

Bedeutung der Essential facilities-Doktrin für den Zugang zu Netzinfrastrukturen im europäischen Telekommunikationsrecht

Von Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., und Sascha Loetz, Bonn*

Die Essential facilities-Doktrin ist in den Vereinigten Staaten im Verkehrssektor entwickelt worden, und auch im europäischen Kartellrecht wurde diese Rechtsfigur im Rahmen des Art. 82 EG (früher Art. 86 EGV) zunächst im Verkehrssektor angewandt. Gegenwärtig besteht die Tendenz, dieses „modische“ Konzept auf andere Sektoren auszudehnen. Mit der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich wurde ein Essential facilities-Konzept in den Mittelpunkt der Betrachtung von Marktbeherrschung und Missbrauch auf Telekommunikationsmärkten gestellt. Der in der Kommissionsmitteilung thematisierte Zugang zu wesentlichen Einrichtungen wurde gleichzeitig durch das Verfahren vor dem EuGH in der Rechtsache *Bronner* (Slg. 1998, I-7791) gemeinschaftsrechtlich weiterentwickelt. Der Beitrag geht der Frage nach, welcher Stellenwert der Rechtsfigur der Essential facilities-Doktrin im europäischen Telekommunikationsrecht zukommt. Die dabei angesprochenen Grundsatzfragen stellen sich auch auf anderen Märkten mit Netzstruktur.

I. Die Zugangsmittelteilung der Kommission

Zweck der Zugangsmittelteilung¹ war es, die Anwendungsgrundsätze der Kommission für das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht im Hinblick auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich zu erläutern². Schon mit der Mitteilung über die „Anwendung der Wettbewerbsregeln im Telekommunikationssektor“³ aus dem Jahre 1991 hat die Kommission zum Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Tele-

kommunikationsrecht Stellung genommen. Beide Mitteilungen gehen davon aus, dass das Wettbewerbsrecht der Art. 81 ff. EG (früher Art. 85 ff. EGV) und das sekundäre Telekommunikationsrecht zwei unterschiedliche Rechtsbereiche darstellen, die ergänzend anzuwenden sind⁴.

II. Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen in der Zugangsmittelteilung

Mit der Zugangsmittelteilung hat die Kommission die Kontrolle über wesentliche Einrichtungen in den Mittelpunkt der Bestimmung von Marktbeherrschung und Missbrauch i. S. des Art. 82 EG gerückt. Dementsprechend finden sich in der Mitteilung Erwägungen zu wesentlichen Einrichtungen an zwei verschiedenen Stellen: einerseits bei den Ausführungen zur Marktbeherrschung⁵ und andererseits bei der Qualifizierung einer Verweigerung des Zugangs zu Einrichtungen als Missbrauch⁶. Die Kommission stellt dabei die Übertragung des Konzepts aus dem Verkehrssektor auf den Telekommunikationssektor in Aussicht. Als wesentlich wird von der Kommission eine Einrichtung oder Infrastruktur bezeichnet.

- die wesentlich ist, um Kunden zu erreichen und/oder Wettbewerbern die Durchführung ihrer Geschäftstätigkeit zu ermöglichen, und
- die mit *angemessenen* Mitteln nicht neu geschaffen werden kann⁷.

In einem ersten Entwurf zur Zugangsmittelteilung⁸ wurde der Begriff der wesentlichen Einrichtung noch durch eine Liste von Einrichtungen konkretisiert, die von der Kommission als solche angesehen wurden, u. a. öffentliche Telekommunikationsnetze für Sprach- und Datenübertragung, Mietleitungen und Netzabschlusseinrichtungen⁹.

* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Universität Bonn, der Zweitautor ist dort Wissenschaftlicher Mitarbeiter. Auf S. VIII stellen wir Ihnen die Autoren vor.

¹ Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich – Rahmen, relevante Märkte und Grundsätze, ABl. C 265 v. 22. 8. 1998, 2 ff.

² Kommission (Fn. 1), Ziff. 1.

³ Kommission, ABl. C 233 v. 6. 9. 1991, 2.

⁴ Vgl. Kommission (Fn. 1), Ziff. 14, 22; Kommission (Fn. 3), Ziff. 17.

⁵ Kommission (Fn. 1), Ziff. 68 f.

⁶ Kommission (Fn. 1), Ziff. 87 f.

⁷ Kommission (Fn. 1), Ziff. 68.

⁸ Kommission, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich – Rahmen, relevante Märkte und Grundsätze, ABl. C 76 vom 11. 3. 1997, 6 ff.

⁹ Kommission (Fn. 1), Ziff. 59.

Ein marktbeherrschendes Unternehmen verstößt durch die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung nach Ansicht der Kommission dann gegen Art. 82 EG, wenn

- die Einrichtung im Allgemeinen eine wesentliche Voraussetzung dafür ist, dass sich Unternehmen am Wettbewerb im betreffenden Markt beteiligen können,
- eine ausreichende Kapazität zur Bereitstellung des Zugangs verfügbar ist,
- der Eigentümer der Einrichtung die Nachfrage auf einem bestehenden Dienste- oder Produktmarkt nicht befriedigt, die Entstehung eines potentiellen neuen Dienstes oder Produktes verhindert oder den Wettbewerb auf einem bestehenden oder potentiellen Dienste- oder Produktmarkt beeinträchtigt,
- das den Zugang beantragende Unternehmen bereit ist, nichtdiskriminierende Zugangsbedingungen zu akzeptieren,
- die Zugangsverweigerung sachlich nicht gerechtfertigt ist¹⁰.

III. Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen

1. Gewährung des (Netz-)Zugangs auf Primärmarkt

*Scherer*¹¹ hat angemerkt, dass das Essential facilities-Konzept der Kommission auf jene Voraussetzungen zurückgeht, die der Essential facilities-Doktrin im amerikanischen Antitrust Law zugeschrieben werden¹². Dort umfasst die Essential facilities-Doktrin Konstellationen, in denen die wesentliche Einrichtung, die aus tatsächlichen oder wirtschaftlichen Gründen nicht duplizierbar ist, von einem Monopolisten kontrolliert wird, der einem Wettbewerber die Nutzung der Einrichtung nicht gestattet, obwohl ihm die Gewährung von Zugang zuzumuten ist¹³. Damit sind Fälle umschrieben, bei denen der (potentielle) Wettbewerber auf einem monopolisierten Markt (Primärmarkt) eine mittels der Einrichtung erbrachte Dienstleistung oder ein Produkt nachfragt, welches wesentliche Voraussetzung für die Teilnahme am Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt (Sekundärmarkt) ist¹⁴.

2. Voraussetzung für die Teilnahme am Wettbewerb auf Sekundärmarkt

Aufgrund der früheren staatlichen Monopolisierung der Telekommunikation wird der etablierte Netzbetreiber auf den mitgliedstaatlichen Telekommunikationsmärkten oftmals ein Unternehmen sein, das vertikal integriert in den Wettbewerb entlassen wurde, das also auch in den nachgelagerten Dienstleistungsmärkten tätig ist. In den nachgelagerten Markt eintretende Wettbewerber erreichen diesen Dienstleistungsmarkt am günstigsten, wenn ihnen Zugang zum vorhandenen Netz gewährt wird. Dies wird allerdings den geschäftlichen Interessen des vertikal integrierten Netzbetreibers regelmäßig zuwiderlaufen, da die Aussicht auf Wettbewerb im nachgelagerten Markt seine dortige Position schwächen würde. Der Zugang soll also regelmäßig gegen den Willen des Netzbetreibers erfolgen.

