem zweiten Schritt ohnehin zu prüfenden Hebelwirkung hinausläuft.

Der Anwendung der aufgeführten Kriterien zur Bestimmung der »benachbarten Märkte« steht auch nicht entgegen, dass im Anwendungsbereich der Rahmenrichtlinie auch eine Ex-ante-Regulierung erfolgt, während das allgemeine EG-Kartellrecht grundsätzlich – von dem prominenten Ausnahmefall der Fusionskontrolle einmal abgesehen – eine Ex-post-Regulierung vorsieht. Denn die Entscheidung des (nationalen oder EG-)Gesetzgebers für die eine oder andere Form der Regulierung ist eine Grundentscheidung für einen bestimmten Regulierungsansatz, die etwa von den wettbewerbspolitischen Zielen des Gesetzgebers,⁵³ von der Struktur der in Frage stehenden Märkte sowie etwaigen Besonderheiten (Flankierung einer Marktöffnung) abhängig ist.⁵⁴ Auf der Ebene der Bestimmung des relevanten Marktes im engeren wie im weiteren Sinne hingegen geht es um die konkrete Lösung einzelner Anwendungsprobleme der einschlägigen Normen.

III. Auslegung des Konditionalsatzes in Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E

Wie bereits angesprochen,⁵⁵ wirkt der Konditionalsatz am Ende der Vorschrift tatbestandseinschränkend: Von dem Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht auf dem benachbarten Markt ist daher nur dann auszugehen, wenn die in dem Konditionalsatz aufgeführten Voraussetzungen gegeben sind. Bei genauerer Betrachtung des Wortlauts werden insoweit drei Voraussetzungen aufgestellt:⁵⁶ Erstens müssen »Verbindungen zwischen den

beiden Märkten« – also zwischen dem relevanten Markt im engeren Sinne und dem benachbarten Markt – vorliegen. Dies wird immer dann der Fall sein, wenn die beiden Märkte einen relevanten Markt im weiteren Sinne bilden. Das wiederum ist bereits beim Tatbestandsmerkmal »benachbarter Markt« zu prüfen. Daher erschöpft sich die erste Voraussetzung des Konditionalsatzes darin, einen – aus sprachlichen Gründen unbedingt erforderlichen – Übergang zwischen dem Merkmal »benachbarter Markt« und dem tatbestandseinschränkenden Konditionalsatz herzustellen. Als zweite Voraussetzung müssen diese Verbindungen »es gestatten«, die beträchtliche Marktmacht »von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen«. Die Tatbestandsfassung (»gestatten«) macht deutlich, dass eine solche »Übertragung von Marktmacht« noch nicht erfolgt sein muss. Es wird noch nicht einmal vorausgesetzt, dass das betreffende Unternehmen eine solche Übertragung plant. Stattdessen reicht die *bloße Möglichkeit einer Übertragung von Marktmacht*; diese Voraussetzung ist also in einem streng objektiven Sinne zu verstehen.⁵⁷ Eine solche Auslegung entspricht im Übrigen dem ebenso vorherrschenden wie zutreffenden objektiven Verständnis des Missbrauchsbegriffs in Art. 82 EG.⁵⁸ Die *Möglichkeit der*

51) Ganz in diesem Sinne äußert sich jetzt auch die *Kommission* in ihrem »Entwurf von Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach Art. 14 des Vorschlags für eine Richtlinie über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste«, KOM 2001, 175 endg., Tz. 75: »[Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E] dient der Erfassung einer Marktlage wie jener, die zu dem Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *Tetra Pak II* geführt hat« (Hervorhebung im Original). Siehe auch die »Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich«, ABL EG 1998 Nr. C 265, 2 Tz. 65 ff.

52) Für das deutsche Recht hat etwa die *Monopolkommission* auf den Übergangscharakter der sektorspezifischen Regelungen des TKG hingewiesen: Hauptgutachten XI, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, 1996, Tz. 58; vgl. auch *Monopolkommission*, Sondergutachten 29: Wettbewerb auf den Telekommunikations- und Postmärkten, 2000, S. 5; vgl. ferner *Holzmagel/Enaux/Nienhaus*, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, 2. Aufl. 2001, S. 36 f.

53) Vgl. *Bessel/Markt*, MMR 2000, 532 (534), die – auf EG-Ebene – die »Beibehaltung des Konzepts der sektorspezifischen Ex-ante-Regulierung« aus »Gründen der Marktmachtkontrolle und der Umsetzung von Gemeinschaftswohlzielen für »unbedingt erforderlich« erachten.

54) Vgl. *Grewlich*, CMLRev. 36 (1999), 937 (951). Siehe ferner *Jauk*, IJCLP Issue 4, Winter 1999/2000, S. 98 f. (der Beitrag ist im Internet abrufbar unter <http://www.ijclp.org>) u. *Slot/Skudder*, 38 CMLRev. (2001), 87 (93 ff.).

