

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Das Verbot des Missbrauchs einer
marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 102 AEUV im
Bereich Rundfunk und Telekommunikation“

Verfasserin

Mag. iur. Viktoria Theres Trubert

Angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2011

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuerin/Betreuer: ao. Univ.- Prof. Dr. Alina-Maria Lengauer, LL.M.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

§1 Einleitung

<i>I. Der Wettbewerb</i>	4
A. Theorien zum Wettbewerb.....	5
B. Wettbewerbsrecht.....	9

§2 Geschichtliche Entwicklung

<i>I. Die Entwicklung der Wettbewerbsregulierung</i>	11
<i>II. Geschichte und Liberalisierung der Telekommunikation in Europa – Entwicklung des Telekommunikationsrechts</i>	13
<i>III. Die Geschichte der Liberalisierung und Regulierung des Rundfunks</i>	15
A. Deutschland.....	20
B. Frankreich.....	22
C. Großbritannien.....	22

§3 Begriffsbestimmung

<i>I. Telekommunikation</i>	23
<i>II. Rundfunk</i>	26
<i>III. Liberalisierung</i>	28
<i>IV. Die Regulierungsbehörden</i>	29
<i>V. Die Bestimmung des Art. 102 AEUV</i>	32
A. Der relevante Markt.....	34
B. Die beherrschende Stellung.....	41

C. Der Unternehmensbegriff.....	45
D. Der Missbrauch.....	45
1. Geschäftsverweigerung.....	48
2. Preismissbrauch – Kampfpreisunterbietung.....	51
a) Kampfpreise.....	51
b) „margin squeeze“.....	54
3. Abnehmerbindungen.....	55
4. Koppelungsgeschäfte.....	58
5. Überhöhte Preise und unfaire Geschäftsbedingungen.....	60
6. Produktionsbeschränkungen.....	64
7. Diskriminierung von Handelspartnern.....	64
8. Marktstrukturmissbrauch.....	67
E. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.....	68
F. Spürbarkeit.....	70

§4 Weitere Rechtsgrundlagen

<i>I. Nationale Gesetzesgrundlagen.....</i>	<i>71</i>
<i>A. Österreich.....</i>	<i>72</i>
<i>B. Deutschland.....</i>	<i>76</i>
<i>C. Großbritannien.....</i>	<i>80</i>
<i>D. Frankreich.....</i>	<i>82</i>

§5 Monopolstellungen in Europa

<i>I. Telekommunikation.....</i>	<i>84</i>
<i>II. Rundfunk.....</i>	<i>85</i>

§6 Der Verbraucher im Lichte des Artikel 102 AEUV

<i>I. Der Verbraucher.....</i>	<i>89</i>
<i>II. Der Verbraucher in Art. 102 AEUV.....</i>	<i>92</i>

<i>III. Die Möglichkeit eines Private Enforcement</i>	93
<i>IV. Spezieller telekommunikationsrechtlicher Verbraucherschutz</i>	103
<u>§7 Die Rundfunkmonopole im Spannungsfeld zu Art. 10 EMRK</u>	
<i>I. Allgemeines</i>	107
<i>II. Der Fall Lentia</i>	109
<u>§8 Die Judikatur zu Artikel 102 AEUV in Telekommunikation und Rundfunk</u>	
<i>I. Rechtsprechung des EuGH zu Artikel 102 AEUV</i>	112
<i>II. Die Judikatur im Bereich Telekommunikation</i>	116
<i>III. Entscheidungen im Bereich Rundfunk</i>	125
<i>IV. Effects-based approach versus form-based approach</i>	127
<i>V. Die Rechtsfolgen von Art. 102 AEUV</i>	134
<u>§9 Ausblick und Fazit für Rundfunk und Telekommunikation</u>	

Literatur

Rechtsprechung

Zusammenfassung Deutsch

Zusammenfassung Englisch

Curriculum vitae

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
ADSL	Asymmetric Digital Subscriber Line
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AG	Aktiengesellschaft
AIMC	Asociacion para la investigacion de medios de comunicacion
Art.	Artikel
BBC	British Broadcasting Corporation
BGB	Bundesgesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKS	Bundeskommunikationssenat
BPB	British Plaster Board
BVG	Bundesverfassungsgesetz
BWB	Bundeswettbewerbsbehörde
bzw.	beziehungsweise
CA	Competition Act
etc.	ecetera
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuG	Gericht der Europäischen Union

EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FernsehRL	Fernsehrichtlinie
FTEG	Gesetz über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen
GEREK	Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HMG	Holland Media Groep
IMS	Information Management System
ISDN	Integrated Services Digital Network
iVm	in Verbindung mit
KartG	Kartellgesetz
KartellVO	Kartellverordnung
KOG	KommAustria-Gesetz
KOM	Kommissionsbericht
KommAustria	Kommunikationsbehörde Austria
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
KVR	Abkürzung für Kartellsachen des BGH
KZR	Abkürzung für Kartellsachen des BGH
lit.	Litera
Mio.	Millionen
MR	Zeitschrift Medien und Recht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitschrift
OGH	Oberster Gerichtshof

ORF	Österreichischer Rundfunk
RAVAG	Radio-Verkehrs-Aktiengesellschaft
RfStV	Rundfunkstaatsvertrag
RNE	Radio Nacional de Espana
Rs	Rechtssache
RTKom	Zeitschrift für das gesamte Recht der Telekommunikation
RTR-GmbH	Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
Rz	Randziffer
S	Satz
Sec	Section
SGB V	Sozialgesetzbuch Fünftes Buch
SVT	Sveriges Television
TAL	Teilnehmeranschlussleitung
TKG	Telekommunikationsgesetz
TKK	Telekom-Control-Kommission
TKV	Telekommunikationskundenschutzverordnung
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
uU	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WettbG	Wettbewerbsgesetz
WLAN	Wireless Local Area Network

§1 Einleitung

Auf dem Wirtschaftsmarkt wird je nach der individuellen Beschaffenheit des jeweiligen Marktes den Marktbeteiligten die Möglichkeit gegeben, sich zwischen verschiedenen Angeboten zur Bedarfsdeckung zu entscheiden. Es stellt sich somit die ökonomische Frage, wie sichergestellt werden kann, dass für die vorhandene Nachfrage nach einem bestimmten Produkt oder einer Leistung ein entsprechendes Angebot vorhanden ist. Kann ein solches entsprechendes Angebot hergestellt werden, das qualitativ und quantitativ für die Nachfrageseite als generell positiv zu beurteilen ist, so befindet sich der Markt in einem Gleichgewicht, welches für sämtliche Marktbeteiligte wirtschaftlich von Vorteil ist. Die Koordination von Angebot und Nachfrage durch den Markt ist das Gegenteil autoritärer Bestimmung dessen, welche Bedürfnisse gedeckt werden sollen. Marktwirtschaft soll die Artikulation von Bedürfnissen auf der Nachfrageseite mit Maßnahmen verbinden, die diese Bedürfnisse zu befriedigen in der Lage sind.¹

Sobald einem der Marktbeteiligten übermäßige, weitgehend nicht mit Leistung verbundene Vorteile zuteil werden, ist die Gefahr gross, dass der Markt in ein Ungleichgewicht gerät, welches für die anderen Wettbewerber oft intensive negative Auswirkungen haben kann. Für die Anbieter auf dem Markt bedeutet dies die Notwendigkeit wirtschaftlich in Konkurrenz mit anderen Anbietern zu treten, wodurch für jeden anbietenden Marktteilnehmer ein Leistungsdruck entsteht. Die Teilnehmer haben sich jeweils darum zu bemühen, zu möglichst günstigen Konditionen anzubieten, da ihnen sonst eine Gefährdung ihrer Wettbewerbsfähigkeit und uU sogar Existenz droht wenn sie zunehmend weniger Gewinn machen und schlussendlich Probleme bekommen ihre Kosten und Einkaufsbedürfnisse zu decken. Dieser Druck des Bestehens im Wettbewerb mit anderen Konkurrenten ist für den Wettbewerber naturgemäß eine permanente Belastung und in diesem Sinne wäre es für die Wettbewerber freilich angenehmer, Mittel und Wege zu finden diesem wirkungsvoll auszuweichen, wodurch sich der Marktteilnehmer in einer sichereren Position im Wirtschaftsleben wiederfinden könnte. Dieses Ausweichen versuchen die Unternehmer, die am Wettbewerb teilnehmen, auf verschiedenste Weise durch unterschiedliche Verhaltensweisen, wobei die meisten dieser Verhaltensweisen durch wettbewerbsrechtliche Regelungen verboten sind.

¹ *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht: Wettbewerbsbeschränkungen, Unlauterer Wettbewerb, Marken (1997) 9.

Der Wettbewerb ist somit eine wirtschaftlich notwendige Erscheinung um einen Markt funktionsfähig und frei von Nachteilen für einzelne Marktteilnehmer zu gestalten. Damit dies gewährleistet und sichergestellt werden kann, ist ein rechtlicher Rahmen erforderlich, der Unternehmern wettbewerbsgefährdendes Verhalten, das beispielsweise anderen Marktteilnehmern den Zutritt erschwert oder sie vom Markt verdrängt bzw. Nachteile eines mangelnden breiten Angebotes für die Nachfrager zur Folge hat, verbietet. Aus diesen wirtschaftlichen und ökonomischen Überlegungen ergibt sich die unbedingte Notwendigkeit eines Wettbewerbsrechts.

Die wettbewerbsrechtlichen Regelungen haben sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene einerseits dafür zu sorgen, dass der Wettbewerb in seinem Bestand erhalten bleibt und andererseits dafür, dass die Unternehmer sich im Rahmen dessen halten, was mit den Funktionsvoraussetzungen von Wettbewerb verträglich ist. Diese beiden zwar unterschiedlichen, aber doch zweckmäßig eng verbundenen Funktionen bezeichnet man als Existenzschutz und Qualitätsschutz.²

Benötigt wird in diesem Sinne ein System von Regeln für den Wettbewerb, das sicherzustellen vermag, dass den Marktteilnehmern die Befriedigung ihrer Bedürfnisse möglich ist. Denn sonst würde gerade nicht dafür gesorgt, dass jeder Wettbewerber durch seine Konkurrenten in Zaum gehalten wird und, dass er sein Verhalten unter anderem an den Interessen der Geschäftspartner ausrichten muss.³

Der Wettbewerb ist aus vielen Gründen durch einen rechtlichen Rahmen zu schützen, da er unterschiedliche nützliche Funktionen erfüllt für die Wirtschaft und für die gesamte Gesellschaftsordnung. Insbesondere bestimmt der Wettbewerb in einer seiner Funktionen das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage von Gütern und Produkten auf dem Wirtschaftsmarkt. Der Wettbewerb sorgt dafür, dass die Unternehmer in eine wirtschaftliche Lage der Konkurrenz gebracht werden, die sie dazu zwingt ihre Angebote hinsichtlich Qualität, Quantität und Preis derart zu gestalten, dass es ihnen möglich wird gegenüber anderen Unternehmern auf demselben Wirtschaftsmarkt zu bestehen. Die Produktion und der

² *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht: Wettbewerbsbeschränkungen, Unlauterer Wettbewerb, Marken (1997) 17.

³ *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht: Wettbewerbsbeschränkungen, Unlauterer Wettbewerb, Marken (1997) 18.

Vertrieb müssen dadurch auch möglichst effektiv und kostengünstig gestaltet werden um so in der Folge sich geringere Preise bei den Angeboten leisten zu können.

Der Wettbewerb hat zudem auch sehr wichtige gesellschaftspolitische Funktionen, die ein wirtschaftliches Machtgleichgewicht in der Gesellschaft und eine faire Chancengleichheit für alle ermöglichen sollen. Dadurch soll eine gesunde Gesellschaftsordnung im Wirtschaftsleben gewährleistet werden können, die jedem Marktteilnehmer ein in einem wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmen freies Agieren gestattet.

Zunehmend kommt dem Kartellrecht in den letzten Jahren eine verbraucherschützende Aufgabe zu, deren Umfang teilweise noch unterschiedlich aufgefasst wird.⁴ Wenn sich durch unrechtmäßige Beschränkungen des Wettbewerbs das Angebot auf dem Markt in Qualität und Quantität verringert, so hat dies nachteilige Auswirkungen auf die Verbraucher zur Folge, da die Auswahl zur Bedarfsdeckung für die Konsumenten vermindert wird. Dem Verbraucher wird die Möglichkeit genommen zwischen sämtlichen Varianten zur Befriedigung seiner Bedürfnisse zu wählen, wodurch der Verbraucher entweder in die Lage gezwungen wird einen höheren Preis zu zahlen für seine Leistung oder eine mindere Qualität diesbezüglich zu akzeptieren.

In diesem Zusammenhang ist hinsichtlich der Funktionen des Wettbewerbs auch der individuelle Aspekt des kartellrechtlichen Schutzes anzusprechen. Die Freiheit des Einzelnen am Wettbewerb teilzunehmen und eine faire wirtschaftliche Chance zu haben darin zu bestehen, ist dem Kartellrecht in Zweck und Funktion zueigen.

So ermöglicht das privatautonome Handeln der Akteure im Endeffekt erst den Wettbewerb. Umgekehrt ist es die Aufgabe des Kartellrechts, die Privatautonomie zu begrenzen, damit sie sich nicht selbst aufhebt. Das Kartellrecht richtet sich nicht nur gegen Beschränkungen, die von der Privatautonomie ausgehen, sondern geht gegen alle Formen der Wettbewerbsbeschränkung vor. Dazu zählen unter anderem der Aspekt der Unternehmensstrukturkontrolle, die Kontrolle übermäßiger Marktkonzentrationen oder das Überwachen von Unternehmen in marktbeherrschender Stellung.⁵

Nachdem jeder der Akteure auf dem Wirtschaftsmarkt bestrebt ist für sich den größtmöglichen Vorteil im Wettbewerb mit der Konkurrenz zu erwirken, sollte im Idealfall

⁴ Lange, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht² (2006) 2.

⁵ Lange, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht² (2006) 2.

gerade dieser Umstand zu einem optimalen Ergebnis hinsichtlich der Marktkonditionen für die Verbraucher führen. Marktbeherrschende Unternehmen sind in diesem System eine Gefahr für ein ausgewogenes Zusammenspiel dieser Faktoren. Ihnen steht aufgrund ihrer übermäßigen Macht im Wettbewerb die Möglichkeit zur Verfügung, diesen zu ihrem Vorteil dergestalt zu beeinflussen, dass nicht nur die anderen Wettbewerber sondern auch die Verbraucher nachteilig betroffen sein können. Daher ist auf derartige Marktbeherrscher wettbewerbsrechtlich ein besonderes Augenmerk zu legen und ihr wirtschaftliches Verhalten in jedem Stadium des Produktverkaufs speziell zu überwachen und zu prüfen.

I. Der Wettbewerb

Der Begriff des Wettbewerbs wird weder im europäischen noch im nationalen Kartellrecht definiert. Eine umfassende und genaue Definition des Wettbewerbs wäre mitunter auch kaum möglich, da sämtliche Faktoren, wechselseitige Wirkungen, Voraussetzungen und Ergebnisse des Wettbewerbs berücksichtigt werden müssten.⁶

Vielmehr hat sich das Verständnis von Wettbewerb allgemein aus der Ökonomie und den in dieser Wissenschaft entwickelten Theorien zu den verschiedensten Marktstrukturen herausgebildet. Je nach Beschaffenheit des Marktes gestalten sich die Preise eher hoch oder niedrig und die Produktqualität eher gut oder schlecht.

Der Wettbewerb hat aus ökonomischer Sicht in diesem Zusammenhang verschiedene Funktionen, nämlich eine Verteilungs-, eine Steuerungs- und eine Anreizfunktion, die verschiedene Zwecke erfüllen. Die Verteilungsfunktion bewirkt, dass das von den Konsumenten in die Wirtschaft investierte Geld entsprechend dem Leistungs- und Wettbewerbsvermögen eines Wettbewerbers verteilt wird. Die Steuerungsfunktion des Wettbewerbs bewirkt, dass sich das Angebot an Waren und Dienstleistungen auf den jeweiligen Märkten nach den Wünschen und Bedürfnissen der Verbraucher zusammensetzt, denn wenn keine Nachfrage vorhanden ist, so verringert sich auch das Angebot, da mit dem überschießenden Angebot kein Gewinn gemacht werden kann. Durch die Anreizfunktion, die in der Natur des Wettbewerbs liegt, werden der technische Fortschritt und die höchstmögliche Qualität eines Produktes gefördert, worin wiederum ein Vorteil für die Abnehmerseite liegt.⁷

Der Wettbewerb steht in notwendigem Zusammenhang mit der Marktwirtschaft. Es wird das eigenständige Wirtschaften gefördert, das einerseits bei Erfolg hohe Gewinnperspektiven

⁶ Lange, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht² (2006) 2.

⁷ vgl. Gabler, Volkswirtschaftslexikon² (1983) Artikel „Wettbewerbsfunktionen“.

eröffnet und dagegen andererseits bei Verlust bzw. Misserfolg einen ständigen Druck des wirtschaftlichen Bestehens gegenüber der Konkurrenz produziert. Sowohl die Autonomie und Eigenständigkeit der Wirtschaftssubjekte als auch die gesamte Wettbewerbsordnung sind Voraussetzungen für einen funktionierenden Wettbewerb. Ein weiterer notwendiger Bestandteil eines funktionierenden Wettbewerbs ist das Ausbleiben von Verhaltensweisen der Unternehmer, die den Wettbewerb einschränken oder verzerren und die Chancengleichheit nach Leistung gefährden.

A. Theorien zum Wettbewerb

Wettbewerbstheorien sind ein Teil der Volkswirtschaftslehre und haben den Zweck zu erklären, unter welchen Bedingungen der Marktstruktur und des Verhaltens sämtlicher Marktteilnehmer Wettbewerbsprozesse erfolgen und welche Marktergebnisse sie nach sich ziehen.⁸

Die Wettbewerbstheorien sind ein wesentlicher Teil der Ökonomie und sind größtenteils sehr abstrakt formuliert bzw. ausgestaltet. Nach der *klassischen Wettbewerbstheorie* wird die Bevormundung des Einzelnen durch die Wirtschaftspolitik abgelehnt und die Handlungsfreiheit von Unternehmen und Haushalten gefordert. Wettbewerb im Sinne dieser Theorie ist ein dynamisches Zusammenspiel aus Aktion und Reaktion, wodurch jedem Marktteilnehmer eine gewisse Freiheit im Wettbewerb gewährleistet werden soll um seine Interessen zu verfolgen. Dadurch regelt sich der Leistungs- und Erfolgsprozess von selbst, indem nach diesem Wettbewerbsmodell jeder Marktteilnehmer das erhält, was ihm seiner Leistung nach zusteht. Da sich dieses System von selbst regelt nach der Theorie würden Eingriffe des Staates lediglich stören und Unruhen verursachen.

Das *Wettbewerbsmodell der vollkommenen Konkurrenz* wurde im Anschluss an die klassische Wettbewerbstheorie entwickelt und basiert auf dem Gedanken eines optimalen Gleichgewichts auf dem Markt. Ein sogenannter vollkommener Markt ist ein Modell, in dem es möglich ist die optimale Wohlfahrt, also die bestmöglichen Bedingungen, für die Verbraucherseite herzustellen. Gewinne sind in diesem System zu vernachlässigen, da bei einer optimalen Verteilung der wirtschaftlichen Ressourcen sich keine außergewöhnliche wirtschaftliche Macht durch spürbare Gewinne zu bilden vermag. Ökonomisch spricht man dabei von einer optimalen Allokation auf dem jeweiligen Markt.

⁸ Gabel, Marktwirtschaft und Wettbewerb (1990) 4.

Die diesem Modell zugrundeliegenden Annahmen sind jedoch grundlegend statisch und können die real existierenden Zustände auf den Märkten nicht entsprechend wiedergeben.⁹

Nach der Grundidee dieses Modells stehen Angebot und Nachfrage im Einklang miteinander, wodurch ein für den Verbraucher ideales Marktgleichgewicht erzeugt wird. In einem Polypol, wie diese Marktform auch genannt wird, beliefern unzählig viele Anbieter einen Markt, so dass der Einzelne aufgrund fehlender Marktmacht keinen Einfluss auf die Preisbildung für das Produkt nehmen kann. Findet man diese Voraussetzung sowohl auf der Anbieter- als auch auf der Nachfragerseite, ist die vollkommene Konkurrenz erfüllt.

Im *Modell der unvollkommenen oder monopolistischen Konkurrenz* gibt es einige Anbieter mit ähnlichen Produkten auf dem Markt. Es ist diesen aber durch ihr Wettbewerbsverhalten möglich unterschiedliche Preise für die angebotenen Leistungen zu erzielen, wodurch ihnen in einem begrenzten Maße ein Spielraum gleich dem eines Monopolisten zuteil wird. Sämtliche Abweichungen von den Faktoren der vollkommenen Konkurrenz werden als Unvollkommenheits- oder Monopolelemente gesehen. Mit dieser Theorie sollte das Spannungsfeld zwischen vollkommener Konkurrenz und Monopol gelockert werden. Sowohl Elemente des Wettbewerbs als auch des Monopols sind in diesem System vorhanden.

Im Falle des Bestehens eines *Monopols* gibt es ganz im Gegensatz zur vollkommenen Konkurrenz nur einen grossen Anbieter. Der Monopolist hat regelmäßig grosse Marktmacht, die sich notwendigerweise daraus ergibt, dass die Abnehmer keine Alternativen zu dem Angebot des Monopolisten haben um ihre Bedürfnisse zu befriedigen. In Anbetracht der Tatsache, dass es dem Monopolisten möglich ist die Bedingungen auf dem Markt nach seinen eigenen Bedingungen auszugestalten ohne auf andere Teilnehmer Rücksicht nehmen zu müssen, ist dieses ökonomische Modell äußerst nachteilig für die Konsumentenseite, da der Konsument lediglich die Wahl hat das gewünschte Produkt dem Monopolisten zu den von ihm aufgestellten Bedingungen abzunehmen oder alternativ auf das Produkt generell zu verzichten. Der Verbraucher hat keine Chance durch sein Verhalten das Marktgeschehen, insbesondere Preis und Produktqualität, zu beeinflussen. Wird der Markt schließlich geöffnet, so hat sich der Monopolist gegenüber potentiellen neuen Mitbewerber zu verteidigen. Mitunter tut er das, indem er durch verschiedene Strategien versucht, neu eintretende Konkurrenten vom Markt zu verdrängen. Damit der Monopolist seine bestehende Macht nicht zum Nachteil der Konsumenten in diesem Sinne ausnutzen kann wie es ihm beliebt, bestehen

⁹ Lange, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht² (2006) 3.

im europäischen und nationalen Kartellrecht gesetzliche Grenzen für derartige Verdrängungspraktiken.

Die *moderne Wettbewerbstheorie*, die sich auch *effective competition* nennt, hat erstmals die Idee auf den Plan gebracht, dass Unvollkommenheiten auf dem Markt durch andere Unvollkommenheiten ausgeglichen bzw. geheilt werden könnten. Dieses Modell ist vor allem bestrebt, den Wettbewerb als einen dynamischen Prozess zu erkennen und zu untersuchen. Dabei werden auch Produktentwicklungen, Preisentwicklungen und Produktionsverfahren bzw. deren Kosten berücksichtigt.

Der Wettbewerb läuft nach moderneren Wettbewerbstheorien in verschiedenen Phasen ab, welche schrittweise aufeinander folgen. Zunächst versucht der Unternehmer im Rahmen von Entwicklungsprozessen einen Vorsprung hinsichtlich des abzusetzenden Produktes herauszuarbeiten. In der folgenden Wettbewerbsphase werden die Produkte nachgeahmt und weiterverbreitet auf dem Markt. Diese Phasen nennt man Experimentierphase und Expandierphase. Erst am Ende folgt schließlich die sogenannte Ausreifungsphase, in welcher die Marktverhältnisse statischen Charakter annehmen, der in den traditionellen ursprünglichen Wettbewerbstheorien ausschließlich betrachtet wurde. Verfolgt man die Phasen in ihrer Abfolge weiter gelangt der Markt nun zur Stagnation, da sich eine wirtschaftliche Sättigung des Marktes einstellt und damit die Nachfrage in der Folge zurückgeht. Dies ist der Zeitpunkt, an dem der Unternehmer wieder neue Innovationen auf den Markt bringen sollte und der Phasenprozess somit von neuem beginnt.¹⁰

Die europäische Wettbewerbspolitik ist durch die Festlegung gemeinsamer Ziele geprägt, die im Zeichen einer freien Marktwirtschaft zwischen den Mitgliedstaaten stehen und in ihrer strukturellen Gesamtheit einen funktionsfähigen, stabilen und für sämtliche Marktteilnehmer gesunden Wettbewerb gewährleisten sollen.

Die Grundentscheidung zugunsten eines marktwirtschaftlichen Systems steht unter der Prämisse, dass dieses dem einzelnen Marktbürger nicht nur den größtmöglichen Freiheitsraum für eigenverantwortliche, selbständige Tätigkeiten sichert. Es ist auch am ehesten geeignet, deren wirtschaftliche Aktivität zu stimulieren. Zudem gewährleisten die Wettbewerbsregeln die Gleichbehandlung der Marktbürger. Als Teil der unmittelbar geltenden gemeinschaftsrechtlichen Regelungen sind sie in der ganzen Europäischen Gemeinschaft nach einheitlichen Maßstäben anzuwenden.¹¹

¹⁰ Gabel, Marktwirtschaft und Wettbewerb (1990) 7.

¹¹ Lange, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht (2006) 8.

Im Gegensatz dazu steht die Planwirtschaft, in welcher das einzelne Individuum keinen Raum zur Selbständigkeit und dem Einbringen und Verwirklichen eigener Ideen hat. Im Rahmen dieses Wirtschaftssystems ist es nicht annähernd in dem Maße wie bei der Marktwirtschaft möglich dem Einzelnen die Möglichkeit zum eigenverantwortlichen Wirtschaften und Tragen von Gewinn, wenn die gelieferte Leistung gut ist, bzw. Verlust wenn er nicht ausreichend leistungsfähig ist, zu geben.

In Österreich verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte wie die Vertragsfreiheit und die Eigentumsfreiheit schließen auch eine autoritäre Lenkung der Wirtschaft im Sinne eines Modells der Planwirtschaft schon ursprünglich aus. Berücksichtigt man diese Grundrechte so gebiete vielmehr die österreichische Verfassung eine Marktwirtschaft als zentrales Koordinationsinstrument wirtschaftlicher Aktivitäten. Die erwähnten Grundrechte können sprachlich unter dem Begriff Privatautonomie zusammengefasst werden und diese steht mit dem System der Marktwirtschaft in einem notwendigen Zusammenhang.¹²

Die Privatautonomie ist das Prinzip, das besagt, dass in einer freien Gesellschaft jedes Individuum seinen Willen frei bilden und diesem entsprechend handeln kann, es den Subjekten freisteht mit wem sie welche Geschäfte machen wollen. Selbstverständlich geht damit auch eine vollständige eigene Verantwortlichkeit für die in Folge dieses frei gebildeten Willens gesetzten Handlungen einher. Beschränkungen der Privatautonomie sind dort erforderlich und auch zu finden, wo es sich um Schutzvorschriften für andere schützenswerte Interessen handelt. Die Gestaltung der Rechtsverhältnisse frei nach dem eigenen Willen ist ein grundlegendes Prinzip der österreichischen Rechtsordnung.

Die Deckung von Nachfrage setzt voraus, dass jemand befugt, imstande und willens ist, sich darum auch tatsächlich zu bemühen. Zusätzlich ist es nötig, dass es den Beteiligten möglich ist die Bedingungen des Vertrages frei zu vereinbaren. Schließlich gehört es auch zur Funktionsfähigkeit des gesamten Systems der Wirtschaftsprozesse, dass die Ergebnisse der verschiedenen Erwerbsvorgänge auch Dritten gegenüber wirksam werden können.¹³

Nachdem das Wettbewerbsrecht das Ergebnis des Wettbewerbs ist und dieser nur in einem Wirtschaftssystem der Marktwirtschaft bestehen kann, die Marktwirtschaft ihrerseits wieder in einem notwendigen systematischen Zusammenhang mit der Privatautonomie steht, würde

¹² *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht: Wettbewerbsbeschränkungen, Unlauterer Wettbewerb, Marken (1997) 8.

¹³ *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht: Wettbewerbsbeschränkungen, Unlauterer Wettbewerb, Marken (1997) 9.

es ohne Marktwirtschaft und Privatautonomie auch kein Wettbewerbsrecht geben, da diese Regelungen zur Wirtschaftssteuerung gar nicht erforderlich wären.

B. Wettbewerbsrecht

Die Regelungen hinsichtlich des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sind Teil des Kartellrechts, welches gemeinsam mit den Vorschriften über unlauteren Wettbewerb das Wettbewerbsrecht als gesetzlichen Rahmen für den Wettbewerb bildet. Das Kartellrecht wird auch als das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen gesehen. Das Wettbewerbsrecht als Überbegriff kann mit „Wettbewerbsrecht im weiteren Sinn“ genau umschrieben werden um die Begriffe in ein systematisches Konzept von Regelungen und Regelungsgebieten einzuordnen.

Das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen soll vorwiegend den Zweck verfolgen, die Freiheit der Wettbewerber auf dem Markt zu gewährleisten und vorhandene wirtschaftliche Zwangssituationen beseitigen, damit der Wettbewerb zum Vorteil aller und insbesondere zum Vorteil der Verbraucher, die vom Angebot abhängig sind, ausgeglichen ist. Jedenfalls sind im Zusammenhang mit wettbewerbsrechtlichen Belangen immer auch öffentliche und allgemeine Interessen zu beachten, da es auch diese zu schützen gilt.

Ganz im Gegensatz zum Kartellrecht ist das Lauterkeitsrecht bislang vorwiegend auf mitgliedstaatlicher Ebene verankert und durch Vorgaben des europäischen Rechts nur in Ansätzen harmonisiert. Das Kartellrecht und das Lauterkeitsrecht stehen mitunter aufgrund dieses Umstandes einerseits in einem starken Spannungsverhältnis zueinander, sind aber andererseits eng miteinander verflochten da sie materiellrechtlich viele gleiche Komponenten aufweisen.¹⁴

Das Lauterkeitsrecht hat insbesondere den Hintergrund, den Wirtschaftsmarkt von schädlichen Praktiken freizuhalten und verpöntes Verhalten verschiedener Marktteilnehmer zu unterbinden, damit die Wirtschaft und deren Abläufe „sauber“ gehalten werden können. Das Kartellrecht verfolgt eine globalere Idee, indem der Wettbewerb nicht nur vor verpönten Praktiken geschützt werden soll, sondern auch in seiner gesamten Funktion umfassend geschützt werden soll, damit er vorteilhaft für alle Teilnehmer vor sich gehen kann.

Die Regelungen des Kartellrechts sind auf europäischer Ebene wettbewerbstechnisch von großer Bedeutung und daher haben sich die Gerichte auf europäischer Ebene oft mit

¹⁴ Mäger, Europäisches Kartellrecht (2006) 2.

derartigen Problemen auseinander zu setzen. Seit der Öffnung verschiedener Märkte für den marktwirtschaftlichen Wettbewerb, auf welchen bis vor einiger Zeit noch sogenannte natürliche Monopole bestanden haben hat sich dies naturgemäß noch weiter verstärkt. Ebenso häufig lassen sich kartellrechtliche Entscheidungen seit der Liberalisierung des Telekommunikations- und auch des Rundfunkmarktes auf europäischer und nationaler Ebene in diesen Marktsektoren finden.

Kartellrechtlich von herausragender Bedeutung sind auf europäischer Ebene insbesondere die Bestimmungen der Art. 101 AEUV und 102 AEUV. Kernpunkt der Untersuchungen in dieser Arbeit ist das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV, der in sehr nahem Zusammenhang mit Art. 101 AEUV steht.

Während Art. 101 AEUV wettbewerbsfeindliche Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen mit potentiellen nachteiligen Auswirkungen verbieten, richtet sich das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV gegen Unternehmen, die eine beherrschende Stellung auf dem Markt innehaben und diese dazu missbrauchen den Wettbewerb zu ihren Gunsten nachteilig zu beeinflussen, da sie aufgrund ihrer wirtschaftlichen Macht die Möglichkeit dazu auch haben. Auch Art. 102 AEUV setzt allerdings eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, also die Eignung des Verhaltens zum Auslösen von Wettbewerbsverzerrungen voraus.

Der Begriff des Missbrauchs erfordert allerdings eine von Fall zu Fall zu treffende Wertentscheidung und ist damit ein heikles Merkmal im Text dieser Vorschrift. Es ist daher eine umfassende Würdigung der wirtschaftlichen Aspekte des Einzelfalls erforderlich, welche schließlich Aufgabe der Gerichte wird.

Das primäre Gemeinschaftsrecht des AEUV wird durch eine Vielzahl von Wettbewerbsregeln des sekundären europäischen Kartellrechts ergänzt. Obwohl Richtlinien im europäischen Kartellrecht bisher keine Rolle gespielt haben, hat der Rat dagegen mehrere Verordnungen verabschiedet. Die wichtigste von ihnen ist die Kartellverfahrensverordnung (EG) Nr. 1/2003. Zusätzlich bestehen noch verschiedene sektorale Verordnungen.¹⁵

Anders als im Anwendungsbereich des US-amerikanischen Kartellrechts existiert im europäischen Kartellrecht keine Möglichkeit, das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung aufgrund internen Wachstums zu verhindern. Dies folgt aus der Tatsache, dass sich

¹⁵ Mäger, Europäisches Kartellrecht (2006) 3.

das europäische Kartellrecht seinem Zweck und auch seinem Ergebnis nach nicht gegen das Entstehen oder Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung richtet, sondern nur gegen deren Ausnutzen in der Folge zu eigenen wettbewerbsfeindlichen Zwecken.¹⁶

Die Aufgabe dieser Arbeit ist eine Darstellung des Art. 102 AEUV in all seinen Ausgestaltungen, Aspekten und Details sowie die Anwendung auf die Sektoren Telekommunikation und Rundfunk. Um ein umfassendes Gesamtbild zu erschaffen sollen dabei auch historische Entwicklungen berücksichtigt und ein Ausblick in die Zukunft gegeben werden. Zu erwähnen sind an dieser Stelle auch spezielle Problemstellungen, die sich bei der wissenschaftlichen Betrachtung dieses Themenbereiches ergeben. Darunter fallen einerseits die verschiedenen rechtlichen Regelungen, deren Zusammenspiel bzw. Parallelität eine Besonderheit darstellt und im Hinblick auf ihre Praktikabilität zu untersuchen sind, andererseits verbraucherschutzrechtliche Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung. Starke Einflüsse der Rechtsprechung und ihrer Beurteilungsansätze dürfen auch hinsichtlich der zu erwartenden Veränderungen in der Zukunft nicht außer Acht gelassen werden. Daten und Fakten aus der Wirtschaftswelt von praktischem Interesse erscheinen an der einen oder anderen Stelle für eine vollständige Gesamtbetrachtung erforderlich.

§2 Geschichtliche Entwicklung

I. Die Entwicklung der Wettbewerbsregulierung

Unter Regulierung versteht man begrifflich einen Prozess, der sicherstellen soll, dass Marktakteure, die eine Monopolstellung innehaben, diese nicht zu ihrem eigenen Vorteil und zum Nachteil der Kunden missbrauchen.¹⁷ Die Frage der Regulierung von Wettbewerb bekam ihre besondere Bedeutung mit der Liberalisierung. In den 1970er Jahren wurden in den europäischen Ländern die vormals staatlich geführten Versorgungsbereiche wie Energie, Post, Eisenbahn und Telekommunikation zunehmend liberalisiert. Die Folge dieser Umstrukturierung war das Entstehen von Wettbewerb in diesen Bereichen. Trotzdem der Wettbewerb als positive und fortschrittliche Entwicklung gesehen wurde, hatte das Entstehen von Konkurrenz naturgemäß Folgen, denen auf juristischer Ebene begegnet werden musste. Der Wettbewerb in diesen ehemals staatlich geregelten Industrien bedurfte einer Regelung.

¹⁶ Mäger, Europäisches Kartellrecht (2006) 163f.

¹⁷ Wallburg, Liberalisierung der Energiewirtschaft (2007) 2.

Zu diesem Zeitpunkt wurde die Regulierung von Wettbewerb in Europa immer mehr Gegenstand politischer Diskussion.

Die Idee, welche hiermit umgesetzt werden sollte, war ehemalige Staatsmonopolisten zu privatisieren und einen freien Wettbewerb durch Regulierung zu schaffen. Die Monopolisten in den verschiedenen genannten Bereichen sollten einem privatwirtschaftlichen Markt zugeführt werden, wobei ein Missbrauch ihrer Monopolstellung, der in diesem Fall zu Beginn des freien Marktes im jeweiligen Sektor naturgemäß gefährlich ist, zu verhindern war.¹⁸

Zur praktischen Umsetzung dieser Idee wurden in der Folge in Europa rechtliche Grundlagen für eine Wettbewerbsregulierung geschaffen und für deren Überprüfung und Einhaltung zuständige Regulierungsbehörden eingerichtet. Zusätzlich wurde nun das Thema der Regulierung des privatwirtschaftlichen Wettbewerbs von mehreren Seiten immer intensiver wissenschaftlich beleuchtet. Sowohl Ökonomen als auch Juristen und aufgrund der praktischen Bedeutung auch Politikwissenschaftler, setzten sich mit dieser Materie auseinander.¹⁹

Mitunter wurde im Bereich des Rechtes der Regulierung in Europa auf amerikanische Regelungsansätze zurückgegriffen und diesbezüglich keine neuen europäischen Ideen herausgebildet. Erstmals mit Beginn der Liberalisierung des Telekommunikationssektors in Deutschland in den achtziger Jahren griff man auf Anleihen des amerikanischen Rechts zurück.²⁰

In den USA und Großbritannien erfolgte die Umsetzung der Idee der Liberalisierung der Märkte in den früher staatlich organisierten Sektoren zuerst. Durch deren Beispiel konnten die europäischen Länder das grosse Wettbewerbspotential einer Liberalisierung erkennen und begannen in den letzten Jahrzehnten auch die Sektoren, die bisher in staatlicher Hand waren, zu liberalisieren.

Mit der Zeit wurde dem Wettbewerbsrecht in Europa eine immer grössere Rolle zuerkannt, weshalb es schließlich auch Erwähnung unter den grundlegenden Prinzipien der Union fand: „the Union shall offer its citizens an area of freedom, security and justice without internal frontiers and an internal market where competition is free and undistorted.“

¹⁸ *Michalczyk*, Europäische Ursprünge der Regulierung von Wettbewerb (2010) 2.

¹⁹ *Müller/Vogelsang*, Staatliche Regulierung (1979) 5.

²⁰ *Michalczyk*, Europäische Ursprünge der Regulierung von Wettbewerb (2010) 2f.

Aus der Öffnung der Märkte entstehen neue Herausforderungen für die Anbieter, aber auch neue Risiken. Unternehmen sehen sich nunmehr dem Druck der Entwicklung und Vermarktung neuer qualitativer Produkte gegenüber, haben aber auch in diesem System die Chance auf hohen wirtschaftlichen Erfolg. Auch für Konsumenten entsteht eine neue Situation auf dem Markt. Sie haben sich neu zu orientieren in der durch die Öffnung entstehenden Vielfalt an Produkten und auch Preisen.

II. Geschichte und Liberalisierung der Telekommunikation in Europa– Entwicklung des Telekommunikationsrechts

Im Bereich des Telekommunikationsrechts fanden die Veränderungen und Umstrukturierungen im Hinblick auf eine Öffnung der Märkte vorwiegend durch die Intentionen der Europäischen Gemeinschaften zu einer Harmonisierung des Regelungsbereichs Telekommunikation in den Mitgliedstaaten statt. Diese Entwicklung begann bereits im Jahre 1984, als ein Telekommunikationsprogramm beschlossen wurde.²¹ 1995 und 1999 wurden von der Kommission zwei wichtige Richtlinien veröffentlicht, die die Öffnung und Liberalisierung der Kabelnetzmärkte zum Ziel hatten. 1987 gab die Europäische Kommission das Grünbuch über die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes heraus, das unter anderem auch Aspekte der Telekommunikation enthielt. Die vollständige Öffnung der Telekommunikationsmärkte Europas geschah schließlich 1998.²² Den Mitgliedstaaten wurden von Seiten der Europäischen Union Vorgaben zur Liberalisierung des Marktes gemacht, welche diese bis zum 1.1.1998 zu erfüllen hatten.²³ In weiterer Folge nahm die Kommission nun auch eine Überprüfung der europäischen Regelungen auf dem Telekommunikationssektor allgemein vor. Die Ergebnisse fanden Niederschlag in einer Mitteilung, dem sogenannten Kommunikationsbericht 1999, worin Ideen und Vorschläge zur Verbesserung des Telekommunikationsrechtes in den Mitgliedstaaten ausgearbeitet wurden.²⁴ Mit der Wettbewerbsrichtlinie, der Rahmenrichtlinie, der Zugangsrichtlinie und einigen anderen ähnlichen Maßnahmen sind diese Vorschläge der Kommission inzwischen auch bereits weitgehend im Rahmen des sogenannten Telekom-Pakets umgesetzt worden. Diese Veränderungen werden in der Literatur auch als der neue Rechtsrahmen der EU bezeichnet, welcher aus dem Jahre 2002 stammt. Dieses Regelwerk wird dem technologischen Fortschritt

²¹ Beck, Wettbewerb und Deregulierung im europäischen Telekommunikationsmarkt (1998) 45.

²² Abegg, Liberalisierung von Netzsektoren. Auswirkungen auf die Unternehmen im Schweizer Alpenraum (2005) 76.

²³ Fünfter Bericht über die Umsetzung des Reformpaketes im Telekommunikationsbereich, KOM (1999) 537.

²⁴ Fünfter Bericht über die Umsetzung des Reformpaketes im Telekommunikationsbereich, KOM (1999) 539.

gerecht, indem Telekommunikation, Medien und Informationstechnologien angepasst wurden. Dieses Regelungspaket umfasst neben mehreren spezifischen Richtlinien eine Rahmenrichtlinie, worin sich allgemeine Formulierungen von Grundsätzen und Zielen finden.²⁵ Aufgrund dieser europäischen Vorgaben im Bereich des Telekommunikationsrechtes ist es einer jener Rechtsbereiche, die nicht besonders stark durch mitgliedstaatliche nationale Unterschiede geprägt sind, sondern in welchen eine weitgehende Harmonisierung der Regelungen besteht. Durch die Neuregelung durch den Rechtsrahmen aus dem Jahre 2003 kam es zu einer Modernisierung des Wettbewerbsrechts auch im Hinblick auf die Artikel 81 und 82 EGV (nun Artikel 101 und 102 AEUV), wodurch für die Regulatoren auch neue rechtliche Anforderungen entstanden.²⁶

Mit dem Inkrafttreten des neuen Rechtsrahmens der Europäischen Union für die Telekommunikationsmärkte ist das europäische Telekommunikationsrecht in eine neue Phase getreten. Bislang war die gemeinschaftsrechtliche Regulierung in erster Linie auf die Bewältigung des Übergangs in liberalisierte Märkte gerichtet. Der seit 1984 geschaffene sekundärrechtliche Rahmen war mit insgesamt 28 Rechtsakten immer unübersichtlicher geworden und passte nicht mehr zu den in der Zwischenzeit erfolgreich eingeführten Wettbewerbsstrukturen.²⁷

Das Telekommunikationsrecht war ursprünglich ein Rechtsgebiet, welches die Umstellung der Telekommunikation weg vom staatlichen Monopol und dessen Macht, hin zu einem konkurrenz- und wettbewerbsfähigen Markt ermöglichen sollte. Heute ist dies nicht mehr die einzige Aufgabe des Telekommunikationsrechtes. Nachdem sich nunmehr ein relativ stabiler funktionsfähiger Markt etablieren konnte, hat das Telekommunikationsrecht diese Situation zu stabilisieren und weiter auszubauen. Die Aufgabe des Telekommunikationsrechtes ist somit die Regulierung und Stabilisierung von Wettbewerb, es handelt sich um ein Wettbewerbsrecht, das auf sektorspezifische Besonderheiten Rücksicht nimmt.

Die Verbindung und Einbringung von Wettbewerbsmethoden in die sektorspezifische Regulierung ist jedenfalls eine grosse Herausforderung für die Regulatoren in den Mitgliedstaaten und für den gesamten elektronischen Kommunikationssektor. Im Falle des Scheiterns kommt es zu vielen rechtlichen Streitigkeiten, welche nachteilig für die gesamte

²⁵ Abegg, Liberalisierung von Netzsektoren. Auswirkungen auf die Unternehmen im Schweizer Alpenraum (2005) 76.

²⁶ Coutts/Dawes/Figus Diaz/Sanfrutos Cano/Thomas, Droit de la concurrence, Revue du droit de l'Union européenne 1/2008.

²⁷ Franzius, Strukturmodelle des europäischen Telekommunikationsrechtes, EuR 2002/5.

Industrie sind. Im Falle des Erfolges werden sich die regulativen Entscheidungen zum Vorteil für die Bürger der EU erweisen.²⁸

III. Die Geschichte der Liberalisierung und Regulierung des Rundfunks

Im Bereich des Rundfunks erfolgte die Liberalisierung nicht parallel vergleichbar mit jener auf dem Sektor Telekommunikation. Die Liberalisierung in den einzelnen europäischen Staaten kann hier nicht auf die Harmonisierungsbemühungen der Europäischen Union zurückgeführt werden. Vielmehr gab es Bemühungen zu einer Marktöffnung zu unterschiedlichen Zeitpunkten in den verschiedenen Staaten schon verhältnismäßig früh. Sobald diese Tendenzen Erfolg gefunden hatten, verlief der Prozess der Möglichkeiten für neue Akteure auf dem Rundfunkmarkt schrittweise und begann in den meisten Ländern mit der Abschaffung des Monopols und der folgenden Errichtung von dualen Rundfunksystemen. Später konnten sich die privaten Anbieter weitere Möglichkeiten und Wettbewerbschancen sowie immer grösser werdende Marktmacht sichern.

Der Rundfunk ist ein Medium, mit dem es möglich gemacht werden konnte, audiovisuelle Inhalte, Musik und Informationen in die Haushalte der Menschen zu bringen und somit auf einfache Weise zugänglich zu machen. Schon um 1930 konnten über den Rundfunk etwa 15 Millionen Menschen audiovisuell mit Informationen versorgt werden.²⁹

Zunächst bestand das Medium Rundfunk lediglich aus Radiosendungen, welche schnell und weit verbreitet werden konnten. In den 50iger Jahren kam es zu einer neuen, wichtigen Innovation auf dem Rundfunksektor. Das Fernsehen ergänzte den Rundfunk und somit die Verbreitung von audiovisuellen Inhalten. Etwa 10 Jahre später konnte das Schwarzweissfernsehen zum Farbfernsehen weiterentwickelt werden und dadurch die Qualität der transportierten Informationen erhöht werden.³⁰

Anders als bei den Printmedien erfolgte die Einführung des Rundfunks in Österreich maßgeblich durch den Staat und unter dessen Leitung. Dies hatte schon rein rechtlich seine Ursprünge. Der Rundfunk unterlag dem Telegraphengesetz 1924. Dieses bestimmte unter

²⁸ *De Streef*, The integration of competition law principles in the new european regulators framework for electronic communications, *World competition – law and economics review* 3/2003.

²⁹ *Steinmetz*, Kommunikation: Die Entwicklung der menschlichen Kommunikation von der Sprache bis zum Computer (1987) 90.

³⁰ *Flichy*, Geschichte der modernen Telekommunikation (1994) 179ff.

anderem, dass Rundfunkanlagen nur mit Rundfunkkonzession betrieben werden konnten. Die Vergabe einer solchen Konzession oblag dem Staat. Eine derartige Konzession wurde schließlich an die RAVAG übertragen, die Österreichische Radio Verkehrs AG, deren Hauptgesellschafter aber der Bund war ebenso wie Unternehmen, die nahe Beziehungen zu den politischen Parteien hatten. Später wurde dann die Österreichische Rundfunkgesellschaft mbH gegründet, welche wiederum zum Grossteil im Eigentum des Bundes war.³¹ Im Jahre 1966 wurde schließlich das Rundfunkgesetz erlassen, welches in vielerlei Hinsicht die Unabhängigkeit desselben sicherstellen wollte. 1974 kam es zu einer Neuerung der Regelungen in einem neuen Rundfunkgesetz.³² Ebenfalls im Jahre 1974 wurde das BVG über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks verabschiedet. Dieses enthält nicht nur eine Definition des Begriffes Rundfunk in seinen Bestimmungen, sondern legt auch fest, dass der Rundfunk nunmehr als eine öffentliche Aufgabe anzusehen ist. Damit sollte wohl ausgedrückt werden, dass der Staat im Bereich Rundfunk eine grosse Verantwortung trägt durch die weite Verbreitung der Informationen und der sich daraus ergebenden Möglichkeit der Beeinflussung der Konsumenten.

Der Rundfunk war wie eben dargelegt schon aus rechtlicher Sicht unter staatlicher Leitung und Kontrolle, ebenso waren für diese Einseitigkeit auch die technischen Gegebenheiten verantwortlich. Dies deshalb, weil die Sendefrequenzen nur in sehr knappen Ausmaß zur Verfügung standen, weshalb das Entstehen von Wettbewerb schon am Fehlen dieser grundlegenden Voraussetzungen scheitern musste.³³ Diese Situation änderte sich in den nächsten Jahren. Es wurde möglich für Rundfunkübertragungen Kabel- und Satellitensysteme zu nutzen, womit die technischen Gegebenheiten für eine Veränderung der Situation vorhanden waren.³⁴ Mit dieser Entwicklung kam es immer mehr zur Diskussion in Europa, inwieweit die staatlichen Rundfunkmonopole überhaupt noch als berechtigt angesehen werden können, dies einerseits aufgrund des technischen Fortschrittes und andererseits wegen der Konkurrenz mit dem Grundrecht auf Meinungsäußerungsfreiheit.³⁵ Im Rahmen der Meinungsäußerungsfreiheit ist es bedenklich, dass Informationen für Haushalte lediglich von einem Anbieter zur Verfügung gestellt werden, da auf diese Weise auch nur eine „Meinung“ zur Verbreitung gelangt.

Auf dem Weg zu einer Liberalisierung des Rundfunksektors in den europäischen Ländern, welche durch die verschiedenen Probleme und Kritikpunkte am öffentlich-rechtlichen

³¹ Wittmann, Rundfunkfreiheit (1981) 72ff.

³² Wittmann, Rundfunkfreiheit (1981) 83ff.

³³ Damjanovic, Regulierung der Kommunikationsmärkte unter Konvergenzbedingungen (2002) 45.

³⁴ Damjanovic, Regulierung der Kommunikationsmärkte unter Konvergenzbedingungen (2002) 48.

³⁵ Holoubek, Rundfunkfreiheit und Rundfunkmonopol (1990) 190ff.

Rundfunk immer wahrscheinlicher wurde, entstand in den meisten europäischen Ländern das System des dualen Rundfunks. Wesentliches Element dieser neuen Entwicklung waren die neuen technischen Möglichkeiten zur Verbreitung des Rundfunks, vor allem Breitbandkabel und Satellit.³⁶

Durch die Einführung der dualen Rundfunksysteme wurden die staatlichen Rundfunkmonopole beseitigt durch die Zulassung anderer, privater Anbieter auf dem Rundfunkmarkt. Damit behielt zwar der öffentlich-rechtliche Rundfunk eine starke Position auf dem Rundfunkmarkt, aber der Markt konnte zu diesem Zeitpunkt erstmals als solcher existieren und Wettbewerb war möglich. Darum kann man hier bereits von Liberalisierung sprechen.

Als Netzwerkindustrie ist der audiovisuelle Sektor sehr sensibel im Hinblick auf seine Regulierungsumwelt. Generell gibt es auf diesem Gebiet kaum sektorspezifische Regulierung. Umso mehr haben der Gerichtshof und die Kommission einen Regulierungsrahmen auf diesem Gebiet zu bieten.³⁷

Die Annäherung von rechtlichen Vorgaben bezüglich der verschiedenen Regelungsbereiche in den Mitgliedstaaten stellt ein wesentliches Instrument der Europäischen Union auf dem Weg zu einem vereinten Europa dar. Die Beseitigung nationaler Unterschiede in den Rechtsbereichen ermöglicht ein einheitliches Vorgehen und erleichtert somit jegliche grenzüberschreitende Vorgänge. Barrieren werden abgebaut und damit der Arbeitsaufwand minimiert. Gerade in einem Bereich, der derartig weite Gebiete, die sich auch grenzüberschreitend darstellen können, einschließt, scheint eine solche Annäherung der Rechtsordnung geboten. Um einen grenzüberschreitenden funktionierenden Rundfunkdienstleistungsbereich zu gewährleisten, war ein erster Schritt der Erlass der „Richtlinie zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität“ 1989, auch als Fernsehrichtlinie bezeichnet. Einen weiteren wichtigen Grundstein zur Harmonisierung der Vorschriften im europäischen Rundfunkbereich legte die Europäische Union mit der „Richtlinie zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung“ aus dem Jahre 1993.

³⁶ *Stuiber*, Medien in Deutschland II (1998) 548f.

³⁷ *Carter*, Market definition in the broadcasting sector, World competition – law and economics review 1/2001.

Im Sinne des Konzeptes der EU zur Integration und Entwicklung des Rundfunksektors bzw. der AV-Medien erwies sich eine Harmonisierung im Bereich der Fernsehveranstaltung und im Bereich des Urheberrechts als vordringlich. Die sogenannte „Urheberrechtsrichtlinie“ aus 1992 sieht das Sendelandprinzip vor, regelt eine Mindestvergütung für die Urheber und hält fest, dass die Urheber ihre Rechte behalten. Zusätzlich hat sich die EU zum Ziel gesetzt, die kleineren und mittleren Programmproduzenten zu fördern, ebenso wie die Medientechnik.³⁸

Nach dem Amsterdamer Protokoll vom 2.10.1997 verzichtet die Europäische Union auf zentrale Eingriffe in die Kulturhoheit der Mitgliedstaaten. In diesem Zusammenhang wurde der Rundfunk ganz ausdrücklich unter den Begriff Kultur im Sinne der Kulturhoheit subsumiert. Dementsprechend erlaubt der Vertrag eine grosse Freiheit zur Regelung des nationalen öffentlichen Rundfunks, beispielsweise hinsichtlich Aufgaben und Finanzierung. Die Politik der EU im Hinblick auf den Rundfunk, insbesondere das Fernsehen, orientiert sich stark an einem wirtschaftlichen Ansatz, den man auch im Versuch der Schaffung guter Rahmenbedingungen für Private häufig erkennen konnte. Die vom Europarat verabschiedete Fernsehkonvention enthielt zwar eine starke Betonung der kultur- und gesellschaftspolitischen Aufgaben des Fernsehens, hat allerdings keine bindende Kraft und steht auch in ihrer Bedeutung damit hinter der Fernsehrichtlinie aus dem Jahre 1989, welche den wirtschaftlichen Aspekt klar in den Vordergrund stellt. Am 3. Oktober 1989 wurde die „Richtlinie zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit“ verabschiedet, kurz gesagt die sogenannte Fernsehrichtlinie. Damit war eine der strittigsten Richtlinien der EU überhaupt angenommen worden, welche unter anderem die Herkunft der Programme (Programmquote) und die Werbung regelt. Inhaltlich hat demnach der Großteil der Sendezeit europäischen Werken vorbehalten zu bleiben.³⁹ Grund für den Bedarf an Harmonisierung im Rundfunk und damit den Erlass dieser Fernsehrichtlinie, welche ohne Zweifel das zentrale Regelungsinstrument auf dem Sektor Rundfunk auf europäischer Ebene darstellt, war das Verbot Belgiens für ausländische Produktionen, welche Werbung enthielten. Die ursprüngliche Fassung der Richtlinie erfuhr im Jahr 1997 eine Novellierung. Nach dieser Novellierung wurden die Quotenregelungen für europäische und unabhängige Produktionen beseitigt, allerdings wird ihre Bedeutung hervorgehoben. Auch die Autonomie des nationalen

³⁸ Heinrich, Medienökonomie² II (2010) 109.