Bei der Charakterisierung entsprechender Marktlagen wird der abgeleitete Sekundärmarkt häufig im Gegensatz zum dominierten Primärmarkt als „angreifbar“, also dem Wettbewerb zugänglich, bezeichnet¹⁵. Diese terminologische Diffe-

renzung ist allerdings nur dann sinnvoll, wenn hinsichtlich der Angreifbarkeit der Zugang zur jeweiligen Einrichtung unterstellt wird. Ansonsten wäre deren Wesentlichkeit kaum anzunehmen.

Eine beherrschende Stellung des die Einrichtung kontrollierenden Unternehmens auf dem Sekundärmarkt wird hingegen nicht als erforderlich angesehen¹⁶. Auch muss die marktbeherrschende Stellung auf dem Primärmarkt nicht auf ein natürliches Monopol – also eine Konstellation, in der ein Anbieter die Leistung effizienter erbringen kann als mehrere – zurückzuführen sein¹⁷.

3. Vereinbarkeit der Essential facilities-Doktrin mit Gemeinschaftsrecht?

Gemeinschaftsrechtlich wird die Essential facilities-Doktrin auf eine Reihe von Entscheidungen der Kommission und des Europäischen Gerichtshofs bzw. Gerichts erster Instanz zurückgeführt¹⁸. Leistungsfähigkeit und Funktion der Essential facilities-Doktrin werden in der wettbewerbsrechtlichen Literatur unterschiedlich bewertet. So wird die Essential facilities-Doktrin einerseits als sinnvoller Topos zur Systematisierung von Fallgruppen¹⁹, andererseits aber auch als überflüssige Konstruktion für Konstellationen betrachtet, die auch von der bisherigen Kasuistik des EuGH sachgerecht erfasst werden²⁰. Unterschiedliche Beurteilungen finden sich auch hinsichtlich der Funktion der Essential facilities-Doktrin: zum einen wird sie als ein Missbrauchs-kriterium gedeutet²¹, sie soll aber auch zur Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung herangezogen werden²². Das mit der Kommissionsmitteilung vorgestellte Konzept zum Zugang zu wesentlichen Einrichtungen soll im Folgenden im Hinblick auf den Tatbestand des Art. 82 EG untersucht werden. Dabei werden grundlegende Fragen behandelt, die sich auch auf andere Märkte mit Netzinfrastruktur, wie z. B. das „Netz der Netze“, das Internet, übertragen lassen²³.

10 Kommission (Fn. 1), Ziff. 91.

11 *Scherer*, Das Bronner-Urteil des EuGH und die Essential facilities-Doktrin im TK-Sektor, MMR 1999, 315 (319).

12 Vgl. auch *Müller*, Die „Essential Facilities“-Doktrin im Europäischen Kartellrecht, EuZW 1998, 232 (233). Die Doktrin ist allerdings auch im amerikanischen Kartellrecht umstritten, vgl. *Subiotto*, The Right to Deal with Whom One Pleases under EEC Competition Law: A Small Contribution to a Necessary Debate, E.C.L.R. 1992, 234 (242 ff.).

13 *Scherer* (Fn. 11), 319; *Müller* (Fn. 12), 233.

14 Vgl. *Müller* (Fn. 12), 235.

15 *Engel/Knieps*, Die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über den Zugang zu wesentlichen Leistungen, 1. Aufl. 1998, S. 17; *Klimisch/Lange*, Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, WuW 1998, 15 (17).

16 *Temple Lang*, Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities, Fordham International Law Journal 1994, 473, 478; vgl. aber auch *Klimisch/Lange* (Fn. 15), 15 (23), die eine marktbeherrschende Stellung auf dem abgeleiteten Markt als Korrektiv für sinnvoll halten.

17 *Klimisch/Lange* (Fn. 15), 15 (16 f.).

18 *Scherer* (Fn. 11), 316 m. w. N.; vgl. auch die Zusammenstellung der Kommission (Fn. 1), Fn. 66.

19 *Mennicke*, „Magill“ – Von der Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung von Immaterialgüterrechten zur „essential facilities“-Doktrin in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes?, ZHR 160 (1996), 626, 652 f.

20 *Müller* (Fn. 12), 237.

21 *Müller* (Fn. 12), 234; *Deselaers*, Die „Essential facilities“-Doktrin im Lichte des Magill-Urteils des EuGH, EuZW 1995, 563 (564).

22 *Markert*, in: FS Mestmäcker, 1996, S. 661 (670).

23 Die Kommission strebt eine Übertragung der in der Zugangsmittelanweisung aufgestellten Grundsätze auf andere Bereiche der Digitaltelekommunikation an, Zugangsmittelanweisung (Fn. 1), Ziff. 6.

IV. Kritik des Essential facilities-Konzepts der Kommission

Die Zweckmäßigkeit eines Essential facilities-Konzepts muss sich gemeinschaftsrechtlich am Tatbestand des Art. 82 EG messen lassen. Es stellt sich die Frage, wie sich eine Essential facilities-Doktrin in das von Art. 82 EG vorgegebene Koordinatensystem von Markt, Marktbeherrschung und Missbrauch einfügen lässt und welche praktischen oder heuristischen Vorzüge damit verbunden sind.

1. Unterschiede im Ansatz: Sherman Act – Art. 82 EG

Der amerikanischen Variante der Essential facilities-Doktrin liegt auch in Telekommunikationsfällen ein Verstoß gegen das Monopolisierungsverbot der Section 2 des Sherman Act zugrunde²⁴. Dieser sanktioniert schon die Bestrebung, eine marktbeherrschende Stellung mit unangemessenen Mitteln zu erlangen²⁵, während Art. 82 EG das Bestehen einer beherrschenden Stellung, insofern bewertungsneutral, voraussetzt²⁶. Die Kommission knüpft in der Zugangsmittelteilung auch zur Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens an die Kontrolle über die wesentliche Einrichtung an: „Ein Unternehmen, das den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung kontrolliert, hat eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des Art. 86 EGV“²⁷. In der Ausprägung, die die Essential facilities-Doktrin im amerikanischen Recht gefunden hat, wird eine marktbeherrschende Stellung des betreffenden Unternehmens – auf dem die wesentliche Einrichtung umfassenden Primärmarkt – allerdings vorausgesetzt²⁸, und auch die bisherigen Ansätze im Gemeinschaftsrecht weisen in diese Richtung²⁹.

a) Kontrolle über eine wesentliche Einrichtung – Marktbeherrschung

Eine Essential facilities-Doktrin kann nicht von einer klaren Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale des Art. 82 EG entbinden. Denn selbst wenn der Vermutung, dass die Kontrolle über eine wesentliche Einrichtung *regelmäßig* eine marktbeherrschende Stellung nach sich ziehen wird³⁰, zuzustimmen wäre, geht Art. 82 EG nicht von der Beherrschung einer wesentlichen Einrichtung aus, sondern von der Beherrschung des jeweils relevanten Marktes. Die Essential facilities-Doktrin, die ursprünglich der Bestimmung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung dient, soll nach der Zugangsmittelteilung offensichtlich auch zur Bestimmung von Marktmacht herangezogen werden. Die entsprechenden Ausführungen fassen zwei verschiedenartige Fälle zusammen. Zur Wesentlichkeit der Einrichtung sollen beitragen:

- die Eignung, Kunden zu erreichen,
- die Angewiesenheit von Wettbewerbern auf den Zugang zur Einrichtung für die Erreichung der eigenen Geschäftszwecke³¹.

aa) Einrichtung ist zur Erreichung von Kunden geeignet

Mit dem ersten Kriterium ist die Eigenart eines jeden Marktes mit Netzstruktur beschrieben: Der Abnehmer wird über das Netz bedient. Diese Voraussetzung ist einer objektiven Überprüfung zugänglich und wird in Telekommunikationsmärkten fast durchgängig gegeben sein. Auch scheint evident zu sein, dass ein Endnutzer nur über den Zugang zu diesem Netz erreichbar ist. Ließe sich diese Aussage für alle Dienstleistungen, die über das Netz erbracht werden, verallgemeinern, so wäre die Nachfrage des Kunden an das Netz gebunden, und von der Kontrolle über den Netzzugang könnte auf die Marktbeherrschung geschlossen werden, da der auf dem primären Markt liegende Netzzugang der einzige Weg zum Teilnehmer wäre. Nur in einem solchen Fall würde sich die Kontrolle über den abgeleiteten Markt unmittelbar aus der Einrichtung selbst ergeben und Rückschlüsse von der Kontrolle über die Einrichtung auf die Marktbeherrschung ermöglichen.