55) Siehe oben unter I.

56) Es handelt sich dabei um die Tatbestandsmerkmale 3–5 i.S.d. obigen Zählweise, siehe die Zählweise in FN 12.

57) In diesem Sinne wohl auch *Beese/Markt*, MMR 2000, 532 (534): »[...] sofern eine Hebelwirkung möglich ist« (Hervorhebung hinzugefügt).

58) Im Sinne eines solchen objektiven Verständnisses etwa *EuGH* Slg. 1979, 461 (541), Tz. 91 – Hoffmann-La Roche; *EuGH* Slg. 1980, 3775 (3794), Tz. 27 – AMCK; *EuGH* Slg. 1991, I-3359 (3455), Tz. 69 – AKZO; *EuG*, Slg. 1990, II-309 (357), Tz. 23 – *Tetra Pak*; *de Bronett* in Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 22 Rz. 43; *Dirksen* in Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Aufl. 2001, Art. 82 Rz. 83; *Dörr/Haus*, JuS 2001, 313 (316); *Sanfilippo*, EBLRev. 1995, 71 (71). Unter Betonung eines zusätzlichen Erfordernisses der Absicht »zur Untergrabung des freien Wettbewerbs« (zumindest terminologisch) abweichend jedoch *EuG*, Slg. 1996, II-1201 (1252), Tz. 147 – *Compagnie Maritime Belge*.

Übertragung von Marktmacht ist immer dann gegeben, wenn eine Hebelwirkung möglich ist.⁵⁹ Typisches Beispiel für eine mögliche Hebelwirkung ist die Gefahr einer Quersubventionierung⁶⁰ in Konstellationen, in denen ein vorübergehendes Preisdumping betriebswirtschaftlich sinnvoll erscheint. Dies ist etwa denkbar, wenn durch das Preisdumping nicht nur die gegenwärtigen Wettbewerber aus dem Markt vertrieben werden, sondern zugleich potentielle künftige Wettbewerber abgeschreckt werden, so dass anschließend Monopolrenten erwirtschaftet werden können. Eine solche Gefahr ist jedoch weder eine notwendige noch eine hinreichende Bedingung für das Vorliegen einer möglichen Hebelwirkung. Diese kann vielmehr auch dann möglich sein, wenn die Gefahr einer Quersubventionierung nicht besteht.⁶¹ Die systematische Abfolge von Art. 13 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E macht überdies deutlich, dass die Gefahr einer Hebelwirkung nicht mit dem Argument verneint werden kann, diese könne schon deswegen nicht bestehen, weil das Unternehmen auf dem Markt, auf dem es eine beträchtliche Marktmacht besitzt, bereits reguliert wird. Die dritte Voraus-

setzung knüpft wiederum an die »Verbindungen zwischen [den] beiden Märkten« an: Diese Verbindungen müssen es – zusätzlich zu der Möglichkeit einer Übertragung von Marktmacht – »gestatten«, durch die Übertragung »die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken«. Auch diese Voraussetzung ist objektiv zu verstehen: Es reicht die objektiv zu bestimmende *Möglichkeit einer Verstärkung der gesamten Marktmacht* des Unternehmens. Von besonderem Interesse ist vorliegend die Wendung »gesamte Marktmacht«. Die deutsche Fassung des Rahmenrichtlinien-Entwurfs macht durch das Adjektiv »gesamte« deutlich, dass insoweit die Marktmacht hinsichtlich des relevanten Marktes im weiteren Sinne zu bestimmen ist.

IV. Rechtsfolge des Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E

Als Rechtsfolge sieht Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E vor, dass »davon ausgegangen werden kann«, das markt-mächtige Unternehmen besitze auch auf einem benachbarten Markt beträchtliche Marktmacht. Nach dem Wortlaut etwa der deutschen und der englischen Fassung⁶⁴ scheint es so, als ob diese Feststellung in den Beurteilungsspielraum der nationalen Regulierungsbehörden (»kann«, »it may also be deemed«) gestellt sei. Dies überrascht zunächst, wäre doch gerade in diesem sensiblen Bereich der Rahmenrichtlinie zu erwarten gewesen, dass insoweit die nationalen Regulierungsbehörden eine Entscheidung ohne Beurteilungsspielraum treffen müssen. Es erscheint jedoch denkbar, dass mit der jetzigen Fassung des Art. 13 Abs. 3 Vorwürfen bezüglich zentralisierender Tendenzen der Rahmenrichtlinie begegnet werden sollte.⁶⁵