³⁹ Heinrich, Medienökonomie² II (2010) 110.

Rundfunkgesetzgebers wurde gestärkt. Damit wurde die Fernsehrichtlinie nicht gerade in ihrer Bedeutung gestärkt.⁴⁰

In wettbewerbsrechtlichen Belangen, welche zu den zentralen wirtschaftsrechtlichen Belangen der EU zu zählen sind, mischt sich die Kommission wesentlich häufiger und intensiver ein. Das digitale Fernsehen wird von Seiten der EU als ein privatwirtschaftliches Gut begriffen, weswegen die technischen Verbreitungslimitierungen desselben auch nicht durch eine Art kulturellen Schutz gerechtfertigt werden können. Betrachtet man die EU und ihre Tätigkeitsfelder in ihrer Entwicklung so kann festgestellt werden, dass sich aus der Tradition als Marktregulator bisweilen ein Gestaltungsrecht zur Harmonisierung des EU-Marktes ableitet, so wie die EU auch in verschiedenen Bereichen gewisse Mindestanforderungen für Produkte und Dienstleistungen festlegt.⁴¹

Im Gegensatz zu den anderen europäischen Ländern, in denen sich diese sogenannten dualen Rundfunksysteme herausgebildet hatten, bestand lediglich in Österreich immer noch ein staatliches Rundfunkmonopol. Die Kritik daran wurde immer lauter in Europa und die Spitze erreichte diese Kritikwelle mit dem Urteil im Falle des Informationsvereines Lentia 2000. Darin hatte der EGMR das Rundfunkmonopol in Österreich für der Straßburger Konvention widersprechend erklärt. Das Urteil besagte, dass die Nichtermöglichung der Erhaltung einer privaten Rundfunklizenz ein Eingriff in die Freiheit auf Mitteilung von Nachrichten des Privaten und damit in das Recht auf freie Meinungsäußerung nach Art 10 EMRK ist. Die Meinungsäußerungsfreiheit könne hierdurch nicht entsprechend gewahrt werden. Es geht aus dieser die Rundfunklandschaft in der Zukunft prägenden Entscheidung auch hervor, dass es Aufgabe des Staates ist, für den in einer demokratischen Gesellschaft erforderlichen Pluralismus auf dem Sektor Rundfunk zu sorgen, womit den Staat eine wichtige gesellschaftliche Verpflichtung in dieser Hinsicht trifft.⁴² Somit war die Grundlage geschaffen für die Öffnung des Rundfunksektors für private Anbieter und den Abgang vom System des staatlichen Rundfunkmonopols, woran aufgrund der parallelen Entwicklungen in den anderen Ländern Europas ohnehin kein Weg mehr vorbeigeführt hätte.

Es war jedoch nicht nur in Österreich die Meinungsfreiheit, gewährleistet in Art 10 EMRK, ein wesentliches, wenn nicht das wesentliche, Kriterium für die Öffnung der Rundfunkmärkte

⁴⁰ Köster, Fernsehkultur (2008) 358ff.

⁴¹ Köster, Fernsehkultur (2008) 358ff.

⁴² EGMR 24.11.1993, A/276.

in Europa.⁴³ Zur Meinungsäußerungsfreiheit ist auch die Meinungsvielfalt und deren Möglichkeit zur Bekanntgabe und Verbreitung zu zählen nach Ansicht der Kritiker der staatlichen Rundfunkmonopole. Dies ist im Rahmen der Monopolstruktur aber nur für einen Anbieter möglich. Daher erfolgte die Darstellung von Informationen, Meinungen und aller anderer audiovisueller Inhalte einseitig. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch Art. 11 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Diese neuere Bestimmung spricht explizit auch von der Medienpluralität, welche geachtet und gewährleistet werden müsse. Insbesondere in einer demokratischen Staatsstruktur ist der Zugang zu einer Meinungsvielfalt für die individuelle Meinungsbildung wesentlich und für eine funktionierende Demokratie unerlässlich. Nach der Rechtsprechung des EGMR, insbesondere am Beispiel des Falles Informationsverein Lentia ersichtlich, kann es natürlichen und juristischen Personen nicht verwehrt werden, die Veranstaltung von Programmen vorzunehmen.⁴⁴

Nachfolgend sollen anhand der Beispiele Deutschland, Frankreich und Großbritannien verschiedene Entwicklungen des Rundfunks in Europa dargestellt werden.

A. Deutschland

Nach dem zweiten Weltkrieg oblag die Zuständigkeit für den Rundfunk der deutschen Reichspost. Diese war allerdings aufgrund finanzieller Schwäche des Staates zu dieser Zeit nicht alleine in der Lage den Sektor Rundfunk zu finanzieren. Daher wurde nach Beteiligung privater Interessengruppen gesucht, welche den Rundfunk finanziell unterstützen konnten. Es wurden regionale Rundfunkgesellschaften privaten Rechts gegründet.⁴⁵ Obwohl der Rundfunk nun hierdurch privatrechtlich organisiert war, hatte die Reichspost doch eine beherrschende Stellung.⁴⁶ Im Jahre 1932 wurde der Rundfunk in Deutschland durch die „Leitsätze für eine Neuordnung des Rundfunks“ zu einem zur Gänze staatlich geführten und staatlich kontrollierten Gebiet weiterentwickelt. Der Rundfunk, der zu diesem Zeitpunkt reiner Hörfunk war, lag durch diese Veränderung nun fest in den Händen der Reichsregierung. Die Reichspost konnte ihren Einfluss im Rundfunkbereich nicht mehr wahren und somit wurden auch die privaten Beteiligungen an Reich und Länder übertragen.⁴⁷ Als die

⁴³ Holoubek, AfP 3/2003, 193.

⁴⁴ Bär, Freiheit und Pluralität der Medien nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2005) 8.

⁴⁵ Lerg, Rundfunkpolitik in der Weimarer Republik (1980) 247.

⁴⁶ Pohle, Rundfunk als Instrument der Politik (1955) 47ff.

⁴⁷ Pohle, Rundfunk als Instrument der Politik (1955) 118ff.

Nationalsozialisten dann in Deutschland an die Macht kamen, erkannten sie schnell, dass der Rundfunk das ideale Instrument war, um die Meinungsbildung der Bevölkerung zu beeinflussen und nutzten das Medium für Propagandazwecke der eigenen politischen Interessen.⁴⁸ Genau in diesem Fall lässt sich erkennen, dass ein staatlich kontrollierter Rundfunk mit der Meinungsäußerungsfreiheit in starkem Widerspruch stehen kann, da es nur zur Verbreitung einer Meinung unter der Bevölkerung kam, welche als gegeben von den Bürgern aufzunehmen war.

Die ersten Initiativen weg von der öffentlich-rechtlichen hin zu einer privat organisierten Struktur des Rundfunks, finden sich in der deutschen Rundfunkgeschichte bereits in den 50iger Jahren. Diese waren zunächst jedoch wenig erfolgreich. Diese Bemühungen gingen in erster Linie von den Verlegern aus, welche Angst hatten ihre Macht an den Rundfunk immer mehr zu verlieren.

Schließlich einige Zeit später kam es mit dem technischen Fortschritt hinsichtlich der Sendefrequenzen einerseits und einem Umdenken im Bereich der Möglichkeiten und Wirkungen der Informationsübermittlung andererseits, wie in vielen anderen europäischen Ländern zum Entstehen einer dualen Rundfunkordnung, womit ein öffentlich-rechtlicher Rundfunk neben einem privatrechtlichen bestand. Um in den Bundesländern ein einheitliches Rundfunkrecht zu schaffen, wurde 1991 von den Ministerpräsidenten der Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinten Deutschland unterzeichnet. Zusätzlicherweise konnte auf diese Art das deutsche Rundfunkrecht an die europäischen Vorgaben, insbesondere die Fernsehrichtlinie angepasst werden. Mit diesem Vertrag wurde das Bestehen der dualen Rundfunkordnung weiter gestützt.⁴⁹

Mit dem Hinzutreten der privaten Anbieter auf dem Rundfunkmarkt kam es zu einer schärferen Konkurrenzsituation. Dieser Wettbewerb schwächte die Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zunehmend. Dies vor allem deshalb, weil viele Zuschauer zu den privaten Anbietern abwanderten.⁵⁰

⁴⁸ *Pohle*, Rundfunk als Instrument der Politik (1955) 118ff.

⁴⁹ *Holznagel*, Rundfunkrecht in Europa: Auf dem Weg zu einem Gemeinrecht europäischer Rundfunkordnungen (1996) 27.

⁵⁰ *Holznagel*, Rundfunkrecht in Europa: Auf dem Weg zu einem Gemeinrecht europäischer Rundfunkordnungen (1996) 28f.

B. Frankreich

Das Monopol in Frankreich für die Verbreitung von Inhalten durch Rundfunk hatte von der Beginn der Nutzung des Rundfunks an, in den 20iger Jahren, die Postverwaltung. Nachdem bis zum zweiten Weltkrieg neben dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk noch private Anbieter auf dem Markt auftreten konnten, ließ General de Gaulle diese nach dem zweiten Weltkrieg widerrufen, wodurch in Frankreich im Ergebnis nun ein vollkommenes staatliches Rundfunkmonopol bestand.⁵¹ Erst Ende der 70iger, Anfang der 80iger Jahre wurde dieses Monopol durch anderweitige Entwicklungen angekratzt. Es entstanden immer mehr illegale private Rundfunksender, welche zunächst unterbunden werden sollten durch hohe Strafen, was aber trotz redlicher Bemühungen nicht gelang. 1982 kam es zur endgültigen Abschaffung des staatlichen Rundfunkmonopols und dies geschah durch den Beschluss eines Gesetzes. Es handelte sich hierbei um das Rundfunkgesetz 1982. Damit konnten der öffentlich-rechtliche und der private Rundfunk nebeneinander bestehen. In den folgenden Jahren waren in Frankreich Intentionen zu spüren, den noch bestehenden Einfluss der Politik auf die Inhalte des Rundfunks zurückzudrängen und die Liberalisierung des Rundfunksektors voranzutreiben.⁵² Ebenso wie in Deutschland erging es auch dem öffentlichen Rundfunk in Frankreich schlecht bei der Konkurrenz mit den privaten Anbietern. Er verlor zunehmend Zuschauer und schlitterte nach und nach in finanzielle Probleme.

C. Großbritannien

Auch in Großbritannien war der Sektor Rundfunk grundsätzlich als staatliches Monopol organisiert. Anders als in den anderen Ländern Europas wurden hier aber sehr früh die ersten Stimmen für einen privaten Rundfunk laut. Kritiker deuteten in der Zeit um den zweiten Weltkrieg bereits auf die Möglichkeiten des Missbrauchs durch diese Monopolstruktur und deren schädliche Folgen hin.⁵³ Im Jahre 1952 wurde schließlich der Wettbewerb für private Anbieter im Bereich Rundfunk zugelassen. Damit entstand ein duales Rundfunksystem, ebenso wie auch bei den Ländern Deutschland und Frankreich beschrieben. Die BBC, welche das bisherige Rundfunkmonopol innehatte, sollte es aber auch weiterhin behalten.

⁵¹ *Holznagel*, Rundfunkrecht in Europa: Auf dem Weg zu einem Gemeinrecht europäischer Rundfunkordnungen (1996) 30ff.

⁵² *Holznagel*, Rundfunkrecht in Europa: Auf dem Weg zu einem Gemeinrecht europäischer Rundfunkordnungen (1996) 37ff.

⁵³ *Gellner*, Ordnungspolitik im Fernsehwesen: Bundesrepublik Deutschland und Großbritannien (1990) 297ff.

§3 Begriffsbestimmung

Bevor die Themen Rundfunk und Telekommunikation im Lichte des sich aus der Liberalisierung ergebenden Wettbewerbs untersucht werden, muss Klarheit darüber herrschen von welchen Begriffen dabei exakt die Rede ist und wie sie abgegrenzt werden beziehungsweise abzugrenzen sind.

I. Telekommunikation

„Telekommunikation“ ist ein Begriff, der sich aus einer Wortverbindung herausgebildet hat, mit der man ausdrücken wollte, was genau die Telekommunikation zu bieten fähig ist. Die Worte, die darin verschmolzen wurden sind einerseits der griechische Begriff „tele“, der „weit“ bzw. „fern“ bedeutet, und andererseits der Begriff „communicare“, der aus dem Lateinischen kommt und „interagieren, kommunizieren“ bedeutet.⁵⁴ Nachdem Begriffe in der heutigen Welt, die generell durch starke Regulierung in allen Bereichen geprägt ist, einer klaren und möglichst genau ausformulierten Bestimmung bedürfen um Unklarheiten und Streitigkeiten zu vermeiden, gibt es mittlerweile in den verschiedenen staatlichen Regelungswerken, die sich mit der Telekommunikation beschäftigen, auch eine Begriffsdefinition des Wortes Telekommunikation.

Auch auf internationaler Ebene findet sich mittlerweile eine Definition des Begriffes Telekommunikation, welche auch für zwischenstaatliche Ungereimtheiten von Bedeutung sein kann. Diese ist im internationalen Fernmeldevertrag festgeschrieben. Darin heisst es, Telekommunikation ist „jede Übermittlung, jede Aussendung oder jeder Empfang von Zeichen, Signalen, Schriftzeichen, Bildern, Lauten oder Nachrichten jeder Art über Draht, Funk, optische oder andere elektromagnetische Systeme“. Es ist damit jeglicher Informationsaustausch immaterieller Natur zwischen einem Sender und einem Empfänger erfasst, der durch nachrichtentechnische Systeme über räumliche Entfernung erfolgt. Betrachtet man diese Definition genau, so kann man erkennen, dass die Begriffsbestimmung sich nicht auf den Informationsaustausch zwischen menschlichen Individuen beschränkt,

⁵⁴ Hahn, Was sind Telekommunikationsdienstleistungen? RTKom 2000, 139.

sondern durchaus auch Maschinen dem Menschen hier gleichstellt. Es ist daher also auch die Informationsendung von und an Maschinen vom Telekommunikationsbegriff erfasst.⁵⁵

Es darf natürlich nicht außer Acht gelassen werden, dass gerade der Sektor Telekommunikation in den letzten Jahren durch grossen technischen Fortschritt einige entscheidende Veränderungen erfahren hat. Diesbezüglich sollte auch untersucht werden, ob dadurch die begriffliche Definition ebenfalls angepasst werden müsste. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, auch im Hinblick auf die Abgrenzung und Unterscheidung zum Rundfunk, die in der Literatur häufig gewählte Abgrenzung zwischen Individualkommunikation auf der einen Seite und Massenkommunikation auf der anderen Seite. Im Gegensatz zur Massenkommunikation, die die Verteilung von Nachrichten an viele, unbestimmte Empfänger zum Gegenstand hat, ist die Individualkommunikation auf den Austausch von nicht-öffentlichen Informationen an bestimmte Personen – oder Maschinen – gerichtet. Die Telekommunikation wurde bisher der Individualkommunikation zugeordnet, wobei durch die technische Fortentwicklung der Verbreitungs- und Übertragungsmöglichkeiten von Informationen diese Zuordnung zunehmend verschwimmt. Vor allem das Internet hat durch seine vielfältigen Möglichkeiten der Informationsübermittlung und auch des Informationsaustausches die klare Zuteilung zur Individualkommunikation gelockert und lässt die Telekommunikation nunmehr als wesentlich vielfältiger erscheinen als dies noch in den Jahren vor dieser Entwicklung war. Klassisch ist der Rundfunk in den Bereich der Massenmedien aufgrund der Informationsübermittlung an einen grossen, unbestimmten Konsumentenkreis einzureihen.⁵⁶

Wichtig ist in diesem Zusammenhang und insbesondere auch bei Betrachtung des Titels dieser Arbeit die begriffliche Abgrenzung zwischen den Bereichen Rundfunk und Telekommunikation. Welche Vorgänge der Informationsübertragung fallen unter den einen, welche unter den anderen Begriff? Nach der Beschreibung von Individual- und Massenkommunikation ist diese Abgrenzung in manchen Fällen relativ einfach zu treffen, manchmal dagegen fällt es schwer die Grenze zu ziehen, insbesondere im Lichte der bereits erwähnten technischen Fortentwicklung der Telekommunikation.

In rechtlicher Hinsicht ist eine definitive Abgrenzung der beiden Bereiche jedenfalls unerlässlich. Es können sich durch eine unterschiedliche Qualifizierung Unterschiede der

⁵⁵ *Schultheiß*, Europäische Telekommunikationsstandardisierung (2004) 23f.

⁵⁶ *Schultheiß*, Europäische Telekommunikationsstandardisierung (2004) 25ff.

Behandlung eines Sachverhaltes in mehrfacher Hinsicht ergeben, beispielsweise sind hier Zuständigkeiten und unterschiedliche gesetzliche Regelungen zu nennen. In der Richtlinie über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste sind „elektronische Kommunikationsdienste“, „Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, nicht aber Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und –dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben“ behandelt. Diese Richtlinie, auch als Rahmenrichtlinie bezeichnet, stellt auch ausdrücklich das Internet unter den Anwendungsbereich der Telekommunikation.⁵⁷

Als wesentlich für die Beurteilung des Vorliegens von Telekommunikation oder Rundfunk hat sich der Inhalt der Information oder Kommunikation herausgestellt. Dies lässt sich besonders für das verhältnismäßig moderne Medium des Internets sagen. Für die rechtliche Beurteilung von Inhalten ist es dabei im Ergebnis irrelevant welcher Übertragungsweg gewählt wird. Es könnte beispielsweise das Internet, der Mobilfunk oder auch der Rundfunk sein. Es kommt lediglich auf die Bewertung des Inhaltes der Informationen an, weshalb der Begriff Internet rechtlich auch keine grosse Bedeutung erlangt im Sinne einer Zuordnung entweder zur Telekommunikation oder zum Rundfunk.⁵⁸

Zur Verdeutlichung der Unterschiede zwischen dem Telekommunikationssektor einerseits und dem Rundfunksektor andererseits ist anzumerken, dass die Grundprinzipien, welche zur Marktöffnung in den jeweiligen Sektoren geführt haben, unterschiedlicher Natur sind. Die Grundlage für die Entwicklung zur Öffnung des Rundfunkbereiches liegt im Recht auf Meinungsfreiheit, hingegen basiert die Öffnung der Telekommunikationsmärkte auf der Dienstleistungsfreiheit.⁵⁹

Klassischerweise in den Sektor Telekommunikation fallen die Bereiche der Telefonie, Festnetztelefonie ebenso wie Mobiltelefonie und der Informationsaustausch per SMS. Darin ist die Individualkommunikation in ihrer reinen Form zu sehen. Ebenso unter die Telekommunikation zu subsumieren sind Mehrwertdienste so wie auch Telefondienstleistungen. Hinsichtlich anderer Vorgänge, welche schwieriger einzuordnen sind, müssen die Gesetze und sonstigen Regelungen der jeweiligen Mitgliedstaaten berücksichtigt werden. Häufig Grenzfälle finden sich betreffend dem Medium Internet.⁶⁰

⁵⁷ *Schultheiß*, Europäische Telekommunikationsstandardisierung (2004) 30ff.

⁵⁸ *Fischer*, Medienrecht und Medienmärkte (2008) 61.

⁵⁹ *Wallner*, KommAustria Reloaded (2010) 51.

⁶⁰ *Fischer*, Medienrecht und Medienmärkte (2008) 64.

II. Rundfunk

Der Begriff Rundfunk ist ähnlich wie jener der Telekommunikation ein in der Praxis schwer ab- und einzugrenzender Begriff. Eine Definition des Begriffes hat sich in Deutschland beispielsweise folgendermaßen herausgebildet: „die für die Allgemeinheit bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Darbietungen aller Art, in Wort, in Ton und in Bild unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung.“ Diese Definition, die von einer ausschließlich drahtlosen Verbreitung ausging, erweiterte sich später auch auf die Verbreitung von Darbietungen, die nicht drahtlos erfolgte sowie auch die Darbietung durch verschlüsselte Rundfunksignale. Diese Anpassung erfolgte im deutschen Rundfunkstaatsvertrag.⁶¹ Grundsätzlich umfasst der Begriff Rundfunk im Wesentlichen zwei Medien, Radio und Fernsehen. Das Medium Radio wird in der Literatur häufig etwas allgemeiner als Hörfunk bezeichnet.

Betrachtet man den österreichischen Rundfunkbegriff, der sich gesetzlich verankert in Art. 1 Abs. 1 des BVG-Rundfunk findet und damit in Österreich im Verfassungsrang steht, so ist er dem deutschen Rundfunkbegriff sowohl im Sinn als auch in der Wortwahl sehr ähnlich. Dies liegt daran, dass der österreichische Gesetzgeber den Begriff Rundfunk dem deutschen Vorbild angepasst hat. Zur Veranschaulichung heisst es in Art. 1 Abs. 1 BVG-Rundfunk: „die für die Allgemeinheit bestimmte Verbreitung von Darbietungen aller Art in Wort, Ton und Bild, unter Benutzung elektrischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung bzw. längs oder mittels eines Leiters sowie der Betrieb von technischen Einrichtungen, die diesem Zweck dienen.“ Zum Vergleich der Ähnlichkeit lautet die Definition des Rundfunks im deutschen Recht in § 2 des deutschen Rundfunkstaatsvertrages (RfStV): „die für die Allgemeinheit bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Darbietungen aller Art in Wort, in Ton und in Bild unter Benutzung elektronischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung oder längs oder mittels eines Leiters.“⁶²

Auch eine solche umfangreiche Definition löst allerdings nicht abschließend alle Abgrenzungsprobleme in der Praxis, welche sich bezüglich der Auslegung mancher Dienste und Darbietungen als Rundfunk oder eben nicht als solcher ergeben. Daher gibt es mitunter einige Materialien zur Auslegung. Beispielsweise besagt ein deutscher Bericht der Rundfunkreferenten der Länder, dass eine Darbietung nur dann als Rundfunk euzuordnen ist,

⁶¹ *Schubert*, Analyse der Beziehungen zwischen Fernsehprogrammanbietern und den Distributoren Kabel und Satellit in Deutschland (2006) 11.

⁶² *Wallner*, KommAustria Reloaded (2010) 32f.

wenn sie zur öffentlichen Meinungsbildung bestimmt und geeignet ist und zusätzlicherweise generell als relevant angesehen werden kann.⁶³

Rundfunk wird unter anderem in der Literatur zur Verdeutlichung des Begriffes als „Punkt zu Mehrpunkt“ Kommunikation bezeichnet (point to multipoint), woraus sich das Bild eines einzelnen Senders an eine Vielzahl von Empfängern ergibt. Im Gegensatz dazu ist die Telekommunikation eine Art der Kommunikation, die von Punkt zu Punkt erfolgt (point to point) und erfolgt deshalb grundsätzlich von einem Sender zu einem bestimmten Empfänger.⁶⁴

Neben den klassischen Rundfunkmedien, Hörfunk und Fernsehen, die ohne Zweifel unter den Begriff fallen und damit in den Bereich Rundfunk, bestehen in der heutigen Zeit technologischen Fortschritts noch einige andere Medien, bezüglich derer sich die Frage der Einordnung stellt. Diese sind beispielsweise Video on Demand oder auch diverse Livestreams sowie Webcasting. Es ist zu untersuchen, ob diese ebenfalls unter den Begriff Rundfunk fallen oder nicht. In Österreich hat der VfGH ausgesprochen, dass Rundfunk grundsätzlich immer von einer bundesgesetzlichen Ermächtigung abhängig ist. Auf dieser Grundlage kann daher alles, was bundesgesetzlich ermächtigt wird und technisch möglich ist, auch Rundfunk sein. Dies entbehrt aber jeder begrifflichen Grundlage und kann daher nicht das Ergebnis der Untersuchung des Begriffes Rundfunk sein. Es ist daher ein Blick in die Literatur zu werfen, wo die verschiedenen Verbreitungsarten wesentlich restriktiver als Rundfunk bezeichnet werden. Jedenfalls sind in der Literatur von der Bezeichnung als Rundfunk solche Kommunikationsarten ausgeschlossen, die „von praktisch jedermann realisiert werden können und denen der Charakter einer massenmedialen Veranstaltung fehlt.“ In Anbetracht dieser Auslegung sind im Ergebnis die neuen modernen Kommunikationsformen nicht als Rundfunk zu sehen.⁶⁵

Europarechtlich betrachtet ist der Begriff Rundfunk nach den allgemeinen Anhaltspunkten zu verstehen, wie sie bereits an obiger Stelle diskutiert worden sind. Rundfunk umfasst daher grundsätzlich Hörfunk (Radio) und Fernsehen. Eine exaktere Beschreibung ist allerdings bezüglich des Fernsehens zu finden, da die Kommission eine FernsehRL erlassen hat, die Richtlinie 89/552/EWG. In dieser Richtlinie wird eine Fernsehsendung bestimmt als „die

⁶³ Wallner, KommAustria Reloaded (2010) 32f.

⁶⁴ Holoubek/Kassai/Trainer, Grundzüge des Rechts der Massenmedien² (2002) 65.

⁶⁵ Holoubek/Kassai/Trainer, Grundzüge des Rechts der Massenmedien² (2002) 67.

drahtlose oder drahtgebundene, erdgebundene oder durch Satelliten vermittelte, unverschlüsselte oder verschlüsselte Erstsending von Fernsehprogrammen, die zum Empfang durch die Allgemeinheit bestimmt ist. Der Begriff schließt die Übermittlung an andere Veranstalter zur Weiterverbreitung an die Allgemeinheit ein. Nicht eingeschlossen sind Kommunikationsdienste, die auf individuellen Abruf Informationen oder andere Inhalte übermitteln, wie Fernkopierdienste, elektronische Datenbanken und andere ähnliche Dienste.“ Eine Neuerung und Überarbeitung erfuhr die Fernsehrichtlinie in der Richtlinie 2007/65/EG.⁶⁶

Durch die fortschrittliche Entwicklung in technischer Hinsicht haben sich die Kommunikationssektoren wie bereits erwähnt immer mehr zueinander entwickelt, weshalb die Abgrenzung sich als zunehmend schwieriger erwiesen hat. Diese Entwicklung bezeichnet man auch mit dem Fachwort „Konvergenz“. 1997 veröffentlichte die Europäische Kommission ein „Grünbuch zur Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie“ und beschäftigte sich in diesem Zusammenhang mit dem „Zusammenfließen“ der Kommunikationsbereiche.⁶⁷

III. Liberalisierung

Nachdem diese Arbeit Wettbewerbsprozesse untersucht, insbesondere durch Missbräuche von Monopolstellungen ist auch der Begriff der Liberalisierung ein nicht unwesentlicher und häufig erwähnter. Die Untersuchung der Wettbewerbsprozesse im Bereich Rundfunk und Telekommunikation wären nämlich ohne eine vorangegangene Liberalisierung der Märkte in diesen Bereichen überhaupt nicht möglich, da in diesem Fall nie ein Wettbewerb entstehen hätte können.

Liberalisierung bedeutet den Abbau staatlicher Maßnahmen, durch die die Wettbewerbsprozesse auf den Märkten außer Kraft gesetzt wurden.⁶⁸ Im Wesentlichen heisst das, dass in einem öffentlichen bzw. öffentlich kontrollierten Wirtschaftsbereich mehr privat- bzw. marktwirtschaftliche Elemente zugelassen werden.⁶⁹ Unter anderem wird der Begriff der Liberalisierung auch für die Beseitigung von bestehenden Monopolen zu Gunsten einer Einräumung von Chancen für private Marktteilnehmer häufig verwendet. Betrachtet man das Thema Liberalisierung in einem weiteren, europäischen Kontext, so könnte man auch sagen, dass Liberalisierung die Beseitigung von Beschränkungen des grenzüberschreitenden Waren-,

⁶⁶ Frenz, Handbuch Europarecht IV Europäische Grundrechte (2009) 599f.

⁶⁷ Holoubek/Kassai/Trainer, Grundzüge des Rechts der Massenmedien² (2002) 30.

⁶⁸ Schmidh/Schwarz/Hepke, Privatisierung – Formen, Motive, Kritikpunkte (2007) 2.

⁶⁹ Wallburg, Liberalisierung in der Energiewirtschaft (2007) 2.

Dienstleistungs-, Zahlungs- und Kapitalverkehrs, die einem freien Wettbewerb zwischen den Staaten entgegenstehen, ist.⁷⁰

Die Liberalisierung als wirtschaftlicher Prozess zielt auf die Stärkung der Eigenverantwortlichkeit und der individuellen Freiheit ab. Dabei kommt es zu einem Ausbau individueller Handlungsmöglichkeiten der Wirtschaftsteilnehmer gegen bislang übermächtige Monopolisten auf den verschiedenen Wirtschaftssektoren.⁷¹

Nicht verwechselt werden darf die Liberalisierung aber mit der Privatisierung. Unter Privatisierung versteht man die Übereignung von staatlichem oder kommunalem Eigentum an Private, wobei es sich um die vollständige oder teilweise Übertragung bzw. Veräußerung von öffentlichem Vermögen an private Personen oder Unternehmen handelt.⁷²

IV. Die Regulierungsbehörden

Es werden spezielle Behörden für die Kommunikationsmärkte und die audiovisuellen Medien im Hinblick auf die Regulierung als rechtlich erforderlich erachtet. Dieser Umstand hat seine Ursache vor allem darin, dass es technisch komplexe Bereiche sind, welche für die Bearbeitung Fachkräfte benötigen. Weiters ist dies sinnvoll, weil diese Märkte gesellschaftlich und wirtschaftlich sensibel sind, weshalb die Stabilität gewahrt werden muss. Diese Aufgabe sollte den Regulierungsbehörden übertragen werden.⁷³ Insbesondere nach der einigermaßen rasanten Entwicklung von den Monopolen auf den Kommunikationssektoren zu einem privatwirtschaftlichen Markt ist der Markt zunächst nicht als besonders stabil einzustufen. Die Regulierungsbehörden unterstützen den Markt in seiner Gesamtheit dabei stabil und funktionsfähig zu werden und zu bleiben.

In den meisten europäischen Ländern existieren getrennte Telekommunikationsregulierungsbehörden. Sie sind organisatorisch nicht mit den Regulierungsbehörden für Rundfunk zusammengelegt. Ein Beispiel im europäischen Raum für eine derartige getrennte Regulierungsbehörde für Telekommunikation ist Deutschland. Aber auch Frankreich, Belgien, die Niederlande und einige andere Länder haben ein getrenntes System. Lediglich in Österreich, der Schweiz, Italien, Großbritannien und Finnland

⁷⁰ Brehme, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung (2010) 36.

⁷¹ Abegg, Liberalisierung von Netzsektoren: ihre Auswirkungen auf die Unternehmen im Schweizer Alpenraum (2005) 5.

⁷² Schmidh/Schwarz/Hepke, Privatisierung – Formen, Motive, Kritikpunkte (2007) 2.

⁷³ Grabenwarter/Griller/Holoubek, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht⁶ II (2009) 36.

existiert ein sogenannter „Single Regulator“, eine einheitliche Regulierungsbehörde für den Telekommunikations- und Rundfunksektor.⁷⁴

In Österreich ist die Regulierungsbehörde „Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH“ mit der Kurzbezeichnung RTR die Regulierungsbehörde für den gesamten elektronischen Kommunikationssektor. Die RTR besteht allerdings aus zwei Teilen, die organisatorisch hinsichtlich der Zuständigkeiten getrennt sind. Der eine Teil ist die sogenannte KommAustria, der andere die Telekom-Control-Kommission. In diesem Sinne sind eine Stufe weiter darunter die Zuständigkeiten für Rundfunk und Telekommunikation doch getrennt.

Die RTR-GmbH ist ein mit Hoheitsgewalt beliehener, aus der staatlichen Verwaltung ausgegliederter Träger des Privatrechts. Damit ist zwar auf dem Papier für die Regulierung in Rundfunk und Telekommunikation ein privater Rechtsträger zuständig, jedoch steht im Ergebnis doch der Bund hinter der RTR-GmbH. Während die RTR-GmbH im Bereich der Telekommunikation auch selbst behördliche Aufgaben hat, Bescheide und Verordnungen erlassen kann, hat sie diese Kompetenzen im Bereich des Rundfunks nicht. Sie hat im Rundfunksektor lediglich die Funktion des Geschäftsapparates der KommAustria.⁷⁵ Die RTR-GmbH dient in ihrer Funktion dazu den Wettbewerb auf den Kommunikationsmärkten Rundfunk und Telekommunikation zu sichern und funktionsfähig zu halten. Damit hat die RTR-GmbH angesichts der Wichtigkeit der Kommunikationsmärkte in der modernen vernetzten Gesellschaft eine äußerst wichtige Aufgabe, für die sie Verantwortung trägt. Die Experten der RTR-GmbH wirken mitunter an den Entscheidungen der beiden Regulierungsbehörden mit. Neben der Funktion als Geschäftsstelle für die KommAustria und die Telekom-Control-Kommission hat die RTR-GmbH auch noch weitere Aufgaben. Diese sind unter anderem alternative Streitbeilegung, die Verwaltung des Digitalisierungsfonds, des Fernsehfonds Austria, des Privatrundfunkfonds und Nichtkommerziellen Rundfunkfonds, Endkundenstreitschlichtung, die Verwaltung der Kommunikationsparameter sowie die Definition relevanter Märkte.⁷⁶

In der Telekommunikation war im Zusammenhang mit den europarechtlichen Vorgaben für die Öffnung der Märkte bestimmten Voraussetzungen zu entsprechen. Darum wurden die Telekom-Control-GmbH und die Telekom-Control-Kommission geschaffen. Die Telekom-Control-Kommission ist organisiert als eine unabhängige Kollegialbehörde mit richterlichem

⁷⁴ Puppis, Einführung in die Medienpolitik (2007) 121.

⁷⁵ Wallner, KommAustria Reloaded (2010) 76.

⁷⁶ <http://www.rtr.at/de/rtr/RTRGmbH>, 16.3.2011.

Einschlag gemäß Art. 20 Abs. 2 iVm Art. 133 Z4 B-VG.⁷⁷ Die Telekom-Control-Kommission ist in Österreich seit 1997 für die Regulierung des Telekommunikationssektors zuständig. Die Aufgaben und Zuständigkeiten der weisungsfreien Behörde sind gesetzlich genau festgelegt durch das Telekommunikationsgesetz 2003.⁷⁸ Die Telekom-Control-Kommission nimmt die wichtigen hoheitlichen Aufgaben der Telekommunikation wahr. Ihre Entscheidungen können lediglich beim Verfassungs- bzw. beim Verwaltungsgerichtshof bekämpft werden.⁷⁹

Die Regulierungsaufgaben im Bereich Rundfunk werden von zwei dafür zuständigen Behörden wahrgenommen. Die KommAustria ist jene Behörde, die für die Regulierung des Rundfunks zuständig ist. Sie ist allerdings nicht unabhängig, sondern weisungsgebunden organisiert. Aus diesem Grund existiert für Rundfunkangelegenheiten eine zweite, unabhängige Einrichtung, welche auch als Behörde zweiter Instanz fungiert. Ebenso wie die Telekom-Control-Kommission ist auch der Bundeskommunikationssenat (BKS) als unabhängige Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag organisiert und ebenso wie gegen deren Entscheidungen kann auch gegen die Entscheidungen des Bundeskommunikationssenates beim Verfassungs- bzw. Verwaltungsgerichtshof berufen werden.⁸⁰

Über die Einrichtung der Behörde KommAustria und des Bundeskommunikationssenates wurde ein Gesetz beschlossen, welches als KommAustria-Gesetz (KOG 2006) bezeichnet wurde. Darin heisst es zur Beschreibung der beiden einzurichtenden Behörden in §1 dieses Gesetzes, dass die Kommunikationsbehörde Austria zur Verwaltungsführung in Angelegenheiten der Rundfunkregulierung eingerichtet wird. Der Bundeskommunikationssenat wurde seiner gesetzlichen Bestimmung nach zur Kontrolle der Verwaltung in Angelegenheiten der Rundfunkregulierung eingerichtet und generell zur Rechtsaufsicht über den österreichischen Rundfunk.

Neben Zuordnungs- und Zulassungsverfahren, Verfahren zur Mitbenutzung von Sendeanlagen und der Erteilung von Bewilligungen gehören zu den Aufgaben der Kommunikationsbehörde Austria auch Verfahren nach dem Kartellgesetz und dem Wettbewerbsgesetz, soweit der KommAustria die Stellung einer Amtspartei zukommt. Die Ziele der KommAustria, festgelegt in § 2 Abs. 2 dieses Gesetzes sind zahlreich. Darunter

⁷⁷ *Damjanovic*, Regulierung der Kommunikationsmärkte unter Konvergenzbedingungen (2002) 37.

⁷⁸ <http://www.rtr.at/de/rtr/OrganeTKK>, 16.3.2011.

⁷⁹ *Grabenwarter/Griller/Holoubek*, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht⁶ II (2009) 37.

⁸⁰ *Grabenwarter/Griller/Holoubek*, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht⁶ II (2009) 37.

befinden sich die Sicherung des Marktzutritts neuer Anbieter, die Sicherung der Meinungsvielfalt, die Sicherung der Einhaltung europäischer Mindeststandards, die Bereitstellung von Fachwissen und die Sicherung der Qualität des Rundfunks in Österreich. In § 5 findet sich unter anderem die Festlegung, dass die RTR-GmbH zur Unterstützung der KommAustria und der Telekom-Control-Kommission eingerichtet ist.

V. Die Bestimmung des Art. 102 AEUV

Das Wettbewerbsrecht in seiner Gesamtheit dient dem Funktionieren des Wettbewerbs und der Chancengleichheit auf dem Markt. Dabei lässt sich der Bereich Wettbewerbsrecht systematisch in zwei Gebiete unterteilen, in das Kartellrecht einerseits und das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb andererseits. Während sich das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb – in Österreich durch das UWG geregelt – der Abwehr unlauterer Wettbewerbshandlungen, die als verpöht eingestuft werden widmet, beschäftigt sich das Kartellrecht primär mit Verabredungen zur Zusammenarbeit zwischen Unternehmen, welche anderen Wettbewerbsteilnehmern schaden, genauso wie mit Monopolbildung und der Ausnutzung einer derartigen Stellung. Beide Vorgänge verfälschen im Ergebnis den Wettbewerb.

Der für diese Untersuchung relevante Missbrauch einer Monopolstellung ist inhaltlich Gegenstand des Kartellrechts. Auf europäischer Ebene geregelt in Art. 102 AEUV (ex-Artikel 82 EGV), auf nationaler Ebene in Österreich in § 5 KartG, soll verhindert werden, dass Unternehmen mit grosser Marktmacht – sogenannte Monopolisten – ihre wirtschaftliche Macht missbrauchen zum Nachteil der anderen Marktteilnehmer. Die anderen wesentlichen Tatbestände des Kartellrechts, hängen mit dieser Bestimmung in engem Zusammenhang. Auch Absprachen dienen dazu wirtschaftliche Macht auszunutzen um einen für den Wettbewerb nachteiligen Vorteil zu erlangen.

Der Art. 102 AEUV erhielt eine neue Nummerierung durch den Vertrag von Lissabon 2009. Früher war dieses Verhaltensverbot in Art. 82 EGV geregelt. Inhaltlich blieb der Artikel dabei jedoch unverändert. Bei genauerer Betrachtung des Tatbestandes des Art. 102 AEUV fällt auf, dass dieses Verbot einige Begriffe enthält, die in ihrer Bedeutung einer näheren Definierung bedürfen. Zum Zwecke der Rechtssicherheit ist dies geboten. Einerseits müssen die Marktteilnehmer vorhersehen können, in welcher Situation sie diese Grenze überschreiten und durch welche Verhaltensweisen. Andererseits muss es auch den Entscheidungsträgern in solchen Fällen in angemessener Zeit möglich sein zu einer Entscheidung zu gelangen und sich nicht lediglich mit Begriffsfragen zu beschäftigen. Angesichts dieser Umstände sind die

Begriffe des Marktes oder eines wesentlichen Teil desselben, der beherrschenden Stellung, der missbräuchlichen Ausnutzung und die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten näher zu betrachten. Sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung finden sich viele Materialien, die sich mit diesen Tatbestandsvoraussetzungen auseinandersetzen. Die meisten von ihnen sind wenig strittig.

In der Praxis wesentlicher Bestandteil des Art. 102 AEUV ist dessen Absatz 1. Gerade hier ist die Entwicklung und Fortentwicklung der Regelung durch die Rechtsprechung der Gerichte und damit vor allem des EuGH zu berücksichtigen, welche bedeutende Entscheidungen hervorgebracht hat.⁸¹

Während das Kartellverbot in Art. 101 AEUV in seinem Absatz 3 Ausnahmen von bzw. Rechtfertigungen für kartellrechtswidriges Verhalten gemäß Absatz 1 dieser Bestimmung bietet, so kann eine vergleichbare Klausel in Art. 102 AEUV nicht entdeckt werden. Umso wichtiger erwies sich die Rechtsprechung hinsichtlich der Auslegung und Anwendung der Bestimmung des Missbrauchsverbots einer marktbeherrschenden Stellung.⁸²

Wesentlich für die Anwendung der europäischen Bestimmung und keiner parallelen nationalen Bestimmung des Wettbewerbsrechts ist der Umstand, dass im Falle des Art. 102 AEUV eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels der Mitgliedstaaten benötigt wird. Beeinträchtigt die missbräuchlich die Monopolstellung ausnützende Verhaltensweise eines Unternehmens nicht den zwischenstaatlichen Handel, so ist das nationale Recht für die Beurteilung des Sachverhaltes heranzuziehen.

Von einer solchen Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten kann man sprechen, wenn das Verhalten die innerstaatlichen Handelsströme verändert, die Aufteilung von Märkten in geografischer Hinsicht möglich macht oder anderen Wettbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten den Eintritt in den jeweiligen Markt erschwert oder tatsächlich unmöglich macht. Die nationalen kartellrechtlichen Regelungen dagegen befassen sich mit jenen Sachverhalten und Verhaltensweisen, die sich im Ergebnis rein auf den nationalen Markt auswirken.⁸³ Es ist aber jedenfalls in diesem Zusammenhang bei Grenzfällen der europäische Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht zu beachten.

⁸¹ *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht: eine systematische Darstellung³ (2007) 512.

⁸² *Albors-Llorens*, The role of objective justification and efficiencies in the application of article 82 EC, Common market law review 1/2007, 1727 – 1761.

⁸³ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2010) 282.

A. Der relevante Markt

Um die Frage beantworten zu können, ob ein missbräuchliches Ausnutzen einer beherrschenden Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV überhaupt vorliegt, ist zunächst zu untersuchen, auf welchem Gebiet sich das beanstandete Verhalten auswirkt.⁸⁴ Es ist der Markt räumlich und sachlich einzugrenzen, auf dem der Sachverhalt und seine Auswirkungen zu prüfen sind. Dies ist für das Ergebnis der Prüfung ausschlaggebend. In Einzelfällen kann auch eine zeitliche Abgrenzung von Bedeutung sein. Diese zeitliche Komponente ist zu beachten, wenn der Wettbewerb zwischen Anbietern nur zu einem bestimmten Zeitpunkt und nicht dauerhaft stattfindet.⁸⁵ Die Betrachtung des relevanten Marktes ist jeweils einzelfallbezogen individuell vorzunehmen, woraus sich in der Praxis ein durchaus aufwendiges Verfahren in den Fällen potentiellen Missbrauchs ergibt. Das Vorgehensmuster der Abgrenzung eines relevanten Marktes findet sich neben der Missbrauchsaufsicht über Monopolunternehmen auch in der Fusionskontrolle und beim Kartellverbot nach Art. 101 AEUV. In räumlicher Hinsicht ist ein geografisches Gebiet abzugrenzen, in sachlicher Hinsicht geschieht das durch die Identifizierung einer Gruppe von ähnlichen Produkten, welche sich von anderen Produkten wesentlich unterscheiden. Solch ein wesentlicher Unterschied liegt dann vor, wenn diese Produkte von anderen Produktgruppen getrennt betrachtet werden können, so dass die Anbieter der Produkte die anderen Produktgruppen bei ihren Unternehmens- und Wirtschaftsentscheidungen unberücksichtigt lassen können.⁸⁶ Hierbei kann man das System des relevanten Marktes auch von einer wirtschaftlichen Seite betrachten und damit zur Erläuterung desselben beitragen. Es sind für den Markt in sachlicher Hinsicht jene Produkte von Anbietern zu berücksichtigen, auf welche ein Konsument potentiell ausweichen könnte bzw. würde, wenn das Produkt, von dem in der Untersuchung ausgegangen wird, für den Konsumenten entweder nicht mehr oder nur unter erschwerten Bedingungen – beispielsweise ein stark erhöhter Preis – zur Verfügung steht. Derartige Ausweichprodukte werden aufgrund ihrer Eigenschaft als potentiell Ersatzprodukt auch als Substitute bezeichnet.

Nach der Rechtsprechung des EuGH umfasst der sachlich relevante Markt „sämtliche Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und die mit anderen Erzeugnissen oder Dienstleistungen nur wenig austauschbar sind.“⁸⁷ Dabei kommt es auf die Betrachtung der Lage aus Sicht des Konsumenten an. Der Zweck des Produktes ist hierbei wesentlich,

⁸⁴ *Hertfelder*, Die Abgrenzung des geographisch relevanten Marktes (2006) 2.

⁸⁵ *Ekey/Brämer*, Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht (2005) 328.

⁸⁶ *Hertfelder*, Die Abgrenzung des geographisch relevanten Marktes (2006) 2f.

⁸⁷ EuG 17.12.2003, T-219/99, British Airways.

dagegen sind die Beschaffenheit des Produktes und sein Preis für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes nicht von Bedeutung. Es kann also ein und dasselbe Produkt Gegenstand mehrerer Märkte sein, wenn es mehrere Verwendungszwecke haben kann.⁸⁸ Diese Ansicht wird allerdings nicht durchgehend in der Literatur vertreten. Andere Stimmen sehen die Faktoren Eigenschaften und Preis als mitunter ebenso relevant wie den Verwendungszweck eines Produktes und qualifizieren diesen nicht als den alleine ausschlaggebenden Faktor.⁸⁹

Legt man diese allgemeinen Kriterien auf den Telekommunikationsmarkt um, so stellt sich die Frage, welche Telekommunikationsprodukte und –dienstleistungen in ein und denselben Markt eingeordnet werden können. Nach der Auffassung der Kommission zum sachlichen Markt spielt die verwendete Technologie für die Ermittlung desselben keine Rolle. Unterschiede bezüglich Angeboten und Preisen in der Telekommunikation können aber die Märkte abgrenzen, beispielsweise in Märkte für Geschäftskunden und Privatkunden, wobei bei Angeboten neben den generellen Kosten auch die Kosten für einen Anbieterwechsel zu berücksichtigen sind.⁹⁰ Jedenfalls kann nunmehr, da der Sektor für Telekommunikation liberalisiert ist, von mindestens zwei bestehenden Märkten ausgegangen werden. Dies ist zum einen der Dienstleistungsmarkt, der die Dienstleistungen für die Endbenutzer enthält, und zum anderen der Zugangsmarkt. Der Zugangsmarkt ist jener Markt, der den Zugang zu Einrichtungen oder Leistungen (beispielsweise Informationen) betrifft, wodurch es Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen ermöglicht wird, auf dem Markt überhaupt zu agieren und ihre Dienste anzubieten. Man kann diesbezüglich auch von einem vor- und einem nachgelagerten Markt sprechen. So ist der Endkundenmarkt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten dem Großkundenmarkt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) nachgelagert, da es sich hierbei um zwei Märkte handelt, welche verschiedene Marktstufen innerhalb einer Vertriebskette bilden.⁹¹ Weitere zu erwähnende Märkte sind die Märkte für Ferngespräche und jene für Ortsgespräche. Es handelt sich dabei um für den Konsumenten nicht austauschbare Leistungen. Ebenso stellt sich die Situation für die Festnetzmärkte und die Mobiltelefonmärkte dar.⁹²

⁸⁸ *Ekey/Brämer*, Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht (2005) 328.

⁸⁹ *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹⁰ II (2006) Art. 82 Rz 7.

⁹⁰ *Enaux*, Effiziente Marktregulierung in der Telekommunikation: Möglichkeiten und Grenzen der Rückführung sektorspezifischer Sonderregulierung in das allgemeine Wettbewerbsrecht (2004) 20f.

⁹¹ *Krüger*, Telekommunikationsrechtliche Regulierung zur Verhinderung von Marktmachtübertragungen in benachbarte Märkte: Eine Analyse des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie unter besonderer Berücksichtigung gemeinsamer Marktmacht (2010) 242.

⁹² *Trute/Spörr/Bosch*, Telekommunikationsgesetz mit FTEG (2001) 281.

An dem systematisch stufenweisen Vorgehen der Prüfung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbotes wird aber mitunter auch Kritik geübt. Eine Teilung der Prüfung in Abgrenzung des relevanten Marktes und anschließende Untersuchung der Wettbewerbsverhältnisse auf diesem sei nicht richtig. Vielmehr meinen die Kritiker, dass auch der Vorgang der Marktabgrenzung bereits eine Analyse des Wettbewerbs auf diesem berücksichtigen müsse. Eine Trennung dieser beiden Komponenten würde ihrer Meinung nach keine sachliche Rechtfertigung finden.⁹³ Die Prüfung im individuellen Fall aber in zwei aufeinanderfolgenden Schritten vorzunehmen, nach der separaten Marktabgrenzung erst die Analyse der marktbeherrschenden Stellung, hat aber ihren Hintergrund in der Bestimmung des Art. 102 AEUV und seinem Gesetzeszweck selbst. Es soll mit Art. 102 AEUV nicht die wirtschaftliche Macht eines Unternehmens an sich bekämpft werden, da sich diese noch nicht per se negativ auf den Wettbewerb auswirken muss. Die Macht eines Unternehmens ist nur dann tatbestandlich im Sinne des Missbrauchsverbots, wenn sie sich auf einem bestimmten Markt in messbarer Weise manifestiert.⁹⁴

Da der Markt aufgrund von unterschiedlichen geographischen Standards einerseits und der Grenzen des Transports in der Praxis (dies ist vor allem eine wirtschaftliche Kostenfrage) andererseits auch in räumlicher Hinsicht nicht unendlich weit ist, sind die Kriterien zu untersuchen, nach welchen sich das Gebiet des Marktes festlegen lässt.

Die Kommission hat in ihrer Bekanntmachung über den relevanten Markt festgelegt, dass der räumlich relevante Markt aus europäischer Sicht wie folgt zu definieren ist: „Der geographisch relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten, insbesondere aufgrund merklicher unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen, die in diesen Gebieten herrschen, abgrenzt.“ Es sind also hierbei zwei Faktoren wesentlich. Es muss sich einerseits um ein Gebiet mit hinreichend homogenen Wettbewerbsbedingungen handeln, andererseits muss sich das abgegrenzte Gebiet von anderen angrenzenden Gebieten durch spürbar andere Wettbewerbsbedingungen unterscheiden. Der räumlich relevante Markt kann die verschiedensten Gebietsgrößen umfassen. Es kann sich dabei beispielsweise um eine Stadt,

⁹³ *Hertfelder*, Die Abgrenzung des geographisch relevanten Marktes (2006) 3.

⁹⁴ *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht: eine systematische Darstellung³ (2007) 515.

eine Gebietsregion eines Staates, ein gesamtes Staatsgebiet oder auch um das Gebiet mehrerer Staaten handeln.⁹⁵

Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der Anwendung des sogenannten Bedarfsmarktkonzeptes, wobei wie auch bei der Abgrenzung in sachlicher Hinsicht von der Sicht des Konsumenten ausgegangen wird. Die entscheidende Komponente ist hier die räumliche Dimension der Austauschbeziehungen, so dass sich die Preise innerhalb des jeweils sachlich relevanten Marktes durch Handel angleichen können.⁹⁶ Im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen und Zugangsmöglichkeiten umfasst der örtlich einzugrenzende Markt dasjenige Gebiet, in dem ähnliche Wettbewerbsbedingungen für die Anbieter der Kommunikationsdienstleistungen gelten. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sich die Bedingungen für die Anbieter vollkommen gleichen, sie müssen sich lediglich ähnlich sein. Beispielsweise kann bei den Ortsgesprächsleistungen eine räumliche Differenzierung innerhalb eines Staatsgebietes geboten sein, da es regional verschiedene Anbieter – vor allem in Ballungsräumen – geben kann. Der Markt für Ferngespräche und auch für Mobilfunkdienstleistungen ist dagegen in räumlicher Hinsicht im gesamten Staatsgebiet zu sehen.⁹⁷

Wirft man einen Blick auf die Praxis, so ist zu erkennen, dass eine möglichst genaue Abgrenzung des Marktes in sachlicher, räumlicher und möglicherweise auch zeitlicher Hinsicht sehr grosse Probleme bereitet. Da die Märkte keine klaren Grenzen haben, sondern ineinander fließen, ist es kaum möglich zu einem eindeutigen Ergebnis zu gelangen. Daraus kann in der Folge der Untersuchung eine Verfälschung des Resultates mit rechtlichen Folgen entstehen. Bei einer solchen Marktabgrenzung besteht auch immer die Gefahr der willkürlichen oder einseitigen Auslegung gewisser Umstände in die eine oder die andere Richtung. Es besteht daher mitunter auch die Angst der Marktteilnehmer einer Zurechtlegung bzw. Zurechtschneidung einer praktikablen Lösungsvariante.⁹⁸

Im Zusammenhang mit dem Bedarfsmarktkonzept sind bei der Angleichung der Preise im Handel auch die Transportkosten zu beachten. Steigen sie zu hoch an, kann der dadurch entstehende wirtschaftliche Verlust nicht mehr durch den Preis für das Produkt ausgeglichen

⁹⁵ Grätz, Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des europäischen, deutschen und schweizerischen Missbrauchsverbots (2009) 161.