Eine solche Betrachtungsweise krankt aber an der fehlenden Konkretisierung jenes abgeleiteten Marktes, für dessen Bedienung die Einrichtung essentiell sein soll. Betrachtet man beispielsweise ein Mobilfunknetz als mögliche wesentliche Einrichtung, so hängt die Frage, ob mit der Kontrolle über ein solches Netz gleichzeitig eine marktbeherrschende Stellung verbunden ist, entscheidend davon ab, ob von einem einheitlichen Markt für Mobilfunkdienstleistungen auszugehen ist oder ob jedes Mobilfunknetz bzw. der Zugang zu diesem jeweils abgegrenzte relevante Märkte bilden³². Die Verknüpfung zwischen Netz und Markt ist also keineswegs zwingend und steht der Absolutheit der Aussage, die Kontrolle über eine wesentliche Einrichtung könne eine marktbeherrschende Stellung begründen, entgegen³³.

bb) Einrichtung ist zur Durchführung der Geschäftstätigkeit des Wettbewerbers wesentlich

Vielmehr zeigt sich, dass das Kriterium der Kontrolle über den Teilnehmeranschluss – und damit des Zugangs zum Kunden – nur dann eine Aussage über den relevanten Markt und die Marktbeherrschung gestattet, wenn die (potentielle) Dienstleistung des Zugangsnachfragers in die Betrachtung miteinbezogen wird, also die Frage nach der Wesentlichkeit zur Durchführung der Geschäftstätigkeit des Wettbewerbers gestellt wird, womit das zweite von der Kommission genannte Kriterium angesprochen ist. Hinsichtlich des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung ist aber auch dieses Kriterium wenig ergiebig, denn der Dienstleistungsmarkt, auf dem der Wettbewerber seine Geschäftstätigkeit ausübt oder ausüben möchte, ist verschieden von dem Markt, auf dem die wesentliche Einrichtung vorhanden ist. Wäre allein die Geschäftstätigkeit des Nachfragers für die Bestimmung des Marktes ausschlaggebend, so stünde es im Belieben des (potentiellen) Konkurrenten auf dem Sekundärmarkt, lediglich durch seine Nachfrage eine marktbeherrschende Position des Inhabers der Einrichtung zu begründen. Ohne dass die geschäftlichen Ziele des Nachfragers und die damit verbundene

24 Märkl, Netzzusammenschaltung in der Telekommunikation, 1. Aufl. 1998, S. 97.

25 Markert (Fn. 22), S. 662.; Furse, The 'Essential Facilities' Doctrine in Community Law, E.C.L.R. 1998, 469 (470).

26 Streinz, Europarecht, 4. Aufl., Rdnr. 814. Die EG-Fusionskontrolle geht freilich darüber hinaus, ist allerdings keine Ausprägung des Missbrauchs-tatbestands.

27 Kommission (Fn. 1), Ziff. 69.

28 Vgl. die bei Müller (Fn. 12), 233 und Scherer (Fn. 11), 319 wiedergegebenen Voraussetzungen der Essential facilities-Doktrin im amerikanischen Recht. Skeptischer gegenüber vorschnellen Begründungen einer marktbeherrschenden Stellung im Primärmarkt Stürmer, Netzzugang und Eigentumsrechte in der Telekommunikation, 1. Aufl. 1997, S. 27.

29 Temple Lang (Fn. 16), 484.

30 So etwa Temple Lang (Fn. 16), 478; Deselaers (Fn. 21), 564.

31 Kommission (Fn. 1), Ziff. 68: „[...] die wesentlich ist, um Kunden zu erreichen und oder Wettbewerber die Durchführung ihrer Geschäftstätigkeit zu ermöglichen [...]“. Siehe auch oben II.

32 Vgl. hierzu Salje, Marktbeherrschung auf Telekommunikations-Märkten, K&R 1998, 331 ff.

33 Auf diese Relativität eines monopolistischen Engpasses verweisen auch Engel Knieps (Fn. 15), 15 ff.

Angewiesenheit auf den Zugang zur Einrichtung einer einschränkenden Überprüfung unterzogen werden können, erhält die so aus der Kontrolle über die Einrichtung hergeleitete Definition einer beherrschenden Stellung eine kaum eingrenzende Reichweite. Die Kontrolle über jegliche wirtschaftlich genutzte Infrastruktur würde der Geschäftspolitik (potentieller) Konkurrenten ausgeliefert.

cc) Essential facilities-Doktrin durch Einschränkungen auf der Nachfrageseite präzisierbar?

Selbst von Befürwortern eines Essential facilities-Konzepts werden auf der Nachfrageseite Einschränkungen vorgenommen. So soll etwa ein Zugangsbegehren abgelehnt werden dürfen, wenn der Nachfrager lediglich den Wiederverkauf der erworbenen Zugangskapazitäten anstrebt³⁴. In ähnliche Richtung zielt die Kritik, die die Dauer einer Zugangsgewährung von den wirtschaftlichen Möglichkeiten des Wettbewerbers abhängig machen will³⁵. Diese Kriterien begrenzen auf den ersten Blick den Kreis der Begünstigten bzw. die Modalität der Zugangsgewährung. Letztendlich gehen diese Einschränkungen aber auf die Frage zurück, ob eine Einrichtung tatsächlich wesentlich ist. Wenn sich dies, wie hier angenommen, nur im Hinblick auf den jeweiligen Nachfrager und den Grund der Nachfrage bestimmen lässt – und nicht, wie die Bezeichnung und die Handhabung in der Zugangsmittelteilung suggerieren, allgemeingültig ermittelt werden kann – fehlt dem Essential facilities-Konzept die Verbindlichkeit, die es zum Lehrsatz, zur Doktrin, erheben könnte.

Solange eine Begrenzung der Essential facilities-Doktrin durch eine Prüfung der Berechtigung des Zugangsbegehrens nicht klar konturiert ist, bleibt die Bestimmung der Wesentlichkeit einer Einrichtung unscharf. Ein hieraus vermeintlicher Schluss auf eine marktbeherrschende Stellung bleibt angreifbar.

Das so gewonnene Ergebnis lässt sich auch in anderer Hinsicht absichern: Konsequenter fortgedacht müsste die Aussage der Kommission lauten, dass jede Kontrolle über Netzinfrastrukturen eine marktbeherrschende Stellung zumindest im Hinblick auf die jeweiligen Teilnehmeranschlüsse begründet. Überspitzt formuliert läge dann hinter jedem Kupferdraht im Ortsbereich ein eigener Markt, der mit der Behauptung, gerade auf diesem Markt konkurrieren zu wollen, für jeden (potentiellen) Wettbewerber geöffnet werden müsste. Ohne ein Korrektiv bei der Bestimmung des abgeleiteten Markts würde die Essential facilities-Doktrin also zu einer Atomisierung der abgeleiteten Märkte führen und evident unsinnige Folgen zeitigen.