V. Fazit

Grundsätzlich weist Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E den richtigen Weg.⁶⁶ Allerdings verlangt gerade eine Vorschrift mit einem derart weiten Anwendungsbereich nach einer Normauslegung *lege artis*. Nur eine strenge Gesetzesbindung vermag in den sensiblen Telekommunikationsmärkten die notwendige Rechtssicherheit zu erzeugen. Besonders hervorzuheben ist, dass eine Prüfung von Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E der sachgerechten Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte rechtssystematisch wie logisch nachrangig ist. Ein systematischer Vergleich mit Art. 2 Abs. 4 S. 2 Spiegelstrich 1 der Fusionskontrollverordnung zeigt, dass unter den Begriff der »benachbarten Märkte« nicht nur vor- und nachgelagerte Märkte zu subsumieren sind. Darüber hinaus sind die im Rahmen des Art. 82 EG entwickelten Kriterien mit kleineren Anpassungen anwendbar. Als eigenständiger Prüfungspunkt ist überdies der tatbestandseinschränkende Konditionalsatz zu untersuchen. Ferner ist zu beachten, dass der Rahmenrichtlinien-Entwurf hinsichtlich der Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörden über das Vorliegen von »be-

59) Dies wird besonders in der englischen Fassung deutlich: »[...] as to allow the market power held in one market to be leveraged into the other market [...]« (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. auch den Definitionsvorschlag von *Beese/Merkt*, MMR 2000, 532 (534), die insoweit jedoch nicht zwischen dem Tatbestandsmerkmal »benachbarter Markt« und dem tatbestands-einschränkenden Konditionalsatz trennen.

60) *Niels/Jenkins*, ECLR 2000, 287 (289). Die *RegTP* weist in ihrem Eckpunkt 12 zur Marktabgrenzung/Marktbeherrschung (im Internet abrufbar unter <http://www.regtp.de/aktuelles/00428/02/index.html>) zutreffend darauf hin, dass die Möglichkeit einer Quersubventionierung insbesondere bei Unternehmen mit großer Finanzkraft gegeben ist.

61) Davon geht auch die im US-amerikanischen Recht teilweise vertretene »monopoly leveraging doctrine« aus, s. etwa *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F. 2d 263, 275 (2nd Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1093, S. Ct. 1061, 62 L. Ed.2d 783 (1980); *AD/SAT v. Associated Press*, Docket No. 96-7304 (2d Cir. 1997) (im Internet abrufbar unter <http://laws.findlaw.com/2nd/967304.html>), jeweils m.w.N. Kritisch gegenüber dieser Doktrin etwa *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, 948 F. 2d 536, 546 – 547 (9th Cir. 1991), im Internet abrufbar unter <http://laws.findlaw.com/9th/2/948/536.html>. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Aussagekraft dieser US-amerikanischen Rechtsprechung für die vorliegende Frage wegen der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen nicht allzu hoch eingeschätzt werden sollte.

62) In der englischen Fassung ist insoweit lediglich von »market power« die Rede.

63) Hervorhebung hinzugefügt.

64) Dort heißt es insoweit: »[...] it may also be deemed to have significant market power [...]«.

65) Davon zu trennen ist die Frage, ob ein Mitgliedstaat bei der Umsetzung der Rahmenrichtlinie insoweit nicht auch eine Entscheidung ohne Beurteilungsspielraum vorsehen könnte. Prima facie erscheint dies möglich, wenn auch insoweit die Beachtung des Pflichtenkatalogs des Art. 7 Abs. 2 bis Abs. 4 RahmenRL-E sowie des einschlägigen primären Gemeinschaftsrechts gewährleistet ist.

66) Vgl. die Begründung zum 6. Eckpunkt der Eckpunkte der *RegTP* zur Marktabgrenzung/Marktbeherrschung (<http://www.regtp.de/aktuelles/00428/02/index.html>): »[...] Die Berücksichtigung des Einflusses anderer Märkte auf ein Unternehmen, aber auch der Marktstärke eines Unternehmens auf anderen Märkten, ist im Telekommunikationsbereich insbesondere deshalb angezeigt, weil die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen grundsätzlich netzgebunden ist und der ehemalige Monopolist bundesweit vertikal integriert ist [...]. Diesbezüglich sind insbesondere die sog. Vorleistungsmärkte relevant«.

trächtlicher Marktmacht« (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 RahmenRL-E) eine Entscheidung mit Beurteilungsspielraum vorsieht. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass eine Klärung des Konzepts der Interdependenz unabhängig von der künftigen Rahmenrichtlinie für das Kartellrecht von weit reichender Bedeutung ist, da in der Kommunikationswirtschaft zunehmend interdependente Märkte entstehen – worauf

etwa § 26 Abs. 2 S. 2 des Rundfunkstaatsvertrags reagiert.⁶⁷

⁶⁷) § 26 Abs. 2 S. 2 des Rundfunkstaatsvertrags v. 31.8.1991, zuletzt geändert durch Art. 1 des Vierten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Vierter Rundfunkänderungsstaatsvertrag), GVBl. NW I S. 106, mit Zustimmungsgesetz v. 12.10.1999, in Kraft seit dem 1.4.2000.