⁹⁶ Enaux, Effiziente Marktregulierung in der Telekommunikation: Möglichkeiten und Grenzen der Rückführung sektorspezifischer Sonderregulierung in das allgemeine Wettbewerbsrecht (2004) 16.

⁹⁷ Trute/Spörr/Bosch, Telekommunikationsgesetz mit FTEG (2001) 283f.

⁹⁸ Vorderwülbecke, Missbrauchsaufsicht über Pharmaunternehmen (1979) 42f.

werden, insbesondere da der Preis dann ebenfalls ansteigen müsste, was die Attraktivität des Produktes oder der Dienstleistung für den Abnehmer senkt.

Der Markt für Telekommunikationsleistungen kennt das Problem der Beachtung der Transportkosten bei der räumlichen Gebietsabgrenzung für den Markt weitgehend nicht, da schon aufgrund der technischen Gegebenheiten auf diesem Sektor Transportkosten weitgehend keine Rolle spielen.⁹⁹ Die Telekommunikation braucht nicht unter Entstehung von Kosten transportiert zu werden wie dies beispielsweise bei Lebensmitteln der Fall ist. Sie kann daher ihrer Produktausgestaltung nach auch relativ grosse Entfernungen überwinden und immer noch zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen gegenüber anderen Marktteilnehmern angeboten werden. Dies macht die Frage nach der Abgrenzung des Marktes in räumlicher Hinsicht im Bereich Telekommunikation noch schwerer zu beantworten, weil ein weiterer messbarer Faktor wegfällt.

In Art. 15 Abs. 1 der europäischen Rahmenrichtlinie findet sich die allgemein formulierte Regelung, dass die Märkte im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts zu definieren sind. Dies ergibt sich auch aus der sogenannten Märkte-Empfehlung. Es ist dabei das Verfahren zu beachten, welches auch die Kommission zur Abgrenzung jener Märkte, die in der Empfehlung bezeichnet werden, angewendet hat. Es ist dies das bereits für das allgemeine Wettbewerbsrecht geltende Bedarfsmarktkonzept, das auf die Situation aus der Sicht der Nachfrageseite abstellt.¹⁰⁰

Auch auf dem Sektor Rundfunk ist im konkreten Fall im ersten Schritt eine Abgrenzung des relevanten Marktes geboten. Die räumliche Abgrenzung erfolgt zumeist sinnvoll mit dem potentiellen Aussendungsgebiet des jeweiligen Anbieters von Fernsehen oder Hörfunk. Daraus ergeben sich vielerlei Märkte, die lokal, regional oder auch überregional ausgestaltet sein können. Aus den bestehenden Sprachbarrieren, den Besonderheiten im kulturellen Bereich und unterschiedlichen normativen Systemen erwächst für die Marktabgrenzung von Rundfunk grundsätzlich eine primär sprachgebundene, nationale Grenze. Nach der Anwendungspraxis der Kommission ist das räumlich relevante Gebiet prinzipiell das Staatsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaates der Europäischen Union. Dies könnte sich im Zeitalter zunehmender Globalisierung und Internationalisierung sowie geringerer Bedeutung von Sprachbarrieren rasch ändern.¹⁰¹

⁹⁹ *Enaux*, Effiziente Marktregulierung in der Telekommunikation: Möglichkeiten und Grenzen der Rückführung sektorspezifischer Sonderregulierung in das allgemeine Wettbewerbsrecht (2004) 16.

¹⁰⁰ *Bonnekoh*, Voice over IP: Rechtsprobleme der Konvergenz von Internet und Telefonie (2007) 103.

¹⁰¹ *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht (2010) 186f.

Sachlich gesehen können mehrere Märkte nach verschiedenen Gesichtspunkten im Bereich Rundfunk abgegrenzt werden. Es können zunächst einzelne Märkte in Bezug auf die Finanzierung geteilt werden, in Finanzierung durch Werbung, durch Gebühren und durch Entgelt. Auf die analoge bzw. digitale Sendetechnik dagegen kommt es nicht an. Ebenso wie im Bereich der Telekommunikation sind technische Details also keine Kriterien der Unterscheidung, die die Zugehörigkeit zu einem anderen Markt zu begründen vermögen. Der Rundfunk grenzt sich nach dem Inhalt der angebotenen Leistungen jedenfalls in den Hörfunk einerseits und das Fernsehen andererseits ab. Eine Differenzierung hinsichtlich der Marktzugehörigkeit ist auch bei Free-TV einerseits und Pay-TV andererseits zu sehen. Diese beiden Kategorien können aufgrund ihrer jedenfalls nicht vorstellbaren Austauschbarkeit für den Abnehmer nicht in einen gemeinsamen sachlichen Markt zusammengefasst werden.¹⁰² Die wichtigsten der relevanten Märkte im Rundfunkbereich sind die Werbemärkte.¹⁰³ Sie haben die grösste wirtschaftliche Bedeutung in der Praxis.

Als eine diffizile Komponente in der Praxis hat sich das Medium Internet herausgestellt. Die Leistungen, die durch das Internet angeboten werden, sind derartig vielfältig und oft auch sehr ähnlich, dass es mitunter grosse Schwierigkeiten bereitet, hier die relevanten Märkte abzugrenzen.

In sachlicher Hinsicht muss bei Internetmarktplätzen zunächst jedenfalls eine grundsätzliche Entscheidung zwischen zwei relevanten Märkten getroffen werden. Dabei handelt es sich um den Markt der auf Internetmarktplätzen gehandelten Güter und den Markt der Dienstleistungen, die auf Internetmarktplätzen als Vermittlungsdienste erbracht werden.¹⁰⁴

Hinsichtlich des Anbietens von einem Internetanschluss als solchem und seine folgende Nutzung, kann die Marktabgrenzung ähnlich gesehen werden, wie dies bei der Telekommunikation generell der Fall ist. Nachdem es hier keine weitere Unterteilung in verschiedene Märkte gibt (in der Telekommunikation beispielsweise in Orts- und Ferngespräche, Festnetz- und Mobiltelefonie) stellt sich der Markt für Internetnutzung einheitlich dar. Sachlich ist der Markt damit wohl grundsätzlich bundesweit zu sehen, da auch auf diesem Gebiet die nationalen Barrieren, welche aus den bereits angeführten Gründen bestehen, weitgehend Grenzen des Marktes bilden. Theoretisch ist natürlich eine räumliche

¹⁰² Paal, *Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht* (2010) 193f.

¹⁰³ Shyr, *Die Konzentrationsbekämpfung durch Fusionskontrolle im Rundfunkbereich* (1996) 134.

¹⁰⁴ Buchhold, *Business to Business: Internetmarktplätze im Blickpunkt des europäischen und deutschen Kartellrechts* (2004) 84.

Teilung in lokale, regionale und bundesweite Märkte möglich, sofern die Anbieter danach differieren. Meistens wird aber in der Praxis der Markt für das Internet ein bundesweiter sein.

In der Regelung des Art. 102 AEUV heisst es wörtlich, es müsse die beherrschende Stellung, welche missbräuchlich ausgenutzt werde, auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben vorliegen. Die Formulierung Gemeinsamer Markt – wie sie vormals in dieser Bestimmung bestand – wurde durch Binnenmarkt ersetzt. Nachdem der Binnenmarkt wenig strittig ist, da sämtliche Mitgliedstaaten der Europäischen Union diesen bilden – dies ist rechtlich aus Art 3 EUV nach der Fassung des Vertrages von Lissabon herauszulesen – stellt sich nunmehr die Frage nach der Auslegung und Behandlung des „wesentlichen Teiles desselben“ bei der Anwendung des Art. 102 AEUV.

Ein wesentlicher Teil des Binnenmarktes liegt tatbestandsmäßig jedenfalls dann vor, wenn sich der räumlich relevante Markt im konkreten Fall über das geographische Gebiet mehrerer Mitgliedstaaten erstreckt. Für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „ein wesentlicher Teil desselben“ kommen aber auch kleinere Gebiete in Frage, zum Beispiel das Gebiet nur eines Mitgliedstaates – auch wenn es sich um einen verhältnismäßig flächenmäßig kleinen Staat handelt – oder auch nur ein Teil des Gebietes eines Mitgliedstaates. Bei der Beurteilung ob ein derartiges kleineres Gebiet ausreicht kommt es auf dessen Bedeutung in wirtschaftlicher Hinsicht an. Maßgebliches Kriterium ist die Relevanz des betreffenden Marktes für den Wettbewerb in der Gemeinschaft. Es können nur jene Missbräuche erfasst werden, die relevante Auswirkungen auf die Entwicklung des Wettbewerbes der Gemeinschaft haben. Andernfalls wäre das Anwendungsgebiet des Verbotes des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zu weit gefasst.¹⁰⁵ Flughäfen oder Häfen können aufgrund ihrer oftmals überdurchschnittlichen wirtschaftlichen Relevanz dieses Erfordernis erfüllen. So ist der Flughafen Frankfurt jedenfalls schon für sich gesehen als ein wesentlicher Teil des Binnenmarktes zu betrachten.¹⁰⁶

Eine marktbeherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben kann aber auch dadurch begründet werden, dass diese wirtschaftliche Position auf einem anderen Markt besteht, der mit dem gegenständlichen derart eng verbunden ist, dass sich die Stellung auf dem einen Markt auf den anderen Markt zwangsläufig auswirkt. Ein gutes Beispiel für eine solche Konstruktion ist die nahe Beziehung der Märkte Festnetz und

¹⁰⁵ Hönn, Examens-repetitorium Wettbewerb und Kartellrecht² (2009) 125.

¹⁰⁶ Neef, Kartellrecht (2008) 69ff.

Internet in der Telekommunikation. Diese beiden Bereiche sind deshalb so nahe aneinander einzustufen, weil diese Leistungen sehr häufig, wenn nicht sogar regelmäßig, von den Anbietern gemeinsam angeboten werden. Internet und Festnetztelefonie werden häufig in Paketen angeboten und diese Pakete mit einem Pauschalpreis versehen. Für den Kunden ist es im Ergebnis nicht praktischer, sondern mitunter auch preisgünstiger, beides von ein und demselben Anbieter zu erwerben. Hat daher ein Unternehmen auf dem Markt für Internetzugang eine beherrschende Stellung, so ist diese vermutlich auch auf dem so eng verwandten Festnetztelefoniemarkt vorhanden, auch wenn der Marktanteil dort möglicherweise für sich keine solche Position begründet.¹⁰⁷

Für den Sektor Rundfunk, dessen Gebiet wie bereits angeführt meistens national abgegrenzt wird, ist die europäische Entscheidungspraxis sehr wesentlich. Aus dieser geht in diesem Zusammenhang zunächst hervor, dass das Gebiet eines Mitgliedstaates – sei es auch ein kleiner – ausreichend ist für die Qualifikation als „wesentlicher Teil desselben“ im Sinne des Missbrauchsverbots des Art. 102 AEUV. Damit ist weitgehend sichergestellt, dass bestehende Rundfunkmonopole auch unter diese Bestimmung fallen und von der Anwendbarkeit nicht aus Marktabgrenzungsgründen ausgeschlossen werden. In der Rechtsprechung sind auch bereits einige Teilgebiete von Mitgliedstaaten als wesentliche Teile des Marktes anerkannt worden. Darunter waren unter anderem Süddeutschland und London.

B. Die beherrschende Stellung

Die beherrschende Stellung, die ein Unternehmen auf dem im ersten Prüfungsschritt relevanten Markt innehat, ist ebenso eine notwendige Voraussetzung für die Anwendung des Art. 102 AEUV wie dies das Verfahren zur Abgrenzung eines relevanten Marktes ist. Nur auf diesem Markt wird nachfolgend die wirtschaftliche Macht eines Marktteilnehmers untersucht. Es handelt sich um einen Begriff, der keine Definition im AEUV erfahren hat und sich zunehmend durch die Rechtsprechung des EuGH fortentwickelt hat.

Im Urteil Chiquita-Bananen des EuGH, welches sich als ein sehr wesentliches für die Auslegung und rechtliche Entwicklung des Art. 102 AEUV entpuppt hat, stellte der Europäische Gerichtshof eine Definition zur marktbeherrschenden Stellung auf, welche bis heute nahezu unverändert maßgeblich ist. Danach ist eine beherrschende Stellung auf dem Markt „die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, die dieses in die Lage versetzt,

¹⁰⁷ Neef, Kartellrecht (2008) 69ff.

die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“ Zusätzlich wird in der Entscheidung betont, dass das Vorliegen dieser Situation nicht von einem einzelnen Umstand abhängt, sondern es sich jeweils um eine Vielzahl an Faktoren handelt, die zusammen für das Vorliegen der beherrschenden Stellung ausschlaggebend sind.¹⁰⁸ Äußerst wichtige Merkmale in diesem Zusammenhang sind die Finanzkraft eines Unternehmens und sein wirtschaftlicher Einfluss (sein Ruf, seine Grösse, etc.). Auch stark zu berücksichtigen sind die Zugangsmöglichkeiten zu Beschaffungs- und Absatzmärkten. Das wichtigste Indiz für eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens ist aber relativ unumstritten die Grösse seines Anteiles auf dem Markt. Nachdem zunächst die Auffassung vertreten wurde, dass ein Marktanteil von 60% und darüber auf eine solche Stellung auf dem Markt schließen lassen können, wurde dieses Erfordernis weiter gezogen in der maßgeblichen Entscheidung im Fall AKZO, welcher vom EuGH entschieden wurde.¹⁰⁹ In dieser Entscheidung wurde festgestellt, dass eine marktbeherrschende Stellung jedenfalls besteht, wenn der Marktanteil des zu untersuchenden Unternehmens 50% oder darüber beträgt. Dann sind weitere Faktoren auch nicht mehr für die Begründung dieser Tatbestandsvoraussetzung erforderlich. Liegt der Marktanteil dagegen unter 50%, so kann zwar trotzdem eine marktbeherrschende Stellung bestehen, es kommt dabei allerdings auf die Analyse zusätzlicher Faktoren an, wie Produktionsvorsprung, Qualität, etc.¹¹⁰

Es handelt sich bei dem Merkmal einer bedeutenden Marktmacht nicht um einen Beweis für das Vorliegen einer dominanten Stellung, allerdings trägt dieses Merkmal eine starke Indizwirkung. Ebenso wie die starke Marktmacht ein Beweismittel für die Existenz einer dominanten Position sein kann, so kann der Umgang mit dieser Dominanz als Beweis für einen Missbrauch dienen.¹¹¹

Bei den beiden Kriterien, die der EuGH im Chiquita-Bananen Urteil für eine marktbeherrschende Stellung angeführt hat, handelt es sich weder um kumulativ noch um alternativ notwendige Bedingungen. Wettbewerbsverhinderung und unabhängiges Verhalten sind vielmehr verschiedene Aspekte ein und desselben Verhaltens. Von essentieller

¹⁰⁸ EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, Chiquita Bananen.

¹⁰⁹ *Lehmann*, Die Europäische Fusionskontrolle (2010) 14.

¹¹⁰ EuGH 3.7.1991, Rs 62/86, AKZO.

¹¹¹ *Clarke J.*, Ryanair Limited v. Bravofly and Travelfusion Limited, EuLR 1/2010.

Bedeutung ist hierbei, dass der Wettbewerb durch seine Vorgaben und Teilnehmer nicht mehr in der Lage ist das Verhalten des beherrschenden Marktteilnehmers zu kontrollieren oder zu beeinflussen.¹¹² Die anderen Marktteilnehmer sind auf die Tätigkeit des Unternehmens in beherrschender Stellung angewiesen, wodurch die Händler, Lieferanten und alle weiteren Marktteilnehmer in eine gewisse Abhängigkeit von diesem Unternehmen geraten. Daran ist eine relevante Position im Sinne des Art. 102 AEUV meist bereits zu erkennen.¹¹³

Strittig ist, ob eine Indizwirkung sich daraus ergeben kann, dass sich ein Unternehmen in einer Weise verhält, die einen Missbrauch darstellen kann. Dabei sind insbesondere die Verhaltensweisen gemeint, die in Art. 102 AEUV ausdrücklich erwähnt sind. Eine derartige Indizwirkung würde allerdings bedeuten, dass auch Unternehmen ohne marktbeherrschende Stellung sich nicht so verhalten dürfen. Auf diese Art kann aber nach seinem Gesetzeszweck Art. 102 AEUV nicht ausgelegt werden, da er nur auf den Schutz des Wettbewerbs vor Marktteilnehmern mit marktbeherrschender Stellung abzielt.¹¹⁴

Die marktbeherrschende Stellung muss aber nicht unbedingt nur von einem einzigen Unternehmen ausgeübt werden. Es ist theoretisch auch möglich, dass zwei oder mehrere stark miteinander verbundene Unternehmen gemeinsam eine solche Stellung auf dem Markt innehaben. In diesem Zusammenhang hat der EuGH allerdings festgestellt, dass dabei nicht Konzernunternehmen gemeint sind, welche eine wirtschaftliche Einheit mit reaktionsverbundenem Verhalten darstellen. Diese gelten als ein einheitliches Unternehmen im Sinne des Missbrauchsverbotes. Es sind mit der Formulierung „mehrere Unternehmen“ eher Unternehmen gemeint, die sehr eng zusammenarbeiten und für die die Aktionen des einen Unternehmens auch für das andere wirtschaftlich von Bedeutung sind. Typischer Fall ist diesbezügliches das enge Oligopol, wenn gegenüber anderen Marktteilnehmern als eine Einheit agiert wird.¹¹⁵

Die Telekommunikation hat aufgrund ihrer Struktur eine gewisse Sonderstellung betreffend Marktabgrenzung und auch betreffend der marktbeherrschenden Stellung auf diesen Märkten. Es ist für die Erbringung von Leistungen für die Endkunden zunächst erforderlich, die

¹¹² *Pruns*, Kartell- und vergaberechtliche Probleme des selektiven Kontrahierens auf europäischer und nationaler Ebene. Eine Darstellung am Beispiel der hausarztzentrierten Versorgung nach § 73b SGB V und der integrierten Versorgung nach §§ 140a ff SGB V (2008) 277.

¹¹³ *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung: Eine grundlagenorientierte Untersuchung zum Kartellrecht des geistigen Eigentums (2001) 438.

¹¹⁴ *Neef*, Kartellrecht (2008) 67.

¹¹⁵ *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht: eine systematische Darstellung³ (2007) 517f.

Möglichkeit dieser Erbringung zu erlangen, indem die Anbieter Zugang zu den wesentlichen Einrichtungen bekommen. Diese wesentlichen Einrichtungen sind technische Einrichtungen, wie Kabelverbindungen, die charakteristisch zunächst nach der Liberalisierung den ehemaligen Monopolisten vorbehalten waren.

Aus dieser Struktur lässt sich auch die Abgrenzung zweierlei unterschiedlicher Märkte ableiten, einerseits den Zugangsmarkt und andererseits den Markt für die Leistungen an den Endkunden. Daraus ergibt sich auch, dass eine marktbeherrschende Stellung auf beiden Märkten möglicherweise bestehen kann und im Einzelfall zu untersuchen ist je nach dem zuvor im ersten Schritt der Untersuchung abgegrenzten Markt. Dieser Zugang ist den Unternehmen auf dem Kommunikationsmarkt von jenem Unternehmen, das über die Kontrolle über diesen Zugang verfügt, zu gewähren. Die rechtlichen Voraussetzungen für solch eine Konstruktion werden an späterer Stelle genauer erörtert.

In diesem Zusammenhang stellt sich nunmehr die Frage, auf welchem der beiden Märkte das Unternehmen, welches Inhaber der wesentlichen Einrichtung ist, marktbeherrschend sein muss. Muss das zur Gewährung des Zugangs verpflichtete Unternehmen den Markt für die wesentliche Einrichtung beherrschen oder muss es über eine marktbeherrschende Stellung auf dem abgeleiteten Markt verfügen? Gesetzlich ist dieser Aspekt nicht genau geregelt. Es hat sich in der Praxis herausgebildet, dass davon auszugehen ist, dass die beherrschende Stellung auf dem Markt für die wesentliche Zugangseinrichtung ausreicht. Dieses Ergebnis ergibt sich schon aus der sinnvollen Überlegung, dass andernfalls ein auf dem Markt für die Zugangseinrichtung beherrschendes Unternehmen aus der Anwendung der Bestimmungen zur Zugangsverpflichtung herausfallen könnte, weil es über keine derartige wirtschaftliche Position auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen an den Endkunden verfügt. Dieser Auffassung nach wird allerdings der Zugangsanspruch wiederum sehr weit, was zu intensiver Kritik der Vertreter der gegenteiligen Auffassung führt. Der Inhaber der Zugangseinrichtung wird nahezu immer eine beherrschende Stellung auf dem Zugangsmarkt innehaben, denn Zugangseinrichtungen können nur dann als wesentlich qualifiziert werden, wenn sie derart rar sind, dass ein Verzicht auf ihre Nutzung für die Anbieter kaum möglich ist.¹¹⁶

Marktbeherrschende Stellungen im Bereich Rundfunk gibt es häufig unter Berücksichtigung der zumeist nationalen räumlichen Abgrenzung in Staaten, in denen sich die ehemaligen

¹¹⁶ *Enaux*, Effiziente Marktregulierung in der Telekommunikation: Möglichkeiten und Grenzen der Rückführung sektorspezifischer Sonderregulierung in das allgemeine Wettbewerbsrecht (2004) 187f.

öffentlich-rechtlichen Monopole an der Spitze des Marktes trotz Liberalisierung weiterhin halten konnten.

C. Der Unternehmensbegriff

Die Adressaten des wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsverbotes sind Unternehmen. Dies ergibt sich schon aus dem Zweck, den diese Regel verfolgt. Auch der Unternehmensbegriff ist nicht ausdrücklich im Gesetz beschrieben und ergibt sich daher auch hier wiederum aus der Behandlung und Analyse des Begriffes in Rechtsprechung und Literatur. Im europäischen Wettbewerbsrecht wird von einem einheitlichen Wettbewerbsbegriff ausgegangen. Es handelt sich um einen funktionalen Unternehmensbegriff, der beinhaltet, dass jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von der Art der Finanzierung, ein Unternehmen darstellt. Die wirtschaftliche Tätigkeit muss auf Dauer angelegt sein, wobei die Organisationsart des Unternehmens für Art. 102 AEUV nicht relevant ist. Die notwendige Voraussetzung einer Gewinnerzielungsabsicht wird allerdings für die Qualifizierung als Unternehmen nicht verlangt.¹¹⁷

Mitgliedstaaten können ebenso wie Drittstaaten als Unternehmen angesehen werden, wenn sie sich als Anbieter oder Nachfrager am Wirtschaftsleben beteiligen. Da der Unternehmensbegriff an keine bestimmte Rechtsform gebunden ist, können auch öffentlich-rechtliche Körperschaften, Stiftungen, Anstalten, aber auch Beliehene oder Regiebetriebe die Unternehmenseigenschaft im Sinne von Art. 81 EGV (nunmehr Art. 101 AEUV) erfüllen. Internationale Organisationen sind nur Unternehmen, wenn sie wirtschaftlich tätig sind. Auch der Staat kann somit Adressat des europäischen Kartellverbots sein, wenn und soweit er am allgemeinen Wirtschaftsverkehr teilnimmt. Der unternehmerisch tätige Staat unterliegt daher den Regeln des Kartellrechts.¹¹⁸

D. Der Missbrauch

Die Bestimmung des Art. 102 AEUV enthält explizit mehrere aufgeführte Verhaltensweisen, welche vom Gesetzgeber als missbräuchlich erachtet werden. Es handelt sich bei diesen Regelbeispielen der missbräuchlichen Ausnutzung nicht um eine abschließende Aufzählung, wie an der Verwendung des Wortes „insbesondere“ zu erkennen ist. Dabei erfasst dieser

¹¹⁷ Archut, Missbrauch marktbeherrschender Stellungen im Sinne des Art. 82 EGV (2010) 3.

¹¹⁸ Lange, Die Anwendung des europäischen Kartellverbots auf staatliche Eingriffe in das Marktgeschehen, EuR 1/2008.

Beispielkatalog unter anderem die Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen, die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung, Diskriminierungen und auch Koppelungsgeschäfte. Fälle der unmittelbaren Behinderung von Konkurrenten werden dabei nicht erfasst, diese sind allerdings in der Praxis durchaus auch zu beachten. Darunter zu verstehen sind vor allem die Fälle der Kampfpfeisunterbietung und auch der eher schwierig nachweisbare Marktstrukturmissbrauch. Letzterer erfordert eine äußerst genaue Untersuchung der gesamten Vorgänge auf dem relevanten Markt. Beide Arten von missbräuchlichem Verhalten können aber aufgrund der nicht taxativen, sondern lediglich beispielhaften Aufzählung trotz fehlender ausdrücklicher Erwähnung unter Art. 102 AEUV fallen.

Der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung ist ein objektiver Begriff, weshalb es keines Verschuldens für die Anwendung des Art. 102 AEUV bedarf. Trotzdem in der Literatur Uneinigkeit darüber besteht, ob zwischen dem Missbrauch und der Machtstellung des Unternehmens ein Kausalzusammenhang bestehen muss, ist dieser nach der Rechtsprechung nicht erforderlich.¹¹⁹ Zu berücksichtigen ist aber jedenfalls, dass dem Unternehmen in beherrschender Stellung gerade wegen dieser Position eine besondere Verantwortung dafür zukommt, „dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt“.¹²⁰

In der Entscheidung des Falles „Hoffmann - La Roche“ hat der Europäische Gerichtshof mitunter festgestellt, dass der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen auch als allgemeiner Begriff eine Zusammenfassung erfahren kann. Demnach sieht der Gerichtshof darin „Verhaltensweisen eines Unternehmens in marktbeherrschender Position, die die Struktur desjenigen Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb wegen des Vorhandenseins der Monopolsituation bereits verengt ist und zudem diejenigen Verhaltensweisen, die den Schutz bzw. die Entwicklung des noch existierenden Wettbewerbs auf dem gegebenen Markt durch die Anwendung von solchen Mitteln unmöglich machen, durch die eine, für normale Leistung und Dienstleistung orientierte Wirtschaft von ihrer Basis abweicht.“¹²¹

Es handelt sich hierbei um einen Definitionsvorschlag, der dazu gedacht war, den Begriff des Missbrauchs in all seinen Erscheinungsformen auf einen Kern seiner Bedeutung einzugrenzen um den wesentlichen Inhalt zu verdeutlichen. Trotz der Tatsache, dass in diesem Vorschlag

¹¹⁹ Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag⁴ (2006) Art. 82 Rz 8.

¹²⁰ EuGH 9.11.1983, Rs C-322/81, Michelin.

¹²¹ EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, Hoffmann – La Roche.

mehrere wichtige Punkte des Missbrauchsbegriffes angeführt werden, kann man die Definition nicht als allgemein betrachten. Dies ist vor allem deshalb nicht möglich, weil der Begriff die eben derart zahlreichen Erscheinungsformen des Missbrauchs einer Monopolstellung in der Praxis verengt.¹²²

Dogmatisch kann der Missbrauch und seine Ausprägungen in zwei Kategorien eingeteilt werden. Dabei handelt es sich um den Behinderungsmissbrauch einerseits und den Ausbeutungsmissbrauch andererseits. Wie die Begriffe selbst schon sagen, werden im ersten Fall andere Marktteilnehmer behindert in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit, im zweiten Fall dagegen werden sie ausgebeutet.

Behinderungsmissbrauch betrifft in der Regel das Verhältnis, das direkt zwischen den Wettbewerbern besteht. Der Behinderungsmissbrauch ist ein Überbegriff für verschiedene wettbewerbsgefährdende Verhaltensweisen. Darunter fallen auch die nicht explizit gesetzlich erwähnte Kampfpreisunterbietung, die Sperre von Konkurrenten in jeglicher Hinsicht (Abschlussverweigerung von Geschäften), Ausschließlichkeitsbindungen und Koppelungsgeschäfte. In der Praxis kann es häufig vorkommen, dass sich ein Verhalten nicht vollkommen klar unter eine dieser Kategorien subsumieren lässt, sondern vielmehr mehrere Elemente von verschiedenen dieser Gruppen wettbewerbsgefährdenden Verhaltens aufweist.¹²³

Als Beispiel für einen Behinderungsmissbrauch im Rundfunk ist zu sehen, wenn dem Herausgeber einer Fernsehprogrammzeitschrift von den Fernsehanstalten die Mitteilung des Fernsehprogrammes verweigert wird, da dies eine notwendige Information für den Herausgeber der Zeitschrift ist. Die Fernsehanstalten behinderten somit das Auftreten eines neuen Produktes, welches eine Nachfrage von Konsumenten zu befriedigen versuchte, für deren Befriedigung sie selbst nicht sorgten. Die Fernsehanstalten behielten sich diesen Markt selbst vor und verstießen damit gegen den damaligen Art. 82 EGV. Zugetragen hat sich dieser Sachverhalt in Irland und wurde vom EuGH als Vorliegen eines Behinderungsmissbrauch entschieden.¹²⁴

¹²² *Vekas/Paschke*, Europäisches Recht im ungarischen Privat- und Wirtschaftsrecht (2004) 512.

¹²³ *Rall*, Behinderungsmissbrauch: Probleme einer ordnungskonformen Konkretisierung: Gutachten (1983) 93.

¹²⁴ *Gamerith*, Wettbewerbsrecht II, Kartellrecht⁶ (2009) 79.

1. Geschäftsverweigerung

Grundsätzlich haben im Sinne der Privatautonomie alle Akteure auf dem Markt das Recht sich selbst auszusuchen, mit wem sie Geschäfte machen wollen. Es kann allerdings im Einzelfall sein, dass eine Verweigerung von Geschäften mit bestimmten anderen Marktteilnehmern ein missbräuchliches Verhalten ist, nämlich dann, wenn der Verweigerer seine starke Stellung auf dem Markt dazu verwendet, einen anderen Marktteilnehmer durch diese Ablehnung von geschäftlichen Beziehungen in seinen Wettbewerbschancen auf dem Markt zu behindern. Die Abschlussverweigerung kann zwei verschiedene Bereiche betreffen. Produkte und Dienstleistungen, die selbständig von den Unternehmen vermarktet werden oder die Verweigerung des Zugangs zu Einrichtungen, welche der andere Unternehmer für eigene geschäftliche Zwecke benötigt. Letztere werden an späterer Stelle unter dem Gesichtspunkt der aus dem amerikanischen Kartellrecht stammenden Essential-facility-Doktrin behandelt. Bei den selbständig vermarkteten Produkten oder Dienstleistungen handelt es sich zumeist um Lieferverweigerungen für Stoffe, die ein anderer Unternehmer zu Weiterverarbeitung benötigt.

Ein Unternehmen hat derartige Verhaltensweisen zu unterlassen, die auf die Ausschaltung eines Konkurrenten abzielen, wenn sie sich nicht im Rahmen des gewöhnlichen Leistungswettbewerbs halten. Nachdem wir allerdings in einer Zeit leben, in der Güter ein weitgehend knappes Gut sind bzw. noch mehr werden, kann es einem Unternehmen nicht verwehrt sein seine Stammkunden gegenüber Gelegenheitskunden bzw. neuen Kunden bevorzugt zu behandeln.¹²⁵ Die Geschäftsverweigerung in diesem Sinne kann auch erfüllt sein wenn bestehende Beziehungen geschäftlicher Natur abgebrochen werden und damit der Konkurrent einen Nachteil erleidet. Beide Fälle können nur durch sachliche Rechtfertigung einer negativen Beurteilung im Sinne des Art. 102 AEUV entgehen. Nachdem der Abbruch eine aktive Handlung darstellt, sind die möglichen Rechtfertigungen dafür strenger zu beurteilen als die „bloße“ Unterlassung durch Nichtaufnahme der Geschäftsbeziehung.¹²⁶ Im Hinblick auf die besondere Verantwortung eines Unternehmens in marktbeherrschender Stellung muss ein solches Unternehmen berücksichtigen, dass die aktuellen oder potentiellen Kunden und Geschäftspartner nur wenig Ausweichmöglichkeiten auf andere Lieferanten bzw. Abnehmer haben und aus diesem Grund eine Geschäftsverweigerung die wirtschaftliche Existenz bedrohen kann.¹²⁷

¹²⁵ *Lenz/Borchardt*, EU- und EG-Vertrag⁴ (2006) Art. 82 Rz 19.

¹²⁶ *von der Groeben/Schwarze*, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art. 82 Rz 14.

¹²⁷ *Langen/Bunte*, Europäisches Kartellrecht¹⁰ II (2006) Art. 82 Rz 12.

Eine derartige missbräuchliche Geschäftsverweigerung kann beispielsweise in der Verweigerung des Verkaufs von Werbezeiten an Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten durch eine Rundfunkanstalt mit Werbemonopol liegen.¹²⁸ Eine Rundfunk- und Fernsehanstalt, die als einzige berechtigt ist, Werbesendungen auszustrahlen, darf Werbeaufträge von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten nicht zurückweisen.¹²⁹

In der Telekommunikation ist aufgrund der technischen Gegebenheiten in diesem Sektor die Zugangsverweigerung zu Einrichtungen durch andere Unternehmen ein sehr wichtiges wettbewerbsrechtliches Thema. Es ist nicht möglich telekommunikationsrechtliche Dienstleistungen anzubieten ohne Zugang zu den wesentlichen Netzen zu haben. Auch der Rundfunk ist ein Markt, der ohne Zugang zu den notwendigen Sendeeinrichtungen und –frequenzen für einen Marktteilnehmer nicht zugänglich ist. Daher kann eine solche Zugangsverweigerung oftmals die gänzliche Verhinderung der Teilnahme am Wettbewerb bedeuten. In der Telekommunikation ist dieses Problem häufig behandelt worden, es handelt sich um das Problem der sogenannten „essential facilities“, der wesentlichen Einrichtungen, und in diesem Zusammenhang des weiteren um die rechtliche Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Zugang zu solchen Einrichtungen vom Inhaber gewährt werden muss. Auch wenn es sich hierbei um Fälle von Kontrahierungszwängen für marktbeherrschende Unternehmen geht, erfolgte die dogmatische Einordnung unter den Begriff des „Marktmissbrauchs durch Abschlussverweigerung“, worin die Intention die beherrschende Stellung zum eigenen Vorteil bzw. zum Nachteil der anderen auszunutzen wiederum erkennbar ist.¹³⁰

Ist es nicht möglich eine weitere Einrichtung der benötigten Art herzustellen, dann sollte der Zugang grundsätzlich gewährleistet sein. Sollte der Zugang allerdings nur wirtschaftlich unmöglich sein bzw. wirtschaftliche Hürden zur Herstellung einer weiteren Einrichtung bestehen, so muss vorsichtig abgewogen werden, ob in einem solchen Fall eine Verpflichtung zum Zugang notwendig und angemessen ist. Es handelt sich dabei um eine in der Praxis heikle und schwierige Frage, wobei Grundlagen und Voraussetzungen der jeweiligen Industrie zu beachten sind.¹³¹

¹²⁸ Paal, *Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht* (2010) 209.

¹²⁹ *von der Groeben/Schwarze*, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art. 82 Rz 15.

¹³⁰ *Tahedl*, Kartellrechtlicher Kontrahierungszwang für marktbeherrschende Telekommunikationsunternehmen, *ÖBl* 1997, 107.

¹³¹ *Nagy*, Refusal to deal and the doctrine of essential facilities in US and EC competition law, *European law review* Oct/2007.

Gerade in der Telekommunikation stehen kostenintensiv geschaffenen Funk- oder Drahtnetzen mittlerweile relativ geringe Gesprächskosten zur Verfügung. Ein möglichst grosses Netz ist für die Qualität des Angebots wichtig, da jeder Teilnehmer mit jedem kommunizieren können sollte. Die Netze können aber aus wirtschaftlichen Kostengründen erst mit der Zeit ausgebaut werden. Neue Anbieter auf dem Markt können daher aufgrund mangelnder finanzieller Möglichkeiten ihr Netz erst mit der Zeit, mit steigenden Kunden und Gewinn, ausbauen. Bis dahin sind sie für den Einstieg in den Wettbewerb auf die Möglichkeit angewiesen, die Leitungen von anderen Unternehmen zu mieten. Durch die Gewährung des Zugangs lässt der Inhaber der Leitungen aber gegen ihn gerichteten Wettbewerb zu, was grundsätzlich eine nicht wirtschaftliche Vorgehensweise ist. Das Wettbewerbsrecht dagegen versucht Wettbewerb zu schützen und zu fördern und versucht daher den marktmächtigen Unternehmer zu solch einem Verhalten anzuhalten.¹³²

Zusätzlich ist sicherzustellen, dass ein Teilnehmer eines Netzbetreibers den Teilnehmer eines anderen Netzbetreibers erreichen kann, diese Gespräche also durchgestellt werden können. Eine solche Zusammenschaltung der Netze ist sowohl für grosse als auch für kleine Netzbetreiber sinnvoll, da durch die Erreichbarkeit aller anderen Teilnehmer das Angebot jedes Anbieters qualitativ besser ist. Dennoch liegt der grösste Vorteil der Zusammenschaltung auf Seiten der kleineren Anbieter, da ihr Angebot bei Fehlen dieser Zusammenschaltung verhältnismässig unattraktiv wäre. Dies resultiert aus dem Umstand, dass die Kunden des kleinen Netzbetreibers in diesem Fall nur die anderen Teilnehmer aus dem relativ kleinen Kundenkreis erreichen könnten und damit die Reichweite der Dienstleistung sehr eingeschränkt wäre.¹³³

Terminologisch besteht keine einheitliche Praxis bezüglich der Ausdrücke der Geschäftsverweigerung und der sogenannten „essential facilities“- Doktrin. Oftmals werden die beiden Ausdrücke für dieselben rechtlichen Inhalte verwendet. In der Literatur ist diese terminologische Frage nicht abschließend geklärt. Es ist allerdings die Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen ein Unterfall der Geschäftsverweigerung und damit sollte auch hinsichtlich der Terminologie hier jedenfalls unterschieden werden.¹³⁴

¹³² *Lust*, Die Essential Facilities–Doktrin im Telekommunikationsrecht (2001) 19ff.

¹³³ *Lust*, Die Essential Facilities-Doktrin im Telekommunikationsrecht (2001) 19ff.

¹³⁴ *Nagy*, Refusal to deal and the doctrine of essential facilities in US and EC competition law, European law review Oct/2007.

Die Netzzugangsregulierung in der Telekommunikation ist auch ein Beispiel für Strukturen einer Verbundsorganisation beim Vollzug des Gemeinschaftsrechts. Es besteht hier eine Aufgabenteilung zwischen europäischen und nationalen Behörden, wobei die nationalen Behörden nach wie vor den Hauptteil an den Vollzugsaufgaben übernehmen.¹³⁵

2. Preissmissbrauch – Kampfpreisunterbietung

a. Kampfpreise

Die Kampfpreisunterbietung ist jene Behinderung anderer Wettbewerber, die im Ergebnis immer auf eine Verdrängung von anderen Marktteilnehmern gerichtet ist. Der Unternehmer, der die überragende Marktmacht hat, geht dabei so vor, dass er seine Preise so stark senkt, dass es für die anderen Mitbewerber mit geringerer Grösse und geringeren Ressourcen in jeglicher Hinsicht nicht mehr möglich ist auf dem Markt zu bestehen. Sie können es sich nicht leisten, ihre Preise so stark zu senken, wodurch ihr Absatz immer weniger wird und damit auch der wirtschaftliche Erfolg, da sich die Kunden erwartungsgemäß für den niedrigeren Preis entscheiden. Die Unternehmer, für die eine derart starke Senkung der Preise den wirtschaftlichen Ruin bedeuten würde, werden auf diese Art und Weise nach und nach vom Markt verdrängt. Nachdem der niedrige Preis aber auch nicht wirklich im Interesse des marktmächtigen Unternehmens liegt – damit wird schließlich auch dessen Gewinn geschmälert – wird der Preis nach Ausscheiden der/des Konkurrenten wieder erhöht. An dieser Vorgehensweise kann man auch erkennen, dass die Intention für die Reduktion der Preise lediglich die Verdrängung anderer Wettbewerb zum Ziel hat. Ein derartiges Verhalten ist schädlich für den Wettbewerb, behindert die anderen Akteure auf dem Markt und ist demnach zu verhindern.

Bei der Beurteilung der Preisgestaltung kann sich durchaus die Schwierigkeit ergeben Kampfpreise, welche missbräuchlich sind, von einer „normalen“ niedrigeren Preisgestaltung zu unterscheiden. Diese Differenzierung bedarf einer genauen Untersuchung. Es muss dazu vor allem auch bewiesen werden, dass eine Verfälschung der Wettbewerbssituation dadurch entstanden ist.¹³⁶ Es ist schließlich grundsätzlich nicht verboten eine gute Stellung auf dem Markt dadurch erreichen zu wollen, dass man sein Produkt zu einem guten Preis-Leistungs-Verhältnis anbietet.

¹³⁵ Britz, Vom europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? EuR 1/2006.

¹³⁶ Hertfelder, Der „more economic approach“ des Art. 82 EGV (2008) 26.

Die Kampfpreisunterbietung wurde in der Literatur vielfach diskutiert und schon früh bildete sich die Erkenntnis heraus, dass eine Feststellung von Kampfpreis weitgehend anhand von Indizien geschehen muss. Indizien können hierfür zum Beispiel sein: der dauernde Verkauf zu Verlustpreisen ohne sachlich gerechtfertigten Grund, die Planmäßigkeit des Handelns oder auch eine örtliche Preisdifferenzierung. Es ist auch ein starkes Indiz für das Vorliegen von Kampfpreisen wenn ein Unternehmer die anderen regelmäßig preislich unterbietet.

Der OGH befand im Jahre 1998 die Kampfpreisunterbietung („predatory pricing“) als den klassischen Fall eines Behinderungsmissbrauches: „Der klassische Fall eines missbräuchlichen Behinderungswettbewerbs ist die Kampfpreisunterbietung (predatory pricing) mit dem Ziel der Verdrängung von Konkurrenten auf dem schon beherrschten relevanten Markt oder auf dritten Märkten. Das marktbeherrschende Unternehmen nutzt seine Finanzkraft zur Ausschaltung von Wettbewerbern aus, indem es über einen gewissen Zeitraum unangemessen niedrige Preise praktiziert, die nicht mehr als Maßnahmen des normalen Leistungswettbewerbs erklärbar sind und deshalb erkennbar dem Ziel der Verdrängung von Wettbewerbern dienen.“¹³⁷

Das entscheidende Problem im Zusammenhang mit dem Themenkreis der Kampfpreisunterbietung ist die Unterscheidung zwischen einer einfachen Unterbietung von Preisen einerseits, welche eine völlig normale Erscheinung in einer Marktwirtschaft ist, und einer gewünschten wettbewerbsschädlichen Kampfpreisunterbietung. Aufgrund dieser praktischen Schwierigkeit wurden in der Literatur zunehmend Stimmen laut, die verlangten, dass die EU ihren Beurteilungsansatz bei diesem Thema mehr in Richtung einer ökonomischen Analyse bewegt.¹³⁸

In diesem Zusammenhang sollte man auch die Produktkoppelungen und die darin enthaltenen Preise für einzelne Leistungen nicht außer Acht lassen. Es können sich darunter ebenso neben angemessenen Preisen Preise für einzelne Leistungen befinden, die lediglich kostendeckend oder möglicherweise sogar noch niedriger sind. Hierbei ist es meistens besonders schwer wenn nicht nahezu praktisch unmöglich das Vorliegen einer Kampfpreisstrategie zu erkennen und zu beweisen. Häufig finden sich solche Koppelungsangebote bei den Gesprächstarifen in der Telefonie. Gegen allumfassende Tarife mit vielen inkludierten Leistungen, die zu einem herausragend niedrigen Preis angeboten werden, lässt sich allerdings aus den beschriebenen Beweisgründen kaum etwas unternehmen. So kann mitunter ein Angebot, das die Leistungen

¹³⁷ *Driendl*, Der Markt für Gratiszeitungen in Österreich (2007) 146.

¹³⁸ *Alemanno/Ramondino*, The ECJ France Telecom/Wanadoo judgement, ELR 6/2009.

Telefon und Internet miteinander koppelt und in der Kombination zu einem unwirtschaftlich niedrigen Preis angeboten wird, bei Vorliegen der Absicht dadurch einen oder mehrere Wettbewerber zu verdrängen, eine Kampfpreisunterbietung darstellen. Das Unternehmen muss dabei nicht auf beiden Märkten eine marktbeherrschende Stellung haben, es reicht die beherrschende Position auf einem der beiden Märkte aus, so wie auch die Verdrängung der Marktteilnehmer auf einem der beiden Märkte ausreichend ist.¹³⁹

Grundsätzlich ist bei der Beurteilung, ob in einem Preis eine Kampfpreisunterbietung zu sehen ist und er damit einhergehend missbräuchlichen Charakter hat, das Verhältnis des Preises zu den Kosten zu berücksichtigen. Ein Preis kann demnach als missbräuchlich niedrig angesehen werden, wenn er unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegt oder wenn er unter den durchschnittlichen Gesamtkosten liegt und eine Verdrängungsabsicht auf Seiten des beherrschenden Unternehmens gezeigt werden kann. Die Kommission hat allerdings festgestellt, dass die Variante der Analyse der variablen und der Gesamtkosten für den Telekommunikationssektor möglicherweise nicht passend ist. Zu dieser Erkenntnis gelangte die Kommission aufgrund der Tatsache, dass bei den Dienstleistungen der Telekommunikation der grösste Teil des finanziellen Aufwandes in Kosten aus der Vergangenheit für die Verfügbarkeit des Netzes zur Anbietung der Leistung besteht und der Anteil an variablen Kosten für die Anbietung der Dienste in Relation dazu verschwindend gering ist. Stattdessen wird vorgeschlagen, die gesamten Kosten, die für die Möglichkeit des Anbietens der Leistung anfallen innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens anzusetzen. Für diesen Zeitraum kommt beispielsweise ein Jahr in Frage. Kann eine Verdrängungsabsicht nachgewiesen werden, so kann auch eine Reduktion des Preises unter die variablen Kosten das Bestehen einer missbräuchlichen Kampfpreisunterbietung begründen.¹⁴⁰

Generalisierend kann gesagt werden, dass die Kostenregel, welche im Fall AKZO des EuGH entwickelt wurde, zumindest hinsichtlich ihrer Ratio auf jeden Fall zur Beurteilung eines Kampfpreises angewendet werden kann. Diese Kernaussage beinhaltet, dass immer dann auf ein missbräuchliches Verhalten geschlossen werden kann, wenn ein Preis für das Unternehmen jedenfalls als verlustbringend einzustufen ist.¹⁴¹

Betreffend die Rundfunkdienste ist die Strategie einer Kampfpreisunterbietung wenig relevant. In Österreich spricht die Marktsituation generell dagegen. Die Privatanbieter leben ohnehin nicht von den Gebühren der Konsumenten. Daher sind sie auch schwer zu

¹³⁹ *Paschke*, Medienrecht³ (2008) 204f.

¹⁴⁰ *Garzaniti*, Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EC Competition Law and Regulation² (2003) 300f.

¹⁴¹ *Bischoff*, Quersubventionen im Lichte der zunehmenden Liberalisierung von Flughafengesellschaften und deren Vereinbarkeit mit europäischem Wettbewerbsrecht (2007) 47.

unterbieten. Gebühren werden lediglich vom auch nach Auflösung seiner Monopolstellung immer noch in marktbeherrschender Stellung auftretenden ORF verlangt. Angesichts der Tatsache, dass es Rundfunkveranstaltern, Radio ebenso wie auch Fernsehen, möglich ist, ihre Finanzierung durch Werbebeiträge zu gewährleisten, hat die Preiskampfunterbietung als missbräuchliches Instrument eine ziemlich geringe Bedeutung.

b. „Margin Squeeze“

Ebenfalls Fälle des Preismissbrauchs, allerdings keine Kampfpreisunterbietung, stellen die sogenannten „Margin Squeeze“-Fälle dar. Dies wird auch als Preis-Kosten Schere bezeichnet. Ein marktbeherrschendes Unternehmen ist dabei sowohl auf einem Vorleistungsmarkt, als auch auf einem nachgelagerten Markt, insbesondere Endkundenmarkt, tätig. Die Definition des Margin Squeeze wurde vom EuGH wie folgt wiedergegeben: „eine derartige Beschneidung liegt dann vor, wenn die Summe der monatlichen und einmaligen Entgelte die Wettbewerber zwingt, ihren Endkunden höhere Entgelte zu berechnen als der Marktbeherrscher den eigenen Endkunden für entsprechende Leistungen in Rechnung stellt. Sind die Zwischenabnehmerentgelte für Vorleistungsdienste höher als die Endkundenentgelte für Endkundenzugangsdienste, so können die Wettbewerber unter keinen Umständen Gewinne erzielen, selbst wenn sie zumindest ebenso effizient sind wie das marktbeherrschende Unternehmen, da sie neben den Zwischenabnehmerentgelten noch zusätzliche Kosten haben.“¹⁴² Zu erwähnen ist an dieser Stelle, dass nach Ansicht des EuGH ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot dann vorliegt, wenn ein Unternehmen das Monopol, das es auf einem bestimmten Markt besitzt, ohne objektive Rechtfertigung auf einen anderen Markt auszudehnen versucht.¹⁴³

Den eben beschriebenen Margenbeschränkungen kommt im Bereich der Telekommunikation praktisch sehr grosse Bedeutung zu. Nach den Erläuterungen zu ihren Prioritäten bei der Anwendung von Art. 82 EGV (nunmehr Art. 102 AEUV) 2009 hat die Kommission prognostiziert, dass Wettbewerbsprobleme vor allem dann auftreten werden, wenn das marktbeherrschende Unternehmen mit dem Abnehmer auf dem nachgelagerten Markt konkurriert. In der Entscheidung im Fall Deutsche Telekom hat der EuGH angemerkt, dass auch die Marktanteile der anderen Marktteilnehmer essentiell zu berücksichtigen sind. Eine Preispolitik, in der eine Margenbeschneidung liegt, kann in Zusammenhang mit niedrigen Marktanteilen der Mitbewerber demnach das Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens

¹⁴² *Pech*, Zu Fragen des Margin Squeeze unter Berücksichtigung der Entscheidung in Sachen TeliaSonera, ÖKZ 2011, 60.

¹⁴³ *Lenz/Borchardt*, EU-Verträge⁵ (2006) Art. 82 Rz. 21.

nach Art. 102 AEUV ohne sachliche Rechtfertigung begründen. Im Fall TeliaSonera betonte der EuGH, dass ein entscheidendes Kriterium in diesem Zusammenhang die Eignung der Preispolitik ist, alte oder neue Kunden des beherrschenden Unternehmens vom nachgelagerten Markt zu verdrängen. Im Ergebnis hat der EuGH seine Rechtsauffassung zum Thema Margin Squeeze in TeliaSonera gegenüber dem Fall Deutsche Telekom nicht wirklich verändert, sondern lediglich ausgebaut und vertieft. Dem Urteil Deutsche Telekom kommt grosse Bedeutung in diesem Feld zu durch die Behandlung der Problematik von Entscheidungen der Regulierungsbehörden im Widerspruch zu gemeinschaftsrechtlichen Rechtsauffassungen und Judikatur.¹⁴⁴

Generell ist aber überall auf der Welt die Ansicht weit verbreitet, dass die Wettbewerbsbehörden nicht regelmäßig, sondern bloß in Ausnahmefällen in die Preispraktiken von Unternehmen eingreifen sollten, sei es bei zu hohen Preisen oder auch bei niedrigen Kampfpreisen. Das ist darin begründet, dass Wettbewerbsbehörden keine Preisregulierungsbehörden sind. Im Prinzip sollen die Wettbewerber den Preis selbst festlegen können, von dem sie denken, dass er für ihr Produkt angemessen ist. Zu hohe Preise sind ohnehin nicht haltbar, weil die Kunden sie langfristig nicht annehmen, weshalb ein derartiges Problem von den Marktmechanismen selbst geregelt wird.¹⁴⁵

3. Abnehmerbindungen

Eine Behinderung im Wettbewerb kann für einzelne Marktteilnehmer auch dadurch entstehen, dass die Konsumenten an marktmächtige Anbieter durch verschiedene Systeme gebunden werden. In der Folge entgehen anderen Unternehmen Absatzmöglichkeiten, welche für sie überlebensnotwendig sind. Dieses Vorgehen hat die Rechtsprechung im Fall BPB Industries und British Gypsum als missbräuchlich erachtet.¹⁴⁶ In der Praxis sind vor allem jene Bindungen zu beachten, die sich längerfristig auswirken und daher den Wettbewerb nachhaltig und dauernd verfälschen. Bindungen, die sich nur kurzfristig auswirken, sind für andere Unternehmer leichter wirtschaftlich zu überwinden und daher weniger problematisch. Zunächst ist ein Blick auf die sogenannten Ausschließlichkeitsbindungen zu werfen. Es handelt sich dabei um ausschließliche Bezugs-, Liefer- und Andienungsverpflichtungen, die

¹⁴⁴ Pech, Zu Fragen des Margin Squeeze unter Berücksichtigung der Entscheidung in Sachen TeliaSonera, ÖKZ 2011, 60.

¹⁴⁵ Dabbah, Competition Policy, Abusive dominance and economic development, Annual proceedings of the Fordham Competition Law Institute 2011.