In den Erläuterungen zum Missbrauch präzisiert die Kommission ihre Aussagen zu wesentlichen Einrichtungen nachfolgend dahingehend, dass der Zugang zu der Einrichtung „im allgemeinen eine wesentliche Voraussetzung dafür [sein muss], dass sich Unternehmen am Wettbewerb im betreffenden Markt beteiligen können“³⁶. Selbst wenn man – wie die Kommission³⁷ – die Wesentlichkeit des Zugangs nicht konkret, sondern abstrakt anhand der Marktzutrittsbedingungen für die Allgemeinheit der Unternehmen bestimmen will, ist „eine wesentliche Voraussetzung“ immer noch kein hinreichender Maßstab zur Bestimmung der Marktbeherrschung.

Damit ein sicherer Schluss von der Kontrolle über die Einrichtung auf die Marktbeherrschung möglich wäre, müsste sich die „Wesentlichkeit“ bereits aus der Einrichtung selbst ergeben. Vom Standpunkt der Kommission aus müsste die Natur des nachgelagerten Markts den Zugang zu der wesent-

lichen Einrichtung unabdingbar machen, was sich nur in jedem einzelnen Fall bestimmen lassen wird. Gesteht man dies ein, so wird aber eine verallgemeinernde Aussage zur Marktbeherrschung mittels der Essential facilities-Doktrin unmöglich. Dies ist dem Ansatz der Kommission gegenläufig, die Kontrolle über wesentliche Einrichtungen zum allgemeinen Konzept zur Bestimmung von Marktmacht auf den Telekommunikationsmärkten zu erheben. Im Einzelfall kann der Nachweis der Kontrolle über eine wesentliche Einrichtung den Nachweis kartellrechtlich relevanter Marktmacht erleichtern³⁸. Dass sich hieraus allerdings ein Prinzip ableiten ließe, muss bezweifelt werden. Letztendlich kann die Bestimmung von Marktmacht anhand der Kontrolle über eine Essential facility, wie sie in der Zugangsmittelteilung konzipiert ist, nur auf der Annahme von infrastrukturebedingten Markteintrittsbarrieren beruhen. Ohne eine präzise Definition der jeweiligen Produkt- oder Dienstleistungsmärkte lassen sich aber auch diese nicht bestimmen. Eine solche Schlussfolgerung ohne Berücksichtigung des Marktanteils, der Preisbestimmungsmacht und der Angebotsumstellungsflexibilität greift aber ohnehin zu kurz.

b) Zugangsverweigerung – Missbrauch einer beherrschenden Stellung

Bei der Verortung der Essential facilities-Doktrin im Rahmen des Art. 82 EG wird in der Literatur an die Fälle der Lieferverweigerung und der unzulässigen Ausdehnung von Marktmacht angeknüpft³⁹. Auf den Telekommunikationsmärkten wird regelmäßig der Netzzugang bei einem vertikal integrierten Unternehmen nachgefragt, um auf einem nachgelagerten Dienstemarkt mit diesem zu konkurrieren. Dann läge im Rückgriff auf die tradierten Kategorien des Art. 82 EG eine Ausdehnung von Marktmacht durch Lieferverweigerung vor.

aa) Keine positive Bestimmung der einen Missbrauch begründenden Verhaltensweisen durch die Kommission
Bemerkenswert an den Ausführungen der Kommission zum Missbrauch durch Zugangsverweigerung ist, dass auf eine positive Formulierung der einen Missbrauch begründenden Verhaltensweisen verzichtet wird. Umschrieben werden lediglich die Rahmenbedingungen, unter denen eine Versagung des Zugangs einen Missbrauch begründen soll.

bb) Keine gefestigte Spruchpraxis des EuGH zur Zugangsverweigerung

Damit unterscheidet sich der Ansatz der Kommission nicht unerheblich von den in der Zugangsmittelteilung zitierten und in der Literatur zur Lieferverweigerung bzw. Ausdehnung von Marktmacht häufig angeführten Fällen *Commercial Solvents*, *United Brands*, *Telemarketing* und *Tetra Pak*⁴⁰. *Com-*

34 *Temple Lang* (Fn. 16), 496, der für den Fall des Wiederverkäufers die Wesentlichkeit des Zugangs in Frage stellt und auf die geringe Relevanz für den Wettbewerb hinweist.

35 *Deselaers* (Fn. 21), 568; *Montag*, Gewerbliche Schutzrechte, wesentliche Einrichtungen und Normung im Spannungsfeld zu Art. 86 EGV, S. 70.

36 Kommission (Fn. 1), Ziff. 91.

37 Kommission (Fn. 1), Ziff. 91 Fn. 67.

38 Vgl. *Markert* (Fn. 22), S. 670.

39 Vgl. beispielsweise *Müller* (Fn. 12), 234 f.

40 EuGH, 22. 1. 1974 – verb. Rs. 6 und 7/73, *Commercial Solvents* (Slg. 1974, 223); 14. 2. 1978 – Rs. 27/76, *United Brands* („Chiquita-Bananen“), Slg. 1978, 207, RIW 1978, 602; 3. 10. 1985 – Rs. 311/84, *Telemarketing*, Slg. 1985, 3261, RIW 1986, 544; 14. 11. 1996 – Rs. C-333/94, *Tetra Pak*, Slg. 1996, I-5951; Kommission (Fn. 1), Ziff. 65 f. und dort Fn. 61. Das dort ebenfalls aufgeführte Urteil im Fall *RTT/GB-Inno-BV*

mercials Solvents und *United Brands* betrafen den Abbruch bestehender Geschäftsbeziehungen, im Fall *Telemarketing* ging es um die Koppelung mit einer Dienstleistung auf einem benachbarten Hilfsmarkt und *Tetra Pak* betraf benachbarte horizontale Märkte⁴¹. Die zur Begründung des Missbrauchs durch den EuGH herangezogenen Argumente sind in den genannten Einzelfällen überzeugend, treffen im Hinblick auf die Essential facilities-Doktrin aber jeweils nur einen Teilaspekt. Die Erklärung für die Möglichkeit einer Rekombination der jeweils missbrauchs begründenden Aspekte zu einer eigenen Fallgruppe, nämlich des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen, bleibt die Kommission in der Zugangsmittelung schuldig.