¹⁴⁶ EuGH 6.4.1995, Rs C-310/93, BPB Industries und British Gypsum.

von einem Marktbeherrscher einem Abnehmer auferlegt werden um diesen verstärkt an ihn zu binden. Der Abnehmer darf dabei ausschließlich mit dem Marktbeherrscher in Geschäftsbeziehungen treten. Ein derartiges Verhalten ist vom Europäischen Gerichtshof bereits mehrfach als missbräuchlich eingestuft worden. Es spielt dabei keine Rolle wie diese Bindung im Einzelnen ausgestaltet ist. Sie kann rechtlich, wirtschaftlich oder auch finanziell sein. Es wurde in diesem Zusammenhang eine relativ weite Grenze gezogen. Daher ist es ausreichend besondere Rabatte zu gewähren, die dazu dienen, einen Anreiz zur Befolgung der auferlegten Ausschließlichkeitsbindung zu bieten.¹⁴⁷ Treuerabatte sind Rabatte, die schlussendlich nicht darauf gerichtet sind eine genau bestimmte Menge abzunehmen, sondern einen Prozentsatz des gesamten Bedarfs des Abnehmers umfassen. Solche Rabattsysteme werden deshalb als Treuerabatte bezeichnet, weil ihnen der Gedanke zugrunde liegt, der Rabatt wäre eine Belohnung für das Ausschlagen von Geschäften mit anderen Marktteilnehmern.¹⁴⁸

Rabatte und Bindungen sind aber nicht in jeglicher Art per se missbräuchlich. Ein Marktbeherrscher ist ebenso wie jeder andere Unternehmer auch in diesem Bereich legitim befähigt, Vorteile für sein Geschäft anzubieten. Dies ist aber gerade wegen der Gefahr der Wettbewerbsverfälschung durch die grosse Marktmacht genau unter die Lupe zu nehmen. Um nicht als missbräuchlich qualifiziert zu werden, müssen die Vertriebs- und Verwendungsbedingungen nach objektiven Kriterien gestaltet sein, nicht diskriminierend angewendet werden und bezogen auf ein legitimes Vertriebsziel das erforderliche Maß nicht überschreiten. In der Praxis sind dabei Klauseln in Vertragswerken jeweils im konkreten Fall untersucht und beurteilt worden. Beispielsweise war die Klausel, gelieferte Produkte nur für bestimmte vorgegebene Zwecke zu verwenden für sich gesehen noch nicht missbräuchlich. Wenn allerdings zu einer solchen Klausel tatsächlich erfolgte Drohungen noch hinzutreten, so ist von einem missbräuchlichen Bindungsversuch auszugehen. Wenig überraschend wurde auch das ausdrückliche Verbot Konkurrenten generell zu beliefern, als missbräuchlich kategorisiert. Nicht nur ein Verbot hinsichtlich Belieferung, sondern auch eine Verpflichtung kann missbräuchliches Verhalten im Sinne einer Abnehmerbindung darstellen, wenn der Abnehmer dadurch verpflichtet wird, nur an einen oder mehrere bestimmte Abnehmer weiter zu veräußern. Die Kommission beurteilte zudem auch ein Ausführverbot von Lieferungen als missbräuchliches Vorgehen eines beherrschenden Unternehmens. Neben den Regeln, Geboten

¹⁴⁷ EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, Hoffmann-La Roche.

¹⁴⁸ EuGH 15.3.2007, Rs C-95/04 P, British Airways.

und Verboten für die Veräußerung sind auch Klauseln für die Verwendung potentiell als missbräuchlich einzustufen. Eine Vertragsgestaltung, welche umfassende Beschränkungen hinsichtlich der Nutzung der Produkte vorsah, ist ebenfalls als missbräuchlich angesehen worden.¹⁴⁹

Für Rabattsysteme im Zusammenhang mit Telekommunikationsdienstleistungen ist in den meisten europäischen Ländern eine Genehmigung durch die zuständige nationale Regulierungsbehörde erforderlich. Bei den Gesprächsleistungen werden Rabattsysteme vor allem für Großkunden angeboten, da sich bei diesen daraus auch ein spürbarer wirtschaftlicher Vorteil für das anbietende Unternehmen ergibt. Beispielsweise bot der amerikanische Anbieter von Telekommunikationsleistungen AT & T für Großkunden bei Ferngesprächen im nationalen amerikanischen Raum Rabatte in einer Höhe von 65% bis 80% an um ihr Angebot attraktiver zu gestalten und damit die Kunden an sich binden zu können. Preisnachlässe für Großkunden, deren Gesprächsaufkommen einen gewissen einigermassen hohen Betrag innerhalb eines gewissen Zeitrahmens überschreitet, wollten die Telekommunikationsanbieter in verschiedenen europäischen Ländern bereits in den neunziger Jahren einführen. Auch hier wurde eine mögliche unzulässige Abnehmerbindung von Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens im jeweils konkreten Fall untersucht.¹⁵⁰

Der Deutschen Telekom wurde 2001 die Einführung eines Rabattsystems zur Kundenbindung von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post bezüglich der Sprachtelefonie gewährt. Dieser Treuerabatt war ein Bonussystem mit dem Namen „Happy Digits“. Die von der Telekom beabsichtigte Höhe einer Rabattmöglichkeit von 3% des jeweiligen Umsatzes wurde allerdings nicht erlaubt. Dies wäre zu viel nach Meinung der Regulierungsbehörde, welche schließlich das Bonussystem mit einer Rabattmöglichkeit von 1% des jeweiligen Umsatzes gewährte.¹⁵¹

Auf dem Sektor Rundfunk ist aus der Rechtsprechungspraxis der Fall British Telecommunications aus dem Jahre 1985 zu berücksichtigen. Darin ging es um die mögliche Nutzung und Weiterleitung von Nachrichten aus dem Ausland. Derartige Nachrichten sollten nicht durch ein britisches Fernmeldenetz weitergeleitet werden. Da dies aber offensichtlich nicht der Funktionsfähigkeit des Netzes diene, weil hierfür eine solche Beschränkung nicht erforderlich wäre, stellte sich die Frage nach dem Sinn und Zweck der Beschränkung. Es

¹⁴⁹ *Bechtold/Bosch/Brinka/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht² (2009) Art. 82 Rz 17.

¹⁵⁰ *Graak*, Telekommunikationswirtschaft in der Europäischen Union: Innovationsdynamik, Regulierungspolitik und Internationalisierungsprozesse (1997) 375.

¹⁵¹ <http://www.einzelhandel.de/pb/site/hde/node/35230/Lde/index.html>, 1.4.2011.

stellte sich heraus, dass die Klausel lediglich der Absicherung von nationalen Preisunterschieden diene. Ein derartiges Vorgehen bindet allerdings den Abnehmer, behindert damit in der Folge den Wettbewerb und ist daher als eine missbräuchliche Abnehmerbindung im Sinne des Art. 102 AEUV einzustufen.¹⁵²

4. Koppelungsgeschäfte

Stellen Sie sich folgende Situation vor. Sie haben ein Unternehmen, welches mehrere Produkte anbietet. Eines dieser Produkte ist äußerst bekannt und beliebt. Sie machen derartig grosse Erfolge mit diesem Produkt, dass Sie ein beherrschender Unternehmer auf dem relevanten Markt für dieses Produkt sind. Für Ihre anderen Produkte gilt dies aber nicht in vergleichbarer Weise. Daher erwägen Sie das beliebte Produkt, das die Abnehmer ohnehin erwerben wollen, an die Abnahme eines oder mehrerer Ihrer weniger beliebten Produkte zu koppeln und somit einen Vorteil auf dem Markt für das minder gewünschte Produkt zu erzielen. Da die Konsumenten das zweite, gekoppelte Produkte Ihnen aber unter anderen Umständen nicht abgenommen hätten, wird dadurch der Wettbewerb auf dem relevanten Markt für das zweite Produkt verfälscht. Sie haben eine Leistung an eine andere gekoppelt. Darin liegt ein sogenanntes Koppelungsgeschäft im Sinne des Art. 102 AEUV.

Ein Koppelungsgeschäft liegt vor wenn zwei Güter zusammen angeboten werden, das eine ohne das andere nicht zu erwerben ist. Die Koppelung der Güter kann teilweise auch technisch bedingt sein, häufig wird sie aber lediglich als Wettbewerbsstrategie verwendet und damit vom Anbieter der Produkte willkürlich herbeigeführt. Wettbewerbsrechtlich problematisch sind dieser Art Geschäfte nur wenn sie von einem Marktbeherrscher praktiziert werden. In der Praxis ist die Durchführung allerdings kleineren Unternehmern auch kaum möglich. Koppelungsgeschäfte werden in den USA und Europa rechtlich nicht gleich behandelt. So sind sie im amerikanischen Raum für sich gesehen verboten, es sei denn es handelt sich nicht um zwei unterschiedliche Güter. Die Unterschiedlichkeit ist ein Begriff, der durch die Rechtsprechung im Einzelfall zu definieren ist. In Europa können Koppelungsgeschäfte gerechtfertigt werden und sind damit nicht per se verboten.¹⁵³

Es handelt sich bei der Figur des Koppelungsgeschäftes genau gesagt um die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach dem Handelsbrauch in Beziehung zum

¹⁵² *Bechtold/Bosch/Brinka/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht² (2009) Art. 82 Rz 18.

¹⁵³ *Neumann*, Wettbewerbspolitik: Geschichte, Theorie und Praxis (2000) 176.

Vertragsgegenstand stehen. Man könnte dabei auch von einem „Zusatzgeschäft“ sprechen unter Berücksichtigung der Tatsache, dass ein Gut nur unter Zustimmung zum Erwerb eines anderen Gutes erlangt werden kann. Bietet ein Unternehmen, das über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, ein Geschäft nur unter solchen Bedingungen an, so handelt es missbräuchlich im Sinne des Art. 102 AEUV. Eine Leistung kann dann als zusätzlich betrachtet werden, wenn der Produktmarkt für die beiden gekoppelt angebotenen Leistungen ein unterschiedlicher ist. Nicht erforderlich ist, dass die Abnahme der zusätzlichen Leistung auf vertraglicher Basis vereinbart wird. Dagegen ist von keinem Missbrauch auszugehen, wenn die Güter, die erzwungenermaßen gemeinsam verkauft werden, Teile eines untrennbaren Systems auf dem Produktmarkt sind. Ebenso verhält es sich in dem Fall, dass es in wirtschaftlicher Hinsicht als „üblich“ anzusehen ist, wenn die in Frage stehenden Produkte nur gemeinsam angeboten werden. Man spricht diesfalls von „dem Handelsbrauch entsprechend“.¹⁵⁴

Die Figur des Koppelungsgeschäftes und ihre rechtliche Behandlung wurde auf europäischer Ebene schon öfter behandelt. Diesbezüglich ist insbesondere der Fall Tetra Pak II zu beachten. Hierin versuchte dem Urteil zufolge das schwedische Unternehmen Tetra Pak den Markt auf unzulässige Weise zu beherrschen, indem es das Angebot einer Leistung mit der Abnahme einer anderen in der beschriebenen Art und Weise verband. Tetra Pak war inhaltlich spezialisiert darauf Maschinen herzustellen, die für die Verpackung flüssiger oder halbflüssiger Nahrungsmittel erforderlich waren. Verkauf und Vermietung der von den Abnehmern qualitativ hoch eingeschätzten Maschinen wurden in der Folge, wohl um den Absatz der Kartons steigern zu können, von der zusätzlichen Abnahme von Verpackungskartons abhängig gemacht.¹⁵⁵ Darin war eine Verfälschung des Wettbewerbs auf dem Markt für Verpackungskartons zu sehen, da die anderen Anbieter dieser Ware in ihren Absatzmöglichkeiten durch diese Praxis beeinträchtigt wurden. Eine objektive Rechtfertigung aus technischen Gründen konnte hier nicht gesehen werden, weshalb das Verhalten als missbräuchlich im Sinne des Art. 102 AEUV einzustufen war.¹⁵⁶

In diesem Urteil hat der Europäische Gerichtshof auch festgestellt, dass der Kreis der missbräuchlichen Verhaltensweisen durchaus auch weiter sein kann als bisher. Die Verhaltensweisen, die in Art. 102 AEUV ausdrücklich erwähnt sind, sind nicht abschließend

¹⁵⁴ Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts² II (2008) 947ff.

¹⁵⁵ EuGH 14.11.1996, Rs C-333/94 P, Tetra Pak II.

¹⁵⁶ Huber, Missbrauch durch Koppelungsgeschäfte nach Art. 82 EGV unter besonderer Berücksichtigung des Microsoft-Falls (2009) 4.

zu sehen. Es ist daher möglich, dass ein Koppelungsverkauf zweier Erzeugnisse auch dann als missbräuchlich zu qualifizieren ist wenn er dem Handelsbrauch entspricht oder zwischen den beiden Erzeugnissen eine sachlich nicht trennbare Beziehung besteht, es sei denn, dass diese Art von Verkauf im jeweiligen Fall objektiv zu rechtfertigen ist.¹⁵⁷

Telekommunikationsrechtlich ist ein solches Koppelungsgeschäft beispielsweise durch die Bindung an Tarife und dauerhafte vertragliche Bindungen an den jeweiligen Anbieter von Telekommunikationsleistungen denkbar. Der Kunde kann dabei Produkte, die sehr begehrt und an anderen Stellen preislich wesentlich teurer eingestuft sind, nur mit einer vertraglichen Bindung an den Telekommunikationsunternehmer erwerben. Hier ist eine Untersuchung der Vertragskonstruktionen geboten, ob damit ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung auf dem Markt missbräuchlich ausnützt.

Hat ein wirtschaftlich mächtiges Telekommunikationsunternehmen eine beherrschende Stellung auf dem Markt im Sinne der gegenständlichen Bestimmung, so darf es diese Stellung nicht missbrauchen um weitere Produkte, auf deren Markt es keine solche Position innehat an den Kunden bringen zu können. Nur wenn die Produkte durch die technischen Gegebenheiten so nah miteinander verknüpft sind, dass sie kaum als trennbar angesehen werden können aus der Sicht des Konsumenten, ist eine Koppelung erlaubt. Die Beurteilung dieses Rechtfertigungsaspektes könnte in der Telekommunikation immer schwieriger werden wenn man die Tatsache berücksichtigt, dass die dort hergestellten und vermarkteten Produkte technisch sehr komplex ausgestaltet sind und auch zunehmend komplexer werden.¹⁵⁸

Weniger relevant sind die Koppelungsgeschäfte im Rundfunk. Koppelungsgeschäfte finden hier beispielsweise statt, wenn eine Werbung nur dann gewünscht wird, wenn diese inklusive einem Beitrag redaktioneller Berichterstattung möglich ist.¹⁵⁹ Ein derartiges Vorgehen wird allerdings kaum den Tatbestand des Art. 102 AEUV erfüllen, da es im Ergebnis wohl regelmäßig an der marktbeherrschenden Stellung des Anzeigers fehlen wird.

5. Überhöhte Preise und unfaire Geschäftsbedingungen

Der Ausbeutungsmissbrauch richtet sich seiner Natur nach weniger gegen die Mitbewerber und die Verhinderung deren wirtschaftlichen Fortkommens, sondern ist hauptsächlich auf den

¹⁵⁷ EuGH 14.11.1996, Rs C-333/94 P, Tetra Pak II.

¹⁵⁸ *Garzaniti*, Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EC Competition Law and Regulation² (2003) 308f.

¹⁵⁹ *Faulstich*, Grundwissen Medien (1998) 65.

eigenen Vorteil gerichtet, der diesfalls missbräuchlich erlangt wird oder werden soll. Der Marktbeherrscher nützt seine führende Position dahingehend aus, dass er seinen eigenen Nutzen durch Instrumentalisierung anderer Marktteilnehmer, die dadurch natürlich keinen Vorteil erlangen, erhöht. Darin liegt eine Ausbeutung der Mitbewerber oder der Verbraucher. Auch ihnen kann mit dem Vorteil, den sich der marktmächtige Unternehmer verschafft ein Schaden zugefügt werden. Es wird bei den Verbrauchern auch von der Marktgegenseite des marktbeherrschenden Unternehmens gesprochen, welche von einem Ausbeutungsmissbrauch meistens sogar vorwiegend betroffen ist. Die möglichen missbräuchlichen Praktiken sind im Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV weitgehend explizit angeführt. Eine missbräuchliche Ausbeutung ist demnach in unangemessen hohen Preisen und der Anwendung unfairer Geschäftsbedingungen zu sehen. Auch eine Beschränkung der Produktion, genauer gesagt, eine Beschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung kann zu einer Ausbeutung der anderen Marktteilnehmer führen. Schließlich sind die Diskriminierungen von Handelspartnern zu berücksichtigen, wodurch regelmäßig der Vorteil des Marktbeherrschers zu einer Benachteiligung des Handelspartners im Wettbewerb führt.

Einer genauen Beschreibung zufolge liegt ein Ausbeutungsmissbrauch dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager „Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.“ Um feststellen zu können, ob eine derartige Konstruktion vorliegt, muss man vergleichbare Märkte dergestalt untersuchen, dass man die Verhaltensweisen von Unternehmen dort prüft und mit dem gegenständlichen Verhalten vergleicht. Wesentlich ist jedoch, dass auf den zu Vergleichszwecken herangezogenen Märkten ein als wirksam zu qualifizierender Wettbewerb besteht. Man spricht bei dieser Vorgehensweise von dem sogenannten Vergleichsmarktkonzept. Einen Sonderfall des Ausbeutungsmissbrauchs bildet der im Gesetzestext nicht ausdrücklich erwähnte, aufgrund des nicht abschließenden Charakters der Aufzählung aber dennoch als Missbrauchsverhalten einzuordnende Marktstrukturmissbrauch. In diesem Fall fordert ein und derselbe Anbieter von Leistungen auf vergleichbaren Märkten von vergleichbaren Abnehmern unterschiedliche Preise oder Konditionen. Ohne sachliche Rechtfertigung ist eine solche Ungleichbehandlung in der Struktur des Marktes als missbräuchlich zu sehen.¹⁶⁰ Eine weitgehend untergeordnete Rolle spielt der Ausbeutungsmissbrauch auf dem Rundfunksektor, da hier kaum versucht wird Gewinne zum Nachteil der Verbraucherseite zu erzielen.

¹⁶⁰ Kapp, Kartellrecht in der Unternehmenspraxis (2005) 127ff.

Im Wettbewerb unangemessen hohe Preise zu verlangen und sich dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen ist der klassische und häufigste Fall des Ausbeutungsmisbrauchs. Man spricht hier auch von Preismissbrauch. Im maßgeblichen Urteil des Falles „United Brands“ wurde durch den Europäischen Gerichtshof die Angemessenheit eines Preises folgendermaßen definiert: „ein unangemessen überhöhter Preis ist ein Preis, der in keinem angemessenen Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung steht.“ Zudem wurde in diesem Urteil herausgearbeitet, dass die Angemessenheit eines Preises objektiv durch eine vergleichende Betrachtung des Verkaufspreises einerseits und der Gestehungskosten der Leistung andererseits geprüft werden könne.¹⁶¹ Die Beurteilung der Preisangemessenheit unter Verwendung des Verhältnisses zwischen Preis und Kosten ist nicht unproblematisch. In der Literatur sind einige Kritikpunkte an dieser Methode herausgearbeitet worden. Hauptursache dafür ist schlichtweg die Schwierigkeit der exakten Ermittlung der Kosten in der Praxis. Selbst wenn es möglich sein sollte die Kosten einigermaßen sicher und genau festzustellen, ist damit noch nicht gesagt, dass in einer hohen Gewinnspanne automatisch eine missbräuchliche Unangemessenheit der Preisgestaltung begründet ist. Starke Unterschiede zwischen Preis und Kosten können nämlich im Einzelfall durch besonders wertprägende Faktoren gerechtfertigt werden. Die in der Anwendungspraxis bedeutendste Alternative zur Feststellung der Angemessenheit oder Unangemessenheit einer Preisgestaltung ist die bereits erwähnte Vergleichsmarktanalyse, wobei die in Frage stehenden Preise mit auf vergleichbaren Märkten von demselben oder anderen Unternehmen praktizierten Preisen verglichen und in Relation gestellt werden.

Aus dem Gesagten lässt sich also für das Angebot von Telekommunikationsleistungen schließen, dass es einem Telekommunikationsunternehmer, der über eine dominante Position auf dem Markt verfügt, nicht erlaubt ist, übermäßig hohe Preise für ihre Leistungen zu verlangen. Die Ermittlung der Kostenstruktur für das Angebot einer bestimmten Leistung beziehungsweise eines bestimmten Produktes auf dem Markt stellt sich im Bereich der Telekommunikationsunternehmen auch relativ komplex dar. Es setzen sich die Kosten für den Verkauf einer Telekommunikationsleistung nämlich nicht nur aus Herstellungskosten wie Einkauf und Produktion zusammen, sondern alleine für die Entwicklungen der Produkte, die in der Folge auf dem Markt angeboten werden, sind mitunter eine Menge Investitionen

¹⁶¹ EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, United Brands.

erforderlich. Dabei sind Forschung, Entwicklung, Produktentwicklung und das dafür notwendige technische Material und Personal mit zu berücksichtigen.

Eine Überprüfung der bestehenden Roaming-Tarife nahm die Kommission unter anderem nach dem Vergleichsmarktkonzept vor, wobei andere Gebiete bezüglich der Preise mit den in Frage stehenden Preisen zu vergleichen waren. Dabei wurden vereinzelt merkliche Preisreduktionen veranlasst.¹⁶² In diesem Zusammenhang ist auch beispielhaft zu erwähnen, dass die Kommission im Jahre 1995 auch gegen eine Tarifumgestaltung der Deutschen Telekom intervenierte. Diese sollte zwar Ermäßigungen für Großabnehmer bringen, aber keine vergleichbaren Änderungen für die Privatkunden und zusätzlich nicht kostenorientierte Preise für Mietleitungen. Auch die Preise der Telekom für die Nummernmitnahme und den Netzzugang wurden in der Folge einer Überprüfung unterzogen.¹⁶³

Der Preismissbrauch ist auf den liberalisierten Sektoren, zu denen jedenfalls die Telekommunikation zu zählen ist, vor allem bezüglich jener Tarife relevant, die für den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen verlangt werden. Werden hierfür überhöhte Preise verlangt, so ist diese Vorgehensweise von einem Marktbeherrscher als missbräuchlich einzustufen.

Bei der Betrachtung des Missbrauchs durch unfaire Geschäftsbedingungen sind vor allem vertragliche Bestimmungen bedenklich, die einem Vertragspartner sehr einseitig Vorteile verschaffen. Zur Veranschaulichung wurde beispielsweise in der Rechtssache „Alsatel“ dieser Missbrauchstyp behandelt. Alsatel war ein französischer Telekommunikationsunternehmer, der Miet- und Instandhaltungsverträge über Telefonanlagen abgeschlossen hatte. Darin enthalten war eine Klausel, die grundsätzlich eine Laufzeit von 15 Jahren vorsah. Diese Laufzeit verlängerte sich aber um dieselbe Dauer, wenn sich der Mietzins infolge von Veränderungen der Anlagen um einen Prozentsatz von mindestens 25% erhöht. Der gegenständliche Vertrag enthielt eine Klausel, die zu Lasten des Mieters dem Vermieter einseitig ermöglichte Änderungen an den Anlagen vorzunehmen, Verlegungen oder Erweiterungen von Anschlüssen. Veränderungen an den Anlagen führen zu Zusatzverträgen und demnach ist bei diesem Vertragsinhalt eine einseitige Vertragsänderung durch den Vermieter möglich. Im gegenständlichen Fall fiel die missbräuchliche Vertragsbedingung, die jedenfalls als unfair anzusehen ist, allerdings nicht unter Art. 102 AEUV, weil die

¹⁶² *Garzaniti*, Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EC Competition Law and Regulation² (2003) 299.

¹⁶³ *Frerich/Müller*, Europäische Verkehrspolitik: Von den Anfängen bis zur Osterweiterung der Europäischen Union III (2006) 743.

Telekommunikationsgesellschaft Alsatel zwar über einen beträchtlichen Marktanteil verfügte, nicht aber ein Marktbeherrscher im Sinne der relevanten Bestimmung war.¹⁶⁴

6. Produktionsbeschränkungen

Ein Ausbeutungsmissbrauch kann unter anderem in der Einschränkung der Produktion liegen, da sich die Zurückhaltung von Fortschritt auch negativ auf die Marktgegenseite, den Verbraucher, auswirkt. Art. 102 AEUV spricht in lit b explizit von einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher. Freilich kann nicht jede Form von Beschränkung dieser Faktoren dem Marktbeherrscher verwehrt werden, da er dadurch natürlich in seinen wirtschaftlichen Entscheidungen stark eingeschränkt wäre. Eine derartige Einschränkung darf lediglich nicht ohne sachlichen Grund erfolgen, denn dann schafft sich der beherrschende Unternehmer wohl einen Vorteil zum Nachteil der anderen Marktteilnehmer und des Wettbewerbes an sich.

Regelmäßig bewirken solche Einschränkungen der Produktion, des Absatzes, usw. ein immer knapper werdendes Angebot. Durch die marktbeherrschende Stellung des Unternehmers bewirkt dies eine merkliche Verringerung von vorhandenen Gütern, wodurch aufgrund des entstehenden Missverhältnisses von Angebot und Nachfrage eine Preissteigerung für das besagte Gut auf dem Markt möglich ist. Der beherrschende Unternehmer vermag dadurch seine Gewinne zu erhöhen und erlangt in dieser Hinsicht einen Vorteil, der zum Nachteil von Wettbewerb und Verbrauchern gereicht. Schwierig ist hier der Nachweis eines solchen missbräuchlichen Vorgehens, da es nicht besonders einfach ist zu beurteilen welche Menge ein Unternehmen zu produzieren in der Lage ist und auch wirtschaftlich betrachtet effektiv produzieren sollte und in welcher Höhe Investitionen in die Forschung gesteckt werden müssten.¹⁶⁵ So ist eine Unternehmenspraktik, bei der ein Unternehmer die Ersatzteilproduktion für ein Produkt einstellt um zu erreichen, dass die Kunden zur Abnahme eines neuen Produktes gezwungen werden, im Einzelfall auf ihre Wirtschaftlichkeit und somit sachliche Rechtfertigung zu überprüfen.

7. Diskriminierung von Handelspartnern

Art. 102 AEUV verbietet in lit c die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden. In dieser Regel manifestiert sich der allgemeine

¹⁶⁴ EuGH 5.10.1988, Rs 247/86, Alsatel.

¹⁶⁵ *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht: International – Europäisch – National (2007) 194.

Gleichbehandlungsgrundsatz, wonach grundsätzliche gleiche Sachverhalte gleich und unterschiedliche Sachverhalte unterschiedlich behandelt werden sollen. Eine Ungleichbehandlung muss sachlich gerechtfertigt werden können. Legitime wirtschaftliche Interessen eines Unternehmers können dabei beispielsweise eine derartige Rechtfertigung darstellen. Ein diskriminierendes Verhalten gegenüber einzelnen Geschäftspartnern kann vom Grade her unterschiedlich ausgestaltet sein, wobei der höchste Grad in der selektiven Geschäfts- und/oder Lieferverweigerung liegt. Nicht wörtlich erwähnt im Gesetzestext ist die diskriminierende Behandlung von Endverbrauchern. Diese ist aber freilich ebenfalls theoretisch möglich und fällt unter den Grundsatz der Gleichbehandlung. Daher ist ein ungleiches Verhalten gegenüber einzelnen Verbrauchern ebenfalls missbräuchlich, wenn es von einem Marktbeherrscher zum eigenen Vorteil gesetzt wird und der Kunde einen Nachteil dadurch erleidet.¹⁶⁶ Die beiden Unternehmen, die an dem Diskriminierungssachverhalt beteiligt sind, müssen sich auf dem gleichen relevanten Markt befinden. Dieser Umstand ist wesentlich um einen direkten Wettbewerbsnachteil erleiden zu können, der Voraussetzung eines diskriminierend missbräuchlichen Verhaltens nach Art. 102 AEUV ist. Die missbräuchlichen Vorgehensweisen eines Unternehmens in marktbeherrschender Stellung gegenüber einem Marktteilnehmer auf einem anderen sachlichen oder räumlichen Markt kann kein Fall der Diskriminierung nach lit c der hier gegenständlichen Bestimmung sein. Die Frage, ob unterschiedliche Bedingungen für gleichwertige Leistungen angewendet werden, lässt sich durch einen Vergleich der Gegenwerte, die für die Leistungen erwartet werden, beantworten. Nicht allein wesentlich ist hierbei allerdings das Entgelt für sich, da der Gegenwert für eine Leistung in seiner Gesamtheit zu betrachten ist und eine Gegenleistung auch Vorteile enthalten kann, die nicht finanzieller Natur sind.¹⁶⁷ Wenn man den Gesetzeszweck auslegt und interpretiert wird man sich in diesem Zusammenhang die Frage stellen müssen, ob dieser Diskriminierungstatbestand nur unmittelbare, oder auch mittelbare Diskriminierungen erfassen sollte. In der Rechtsprechung hat sich die Ansicht herausgebildet, dass auch die Verhaltensweise eines Marktbeherrschers seinen Vertragspartner zu einem diskriminierenden Verhalten einem weiteren Wirtschaftsteilnehmer gegenüber zu veranlassen, als mittelbare Form der Diskriminierung gegenüber Handelspartnern von Art. 102 AEUV erfasst ist. Ähnlich zu sehen ist ein diskriminierendes Verhalten gegenüber potentiell zukünftigen Handelspartnern.¹⁶⁸

¹⁶⁶ *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts² (2008) 941f.

¹⁶⁷ *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts² (2008) 941ff.

¹⁶⁸ *Weingartner*, Art. 82 EGV und die österreichische Elektrizitätswirtschaft (2002) 118.

Für die Telekommunikation ist zu erwähnen, dass die Kommission eine diesbezüglich relevante Mitteilung erließ, die sogenannte Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich. Darin werden Diskriminierungen von Netzzugangswerbern prinzipiell als gegen den Missbrauchstatbestand verstoßend eingestuft, wenn nicht eine spezielle objektive Rechtfertigung dafür gegeben ist. Inhaber von wesentlichen Einrichtungen, die anderen Marktteilnehmern Zugang gewähren oder zu gewähren haben, müssen bei der Regelung der Bedingungen für den Zugang eigene Tochterunternehmen oder mit ihnen auf eine andere Art und Weise wirtschaftlich verbundene Unternehmen gleich behandeln wie alle anderen Marktteilnehmer.¹⁶⁹ Einer unterschiedlichen Behandlung von Marktteilnehmern, die sich in der Vertriebskette auf unterschiedlichen Stufen befinden, steht das Verbot der Diskriminierung von Handelspartnern aber keineswegs entgegen. So können problemlos andere Bedingungen angewendet werden auf die Geschäftsbeziehungen mit Lieferanten als auf jene mit den Händlern. Es handelt sich ja hierbei auch nicht um gleichwertige Leistungen.¹⁷⁰

Diskriminierungen sind bezüglich verschiedenster Faktoren denkbar. Eine Diskriminierung kann natürlich klassisch Tarife betreffen, vor allem für den Zugang zu den notwendigen Einrichtungen zur Anbietung von Telekommunikationsleistungen, Einschränkungen der Funktion von Telefonverbindungen oder anderen Einrichtungen technischer Art, welche erforderlich sind für eine gute Verbindung und ein damit einwandfreies Funktionieren der Kommunikation. Werden anderen Handelspartnern bessere Konditionen in Bezug auf technische Gegebenheiten und finanzielle Gegenleistungen zuteil, so ist darin eine diskriminierende Behandlung zu erkennen. Dabei sind auch technische Details nicht außer Acht zu lassen, wie beispielsweise die Anzahl an Verbindungspunkten (Verbindungs- bzw. Sendemasten), da die technische Qualität der Gesprächsverbindung regelmäßig davon abhängt. Der Anbieter, der schlechtere Konditionen für den Zugang zu gewissen Einrichtungen oder zu Einrichtungen mit einer gewissen Qualität hat, hat in der Folge automatisch einen nicht zu geringen Wettbewerbsnachteil. Dies will Art. 102 AEUV aber verhindern.¹⁷¹ Diskriminierungen zwischen den Mitgliedstaaten aufgrund der unterschiedlichen Staatsangehörigkeit sind niemals gerechtfertigt, da sie unabhängig von

¹⁶⁹ *Weingartner*, Art. 82 EGV und die österreichische Elektrizitätswirtschaft (2002) 119ff.

¹⁷⁰ *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts² (2008) 941ff.

¹⁷¹ *Garzaniti*, Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EC Competition Law and Regulation² (2003) 307f.

einer potentiellen objektiven Rechtfertigung schon per se gegen das Konzept des Gemeinsamen Marktes, nunmehr als Binnenmarkt bezeichnet, verstoßen.¹⁷²

8. Marktstrukturmissbrauch

Der Marktstrukturmissbrauch ist eine missbräuchliche Verhaltensweise, die nicht in der Bestimmung selbst wörtlich erwähnt ist. Seine mögliche Anwendung ist dem nicht abschließenden Charakter der Regel zu verdanken. Der Marktstrukturmissbrauch liegt vor, wenn die Wettbewerbsstruktur auf dem relevanten Markt missbräuchlich, d. h. zum Nachteil des Wettbewerbs an sich und der anderen Wettbewerber und Marktteilnehmer, verändert wird. Auch hier muss diese Veränderung wiederum durch ein marktbeherrschendes Unternehmen geschehen. Insbesondere kann ein solcher Missbrauchstyp gegeben sein im Falle eines Zusammenschlusses mit einem anderen Unternehmen.¹⁷³ Es handelt sich konkret um Maßnahmen, mit denen sich einzelne marktbeherrschende Unternehmer die Möglichkeit der Einflussnahme auf das Verhalten der übrigen konkurrierenden Unternehmer auf dem Markt verschaffen.¹⁷⁴

In der Literatur besteht keine klare Einigkeit darüber, ob der Marktstrukturmissbrauch nunmehr als Ausbeutungsmissbrauch oder aber als Behinderungsmissbrauch zu sehen ist. Diejenigen, die dieses Konstrukt als Ausbeutung der Marktgegenseite verstehen, sehen darin durch die Veränderung der Marktstruktur stärker werdende Möglichkeiten des Marktbeherrschers die Verbraucher zu ihrem eigenen Vorteil zu benachteiligen und auszunehmen. Betrachtet man den Strukturmissbrauch als eine Behinderung der Mitbewerber auf dem Markt, so geht man davon aus, dass sie durch die Veränderung des Marktes in ihren Möglichkeiten wirtschaftlich auf diesem zu bestehen, behindert und geschwächt werden.

Es handelt sich beim Marktstrukturmissbrauch um eine verhältnismäßig komplexe Variante des Missbrauchs von Marktmacht. Hier geht es nicht um die an den Tag gelegte Verhaltensweise, die als missbräuchlich und damit verboten einzustufen ist, sondern um das Ziel des Verhaltens, der Beeinflussung des Marktes und seiner Veränderung zum eigenen Vorteil und zum Nachteil der anderen. Man spricht unter anderem bei dieser Vorgehensweise auch von Marktstrukturmanipulation. Zu einer Veränderung der Struktur kann es nur kommen, wenn die Veränderungen der Wettbewerbsbedingungen auf dem gegenständlichen Markt nachhaltig und fortdauernd sind. Veränderungen mit bloß kurzfristigen Folgen können

¹⁷² EuG 21.10.1997, Rs T-229/94, Deutsche Bahn.

¹⁷³ *Schaarschmidt*, Cross-Promotion durch Medienkonglomerate (2005) 274.

¹⁷⁴ *Lachmayer*, Praxiswörterbuch Europarecht (2008) 620.

zu keiner Veränderung der gesamten Struktur führen. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann die Struktur eines Marktes, seine Dynamik, in verschiedener Hinsicht beeinflussen. Es bieten sich dafür vorwiegend zwei Ansatzpunkte, das Angebot und die Nachfrage. Beide Seiten haben eine eigene Marktstruktur, auf die potentiell Einfluss ausgeübt werden kann. Auf der Seite der Angebotsstruktur kann beispielsweise in die Struktur eingegriffen werden durch weitgehende Beseitigung von Mitbewerbern und die Abschreckung von potentiellen neuen Konkurrenten, die auf dem Markt neu auftreten wollen. Dabei ist vor allem an die Strategie einer dauerhafteren Preissenkung zu denken, wodurch andere Marktteilnehmer in den wirtschaftlichen Ruin getrieben werden können beziehungsweise sich einen Einstieg in den Markt nicht mehr zu leisten vermögen. Eine weitere Möglichkeit die Struktur des Marktes nachhaltig zu beeinflussen ist der Erwerb von anderen Unternehmen oder Unternehmensteilen sowie der Erwerb von ausschließlichen Nutzungsrechten. Dadurch ist die Ausübung von Druck auf die Mitbewerber leichter möglich. Der Erwerb von Unternehmen führt allerdings in den meisten in diesem Zusammenhang relevanten Fällen zu einem Sachverhalt, der unter die wettbewerbsrechtliche Zusammenschlusskontrolle fällt.

Übernimmt ein Telekommunikationsanbieter einen anderen oder tut selbiges ein Fernseh- oder Radiosender mit einem anderen, so verändert sich dadurch naturgemäß die Struktur des Marktes und der auf ihm auftretenden Anbieter wesentlich. Die Verteilung der Marktmacht verändert sich damit ebenso wie die Verteilung der Kunden. Ist für einen Anbieter dasjenige Unternehmen, das er übernimmt, aus bestimmten Gründen des inhaltlichen Produktangebotes ein besonders starker Konkurrent, so ist die Wirkung der Übernahme auf die Marktstruktur auch besonders intensiv. Denkbar ist eine solche Konstellation auf beiden behandelten Sektoren. Die ebenfalls erwähnte Preissenkung, welche von dauerhafter Natur ist, ist aufgrund der geringen Kostenproblematik für den Kunden im Rundfunk, eher für die Telekommunikationsleistungen relevant.

E. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Ist man bisher bei der Prüfung der Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV noch nicht ausgestiegen, so hat man bereits verschiedene Faktoren als gegeben festgestellt. Zunächst wurde herausgefunden, dass eine beherrschende Stellung auf dem als relevant eingestuften Markt eines oder mehrerer Unternehmen im Sinne der gegenständlichen Bestimmung vorliegt. In einem weiteren Prüfungsschritt wurde das Verhalten dieses Unternehmens einer Untersuchung zugeführt, welches als missbräuchlich im Sinne einer der in Gesetz, Literatur und Rechtsprechung auftretenden Formen zu qualifizieren war. Dies ist allerdings für sich

gesehen noch nicht ausreichend. Ein den Markt und/oder seine Teilnehmer nachteilig beeinflussendes Verhalten eines beherrschenden Unternehmers ist erst dann kartellrechtlich zu beanstanden, wenn dadurch der zwischenstaatliche Handel eine konkrete und effektive Beeinträchtigung erfahren hat. Wird der Handel bzw. Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten durch ein Verhalten auf dem Markt nicht beeinflusst, ist für das jeweilige Unternehmen möglicherweise nationales Kartellrecht anwendbar, da dieses die Voraussetzung der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels regelmäßig nicht fordert. Auf diesem Wege kann ein Marktbeherrscher, der sich missbräuchlich wettbewerbsschädlich verhält, trotz fehlender zwischenstaatlicher Negativeffekte rechtlich zur Verantwortung gezogen werden.

Mit dieser Zwischenstaatlichkeitsklausel soll unter anderem das europäische vom nationalen Kartellrecht abgegrenzt werden können und die Anwendungsbereiche klar gezogen. Es ist allerdings nicht davon auszugehen, dass die europäische und nationale Kartellrechtsordnung nur exklusiv, also entweder – oder, anzuwenden sind. Diese beiden Regelungsbereiche beeinflussen und durchdringen einander inhaltlich. Kann tatsächlich im Einzelfall eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels festgestellt werden, stellt sich die Frage der Anwendung der beiden Regelungen. Dabei ist das grundsätzliche europäische Prinzip des Vorranges des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht zu beachten. Bei Anwendung dieses Prinzips ist jedenfalls das Gemeinschaftsrecht und damit Art. 102 AEUV maßgeblich und nationale Bestimmungen, die mit diesem nicht in Einklang stehen, außer Acht zu lassen.¹⁷⁵ Ein wettbewerbsschädigendes Verhalten, das sich regelmäßig aus den wirtschaftlich missbräuchlichen Verhaltensweisen ergibt, führt noch nicht zwingend zu einer Beeinträchtigung des Handels, der zwischen den Mitgliedstaaten über deren Grenzen hinaus stattfindet. Diese beiden Elemente können aber auch nicht völlig unabhängig voneinander betrachtet werden. In den meisten Fällen treten sie zusammen auf und ergibt sich die Beeinträchtigung des Handels als Folge aus dem den Wettbewerb nachteilig beeinflussenden Verhalten. Hinsichtlich des Intensitätsgrades der Beeinträchtigung, die zur Anwendung der Bestimmung des Art. 102 AEUV führen kann, ist keine starke oder leichte Beeinträchtigung erforderlich, es genügt bereits die bloße Eignung der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns. Die Beeinträchtigung des Handels hat im Ergebnis jedenfalls „spürbar“ zu sein, wodurch vermieden werden soll, dass „Bagatellfälle“ in wirtschaftlicher Hinsicht in ein Regelungsgebiet fallen, dessen Aufgabe es ist den Wettbewerb und sein

¹⁷⁵ *Bischoff*, Quersubventionen im Lichte der zunehmenden Privatisierung von Flughafengesellschaften und deren Vereinbarkeit mit Europäischem Wettbewerbsrecht (2003) 49.

Funktionieren als Gesamtheit zu schützen. Diese Anforderung der Spürbarkeit ist ein separat zu behandelndes, im Gesetz ungeschriebenes Kriterium, welches gesondert zu prüfen und zu beurteilen ist. Der Handel im Sinne dieser Bestimmung ist so zu verstehen, dass jede wirtschaftliche Tätigkeit davon erfasst ist. Dieser Begriff ist im Rahmen der juristischen Interpretation durchaus extensiv auszulegen.¹⁷⁶ Man könnte die Untersuchung dieses Merkmales auch so formulieren, dass immer die betreffende missbräuchliche Maßnahme oder Verhaltensweise Auswirkungen auf ausländische, in anderen Mitgliedstaaten befindliche, Wettbewerbsteilnehmer zeigen muss. Andernfalls handelt es sich nicht um einen sogenannten europäischen Sachverhalt, der demnach auch nicht unter europäisches Recht fallen kann und soll. Es wurde in der Rechtsprechung keine exakte Angabe einer Grenze entwickelt um die Beeinträchtigung ohne Zweifel feststellen zu können.¹⁷⁷

Man wird von der nötigen Zwischenstaatlichkeit ausgehen können, wenn die Netzleitungen über das geographische Gebiet eines Mitgliedstaates hinausgehen. Es kommt dabei nicht darauf an, dass diese technischen Netzeinrichtungen den Inhaber und die Nutzer in verschiedenen Mitgliedstaat haben, lediglich die grenzüberschreitende Leitung in örtlicher Hinsicht ist relevant.¹⁷⁸ Dies gilt ebenso für den Rundfunksektor und die Nutzung der für ihn interessanten und erforderlichen technischen Einrichtungen wie für den Sektor Telekommunikation. Wenn durch das missbräuchliche Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmers im Wettbewerb Marktteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten am Zugang zu für die Erbringung der Leistungen wesentlichen Einrichtungen gehindert werden und diese Einrichtungen sich auf einem mitgliedstaatlichen Gebietsteil befinden, der einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes ausmacht, so darf damit die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels angenommen werden.¹⁷⁹

F. Spürbarkeit

Die Spürbarkeit ist kein gesetzlich festgeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Es handelt sich um eine Rechtsfortbildung und Interpretation der europäischen Rechtsprechung. Diese Spürbarkeit, die in der Folge auf das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung schließen lässt, ist meist praktisch wenig relevant, da sich doch grundsätzlich ein missbräuchliches Verhalten eines beherrschenden Unternehmens auch spürbar niederschlägt. Die Spürbarkeit einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels kann aber nicht an bestimmten

¹⁷⁶ *Keinert*, Vertragsrechtliche Probleme im Streckengrosshandel (2007) 232ff.

¹⁷⁷ *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht² (2008) 410.

¹⁷⁸ *Gruber*, Grenzüberschreitende Stromlieferungen: aktuelle Rahmenbedingungen im Binnenmarkt (2006) 102.

¹⁷⁹ *Gruber*, Grenzüberschreitende Stromlieferungen: aktuelle Rahmenbedingungen im Binnenmarkt (2006) 102f.

Merkmale und deren Intensität oder dergleichen gemessen werden. Es ist dabei vielmehr eine Betrachtung der gesamten Situation erforderlich, der rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, die im Einzelfall auf dem jeweiligen Markt und für den darauf herrschenden Wettbewerb gelten.¹⁸⁰

Der Grund für die Entwicklung der Anwendung des Kriteriums der Spürbarkeit ist die dadurch erwartete Verhinderung einer Überdehnung der Wettbewerbsregeln. Es wird dadurch der Anwendungsbereich des Art. 102 AEUV eingeschränkt, weil der inhaltliche Umfang der Zwischenstaatlichkeitsklausel eingeschränkt wird.¹⁸¹

§4 Weitere Rechtsgrundlagen

I. Nationale Gesetzesgrundlagen

Neben den europarechtlichen Regelungen des Kartellrechts existieren auch auf nationaler Ebene sehr ähnlich gelagerte Bestimmungen. Diese sind bei rein nationalen Sachverhalten ohne einen europäisch grenzüberschreitenden Bezug grundsätzlich bei Vorliegen der erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen regelmäßig anzuwenden. Aufgrund des bereits erwähnten Prinzips des Vorranges des Gemeinschaftsrechts, welcher ein durch die Rechtsprechung entwickelter Grundsatz für Kollisionsfälle ist, kommen bei potentieller Anwendbarkeit nationaler und europarechtlicher Bestimmungen letztere vorrangig zum Zuge. Die nationalen kartellrechtlichen Vorschriften gelten in solchen Fallkonstellationen subsidiär. Bezüglich der genauen Ausgestaltung haben diese nationalen Regelwerke teilweise einige Unterschiede gegenüber dem europäischen Kartellrecht zu verzeichnen, wobei der wesentliche Inhalt sich weitgehend ebenso gleicht wie der Zweck der Gesetze.

Die Vereinheitlichung der europäischen und der nationalen Vorschriften geht allerdings nicht so weit wie dies in anderen Bereichen bereits gelungen ist.¹⁸² Art. 3 KartellVO sieht vor, dass die Mitgliedstaaten im Einzelfall von den europäischen Maßstäben abweichen können, also abweichende gesetzliche Regelungen treffen können. Neben den nationalen Kartellrechtsvorschriften sind zusätzlich auch die sonderrechtlichen Bestimmungen des jeweiligen Sektors zu beachten.

¹⁸⁰ Plettner, Vertragswettbewerb in der GKV unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten (2010) 274.

¹⁸¹ Theurer, Geldbußen im EU-Wettbewerbsrecht (2009) 36f.

¹⁸² Ahrens, Europäisches und internationales Wirtschaftsprivatrecht (2007) 190.

Auf europäischer Ebene wird das sektorspezifische Recht im Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste geregelt. Nachdem unter den Begriff der „Kommunikationsdienste“ in Artikel 2 lit c) der europäischen Rahmenrichtlinie neben den Telekommunikationsleistungen auch der Rundfunk fällt, ist der europäische Rechtsrahmen für Kommunikationsdienste für beide Bereiche sektorspezifisch relevant. Für Telekommunikationsleistungen und die Übertragung von Rundfunksignalen kommt daher neben dem allgemeinen Wettbewerbsrecht auch noch das sektorspezifische Recht des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmens, welcher in Österreich beispielsweise durch das TKG 2003 umgesetzt wurde, zur Anwendung. Wesentlich ist dabei die Möglichkeit der Auferlegung von Pflichten zur Vorbeugung eines Missbrauches von beherrschenden Stellungen auf dem Markt.¹⁸³

Die Rahmenrichtlinie enthält in ihrem Artikel 14 die Festlegung, wie ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gestaltet sein muss um als solches identifiziert zu werden. Artikel 15 und 16 der Richtlinie enthalten die sogenannten Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren, welche im Ergebnis eben auf eine Verhinderung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung von vornherein gerichtet sind. Bei der Marktdefinition wird im ersten Schritt des Vorgehens der relevante Markt gefunden, geprüft und abgegrenzt. In einem zweiten folgenden Schritt wird im Rahmen der sogenannten Marktanalyse die Wettbewerbssituation auf diesem Markt untersucht. Es kann dabei herauskommen, dass der Markt durch einen funktionierenden Wettbewerb charakterisiert ist und somit eine wirtschaftliche gesunde Situation gegeben ist. Allerdings ist es ebenso möglich, dass die Analyse im Ergebnis das Vorhandensein eines Wirtschaftsteilnehmers mit einer starken Marktmacht, die eine marktbeherrschende Stellung darstellt, ergibt. In diesem Fall sind dem Marktbeherrscher die zur Verhinderung eines Missbrauchs dieser Position nötigen und im Einzelfall angemessenen Verpflichtungen aufzuerlegen. Es handelt sich bei dieser Vorgehensweise sozusagen um eine ex-ante Prävention.

A. Österreich

Kartellrecht ist auf österreichisch nationaler Ebene durch das Kartellgesetz (KartG 2005) geregelt. Dieses Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen gehört gemeinsam mit dem Recht gegen den unlauteren Wettbewerb (geregelt im UWG in Österreich) zur rechtlichen Kategorie des Wettbewerbsrechts. Das Kartellgesetz regelt die Bildung von Kartellen, die Aufsicht über

¹⁸³ *Holoubek/Kassai/Traimer*, Grundzüge des Rechts der Massenmedien³ (2006) 96.

Unternehmer, die Marktbeherrscher sind, und die Kontrolle von wirtschaftlichen Zusammenschlüssen. Mit dem Erlass des Kartellgesetzes 2005 wurde das nationale Kartellrecht an die Entwicklungen und den Inhalt des europäischen Kartellrechts angepasst.¹⁸⁴

§ 5 KartG enthält ebenso wie das europäische Kartellrecht in Art. 102 AEUV eine Regelung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Diese unterscheidet sich in ihrer wörtlichen Ausführung kaum von derjenigen des Pendantes auf europäischer Ebene, ebenso wie diese führt sie die vier dort erwähnten Missbrauchstypen an. Allerdings geht § 5 KartG in seinem Inhalt sogar noch darüber hinaus durch die Einfügung eines fünften beispielhaften Missbrauchstyps. Es wurde im österreichischen Kartellgesetz der Missbrauchstyp der Kampfpreisunterbietung im Gesetz festgeschrieben. Es handelt sich dabei um eine missbräuchliche Verhaltensweise, die in Art. 102 AEUV nicht festgeschrieben wurde und sich durch die Rechtsprechung und die Literatur entwickelt hat. Besteht ein missbräuchliches Verhalten eines Unternehmers mit einer derartig grossen Marktmacht, das sich dieser als beherrschend qualifizieren lässt, so ist dieser Missbrauch durch das Kartellgericht abzustellen. Die diesbezügliche gesetzliche Regelung findet sich in § 26 KartG. Dabei besteht die Sanktion darin, das konkret als missbräuchlich eingestufte Verhalten einzustellen. Es kann aber das Abstellen des Missbrauchs auch in seltenen Fällen in einem positiven Tun bestehen, nämlich dann wenn die missbräuchliche Verhaltensweise in einer Weigerung liegt, beispielsweise käme hierfür eine Geschäftsverweigerung in Betracht.

Es finden sich allerdings auch verhältnismäßig starke Unterschiede zwischen der europäischen Missbrauchsbestimmung und dem österreichischen Kartellgesetz. Während sich auf europäischer Ebene die Definition der Marktbeherrschung aus der Rechtsprechung entwickelte, ist im österreichischen Wettbewerbsrecht klar definiert, was darunter im Einzelnen zu verstehen ist. § 4 KartG bestimmt unter welchen Umständen ein Unternehmer als auf dem Markt beherrschend angesehen werden kann. Demnach muss er entweder gar keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt sein oder eine im Verhältnis zu anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung haben. Es handelt sich hierbei allerdings wiederum um kein messbares Kriterium, welches schließlich einen Auffangtatbestand darstellt für Unternehmen, die eine derart starke Position auf dem Markt haben, dass sie unter die Bestimmung der Missbrauchsaufsicht auch ohne Erfüllung der in § 4 KartG genannten Bedingungen fallen sollen. Die überragende Marktstellung bestimmt sich durch eine

¹⁸⁴ *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht: International – Europäisch – National (2007) 165.

Gesamtbetrachtung verschiedener Faktoren, wie z.B. die Finanzkraft eines Unternehmens oder dessen wirtschaftliche Beziehungen zu anderen Unternehmen.

Wesentlich messbarer dagegen ist die im Kartellgesetz ebenfalls enthaltene Vermutung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung. Dabei wird die marktbeherrschende Position eines Unternehmers vermutet, die Beweislast des Gegenteils liegt diesfalls bei dem betroffenen Unternehmer selbst. Die Marktbeherrschung wird vermutet, wenn ein Unternehmer auf dem relevanten Markt einen Anteil von mindestens 30% hat oder einen Anteil von über 5% und dem Wettbewerb von höchstens zwei weiteren Unternehmern ausgesetzt ist. Als dritte Möglichkeit kommt in Betracht, dass der fragliche Unternehmer einen Anteil von mehr als 5% auf dem Markt hat und zu den vier grössten Unternehmern auf diesem Markt gehört, welche zusammen einen gesamten Anteil von mindestens 80% haben.

Keine Bestimmung enthält das Kartellgesetz aber ebenso wie auch die europäische Vorschrift zum Thema der Abgrenzung des relevanten Marktes. Die Kriterien hierfür sind nach den durch die Rechtsprechung entwickelten Faktoren zu bestimmen. Ein weiterer Unterschied besteht hinsichtlich der Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmer gemeinsam. Hier liegt die Vergleichslage anders als bei der Begriffsbestimmung. Die europäische Gesetzeslage enthält das Merkmal der kollektiven Marktbeherrschung, während das die österreichische nicht tut.

Neben den primärrechtlichen Kartellrechtsbestimmungen im AEUV existieren sekundärrechtliche Rechtsgrundlagen wie Richtlinien im sektorspezifischen Bereich. Grosse Bedeutung haben dabei die Richtlinien, die im Rahmen des neuen gemeinschaftsrechtlichen Rahmens für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste ergangen sind. Diese wurden in Österreich durch das TKG 2003 in nationales Recht umgesetzt. Das Telekommunikationsgesetz aus dem Jahre 2003 hat die Aufgabe den Wettbewerb auf dem Sektor der Telekommunikation zu sichern und in seiner Funktionsfähigkeit zu fördern. Es lag darin eine Aufgabe, die das allgemeine Wettbewerbsrecht im Bereich der liberalisierten Sektoren aufgrund ihrer besonderen Struktur nicht alleine meistern konnte. Es sollte in den Mitgliedstaaten ein einheitlicher rechtlicher Standard auch für jene Fälle geschaffen werden, in denen die europäischen Verträge aufgrund eines fehlenden grenzüberschreitenden Elementes im Sachverhalt keine Anwendung finden. Durch die Verpflichtung die Richtlinien inhaltlich in nationales Recht einzuführen, konnte sichergestellt werden, dass weitgehend harmonisierte Bestimmungen für den Schutz des Wettbewerbs auf dem Telekommunikations-

und auch auf dem Rundfunkmarkt gelten. In den §§ 35 ff TKG finden sich Vorschriften für marktmächtige Unternehmer in der Telekommunikation. Die sektorspezifischen Regelungen unterscheiden sich vom allgemeinen Wettbewerbsrecht ganz deutlich durch ein wesentliches Element. Während das allgemeine Kartellrecht darauf ausgerichtet ist, den Missbrauch von Marktmacht durch ein Überprüfen der bestehenden Situation ex-post, das heisst nach der bereits tatsächlich erfolgten missbräuchlichen Verhaltensweise, zu ahnden, bestehen auf sektoraler Ebene diesbezüglich noch andere Möglichkeiten. Es ist nach dem Telekommunikationsgesetz nämlich auch möglich marktbeherrschenden Unternehmern ex-ante, also bevor noch ein missbräuchliches Verhalten eingetreten ist und festgestellt wurde, welches sich auf den Wettbewerb nachteilig und merkbar ausgewirkt hat, Verpflichtungen aufzuerlegen, die der Verhinderung einer potentiellen missbräuchlichen Vorgehensweise gegenüber anderen Marktteilnehmern dienen sollen. Solche Maßnahmen, die auf eine Regulierung der bedrohlichen Situation von vornherein gerichtet sind, sind dem allgemeinen Wettbewerbsrecht fremd. Durch eine ex-ante Regulierung kann aber häufig ein Eintreten des Missbrauchs, dessen nachteilige Folgen, die aus dem Gleichgewicht gebrachte Wettbewerbssituation und das aufwendige prozessuale Vorgehen zur Abstellung des Missbrauchs verhindert werden. Insbesondere soll durch die grosse Bedeutung der Nutzung von Netzen in den gegenständlichen Bereichen Rundfunk und Telekommunikation von vornherein ein Zugang für alle Wettbewerber zu den für sie wesentlichen Netzen gewährleistet werden.

Unlängst wurde in der österreichischen Literatur das Thema des Verhältnisses und einer möglichen Rangordnung zwischen dem Kartellrecht und dem Regulierungsrecht aufgeworfen. Bisher wurde die Ansicht vertreten, dass diese beiden Rechtsbereiche einander unberührt lassen und nebeneinander zur Anwendung gelangen können. Die Einleitung eines Verfahrens nach dem einen Recht konnte somit die Einleitung eines Verfahrens nach dem anderen Recht weder behindern noch beeinflussen. Dieser Ansatz lässt sich auch in § 2 Abs 4 TKG erkennen. *Potacs* hat eine andere Auffassung ins Gespräch gebracht, wobei er von einer notwendigen Rangordnung ausgeht, welche das Regulierungsrecht als *lex specialis* sehen würde. Danach würde es auch zu einer einschränkenden Auslegung der erwähnten Bestimmung des TKG kommen. Eine Lösung dieser Frage ist allerdings praktisch von geringer Bedeutung, da sich nach der Ansicht von *Eilmansberger* rechtstechnisch dadurch keine wesentliche Veränderung für die Anwendung des Kartellrechts in Österreich ergibt. Dieser kommt zu dem Schluss, dass selbst wenn das österreichische Kartellrecht dem österreichischen Regulierungsrecht nachgeordnet werden würde, dies immer noch nicht die

unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV berührt. Eine Begrenzung der Anwendbarkeit dieser gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift wäre ohne Zweifel unionsrechtswidrig.¹⁸⁵

Trotz der methodischen Schwierigkeiten bleibt anzumerken, dass eine klarere Struktur bei der Anwendung von kartell- und sektorspezifischen Regulierungen von Vorteil wäre und die Abschaffung der Parallelität der Regelungsbereiche wohl damit einhergehen müsste. Sind die Rechtsgebiete und Gesetze in eine klare Rangordnung gebracht, bestimmen sich auch die Zuständigkeiten eindeutiger. Dieser Umstand führt in den meisten Fällen zu einer höheren Effektivität des Rechts und mehr Rechtssicherheit auf den liberalisierten Gebieten.

B. Deutschland

Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist im deutschen Kartellrecht in den §§ 19 bis 21 GWB geregelt. § 19 GWB stellt sich inhaltlich relativ umfassend dar und regelt sowohl die Marktbeherrschung in Form von Definition und Vermutungen des Bestehens wie auch die eigentliche Regelung des Verbotes eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Bei den Regelungen der §§ 20 und 21 GWB handelt es sich um spezielle Vorschriften, die sich im Ergebnis meist gegen marktmächtige Unternehmen richten und darum gesetzlich in einen systematischen Kontext mit der Missbrauchskontrolle zu bringen waren.¹⁸⁶

Hinsichtlich der Begriffsdefinition bestimmt das deutsche Gesetz das marktbeherrschende Unternehmen nahezu identisch mit dem Wortlaut des österreichischen KartG: „soweit das Unternehmen als Anbieter oder als Nachfrager auf dem relevanten Markt ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist.“ Die Untersuchung des relevanten Marktes erfolgt nach denselben Kriterien wie sie auf europäischer Ebene durch die Rechtsprechung entwickelt wurden. Es existiert diesbezüglich keine Definition im deutschen Kartellrecht. Eine Ausweitung hat die Begriffsbestimmung erfahren durch die Einfügung der überragenden Marktstellung, welche auch auf ein Unternehmen in marktbeherrschender Stellung schließen lässt. Auch darin lässt sich eine Übereinstimmung mit der österreichischen Rechtslage erkennen, wobei auch die Verwendung der Begriffe wortwörtlich übereinstimmt. Nach § 19 Abs 3 GWB existiert für das Vorhandensein von marktbeherrschenden Positionen eine Vermutung, wiederum ähnlich wie im österreichischen Recht, welche von gewissen im Gesetz umschriebenen Voraussetzungen abhängt. Auch diese Kriterien sind ähnlich gelagert

¹⁸⁵ *Eilmansberger*, Zum Verhältnis zwischen allgemeinem Wettbewerbsrecht und Regulierungsrecht, MR 2010 353 (353).

¹⁸⁶ *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht: eine systematische Darstellung³ (2007) 526.

wie im österreichischen Kartellgesetz, gleichen sich aber nicht vollkommen. Die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens wird vermutet, wenn es einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat. Der Unternehmer hat dann zu beweisen, dass er trotz dieses verhältnismäßig hohen Marktanteils keine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt innehat. Ganz im Gegenteil zum österreichischen Kartellrecht spricht die deutsche Vermutungsregelung auch von einer kollektiven Marktbeherrschung, welche im österreichischen Gesetz gar keine Erwähnung findet. Danach können auch mehrere Unternehmen gemeinsam den Markt beherrschen und unter gewissen Umständen wird dies auch vermutet. Die Vermutung tritt ein, wenn drei oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von 50% oder mehr haben bzw. wenn fünf oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln oder mehr haben.¹⁸⁷

§ 20 GWB ist eine spezielle Bestimmung, die eng mit § 19 GWB zusammenhängt. Sie hat den Zweck des Schutzes der Unternehmen auf dem Wirtschaftsmarkt und verbietet zwei Wettbewerbspraktiken: die Behinderung anderer Unternehmen einerseits und ihre diskriminierende Behandlung andererseits. Unter Behinderung ist hier jede objektiv nachteilige Beeinträchtigung der Betätigungs- und Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen zu verstehen. Eine Behinderung an sich ist aber noch nicht rechtswidrig, sie muss einen gewissen Grad erreichen, genauer gesagt sie muss unbillig sein. Eine Diskriminierung liegt in einer Vereinbarung unterschiedlicher Konditionen für verschiedene Handelspartner.¹⁸⁸ Dadurch wird ein Unternehmer gegenüber einem anderen ohne sachliche Rechtfertigung benachteiligt. Behinderung und Diskriminierung lassen sich in der Praxis nicht eindeutig auseinanderhalten. Dies liegt vor allem daran, dass jegliche Diskriminierung begriffsmäßig ebenso eine Behinderung des in Frage stehenden Unternehmens darstellt. Normadressaten der Regelung sind nicht nur Marktbeherrscher, diese aber wohl auch. Es kommt darauf an, dass das Unternehmen eine gewisse Marktmacht hat und es ihm daher möglich ist nachteilige Wirkungen für andere Unternehmen zu veranlassen. Die erforderliche Machtstellung kann auf unterschiedlichen Gegebenheiten beruhen. Dabei ist mitunter auch eine Machtstellung aufgrund wirtschaftlicher Abhängigkeit erfasst. Der Schutzbereich des § 20 GWB kann in der Folge somit unterschiedlich weit sein je nach Ausgestaltung der Stellung des Unternehmens, das im konkreten Fall den Normadressaten darstellt.¹⁸⁹ Auch wenn es sich in der Praxis hierbei meist um marktbeherrschende Unternehmen im Sinne des

¹⁸⁷ Rittner/Dreher, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht: eine systematische Darstellung³ (2007) 525ff.

¹⁸⁸ Lange, § 20 GWB – Wie wirtschaftlich unterlegene Unternehmen geschützt werden (2001) 5f.

¹⁸⁹ Stoll, Drittmarktbehinderungen im deutschen und europäischen Kartellrecht (2002) 133.

Missbrauchsverbots einer marktbeherrschenden Stellung handeln wird, besteht keine Eingrenzung im Sinne einer messbaren Marktmacht des normadressierten Unternehmens bei dieser Gesetzesbestimmung.

Auch der § 21 GWB ist ähnlich dem § 20 GWB eng mit § 19 GWB verbunden und ihm daher systematisch nachgereiht. § 21 GWB will die Anstiftung zum Boykott verhindern. Unternehmen dürfen danach nicht, mit der Absicht andere Unternehmen zu behindern, zu Liefer- oder Bezugssperren auffordern. Dabei handelt es sich zwar um den wesentlichsten Teil dieser Bestimmung, allerdings enthält die Regelung noch einige Facetten mehr. Zusätzlich findet sich darin beispielsweise das Verbot, anderen Unternehmen Nachteile anzudrohen, zuzufügen, Vorteile zu versprechen oder zu gewähren, um sie dadurch zu einem Verhalten zu veranlassen, das rechtlich gesehen nicht Gegenstand einer vertraglichen Bindung sein darf. Während diese beiden Inhalte dem europäischen zwar nicht wörtlich gleichen, aber mit diesem doch bei Beachtung der Anknüpfungspunkte ins System passen, so verhält es sich mit den Regeln drei und vier, die in § 21 GWB enthalten sind anders. Eine vergleichbare Bestimmung findet sich im europäischen Kartellrecht nicht. Es handelt sich dabei einerseits um das Recht einer Koalition fernzubleiben. Unternehmen „dürfen“ sich nicht zusammenschließen und müssen Vereinbarungen nicht beitreten. Zudem regelt § 21 GWB das Verbot für Unternehmen, anderen Nachteile zuzufügen, weil diese die Kartellbehörde eingeschaltet haben. Es soll durch diese Regelung in ihrer Gesamtheit verhindert werden, dass Unternehmen andere durch wettbewerbsfeindliche Aktivitäten boykottieren und damit in ihrem wirtschaftlichen Handeln behindern.¹⁹⁰

Die erforderliche Beeinträchtigung der Unternehmen, die § 21 GWB zu unterbinden versucht, hat notwendigerweise ein unbilliges Ausmaß zu erreichen. Nachdem die Unbilligkeit ein klassischer unbestimmter Rechtsbegriff ist, ist im Einzelfall eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung sämtlicher potentieller Interessen der Beteiligten und des Gesetzeszweckes vorzunehmen.¹⁹¹

Zu einem derartigen Boykottaufruf eines Unternehmens zum Nachteil eines anderen kam es in Deutschland im Fall Blinkfuer aus dem Jahre 1969. Es handelte sich hierbei um eine Wochenzeitung, welche mitunter die Angabe des Fernsehprogrammes enthielt und dabei nicht nur westdeutsche, sondern auch ostdeutsche Fernsehsender aufführte. Aus diesem Grund

¹⁹⁰ Pruns, Kartell- und vergaberechtliche Probleme des selektiven Kontrahierens auf europäischer und nationaler Ebene (2008) 326.

¹⁹¹ Sack, Das Recht am Gewerbebetrieb: Geschichte und Dogmatik (2007) 233.

entschied sich ein den Grossteil des deutschen Zeitungsmarktes zu diesem Zeitpunkt beherrschender Verlag dazu, die Zeitungshändler aufzufordern, auf den Vertrieb der Blinkfuer-Zeitungen zu verzichten. Für den Fall des Nichtnachkommens dieser Aufforderung drohte der Verlag mit dem möglichen Abbruch der Geschäftsbeziehungen. In diesem Verhalten liegt ein klassischer Fall von Boykott nach § 21 GWB.

Wirft man einen Blick auf das sektorspezifische Wettbewerbsrecht in Deutschland, so kann man die diesbezüglich wesentlichen Vorschriften im deutschen Telekommunikationsgesetz (TKG 2004) finden.

Nach § 2 Abs 5 des deutschen TKG fallen auch die Belange des Rundfunks unter dieses Gesetz und seine Regelungen. Aus den in § 3 Z 22, 23 und 24 TKG 2004 festgelegten Begriffsbestimmungen von „Telekommunikation“, „Telekommunikationsanlagen“ und „Telekommunikationsdiensten“ ergibt sich, dass auch der Rundfunk unter die Bestimmungen des gegenständlichen Gesetzes fällt und damit unter die Regelung der besonderen sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht. Darin ist eine Parallele zum österreichischen Recht zu erkennen, da auch in Österreich der Missbrauch von Marktbeherrschern in Rundfunk und Telekommunikation sektorspezifisch in ein und demselben Gesetz geregelt ist, dem TKG 2003.

Ähnlich wie im österreichischen sektorspezifischen Recht kennt die Regulierung nach dem deutschen TKG 2004 ein Vorgehen in drei Phasen. Zunächst wird der relevante Markt anhand verschiedener im Gesetz aufgeführter Kriterien definiert, danach folgt eine Analyse der Wettbewerbssituation auf diesem (§§ 10 und 11 TKG). Kann dabei festgestellt werden, dass auf dem abgegrenzten Markt kein wirksamer Wettbewerb existiert, so kann die Regulierungsbehörde dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, dessen Existenz ebenfalls im Rahmen der vorgelagerten Marktanalyse festgestellt wurde, Verpflichtungen zur präventiven Verhinderung eines Missbrauchs seiner Marktmacht auferlegen. Das Bestehen von wirksamem Wettbewerb wird durch die Abwesenheit von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Sinne dieses Gesetzes festgestellt. Damit ist also im deutschen Recht das System gleich gelagert wie im österreichischen Recht. Es ist in den Sonderbestimmungen für die Sektoren Telekommunikation und Rundfunk ebenfalls nicht nur eine ex-post Regulierung der Gefahr eines missbräuchlichen Umganges mit einer grossen Marktmacht möglich, sondern im Rahmen des eben beschriebenen Vorgehens auch eine ex-ante Regulierung in Form der Auferlegung von Pflichten.

In § 42 TKG 2004 ist die besondere Missbrauchsaufsicht geregelt. Damit ist die Missbrauchsaufsicht, wie sie besonders sektorspezifisch behandelt ist, gemeint. Es handelt sich um die Regelung von missbräuchlichem Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht. Verboten wird der Missbrauch von beträchtlicher Marktmacht, wobei keine abschließende Aufzählung missbräuchlicher Verhaltensweisen aufgeführt wird. Angeführt werden aber, so wie auch im allgemeinen deutschen Wettbewerbsrecht, der Behinderungsmissbrauch, welcher das Merkmal der Unbilligkeit enthält, und die Diskriminierung, welche von dem Bestehen einer sachlichen Rechtfertigung abhängt. Die Absätze 2 und 3 enthalten Missbrauchsvermutungen. Abs. 2 behandelt die Bedingungen für den Zugang zu Einrichtungen, die die Wettbewerber auf dem Markt für das Anbieten von Leistungen benötigen. Bei diesem Zugang sind die einzelnen Bedingungen, die der Zugangsinhaber an den Tag legt, besonders zu beachten. Diesbezüglich darf es durch den Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht nicht zu einer Diskriminierung zwischen „intern und extern“ kommen, d. h. er darf den Zugang nicht für sich selbst und mit ihm verbundene Unternehmen in anderer Form und zu anderen Bedingungen gewähren als dies anderen Wettbewerbern ermöglicht wird. Allerdings besteht auch die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung einer derartigen Ungleichbehandlung, welche im Einzelfall dargelegt und analysiert werden müsste. Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hat im Falle des Vorliegens unterschiedlicher Bedingungen für den Zugang die Nichtdiskriminierung durch sachliche Rechtfertigung ungünstigerer Bedingungen zu beweisen.

Damit sind die sektorspezifischen Regelungen hinsichtlich des 3-Phasen-Verfahrens zur ex-ante Regulierung dem österreichischen Recht gleich, die Missbrauchsregelung entspricht in den beschriebenen Missbrauchstypen inhaltlich dem allgemeinen deutschen Wettbewerbsrecht. Lediglich die Missbrauchsvermutung für diskriminierende Behandlungen beim Zugang zu wesentlichen Leistungen für Mitbewerber ist eine Regelung ohne rechtliches Pendant in einem anderen Bereich. Diese entwickelte sich aus der Wichtigkeit des Netzzuganges für die Anbieter im Telekommunikations- und auch im Rundfunkbereich.

C. Großbritannien

Grundsätzlich beruhte in Großbritannien das Wettbewerbsrecht nicht auf dem Verbotsprinzip, sondern vielmehr auf dem Missbrauchsprinzip, wonach ein Monopol nicht bereits per se ein Problem war, es aber auf die Beeinträchtigung von öffentlichen Interessen ankam. Der

Competition Act von 1998 brachte allerdings diesbezüglich einen Wechsel, es wurde das Verbotprinzip im Kartellrecht eingeführt. Dabei wurde inhaltlich der Missbrauchstatbestand des Art. 82 EGV (nunmehr Art. 102 AEUV) weitgehend übernommen und das Kartellrecht somit an die europäischen Vorgaben angepasst. Nunmehr kommt es daher nicht auf den „public interest“ an, sondern es geht um die Beeinträchtigung des Wettbewerbes an sich. In derartigen Fällen sind Monopole zu kontrollieren und ihr Handeln zu reglementieren um den Wettbewerb vor ihrem Einfluss zu schützen.¹⁹²

Sec 18 (1) CA enthält sozusagen den britischen Missbrauchstatbestand. Diese Bestimmung verbietet den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen. Genau wie der damalige Art. 82 EGV ist auch eine gemeinsame Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmen hier erfasst. Wesentliche Voraussetzung ist auch hier die Beeinträchtigung des Handels, und zwar wird in Anlehnung an die europarechtliche Regelung wortwörtlich die Formulierung übernommen: „die Beeinträchtigung des Handels im Vereinigten Königreich oder einem Teil desselben.“ Nicht zu finden, ebenso wie auch in Art. 102 AEUV, ist eine Definition des Begriffes der Marktbeherrschung für die Feststellung dieser Qualifikation bei Unternehmen. Auch die in anderen nationalen Kartellrechtsordnungen häufig zu findenden Vermutungen für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens, kennt das britische Kartellrecht nicht.¹⁹³ Um dem Begriff dennoch eine für die Praxis notwendige näher definierte Gestalt zu verleihen, sind auch in Großbritannien bestimmte Merkmale herausgearbeitet worden, an denen es sich bei der Qualifikation als marktbeherrschend oder eben nicht zu orientieren gilt. Diese sind beispielsweise Marktzutrittschranken, der Konzentrationsgrad und –trend sowie das Preisverhalten eines Unternehmens.¹⁹⁴

Sec 18 (2) CA enthält eine beispielhafte Anführung von verschiedenen missbräuchlichen Verhaltensweisen und ist diesbezüglich mit Art. 102 AEUV identisch.¹⁹⁵ Auch hier handelt es sich um keine abschließende Aufzählung, sondern lediglich um die Auflistung der wichtigsten Fälle, welche unter anderem zur Orientierung für die Einstufung anderer Verhaltensweisen dienen.

¹⁹² Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: eine interdisziplinäre Einführung⁷ (2001) 190.

¹⁹³ Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: eine interdisziplinäre Einführung⁷ (2001) 191.

¹⁹⁴ Schader, Staatliche Steuerungsfähigkeit unter den Bedingungen der Globalisierung (2006) 255.

¹⁹⁵ MacIntyre, Business Law² (2004) 778.

Grundsätzlich kann man im britischen Wettbewerbsrecht sehen, dass das Missbrauchsverbot inhaltlich der europäischen Gesetzeslage stark angepasst ist und dieses offenbar eine Vorlage für Großbritannien darstellte.

Das britische sektorspezifische Recht für Telekommunikation wird durch den Communications Act 2003 geregelt. Auch hier fällt der Bereich Rundfunk ebenfalls unter dieses Gesetz. Dieser Umstand lässt sich einerseits aus den Regelungen selbst erkennen, die namentlich auch Fernsehen und Radio regeln, andererseits aus der Begriffsbestimmung am Beginn des Communications Act 2003.

In sec 78 ff des Communications Act 2003 findet sich ein ähnlich strukturiertes Regelungswerk wie dies in den sektorspezifischen Bereichen Telekommunikation und Rundfunk in Österreich und Deutschland der Fall ist. Es wird zunächst auch von einer beträchtlichen Marktmacht gesprochen, auf die es für den Normadressaten ankommt. Anschließend wird die Marktabgrenzung behandelt und im Grunde genommen das 3-Stufen System, das wie bereits gesehen auch in anderen Rechtsordnungen existiert, beibehalten. Es ist der Markt zunächst abzugrenzen und in der Folge zu untersuchen. Existiert ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem abgegrenzten Markt, so können diesem bestimmte Bedingungen auferlegt werden, unter anderem bezüglich des erforderlichen Zuganges zu wesentlichen Einrichtungen wie den Sendernetzen.

D. Frankreich

Die kartellrechtlichen Vorschriften finden sich im Rahmen der französischen Rechtsordnung im sogenannten Code de Commerce. Missbräuchliche Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens werden darin ebenso behandelt wie kartellrechtliche Vereinbarungen und Absprachen. Erstere sind in Art. L 420-2 des Code de Commerce festgelegt. Diese Bestimmung verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung oder der wirtschaftlichen Abhängigkeit anderer Wirtschaftsteilnehmer auf dem inländischen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben. Es werden explizit verschiedene Verhaltensweisen angeführt, welche bereits aus anderen Rechtsordnungen bekannt sind und von dem Grundkonzept, das dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot zugrunde liegt, nicht abweichen. Es sind dies Lieferverweigerung, Koppelungsgeschäfte, diskriminierende Einkaufs- oder Verkaufsbedingungen, der Abbruch oder die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen. Wesentlich ist aber auch im französischen

Kartellrecht, dass es sich um kein per se Verbot dieser Verhaltensweisen handelt, sondern vielmehr die Auswirkungen dieser ausschlaggebend sind. Die Verhaltensweisen sind nur dann als missbräuchlich und damit verboten im Sinne dieser Regelung einzustufen, wenn durch sie der Wettbewerb in seiner Wirksamkeit beeinträchtigt wird.

Auch die Preisdiskriminierung ist als Missbrauch von Marktmacht zu sehen und damit nach Art. L 420-2 Code de Commerce verboten. Art. L 420-4 des Code de Commerce enthält Rechtfertigungsgründe für die als missbräuchlich eingestuften Verhaltensweisen des Art. L 420-2 Code de Commerce. Darin ist eine starke Lockerung des Code de Commerce gegenüber der älteren Rechtslage in Frankreich zu sehen. Dieselben Überlegungen wie für Koppelungsgeschäfte gelten im Ergebnis auch für die nicht ausdrücklich gesetzlich erwähnten Ausschließlichkeitsbindungen. Sie gelten dann nicht als missbräuchlich von einem marktbeherrschenden Unternehmen wenn sie den wirksamen Wettbewerb in Grossbritannien nicht beeinträchtigen oder einer der gesetzlichen Rechtfertigungsgründe vorliegt.¹⁹⁶

Die sektorspezifischen Regelungen für Telekommunikation und Rundfunk finden sich im diesbezüglichen französischen Gesetz, dem Code des postes et communications électroniques, ähnlich inhaltlich aufgebaut wie die anderen nationalen sektorspezifischen Gesetze. Im Unterschied zu anderen Ländern sind die Kommunikationsdienste in einem Gesetz mit den Postdienstleistungen zusammengefasst. Auch hier findet sich eine umfassende Begriffsbestimmung für die Kommunikationsdienste, sowie ein Abschnitt, der die Vorschriften für Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht in der elektronischen Kommunikation beinhaltet. Auch die französische Rechtslage orientiert sich an den europäischen Vorgaben und sieht eine Abgrenzung des Marktes, eine anschließende Analyse des Wettbewerbes auf diesem vor und die Möglichkeit der Auferlegung von Maßnahmen für die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht. Art. D301 ff des Code des postes et des communications électroniques behandeln diese Vorgehensweise detailliert und beleuchten die Maßnahmen, die möglicherweise aufzuerlegen sind.¹⁹⁷

Zusammenfassend kann nach einem Blick auf die verschiedenen Rechtslagen in den Mitgliedstaaten gesagt werden, dass die hier beleuchteten Mitgliedstaaten auf sehr ähnliche Art und Weise die Vorgaben von europäischer Seite umgesetzt haben. Sowohl im allgemeinen

¹⁹⁶ Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: eine interdisziplinäre Einführung⁷ (2001) 201ff.

¹⁹⁷http://translate.googleusercontent.com/translate_c?hl=de&sl=fr&u=http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do%3FcidTexte%3DLEGITEXT000006070987%26dateTexte%3D20080505&prev=/search%3Fq%3Dcode%2Bdes%2Bpostes%2Bet%26hl%3Dde%26rlz%3D1G1SVEA_DEAT410%26prmd%3Ddivns&rurl=translate.google.at&twu=1&usq=ALkJrh_BXf6FGmiHTXEJyYFBp3CcIj0Eg, 29.4.2011.

Wettbewerbsrecht als auch im Telekommunikations- und Rundfunkrecht sind Übereinstimmungen teilweise sogar in der Wortwahl gegenüber dem europäischen Recht zu erkennen. Kleine nationale Veränderungen wie beispielsweise die Vermutungen für Marktbeherrschung und Missbrauch durchbrechen dennoch das Grundkonzept in seiner Einheit nicht.

§5 Monopolstellungen in Europa

I. Telekommunikation

Als grösstes europäisches Unternehmen im Bereich der Telekommunikation kann jedenfalls die Deutsche Telekom als ein marktbeherrschender Unternehmer in Deutschland gesehen werden. Dies hat auch der Europäische Gerichtshof 2003 festgestellt und zuletzt auch 2010 bestätigt in der Rechtssache C-280/08 P.¹⁹⁸ Auch für die Telekom Austria wurde bereits in verschiedenen Quellen und Entscheidungen deren marktbeherrschende Stellung auf dem österreichischen Telekommunikationsmarkt festgestellt. Die gilt sowohl für den Markt für Zugangsleistungen als auch für den nachgelagerten Endkundenmarkt und bezieht sich freilich nur auf Festnetztelefonie und Internetleistungen, da die Telekom Austria in der Mobiltelefonie kein herrschender Anbieter ist.

Als ebenfalls sehr grosser Telekommunikationsanbieter und damit Marktbeherrscher im eigenen nationalen Gebiet ist die France Telecom einzustufen, welche bereits vom Europäischen Gerichtshof klar als Marktbeherrscher eingestuft wurde. Als im europäischen Vergleich ebenfalls einer der grössten Anbieter von Festnetztelefonieleistungen ist die British Telecom mit einem Marktanteil von etwa 50 % rechtlich im Einzelfall wohl ebenso als marktbeherrschendes Unternehmen in Großbritannien zu qualifizieren.¹⁹⁹

In Italien ist der grösste Festnetztelefoniebetreiber Telecom Italia und hinsichtlich ihrer Grösse und Wirtschaftsmacht auf diesem Gebiet ebenso wie bei den Internetdiensten als Marktbeherrscher in individuellen Fällen zu vermuten. Der Mobilfunkanbieter TIM gehört wirtschaftlich ebenfalls zur Telecom Italia, wodurch sie auch eine durchaus mächtige Position in der Mobiltelefonie hat. Dieser Umstand unterscheidet die Telecom Italia von anderen marktmächtigen Telekommunikationsunternehmen, die bisher hier untersucht wurden. Die Struktur in der Mobiltelefonie ist generell von der Verteilung der Marktanteile und in der

¹⁹⁸ <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/0,1518,723128,00.html>, 2.5.2011.

¹⁹⁹ <http://www.wirtschaftsblatt.at/home/boerse/binternational/british-telecom-steigerte-gewinn-trotz-umsatzrueckgangs-457588/index.do>, 15.4.2011.

Folge auch der Marktmacht wesentlich gedrängter und es finden sich keine zahlreichen europäischen Marktbeherrscher, wie dies in der Festnetztelefonie der Fall ist.

Zu den weltweit führenden Telekommunikationsunternehmen zählt auch die spanische Telefonica. Aufgrund der hohen Anzahl an Kunden und der intensiven Netzverbreitung kann das Unternehmen in Spanien und Portugal als marktführend bezeichnet werden. Es handelt sich dabei nicht nur um einen Anbieter von Festnetztelefonie und Internet (häufig werden Pakete bestehend aus diesen beiden Segmenten angeboten), sondern auch in der Mobiltelefonie ist die spanische Telefonica vertreten. Auch über die Grenzen von Spanien und Portugal hinaus ist die Telefonica in Lateinamerika mit ihren Telekommunikationsdienstleistungen präsent.²⁰⁰

II. Rundfunk

Wirft man einen Blick auf die Struktur der Rundfunkmärkte in der Praxis in den verschiedenen Ländern Europas, so kann man erkennen, dass sich häufig die ehemaligen Monopole zu nunmehrigen Marktbeherrschern umgewandelt haben. Aufgrund ihrer ehemaligen Stärke ist den Unternehmen, die einst alleine auf dem relevanten Markt waren, nach einer relativ kurzen Zeit des Auftretens von Konkurrenz auf dem Markt, noch immer eine wirtschaftliche Stärke zuzuordnen, da sich die Konkurrenz viele jener Elemente, die der Marktbeherrscher immer schon hatte, erst langsam erarbeiten muss.

In Österreich war der ORF als eines der letzten Rundfunkmonopole Europas immer der eindeutig stärkste Rundfunkanbieter und hat diese Stellung bis heute trotz Öffnung des Marktes für private Anbieter beibehalten. Auch wenn im Radiobereich der Marktanteil in den letzten Jahren gegenüber privaten Sendern geringfügig zurückgegangen ist, liegen die ORF-Radiosender mit über 70% Prozent immer noch in klar führender Position auf dem Radiomarkt. Bei einem derart hohen Marktanteil ist dieser Faktor für die Einordnung als in marktbeherrschender Position ausreichend und können andere Kriterien lediglich die marktführende Stellung noch verstärken.²⁰¹ Im Fernsehbereich sind die beiden ORF-Programme, ORF 1 und ORF 2 mit knapp 40% an Zuschaueranteil gemessen an der Zeit, die die Zuschauer das Fernsehprogramm dieser beiden Sender ansehen, alleine durch diese Prozentzahl an Marktanteil der klare Marktführer im Rundfunkbereich in Österreich. Nach der Liberalisierung haben sich die neuen auf dem Rundfunkmarkt aufgetretenen Sender zwar schon durchaus etabliert, können aber mit dem starken öffentlich-rechtlichen Österreichischen

²⁰⁰ <http://www.finanzen.net/nachricht/aktien/Vontobel-Kolumne-Telefonica-Wachstum-und-Investitionen-sorgen-fuer-gute-Stimmung-1081273>, 2.5.2011.

²⁰¹ http://mediaresearch.orf.at/c_radio/console/data/d_1_2_1.htm, 4.5.2011.

Rundfunk nicht mithalten. Neben dem österreichischen Privatsender ATV sind hauptsächlich deutsche Sender die Konkurrenz für den ORF beim Fernsehangebot für die österreichischen Zuseher.²⁰²

In Deutschland erreicht die ProSiebenSat1 Media AG einen Marktanteil von knapp 30 % im deutschen Fernsehen und ist damit marktführender Anbieter.²⁰³ Ob im Einzelfall eine marktbeherrschende Stellung vorliegt hängt den obigen Erläuterungen folgend von weiteren Faktoren ab. Zu berücksichtigen ist jedenfalls, dass in diesem Bereich eine Abhängigkeit anderer Wirtschaftsteilnehmer und die Unabhängigkeit der Media AG nur schwer vorstellbar sind. Zudem existiert mit der RTL Group ein zweiter grosser Fernsehkonzern in Deutschland, welcher eine durchaus starke Konkurrenz zu der ProSiebenSat1 Media AG darstellt. Interessantes Detail bei der Betrachtung der deutschen Rundfunklandschaft ist, dass die Marktführer im Fernsbereich private Anbieter sind und die öffentlich-rechtlichen Sender sich in keiner marktführenden Position befinden. Darin ist auch der Grund dafür zu sehen, dass diese Sender mehr Werbezeit in ihr Programm eingefügt haben, da sie sich eben nicht durch öffentliche Gebühren finanzieren, sondern durch ihre private Organisationsstruktur bezüglich der Finanzierung von ihren Werbeeinnahmen abhängig sind.

Die Marktstruktur im Hörfunk in Deutschland stellt sich vor allem dahingehend dar, dass der bundesweite Hörfunk sich kaum bedeutend entwickeln konnte und daher das Radioangebot weitgehend regional organisiert ist. Auch konnten hier die privaten Anbieter sich nicht im gleichen Umfang etablieren wie ihnen dies beim Fernsehangebot gelungen ist.²⁰⁴

In Frankreich haben sich seit der Liberalisierung die privaten Fernsehsender stark entwickelt. Nur noch wenige Sender sind in öffentlichem Eigentum. Der marktstärkste französische Fernsehsender ist TF1, welcher zunächst in staatlichem Eigentum stand und anschließend einer Privatisierung zugeführt wurde. Er ist als wichtigster französischer Fernsehsender mit einem Marktanteil von knapp 40 % Marktführer in Frankreich. Gemeinsam erlangen die beiden öffentlichen französischen Fernsehsender France 2 und France 3 allerdings auch etwa einen Marktanteil von 40 %, weshalb die eindeutig marktbeherrschende Stellung hier nicht unbedingt gegeben ist. Es ist auch in diesem Fall nötig die einzelnen relevanten Kriterien zu untersuchen.²⁰⁵

²⁰² http://mediaresearch.orf.at/index2.htm?fernsehen/fernsehen_ma.htm, 4.5.2011.

²⁰³ <http://www.ptext.de/nachrichten/prosiebensat1-tv-deutschland-marktanteile-maerz-2011-164294>, 13.5.2011.

²⁰⁴ Heinrich, Medienökonomie: Hörfunk und Fernsehen (1999) 382ff.

²⁰⁵ <http://www.frankreich-sued.de/generale-server/fernsehen.htm>, 3.5.2011.

Starker Wettbewerb besteht auf dem französischen Hörfunkmarkt. Neben der französischen Radio RTL Gruppe liegen auch Radio France und die NRJ Group bei etwa 20 % an Marktanteil. Damit ist hier kein eindeutiger Marktführer erkennbar und es besteht im Sinne der Analysetechnik von Märkten wirksamer Wettbewerb.²⁰⁶

Ein Paradebeispiel für einen trotz Liberalisierung und damit einhergehend auftretender starker privater Konkurrenz klar marktführenden Rundfunksender ist die BBC in Grossbritannien. BBC ist der einzige Sender in Grossbritannien, dem die Rundfunkgebühren, die von staatlicher Seite eingehoben werden zu gute kommen. Betreffend den Hörfunk ist die BBC als Radiosender mit einem Marktanteil von über 50% nicht nur eindeutiger Marktführer, sondern auch nach der Analyse der Bedeutung der Marktanteile für die Qualifikation als marktbeherrschendes Unternehmen als Marktbeherrscher auf dem englischen Hörfunkmarkt zu sehen. Im Fernsehbereich liegt der Marktanteil der BBC zwar nicht so hoch wie beim Hörfunk, allerdings ist auch unter den britischen Fernsehsendern die BBC mit etwa 35% Marktführer. Auch wenn damit noch nicht eindeutig eine marktbeherrschende Stellung unter den Fernsehsendern gegeben ist, so ist doch damit Anlass für die Untersuchung der anderen relevanten Faktoren gegeben. Dabei ist jedenfalls der starke Einfluss der BBC auch durch ihre internationale Tätigkeit und die damit weitläufigen Sendemöglichkeiten zu berücksichtigen.²⁰⁷

In Italien stellt sich die Fernsehlandschaft relativ klar dar. Marktführer im kommerziellen Fernsehangebot ist eindeutig MediaSet, welche 3 italienische Fernsehsender organisatorisch unter ihrem Dach vereint. Gemeinsam mit der öffentlichen Fernsehanstalt RAI hat sich dadurch in Italien eine duopolistische Wettbewerbsstruktur auf dem Fernsehmarkt entwickelt. Diese beiden Fernsehanstalten kontrollieren den italienischen Fernsehmarkt mit einem gemeinsamen Marktanteil von etwa 90%, womit kaum Platz für andere Anbieter auf dem Markt verbleibt. Von einem staatlich unabhängigen Anbieter kann man freilich im Ergebnis bei MediaSet zum momentanen Zeitpunkt nur bedingt sprechen, da diese sich wirtschaftlich betrachtet in der Hand des Regierungsoberhauptes befindet. Nachdem diese Duopolstruktur allerdings keinem von beiden Rundfunkanbietern eine Führungsposition verleiht, existiert kein marktbeherrschender Unternehmer in diesem Sinne auf dem italienischen Fernsehmarkt, da keiner der beiden Fernsehsender eine beherrschende Position aufgrund der Verteilung der Marktanteile erlangen kann. Betrachtet man die anderen Faktoren, die ebenfalls eine führende

²⁰⁶https://backstage.rtlgroup.com/public/htm/ge/Dailynews_FS.aspx?id=dailynews_2CA3C6404ADD42FEA9E4C1A0A1044C17&newsdate=20072007, 8.5.2011.

²⁰⁷http://diepresse.com/home/kultur/medien/290128/Grossbritannien_BBC_Das-Vorbild-erfindet-sich-neu?from=suche.extern.google.at, 28.4.2011.

Stellung auf dem Markt ausmachen können, so kann sich diese Situation theoretisch aber dennoch zu einem Rundfunkmarkt mit einem den Markt beherrschenden Unternehmen entwickeln.²⁰⁸

In der Hörfunklandschaft in Italien sieht die Situation deutlich anders aus. Es gibt keinen Marktbeherrscher und eine Vielzahl von starken Wettbewerbern. Zwar ist Rai Radiouno Marktführer betreffend den Anteil an Zuhörern, allerdings erreicht weder der Marktanteil prozentuell eine Höhe, die auf eine potentielle marktbeherrschende Position schließen lassen könnte, noch gibt es andere Faktoren, die dies indizieren würden.

Der spanische Fernsehmarkt lässt bei Betrachtung der Marktanteile wohl keinen marktbeherrschenden Anbieter erkennen. Zwischen 5% und knapp 20% Marktanteil befinden sich mehrere spanische Sender, öffentlicher und privater Organisationsnatur. Den Markt anführend präsentiert sich der öffentliche Fernsehsender La Primera, der damit vor dem privaten Sender Telecinco liegt. Telecinco gehört interessanterweise hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse der italienischen MediaSet Gruppe an, die damit auch in der spanischen Fernsehlandschaft eine nicht zu vernachlässigende Rolle spielt.²⁰⁹ Auch wenn es theoretisch möglich ist mit einem Marktanteil von unter 20% Marktbeherrscher auf dem relevanten Markt zu sein, so ist es doch ohne dem Auftreten besonders außergewöhnlicher Umstände äußerst unwahrscheinlich.

Die spanische Organisation AIMC ermittelt die Marktanteile im Rahmen einer Medienanalyse. Dabei ergibt sich für den Radiomarkt in Spanien als Ausgangspunkt ein dualistisches System zwischen öffentlichen und privaten Radiosendern nebeneinander. Die öffentlichen Sender des Radio Nacional de Espana (RNE) sind zahlenmäßig mit 5 zwar keine geringe Zahl, haben aber keine besonders hohen Marktanteile bei den Zuhörerzeiten. In Spanien muss vor allem zwischen den Musiksendern und jenen Radiosendern mit fast ausschließlichem Wortanteil unterschieden werden. Eine Einteilung, die für österreichische Radiohörer weitgehend ungewohnt ist. Da diese sogenannten Generalistenradios sehr beliebt sind, ist auch der klar marktführende Radiosender Cadena SER mit einem Marktanteil von knapp 40% ein solcher. Hier ist eine Marktbeherrschung durchaus in Betracht zu ziehen und im Einzelfall alle relevanten Faktoren zu untersuchen.²¹⁰

²⁰⁸ <http://www.mediadb.eu/datenbanken/internationale-medienkonzerne/mediaset-spa.html>, 29.4.2011.

²⁰⁹ <http://mavise.obs.coe.int/country?id=12>, 2.5.2011.

²¹⁰ http://www.mediastudies-wel.com/mamaku/_sites/spanien.htm#radio, 29.4.2011.

§6 Der Verbraucher im Lichte des Artikel 102 AEUV

I. Der Verbraucher

Stellt man sich die Frage des Schutzbereiches der Vorschrift des Art. 102 AEUV, so ist dabei mitunter auch der Verbraucher zu untersuchen. Neben den Wettbewerbern, die vor dem missbräuchlichen Einfluss eines marktbeherrschenden Unternehmens geschützt werden sollen, wirkt sich geringerer Wettbewerb auch zum Nachteil der Kunden aus. Hat ein Unternehmen kaum Konkurrenz auf dem Markt, so kann er die Bedingungen für die Abnehmer vermehrt nach seinen eigenen Vorstellungen gestalten und dies im Ergebnis meist zum Nachteil der Kunden. Darum sind in diesem Zusammenhang auch die Nachteile zu beleuchten, die sich für die Verbraucher aus dem Missbrauch einer Monopolstellung ergeben können.

Bevor man sich Gedanken über die Schutzwürdigkeit und Schutzfähigkeit bzw. deren Umfang macht, muss zunächst abgeklärt werden, wer überhaupt genau dabei zu schützen ist. Dazu ist der Begriff des Verbrauchers abzuklären. Eine vollkommen einheitliche Definition lässt sich in europäischen Quellen nicht finden. Dies macht die begriffliche Abgrenzung naturgemäß schwerer, da der Begriff aus vielerlei Rechtsquellen, die mitunter auch unterschiedlichen Inhalts sein können, hergeleitet und vom Rechtsanwender zusammengesetzt werden muss. Diese unterschiedlichen europäischen Rechtsquellen sind vorwiegend Richtlinien. Von Vorteil ist jedoch, dass diese Definitionen des Verbrauchers in den wesentlichen Punkten miteinander übereinstimmen und kaum voneinander abweichen. Damit ist die Begriffsbestimmung im Einzelfall eine nicht unbedingt komplexe Aufgabe.²¹¹ Die wesentlichen Elemente finden sich übereinstimmend beispielsweise in den Richtlinien über den Verbraucherkredit, den Haustürwiderruf und über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Es sind dies der Umstand, dass es sich um eine natürliche Person handelt, welche ein Geschäft tätigt. Bei dieser Tätigkeit darf es sich nicht um eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit der natürlichen Person handeln. Man wird in der Praxis meist von privaten Zwecken sprechen können. Die Zwecke ihrer Tätigkeit, die die Person als Verbraucher ausschließen, werden in anderen Richtlinien auch erweitert auf beispielsweise geschäftliche oder handwerkliche Tätigkeit. Jedenfalls ist wesentlich in diesem Zusammenhang, dass es sich beim Verbraucher um eine natürliche und keine juristische

²¹¹ *Ultsch*, Der einheitliche Verbraucherbegriff (2006) 65.

Person handelt und diese Person zu persönlichen Zwecken tätig wird und nicht zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken.

Dass der Verbraucherschutz unabhängig von den Interessen der Konkurrenten in wettbewerbsrechtlichen Belangen zu sehen ist und damit als eigener Aspekt des Gesetzeszweckes der Missbrauchsbestimmung gilt wurde bereits durch den Europäischen Gerichtshof festgestellt. Im hinsichtlich des Aspektes der Warenverkehrsfreiheit berühmten europäischen Fall Cassis de Dijon werden als Rechtfertigungsgründe für Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit „wesentliche Garantien des lautereren Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes“ herausgearbeitet.²¹² In diesen Formulierungen kann man erkennen, dass die Lauterkeit, in welcher das korrekte und faire Verhalten der Wettbewerber untereinander zu lesen ist, getrennt erwähnt wird von der Bezeichnung Verbraucherschutz, welcher wohl ohne weitere Interpretation seinem Wortlaut nach zu verstehen ist.²¹³ Durch diese Trennung von Rechtfertigungsmöglichkeiten und damit auch Schutzzwecken wird es bei der Beurteilung der potentiell verpönten Verhaltensweisen bereits erforderlich sein den Schutzzweck für die Einordnung der sachlichen Rechtfertigung des gewählten Verhaltens mit einzubeziehen.

In der neueren Judikatur auf europäischer Ebene bestehen generell Tendenzen eine Maßnahme bzw. eine Verhaltensweise nicht von ihrem Inhalt her als erlaubt oder verpönt anzusehen, sondern ihre Auswirkungen zu betrachten und in die Beurteilung ausschlaggebend einfließen zu lassen.²¹⁴ Man spricht dabei mit einem Fachwort vom sogenannten „effect-based approach“ in der Rechtsprechung. Dass das Wettbewerbsrecht und hier im Besonderen auch Art. 102 AEUV den Auswirkungen Bedeutung zumessen kann man bereits aus dem Gesetzestext herauslesen durch das Erfordernis der spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.

Der frühere Art. 153 EGV, nunmehr Art. 169 AEUV, beschreibt was genau unter dem Begriff „Verbraucherschutz“ zu verstehen ist. Der Vertrag nennt darunter den Schutz der Gesundheit, Schutz der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher. Ausserdem wird die Förderung des Rechtes auf Information der Verbraucher genannt. Im Falle der Wahrung von Verbraucherschutzinteressen im Rahmen des Missbrauchsverbotes des Wettbewerbsrechts wird es sich wohl um wirtschaftliche Interessen handeln, da der Verbraucher weitgehend vor finanziellen Nachteilen geschützt werden soll, welche durch das

²¹² EuGH 20.2.1979, Rs 120/78, Cassis de Dijon.

²¹³ *Beater*, Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht (2000) 58ff.

²¹⁴ *Beater*, Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht (2000) 66ff.

Ausnützen des Wettbewerbes durch den marktmächtigen Unternehmer entstehen. An der eigenen Bestimmung zur Konkretisierung des Verbraucherschutzes und der darin angeführten Erlaubnis für die Ergreifung von Maßnahmen zur Sicherung dieses Zweckes kann man erkennen, dass der Verbraucherschutz eine von europäischer Seite als wichtig betrachtete Aufgabe ist, worin ein weiterer Hinweis darauf liegt, dass er auch im europäischen Wettbewerbsrecht durchaus zu beachten ist.

Der Verbraucherschutz war nicht in allen Rechtsordnungen im Wettbewerbsrecht von Anfang an ein Thema, das als Schutzzweck Beachtung fand. So war das deutsche Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) bei seinem Inkrafttreten ausdrücklich als ein Gesetz zum Schutz der Gewerbetreibenden deklariert und der Verbraucher explizit vom Schutz durch dieses Gesetz ausgeschlossen. Diese Einstellung änderte sich aber im Laufe der Zeit und so legte die Rechtsprechung das deutsche Wettbewerbsrecht vermehrt auch zum Schutze des Kundenkreises, des Verbrauchers, aus. Nachdem der Stellenwert und die Anerkennung des Verbraucherschutzes als gesetzlicher Schutzzweck in den europäischen Ländern stieg, wurde die Diskussion im europäischen Raum angeregt, inwiefern es Verbraucherverbänden gestattet sei bzw. gestattet wird, mögliche Ansprüche durch Klage geltend zu machen. Soweit Verbraucherverbände damit die Möglichkeit erhielten gegen Wettbewerbsverstöße auf Unterlassung zu klagen, wurde der Verbraucherschutz als Schutzzweck und Ziel des Wettbewerbsrechtes ebenso anerkannt wie dies für den Schutz der Mitbewerber, Konkurrenten und Geschäftspartnern galt.²¹⁵ Mittlerweile hat der Verbraucherschutz nicht nur durch Auslegung, sondern sogar durch explizite Erwähnung im Wortlaut des Gesetzes Eingang in das deutsche Gesetz zum Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb erlangt. In § 1 des deutschen UWG wird der Schutz der Verbraucherinteressen dem Schutz der Konkurrenten im Wettbewerb zur Seite gestellt. Diese verstärkte Berücksichtigung der Verbraucherinteressen hat sich unter anderem durch den zunehmenden Einfluss des europäischen Verbraucherleitbildes ergeben.²¹⁶

Während der Begriff des Verbrauchers an sich an verschiedenen Stellen in Rechtsquellen beschrieben wird, hat sich das Verbraucherleitbild weitgehend durch die Rechtsprechung entwickelt. Das Verbraucherleitbild ist für den Grad des Schutzes, der den Verbrauchern von Gesetzes wegen zukommt relevant. Darin wird festgelegt inwieweit der Verbraucher grundsätzlich zu schützen ist. Wenn ein Verbraucher eher als „unmündig“ angesehen wird, ist

²¹⁵ *Neuberger*, Der wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch im europäischen Rechtsvergleich (2006) 7f.

²¹⁶ *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb (2007) 220f.

er schutzwürdiger als ein Verbraucher, der als „mündig“ gilt.²¹⁷ Je weniger sich der Verbraucher nach diesen Gegebenheiten selbst zu schützen in der Lage ist, desto mehr Schutz muss er von öffentlicher Seite erfahren. Geschützt werden soll im Rahmen des für die Entwicklung des Verbraucherschutzes wichtigen Verbraucherleitbildes der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher. Dabei ist jedes Merkmal dieser Definition als im durchschnittlichen Ausmaß erforderlich zu interpretieren.²¹⁸ Es möge also jenem Verbraucher Schutz zukommen, der ein Ausmaß an Aufmerksamkeit und Verständigkeit an den Tag legt, das durchaus von ihm verlangt werden kann, daher im durchschnittlichen Ausmaß. Man kann allerdings keine Rücksicht auf jene Verbraucher nehmen, die besonders unaufmerksam sind und deren „Unverständnis“ nicht vorherzusehen ist.

Im Zusammenhang mit der Behandlung der Frage, ob die Interessen der Verbraucher im Wettbewerb geschützt werden sollen, stellt sich auch die weitere Frage, inwieweit diese Schutzmöglichkeiten sich auf die Verbraucherinteressen allgemein beschränken und damit nur Verbänden generelle Klagen zustehen oder aber die Verbraucher individuell ihre Ansprüche bei Wettbewerbsverstößen geltend machen können.²¹⁹ In der Literatur wird dieser rechtliche Weg des Verbrauchers auch als sogenanntes „private enforcement“ bezeichnet, da der Konsument damit seine privaten Interessen verfolgt und hier nicht von einem Schutzzweck, der die Allgemeinheit betrifft gesprochen werden kann. Freilich bleibt die erfolgreiche Unterlassungsklage eines Verbrauchers für die anderen Endabnehmer auch nicht gänzlich ohne Wirkungen.

II. Der Verbraucher in Art. 102 AEUV

Dass der Verbraucher wie im europäischen Wettbewerbsrecht generell auch im Bereich des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aufgrund des für ihn entstehenden wirtschaftlichen Nachteils durch die Ausübung missbräuchlicher Verhaltensweisen zu schützen ist, ist nicht nur durch allgemeine Ausführungen zum Verbraucherschutz als Schutzzweck des europäischen Wettbewerbsrechts eindeutig, sondern auch gesetzlich im Wortlaut des Art. 102 AEUV bestätigt. Lit b der gegenständlichen Vorschrift erwähnt eine missbräuchliche Verhaltensweise zum Schaden der Verbraucher.

²¹⁷ Kunz, Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union (2010) 28ff.

²¹⁸ Metz, Verbraucherschützende Informationspflichten in der Werbung (2008) 116.

²¹⁹ Obermair, Der Schutz des Verbrauchers vor unlauterer Werbung in Deutschland und Großbritannien (2004) 30ff.

Produktionseinschränkungen sind nur tatbestandsmäßig wenn sie zum Schaden der Verbraucher erfolgen. Damit ist die Relevanz des Verbraucherschutzes in dieser Bestimmung ausdrücklich dargelegt und anerkannt. Nützt der Marktbeherrscher seine Stellung zum wirtschaftlichen Nachteil seiner Mitbewerber aus, so kann darin meist auch zusätzlich ein Nachteil für die Endkunden liegen. Der Marktbeherrscher könnte zum Beispiel zunächst die anderen Wettbewerber durch missbräuchliche Praktiken vom Markt verdrängen und im Anschluss die wirtschaftlichen Bedingungen für die Verbraucher nach seinen Vorstellungen gestalten. Mangels Wahlmöglichkeiten hat der Verbraucher diese Bedingungen anzunehmen da er das gewünschte Produkt nur vom Marktbeherrscher erwerben kann.

III. Die Möglichkeit eines Private Enforcement

Der Schadenersatz im Kartellrecht, das Kartelldeliktsrecht wenn man so will, ist eine juristische Frage, die in der letzten Zeit erheblich an Aufmerksamkeit für sich gewinnen konnte. Die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Kartellrecht durch private Kläger vor den Zivilgerichten wird als private Kartellrechtsdurchsetzung, sogenanntes „private enforcement“, bezeichnet. Trotzdem der Verbraucher durch das Wettbewerbsrecht ebenso geschützt werden soll wie die Konkurrenten, so sind die Verbraucher dennoch als Individuen nicht mit denselben Durchsetzungsmöglichkeiten ausgestattet.