Gegenstand des zur dogmatischen Absicherung der Essential facilities-Doktrin häufig herangezogenen *Magill*-Urteils⁴² war ein Fall, in dem sich der Inhaber einer wesentlichen Einrichtung einen abgeleiteten Markt vorzubehalten schien⁴³. Die Übertragbarkeit dieser Entscheidung auf beliebige Eigentumsrechte ist allerdings nach dem *Bronner*-Urteil zweifelhaft⁴⁴. Auf eine gefestigte Spruchpraxis des EuGH kann sich der Missbrauchsansatz der Kommission also nicht stützen. Und auch der Rückgriff auf die wettbewerbsrechtliche Dogmatik lässt Zweifel an der Fundierung des Missbrauchs durch die Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen bestehen.

cc) Kein Kontrahierungszwang, wenn die Voraussetzungen für einen Wettbewerb auf dem abgeleiteten Markt gegeben sind

Grundsätzlich trägt ein marktbeherrschendes Unternehmen zwar eine besondere Verantwortung dafür, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt⁴⁵. Im Rahmen der Regeln des Leistungswettbewerbs sind dem Marktbeherrscher die Verteidigung und der Ausbau seiner Marktposition jedoch gestattet⁴⁶. Eine allgemeine Rechtspflicht des Marktbeherrschers zur aktiven Förderung wettbewerblicher Strukturen lässt sich dem Gemeinschaftsrecht dagegen nicht entnehmen⁴⁷. Lauterer Wettbewerb umfasst vielmehr das Recht, einen exklusiven Zugriff auf Ressourcen auch dann zu sichern, wenn dies Wettbewerbsvorteile für das Unternehmen mit sich bringt⁴⁸. Die Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen ist demgegenüber eine Unterlassung, die nur dann missbräuchlich ist, wenn ein Kontrahierungszwang besteht⁴⁹. Eine generelle Pflicht zum Geschäftsabschluss für marktbeherrschende Unternehmen folgt aus Art. 82 EG nicht⁵⁰, und die Anforderungen an die Begründung eines Kontrahierungszwangs sind höher, wenn die Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen und nicht deren Abbruch in Frage steht⁵¹. Bei der Beurteilung dieser Frage, ob ein Unternehmen in beherrschender Stellung zum Geschäftsabschluss auch dann verpflichtet ist, wenn es dadurch zur Förderung eines aktuellen oder potentiellen Wettbewerbs beiträgt, kommt es entscheidend darauf an, wie die vom Marktbeherrscher verfolgten geschäftlichen Interessen mit den in den Artt. 81 f. EG konkretisierten Zielen des Art. 3 g EG zu vereinbaren sind⁵².

Damit stellt sich die Frage, ob Art. 82 EG nicht nur dem Schutz bereits bestehenden Wettbewerbs dient, sondern auch die Schaffung von Wettbewerb ermöglichen soll⁵³. Selbst wenn man diese Frage bejaht⁵⁴, wird man einräumen müssen, dass der Schutzzweck des Art. 82 EG dann auch die Anwendungsgrenzen der Essential facilities-Doktrin definiert⁵⁵.

Daraus folgt zwingend, dass die Missbräuchlichkeit der Zugangsverweigerung entfällt, sobald auf dem abgeleiteten Markt die grundlegenden Anforderungen eines funktionierenden Wettbewerbs erfüllt sind. Ein solches teleologisch gewonnenes Korrektiv fehlt dem Essential facilities-Konzept der Zugangsmittelung.

dd) Art. 82 EG: Verhinderung des Missbrauchs, nicht des Zustandekommens der Marktbeherrschung

Letztlich liegt die Annahme näher, dass die unbesehene Übernahme der Essential facilities-Doktrin aus dem amerikanischen Antitrust-Recht den Grund für die fehlende Differenzierung des Missbrauchstatbestands innerhalb der Zugangsmittelung der Kommission bildet. Im amerikanischen Recht liegt der Essential facilities-Doktrin Section 2 des Sherman Act zugrunde, der schon die mit unstatthaften Mitteln bewirkte Monopolisierung von Märkten zu verhindern sucht⁵⁶. Demgegenüber richtet sich Art. 82 EG als gemeinschaftsrechtliche Grundlage der Essential facilities-Doktrin lediglich gegen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und nicht gegen deren Zustandekommen⁵⁷. Die mit der Zugangsmittelung vorgestellten Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Zugangsverweigerung vermögen kaum zu überzeugen. Mit den hohen Verhaltensanforderungen wird bereits die Kontrolle über Telekommunikationsinfrastruktur sanktioniert, so dass die Gleichsetzung von Marktbeherrschung und Missbrauch droht.

2. Praktikabilität der Essential facilities-Doktrin

Die Handhabbarkeit der Essential facilities-Doktrin steht und fällt mit der Bestimmung der Maßstäbe, die an die Duplizier-

(EuGH, 13. 12. 1991 - Rs. C-18 88, Slg. 1991, I-5941, RIW 1992, 412) betraf in der Sache zwar den belgischen Markt für Telekommunikations- endgeräte, geht aber auf Art. 86 EG (früher Artikel 90 EGV) zurück und nimmt in der Art. 82 EG betreffenden Passage lediglich auf das Urteil *Telemarketing* Bezug (Rdnr. 18).

41 Vgl. auch die kritische Betrachtung des Case Law bei *Subiotto* (Fn. 12), 234 ff.

42 EuGH, 6. 4. 1995 - verb. Rs. C-241 91 P und C-241 91 P, RTE und ITP („Magill“), Slg. 1995, I-743.

43 Weitergehend *Glaxo*, Essential Facilities Doctrine in EC Anti-trust Law: A Contribution to the Current Debate, E.C.L.R. 1994, 306 (308), der Immaterialgüterrechte gänzlich aus den Essential facilities-Fällen ausklammern will.

44 Vgl. EuGH, 26. 11. 1998 - Rs. C-7 97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791, MMR 1999, 348, EWS 1999, 24, Rdnr. 41. Im Übrigen erscheint die Rückführung des *Magill*-Urteils auf Vorbehalte des Gerichts gegen die nationalen Urheberrechtsregelungen, die den Schutz der Programminformationen erst ermöglichten, überzeugender, vgl. *Korah*, The *Ladbroke Saga*, E.C.L.R. 1998, 169 (173).

45 EuGH, 10. 7. 1990 - Rs. T-51 89, *Tetra Pak*, Slg. 1990, II-309 (357).

46 *Schröter*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-EG-Vertrag, Band 2 I, Art. 85-87, 5. Aufl. 1998, Art. 86, Rdnr. 134.

47 *Schröter* (Fn. 46), Rdnr. 212.

48 *Temple Lang* (Fn. 16), 486.

49 *Schröter* (Fn. 46), Rdnr. 204.

50 *Subiotto* (Fn. 12), 234; *Deslaers* (Fn. 21), 564.

51 *Schröter* (Fn. 46), Rdnr. 204.

52 *Schröter* (Fn. 46), Rdnr. 211.

53 Vgl. *Schnelle*, Die Öffnung von leistungsnotwendigen Einrichtungen für Dritte und der Schutz des Eigentums, EuZW 1994, 556 (557 f.).

54 Zumindest Anhaltspunkte für eine diesbezügliche weite Auslegung finden sich in der Rechtsprechung des EuGH, vgl. *Korah*, EC Competition Law and Practice, 5. Aufl. 1994, S. 68; a. A. in Bezug auf Essential facilities-Fälle *Schnelle* (Fn. 53), 558 m. w. N. Im amerikanischen Kartellrecht kann der Essential facilities-Doktrin durch Entflechtungsmaßnahmen dagegen eine marktöffnende Funktion zukommen, vgl. *Müller* (Fn. 12), 233.

55 *Müller* (Fn. 12), 235.