So ist es beispielsweise in Deutschland nur Verbänden gestattet die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche der Verbraucher geltend zu machen, die natürliche Person selbst dagegen kann in diesem Sinne nicht den Klageweg beschreiten. Auch für den Verwaltungsweg hat der einzelne Verbraucher in Deutschland keine Klagebefugnis. Der Grund für die Ablehnung einer derartigen Durchsetzungsmöglichkeit rechtlicher Ansprüche liegt vor allem in der Angst vor einer Flut an Verbraucherbeschwerden. Man geht davon aus, dass viele Menschen dazu geneigt wären aktiv ihre Interessen zu verfolgen und es damit zu einer Flut an Verfahren kommen würde. Dies vor allem deshalb, weil Unternehmen Situationen dieser Art wirtschaftlich betrachten und daher ihre Interessen zumeist in einer wirtschaftlich sinnvollen Art verfolgen. Privatpersonen neigen dazu persönliche und immaterielle Interessen zu entwickeln und diesen vielleicht in einer wirtschaftlich sinnvollen, vielleicht aber auch in einer wirtschaftlich weniger sinnvollen Art und Weise nachzugehen. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die Länder ihr Staatsgebiet als Wirtschaftsstandort durch eine Überhäufung von Wettbewerbsklagen bzw. wettbewerbsrechtlichen Verfahren gefährdet sehen und in der Verweigerung der Aktivlegitimation für den individuellen Verbraucher auch

ein allgemeines staatliches wirtschaftliches Interesse liegt. In anderen Mitgliedstaaten sieht dieser Aspekt der Rechtslage anders aus und diese ermöglichen den einzelnen Verbrauchern auch die Aktivlegitimation für die Geltendmachung ihrer Ansprüche, zumindest im Verwaltungswege. Vor den ordentlichen Gerichten dagegen ist auch hier die Beschränkung auf die Klage durch die Verbraucherverbände, eine sogenannte Verbandsklage, vorhanden.²²⁰ Der Verbraucher kann nicht nur direkt, sondern auch indirekt durch eine sogenannte Marktabschottung (Mitbewerber werden verdrängt, das Angebot für den Verbraucher wird minimiert) einen Schaden erleiden. Vermutet wird diesbezüglich, dass die Beeinträchtigung einer zwischengelagerten Handelsstufe auch als Beeinträchtigung des Endverbrauchers gilt.²²¹ Das Gegenstück zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht (private enforcement) ist die öffentlich-rechtliche Durchsetzung (public enforcement). Im Rahmen der Behandlung dieser Unterscheidung ist zusätzlich zu beachten, dass unter privater Rechtsdurchsetzung nicht zwingend Privatpersonen gemeint sind, es können auch juristische Personen, Verbände, Unternehmen, sogar Behörden darunter fallen.²²²

Durch die Möglichkeit von privatrechtlichen Sanktionen zusätzlich zu den als grundsätzliche Rechtsfolge für Verletzungen im Kartellrecht geltenden kartellbehördlichen Sanktionen in Form von Unterlassungsanordnungen, Pflichten und Bußgeldern, entwickelte sich in diesem Rechtsbereich ein zweigleisiges System von Sanktionen. Darin liegen natürlich zusätzliche Chancen rechtlich erfolgreich vorgehen zu können, es können sich aus diesem Umstand aber auch Schwierigkeiten ergeben. Jedenfalls ist es durch parallele Sanktionsmöglichkeiten einfacher wirksame Rechtsdurchsetzung zu erreichen. Im Ergebnis ist es daher möglich, dass sich ein Kartellrechtsverletzer nicht nur einer Sanktion für sein Verhalten gegenüber sieht, sondern gleich einer ganzen Flut von Maßnahmen gegen ihn. Dies ist unter anderem wesentlich für Fälle, in denen die Kartellbehörde untätig bleibt, was ihr durch das ihr zugestandene Ermessen möglich ist. Aufgrund der privatrechtlichen Ansprüche ist der sich missbräuchlich verhaltende Unternehmer allerdings durch so ein Vorgehen immer noch nicht auf der sicheren Seite, er kann immer noch auf dem privaten Wege in Anspruch genommen werden. Diese privaten und kartellbehördlichen Sanktionen stehen nicht im Verhältnis der Über- und Unterordnung zueinander, sondern sind grundsätzlich gleichgestellt. Lediglich aus besonderen spezialgesetzlichen Erwägungen kann sich anderes ergeben.²²³

²²⁰ Boesche, Wettbewerbsrecht² (2007) 5.

²²¹ Kaltenbrunner, Neuentwicklungen beim Behinderungsmissbrauch nach Art. 82 EGV, *ecolex* 2006/10, 834.

²²² Bernhard, Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen (2010) 16.

²²³ Alexander, Schadenersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht (2010) 300.

Eine private Rechtsdurchsetzung kann sowohl Vorteile als auch Nachteile haben und diese werden bei der Gestaltung der Gesetzeslage in den Mitgliedstaaten natürlich auch berücksichtigt. Zunächst liegt in der Möglichkeit einer privaten Rechtsdurchsetzung eine administrative Entlastung der Behörden, die für Kartellrechtsverletzungen zuständig sind. Die Kartellbehörden können sich damit auf die grösseren Fälle konzentrieren, wenn die Verbraucher die Möglichkeit haben ihre Interessen selbst geltend zu machen. Es liegt darin auch ein grosser Vorteil für die Verbraucher selbst da sie auf diesem Wege für ihren Schaden einen Ausgleich erlangen können. Schreiten dagegen die Kartellbehörden ein, so werden die Unternehmen, die einen Verstoß begangen haben, zwar bestraft, allerdings kommt es zu keiner Entschädigung für die Verbraucher.²²⁴

Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass jener Arbeitsaufwand der den Kartellbehörden abgenommen wird durch die Möglichkeit privater Rechtsdurchsetzung den Gerichten durch weitgehend juristisch komplizierte Verfahren zugeschanzt wird. Diese haben durch die von Privatpersonen angestregten Kartellverfahren einen nicht zu unterschätzenden Mehraufwand. Auch sind die „normalen“ Zivilgerichte in den meisten Fällen inhaltlich nicht annähernd so auf wettbewerbsrechtliche Fragen spezialisiert wie die dafür explizit zuständigen Kartellbehörden es sind. Daraus können sich bei der inhaltlichen Behandlung der Ansprüche auch Probleme ergeben, beispielsweise liegt ein Risiko im Bereich der Rechtsunsicherheit. Rechtsunsicherheit ist auf eine Vielzahl an aufgehobenen Entscheidungen zurückzuführen und bedeutet auch in diesem Fall am Ende wiederum einen Mehraufwand.

Betrachtet man die private Rechtsdurchsetzung im Lichte der Art. 101 und 102 AEUV, so muss man dabei zunächst beachten, dass die Ausgestaltung von zivilrechtlichen Ansprüchen von europäischer Seite den nationalen Zivilrechtsordnungen überlassen wird. Somit ist für die Beurteilung von Schadenersatzansprüchen eine Untersuchung der Rechtsgrundlagen in den nationalen Rechtsordnungen erforderlich. Unmittelbare zivilrechtliche Ansprüche sind in den Rechtsgrundlagen der Europäischen Gemeinschaft generell kaum begründet. Es werden zwar Rechte und Pflichten, Gebote und Verbote festgelegt, allerdings bleibt die zivilrechtliche Ausgestaltung der Inhalte den Mitgliedstaaten und ihren nationalen Rechtsordnungen überlassen. Es sind dabei allerdings nach den europäischen Verträgen die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zu beachten und die Mitgliedstaaten bei der Gestaltung der Ansprüche nicht gänzlich frei.

²²⁴ vgl. Diskussionspapier des deutschen Bundeskartellamtes 2005, Seite 3.

In der Entscheidung „Courage“ des Europäischen Gerichtshofes aus dem Jahre 2001 hat die europäische Rechtsprechung diese rechtliche Lage nochmals überprüft. Der Gerichtshof stellte darin fest, dass durch die europäischen Verträge eine eigene Rechtsordnung geschaffen wurde, welche neben den Mitgliedstaaten auch den Einzelnen als Subjekt von Rechten und Pflichten versteht. Es würde demnach die volle Wirksamkeit der kartellrechtlichen Bestimmungen beeinträchtigen, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könne, der ihm durch einen Verstoß gegen die kartellrechtlichen Vorschriften entstanden ist. Außerdem ist zu beachten, dass ein Schadenersatzanspruch, der auf das Gemeinschaftsrecht gestützt werden kann die Durchsetzungskraft des gesamten europäischen Wettbewerbsrecht erhöhen kann. Es handelt sich bei der hier gegenständlichen Courage-Entscheidung um eine Grundsatzentscheidung, nach der auch die Schadenersatzansprüche in den Mitgliedstaaten nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden dürfen, vielmehr sind sie grundsätzlich als zulässig zu betrachten.²²⁵ Wesentlicher Punkt in dieser Entscheidung ist vor allem, dass für die Begründung der Notwendigkeit eines einklagbaren Schadenersatzanspruches nun nicht mehr auf die Rechte Bedacht genommen wird, die das Gemeinschaftsrecht verleiht, sondern vielmehr auf die Pflichten, die das Gemeinschaftsrecht auferlegt. Mit dieser Entscheidung wurde ein Schadenersatzanspruch entwickelt, der in den entsprechenden Rechtsgrundlagen nicht ausdrücklich niedergeschrieben wurde, ein sogenannter ungeschriebener Anspruch.

Nachdem private Schadenersatzklagen aber wie bereits beschrieben auch nachteilige Auswirkungen haben können, ist mit dieser grundsätzlichen Klarstellung der Möglichkeit eines wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzanspruches das private enforcement des europäischen Wettbewerbsrechtes noch nicht ausreichend geklärt. Die Kommission hat zu diesem Zwecke ein Grünbuch über Schadenersatzklagen wegen Verletzungen des europäischen Wettbewerbsrechtes vorgelegt, in welchem mögliche Lösungsvorschläge für die inhaltliche Ausgestaltung nationaler Schadenersatzansprüche behandelt werden.²²⁶

Des Weiteren hat die Kommission in der Folge im Jahre 2008 auch ein Weißbuch für Schadenersatzklagen aufgrund von Verletzungen des europäischen Wettbewerbsrechtes hervorgebracht. Es soll durch die darin enthaltenen Vorschläge eine private Schadenersatzklage leichter gemacht werden und damit Verbrauchern und Unternehmen eine

²²⁵ EuGH 20.9.2001, Rs C-453/99, Courage.

²²⁶ vgl. Grünbuch der Europäischen Kommission 2005, Seite 3f.

Möglichkeit der wirksamen Rechtsdurchsetzung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft gegeben werden.

Die Ansprüche Privater, die aus dem Kartellrecht erwachsen, sind allerdings jedenfalls, und zwar unabhängig davon ob sie auf einem Verstoß gegen das nationale Recht oder das europäische Recht beruhen, vor den nationalen Gerichten geltend zu machen. Dieser Umstand rechtfertigt sich durch den Grundsatz der unmittelbaren Geltung des Gemeinschaftsrechts in den einzelnen Mitgliedstaaten, welcher vom EuGH in seiner Rechtsprechung entwickelt wurde.²²⁷

In Deutschland machte die private Kartellrechtsdurchsetzung eine gewisse Entwicklung durch. Bis zur 7. GWB Novelle im Jahre 2005 existierte in Deutschland ein duales System bezüglich kartelldeliktischer Ansprüche. Die Unterscheidung erfolgte danach, ob eine nationale Vorschrift oder eine gemeinschaftsrechtliche Vorschrift verletzt wurde. Wurde eine nationale kartellrechtliche Bestimmung verletzt, so ist das spezielle Kartellrecht anzuwenden, das eine diesbezügliche Vorschrift beinhaltet. Wurden dagegen die gemeinschaftsrechtlichen Kartellbestimmungen verletzt ist die allgemeine Schadenersatzbestimmung nach § 823 Abs. 2 S 1 BGB anzuwenden. Allerdings orientierte sich das GWB hierbei an § 823 Abs. 2 S 1 BGB inhaltlich sehr stark.²²⁸ Nach § 33 GWB in seiner alten Fassung entstand ein verschuldensunabhängiger Unterlassungsanspruch bei Verstoß gegen eine Vorschrift des GWB für denjenigen, dessen Schutz die verletzte Bestimmung bezweckte. Bei Verschulden trat hier noch ein Anspruch auf Schadenersatz aus dieser Vorschrift hinzu. Auch Verbände konnten sich zur Geltendmachung ihrer Ansprüche auf § 33 GWB stützen. Da sowohl die nationalen Vorschriften als auch die europäischen Wettbewerbsregeln sowohl auf den Schutz der Marktgegenseite (Abnehmer, Lieferanten) als auch der anderen Wettbewerber gerichtet sind, sind diese gemäß § 33 GWB auch anspruchsberechtigt. Nach dem Recht dieser 6. GWB Novelle war allerdings eine Beschränkung der Anspruchsberechtigten vorhanden, wodurch indirekt Geschädigte von einer Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nach deutschem Recht ausgeschlossen waren. Eine Anpassung an die europäische Beurteilung der Courage-Entscheidung ist dem für die private Durchsetzung des Kartellrechts in Deutschland wesentlichen Urteil des LG Dortmund vom 1.4.2004 zu entnehmen. Darin wurde die deutsche Rechtslage und Praxis als nicht mit den europäischen Vorgaben übereinstimmend beurteilt und einem unmittelbaren Abnehmer Schadenersatz zugesprochen. Behandelt wurde in dieser

²²⁷ *Bernhard*, Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen (2010) 45.

²²⁸ *Alexander*, Schadenersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht (2010) 294.

Entscheidung zwar das Kartellverbot und nicht das Missbrauchsverbot, jedoch gelten die relevanten Grundsätze für beide Bestimmungen als wesentliche Teile des Kartellrechts gleichsam.

Eine Anpassung an das europäische Wettbewerbsrecht erfolgte gesetzlich schließlich mit der 7. GWB Novelle, wodurch ausdrücklich eine rechtliche Grundlage für die europäischen Kartellrechtsvorschriften geschaffen wurde. Folgt man der Begründung der Courage-Entscheidung, so soll jedermann das Recht haben seine Ansprüche aus dem Kartellrecht geltend zu machen. Daher ist die neue Fassung des § 33 GWB nach der 7. GWB Novelle so zu interpretieren, dass neben Mitbewerbern und Verbrauchern beispielsweise auch Zwischenhändler von dem Schutz gegen Wettbewerbsverstöße erfasst sein sollen. Für die Schadenersatzansprüche, die von Zwischenhändlern in der Handelskette und nicht von Endabnehmern geltend gemacht werden ist als entscheidendes Element allerdings zu beachten, dass der Zwischenhändler möglicherweise in der Lage ist den erlittenen Schaden auf den ihm in der Handelskette nachfolgenden Händler oder den Endabnehmer, abzuwälzen, und dies auch tatsächlich tut. Dadurch soll sich der Zwischenhändler natürlich nicht bereichern können und einen bei ihm gar nicht wirtschaftlich wirksam gewordenen Schaden ersetzt verlangen können.²²⁹ Neben dem Schadenersatzanspruch nach § 33 Abs. 3 S 1 des deutschen GWB finden sich noch andere privatrechtliche Elemente im deutschen Kartellrecht, welche im Falle eintretender Verletzungen des nationalen Kartellrechts zu beachten sind. Dies sind die in § 33 Abs. 1 und 2 GWB verankerten Abwehransprüche sowie der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung nach § 34a Abs. 1 GWB.

Grundsätzlich gilt der Inhalt der Courage-Entscheidung, Schadenersatz als „Jedermannsrecht“ bei Kartellrechtsverstößen zu betrachten, in allen und für alle Mitgliedstaaten. Dennoch wird die Praxis nicht überall gleich gehandhabt. Insbesondere ist zu beobachten, dass das mehr oder weniger gleiche Ergebnis durch unterschiedliche Rechtsgrundlagen in den verschiedenen Mitgliedstaaten herbeigeführt wird.

In Österreich hat sich für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen für Verbraucher bereits die Bundesarbeiterkammer interessiert und auch aktiv eingesetzt. Diese ließ sich die Ansprüche der Verbraucher abtreten und konnte sie in weiterer Folge für die Verbraucher geltend machen.²³⁰ Rechtsgrundlage für diesen Anspruch bietet § 1311 ABGB, also allgemeines Zivilrecht, worin der Schadenersatz für einen durch die Verletzung eines Schutzgesetzes entstandenen Schaden behandelt wird. Eine gleich gelagerte Regelung im

²²⁹ Basedow, Private enforcement of EC competition law (2007) 34f.

²³⁰ Lurger/Augenhofer, Österreichisches und europäisches Konsumentenschutzrecht (2005) 266.

österreichischen Kartellrecht selbst findet sich nicht. Nach heutiger Ansicht sind die einschlägigen Bestimmungen des KartG und die Art. 101 und 102 AEUV als Schutzgesetze im Sinne des § 1311 ABGB zu qualifizieren. Während für die Nichtigkeitsfolge und die Unterlassung von Wettbewerbsverstößen nach dem Kartellrecht die Bundeswettbewerbsbehörde ein Aufgriffsrecht und teilweise unter Beachtung des Aufgabenzweckes dieser Behörde auch eine Aufgriffspflicht hat, ist sie für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nicht zuständig. Diesbezüglich ist der Geschädigte auf den Zivilrechtsweg zu verweisen. Anträge wegen Nichtigkeit oder Unterlassung können beim Kartellgericht aber auch ohne Aufgreifen der BWB gestellt werden. Dieser kommt allerdings jedenfalls die Stellung einer Amtspartei im Verfahren zu. Diesen neuen Möglichkeiten der Anspruchsverfolgung liegt die Idee zugrunde, dass auch durch den erfolgreichen privaten Rechtsverfolger der Wettbewerb in seiner Struktur gestärkt und geschützt und die Ordnung damit gesichert wird.²³¹

Der OGH stellte allerdings als Kartellobergericht klar, dass ein berechtigtes Interesse an der Feststellung eines im Antragszeitpunkt schon beendeten kartellrechtswidrigen Verhaltens (§ 28 Abs 1 KartG 2005) nicht schon in der möglichen Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen liegt. Das Kartellgericht sei in diesen Fällen nicht zur Lösung kartellrechtlicher Vorfragen als Grundlage der weiteren Verfolgung von Schadenersatzansprüchen zuständig. Begründet wurde dies unter anderem mit der Subsidiarität von Feststellungsklagen.²³²

Allgemein ist jedenfalls hinsichtlich der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus Verstößen gegen das Kartellrecht zu bemerken, dass die Kosten für einzelne Privatpersonen, also Verbraucher, in der überwiegenden Zahl der Fälle sich in keinem vernünftigen Verhältnis zu den Siegeschancen des Anspruches befinden und somit eine Durchsetzung des Rechtsanspruches in einem Verfahren häufig als unwirtschaftlich einzustufen sein wird.

Dieser Umstand ist in den USA anders gelagert und aus diesem Grund ist das sogenannte private enforcement dort viel wichtiger und wesentlich häufiger genutzt als innerhalb der Europäischen Gemeinschaft. Die USA haben diesbezüglich ein System entwickelt, das das Kostenrisiko für den privaten Kläger erheblich senkt. Sollte der private Kläger im angestregten Verfahren unterliegen, so hat er lediglich seine eigenen Kosten zu tragen. Damit ist nicht nur eine unübliche Regelung geschaffen, sondern auch eine, die naturgemäß

²³¹ *Thyri*, Wieviel „private enforcement“ braucht die Kartellrechtsdurchsetzung? *ecolex* 2006, 800.

²³² OGH 8.10.2008, 16 Ok 8/08.

zu einem starken Anstieg an privaten Schadenersatzklagen führt. Während in Europa eine Kombination aus privatrechtlichen Ansprüchen und kartellbehördlichen Maßnahmen versucht wird, so sind in den USA die kartellrechtlichen Maßnahmen durch Behörden nicht annähernd so wichtig und rund 90 % der Kartellverfahren beruhen auf privaten Klagen.²³³

In Europa sollen Private, darunter sind Unternehmen und Verbraucher zu verstehen, und auch Verbände stärker gefördert werden gegen Verletzungen des Kartellrechts vorzugehen. Dies soll vor allem durch kollektive Rechtsschutzverfahren, durch Gruppenklagen und Verbandsgruppenklagen, die häufig nur noch als Verbandsklagen bezeichnet werden. Unter einer Gruppenklage ist eine Klage zu verstehen, die ein Kläger oder auch mehrere Kläger für sich und eine gewisse Anzahl weiterer Personen führen. Die daraus entstehenden Rechtswirkungen gelten für alle Beteiligten, auch wenn nicht alle von den Rechtswirkungen Betroffenen auch Parteistellung im Verfahren haben.²³⁴ Die Privaten im hier relevanten Sinne machen durch die Inanspruchnahme der ihnen durch die Rechtsordnung verliehenen Rechte ihre eigenen individuellen Rechte geltend. Sowohl die Rechtsprechung des EuGH im Fall *Courage*, die auf den Schutz von „jedermann“ abzielt und damit mindestens auch den Verbraucher meint, als auch die deutsche Bestimmung des § 33 Abs 3 GWB, der nach den Erwägungen des deutschen Gesetzgebers auf die Kompensation der Nachteile des einzelnen Geschädigten ausgerichtet ist, dienen dem Individualrechtsschutz. Es können diese individualrechtlichen Ansprüche natürlich auch kollektiv auf dem Prozessweg geltend gemacht werden, womit mehrere Individualrechtsansprüche gemeinsam zusammengefasst innerhalb der gesetzlichen Grenzen in einer einzigen Klage verfolgt werden. Der Kollektivrechtsschutz dagegen richtet sich auf die Vertretung und den Schutz der Interessen der Allgemeinheit und somit das allgemeine Wohl der Gesellschaft generell.

Zwischen den Mitgliedstaaten gibt es in der rechtlichen Praxis grosse Unterschiede hinsichtlich einer gesetzlichen Regelung eines private enforcement und deren genauer Ausgestaltung. Nicht in allen europäischen Ländern existieren bereits explizite gesetzlich festgeschriebene Grundlagen für eine private Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht.²³⁵

Auch in Frankreich gibt es in den letzten Jahren Entwicklungen hin zu einer vermehrten Verfolgung von privatrechtlichen Ansprüchen durch private Rechtssubjekte.

²³³ *Basedow*, Private enforcement of EC competition law (2007) 15.

²³⁴ *Fiedler*, Class Actions zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts (2010) 3ff.

²³⁵ *Foer/Cuneo*, The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law (2011) 277.

Dennoch halten sich die Klagen in einem relativ niedrigen Ausmaß, was vor allem darauf zurückzuführen ist, dass das französische Recht einerseits privaten Klägern weniger prozessuale Möglichkeiten gibt und auch bezüglich der Kosten die Kläger einem weitgehend hohen Risiko ausgesetzt sind. Dieses Risiko würde durch Verbands- oder Gruppenklagen freilich gemindert, doch derartige Tendenzen sind in der französischen Rechtswelt eher gering. Diese Situation könnte sich allerdings in Anbetracht der durchaus weiter gehenden Vorschläge, die die Europäische Kommission bereits vorgelegt hat und vermutlich noch weitere vorlegen wird, bald ändern. Das Hauptproblem für die private Verfolgung von privatrechtlichen Ansprüchen in Frankreich ist die Tatsache, dass den Kläger die Beweislast für seine Ansprüche trifft. Die sogenannte Gruppenklage existiert im französischen Recht nicht. Dieser Umstand führt auch zur geringeren Bedeutung der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht und wird sich aber aufgrund des Druckes von Seiten der Gemeinschaft in absehbarer Zeit ändern müssen. Verbandsklagen durch einen registrierten Verband dagegen sind zulässig und auch gesetzlich vorgesehen in Art. L422-1 des französischen Konsumentenschutzgesetzes.²³⁶

Italien hat sich in den letzten Jahren schon fast zu einem europäischen Vorbild in Sachen Durchsetzung privater Ansprüche im Rahmen eines private enforcement entwickelt. So hat sich die Zahl privater Klagen stark erhöht und man begründet dies hauptsächlich mit der diesbezüglichen Diskussion, die von europäischer Seite eingeleitet wurde. In einer Entscheidung des italienischen Höchstengerichtes wurde festgestellt, dass es in Italien nicht nur Unternehmern und „Zwischenverbrauchern“, die wie beispielsweise Zwischenhändler in der Handelskette nicht am Anfang und nicht am Ende stehen, sondern auch Endverbrauchern, Konsumenten, erlaubt ist ihre kartellrechtlichen Rechte im Privatrechtsweg zu verfolgen. Wie auch in Deutschland ist es auch in Italien möglich entweder nach europäischem oder nach nationalem Kartellrecht einen Verstoß zu ahnden. Es ergeben sich dabei unterschiedliche Gerichtswege, da nicht dieselben Gerichte zuständig sind. Im italienischen Verbrauchergesetz bzw. Konsumentenschutzgesetz ist ebenfalls eine Klage von Verbraucherverbänden vorgesehen. Es muss sich auch hier um einen registrierten Verbraucherverband handeln. Bei Art. 140 dieses Gesetzes in seiner alten Fassung handelte es sich aber dabei um eine Klage, mit der Unterlassung und die Erlassung von Maßnahmen begehrt werden konnte, nicht allerdings war sie auf die Gewährung von Schadenersatz gerichtet. Diese Lage änderte sich 2008, als die Möglichkeit von Gruppenklagen zu Schadenersatz Zwecken eingeführt wurde. Wesentlich anzumerken ist im Zusammenhang mit dieser gesetzlichen Änderung, dass es

²³⁶ Foer/Cuneo, *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law* (2011) 316ff.

nunmehr nicht nur Gruppen sondern – wie bereits erwähnt – auch individuellen Verbrauchern gewährt ist Schadenersatz auf diesem Wege zu fordern. Grundsätzlich kann hinsichtlich der Situation der Entwicklung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Italien gesagt werden, dass zwar die Anzahl der privaten Klagen in den letzten Jahren durchaus stark gestiegen ist, allerdings die verfahrensrechtlichen Nachteile für die privaten Kläger in Italien doch schwer überwindbar sind. Darunter sind vor allem Hindernisse wie überdurchschnittlich lange Verfahrensdauern und gesetzliche Komplexität zu verstehen, welche die Beweisbarkeit im Einzelfall eher erschweren. So sehr sich Italien also in diesem Bereich entwickelt hat, bleibt doch noch einiges an Reformen und Veränderungen zu tun wenn man die private Kartellrechtsdurchsetzung auch nur annähernd dem amerikanischen Niveau näher bringen möchte.²³⁷

Generell sei jedoch an dieser Stelle festgehalten, dass eine effektive öffentliche Wettbewerbsaufsicht mit Sicherheit am Ende mehr bewirken kann als die private Kartellrechtsdurchsetzung. Es bleibt allerdings dennoch die private Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht von Bedeutung, da sie die Durchsetzung und Beachtung der rechtlichen Vorschriften in diesem Bereich weiter verstärkt und somit dem Recht zu einer grösseren Wirksamkeit verhilft. Aus diesem Grund ist auch eine Weiterentwicklung der rechtlichen Möglichkeiten der Verbraucher wünschenswert.

Nachdem die kartellrechtlich geschädigten Verbraucher nur dann wirksam ihre Ansprüche verfolgen können, wenn dafür günstige verfahrensrechtliche Rahmenbedingungen in den Mitgliedstaaten getroffen werden, beispielsweise durch die Zulassung von Verbandsklagen, spricht einiges für die Vorschläge aus der Wissenschaft, die Einzelheiten der Durchsetzung des europäischen Kartellrechts in einer Verordnung zu regeln. Insofern markiert „Courage“ nicht das Ende, sondern erst den Beginn eines noch langen Weges des europäischen Kartellrechts in die materiell- und verfahrensrechtliche Moderne. Der Grund für die bisherige Zurückhaltung bei privater Anspruchsverfolgung mag in der grundsätzlich bestehenden Unsicherheit über die genaue rechtliche Ausgestaltung der Voraussetzungen in solchen Fällen liegen. So schweigen die europäischen kartellrechtlichen Bestimmungen über die Rechtsfolgen eines Kartellverstoßes im horizontalen Verhältnis zwischen den

²³⁷ *Foer/Cuneo*, The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law (2011) 346ff.

Kartellmitgliedern und Dritten. So bleibt gänzlich unerwähnt, ob es in der Folge Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Schadenersatzansprüche gibt.²³⁸

So wurde zur Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung auf diesem Gebiet bereits der Ansatz eines gemeinschaftsrechtlichen Schadenersatzanspruchs bei Verstößen gegen das europäische Kartellrecht diskutiert. Diesem werden insbesondere zwei wesentliche Vorteile zugeschrieben. Einerseits wäre damit die Abhängigkeit des Gemeinschaftsrechts von den Durchsetzungsmechanismen des nationalen Rechts beseitigt, andererseits kann bei einem gemeinschaftsrechtlichen Anspruch allein der EuGH Tatbestandsmerkmale und zivilrechtliche Folgen festlegen, da es dann um einen Fall der Vertragsauslegung geht.²³⁹

IV. Spezieller telekommunikationsrechtlicher Verbraucherschutz

Im Zusammenhang mit der Liberalisierung des Telekommunikationsrechts stellt der Verbraucherschutz ein wichtiges Thema in der Telekommunikation dar. Zu diesem Zeitpunkt haben sich nämlich auch die Rechtsverhältnisse zwischen Kunden und Anbietern inhaltlich geändert von einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis hin zu einem privatrechtlichen Vertragsverhältnis. Der Zweck des Verbraucherschutz im Telekommunikationsrecht liegt darin, den Endverbrauchern den größtmöglichen Schutz gegen möglicherweise übermächtige Unternehmen zukommen zu lassen um einen möglichst gerechten Austausch von Leistungen sicherzustellen. Dem Verbraucherschutz als ein traditionell dem Zivilrecht zugeordneter Bereich sind im österreichischen TKG 2003 einige Bestimmungen gewidmet. Besonders zu erwähnen sind an dieser Stelle die §§ 25, 45, 69ff und 107 TKG, welche die wesentlichsten Regelungen für den telekommunikationsrechtlichen Verbraucherschutz enthalten.²⁴⁰ § 25 TKG regelt die Bedingungen für den Vertragsinhalt und § 45 TKG enthält zur Vorbeugung der Gefahr, die von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht droht, Pflichten solcher Unternehmen hinsichtlich der Endkundenentgelte. Die Geschäftsbedingungen können zwar vom Anbieter einseitig geändert werden, allerdings besteht ein Sonderkündigungsrecht des Verbrauchers wenn es sich um keine ausschließlich begünstigenden Änderungen handelt. § 107 TKG enthält eine Schutzbestimmung für die praktisch gut bekannten Fälle von unerbetenen Nachrichten und Anrufen.

²³⁸ *Mäsch*, Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot – „Courage“ und die Folgen, EuR 5/2003.

²³⁹ *Mäsch*, Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot – „Courage“ und die Folgen, EuR 5/2003.

²⁴⁰ *Zankl*, Innovation und internationale Rechtspraxis (2009) 865.

In der Praxis ist der Konsument insbesondere in den Bereichen Mehrwerttelefonie und Roaming zu schützen, da seine Gefahr als schwächere Vertragspartei Nachteile zu erleiden hier am grössten ist. Der Verbraucherschutz im Zusammenhang mit Roamingtarifen ist hauptsächlich deshalb so interessant, weil die Aktivitäten der Verbraucher in letzter Zeit verhältnismässig intensiv waren. Dies resultiert aus dem Umstand, dass eine konkrete gesetzliche Regelung der Information über die Nutzung fehlt mit Ausnahme der allgemein bekannten Nachricht, die den Mobilfunknutzer bei Eintreten in ein fremdes bzw. ausländisches Netz erreicht. Auch wenn diese hier vorhandene „Nichtregelung“ durchaus ungünstig erscheint, ist dennoch zu bemerken, dass nicht nur von einer einseitigen Verpflichtung der Anbieter zur Information ausgegangen werden kann, sondern vielmehr auch gewisse Kenntnisse und Pflichten zur Bekanntmachung mit den jeweiligen Bedingungen von Seiten des Verbrauchers vorausgesetzt werden können.

Zur Frage des Telekommunikationsrechtes als spezielle und damit vorzuziehende Gesetzesgrundlage ist festzustellen, dass grundsätzlich die allgemeinen Verbraucherschutzvorschriften nach ABGB und KSchG nicht verdrängt werden. Lediglich die Bestimmung über die Möglichkeit der einseitigen Vertragsänderung durch den Anbieter wird in der rechtlichen Diskussion weitgehend einheitlich als *lex specialis* gesehen und anerkannt, wobei in der Literatur die Sinnhaftigkeit einer solchen *lex specialis* in diesem Bereich durchaus in Frage gestellt wird.²⁴¹ Im TKG 2003 ist für Streitfälle zwischen Anbietern und Verbrauchern das Instrument des Streitschlichtungsverfahrens vorgesehen. Es wurde dafür ein besonderes Streitschlichtungsverfahren eingeführt und die Schlichtungsstelle ist bei einer Regulierungsbehörde vorgesehen, der RTR-GmbH. Voraussetzung für die Einleitung dieses Verfahrens ist der erfolglose Versuch des Kunden eine Lösung mit dem Anbieter zu finden. Die Schlichtungsstelle zielt darauf ab eine einvernehmliche Lösung zwischen den Parteien herbeizuführen bzw. teilt den Parteien ihre Rechtsansicht mit.²⁴² Das Streitbeilegungsverfahren nach § 122 TKG 2003 lässt die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte unberührt. Das bedeutet, im Ergebnis ist die Anrufung der Gerichte auch ohne ein vorangegangenes Schlichtungsverfahren bzw. auch während des laufenden Schlichtungsverfahrens zulässig.²⁴³

Das deutsche Telekommunikationsgesetz (TKG) sieht bei Pflichtverletzungen von Telekommunikationsanbietern Schadenersatzansprüche der dadurch verletzten Verbraucher

²⁴¹ Feiel/Lehhofer, Praxiskommentar TKG 2003 (2004) 96.

²⁴² Damjanovic/Holoubek/Lehhofer, Grundzüge des Telekommunikationsrechts² (2006) 102.

²⁴³ Damjanovic/Holoubek/Kassai, Handbuch des Telekommunikationsrechtes (2005) 213.

vor. Diese Ansprüche können sich entweder aus § 40 TKG ergeben oder aber aus den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften. Nach § 40 TKG sind Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen einem Nutzer unter bestimmten Umständen zum Schadenersatz bzw. zur Unterlassung verpflichtet. Mit der Einführung dieser Anspruchsgrundlage sollte die Rechtsstellung der Verbraucher verbessert werden.²⁴⁴

Wie bereits an obiger Stelle angesprochen, kommen bei Pflichtverletzungen des Kartellrechts auch Ansprüche aus dem allgemeinen Zivilrecht, nämlich vor allem Schadenersatz und Unterlassung in Betracht. Parallel ist auch die Situation im Telekommunikationsrecht gelagert. So kommen bei Pflichtverletzungen eines Anbieters ebenfalls neben der Möglichkeiten, die § 40 TKG bietet, Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche aus dem allgemeinen Zivilrecht in Betracht. Das deutsche Recht ist bei der Konstruktion im allgemeinen Zivilrecht der österreichischen Rechtslage nicht unbedingt unähnlich, indem es die Hauptbestimmung für Schadenersatzansprüche, § 823 Abs 2 BGB mit einem Schutzgesetz für die Geltendmachung des Anspruches verbindet.

Wesentlich für Schadenersatzansprüche zu beachten ist im deutschen Telekommunikationsrecht die Tatsache, dass für den Ersatz von Vermögensschäden durch den Telekommunikationsanbieter eine gesetzliche Haftungsbeschränkung existiert. Diese ist in § 7 Abs. 2 TKV verankert und besagt, dass die Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen bis zu einem Betrag von 12.500 Euro je Nutzer haften. Diese Beschränkung gilt allerdings nur für reine Vermögensschäden, Personenschäden und Sachschäden sind unbeschränkt zu ersetzen. Anzumerken ist dabei, dass die Schäden, welche Verbraucher durch das Verhalten von Telekommunikationsanbietern erleiden, in den meisten Fällen hauptsächlich finanzieller Natur sein werden. Nach § 1 Abs. 2 TKV ist die Anwendung dieser gesetzlichen Haftungsbeschränkung zwingend.

Kommt es nun zu Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen, so besteht die Möglichkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde. Hierbei ist allerdings eine freiwillige und einvernehmliche Vereinbarung der Parteien die einzig mögliche Lösung, da keine zwingende Entscheidung gegen den Willen der Parteien herbeigeführt werden kann. Über eine derartige bindende Kompetenz verfügt die Regulierungsbehörde nicht. Das Schlichtungsverfahren in telekommunikationsrechtlichen Belangen wird in Deutschland durch § 35 TKV geregelt.

²⁴⁴ Heßler, Der Verbraucherschutz im Telekommunikationsrecht (2002) 235.

Neben der Möglichkeit des einvernehmlichen Schlichtungsverfahrens ist bei Rechtsstreitigkeiten zwischen einem Anbieter und seinen Kunden der zivilrechtliche Prozessweg zu gehen. Dabei ist vor allem an Forderungen der Verbraucher wie die Rufnummernportabilität und datenschutzrechtliche Ansprüche zu denken. Natürlich kommen auch Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche für die Verfolgung vor den Zivilgerichten in Betracht.

Konflikte im Zusammenhang mit einer Entscheidung der Regulierungsbehörde sind verwaltungsrechtliche Streitigkeiten. Dies folgt aus dem Umstand, dass ein Konflikt bezüglich einer Entscheidung der Regulierungsbehörde eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 VwGO ist. Aus diesem Grund ergibt sich, dass Streitigkeiten zwischen Verbrauchern einerseits und der Regulierungsbehörde andererseits auf dem Verwaltungsweg zu klären sind nach § 40 Abs. 1 VwGO.

Auch im deutschen Recht besteht die Möglichkeit einer Klage von Verbraucherschutzverbänden. Diese hat sich vor allem dadurch bewährt, dass durch Pflichtverstöße von Telekommunikationsunternehmen häufig der einzelne Verbraucher nur wenig, die Masse an Kunden allerdings sehr stark geschädigt werden. Für die dazu berechtigten Verbraucherschutzverbände gibt es grundsätzlich drei Möglichkeiten, die Unternehmen auf Unterlassung zu klagen, und zwar bei missbräuchlichen AGB (§ 1 UKlaG), bei unlauterem Wettbewerb (§ 13 UWG) und bei Verstößen gegen Verbraucherschutzgesetze im Allgemeinen. Unter Verbraucherschutzgesetzen sind grundsätzlich alle Vorschriften zu verstehen, die dem Schutz der Verbraucher ihrem Zwecke nach dienen. Es muss also nicht das gesamte Gesetz dem Verbraucherschutz gewidmet sein, es genügt wenn die einzelne Vorschrift auf den Schutz der Konsumenten ihrem Telos nach abzielt.²⁴⁵

²⁴⁵ Heßler, Der Verbraucherschutz im Telekommunikationsrecht (2002) 252f.

§7 Die Rundfunkmonopole im Spannungsfeld zu Artikel 10 EMRK

I. Allgemeines

An obiger Stelle wurde bereits beschrieben, dass es viele Rundfunkmonopole in den europäischen Ländern in der vergangenen Zeit gab. Dieser Zustand hat sich mit der Liberalisierung der Rundfunksektoren verändert, allerdings haben die staatlichen Fernseh- und Radioanbieter immer noch in einigen Staaten einen nicht zu unterschätzenden Einfluss. In den letzten Jahren standen die staatlichen Monopole im Rundfunkbereich stark unter verbalem Beschuss, da sich die Frage stellte, inwieweit sich ein einziger zugelassener Anbieter auf dem Markt für Informationsverbreitung mit der grundrechtlich garantierten Rundfunkfreiheit in den europäischen Ländern vertragen kann. Verstößt ein bestehendes staatliches Fernsehmonopol beispielsweise gegen die Rundfunkfreiheit nach Artikel 10 EMRK? Ist es den Zusehern, und im Hörfunkbereich den Zuhörern, gegenüber nicht unbedingt erforderlich ein breites Informationsprogramm mit unterschiedlichen Ansichten zu gewähren? Diese Frage ist weniger auf das Unterhaltungsprogramm gerichtet als vielmehr auf politische Berichte, politische Informationen und Nachrichtenprogramme.

Das Modell des dualen Rundfunksystems wurde lange Zeit über als vereinbar mit der Rundfunkfreiheit nach Art. 10 EMRK angesehen. Begründet wurde dies vorwiegend mit der Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte, wonach die Monopolkonzepte, die in Europa zur Zeit der Entstehung der Konvention weit verbreitet waren, stillschweigend von dieser als konventionskonform akzeptiert wurden. Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK wurde in diesem Zusammenhang weit interpretiert und deckte somit prinzipiell auch ein staatliches Rundfunkunternehmen in Monopolstellung ab. Nachdem sich aber mit der Zeit immer mehr technische Möglichkeiten für Rundfunkübertragungen boten, wurde die Diskussion über die Tragbarkeit der staatlichen Rundfunkmonopole zunehmend angeregt. Die Folge war eine langsame Veränderung der Strukturen von einem monopolistischen System hin zu dualen Rundfunksystemen, welcher der Schritt zur Öffnung der Rundfunkmärkte war. Darin lag der Grundstein einer vielfältigen Informationsversorgung für die europäische Bevölkerung. In

Italien wurde als erstem europäischen Staat gerichtlich festgestellt, dass die monopolistische Rundfunkstruktur nicht mit der Meinungsfreiheit nach Artikel 10 der EMRK vereinbar ist.²⁴⁶

In diesem Zusammenhang ist auch die Definition und der Umfang der Meinungsfreiheit zu beleuchten. Obwohl der Aspekt der Rundfunkfreiheit selbst nicht explizit in Art. 10 EMRK erwähnt wird, so entschied aber der EGMR, dass die Verbreitung von Rundfunkprogrammen ebenfalls unter dieses Grundrecht zu subsumieren ist.²⁴⁷ Die Rundfunkfreiheit ist durch die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK zunächst erwähnt und dann näher konkretisiert worden. Zunächst wurde dabei die Rundfunkfreiheit als die Freiheit der Verbreitung von Programmen über Luft und Kabel charakterisiert. Später wurde auch das Recht auf den Empfang von Rundfunkprogrammen sowie das Recht auf die Einrichtung von Empfangseinrichtungen darunter subsumiert. In der Entscheidung „Groppera“ aus dem Jahre 1990 stellte der EGMR bereits fest, dass zum Schutzbereich des Art. 10 EMRK insbesondere auch die Rundfunkveranstalterfreiheit zählt. Dies wurde in der nachfolgenden Rechtsprechung im Fall „Informationsverein Lentia“ bestätigt. Der Schutzbereich ist diesbezüglich grundsätzlich als umfassend zu sehen, eine Beschränkung nach Inhalt, Art und Qualität der Äußerungen als nicht zulässig. Damit werden nicht nur Informationen und Meinungen, sondern auch sämtliche Arten von künstlerischen Darbietungen geschützt, seien es musikalische, schauspielerische oder andere.²⁴⁸ Neben dem Gebot der Öffnung der Rundfunkmärkte für private Rundfunkanbieter ist auch die inhaltliche und technische Ausgestaltung des Rundfunksystems den Anforderungen und Maßstäben des Art. 10 EMRK unterworfen. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch möglich, dass nach den Maßstäben des Art. 10 EMRK bestimmte Inhalte von der Ausstrahlung fernzuhalten sind. Nachdem der EGMR den audio-visuellen Medien ein starkes Einflusspotential zumisst, konnte aus diesem Grunde bereits die Ausstrahlung und Verbreitung von religiösen Werbungen verboten werden.²⁴⁹

Auch der EuGH untersuchte die Zulässigkeit der Rundfunkmonopole in Europa, soweit zu dem Zeitpunkt noch welche bestanden. Dabei wurde auch die staatliche Tätigkeit im Hinblick auf Tätigkeiten wie Maßnahmen, die versuchen sollten den innerstaatlichen Rundfunk vor dem Eintreten ausländischer Sender in den inländischen Markt zu schützen, untersucht. Im Fall *Elliniki Radiofonia Tileorassi* befasste sich der EuGH mit einem nationalen System von

²⁴⁶ *Damjanovic*, Regulierung der Kommunikationsmärkte unter Konvergenzbedingungen (2002) 47f.

²⁴⁷ *Holzengel*, Rundfunkrecht in Europa (1996) 154.

²⁴⁸ *Roider*, Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung (2001) 156f.

²⁴⁹ *Fink/Cole/Keber*, Europäisches und internationales Medienrecht (2008) 175ff.

ausschließlich gewährten Rechten, die ein griechisches Rundfunkmonopol im Ergebnis begünstigten. In diesem Fall vertrat der EuGH die Auffassung, dass die Beschränkungsmöglichkeiten einer Grundfreiheit, in diesem Fall der Dienstleistungsfreiheit, am Maßstab der grundrechtlich durch Art. 10 EMRK gewährten Meinungs- und Rundfunkfreiheit zu prüfen sind. So ist zwar einerseits kein vom EuGH ausgesprochenes Verbot eines staatlichen Rundfunkmonopols zu sehen, andererseits legt er eine diesbezügliche Entscheidung in die Hände des EGMR, der die Vereinbarkeit mit Art. 10 EMRK zu überprüfen hat.²⁵⁰

II. Der Fall Lentia

Gerade im Zusammenhang mit den Rundfunkmonopolen im Lichte der Meinungs- bzw. Rundfunkfreiheit hat Österreich in der europäischen Rechtsprechung eine wichtige Rolle gespielt. Während im Laufe der Entwicklung von den Rundfunkmonopolen hin zu einer dualen Rundfunkstruktur sich diese Veränderung der Ansichten in den meisten europäischen Ländern durchsetzen konnte, so blieb das System in Österreich davon unbeeindruckt und der ORF behielt überdurchschnittlich lange seine uneingeschränkte Stellung als Rundfunkmonopol.

Rundfunk konnte in Österreich aufgrund des in Art. 1 Abs. 2 BVG-Rundfunk enthaltenen Rundfunkvorbehaltes nur auf der Grundlage einer bundesgesetzlichen Ermächtigung betrieben werden. Der Bund hatte allerdings tatsächlich nur den ORF mit der Aufgabe Rundfunk betraut. Daraus ergab sich die Monopolstellung des ORF im Bereich Rundfunk in Österreich.²⁵¹

Dieses österreichische Rundfunkmonopol fand sein Ende dann durch den Informationsverein Lentia. Es handelte sich dabei um die Bewohner einer Linzer Wohnhausanlage, die in den achtziger Jahren ein Kabelfernsehnetz für ihre Wohnhausanlage errichten wollten. Der Antrag auf eine diesbezügliche Bewilligung wurde abgelehnt, weil es sich dabei um Rundfunk handle und für die Bewilligung keine gesetzliche Ermächtigung vorliege. Dagegen beschwerte sich der Informationsverein Lentia beim EGMR und dieser untersuchte nun die monopolistische Rundfunkstruktur in Österreich auf seine Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit nach Artikel 10 EMRK. Dabei wurde vor allem die Verhältnismäßigkeit des bestehenden Monopols und der damit verbundenen Unmöglichkeit von privatem Rundfunk geprüft. Es ist zu beurteilen ob

²⁵⁰ EuGH 18.6.1991, Rs C-260/89, *Elliniki Radiofonia Tileorassi*.

²⁵¹ *Wallner*, *KommAustria Reloaded* (2010) 103.

nicht auch andere alternative Möglichkeiten zur Verfügung gestanden wären als die ausschließliche Möglichkeit von staatlichem Rundfunk. Es konnte bei dieser Prüfung festgestellt werden, dass es andere liberalere Rundfunkmodelle in anderen Mitgliedstaaten gab, die durchaus alternativ in Frage kommen könnten und somit die österreichische Lösung im Ergebnis als unverhältnismäßig zu qualifizieren ist.²⁵² Somit wurde der Ausschluß jeglicher privater Rundfunkaktivität als ein unverhältnismäßiges Mittel qualifiziert, wodurch ein Verstoß gegen Artikel 10 EMRK festgestellt wurde.²⁵³ Das Gericht stellte hier mitunter klar, dass der Staat zwar durchaus ein Genehmigungsverfahren für Rundfunk vorschreiben kann, dies muss sich aber auf technische Bereiche beschränken. Sofern ein potentieller privater Rundfunkveranstalter mit seinen Inhalten weder gegen geltende Rechte verstößt, noch die nationale Sicherheit und Demokratie des Landes bedroht, kann es nicht zulässig sein ihm pauschal die Verbreitung seines Programmes zu untersagen. Somit garantiert Artikel 10 EMRK auch das subjektive Recht der Rechtssubjekte privaten Rundfunk zu veranstalten.²⁵⁴ Diese Entscheidung im Jahre 1993 und zusätzlich verschiedene ähnlich gelagerte Entscheidungen des VfGH führten zu einem Umdenken in politischer Hinsicht und damit in der Folge zur Entwicklung eines dualen Rundfunksystems in Österreich, so wie es in den anderen europäischen Ländern bereits etabliert war.²⁵⁵

Berücksichtigt man allerdings die Begründung des Urteiles im Falle *Lentia* des EGMR, so stellt sich die Frage, inwieweit ein staatliches Rundfunkmonopol immer noch zulässig wäre, sofern es die Kriterien der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit erfüllen kann. Grundsätzlich ist zu sagen, dass die Kommission und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eher zurückhaltend sind in ihrer Rechtsprechung für die Rundfunkfreiheit und Meinungsvielfalt in diesem Zusammenhang. Aus diesem Grunde war eine hoheitliche Rundfunkpolitik in einem Maße möglich, wie dies bei keiner anderen Freiheit möglich gewesen wäre. Man denke hierbei nur an die Presse beispielsweise. Unter bestimmten Umständen dürfte daher ein staatliches Rundfunkmonopol wohl immer noch zulässig sein, auch wenn durch die Zulassung privater Anbieter in den Mitgliedstaaten, die sich mittlerweile etabliert hat, sich diese Frage wohl in der Praxis in der Gemeinschaft nicht mehr stellen wird. Eine Rückentwicklung zu den Monopolsystemen kann als unwahrscheinlich eingestuft werden. Auch in der Entscheidung im Fall *Lentia* ist nicht ausgesprochen worden, dass ein

²⁵² *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht (1999) 174.

²⁵³ *Holoubek/Kassai/Trainer*, Grundzüge des Rechts der Massenmedien² (2002) 43.

²⁵⁴ *Ingold*, Flimmerndes Labyrinth: Das Fernsehen in Europa (2010) 28.

²⁵⁵ *Wallner*, KommAustria Reloaded (2010) 103.

staatliches Rundfunkmonopol generell nicht mehr zu rechtfertigen wäre. In diesem Fall scheiterte es jedoch am Kriterium der Verhältnismäßigkeit.²⁵⁶

Betrachtet man nun den an obiger Stelle erwähnten griechischen Fall des EuGH im Lichte der Entscheidung im Fall *Lentia*, so kommt man zu dem Schluss, dass zwar Rundfunkmonopole unter gewissen Umständen immer noch zulässig sein können, in den meisten Fällen aber an einer Vereinbarkeit mit Art. 10 EMRK scheitern werden.

§8 Die Judikatur zu Artikel 102 AEUV in Telekommunikation und Rundfunk

Wie schon zu Beginn dieser Arbeit ausgeführt, ist der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eine jener Gesetzesvorschriften, die wesentlich durch die Entscheidungen der Rechtsprechung fortentwickelt und konkretisiert wurden. Der Wortlaut an sich ließ viele unbestimmte Gesetzesbegriffe und Fragen offen, welche einer Bearbeitung und näheren Bestimmung für den Einzelfall im Sinne der Gewährleistung einer gewissen Rechtssicherheit bedurften. Ebenso wie der Begriff der marktbeherrschenden Stellung durch die Rechtsprechung vor allem des EuGH genau ausformuliert wurde, geschah dies auch bezüglich der Feststellung, wie der für die Beantwortung der Frage eines potentiellen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung relevante Markt sowohl in räumlicher als auch in sachlicher Hinsicht abzugrenzen ist. Auch die einzelnen missbräuchlichen Verhaltensweisen sind wesentlich durch die Rechtsprechung konkretisiert worden, insbesondere deshalb, weil die Aufzählung, auch wenn sie sehr genau und bestimmt erscheint, nicht abschließend ist. Aus diesem Grund öffnet die Vorschrift nicht nur das Tor für Rechtsfortbildung durch Gerichte, sie erachtet diese eigentlich sogar für notwendig.

Nunmehr ist für diese Arbeit natürlich ein relativ breites Band von Rechtsprechung wesentlich, da sowohl die Rechtsprechung zu Art. 102 AEUV allgemein wettbewerbsrechtlich, als auch im speziellen Bereich Rundfunk und Telekommunikation hier zu beleuchten sind. Schließlich soll auch ein Blick auf die nationale Rechtsprechung in Österreich geworfen werden, welche naturgemäß sich maßgeblich an den europäischen Vorgaben orientiert. Die Urteile des EuGH zu Art. 102 AEUV haben im Laufe der Zeit in ihrer Entwicklung grosse rechtliche Bedeutung erlangt und diese mitunter sehr „bekanntes“ Entscheidungen sollen nun kurz und in ihren wesentlichen Elementen dargestellt werden.

²⁵⁶ *Hochhuth*, Die Meinungsfreiheit im System des Grundgesetzes (2007) 263.

I. Rechtsprechung des EuGH zu Artikel 102 AEUV

Das Merkmal des Gemeinsamen Marktes oder eines wesentlichen Teiles desselben war häufig Inhalt von höchstgerichtlichen Entscheidungen im Wettbewerbsrecht. So hat bereits im Urteil *United Brands* der Gerichtshof festgestellt, dass für die Beurteilung der Frage ob eine beherrschende Stellung auf dem Markt gegeben ist, zunächst der Markt sowohl in Hinblick auf das Produkt, also in sachlicher Hinsicht, als auch in räumlicher Hinsicht abzugrenzen ist. Diese Abgrenzung hat nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs anhand der Eigenschaften des relevanten Erzeugnisses und für einen abgegrenzten räumlichen Bereich zu erfolgen, in dem es vertrieben wird und in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind, um eine Einschätzung der wirtschaftlichen Macht des betroffenen Unternehmens zu ermöglichen.²⁵⁷ Der entscheidende Faktor für die Bestimmung des sachlichen Marktes wurde die Substituierbarkeit. Es bildete sich demnach also die Ansicht heraus, dass jene Produkte und Erzeugnisse zu ein und demselben sachlichen Markt gehören, die vom Konsumenten gegeneinander austauschbar sind. D.h. sind die Produkte gleich oder ähnlich ist nicht ausschlaggebend, ausschlaggebend ist vielmehr ob der Verbraucher bei Nichtverfügbarkeit des von ihm gewünschten Erzeugnisses auf ein anderes ausweichen kann. Kann er dies, gehört es zum sachlich relevanten Markt.²⁵⁸

In räumlicher Hinsicht sind alle Teilgebiete des Gemeinschaftsgebietes heranzuziehen, die hinreichend homogene Bedingungen in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht bieten und in denen die fraglichen Produkte auch angeboten werden.²⁵⁹

Ebenso durch die Rechtsprechung wurde die räumliche Abgrenzung eines Gebietes als Markt konkretisiert. Der wesentliche Teil desselben ist ein Merkmal des Missbrauchsverbotes, welches schon seinem Wortlaut nach einer genaueren Beschreibung bedurfte. Es hat sich die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang dafür ausgesprochen, dass ein wesentlicher Teil nicht nur aus dem Staatsgebiet eines Mitgliedstaates bestehen kann, sondern auch Teilgebiete der Mitgliedstaaten nach Maßgabe ihrer wirtschaftlichen Bedeutung für die Gemeinschaft als ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes im Sinne dieser Bestimmung gelten können. So wurden beispielsweise auch Flughäfen oder Häfen wegen ihrer wirtschaftlichen Wichtigkeit bereits als ausreichendes Gebiet im räumlichen Sinn für die Abgrenzung des

²⁵⁷ EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands*.

²⁵⁸ *Pechstein*, Entscheidungen des EuGH⁵ (2009) Entscheidung Nr. 259.

²⁵⁹ *Pechstein*, Entscheidungen des EuGH⁵ (2009) Entscheidung Nr. 259.

relevanten Marktes angesehen. Diese Praxis war für die Anwendung des Art. 102 AEUV in seiner Entwicklung von grosser Bedeutung, da dadurch die Bestimmung einen wesentlich weiteren Anwendungsrahmen erfuhr. Dies ist bei logischer Betrachtung auch sinnvoll, denn es wäre unvorteilhaft starke Wirtschaftszentren aufgrund ihrer geringeren geographischen Grösse nicht in den Anwendungsbereich des Art. 102 AEUV einzubeziehen.

Im Urteil Hoffmann-La Roche des EuGH aus dem Jahre 1979 wurde die beherrschende Stellung eines Unternehmens auf dem Gemeinsamen Markt bzw. eines Teiles desselben erläutert. Darin wurde fortgeführt, was bereits im kurz davor ergangenen Urteil United Brands aus 1978 vom EuGH als Definition einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt wurde. Nach dem EuGH hat ein Unternehmen eine den Markt beherrschende Stellung, wenn seine Machtstellung es ihm erlaubt die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Konkurrenten, Abnehmern bzw. Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten.²⁶⁰

In der Entscheidung Hoffmann-La Roche wurde auch der bis heute wesentliche Umstand festgestellt, dass das maßgebliche Kriterium für die Beurteilung von Marktmacht der Marktanteil des jeweiligen Unternehmens ist. Denn ein Unternehmen, das während einer längeren Zeit einen besonders hohen Marktanteil hat, verfügt allein durch seinen Produktions- und Angebotsumfang über eine Position der Stärke, die ihm die Unabhängigkeit sichert.²⁶¹ Hinsichtlich der Höhe des Marktanteiles um eindeutig das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung beweisen zu können, herrscht keine klare Einigkeit in der Rechtsprechung. Es ist allerdings bestätigt, dass ein Marktanteil unter 50% auf dem relevanten Markt die Untersuchung und Prüfung anderer Faktoren erforderlich macht um mit Sicherheit von einer marktbeherrschenden Stellung sprechen zu können. Diese anderen Faktoren haben sich auch in der Rechtsprechung zunehmend herausgebildet und es existiert eine Vielzahl von ihnen, die teilweise mehr teilweise weniger in die Beurteilung einfließen können. Darunter fallen zum Beispiel die Chancen neuer Markteinsteiger auf Zutritt oder ein Vorsprung in Produktentwicklung und Technologie.

Das Merkmal der missbräuchlichen Ausnutzung ist das wesentliche Verhaltensmerkmal des Art. 102 AEUV. Der Gerichtshof hat sich damit zunächst in der Rechtssache Europemballage

²⁶⁰ EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, Hoffmann – La Roche.

²⁶¹ EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, Hoffmann – La Roche.

und Continental Can auseinandergesetzt und dabei einige folgewichtige Erkenntnisse hervorgebracht. In diesem Urteil wurde unter anderem herausgestrichen, dass die Ausnutzung einer beherrschenden Stellung missbräuchlich sein muss, wobei aber nicht nur jene Verhaltensweisen erfasst werden, die einen unmittelbaren Schaden des Verbrauchers herbeigeführt haben, sondern auch solche, die durch einen Eingriff in die Wettbewerbsstruktur Schaden verursachen. In diesem Urteil wurde somit der sogenannte Marktstrukturmissbrauch entwickelt. Damit fand ein wichtiger, ungeschriebener Missbrauch Eingang in die Beurteilung nach Art. 102 AEUV, welcher sich bis heute in seiner Bedeutung für die Praxis etablieren konnte. Mit den Worten des EuGH könne ein missbräuchliches Verhalten vorliegen, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung diese dergestalt verstärkt, dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert, wodurch also nur Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.²⁶² Mit anderen Worten sind jene Verhaltensweisen eines Unternehmens in marktbeherrschender Stellung als missbräuchlich einzustufen, die die Struktur eines Marktes beeinträchtigen, der infolge der beherrschenden Stellung des gegenständlichen Unternehmens ohnehin bereits schwach ist. Dadurch sinken die Chancen eines funktionierenden Wettbewerbs oder können sich zumindest nicht weiterentwickeln. Wesentlich ist außerdem, dass die eingesetzten Mittel von den Mitteln eines normalen Wettbewerbs abweichen, wobei die Normalität der Mittel im Einzelfall zu beurteilen sein wird.²⁶³

Die Spürbarkeit ist ein Kriterium, das bis heute in der Rechtsprechung einigermaßen umstritten ist und nicht an allen Erwähnungspunkten eine einheitliche Antwort findet. Dazu wird unter anderem die Auffassung vertreten, dass die Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung vor allem bei Art. 101 AEUV eine Rolle spiele, da es sich hier um die potentielle Einschränkung von wirksamem Wettbewerb handle. Art. 102 AEUV dagegen behandle jene Fälle, in denen ein wirksamer Wettbewerb aufgrund der Existenz des marktbeherrschenden Unternehmens ohnehin nicht vorhanden sei. In diesen Fällen wäre es aber dennoch möglich, dass das gegenständliche Unternehmen mangels Spürbarkeit seiner missbräuchlichen Verhaltensweisen aus dem Anwendungsbereich des Art. 102 AEUV ausscheide. Dies sei ein nicht wünschenswertes Ergebnis.²⁶⁴ In den neueren Entscheidungen der Rechtsprechung wird das Argument allerdings vermehrt angesprochen und auch für die

²⁶² EuGH 21.2.1973, Rs 6/72, Continental Can.

²⁶³ *Weiß* in *Callies/Ruffert*, EUV-EGV³ (2007) Art. 82 EGV Rz 28.

²⁶⁴ EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, Hoffmann – La Roche.

Beurteilung nach Art. 102 AEUV gefordert. Demnach ist es sehr wohl wesentlich, dass die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten durch das missbräuchliche Verhalten des Marktbeherrschers auch spürbar ist.

Nachdem die Essential Facilities – Doktrin ein wichtiges Element von Art. 102 AEUV im Bereich Telekommunikation und Rundfunk ist, soll auch die diesbezügliche Leitentscheidung des Falles Oskar Bronner gegen Mediaprint aus dem Jahr 1998 erwähnt werden. Bronner verlegt in Österreich die Tageszeitung *Der Standard*. Die Zeitung wurde über Kioske und Postzustellung vertrieben, nicht allerdings über ein Hauszustellungssystem. Das einzige landesweite Hauszustellungssystem in Österreich betreibt der Mediaprint Verlag über eine 100%ige Tochter. Der Mediaprint Verlag vertreibt die beiden Zeitungen *Kurier* und *Neue Kronen Zeitung*, welche zusammen einen Marktanteil auf dem Markt für Tageszeitungen in Österreich von knapp 50% haben. Bronner verlangte vom Mediaprint Verlag nun Zugang zu seinem landesweiten Hauszustellungssystem, um es ebenfalls nutzen zu können und berief sich dabei auf die verbotene missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Das OLG Wien legte die Frage, ob durch die Verweigerung des Zugangs zu diesem Hauszustellungssystem ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV (damals Art. 82 EGV) gegeben sei, dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vor.

Der EuGH verneint im Ergebnis das Vorliegen einer missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch die Zugangsverweigerung zum Hauszustellungssystem und verweist in seiner Entscheidung inhaltlich auf das Urteil im Fall Magill. Danach stelle die Verweigerung einer Lizenz durch den Inhaber eines gewerblichen Schutzrechts als solche, also für sich genommen, noch keinen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar. Nur unter außergewöhnlichen Umständen kann darin ein missbräuchliches Verhalten liegen, wobei diese außergewöhnlichen Umstände vor allem dann in Betracht kommen, wenn der Marktteilnehmer ohne Zugang zu der jeweiligen Einrichtung nicht in der Lage ist, wettbewerbsfähig zu sein und sein Produkt auf dem Markt anzubieten. Auch wurde der Umstand erwähnt, dadurch möglicherweise jeglichen effektiven Wettbewerb auf dem Markt auszuschließen. Eine sachliche Rechtfertigung der Zugangsverweigerung wird als möglich angesehen und darf freilich nicht vorliegen für eine Anwendung des Art. 102 AEUV.²⁶⁵ In der Entscheidung Bronner hat der EuGH somit als Folgeurteil zur Entscheidung im Fall Magill klar hervorgebracht, dass es Grenzen für das Recht auf Zugang gibt und diese relativ klar

²⁶⁵ EuGH 26.11.1998, Rs C-7/97, Bronner/Mediaprint.

gezogen. Zudem wurde intensiv auf die Unterscheidung zwischen dem vorgelagerten Markt und dem nachgelagerten Zugangsmarkt eingegangen.

Das Urteil im Fall IMS Health aus dem Jahr 2004 behandelt ebenfalls das rechtliche Problem der Essential Facilities-Doktrin. Auch hier wurde wiederum festgestellt, dass das entscheidende Kriterium in der Beantwortung der Frage besteht, ob das vorgelagerte Erzeugnis ein für die Lieferung des nachgelagerten Erzeugnisses unerlässliches Element ist. In diesem Fall des EuGH ist die IMS eine Einrichtung, die für Pharmaunternehmen nach Baueinstrukturen formatierte Berichte über den regionalen Absatz von Arzneimitteln in Deutschland erstellt. Die IMS weigerte sich nun, eine Lizenz für die Verwendung der betreffenden Struktur weiterzugeben. Als das ausschlaggebende Element erwies sich in diesem Urteil schließlich derselbe Umstand, der eigentlich auch schon in der Entscheidung Magill von wesentlicher Bedeutung war. Dies ist die Unterscheidung, ob derjenige, der Zugang verlangt, Erzeugnisse oder Dienstleistungen auf dem abgeleiteten Markt anbieten will, die bereits vom Inhaber der Zugangseinrichtung auf dem abgeleiteten Markt angeboten werden oder ob er neue Erzeugnisse oder Dienstleistungen anbieten möchte, die der Inhaber nicht anbietet und für welche aber eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht. Ist in einem solchen Fall eine Weigerung des Inhaber nicht sachlich gerechtfertigt und kann es durch diese Weigerung dazu kommen, dass jeglicher tatsächlicher Wettbewerb ausgeschlossen wird, so liegt sehr wohl ein Verstoß gegen das Verbot des Missbrauchs einer Monopolstellung vor.²⁶⁶

Im Bereich des Verbotes des Missbrauches einer marktbeherrschenden Stellung allgemein gibt es eine unheimlich grosse Zahl an Entscheidungen, wobei nicht alle hier genannt werden können. Zusammenfassend sei das wesentliche Element gemerkt, dass Art. 102 AEUV eine jener Bestimmungen ist, die eine bedeutungsvolle und notwendige Fortentwicklung durch die Rechtsprechung erfahren haben um Erleichterungen für die Praxis zu schaffen, aber auch Rechtssicherheit zu gewährleisten.

II. Die Judikatur im Bereich Telekommunikation

Die kartellrechtlichen Fälle auf europäischer Ebene im spezifischen Sektor Telekommunikation sind nicht nur für die europäische Rechtsprechung und Gesetzgebung von Bedeutung. Sie sind durch ihre Funktion als Präzedenzfälle auch der Grundstein für die

²⁶⁶ Pechstein, Entscheidungen des EuGH⁵ (2009) 694ff.

Durchsetzung von Ansprüchen vor nationalen Gerichten und Behörden. Bei näherer Betrachtung der Bearbeitung von Fällen durch die Kommission kann vor allem erkannt werden, dass im Bereich der Telekommunikation ein bestimmtes Muster von Missbräuchen durch Marktbeherrscher vorherrscht, auf welche sich die Kommission in ihrer Arbeit auf dem Sektor Telekommunikation auch konzentriert. Dieses Muster sieht so aus, dass neuen potentiellen Wettbewerbern auf dem Markt durch den Marktbeherrscher Lieferungen verweigert werden und der Zugang zum Markt somit oder auch auf andere Weise erschwert wird, wodurch in der Folge eine Preiserhöhung der eigenen Produkte zu Lasten der Verbraucher möglich ist. Das bedeutet somit, dass sich die Kommission auf die Preise als Parameter für Wettbewerb konzentriert und die Missbrauchspraktiken, welche am häufigsten untersucht werden in einer Zugangsbehinderung liegen. Lieferverweigerungen betreffen hier nahezu immer Produkte oder Einrichtungen, die im Sinne einer bereits beschriebenen Essential Facility notwendig sind für Mitbewerber um auf dem nachgelagerten Markt ihre Leistungen anbieten zu können. In der Vergangenheit wurde bereits eine Vielzahl von Fällen entschieden, welche verschiedene Formen von Preismissbräuchen behandelten. Kampfpreise und Fälle des Margin Squeeze (Preis-Kosten-Schere) kommen hierbei besonders häufig in Betracht.

Im Fall Wanadoo war die Kommission mit der Untersuchung von der Tarifgestaltung des Unternehmens Wanadoo Interactive, einer Tochtergesellschaft der France Telecom, betreffend das Breitband-Internet für Privatkunden in Frankreich, beschäftigt. Es stellte sich hier das Problem der missbräuchlichen Verwendung von Kampfpreisen. Bereits im Fall AKZO hatte der EuGH zwei verschiedene Kriterien entwickelt, die diesbezüglich maßgeblich sein konnten. Es ist dies einerseits die nicht mögliche Deckung der variablen Kosten durch den angebotenen Preis. Dies bedeutet also, dass die Leistungen des in Frage stehenden Unternehmens zu derart niedrigen Preisen angeboten werden, dass eine Deckung der variablen Kosten für das Anbieten dieser Leistung auf dem Markt nicht möglich ist. Das zweite entwickelte Kriterium besagte, dass zwar die durchschnittlichen variablen Kosten gedeckt werden konnten, allerdings nicht die durchschnittlichen Gesamtkosten und zudem ein Plan für die Verdrängung von Mitbewerbern besteht. Diese Faktoren wurden im Fall AKZO herausgearbeitet. Beide dieser Kriterien wurden im Fall Wanadoo sowohl durch die Kommission als auch durch die Folgeinstanzen in aufeinanderfolgenden Zeitperioden als zutreffend erachtet. Aus diesem Grund kam die Kommission daher auch zu dem Urteil, dass Wanadoo nicht nur Kampfpreise nach der von der Rechtsprechung entwickelten Definition

auf dem relevanten Markt anwandte, sondern dabei auch eine Strategie verfolgte, die auf die Verdrängung von potentiellen und bereits existenten Mitbewerbern ausgerichtet war. Diese Entscheidung wurde von den europäischen Gerichten EuG und EuGH auch inhaltlich gänzlich bestätigt.

Eine wesentliche Fortbildung des Systems des Falles AKZO bestand in der Einteilung der Kosten. Während zuvor nicht abschließend geklärt war wie genau die Einteilung der Kosten in variable und fixe Bestandteile aussehen sollten, wurde im Fall Wanadoo insbesondere für den Sektor Telekommunikation eine Einteilung der Kosten in verschiedene Gruppen herausgebildet. Dabei wurden die Kosten eingeteilt in Netzkosten, Kosten für Kundengewinnung und sonstige Produktionskosten. Unter Netzkosten sind in diesem Zusammenhang sämtliche Kosten zu verstehen, die mit der Nutzung eines Netzes in Verbindung stehen. Darunter fallen Gebühren, Energie, Wartungen und ähnliche Dinge. Die Netzkosten wurden den variablen Kosten zugeordnet, was aufgrund der Tatsache, dass diese entweder von dem Datenvolumen oder von der Kundenzahl abhängen, auch systematisch logisch erscheint. Auch die sogenannten sonstigen Produktionskosten sind variabel je nach der produzierten Menge an Leistungen, die wiederum von der Kundenzahl und dem Datenvolumen abhängt.

Probleme bereiteten in diesem Fall die Kosten für die Gewinnung neuer Kunden. Diese wurden von der Kommission mit der Begründung zu den variablen Kosten gerechnet, dass die Kosten für Werbung ganz gezielt für einzelne Werbekampagnen zur Gewinnung neuer Kunden eingesetzt wurden. Während die Kommission also von einmalig in Abständen getätigten Ausgaben ausging, war Wanadoo dagegen von einer Einstufung als Fixkosten durch permanent getätigte Ausgaben überzeugt. Die Kommission blieb zwar in gewissem Maße bei ihrer Ansicht, relativierte sie allerdings im Sinne des sogenannten Kostendeckungsbeitragsansatzes. Zunächst mussten danach die immer wiederkehrenden Netz- und Produktionskosten abgedeckt werden um anschließend eine Finanzierung von einmaligen variablen Ausgaben für Werbung, Marketing, usw. gewährleisten zu können. Dabei werden zunächst die Kosten und Erlöse für einen bestimmten Zeitraum ermittelt und zusammengefasst. Danach werden die als variabel behandelten Kosten für Kundenaquisition ermittelt, auf einen Zeitraum von 48 Monaten verteilt und somit wie die Abschreibung einer Sachanlage behandelt. Der hierbei gewählte Zeitraum von 48 Monaten soll die durchschnittliche Bindungsdauer eines Kunden darstellen. Durch diese getrennte Kostenprüfung konnten die Kosten bei ihrer Berücksichtigung für die Beurteilung von

Kampfpreisen wesentlich niedriger gehalten werden als bei gemeinsamer Berücksichtigung von variablen Netz- und sonstigen Produktionskosten einerseits und Kundenaquisitionskosten andererseits.²⁶⁷

Bei dieser „Sonderlösung“ wurde vor allem das junge Alter des Internetmarktes berücksichtigt, in den zunächst verhältnismäßig viel für Werbung und Kundengewinnung investiert werden muss um den Markt sozusagen in Gang zu bringen. Auf etablierten Märkten ist dies weniger erforderlich und bestehen auch weit weniger Chancen der erfolgreichen Etablierung als auf einem derart neuen und wachsenden Markt wie der Internetmarkt ist bzw. zum Zeitpunkt dieses Urteils noch stärker war. Damit kann man ein äußerst positives Element in der Entscheidungspraxis innerhalb der Europäischen Gemeinschaft erkennen, nämlich die Bereitschaft zur Fortentwicklung und Anpassung der Prüfungsmaßstäbe wenn die äußeren Umstände dies erfordern. So erforderte im Fall Wanadoo eben die Neuheit des Marktes eine Anpassung der Kostenstruktur, die in den davor ergangenen Urteilen ausgearbeitet wurde. Hierbei ist auch mit zu berücksichtigen, dass nicht nur mehr Investitionen in jüngere Märkte getätigt werden müssen, sondern es auch zu Beginn aufgrund fehlender Etablierung der angebotenen Leistungen mitunter zu Anlaufverlusten kommt.²⁶⁸

In seinem Urteil vom 10.4.2008 befasste sich das Gericht erster Instanz (EuG) mit einem potentiellen Preismissbrauch der Deutschen Telekom durch die Anwendung einer Preis-Kosten-Schere. Es wurde der Zugang zum Telekommunikationsnetz durch den Eigentümer der einzig verfügbaren Infrastruktur nur entgeltlich zur Verfügung gestellt.

Hierin wurde zunächst von der Kommission die Feststellung getroffen, dass auch von einer nationalen Regulierungsbehörde genehmigte Entgelte gegen das Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft verstoßen können, da die Ziele des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts nicht zwingend dieselben sind und die Kommission an keine Entscheidung einer nationalen Behörde im Zusammenhang mit den kartellrechtlichen Vorschriften des AEUV gebunden ist. Weiters wurde untersucht inwieweit eine Missbräuchlichkeit bei einer Kosten-Preis-Schere zwischen vorgelagerten Leistungen für Mitbewerber und nachgelagerten Leistungen für Endkunden gegeben ist. Nach Ansicht der Kommission bemisst sich die Missbräuchlichkeit der Preispolitik eines Unternehmens nach der Unangemessenheit der Spanne zwischen den Folgeleistungen für die Endkunden und den

²⁶⁷ Pries, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht (2009) 59f.

²⁶⁸ Pries, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht (2009) 63.

Preisen für das Ausgangsprodukt, das den anderen Wettbewerbern angeboten wird. Ist die Differenz dieser beiden Komponenten negativ, so ist diese Unangemessenheit gegeben. Dabei ist kein Nachweis einer Missbräuchlichkeit der Endkundenpreise für sich genommen erforderlich. Diese Entscheidung hat sich hauptsächlich mit der Frage der Missbräuchlichkeit der Entgelte beschäftigt, die ein Telekommunikationsbetreiber von seinen Mitbewerbern für die Nutzung des einzig verfügbaren Netzzugangs verlangt. Es handelt sich dabei also um Vorleistungen, die im Ergebnis eine unabdingbare Voraussetzung für die Wettbewerbsfähigkeit auf dem Endkundenmarkt darstellen. Wenn diese eben beschriebene Ausschließlichkeitssituation gegeben ist, so wird eine Preis-Kosten Schere auf diesem Markt zwischen Entgelten für Mitbewerber und Endkundenentgelten das Funktionieren eines wirksamen Wettbewerbs auf diesem Markt generell behindern oder möglicherweise sogar unmöglich machen, da das beherrschende Unternehmen durch die Unterschiede der Entgelte den Markt für sich in Anspruch nehmen und vereinnahmen kann.

Hinsichtlich der Berechnung der Preis-Kosten Schere im Einzelnen ist es der Kommission gestattet, lediglich die Einnahmen aus den Netzzugangsdiensten zu berücksichtigen und sämtliche andere Einnahmen, insbesondere kommen hierbei jene aus den Gesprächsverbindungen in Betracht, außer Acht zu lassen. In das Entgelt für die Netzzugangsdienste (vorgelagerte Dienste) ist auch das Kündigungsentgelt einzurechnen, welches ein Wettbewerber an den zur Verfügung stellenden Marktbeherrscher zu bezahlen hat wenn einer seiner Endkunden den Vertrag über die Netznutzung kündigt. Auch darin sind nämlich Kosten zu sehen, die der Wettbewerber an den beherrschenden Unternehmer, der zugleich Inhaber der einzigen zur Verfügung stehenden Netzzugangseinrichtung ist, zu bezahlen hat im Sinne einer Entgeltleistung für die Nutzung des Netzzugangs.²⁶⁹

Das Gericht stellte nach seiner Prüfung des Falles die Missbräuchlichkeit der vorliegenden Preis-Kosten Schere für Netzzugangsleistungen fest und damit auch einen Verstoß gegen den ex-Artikel 82 EGV (heute Art. 102 AEUV). Die Berufung beim EuGH brachte inhaltlich in diesem Fall keine Neuerung, da die Entscheidung gegen die Deutsche Telekom wegen des Missbrauchs der beherrschenden Stellung auf dem Markt für Festnetztelefonie in Deutschland bestätigt wurde.

Ausschlaggebender Nachteil der unterschiedlichen Entgelte für Wettbewerber und Endkunden ist der Umstand, dass es den Wettbewerbern durch ihre eigenen Kosten in Form von den

²⁶⁹ EuG 10.4.2008, Rs T-271/03 , Deutsche Telekom.

Entgelten, welche sie für den Netzzugang zu bezahlen haben, nicht möglich ist, die eigenen Endkundenpreise annähernd so niedrig zu halten wie sie vom Eigentümer der Netzzugangseinrichtung angeboten werden. Demnach werden die Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens Deutsche Telekom dadurch eigentlich wettbewerbsunfähig gemacht. Der EuGH stellte in seiner Bestätigung des Urteils des EuG auch klar, dass eine derartige Praxis mitunter auch zum Nachteil der Verbraucher gereiche, weil das beherrschende Unternehmen durch die mit der Preis-Kosten Schere bewirkte Stärkung seiner Stellung den Verbrauchern zwar keine Erhöhung des Preises zu Lasten der Verbraucher per se bewirke, allerdings den Konsumenten die Wahlmöglichkeiten zwischen mehreren Anbietern verwehre.²⁷⁰

Der Gerichtshof sieht auch die von Kommission und EuG verwendete Methode des „ebenso effizienten Wettbewerbers“ als zulässig und geeignet an.²⁷¹ Es soll damit beurteilt werden können, ob ein ebenso leistungsfähiger Wettbewerber wie der Marktbeherrscher in der Lage wäre zu den von dem beherrschenden Unternehmen aufgestellten Bedingungen wettbewerbsfähig zu sein und keine Verluste zu erleiden. Mit dieser Technik kann zweifelsfrei festgestellt werden, ob die Bedingungen bewältigbar sind oder nur zur Verdrängung der anderen Wettbewerber auf dem Markt führen können. Es lässt sich auf diese Art einigermaßen genau feststellen, ob es der Deutschen Telekom wirtschaftlich möglich gewesen wäre ihre Endkundendienste verlustfrei anzubieten, wenn sie vorher selbst ihre eigenen Zwischenabnehmerentgelte für Vorleistungszugangsdienste hätten zahlen müssen. Diese Prüfung ergab, dass ein ebenso leistungsfähiges Unternehmen wie die Deutsche Telekom auf dem deutschen Festnetzmarkt nicht in der Lage gewesen wäre die in Frage stehenden Entgelte zu bezahlen, ohne damit im Ergebnis wirtschaftliche Verluste zu machen.²⁷²

Im Urteil des Falles TeliaSonera Sverige AB aus dem Februar 2011 entschied der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens über eine Streitigkeit zwischen der schwedischen Wettbewerbsbehörde und der TeliaSonera. Die Wettbewerbsbehörde hatte nach nationalem Recht einen Verstoß gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot für Marktbeherrscher festgestellt und in weiterer Folge eine Geldbuße über TeliaSonera verhängt. TeliaSonera ist der traditionelle schwedische Anbieter von Festnetzleistungen und verfügte früher über diesbezügliche ausschließliche Rechte. Auch diese Entscheidung befasst sich mit

²⁷⁰ EuGH 14.10.2010, Rs C-280/08 P, Deutsche Telekom.

²⁷¹ <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-10/cp100104de.pdf>, 26.5.2011.

²⁷² <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-10/cp100104de.pdf>, 26.5.2011.

der Missbräuchlichkeit einer durch den beherrschenden Unternehmer hervorgerufenen Preis-Kosten-Schere. Im Rahmen des Umstieges der Internet-Einwählverbindung zu einer Internet-Breitbandverbindung aufgrund schnellerer Übertragungsmöglichkeiten zur Jahrtausendwende bot die TeliaSonera die gefragten Breitbandanschlüsse auf verschiedene Arten an. Einerseits bot sie den vollständig entbündelten Zugang an, zu dem sie rechtlich verpflichtet war, andererseits bot sie ein ADSL-Vorleistungsprodukt an. Mit diesem Vorleistungsprodukt war es den Betreibern möglich Breitbandanschlüsse für Endkunden zur Verfügung zu stellen. Schließlich wurden den Endkunden auch noch Breitbandanschlüsse von TeliaSonera direkt angeboten. Es stand nun die Frage zur Diskussion, ob die TeliaSonera durch ein Missverhältnis zwischen den ADSL-Vorleistungsprodukten und den Breitbandanschlüssen für ihre Endkunden, durch welches es dem Unternehmen nicht möglich war die eigenen Kosten für die Erbringung der Dienste an die Endkunden zu decken. Das Vorliegen derartiger Umstände wurde erkannt und es wurden einige Merkmale behandelt, von denen die Missbräuchlichkeit einer Preispolitik des beherrschenden Unternehmens im Einzelnen abhängig sein kann.²⁷³

Demnach sind in erster Linie Preise und Kosten des betreffenden Unternehmens auf dem Endkundenmarkt zu berücksichtigen. Nur wenn diese Vorgehensweise aus bestimmten Gründen nicht möglich ist, sind die Preise und Kosten der Wettbewerber stattdessen zu berücksichtigen. Ebenso ist zumindest die potentielle Eignung der angewandten Preispolitik zur Auslösung einer wettbewerbswidrigen Wirkung auf dem Endkundenmarkt nachzuweisen, insbesondere in Anbetracht der Unentbehrlichkeit des Zugangs.

Dagegen ist für die Beurteilung allerdings irrelevant, dass das genannte Unternehmen nicht auch auf dem Endkundenmarkt für Breitbanddienste eine beherrschende Stellung hat sowie, dass das beherrschende Unternehmen praktisch keine Möglichkeit hat die Verluste auszugleichen, die ihm durch eine derartige Preispolitik selbst entstehen könnten. Zudem ist es ohne Bedeutung, in welchem Grad die jeweiligen Märkte sich entwickelt haben und ob aufgrund von neuer Technologie höhere Investitionen geboten erscheinen.²⁷⁴ Es ist demnach also nicht zu berücksichtigen, dass ein Unternehmen so niedrige Preise für seine Endkunden anbietet, dass er selbst keine Gewinne mehr erzielen kann und dadurch einen wirtschaftlichen Schaden erleidet. Dies ist vor allem deshalb unbeachtlich, weil der beherrschende Unternehmer schließlich nach Verdrängung der anderen Wettbewerber vom Markt die Preise

²⁷³ EuGH 17.2.2011, Rs C-52/09, TeliaSonera Sverige.

²⁷⁴ EuGH 17.2.2011, Rs C-52/09, TeliaSonera Sverige.

wieder erhöhen kann und somit seine Verluste auszugleichen vermag. Auch die höheren Investitionen auf einem jungen Markt können nicht ins Kalkül gezogen werden, da dadurch trotzdem kein Missverhältnis im Sinne einer Preis-Kosten-Schere zu rechtfertigen ist. Eine derartige Schere erschwert anderen Marktteilnehmern die nötigen Investitionen nämlich in einem nicht zu bewältigenden Ausmaß.

Auf nationaler Ebene entschied der deutsche BGH mit seinem Urteil vom 30.3.2004 gegen das marktbeherrschende Unternehmen Deutsche Telekom unter Anwendung des nationalen kartellrechtlichen Missbrauchsverbotes nach § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 GWB iVm § 33 GWB. Danach erschien es dem BGH bedenklich, dass das den Markt für Festnetzanschlüsse beherrschende Telefonunternehmen zusammen mit einem Tochterunternehmen, das auf dem Markt für den Internetzugang bereits über eine starke Stellung verfügt, ISDN-Anschlüsse gekoppelt mit einem Internetzugang anbietet. Eine derartige Koppelung erachtete der BGH als kartellrechtlich verboten, wenn von dem Koppelungsangebot eine tatsächliche Sogwirkung ausgeht und ein erheblicher Teil der ISDN-Kunden gerade aufgrund dieser Kopplung für andere Anbieter von Internetzugängen verloren ist. Dies gilt selbst dann, wenn die Kopplung der beiden Leistungen für den Abnehmer im Rahmen des Angebotes nicht zwingend ist, also das Kopplungsangebot den Kunden zu nichts verpflichtet und ihm die Möglichkeit offen lässt Kunde eines anderen Anbieters sowohl von Internet- als auch von Telefonleistungen zu werden.²⁷⁵

Auch der österreichische OGH musste sich in seiner Entscheidungspraxis schon mit Missbrauchspraktiken von Telekommunikationsunternehmen mit beherrschender Stellung befassen. So wurde mit der Entscheidung vom 20.12.2004 der Telekom Austria, welche als ehemalige Monopolistin immer noch eine beherrschende Stellung auf dem Telekommunikationsmarkt in Österreich behalten konnte, aufgetragen, den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Dieser bestand in der Gestaltung der Tarife der Telekom Austria, die günstigere Tarife für die Anschlussleistung im Rahmen einer Koppelung von Anschlussleistung und Verbindungsleistung boten als für eine reine Anschlussleistung per se. Die verbotene Handlung bei einer Beurteilung im Lichte des § 35 KartG ist hier allerdings nicht in der gekoppelten Anbietung von Anschluss- und Verbindungsleistung zu sehen, sondern in dem preislich niedrigeren Angebot der Anschlussleistung im Rahmen dieses Angebotes im Vergleich zum Angebot der reinen

²⁷⁵ BGH 30.3.2004, Rs KZR 1/03, Der Oberhammer.

Anschlussleistung. Das gegenständlich beherrschende Unternehmen ist Marktführer in der Festnetztelefonie und infolge dieses Umstandes handelte es sich in diesem Fall um Festnetztelefonanschlüsse.²⁷⁶ Hiermit wird gezeigt, dass nicht das Koppeln von Leistungen generell verboten sein soll, sondern lediglich eine missbräuchlich angewandte Kopplung unter das Missbrauchsverbot für beherrschende Unternehmen fällt. Unter Verbindungsleistungen wie hier erwähnt sind Rabatte für Gesprächsgruppen, unentgeltliche Freiminuten an Gesprächsdauer sowie sogenannte „Auslandspakete“ und ähnliche Leistungen des Telekommunikationsbetreibers zu verstehen.

Das erwähnte Beispiel war nicht das einzige Mal, dass sich der OGH mit einem Missbrauch durch Koppelungsgeschäfte im Bereich der Telekommunikation auseinandersetzen musste. Aufgrund der starken Marktstellung der Telekom Austria beschäftigen sich die Entscheidungen auf dem Telekommunikationssektor in Österreich hauptsächlich mit Verstößen dieses Betreibers gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot.

Angesichts dieser Untersuchung zeigt sich, dass nicht nur die Preismissbräuche im klassischen Sinn, welche freilich in der Judikatur auf europäischer Ebene eine unumstritten grosse Bedeutung haben, sondern auch die Missbräuche durch das Angebot von gekoppelten Leistungen von einer hohen Wichtigkeit und praktischen Häufigkeit auf dem Sektor Telekommunikation sind. Mit einer Koppelung wie in den vorliegenden Fällen wird im Ergebnis ebenfalls wie bei den Preismissbräuchen eine Kundengewinnung durch ein preislich möglichst günstiges bzw. möglichst günstiges Verhältnis von Preis und Leistung für den Kunden angestrebt. Grundsätzlich ist natürlich in diesem Zusammenhang zu bemerken, dass freilich der Preismissbrauch und die Lieferverweigerung generell missbräuchliche Verhaltensweisen darstellen, mit denen sich die Entscheidungspraxis in allen Sektoren und Wirtschaftsbereichen häufig zu beschäftigen haben und nicht nur auf den Telekommunikationssektor zu reduzieren sind.

Auch betreffend jene Unternehmen in beherrschender Stellung, die verpflichtet sind, anderen Anbietern Zugang zu für sie notwendigen Einrichtungen zu bieten, sind die Gerichte im Telekommunikationsrecht mitunter mehrmals tätig geworden. Beispielsweise hat das deutsche Bundesverwaltungsgericht in Anwendung des nationalen deutschen Rechts klargestellt, dass ein marktbeherrschendes Telekommunikationsunternehmen, in diesem Fall in Deutschland

²⁷⁶ OGH 20.12.2004, Rs 16 Ok 12/04.

natürlich die Deutsche Telekom auf dem Festnetzmarkt, Entgelte für ihm auferlegte Zugangsverpflichtungen grundsätzlich in standardisierter Form vorlegen muss. Die Entgelte wurden davor je nach Arbeitszeit und nach anzuwendendem Stundensatz im Einzelfall berechnet. Nunmehr wurden die Zugangsentgelte mit dem Urteil vom 25.11.2009 der vorherigen Genehmigung unterworfen.²⁷⁷ Hier kommt eine Koppelung der missbräuchlichen Verhaltensweisen Preissmissbrauch und Liefer- bzw. Zugangsverweigerung in Betracht. In so einer Situation ist ein hohes Gefahrenpotential zu sehen und daher wurde dem marktbeherrschenden Telekommunikationsunternehmen notwendigerweise eine Preiskontrolle für die Zugangsleistungen auferlegt.

III. Entscheidungen im Bereich Rundfunk

Eine Reihe von wichtigen Entscheidungen im Hinblick auf das europäische und nationale Kartellrecht erging auch im Bereich der Rundfunkleistungen innerhalb Europas. Es können auch hier nicht alle Fälle genannt und besprochen werden, daher werden auch für den Sektor Rundfunk einige wesentliche Entscheidungen und ihre wichtigen Punkte für die Entwicklung und Weiterentwicklung der Praxis dargestellt. Ebenso wie auf dem Telekommunikationssektor ist auch der Rundfunk ein Gebiet, in dem es traditionell ehemalige staatliche Monopole gab. Diese haben in der Folge oftmals beherrschende Unternehmen auf dem jeweiligen Markt bleiben können. Daher ist auch hier die Gefahr von einer Übermacht dieser marktführenden Unternehmen und einer diesbezüglichen Ausnutzung auf den nationalen Märkten durchaus gegeben.

Eine zentrale Entscheidung betreffend den Missbrauch von Monopolstellung im Rundfunk ist das Urteil des EuGH Kanal 5 und TV 4 aus dem Jahr 2008, welches die Erhebung einer Gebühr für die Übertragung von Musikwerken in Schweden behandelt. Kanal 5 und TV 4 waren kommerzielle Rundfunkanstalten in Schweden. STIM war ein Verband, der ein de facto Monopol in Schweden für die Ausstrahlung von urheberrechtlich geschützten Musikwerken in Schweden hatte. Je nach Dauer von Musikübertragungen erlegte STIM den Rundfunkanbietern eine Vergütung für die Übertragung von Musikwerken in Höhe eines Prozentsatzes ihrer Einnahmen aus Fernsehübertragungen auf. Bezüglich der öffentlich-rechtlichen Sender Sveriges Television (SVT) war diesbezüglich ein im Voraus vereinbarter Pauschalbetrag vereinbart. Der EuGH sah im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens zwar das Vergütungsmodell grundsätzlich nicht als eine missbräuchliche Verhaltensweise an,

²⁷⁷ BVerwG 25.11.2009, Rs 6 C 34.08.

wohl aber den Umstand, dass bezüglich der Vergütung ein Unterschied zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Fernsehsendern gemacht werde und damit die marktbeherrschende Stellung von STIM zum Nachteil der privatrechtlichen Rundfunkanbieter missbraucht werde. STIM behindere durch diese Verhaltensweise die privatrechtlichen Rundfunksender auf dem Markt in ihrer Wettbewerbsfähigkeit und Konkurrenzfähigkeit gegenüber anderen Rundfunkanstalten. So wurde festgestellt, dass durch eine solche Praxis unterschiedliche Bedingungen für gleichwertige Leistungen durch den Marktbeherrscher angewandt wurden und so die privaten Fernsehgesellschaften im Wettbewerb benachteiligt würden. Das vorlegende Gericht wird demnach schließlich zu prüfen haben, ob sich eine derartige Praxis objektiv durch gewisse Umstände rechtfertigen lässt, wie es bereits in den Fällen United Brands und British Airways der Fall war. Eine derartige Rechtfertigung könnte sich insbesondere aus der Aufgabe und der Art der Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Unternehmen ergeben.²⁷⁸

Es kamen im Rundfunk in rechtlicher Hinsicht immer wieder Kontrollen von Zusammenschlüssen von Unternehmen vor, weil man eine Entstehung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung auf dem Markt als für den Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt bedrohlich ansah. So entschied der EuGH in seinem Urteil im Fall Endemol Entertainment/Kommission aus dem Jahr 1999, dass ein Zusammenschluss von drei verhältnismäßig marktmächtigen kommerziellen Fernsehsendern RTL, Veronica und Endemol zu dem Gemeinschaftsunternehmen Holland Media Groep (HMG) untersagt sei. Dieser Ansicht waren sowohl die Kommission als auch in der Folge der EuGH, da diese drei Rundfunkveranstalter durch ihren Zusammenschluss auf den eng miteinander verbundenen Märkten der Fernsehsendungen und der Fernsehwerbung gegenüber den öffentlichen Rundfunkveranstaltern in den Niederlanden eine zu starke Stellung erhalten würden, mit der die anderen Veranstalter im Wettbewerb nicht mehr wirksam konkurrieren könnten. Im Sinne der Fusionskontrollverordnung (hier kam Artikel 3 zur Anwendung) war daher dieser Zusammenschluss zu untersagen.²⁷⁹ Auch in Deutschland entschied der BGH mit Beschluss vom 8.6.2010, dass ein Zusammenschluss von Springer/ProSieben-Sat1 zu Recht durch das Bundeskartellamt untersagt wurde, da eine derartige Fusion die ohnehin bereits bestehende marktbeherrschende Stellung nur noch zusätzlich verstärken würde. In diesem Sinne war die Fusionskontrolle dahingehend kartellrechtlich anzuwenden, dass eine solche Verstärkung zu

²⁷⁸ EuGH 11.12.2008, Rs C-52/07, Kanal 5 und TV 4.

²⁷⁹ EuGH 28.4.1999, Rs T-221/95, Endemol.

verbieten war. Vor dem Zusammenschluss habe ein marktbeherrschendes Oligopol auf dem Fernsehwerbemarkt bestanden, welches durch die von den Rundfunkveranstaltern Springer und ProSieben-Sat 1 geplante Fusion noch weitergehend verstärkt worden wäre. Damit wären die anderen Konkurrenten in ihren Wettbewerbschancen naturgemäß drastisch eingeschränkt worden.²⁸⁰

Derartige Fälle finden sich im Rundfunksektor nicht gerade selten, was daran liegt, dass die Anzahl starker staatlicher Anbieter häufig nicht sehr gross ist und diesen Veranstaltern wie bereits erwähnt häufig schon entwicklungsgeschichtlich eine starke Stellung zukommt. Nachdem die neu auf den Markt kommenden Sender meist private Rundfunkanbieter sind, sind es auch diese, die es mehr zu schützen gilt vor einer Übermacht der existenten marktmächtigen Rundfunkanstalten. Wohl zu bemerken ist aber auch, dass auch andere Konstellation wie im behandelten Fall Endemol/Kommission denkbar und möglich sind, wo die privaten Veranstalter sehr marktstark geworden sind, sich etablieren konnten, und nunmehr – etwa durch Zusammenschlüsse – versuchen, die öffentlichen Sender noch weiter zurückzudrängen.

IV. Effects-based approach versus form-based approach

Die Judikatur hat durch eine in den letzten Jahren im Kartellrecht immer lauter werdende Diskussion der „Wirtschaftlichkeit des Wettbewerbsrechts“ einige Fortentwicklungen erfahren, die durch die Modernisierung des Gedankens des Wettbewerbsrechts geprägt waren. Es wurde in diesem Zusammenhang vermehrt auf den Sinn, den man bei der Schaffung des Wettbewerbsrechts im Auge hatte, zurückgegriffen. Das Kartellrecht sollte immer mehr von der Orientierung des Urteils und der Strafe am gesetzten Verhalten an sich abgehen und sich stattdessen mehr den Auswirkungen, die schließlich in negativer Hinsicht verhindert werden sollten, widmen. Dass die Auswirkungen dem europäischen Gesetzgeber bei Art. 102 AEUV nicht gleichgültig sind, kann man schon an seinem Wortlaut erkennen, der ebenfalls auf die Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten abstellt.

Der Gedanke eines „more economic and effects-based approach“ ist grundsätzlich aus dem amerikanischen Recht in das europäische Rechtsdenken gelangt. Dieses war dem europäischen Recht vor allem in der Hinsicht voraus, dass wirtschaftliche Zusammenhänge und Auswirkungen Grundlage der Konstruktion des rechtlichen Systems darstellten.²⁸¹ So

²⁸⁰ BGH 8.6.2010, KVR 4/09.

²⁸¹ Kleißl/Sandrock, Lizenzkartellrecht in der amerikanischen und europäischen Rechtsordnung (2008) 163.

viele Möglichkeiten in der Effektivität dieser neue Ansatz mit sich bringt um schneller zu wirkungsvollen Lösungen im Rechtsleben zu gelangen, so viel Kritik wurde auch bereits an der ökonomischen Analyse geübt. Diese besteht hauptsächlich in Bedenken bezüglich der Rechtsförmlichkeit des Kontrollverfahrens, der Vereinbarkeit mit der bisherigen Rechtsprechung und administrativer sowie judizieller Effizienz.²⁸² Also stehen die Möglichkeiten des Ansatzes formellen und bürokratischen Systemproblemen gegenüber.

Für den „effects-based approach“, der nunmehr im Gegensatz zum „form-based approach“ vermehrt im Kartellrecht Anwendung findet, ist das Marktverhalten von essentieller Bedeutung. Oftmals können die beiden dem Wettbewerbsrecht zugrunde liegenden Schutzzwecke der Wettbewerbsstruktur und des Verbraucherschutzes miteinander konkurrieren und in verschiedene Richtungen gehen. Man kann damit nicht beiden Zielen gerecht werden, sondern muss sich für eines entscheiden. Derartige Konkurrenzprobleme können durch den wirkungsorientierten Ansatz möglicherweise in der Praxis gelöst werden, und zwar durch längerfristiges Vorausdenken. Kurzfristig betrachtet werden die Verbraucherinteressen wohl meist unabhängig von der jeweiligen Ausgestaltung der Marktstruktur sein. Blickt man allerdings auf den Markt und seine strukturellen Strukturveränderungen auf dem Markt hervorgerufen werden, berücksichtigt werden.²⁸³ Der wesentliche Unterschied zwischen dem „form-based approach“ (verhaltensorientierter Ansatz) zum „effects-based approach“ (wirkungsorientierter Ansatz) ist der Umstand, dass ersterer das Verhalten an sich beurteilt und verpönt oder eben nicht, ohne auf das Gesamtbild sämtlicher Schutzzwecke eines Rechtsgebietes zu achten und das Verhalten in einem weiteren Kontext zu sehen. Mit dem wirkungsorientierten Ansatz ist es daher bei richtiger Anwendung möglich, positive Ergebnisse für den Wettbewerb zu erzielen und sich weniger mit komplexen Details der Einzelfälle aufzuhalten. Der sogenannte „effects-based“ oder auch „more economic approach“ stellt eine Möglichkeit der flexibleren Betrachtung der Vorteile und Nachteile für den Wettbewerb im jeweiligen speziellen Fall dar.²⁸⁴

Legt man nun das Augenmerk im Besonderen auf den Umstand der Berücksichtigung von längerfristigen nachteiligen Auswirkungen auf dem Markt, so wäre ein gutes Beispiel zur Vorführung die Kampfpreisunterbietung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen. Hier erleiden die Konsumenten naturgemäß zunächst keinerlei Nachteile, vielmehr kommen sie dadurch zu wirtschaftlichen Vorteilen durch das Angebot von niedrigen Preisen. Erst in einer

²⁸² Rittner/Dreher, *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht: eine systematische Darstellung*³ (2008) 734.

²⁸³ Henning-Bodewig, *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire* (2009) 275.

²⁸⁴ Odudu, *A new economic approach to Article 81 (1) EGV?* *European law review* Feb/2002.

zeitlich späteren Phase erleiden die Verbraucher Nachteile, die freilich für wirtschaftlich Erfahrene vorhersehbar waren. Das marktbeherrschende Unternehmen erhöht zumeist in diesen Fällen später nicht nur die Preise, welche die Verbraucher für die Leistung bzw. das Produkt zu bezahlen haben, sondern nimmt dem Verbraucher auch die Wahlmöglichkeiten des Angebotes, da mit den Kampfpreisen es zum Ausschluss einiger oder sämtlicher Mitbewerber kommt.

Ähnlich negativ könnte sich die Weigerung eines beherrschenden Unternehmens Geschäfte mit Mitbewerbern abzuschließen auf die Konsumenten bei langfristiger Beobachtung der Auswirkungen eines solchen Verhaltens darstellen. Es könnte nach den durch die Rechtsprechung dazu entwickelten Voraussetzungen für die Missbräuchlichkeit, nämlich das Angebot eines neuen Produktes, für das erwiesenermaßen Bedarf und Nachfrage bei den Konsumenten besteht, dazu kommen, dass ein neues Produkt möglicherweise trotz Nachfrage nicht auf den Markt kommen kann. Dies stellt im Ergebnis einen klaren Nachteil für die Verbraucher dar.²⁸⁵

Dieses Modell wurde wie bereits erwähnt, nicht immer im europäischen Kartellrecht angewandt. Vielmehr war es vormals durch ein verhaltensorientiertes Handeln geprägt. Zu Beginn der 90iger Jahre begann die Diskussion in Europa, ob die verhaltensorientierte Vorgehensweise im Wettbewerbsrecht im Hinblick auf die gesetzlichen Ziele nicht etwas kurzfristig sei. In der Folge präsentierte die Kommission im Jahr 1997 ein Grünbuch, in dem sie die Notwendigkeit der Anwendung und die grundlegenden Elemente vorbrachte. Die Kommission war dabei der Ansicht, dass für den Schutz des Wettbewerbs ein Umdenken erforderlich sei und ein Ansatz gewählt werden sollte, der sich auf die Auswirkungen und Effekte der Wettbewerbspraktiken auf dem jeweiligen Markt bezieht. So sollten zunächst vertikale Wettbewerbsvereinbarungen im Lichte der jeweiligen Marktumstände im Einzelfall analysiert werden um mögliche positive und negative Effekte hinsichtlich des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu vergleichen. Später bezog man auch horizontale Wettbewerbsvereinbarungen zwischen Mitbewerbern in diese Vorgehensweise ein.²⁸⁶ Wesentlich hat die Kommission in ihren Richtlinien, welche dieses Thema betreffen, neue Ansatzpunkte bei der Betrachtung des Ausschlusses von Mitbewerbern aufgrund von kartellrechtlich verpönten Verhaltensweisen herausgearbeitet. Danach ist es weder zielführend sich nur auf den Ausschluss von Mitbewerbern allgemein zu konzentrieren, noch sich

²⁸⁵ *Mateus/Moreira*, Competition Law and Economics (2010) 167.

²⁸⁶ *Basedow*, Structure and Effects in EU Competition Law (2011) 13f.

lediglich auf den Ausschluss von Mitbewerbern zu konzentrieren, der Nachteile für die Verbraucher mit sich bringt. Im ersteren Fall würde dies nämlich im Ergebnis weitgehend zu einem Schutz der Mitbewerber und nicht der Konsumenten führen, in zweiterem Fall dagegen lediglich zum Schutz der Verbraucher. Zu einer Kombination der Wettbewerbsziele kann es daher nur durch eine Berücksichtigung beider Komponenten kommen. Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Blickwinkeln hat mittlerweile auch in den Schriftwerken der Kommission zu Art. 102 AEUV Niederschlag gefunden. Bei der Anwendung dieses wirkungsorientierten Ansatzes gibt es kein derart formales Vorgehen wie bei der verhaltensorientierten Prüfung, welche klar die Verhaltensweisen unter die gesetzlichen Vorschriften subsumiert und in der Folge zu einem Ergebnis gelangt. Vielmehr sind hier mehrere Elemente und Indikatoren zu beachten um die Auswirkungen eines Verhaltens einschätzen, untersuchen und analysieren zu können. Dabei ist das in Frage stehende Verhalten auf seine nachteiligen Auswirkungen auf die Verbraucher zu prüfen, da dies ein zentraler Bestandteil eines effects-based approach im Wettbewerbsrecht ist. Dabei kann man zunächst davon ausgehen, dass die Verbraucher nur von einem Unternehmen mit hinreichend grossem wirtschaftlichem Einfluss Schaden erleiden können. Dieser kann wiederum meistens einigermaßen einwandfrei an dem Marktanteil des Unternehmens gemessen werden. Unternehmen mit beherrschender Stellung auf dem relevanten Markt werden dieses Kriterium in aller Regel erfüllen.

Freilich müssen diese negativen Effekte, die durch das missbräuchliche Verhalten ausgelöst werden in der Praxis auch bewiesen werden. Die Notwendigkeit eines Beweises ist nicht nur für kurzfristige Effekte gegeben, sondern eben durch diesen Ansatz auch für langfristige nachteilige Effekte. So ist es für die Rechtsprechung beispielsweise nun nicht mehr ausreichend bei Geschäftsverweigerungen lediglich kurzfristige Nachteile für Verbraucher in Form von Preisanstiegen nachzuweisen.²⁸⁷

Die Erfahrung in der Rechtspraxis zeigt freilich, dass *per se* Regeln im Sinne der Rechtssicherheit wohl geboten erscheinen, dies hindert aber nicht daran, die Auswirkungen in die rechtliche Beurteilung des Verhaltens einfließen zu lassen. Es sind nur jene Verhaltensweisen demnach als *per se* verboten zu sehen, welche für gewöhnlich voraussehbare negative Effekte auf das Marktgeschehen haben. Daher werden Regeln benötigt, die einerseits zwar in ihrem Ergebnis vorhersehbar sind, andererseits aber auch sehr

²⁸⁷ Basedow, Structure and Effects in EU Competition Law (2011) 16ff.

effizient angewendet werden können.²⁸⁸ So gibt es einerseits im Rahmen des Art. 102 AEUV Verhaltensweisen, die schon für sich genommen derartig verpönt und missbräuchlich erscheinen, dass für sie eine *per se* Regulierung orientiert am Verhalten selbst weiterhin problemlos bestehen kann. Andererseits gibt es aber Verhaltensweisen, die wesentlich diffiziler ausgestaltet sind und bei denen eine Berücksichtigung, Prüfung und Analyse ihrer positiven und negativen Auswirkungen geboten ist.

Hauptkritikpunkt an der Anwendung des wirkungsorientierten Ansatzes ist die mangelnde Rechtssicherheit, die von Kritikern hervorgehoben wird. Naturgemäß ist bei einer Untersuchung der Auswirkungen eines Verhaltens im Einzelfall der Faktor Rechtsunsicherheit wesentlich grösser als bei der Beurteilung am Verhalten selbst, welches in Form eines Verhaltensunrechts im Gesetz klar niedergeschrieben ist.²⁸⁹ Genau hierbei ist eine Abwägung vorzunehmen, welches Verhalten derart stark verpönt ist, dass es *per se* als verboten angesehen werden kann und in welchen Fällen eine wirtschaftliche Betrachtung im Sinne des „more economic approach“ vorgenommen werden soll.

Angesichts der Berücksichtigung von positiven und negativen Effekte in diesem Zusammenhang, ist es durch einen Vergleich beider Komponenten möglich, dass die positiven Effekte die negativen ausgleichen und die Wirkung somit nicht mehr als nachteilig eingestuft werden kann. Ausserdem sollte man rein rechtstechnisch nicht außer Acht lassen, dass bei Anwendung dieser Methode die detaillierte Beachtung der einzelnen verpönten Verhaltensweisen nicht mehr ganz so viel Gewicht hat wie sie es im Rahmen des verhaltensorientierten Ansatzes hatte. Nunmehr werden alle Verhaltensweisen am selben Maßstab gemessen, nämlich an ihren Auswirkungen.

Der EuGH hat in den vergangenen Jahren nicht immer einen kausalen Zusammenhang zwischen dem gesetzten Verhalten und seinen negativen Auswirkungen, wie beispielsweise einen Schaden für die Verbraucher, für die Anwendung von Art. 102 AEUV gefordert. Allerdings hat auch der EuGH bereits die Entwicklung zur Wichtigkeit einer Abschätzung von Langzeitfolgen für den Wettbewerb in seiner Judikatur mitgemacht. Insbesondere zeigte

²⁸⁸ *Mateus/Moreira*, Competition Law and Economics (2010) 162.