56 Vgl. Fn. 25.

57 Vgl. zu Unterschiedlichem und Verbindendem *Markert* (Fn. 22), S. 662 f.

barkeit der Einrichtung und die Zumutbarkeit der Zugangsgewährung angelegt werden. Könnten hier klare Kriterien gefunden werden, so wäre mit der Anwendung der Essential facilities-Doktrin zumindest ein Gewinn an Rechtssicherheit verbunden.

a) Sachliche Rechtfertigung einer Zugangsverweigerung

Ein Hinweis auf die Prüfung der Zumutbarkeit der Zugangsgewährung, wie sie im amerikanischen Antitrust Law angelegt ist, findet sich in der Zugangsmittelteilung nicht. Vielmehr geht die Kommission umgekehrt davon aus, dass das Fehlen von sachlichen Gründen für eine Zugangsverweigerung ein Kriterium für einen Missbrauch darstellt⁵⁸. Mit der Zugangsmittelteilung erkennt die Kommission als solche sachlichen Gründe zunächst Kapazitätsengpässe und solche Konstellationen an, in denen der Inhaber der Essential facility weder seinen nachgeordneten Unternehmenssparten noch Dritten den Zugang zu der fraglichen Einrichtung gewährt hat⁵⁹. Darüber hinaus sollen im Einzelfall übermäßige Schwierigkeiten bei der Zugangsgewährung Berücksichtigung finden, und dem Unternehmen soll die Gelegenheit gegeben werden, einen neuen Dienst am Markt zu etablieren, falls entsprechende Investitionen getätigt wurden⁶⁰.

Damit sind nur Gesichtspunkte benannt, die im jeweiligen Einzelfall in ihrer Gesamtheit von der Kommission berücksichtigt werden sollen⁶¹. Auch im Fall *Bronner* war der EuGH nicht gezwungen, mögliche Rechtfertigungsgründe zu benennen⁶², so dass die fehlenden Anhaltspunkte für Rechtfertigungsmöglichkeiten die Zugangsverweigerung als Missbrauchstatbestand weiterhin unkonturiert lassen. Fest steht hingegen, dass die Einschränkung der Ablehnungsgründe für Zugangsansprüche von Wettbewerbern, welche die Essential facilities-Doktrin mit sich bringt, nur aufgrund des Ausnahmecharakters dieser Konstellationen zu billigen sind⁶³. Solange diese Besonderheiten im Einzelfall nicht hinreichend begründet sind, sondern etwa im Rückgriff auf das vage Essential facilities-Konzept der Kommission nur angedeutet werden, ist eine Einschränkung der Rechtfertigungsmöglichkeiten des Marktbeherrschers nicht zu begründen.

b) Duplizierbarkeit der Einrichtung

Hinsichtlich der fehlenden Duplizierbarkeit der Einrichtung geht die Kommission davon aus, dass diese anzunehmen ist, wenn die Einrichtung nicht mit angemessenen Mitteln neu geschaffen werden kann⁶⁴. Potentiell kann allerdings fast jede Einrichtung neu geschaffen werden, fraglich wird dagegen meist sein, ob die Leistungsfähigkeit des einzelnen Wettbewerbers hinreichend ist. Mit dem *Bronner*-Urteil hat der EuGH die Frage der Duplizierbarkeit von einem verobjektivierten Standpunkt aus beurteilt, der an den Möglichkeiten der Allgemeinheit der Wettbewerber ausgerichtet ist⁶⁵. Die Einrichtung ist demnach nicht bereits dann unreproduzierbar, wenn der konkrete Nachfrager dazu nicht in der Lage ist, sondern wenn es unrentabel wäre, die entsprechende Einrichtung mit derselben Kapazität zu duplizieren⁶⁶. Damit hat der EuGH den Maßstab, der an die Duplizierbarkeit anzulegen ist, zumindest insofern konkretisiert, als die subjektiven Fähigkeiten des individuellen Nachfragers nicht entscheidend sind⁶⁷. Von entscheidender Bedeutung für die Telekommunikationsmärkte ist in diesem Zusammenhang die Frage, welcher Zeitraum für die Neuschaffung einer wesentlichen Einrichtung anzusetzen ist. Von dem österreichweiten Zeitungszustellungssystem, das Gegenstand des Falls *Bronner* war, konnte der EuGH nicht annehmen, dass eine Neuschaffung

kurzfristig möglich gewesen wäre. Dennoch ging er auf die Möglichkeit der Neuschaffung eines eigenen Vertriebssystems als Alternative zur Zugangsgewährung ein.

Dies ist auch verständlich, denn würde man die zeitlichen Grenzen einer Neuschaffung zu eng ziehen, so wären Markteintrittsschranken allgegenwärtig⁶⁸, da kein hinreichend langer Zeitraum zur Amortisation der Investitionen verbliebe. Ein im konkreten Fall anwendbarer Maßstab für den Zeitraum der Neuschaffung einer Einrichtung lässt sich freilich auch dem *Bronner*-Urteil nicht entnehmen. Ohne einen Einzelfall unzulässigerweise zu verallgemeinern, lässt sich jedoch umgekehrt feststellen, dass der EuGH dem Essential facilities-Konzept die (zeitliche) Unbedingtheit genommen hat, welche die Kommission veranlasst haben mag, es in den Mittelpunkt der Bewertung von Marktmacht und Missbrauch bei Zugangsvereinbarungen zu stellen. Dies entspricht den Bedenken, die schon in Folge des *Magill*-Urteils im Hinblick auf die Dauer einer möglichen Zugangsgewährung geäußert wurden: Der Zugang sollte nur für den Zeitraum gewährt werden, den das jeweilige Unternehmen zur Neuschaffung der Einrichtung benötigen würde⁶⁹.

Richtigerweise ist so die Duplizierbarkeit der Einrichtung durch den EuGH wieder auf die Wesentlichkeit der Einrichtung bezogen und einer Substituierbarkeit des Zugangs mit anderen Mitteln gleichgestellt worden, die schon das Vorliegen einer Essential facility fraglich macht.

c) Ausgestaltung des Zugangs

Ebenfalls als problematisch im Rahmen des Essential facilities-Konzepts erweist sich die Frage, zu welchen Konditionen der Zugang zur Netzinfrastruktur zu gewähren ist. Zur Feststellung solcher Konditionen wird regelmäßig ein Regulierer benötigt⁷⁰. Mit den nationalen Regulierungsbehörden, die im Rahmen des ONP-Konzepts⁷¹ eingerichtet wurden, stehen solche Instanzen im Telekommunikationsbereich sogar zur Verfügung. Der mit dem angepassten ONP-Konzept für die Verpflichtung zur Zugangsgewährung gewählte Anknüpfungspunkt der beträchtlichen Marktmacht⁷² ist den wettbewerbsrechtlichen Regelungen zwar nachgebildet, erweitert den Adressatenkreis von Regulierungseingriffen aber über die Gruppe der marktbeherrschenden Unternehmen i. S. des Art. 82 EG hinaus. Direkt verwertbar bliebe demnach nur das den Regulierungsbehörden vorliegende Zahlenmaterial. Unvermeidlich bliebe jedenfalls, dass die Kommission dem marktbeherrschenden Unternehmen gegenüber die aus Art. 82 EG erwachsende Verpflichtung zur Zugangsgewährung präzisiert. Damit würde die Kommission als Regu-

58 Kommission (Fn. 1), Ziff. 91 e).

59 Kommission (Fn. 1), Ziff. 87.

60 Kommission (Fn. 1), Ziff. 91.

61 Kommission (Fn. 1), Ziff. 91.

62 Vgl. *Scherer* (Fn. 11), 319.

63 *Markert* (Fn. 22), 671.

64 Kommission (Fn. 1), Ziff. 68.

65 Vgl. *Ehle*, Anmerkungen zum *Bronner*-Urteil des EuGH, EuZW 1999, 80 (90).

66 EuGH, 26. 11. 1998 – *Bronner* (Fn. 44), MMR 1999, 351, EWS 1999, 25.

67 *Scherer* (Fn. 11), 319.

68 Vgl. *Korah* (Fn. 54), 74.

69 *Deselaers* (Fn. 21), 568; *Montag* (Fn. 35), 76.

70 Vgl. *Korah* (Fn. 44), 174.

71 Vgl. zur Ausgestaltung Art. 9 der Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. 6. 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABl. L 199 v. 26. 7. 1997, 32.

72 Vgl. Art. 4 Abs. 3 RL 97/33/EG (Fn. 71).

lierer auftreten und im Einzelfall die Zugangsbedingungen hoheitlich festlegen. Diese Kompetenz steht der Kommission im Rahmen der Wettbewerbsaufsicht aber nicht zu.

3. Potentielle Kollision des Infrastrukturwettbewerbs mit der Essential facilities-Doktrin

Seit dem 1. 1. 1998 sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, sämtliche Vorschriften zurückzuziehen, die Unternehmen besondere und ausschließliche Rechte zur Errichtung und zum Betrieb von Telekommunikationsnetzen oder der Erbringung von Telekommunikationsdiensten verleihen⁷³. Die ONP-Regelungen wurden ebenfalls an das wettbewerbsorientierte Umfeld angepasst und beziehen sich inzwischen ausdrücklich auf die Förderung des gemeinschaftsweiten Angebots von Telekommunikationsnetzen und -diensten⁷⁴. Mitgliedstaatliche Vorschriften, die einem Wettbewerb der Netze entgegenstehen, müssen demnach aufgehoben werden. Auch die Märkte für Netzinfrastruktur sind dem Wettbewerb geöffnet worden.

Ob eine breite Anwendung der Essential facilities-Doktrin auf Zugangsansprüche im Telekommunikationsbereich mit der Entwicklung des Infrastrukturwettbewerbs vereinbart werden kann, erscheint allerdings fraglich.

a) Marktöffnung nur auf Sekundärmarkt

Eine Eignung zur Marktöffnung besitzt die Essential facilities-Doktrin nur in Bezug auf den jeweiligen Sekundärmarkt, für dessen Bedienung die Einrichtung wesentlich ist⁷⁵. Im Hinblick auf die Essential facility wird die marktbeherrschende Stellung des Inhabers der Einrichtung auf dem Primärmarkt durch die Zugangsgewährung nicht geschwächt. Der Wettbewerb auf dem Sekundärmarkt führt nicht notwendig zur Duplizierung der wesentlichen Einrichtung. Auf die Telekommunikationsmärkte bezogen heißt dies, dass die Essential facilities-Doktrin zwar einen positiven Einfluss auf den Dienstewettbewerb im nachgelagerten Markt haben kann, aber keine unmittelbar fördernden Auswirkungen auf den Infrastrukturwettbewerb, also den Wettbewerb der Netze zeitigt. Eher gegenteilig setzt die Aussicht, als Anbieter auf dem Primärmarkt aufgrund der Kontrolle über eine wesentliche Einrichtung Netzzugangsansprüchen ausgesetzt zu sein, den Investitionsanreiz für den etablierten Netzbetreiber und für neue Wettbewerber herab⁷⁶. Die Anreize, auf dem Primärmarkt als Anbieter zu konkurrieren, sind ohnehin schon niedrig, wenn der Bedarf an „Zugang“ auch durch das beherrschende Unternehmen gedeckt werden kann (und muss). Für den Wettbewerb auf der letzten Meile zum Endkunden („local loop“) hat die Kommission diese Gefahr für innovative Zugangssysteme – wie z. B. wireless local loop-Techniken – erkannt, ohne sich jedoch in der Zugangsmittelung zu diesem Bereich näher zu äußern⁷⁷.

b) Zielkonflikt mit Liberalisierung

Dieser Mechanismus trägt im Übrigen genau dann zu einer Perpetuierung der beherrschenden Position auf dem Primärmarkt bei, wenn der Marktbeherrscher sein Verhalten an der Essential facilities-Doktrin ausrichtet und jedem gerechtfertigtem Zugangsbegehren entspricht. Baut dieser seine Zugangskapazitäten entsprechend den wettbewerbsrechtlichen Vorgaben und der gestiegenen Nachfrage auf dem Primärmarkt aus⁷⁸, so verfestigt sich seine dominierende Position. Die infrastrukturbedingten Markteintrittsbarrieren, die sich aus den irreversiblen Kosten („sunk costs“)⁷⁹ ergeben, blei-

ben bestehen, während die Renditeerwartungen potentieller Konkurrenten aufgrund der ausgebauten Infrastruktur des Marktbeherrschers zurückgehen. Die durch den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Dienstemarkt gestiegene Nachfrage nach Zugang führt zum Ausbau der wesentlichen Einrichtung und hebt so die Markteintrittsschranken auf dem Primärmarkt. Dies läuft den sekundärrechtlichen Liberalisierungsmaßnahmen entgegen, die auch dem Zweck dienen, die Position von marktbeherrschenden Unternehmen im Infrastrukturbereich angreifbar zu machen⁸⁰. Kurzfristig ausgelegte, punktuelle Eingriffe können also den längerfristig angelegten sekundärrechtlichen Regulierungsvorgaben zuwiderlaufen⁸¹: solche Eingriffe laufen Gefahr, nicht den Wettbewerb, sondern Wettbewerber zu schützen⁸².

Ein einseitig an einem Essential facilities-Konzept orientiertes Vorgehen kollidiert also potentiell mit der von der Kommission selbst betonten Stärkung alternativer Netzinfrastrukturen⁸³.

V. Resümee

1. Rechtssicherheit als Ziel

Der mit der Zugangsmittelung verfolgte Zweck, Gewissheit über die Anwendung der Wettbewerbsregeln zu schaffen, ist angesichts der großen Entscheidungsspielräume, die der Kommission in diesem Bereich zustehen, positiv zu bewerten. Das Essential facilities-Konzept der Kommission wirft allerdings mehr Fragen auf, als es Antworten gibt. Die wichtige Frage einer Abgrenzung zwischen legitimen Interessen vertikal integrierter Unternehmen und missbräuchlichem Verhalten bleibt unbeantwortet, und die Grenzen des Essential facilities-Konzepts verschwimmen mit den vagen Kriterien für eine sachliche Rechtfertigung der Zugangsverweigerung und der Unbestimmtheit der an die Duplizierbarkeit der Einrichtung anzulegenden Maßstäbe.

2. Trennung zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch

Eine ausschließlich auf die Netzinfrastruktur ausgerichtete Betrachtungsweise verleitet dazu, Marktbeherrschung und

73 Vgl. Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 96/19 EG der Kommission vom 13. 3. 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388 EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten. ABl. L 74 v. 22. 3. 1996, 13.

74 Vgl. Art. 1 Nr. 1 der Richtlinie 97/51 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. 10. 1997 zur Änderung der Richtlinien 90/387 EWG und 92/44 EWG des Rates zwecks Anpassung an ein wettbewerbsorientiertes Telekommunikationsumfeld. ABl. L 295 vom 29. 10. 1997, 23.

75 Müller (Fn. 12), 236; Stürmer (Fn. 28), S. 27.

76 Temple Lang (Fn. 16), 523. Zum potentiellen Innovationshindernis des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB vgl. auch Wallenberg, Diskriminierungsfreier Zugang zu Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen, K&R 1999, 152 (154).

77 Richmer, EG-Wettbewerbsrecht und Zugangsvereinbarungen in der Telekommunikation, MMR 1998, 355 (357).

78 Wozu freilich auch nach der Essential facilities-Doktrin keine rechtliche Verpflichtung besteht, vgl. Temple Lang (Fn. 16), 496.

79 Stürmer (Fn. 28), S. 105 f.; auch Engel, Der Weg der deutschen Telekommunikation in den Wettbewerb, MMR-Beilage 3 1999, 7 (10, 12).

80 Vgl. Erwägungsgründe 6 und 7 der Richtlinie 96/19 EG (Fn. 73); auch die Zugangsmittelung der Kommission (Fn. 1) verweist auf die Entwicklung der Zugangsmärkte, Ziff. 52 f.

81 Diese zeitliche Differenz zwischen Wettbewerbsrecht und Deregulierungsvorschriften sehen auch Art van Liedekerke, Developments in EC Competition Law in 1997: An Overview, C.M.L.R. 1998, 1135.

82 Was außerhalb der ratio des Art. 82 EG liegt, vgl. Desclaux (Fn. 21), 566.

83 Vgl. etwa Kommission (Fn. 1), Ziff. 53, 91.

Missbrauch nicht mehr zu unterscheiden und von einer scheinbar typischen Marktbeherrschungsposition auf einen Missbrauch zu schließen. Bei einer solchen Vorgehensweise ist mit dem Rückgriff auf die Essential facilities-Doktrin kein Fortschritt gegenüber der „herkömmlichen“ Bestimmung der Marktbeherrschung erzielt. Auch nach der Zugangsmitteilung bleibt für den Telekommunikationsbereich offen, welche Beziehungen zwischen dem primären und dem abgeleiteten Markt bestehen müssen⁸⁴. Die Besonderheiten des jeweils relevanten Marktes⁸⁵ und insbesondere die Bedingungen des Marktzutritts sind im Rahmen des Art. 82 EG bei der Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung aber ohnehin zu berücksichtigen⁸⁶.

3. Dogmatischer Gewinn?

Auch hinsichtlich der Verhaltensanforderungen an marktbeherrschende Unternehmen vermag das Essential facilities-Konzept der Zugangsmitteilung keine klareren Aussagen zu treffen als die bereits tradierte Praxis zu Art. 82 EG. Wenn die alleinige Kontrolle über eine wesentliche Einrichtung noch keinen Rückschluss auf eine marktbeherrschende Stellung zulässt, dann kann dies auch für die Bestimmung eines missbräuchlichen Verhaltens nur bedeuten, dass dieses Tatbestandsmerkmal nach wie vor selbständig auszulegen ist. Die Essential facilities-Doktrin birgt eher die Gefahr in sich, von einem als missbräuchlich angesehenen Verhalten auf die marktbeherrschende Stellung zu schließen, also in der Begründung einem Zirkelschluss zu unterliegen⁸⁷. Zieht man in Betracht, dass die Einschränkung von Rechtfertigungsgründen für Zugangsverweigerungen, die das Essential facilities-

Konzept mit sich bringt, in den strengeren Verhaltensanforderungen für beherrschende Unternehmen wurzelt, so wird man im Gegenteil folgern müssen, dass die Frage der Markt-abgrenzung und Marktbeherrschung hier mit besonderer Sorgfalt vorgenommen werden muss.

VI. Ausblick

Die von der Kommission in Aussicht gestellte Anwendung ihres Essential facilities-Konzepts auf vergleichbare Fälle der Digitalkommunikation⁸⁸ dürfte noch weitaus komplexere Fragen aufwerfen. Der immaterialgüterrechtliche Schutz von Anwendungsprogrammen, Protokollimplementierungen, Softwaretechnologien und Schnittstellen im EDV-Bereich führt zu einer Vielzahl von (vermeintlichen und echten) Bottlenecks⁸⁹, deren rechtliche Beurteilung die Kommission wieder in die durch das *Magill*-Urteil bekannten Untiefen zwischen gemeinschaftlichem Wettbewerbsrecht und nationalem Urheberrecht zwingen würde.

Vor allem stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, wo die Grenzen des Netzbegriffs liegen und welche der Erwägungen der Kommission netzspezifisch sind. Aus der Perspektive des Endkunden kann sich auch ein Telekommunikationsnetz lediglich als Vertriebsrichtung für Telekommunikationsdienstleistungen darstellen. Umgekehrt wäre dann fraglich, ob nicht auch Vertriebssysteme für physische Güter, wie Supermarkt- oder Einzelhandelsketten mit der dahinter stehenden Logistik⁹⁰, als Netze zu behandeln wären⁹¹.

84 Ähnlich *Scherer* (Fn. 11), 319.

85 Vgl. EuGH, 13. 2. 1979 – Rs. 85/76, Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461 (522 ff.), RIW 1979, 554.

86 *Wyatt/Dashwood*, *European Community Law*, 3. Aufl., 1993, S. 452 f.; *Craig/de Bruca*, *EU Law*, 2. Aufl. 1998, S. 951 mit kritischen Hinweisen zur praktischen Bedeutung von Marktzutrittschranken.

87 Vor einem solchen Zirkelschluss im Rahmen des Art. 82 EG warnen auch *Schollmeier/Krimphove*, in: *Bleckmann*, *Europarecht*, 6. Aufl. 1998, Rdnr. 1937.

88 Kommission (Fn. 1), Ziff. 6.

89 Im Telekommunikationsbereich reduzieren die technischen ONP-Normen, die zu einer Vereinheitlichung der Schnittstellen für den Netzzugang geführt haben, die Fälle der durch proprietäre Technologie entstehenden Bottlenecks.

90 Vgl. *Thiet*, *The Regulation of Networks and Relations Between Industry and Trade: A French Perspective*, E.C.L.R. 1998, 473 (476 ff.).

91 Vgl. auch *Overd Bishop*, *Essential Facilities: The Rising Tide*, E.C.L.R. 1998, 183 (185), die auf einen britischen Fall eines auf die Essential facilities-Doktrin gestützten Anspruchs auf Zugang zu einem Vertriebssystem hinweisen.

Die Zukunft des Remailing

EuGH, 10. 2. 2000 – verb. Rs. C-147/97 und C-148/97, EWS 2000, 167

Von Stefan Barden, Köln*, Wiss. Mitarbeiter, Universität Bonn

Der EuGH hat mit Urteil vom 10. 2. 2000 in einem Vorabentscheidungsverfahren entschieden, dass die Deutsche Post AG auf der Grundlage des Art. 25 WPV gegen alle Formen von Remailing vorgehen kann. Sie kann für Remail-Sendungen das entgangene Inlandspostporto nachfordern, sofern bereits erhaltene Endvergütungen ausländischer Postbetreiber darauf angerechnet werden. Diese Abwehrmaßnahmen sind auf der Grundlage des Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt, um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen erbringen zu

können. In der Abwägung treten die Wettbewerbsvorschriften sowie die wirtschaftlichen Grundfreiheiten zurück. Der Beitrag analysiert die vorgenommene Auslegung des Art. 86 Abs. 2 EG und kommt zu dem Ergebnis, dass die Wettbewerbsregeln sowie die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit bei tatsächlicher Wertschöpfung im Ausland eine zu weitgehende Einschränkung erfahren, die mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht vereinbar scheint.

* Den Autor stellen wir auf S. VIII vor.

I.
Da
kei
tur
der
Hö
akt
te e
199
ge
des
wer
heit
(Ar
hof,
Art.
nati
betr
aus
sica
hand
der
gen
Fach

1. S.
Hint
Post
nung
mark
ditka
erste
Post,
förde
disch
von c
gütun
diese
von b
Höhe

2. Ve
OI
Die D
ge auf
dung,

1 Vgl.
1215
2 Base
hors.
NJW
Kieß
BB 1
chen
395.
3 Urtei
sche
teil si
Dazu
4 Nicht
ren d
WRP
Wojte
chen
weit-
Recht