²⁸⁹ *Drexel/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach (2011) 61.

sich dies im Fall *Microsoft*, wo gerade auf diese Langzeitwirkungen Rücksicht genommen wurde in der Beurteilung eines potentiell missbräuchlichen Verhaltens.²⁹⁰

Im Fall *Microsoft* wurde dem Unternehmen in marktbeherrschender Stellung vorgeworfen, es habe seine Übermacht auf dem Markt für PC-Betriebssysteme dazu missbraucht, den Datenaustausch zwischen Windows und der Server-Software anderer Anbieter durch das Vorenthalten von Informationen – im Detail Schnittstelleninformationen – zu behindern. Dieser Vorwurf betraf die Verhaltenskategorie Geschäfts- bzw. Lieferverweigerung. Zudem wurde Microsoft allerdings noch zum Vorwurf gemacht, dass es sein Windows-Betriebssystem entgegen den Vorschriften des Kartellrechts mit dem Programm „Windows Media Player“ im Rahmen eines Koppelungsgeschäftes verknüpft habe.²⁹¹ Die Kommission hat in ihrer Entscheidung den wirkungsorientierten Ansatz angewandt und langfristige Nachteile einer solchen Praxis geprüft und festgestellt. Es wurde dabei mitunter argumentiert, dass das Vorenthalten von Schnittstelleninformationen durch Microsoft zu einer Behinderung von Entwicklung und Innovation auf dem Gebiet der PC-Betriebssysteme führt und damit sich im Endeffekt negative Auswirkungen für die Konsumenten ergeben, denen es verwehrt wird in den Genuss dieser Innovation zu gelangen.²⁹² Dabei wurde von der Kommission das „neue System“ angewandt und diese Praxis von Microsoft verboten, ohne das Verhalten an sich als missbräuchlich einzustufen. Für die Geschäfts- bzw. Lieferverweigerung hatte die europäische Judikatur drei Kriterien entwickelt um eine Missbräuchlichkeit als gegeben annehmen zu können. Diese waren im gegenständlichen Fall nicht erfüllt, da es sich um kein neues Produkt handelte, für das Nachfrage bestand. Unter Anwendung des wirkungsorientierten Ansatz bei der Prüfung der Frage der Missbräuchlichkeit des Verhaltens war es aber dennoch möglich zu einer Sanktionierung des Marktbeherrschers Microsoft zu gelangen. Auch hinsichtlich der vorgeworfenen Koppelung von Produkten betonte die Kommission das Argument, dass durch eine derartige Koppelung es nicht möglich wäre den Markt für inhaltlich ähnliche Produkte wie „Windows Media Player“ positiv zu entwickeln, weswegen es wiederum Verbrauchern nicht möglich sei in den Genuss von Neuerungen zu kommen. Dadurch erleiden die Verbraucher im Ergebnis einen Schaden.

Dieser in der Literatur auch als „more economic approach“ bezeichnete Ansatz, der zum Ziel hat, das Recht wirtschaftlich effizient anzuwenden und daher auch wirtschaftliche Aspekte in die rechtliche Beurteilung praktischer Verhaltensweisen einfließen lässt, ist der einigermaßen

²⁹⁰ *Mateus/Moreira*, Competition Law and Economics (2010) 163.

²⁹¹ *Bosse*, Das europäische Kartellverfahren gegen Microsoft (2008) 1ff.

²⁹² *Kokkoris/Lianos*, The reform of EC competition law (2010) 12.

erfolgreiche Versuch einer Verbindung von Recht und Wirtschaft.²⁹³ Es soll dadurch zielorientierter gearbeitet werden können und das Rechtsleben ebenso wie das Wirtschaftsleben entlastet und von unnötigen Aufwendungen und Ausgaben befreit werden. Festzuhalten ist, dass nicht nur die USA sondern auch die EU offen ist für diesen Ansatz in der Rechtsprechung und teilweise in manchen Fällen die gerichtliche Praxis auch schon mit der langfristigen Berücksichtigung von Auswirkungen auf Markt und Wettbewerb gearbeitet hat. Auch wenn auf diesem Gebiet noch eine Menge Forschung und Bearbeitung erforderlich ist, um möglicherweise eine systematische Anleitung für die Vorhersage der Auswirkungen bieten zu können, kann gesagt werden, dass dieser neue lösungsorientierte Ansatz im Wettbewerbsrecht vor allem in jenen Sektoren, die entwicklungsstechnisch lange starker Kontrolle unterworfen waren, durchaus grossen Einfluss gewinnen wird können.²⁹⁴

Die Europäische Kommission sieht den Ansatz des „more economic approach“ als eine Abkehr von unbeweglichen rechtlichen Formalismen hin zu einer Methode, die versucht, die Funktionsweise eines speziellen Marktes zu betrachten und zu verstehen, wie sich bestimmte wirtschaftliche Verhaltensweisen auf den Wettbewerbsprozess und das Wohl der Verbraucher auswirken werden.²⁹⁵

Was genau die Kommission unter der Bezeichnung „more economic approach“ versteht ergibt sich allerdings aus keiner genauen Definition. Im Zusammenhang mit Art. 102 AEUV hat die Kommission erst kürzlich ein Diskussionspapier herausgegeben, worin allerdings keine wesentlichen Neuerungen zu finden sind. Die bisher in Praxis und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum „more economic approach“ werden darin weitgehend unverändert dargestellt.²⁹⁶

So ist beispielsweise bei den Koppelungsgeschäften die Ansicht der Kommission im Diskussionspapier neu, dass die Auswirkungen auf den Wettbewerb den Mittelpunkt der Untersuchungen bilden und die Frage behandelt wird, welcher Anteil des Marktes durch die Koppelung gebunden wird und ob dies in der Folge zu einer Marktabschottung führt. Im Bereich der Geschäfts- und Lieferverweigerung hat das Diskussionspapier für die Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen keine Neuerungen gebracht. Sie sind weiterhin missbräuchlich, wenn das Unternehmen aufgrund seiner außergewöhnlichen Stellung auf dem

²⁹³ *O' Cinneide/Letsas/Campbell-Holt*, Current Legal Problems⁶² (2009) 347.

²⁹⁴ *Drexler/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach (2011) 5.

²⁹⁵ *Borlini*, Legal and economic appraisal of the „more economic approach“ to unilateral exclusionary conduct, Yearbook of European Law (2008) 475f.

²⁹⁶ *Hertfelder*, Der „more economic approach“ bei Art. 82 EGV (2008) 1ff.

Markt ein Kontrahierungszwang trifft. Im Falle des Abbruches von Geschäftsbeziehungen hat die Kommission allerdings einen neuen Ansatz der Betrachtung entwickelt. Dafür ist nach Ansicht der Kommission nunmehr relevant, ob ein ausreichend grosser Anteil des Nachfragemarktes dadurch ungebunden bleibt oder eben nicht. Entscheidend ist, ob sich dadurch negative Auswirkungen auf dem nachgelagerten Markt ergeben.²⁹⁷

V. Die Rechtsfolgen von Art. 102 AEUV

Wie das Rechtsleben generell zeigt, ist es unerlässlich eine Vielzahl von Lebensbereichen durch Vorschriften zu regeln. Doch Vorschriften alleine genügen nicht. Vorschriften werden in aller Regel von den Rechtssubjekten nur dann beachtet, wenn sie befürchten müssen, dass ihnen bei Nichtbeachtung ein Nachteil droht. Aus diesem Grund ist es auch im Kartellrecht erforderlich Sanktionen zu erlassen, wenn sich ein Unternehmen in marktbeherrschender Stellung kartellrechtswidrig verhält. Dabei kommt zunächst vor allem die Unterlassung des verpönten Verhaltens in Betracht, welche freilich gewünscht wird und im Sinne eines funktionsfähigen Wettbewerbs auch notwendig ist. Damit ist die Abstellung des gegenwärtigen Verhaltens ebenso gemeint wie die Unterlassung derartiger Praktiken in der Zukunft. Da die Unterlassung aber keinen wirklich gewichtigen Nachteil für die Unternehmen darstellt, könnten sie sich immer noch nach dem Motto „man kann es ja einmal versuchen“ verhalten. Es bedarf daher eines strengeren, spürbareren Mittels der Rechtsdurchsetzung und Sanktionierung, um die marktmächtigen Unternehmen präventiv bereits zur Unterlassung missbräuchlichen Verhaltens zu bewegen. Als passendes Mittel wurde in diesem Zusammenhang auf eine klassische „Bestrafung“ durch Geldbuße zurückgegriffen, welche in den Entscheidungen der Judikatur sehr häufig zur Anwendung kommt. Damit kann das Ziel eines vorbeugenden Schutzes vor Wettbewerbsverstößen schon eher erreicht werden.

Im Gegensatz zu Art. 101 AEUV enthält Art. 102 AEUV keine ausdrückliche Regelung von Rechtsfolgen. Dies bedeutet aber nicht, dass keine Sanktionen bei einem Verstoß gegen diese Vorschrift verhängt werden können. Die Kommission hat die Möglichkeit das missbräuchliche Verhalten, egal wie es im Einzelnen ausgestaltet ist, deklaratorisch zu verbieten und Anordnungen bezüglich der Abstellung des Missbrauchs zu erlassen. Die Kommission kann aufgrund sekundärrechtlicher Grundlage dem Unternehmen in marktbeherrschender Stellung auftragen sein vertragswidriges Verhalten abzustellen oder in vertragskonformer Weise abzuändern. Zur Durchsetzung dieser Aufträge sind Zwangsgelder

²⁹⁷ *Hertfelder*, Der „more economic approach“ bei Art. 82 EGV (2008) 50ff.

für die Nichtbefolgung vorgesehen. Für den Fall, dass der Marktbeherrscher sein Verhalten fortsetzt, ist ein weiterer Verstoß gegen Art. 102 AEUV gegeben und die Höhe des Bußgeldes, welches ebenfalls aufgrund von sekundärrechtlicher Grundlage bei einem Verstoß verhängt werden kann, ist dadurch zu erhöhen.²⁹⁸ Art. 15 VO 17/62 war auch die Grundlage für die Verhängung von Bußgeldern durch die Kommission.²⁹⁹

Zivilrechtliche Folgen dagegen sind auf europäischer Ebene nicht ausdrücklich geregelt, diesbezüglich muss auf die Grundlagen des nationalen Rechts verwiesen werden. Dabei kommen verschiedene Rechtsfolgen für Art. 102 AEUV in Betracht, wie z.B. die Nichtigkeit einer Vereinbarung oder auch möglicherweise Schadenersatz beispielsweise für Verbraucher. Es sind allerdings diesbezüglich gemeinschaftsrechtliche Vorgaben zu beachten. Es ist dabei vor allem der Normzweck des Art. 102 AEUV zu beachten und der sogenannte *effet utile* (Gebot der grösstmöglichen Wirksamkeit). Daraus ergibt sich unter anderem die Forderung des europäischen Rechts missbräuchlichen Verhaltensweisen soweit wie möglich die Gültigkeit zu versagen, woraus die Notwendigkeit nationaler Nichtigkeitsfolgen erkennbar wird.

Ein Schadenersatzanspruch bei Verstößen gegen das Kartellrecht ergibt sich bereits aus gemeinschaftsrechtlicher Grundlage, und zwar aus der Judikatur des EuGH. In seinem Urteil im Fall *Courage/Crehan* hat dieser nämlich festgestellt, dass es die volle Wirksamkeit des Kartellrechts beeinträchtigen würde, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch kartellrechtswidriges Verhalten entstanden ist. Zweifellos fällt das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV unter das Kartellrecht. In den europäischen kollisionsrechtlichen Grundsätzen ist verankert, welche nationale Rechtsordnung anzuwenden ist, wenn ein Sachverhalt die Rechtsordnungen mehrerer Mitgliedstaaten berührt.³⁰⁰

Zudem hat der EuGH bereits in seiner Judikatur zwischen den Voraussetzungen für die Verhängung eines Bußgeldes und jenen für die Berechnung der Höhe des Bußgeldes unterschieden.³⁰¹ Gemäß der Verordnung für die Rechtsfolgen des Art. 102 AEUV können die Rechtsfolgen nur dann verhängt werden, wenn der kartellrechtliche Verstoß entweder vorsätzlich oder zumindest fahrlässig erfolgt ist. Die wesentlichen Kriterien für die Bemessung der Höhe der Bußgelder ergeben sich aus den *Leitlinien für das Verfahren zur*

²⁹⁸ *Weingartner*, Artikel 82 und die österreichische Elektrizitätswirtschaft (2002) 162.

²⁹⁹ *Weiß* in *Callies/Ruffert*, EU/EG-Vertrag² (2002) Art. 82 EGV Rz 72.

³⁰⁰ *Eilmansberger* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht I (2007) 1253ff.

³⁰¹ EuGH 25.3.1996, Rs C-137/95 P.

Festsetzung von Geldbußen. Diese wurden von der Kommission herausgegeben und sehen in Schwere und Dauer des Verstoßes die entscheidenden Kriterien für die Bemessung.

Die Geldbußen bei Zuwiderhandlungen gegen Art. 102 AEUV haben keinen kriminalstrafrechtlichen Charakter, da sie auch gegen Unternehmen verhängt werden können – also auch juristische Personen und nicht nur natürliche Personen – und im Falle der Nichteinbringlichkeit der verhängten Geldbuße keine Ersatzfreiheitsstrafe vorgesehen ist. Auch kann der bloße Versuch nicht mit einer Geldbuße geahndet werden.³⁰²

Für die Ausgestaltung der Rechtsfolgen im Einzelfall ist zu beachten, dass die Sanktionierung nicht nur eine effektive Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts bewirken soll, sondern auch den Verbotsübertreter dazu veranlassen soll, dieses Verhalten nicht noch einmal an den Tag zu legen. Auch der Schutz von Interessen Dritter, sofern sie als legitim eingestuft werden können ist zu beachten. In diesem Sinne können die zivilrechtlichen Rechtsfolgen von einer Vertragsanpassung bis zu einer Vertragsauflösung reichen und nebenher kommt auch die Forderung von Schadenersatz bei Vorliegen der Voraussetzungen in Betracht.

Die Verordnung 1/2003 brachte einige wichtige Neuerungen im Kartellverfahrensrecht und damit auch im Bereich der Strafen und Bußgelder für Kartellrechtsverstöße. Grundsätzlich sind die Unternehmen verpflichtet, den Kartellbehörden die nötigen Auskünfte zu geben und sich Prüfungen gefallen zu lassen. Der Höchstbetrag für Verstöße gegen diese Pflichten wurde durch Art. 23 der Verordnung auf 1% des Umsatzes, der im vorangegangenen Geschäftsjahr erzielt wurde, erhöht. Auch die Zwangsgelder, mit denen die Durchsetzung der Entscheidungen der Kommission sichergestellt werden soll, wurden im Rahmen der Neuerungen dieser Verordnung erhöht. Unverändert dagegen blieben die Geldbußen für Verstöße gegen das Kartellrecht. Diese sind weiterhin in der Höhe von bis zu 10% des Umsatzes des Vorjahres zu verhängen.³⁰³ Die Rechtsfolgen, die in dieser Verordnung geregelt sind, sind verwaltungsrechtlicher Natur.

Unumstritten ist jedenfalls, dass ein missbräuchliches Verhalten iSd Art. 102 AEUV unmittelbar verboten ist. Es bedarf dazu keiner Feststellung von Seiten der Kommission. Eine derartige Feststellungsentscheidung hätte somit lediglich deklaratorischen Charakter.³⁰⁴

³⁰² *Kecht*, Kartellrecht Österreich und EU (1995) 108f.

³⁰³ *Gageur*, Die Verordnung Nr. 1/2003 – Das neue EG-Kartellverfahrensrecht (2007) 16.

³⁰⁴ *Weingartner*, Artikel 82 EGV und die österreichische Elektrizitätswirtschaft (2002) 162.

Neben Schadenersatzansprüchen kommen auch bereicherungsrechtliche Ansprüche auf nationaler Rechtsgrundlage in Betracht. Dabei kann zunächst die Nichtigkeit eines Vertrages/einer Vereinbarung festgestellt werden. Auf dieser Grundlage sind die bereits gezahlten Beträge im Rahmen bereicherungsrechtlicher Ansprüche zurückzufordern. Die Nichtigkeit ist gemäß Artikel 102 AEUV iVm § 879 ABGB festzustellen.

Der Anspruch auf Schadenersatz ist weitgehend bereits im Kapitel der verbraucherrechtlichen Ansprüche behandelt worden. Der Anspruch ist auf Artikel 102 AEUV iVm § 1311 ABGB zu stützen bei Verletzung eines Schutzgesetzes.³⁰⁵

Kartellrechtlich kann ebenfalls auch im Bereich von Telekommunikation und Rundfunk nach dem nationalen Kartellrecht vorgegangen werden. § 35 des österreichischen Kartellgesetzes sieht allerdings kein Missbrauchsverbot im Sinne des AEUV vor, sondern eher eine Art Missbrauchskontrolle von Unternehmen in beherrschender Stellung auf dem Markt. Das Verbot ist daher nicht per se ein Verbot. Erst wenn das Kartellgericht von seiner Möglichkeit der Anordnung der Abstellung des betreffenden Verhaltens Gebrauch macht, ist dem Unternehmen das Verhalten verboten.³⁰⁶ Nach den Vorschriften des Kartellgesetzes ist neben der Anordnung von Maßnahmen auch die Forderung der Zahlung eines Geldbetrages in Höhe der Bereicherung, die das marktbeherrschende Unternehmen durch sein missbräuchliches Verhalten erlangt hat, möglich.³⁰⁷ Die bei der Bemessung zu berücksichtigenden Kriterien finden sich in § 30 KartG. Darin sind die Schwere und Dauer des Verstoßes genannt, die erzielte Bereicherung, der Grad des Verschuldens und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens. Ebenso wie im europäischen Kartellrecht liegt auch nach dem österreichischen Kartellrecht die Grenze der Geldbußen bei 10% des im vorangegangenen Jahr erzielten Umsatzes. In der Entscheidung *Europay* hat der OGH bemerkt, dass eine Geldbuße allerdings nicht allein anhand der gesetzlichen Obergrenze bemessen werden kann. Dies deshalb, weil die Bereicherung des Unternehmens faktisch über dieser Grenze liegen kann.³⁰⁸

§ 11 Abs 3 WettbG enthält in diesem Zusammenhang ebenfalls eine nennenswerte Vorschrift, die sogenannte Kronzeugenregelung. Danach kann die Bundeswettbewerbsbehörde von der Beantragung der Verhängung einer Geldbuße gegen ein Unternehmen Abstand nehmen, das sie von einer Zuwiderhandlung informiert bevor sie von dem Sachverhalt erfährt. Weiß die

³⁰⁵ *Stockenhuber*, Europäisches Kartellrecht (1999) 126.

³⁰⁶ *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht (1997) 58ff.

³⁰⁷ Vgl. § 35 Abs. 2 KartG, § 40 iVm § 21 Abs. 1 KartG.

³⁰⁸ OGH 12.9.2007, 16 Ok 4/07.

Bundeswettbewerbsbehörde bereits davon, so kann eine prozentuell verminderte Geldbuße beantragt werden.

Nicht zu vergessen sind in diesem Zusammenhang auch die sektorspezifischen Regeln von Rundfunk und Telekommunikation, welche eine vorbeugende Setzung von Maßnahmen gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen vorsehen und damit den Schwerpunkt nicht auf Sanktion sondern auf Prävention setzen. Diese beiden Ansatzpunkte ergeben zusammen die Option einer doppelten Absicherung. Wirken die präventiven Maßnahmen nicht oder nicht ausreichend, so kann es immer noch zu einer ex-post Tätigkeit gegen die missbräuchlichen Verhaltensweisen von Unternehmen mit beherrschender Stellung auf dem Markt kommen.

Das Kartellgesetz 1988 sah zur Durchsetzung seiner Vorschriften nicht nur zivilrechtliche Folgen vor, sondern auch strafrechtliche. Die verbotene Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung wurde durch §131 KartG strafrechtlich geahndet.³⁰⁹ Diese strafrechtlichen Sanktionen wurden mittlerweile in der Novelle 2005 aufgegeben.

Neben dem Bußgeldverfahren besteht auf europäischer Ebene auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verwaltungsverfahrens. Dabei ist zunächst in dringenden Fällen die Anordnung von einstweiligen Maßnahmen von Seiten der Kommission möglich. Zudem ist die Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 und 102 AEUV möglich, wobei darin auch eine andere Art eines Unterlassungsbegehrens zu sehen ist. Unternehmen können allerdings freiwillig sogenannte Verpflichtungszusagen machen bzw. anbieten um die wettbewerbstechnischen Bedenken der Kommission auszuräumen und allfällige weitere Tätigkeit gegen ihr Verhalten abzuwenden. Die Kommission kann derartige Verpflichtungszusagen für bindend erklären und eine folgende Nichteinhaltung kann schließlich mit Bußgeldern und Zwangsgeldern bestraft werden. Diese Maßnahmen haben zwar bei Weitem keine derart abschreckende Wirkung wie sie den Bußgeldern oder Schadenersatzansprüchen zukommt, dennoch stellen sie eine weitere Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung von Kartellrecht dar.

³⁰⁹ *Roninger/Punz*, Das österreichische Kartellrecht (1996) 31.

Die im Gemeinschaftsrecht wegen Kartellverstößes gegen die beteiligten Unternehmen verhängten Geldbußen haben heute Größenordnungen erreicht, die ursprünglich unvorstellbar erschienen.³¹⁰

Über die Telekom Austria wurde 2004 eine Geldbuße in der Höhe von 500.000 Euro verhängt für den sogenannten Minimumtarif. Dieser Betrag hielt sich aber gegenüber den mittlerweile bereits ergangenen Entscheidungen mit Verhängung von Geldbußen noch stark in Grenzen. Sowohl in Österreich als auch in der europäischen Judikatur lässt sich ein starker Anstieg der Beträge für Verstöße gegen das Kartellrecht feststellen. Im Jahre 2009 musste die Telekom Austria erneut eine Geldbuße von 1,5 Mio. Euro über sich ergehen lassen. Im Falle eines Aufzugkartells 2008 wurde die Rekordsumme in Österreich von 75 Mio. Euro erreicht.

Gegen die Deutsche Telekom wurde 2010 eine Geldbuße in der Höhe von 12,6 Mio. Euro verhängt wegen des Missbrauchs ihrer beherrschenden Stellung auf dem Markt für Festnetztelefonie in Deutschland. Die Deutsche Telekom erhielt diese Sanktion für die Behinderung des Wettbewerbs durch Zugangserschwernisse bei essential facilities. Die Verfahren TeliaSonera Sverige AB und TV 4 und Kabel 5 stellen Vorabentscheidungen dar und führten demgemäß zu keiner Bußgeldverhängung durch den EuGH. Die bislang höchste Kartellstrafe hat die Kommission 2008 gegen Microsoft wegen jahrelanger zu hoher Gebühren für technische Informationen verhängt. Dabei wurde gegen Microsoft ein Bußgeld von 899 Mio. Euro wegen Nichterfüllung einer vorherigen Kartellentscheidung verhängt.

Nicht zuletzt der zu beobachtende enorme Anstieg der verhängten Bußgelder gibt Anlass, das aktuelle Bußgeldverfahren im europäischen Wettbewerbsrecht auf den Prüfstand zu stellen und auf mögliche Defizite im Hinblick auf das EU/EG-Vertragsrecht, international anerkannte allgemeine Rechtsgrundsätze, die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten und die Charta der Grundrechte der Europäischen Union zu untersuchen. Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt allgemein, dass „eine Sanktion, selbst wenn sie keinen strafrechtlichen Charakter besitzt, nur dann verhängt werden darf, wenn sie auf einer klaren und unzweideutigen Rechtsgrundlage beruht.“ Allerdings könnte man an einer solchen „klaren und unzweideutigen Rechtsgrundlage“ im Falle des Art. 23 VO 1/2003 durchaus Zweifel haben. Der materielle Normgehalt dieser Bestimmung für die Verhängung von Bußgeldern ist nämlich verhältnismäßig gering. Voraussetzung ist lediglich ein vorsätzlicher

³¹⁰ *Schwarze*, Europäische Kartellbußgelder im Lichte übergeordneter Vertrags- und Verfassungsgrundsätze, EuR 2/2009.

oder fahrlässiger Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht. Als Bemessungsmaßstab werden nur die Schwere und die Dauer der Zuwiderhandlung erwähnt. Auch die Obergrenze von 10% des im vorangegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes ist eine im Ergebnis sehr vage Formulierung. Angesichts dieser Umstände kommt man zu dem Schluss, dass die Bußgeldentscheidungen einer genauen Beobachtung und Kontrolle bedürfen, da sie sonst Gefahr laufen zu willkürlich getroffen zu werden. Deshalb ist eine inhaltliche Kontrolle derartiger Entscheidungen seitens der Gemeinschaftsgerichte geboten.³¹¹

§9 Ausblick und Fazit für Rundfunk und Telekommunikation

Mit der Öffnung der Telekommunikations- und Rundfunkmärkte 1998 kam es im europäischen Raum zu einem deutlich spürbaren Auftrieb der Wettbewerbskräfte. Die Angebote sind vielfältiger geworden durch eine vermehrte Anzahl von Teilnehmern auf dem Markt, während die Preise als Folge des dichteren Wettbewerbs gesunken sind. Dennoch konnten die ehemaligen Monopolisten bisher ihre starken wirtschaftlichen Stellungen auf dem Markt weitgehend behalten.³¹² Betrachtet man allerdings die bisher schon sehr rasante Entwicklung des Wettbewerbs auf diesen Gebieten, so kann davon ausgegangen werden, dass in Zukunft der Wettbewerb immer vielfältiger wird und die ehemaligen Monopolisten ihre starke Marktposition höchstens noch über die Verfügungsmacht über die wesentlichen Zugangseinrichtungen (Netze) erhalten könnten.

Seit Mitte der 80er Jahre beschäftigt sich die EU mit dem europäischen Telekommunikationsmarkt und versucht diesen zu harmonisieren und zu liberalisieren. Dies wurde durch den Binnenmarkt aufgrund der monopolartigen Strukturen in den Mitgliedstaaten und deren einzelstaatlich stark differierenden Regelungen notwendig. 2002 wurde ein Richtlinienpaket zur Harmonisierung verabschiedet, welches sowohl eine Vereinfachung des Rechtsrahmens als auch einen Wendepunkt von der „ex-ante“ Regulierung hin zur „ex post“ Regulierung darstellte. Seitdem versucht die EU die Deregulierung voranzutreiben, ohne dass sie die Sicherstellung einer flächendeckenden Infrastruktur,

³¹¹ *Schwarze*, Europäische Kartellbußgelder im Lichte übergeordneter Vertrags- und Verfassungsgrundsätze, EuR 2/2009.

³¹² *Ruhle*, Die Reform der Reform: Was bringt die Überarbeitung des „neuen“ Rechtsrahmens bei der elektronischen Kommunikation? MR 2006, 53.

insbesondere im Hinblick auf die Versorgung mit Breitbandangeboten aus dem Auge verliert. Nur durch den Einsatz der Breitbandtechnik kann sichergestellt werden, dass die EU international wettbewerbsfähig bleibt um in der globalisierten technisierten Welt zu bestehen.³¹³

Der Rat und das Europäische Parlament haben am 25.11.2009 ein neues Paket zur sektorspezifischen Regulierung des Telekommunikationsmarktes („EU-Telekompaket“) beschlossen. Dieses reformiert und adaptiert den bisherigen europäischen Rechtsrahmen aus dem Jahr 2002. Neben zwei Richtlinien besteht das Paket auch aus einer Verordnung zur Einrichtung des Gremiums europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und des Büros. Dieser neue Rechtsrahmen ist in den Mitgliedstaaten grundsätzlich bis 25.5.2011 umzusetzen.³¹⁴ In Österreich wird dies durch eine TKG-Novelle geschehen. Auch wenn sich diese Frist in Österreich nicht ausgegangen ist, so scheint es doch wahrscheinlich, dass die Novelle sehr bald vom Nationalrat beschlossen wird.³¹⁵

Mit der Einrichtung von GEREK erfolgt eine wesentliche institutionelle Veränderung. Dieses Gremium hat verstärkte Befugnisse im Vergleich zu der bisher bestehenden Gruppe Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, die nunmehr neben dem Verfassen von Stellungnahmen und Leitlinien wie bisher formale Stellungnahmen beschließen können, welche die Kommission und die Regulierungsbehörden weitgehend zu berücksichtigen haben. Wie weit dieser Berücksichtigungspflicht nachgekommen wird, bleibt abzuwarten. Generell kommt es inhaltlich zu einer massiven Stärkung der Rechte der Verbraucher, vor allem durch weitreichende Informationspflichten der Telekommunikationsdiensteanbieter. Gleichzeitig ist die Zurückschaltung der sektorspezifischen Regulierung im Sinne von ex-ante Maßnahmen zu beobachten, wobei die Regulierungsbehörden ihre Befugnisse allerdings für den Bedarfsfall weiter behalten müssen.³¹⁶

Aufgrund der technischen Gegebenheiten auf dem Gebiet der elektronischen Kommunikation hat sich teilweise bereits die Umsetzung des Rechtsrahmens aus dem Jahre 2003 als zu langsam erwiesen. Es ist kaum möglich den Veränderungen auf diesem Sektor mit rechtlichen

³¹³ Fröhlich, Liberalisierung im Telekommunikationsrecht, ZEuS 3/2010.

³¹⁴ Etmayer, Das EU-Telekompaket 2009 – Auswirkungen auf Österreich, MR 2010 H 5 Beilage, 6.

³¹⁵ <http://blog.lehofer.at/2011/03/tkg-novelle-in-begutachtung.html>, 9.6.2011.

³¹⁶ Etmayer, Das EU-Telekompaket 2009 – Auswirkungen auf Österreich, MR 2010 H 5 Beilage, 6.

Regelungen nachzukommen. Ein Grund dafür ist auch, dass viele Bestimmungen und regulatorischen Konsequenzen früher gesetzlich geregelt waren, wie beispielsweise die sich aus einer marktbeherrschenden Stellung ergebenden Pflichten, die heute das Ergebnis eines zeitintensiven Marktanalyseverfahrens inklusive der Auferlegung von Vorabverpflichtungen sein können. In diesem Sinne ist eine Neuregelung zwecks Optimierung von Effektivität durchaus zu begrüßen. Andererseits stellt es eine schwierige Aufgabe dar, eine neue Balance zwischen der Kommission und einer stärkeren Zentralisierung der Angelegenheiten der elektronischen Kommunikation bei ihr einerseits und den nationalen Behörden andererseits herzustellen, denn die Tendenz der EU-Kommission zur Zentralisierung und somit zur europäischen Regulierungsbehörde steht dem Ansatz der nationalen Behörden deutlich entgegen.³¹⁷ Nachdem die Hälfte des Produktivitätszuwachses durch Internettechnologien erfolgt ist, stellt das Telekom-Paket vor allem einen Versuch dar, den schnelllebigen Telekommunikationsmarkt zu fassen und einen Rahmen für einen homogenen europäischen Informationsbinnenmarkt zu schaffen. Ob dies gelingt, wird sich in den kommenden Jahren wohl nach und nach herausstellen und ist mitunter auch von den einzelnen Mitgliedstaaten, deren Umsetzung des Rahmens und deren praktischer Handhabung desselben abhängig.³¹⁸

Der neue EU-Rechtsrahmen im Telekommunikationsbereich fordert für die Zukunft leistungsstarke Netze und Dienste. Telekommunikationstechnische Voraussetzungen wie Übertragungsraten könnten sich langfristig auf die Wettbewerbsfähigkeit einzelner Mitgliedstaaten im europäischen und internationalen Vergleich auswirken. Hier ist der Staat als Gesetzgeber und Regulierer von den Wirtschaftsteilnehmern in die Pflicht zu nehmen und sollte sich mit seinem bisher verfolgten Regulierungsansatz auseinandersetzen und in weiterer Folge prüfen, ob sich möglicherweise die Schwerpunkte der Regulierungszielsetzung verändern. Dies gilt umso mehr, da der europäische Wettbewerb von Telekommunikationsdienstleistungen zunehmen wird. Aufgrund des zunehmenden Wettbewerbs und des stagnierenden Wachstums der alternativen Anbieter wird der Trend zur Marktkonsolidierung stärker werden.³¹⁹

Die Regelung über das Missbrauchsverbot ist im kartellrechtlichen Regelungsgefüge ein unerlässlicher Bestandteil. Während bei Kartellabsprachen die den Wettbewerb gefährdende

³¹⁷ *Ruhle*, Die Reform der Reform: Was bringt die Überarbeitung des „neuen“ Rechtsrahmens bei der elektronischen Kommunikation? MR 2006, 53.

³¹⁸ *Nettel*, Das Telekom-Reformpaket: Stärkung des europäischen Binnenmarkts für elektronische Kommunikation, *ecolex* 2010, 401 (404).

³¹⁹ *Fröhlich*, Liberalisierung im Telekommunikationsrecht, *ZEuS* 3/2010.

Macht von mehreren Unternehmen zusammen ausgeht, so hat der marktbeherrschende Unternehmer diese Macht bereits alleine zur Verfügung. Insbesondere früher monopolistisch organisierte Sektoren sind diesbezüglich besonders gefährdet. Damit sind die hier behandelten Gebiete Telekommunikation und Rundfunk jedenfalls erfasst. Gerade der ehemalige Monopolist hat ein grosses Interesse den Markt in seiner Macht zu behalten und daher durch seine Marktmacht die Bedingungen für die anderen Teilnehmer derart zu erschweren, dass ihre Wettbewerbs- und Konkurrenzfähigkeit eingeschränkt bzw. beseitigt wird.

Im Laufe der geschichtlichen Entwicklung haben sich die Märkte für Rundfunk und Telekommunikation stark verändert. Sie konnten sich von ihren monopolistischen Strukturen lösen und sich in den meisten Fällen zu einem funktionsfähigen Wettbewerb entwickeln. So haben sich teilweise bereits private Anbieter so stark etabliert, dass sie nunmehr zu den marktmächtigsten Unternehmen geworden sind (siehe Rundfunkanbieter). Andererseits kommt es beispielsweise auf den Mobiltelefonmärkten wiederum zu einem Gegenstrom, wo mächtige Unternehmen durch den Zukauf anderer Unternehmen in verschiedenen Ländern immer mehr an Wirtschaftskraft gewinnen.

Die Gerichte konnten sich im Laufe der Entwicklung eines Wettbewerbes in den gegenständlichen Bereichen zunehmend mit den kartellrechtlichen Problemen und geläufigen Verhaltensweisen auseinandersetzen. Dabei hat sich für die Telekommunikation der Schwerpunkt bei Preismissbräuchen und Geschäftsverweigerungen (insbesondere Zugang zu wesentlichen Einrichtungen) herausgestellt. Gerade für die Preismissbräuche muss allerdings die Besonderheit des Telekommunikationsmarktes wiederum berücksichtigt werden. Grundsätzlich wird für die Feststellung, ob ein Preismissbrauch vorliegt oder nicht, eine Gegenüberstellung von Preisen und Kosten vorgenommen. Diese Praxis eignet sich für den Telekommunikationsmarkt allerdings nicht. Bei den Dienstleistungen der Telekommunikation liegt der grösste Teil des finanziellen Aufwandes in Kosten aus der Vergangenheit für die Verfügbarkeit des Netzes und der Anteil an variablen Kosten für die Anbietung der Dienste in Relation ist dazu verschwindend gering. Stattdessen sind die gesamten Kosten, die für die Möglichkeit des Anbietens der Leistung anfallen innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens anzusetzen. Diese ist eine der Besonderheiten der Struktur des Telekommunikationssektors, auf die es bei der Beurteilung von Missbrauchstatbeständen im Hinblick auf Telekommunikationsunternehmen Rücksicht zu nehmen gilt. Während die Probleme des Preismissbrauchs für den Rundfunkbereich eine eher bescheidene Rolle spielen, so sind

sowohl Koppelungsgeschäfte, als auch Abnehmerbindungen in Form von Rabattsystemen in beiden Bereichen möglich.

Ganz generell muss sowohl für die Telekommunikation als auch für den Rundfunk beachtet werden, dass es sich mitunter um sehr komplexe technische Bereiche handelt, welche die Beantwortung rechtlicher Fragen in deren Zusammenhang durchaus komplizierter gestalten als in einigen anderen wettbewerbsrechtlich relevanten Bereichen. So ist es beispielsweise oft eine technische Angelegenheit, zu beurteilen, ob zwei so eng miteinander verknüpfte Produkte bzw. Leistungen vorliegen, dass es sich um eben kein Koppelungsgeschäft handelt oder doch ein solches vorliegt, weil die Produkte bzw. Leistungen auch getrennt denkbar und sinnvoll sind. Aufgrund der eben erwähnten stark einfließenden technischen Komponenten in wettbewerbsrechtliche Fragen auf diesen Gebieten, ist auch die Errichtung sogenannter Regulierungsbehörden sinnvoll, welche mit spezialisierten Kräften besetzt sind um einer angemessenen Regulierung der Bereiche nachzukommen. Hier ist also ein starker Vorteil der Existenz von Regulierungsbehörden zu sehen.

Die essential facilities sind ein Themenbereich, der sich aus der Praxis entwickelt hat, da die Netze derart gestaltet sind, dass neue Wettbewerber von der Benutzungserlaubnis durch den Inhaber abhängig sind. Dieser Umstand wird sich in naher Zukunft eher noch nicht ändern. Solange die Verwendung von Kabeln und Netzen für das Senden von Informationen und Bereitstellen von Verbindungen notwendig ist, ist das zur Verfügung Stellen der Nutzung dieser Einrichtungen notwendig. Möglicherweise werden technische Entwicklungen in der fernerer Zukunft die Wettbewerbspolitik von dieser Problematik befreien. Jedenfalls ist aber ganz klar zu sehen, dass gerade die essential facilities (wesentlichen Einrichtungen) ein Problemkreis des Missbrauchstatbestandes sind, welcher insbesondere in Industriesektoren wie Telekommunikation und Rundfunk – vorwiegend aufgrund der bestehenden Kabel- und Netzeinrichtungen – grosse Bedeutung hat. Durchaus häufig verwenden die Inhaber derartiger Einrichtungen ihre Macht dazu, den Wettbewerb zu ihren Gunsten zu beeinflussen und verlangen überhöhte Preise für die Nutzung der Einrichtungen. Vor allem die neuen Markteinsteiger sind darauf angewiesen, dass sie Zugang zu den wesentlichen Einrichtungen erhalten können, da ein Einstieg in den Wettbewerb ansonsten für sie überhaupt nicht zu bewältigen wäre. Sie müssen die Leitungen von den grossen Anbietern mieten können, weshalb es nötig ist diese zur Vermietung an Mitbewerber anzuhalten. Eine Abwägung ist geboten, wenn die wesentliche Einrichtung nicht unerlässlich ist, aber ein Ersatz mit einem wirtschaftlich hohen Aufwand verbunden ist. Gerade im Bereich der Telekommunikation sind

die essential facilities somit ein sehr wichtiges Thema und haben sich als der wesentlichste Problembereich der Geschäftsverweigerung herausgebildet.

Somit ist bei der Prüfung, ob ein beherrschender Rundfunk- oder Telekommunikationsanbieter eine missbräuchliche Verhaltensweise gegenüber dem Markt gesetzt hat, zunächst die Verhaltensweise selbst, unter Berücksichtigung der technischen Details auf diesen beiden Gebieten, zu analysieren und zu beurteilen. Schließlich sind in der weiteren Prüfung auch die negativen Auswirkungen zu untersuchen, die die missbräuchlichen Verhaltensweisen auf dem betreffenden Rundfunk- oder Telekommunikationsmarkt haben und in einem angemessenen Verhältnis effiziente Sanktionen zu finden, welche sich an der Fallkonstellation und der Finanzkraft der Unternehmen orientieren sollen.

Wesentlich für die Beurteilung eines Marktmissbrauchs durch einen Marktteilnehmer mit beherrschender Stellung ist in speziellen Sektoren auch die Abgrenzung der relevanten Märkte, welche auch für Telekommunikation und Rundfunk praktisch zu betrachten ist. Während der sachliche Markt nach der Leistung einzuteilen ist und sich damit für den Rundfunk eine klassische Zweiteilung in Hörfunk und Fernsehen bietet, so sind die Telekommunikationsmärkte diesbezüglich inhaltlich durchaus weiter gefächert (Orts- und Ferngespräche, Festnetz- und Mobiltelefonie). Zusätzlich kommt auch hier die Besonderheit der essential facilities vor allem für die Telekommunikation zum Tragen, da sich durch die Notwendigkeit der Kabelverbindungen für das Anbieten von Leistungen zwei relevante Märkte, die systematisch nacheinander wesentlich sind, ergeben. Marktbeherrschung kann sich grundsätzlich aus beiden Märkten ergeben.

Die örtlichen Grenzen könnten beispielsweise aufgrund der Sendemöglichkeiten beim Rundfunk zwar weiter gezogen werden, allerdings weisen die allgemeinen Sprachbarrieren in Europa den Markt wiederum in nationale Grenzen.

Die Besonderheiten des Telekommunikationsrechts und des Rundfunkrechts zeigen sich auch in der Zweigleisigkeit des Regelungssystems. Neben dem allgemeinen Wettbewerbsrecht gilt für diese Bereiche auch ein sektorspezifisches Regulierungsrecht. Diesbezüglich bleibt die Frage nach der Sinnhaftigkeit dieser Parallelität. Einerseits ist zu berücksichtigen, dass gerade die sektorspezifischen Regelungen der besonderen Struktur der Regelungsgebiete Rechnung tragen. Andererseits führt diese Parallelität nicht nur zu Rechtsunsicherheit, sondern können parallele Verfahren auch ein ineffizientes Ergebnis hervorbringen. Dementsprechend wäre eine einheitliche Regelung in einer Rechtsordnung durchaus als wünschenswert zu begrüßen,

jedenfalls sollte aber eine klare Rangordnung bestehen. Nicht zu vergessen ist die doppelte Absicherung der Verhinderung missbräuchlichen Verhaltens durch Marktbeherrscher, welche durch die Möglichkeit der ex-ante Maßnahmen des sektorspezifischen Regulierungsrechts gegeben ist. Auch darin liegt im Ergebnis ein relativ grosser Vorteil der beiden parallelen Rechtsordnungen. Dabei wäre zu überlegen, ob die ex-ante Maßnahmen nicht auch in das allgemeine Wettbewerbsrecht eingegliedert werden könnten. Durch die neuen europäischen Vorgaben kann man allerdings erkennen, dass die ex-ante Regulierung bereits leicht in den Hintergrund gestellt werden soll, weshalb wohl die Tendenz in der EU besteht, dem allgemeinen Wettbewerbsrecht und seiner Regelungsstruktur den Vorrang einzuräumen.

Auch in anderen Ländern des europäischen Raums existieren vergleichbare allgemeine und sektorspezifische Wettbewerbsregeln für Telekommunikation und Rundfunk auf nationaler Ebene. Diese Vorschriften gleichen teilweise den europäischen Vorgaben sogar in der Wortwahl. Kleine Abweichungen allerdings fügen dem System der Wettbewerbsregeln auch keinen Bruch zu.

Die Existenz marktbeherrschender Unternehmen in den verschiedenen Ländern ist je nach Sachgebiet unterschiedlich. Starker Wettbewerb herrscht auf den Mobiltelefoniemärkten, ebenso wie auch im Bereich des Hörfunks. Diese beiden Bereiche haben verhältnismäßig wenige klare Marktführer im europäischen Raum aufzuweisen. Wesentlich mehr marktbeherrschende Stellungen kann man auf dem Gebiet des Fernsehens finden, wobei auch der ORF eine marktführende Stellung innehat. Von monopolartigen Strukturen geprägt ist die Festnetztelefonie, welche in den meisten europäischen Ländern – so auch Österreich, Deutschland, Frankreich,... - einen klaren nationalen Marktführer hat.

Das Missbrauchsverbot wird von der Rechtsprechung als eine Vorschrift gesehen, die einer immer härteren Durchsetzung bedarf um die Unternehmen von missbräuchlichen Verhaltensweisen auch wirksam abzuhalten. Steigende Geldbußen sind die Folge, die den grossen, mächtigen Unternehmen spürbare wirtschaftliche Nachteile zufügen sollen. Es kann davon ausgegangen werden, dass diese Entwicklung sich in den kommenden Jahren noch weiter verstärken wird.

Im Vergleich der potentiell in Frage kommenden Sanktionen untereinander kann man feststellen, dass es zwar eine Vielzahl von unterschiedlichen Möglichkeiten gibt, allerdings die Geldbußen hinsichtlich Häufigkeit und Bedeutung ganz klar die Nase vorne haben. Der Grund ist vor allem darin zu sehen, dass marktbeherrschende Unternehmen in der Regel

aufgrund ihrer Grösse und Wirtschaftsmacht durch Aktionen wie eine Unterlassungsverpflichtung oder auch eine Vertragsänderung nicht ausreichend abgeschreckt werden können. Nur die Gefahr, einen spürbaren finanziellen Nachteil zu erleiden, vermag ein pflichtgemäßes Handeln zu bewirken. Dennoch ist die Mehrzahl an möglichen Sanktionen kein Nachteil, da in einzelnen Fällen auch andere Rechtsfolgen besser geeignet sein können als die Geldbußen. Der Schadenersatz als zivilrechtliche Rechtsfolge, die Verbraucher für den erlittenen Schaden einfordern könnten, bleibt in der Zukunft als äußerst interessanter Aspekt der Entwicklung des Kartellrechts zu beobachten.

Im Rundfunk kann man vermuten, dass die privaten Anbieter in der Zukunft noch mehr Macht bekommen werden und die ehemaligen Monopolisten auch in jenen Ländern, in denen ihnen jetzt noch eine starke Stellung zukommt, in den Hintergrund treten werden. Dies kann deshalb angenommen werden, da sich seit der Liberalisierung ein bemerkenswerter wettbewerbstechnischer Aufstieg der privaten Fernsehanstalten verzeichnen lässt. Diese Entwicklung ist insbesondere in Österreich festzustellen. Durch die Finanzkrise kam es zu einem spürbaren Rückgang der Werbeumsätze in Fernsehen und Radio, was allerdings vor allem für die privaten Betreiber eine zusätzliche Wettbewerbsherausforderung darstellte, da gerade sie schließlich nicht von eingehobenen staatlichen Gebühren sondern hauptsächlich von den Werbeeinnahmen leben. Inwieweit sich aus dieser Krise Langzeitfolgen für die Werbeumsätze ergeben lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht bestimmen. Für die privaten Fernsehanbieter besteht die Möglichkeit auf Teleshopping oder Pay-TV stärkeres Gewicht zu legen.

Etwas anders stellt sich diesbezüglich die Situation auf dem Sektor Telekommunikation dar. Gerade in der Festnetz- und Mobiltelefonie sind die besten Sendefrequenzen und –möglichkeiten bereits an die ersten Wettbewerber, die auf dem Markt auftreten, vergeben. Später auftretende Mitbewerber können die besseren Sendequitäten nur durch wirtschaftliche Übernahme oder durch innovative Verbesserung der eigenen Sendequität (was sich aber praktisch sehr schwierig darstellt) erlangen. Darum ist es häufig erforderlich durch niedrige Preisangebote wettbewerbs- und konkurrenzfähig zu werden und zu bleiben. Hier ist es deutlich schwieriger den Vorsprung von Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung aufzuholen. In den nächsten Jahren wird es vermutlich zu einer weiteren Verschmelzung von Datendiensten und Telefonie kommen. Die Dienste, die mobil angeboten werden können, werden ausgebaut. So erfolgt es beispielsweise im Bereich der WLAN-

Systeme. Mitunter gibt es für die Zukunft auch bereits Ideen für flächendeckende public wireless LANs.³²⁰

Generell bleibt abzuwarten, auf welche Art und in welchem Ausmaß sich die zukünftigen technischen Veränderungen und Neuerungen auf die Wettbewerbsstrukturen in Telekommunikation und Rundfunk auswirken werden.

Wesentlich ist die wettbewerbsrechtliche Entwicklung im Hinblick auf die Stellung des Verbrauchers. Während der Verbraucher im Anfangsstadium des Wettbewerbsrechts noch eine eher schwache Stellung hatte und er nicht seit jeher als ein durch das Wettbewerbsrecht zu schützendes Subjekt galt, so hat sich diese Sichtweise im Laufe der Zeit stark verändert. Von Seiten der EU ist der Verbraucher nicht nur schützenswert, sondern wird sein Schutz mittlerweile immer stärker als das Hauptziel des Wettbewerbsrechts hervorgehoben. Man kann durchaus sagen, dass die Kommission mittlerweile das Wohl des Verbrauchers zum primären Ziel des europäischen Wettbewerbsrechts gemacht hat. Diese Entwicklung ließ sich insbesondere in den letzten Jahren auf europäischer Ebene beobachten.³²¹ Funktioniert der Wettbewerb in seiner Gesamtstruktur nicht, so wirkt sich dies automatisch auch auf die Endkunden aus. Mittlerweile werden zunehmend Stimmen laut, dem Verbraucher mehr Möglichkeiten im Hinblick auf die Durchsetzung seiner Rechte einzuräumen und diese Möglichkeiten auch praktisch einfach handhabbar zu gestalten. Dies ist eine Folge aus der verstärkten Position als Schutzsubjekt. Auch mit der Reform des Rechtsrahmens für die Telekommunikation unterstrich die EU 2009 die beabsichtigte Stärkung der Verbraucherrechte.

Nach der wesentlichen Entscheidung *Courage* für Schadenersatzansprüche von Verbrauchern in der EU kann man darauf schließen, dass sich die Schadenersatzforderungen von einzelnen Privatpersonen in der Zukunft wohl intensivieren werden. In Anbetracht der Tatsache, dass die Kartellbehörde zwar den Wettbewerb an sich schützen soll, allerdings sich nicht dem Schaden jedes einzelnen Verbrauchers widmen kann, wäre es durchaus gerecht, dass der Verbraucher als ebenso schützenswertes Subjekt im Rahmen des Wettbewerbsrechts selbst Möglichkeiten hat seine Rechte zu wahren. Hat jetzt noch die Verfolgung durch die Kartellbehörde klar die grössere Bedeutung im Vergleich mit den Schadenersatzforderungen

³²⁰ Moser/DallaVecchia/DallaVecchia, *Kostenoptimierung in der Telekommunikation für kleine und mittelgrosse Unternehmen* (2004) 77ff.

³²¹ *Gerbrandy*, Case C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV v. Nederlandse Mededingingsautoriteit* (4.6.2009), *Common market law review* 2/2010, 1199-1220.

von Verbrauchern, so wäre durchaus eine Intensivierung der privaten Möglichkeiten zu begrüßen. Dies müsste allerdings mit einem anderen Kostenmodell – etwa wie in den USA – bewirkt werden, da der Hauptgrund für die momentan geringe Zahl an Schadenersatzklagen ein zu intensiver Kostenbeitrag im Falle der Niederlage auf Verbraucherseite ist. Andererseits bleibt abzuwarten, ob die europäischen Staaten in naher Zukunft ihre Angst vor einer Flut von privaten Schadenersatzklagen ablegen können bzw. die existenten Systeme einer derart raschen Mehrbelastung überhaupt Stand halten können.

Auch das Wettbewerbsrecht wurde im Laufe der Zeit nicht nur im Hinblick auf die zu schützenden Subjekte überdacht, sondern es haben sich auch neue Modelle im Zusammenhang mit der Praxis aufgetan. Wesentlich weniger starr in seinen Regelungen widmet sich das modernere Wettbewerbsrecht hauptsächlich seinem Zweck und seinen Zielen und orientiert sich dabei vermehrt nicht mehr an Ursachen und Verhaltensweisen, sondern vielmehr an deren Auswirkungen und Folgen, was im Hinblick auf die Effizienz des Rechts in der Praxis und die Fairness, welche es bewirken soll, durchaus als positive Entwicklung zu bewerten ist.

Diesbezüglich veränderte sich auch die Rechtsprechung durch den sogenannten „more economic approach“. Die Rechtsprechung hatte im Kartellrecht durch die verhältnismäßig grosse Unbestimmtheit der Tatbestandsbegriffe ohnehin schon immer eine einigermaßen intensive Aufgabe zu bewältigen, welche durch die genauere Konkretisierung der einzelnen Begriffe und Erscheinungsformen der missbräuchlichen Verhaltensweisen gekennzeichnet war. Daher ist stets bei der Beurteilung der Frage, ob eine missbräuchliche Verhaltensweise vorliegt, eine genaue Untersuchung der entschiedenen Fälle der Judikatur vorzunehmen und der Kommentare, welche die Ergebnisse mitunter komprimiert darstellen. In der jüngeren Entwicklung der Rechtsprechung ergab sich ein Umdenken wie bereits beschrieben. Die Orientierung ist nicht mehr auf die Verhaltensweisen selbst fixiert, sondern vorwiegend auf deren Auswirkungen. Dies ist insbesondere deshalb zu begrüßen, weil damit der Schutzzweck des Wettbewerbs, nämlich den Wettbewerb und dessen Teilnehmer zu schützen, zunehmend in den Vordergrund gerückt wird und nicht mehr eine weitgehend akribische Untersuchung und Auslegung rechtlicher Begriffe und deren genauer Bedeutung alleine stattfindet.

Bedenklicher zu beurteilen in der Rechtsprechung bezüglich des Wettbewerbsrechts sind allerdings die Geldbußen, welche wie erwähnt ganz eindeutig immer höher zu werden

scheinen. Diese gerichtliche Praxis sollte im Sinne der Gewährleistung von Rechtssicherheit für die Unternehmen überdacht werden, ebenso wie die relativ wenig transparente Regelung über die Festlegung der Höhe der Bußgelder.

Abzuwarten bleibt auch, wie sich die sektorspezifische Regulierung des Wettbewerbs in Zukunft darstellen wird und wie sich die Problematik der Parallelität des allgemeinen Wettbewerbsrechts und des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts weiterentwickelt. Im Sinne der Effizienz für den Wettbewerb in Telekommunikation und Rundfunk in wirtschaftlicher sowie in rechtlicher Hinsicht wäre dies mit Sicherheit wünschenswert. Ob eine derartige Rangordnung allerdings juristisch durchführbar sein wird, bleibt abzuwarten.

Eine Frage von grosser Aktualität, die bis dato keine abschließende Klärung finden konnte, ist der für den Endkunden auch sehr geläufige Begriff des Roaming. Mit den Vorgaben bezüglich Preisregulierungen in diesem Bereich durch die beiden Roaming-Verordnungen aus den Jahren 2007 und 2009 hat die EU sehr stark in das Marktgeschehen eingegriffen. Aus politischer Sicht ist dies als eine äußerst positive Entwicklung eingestuft worden im Hinblick auf die Vorteile für die europäischen Bürger. Allerdings ist dieser Eingriff rechtlich als sehr intensiv zu werten und daher im Sinne einer Marktwirtschaft teilweise bedenklich und von der einen oder anderen Seite auch kritisiert worden. Auch wenn der Vertrag von Lissabon den sozialen Aspekt der Marktwirtschaft hervorhebt, kann daraus nicht direkt eine Verpflichtung zu Regelungen wie die Roamingverordnungen für die Preisregulierung abgeleitet werden.³²² Angesichts zunehmender Globalisierung und Internationalisierung in Wirtschaft, Gesellschaft und vielen anderen Bereichen, wird das Thema Roaming wohl nicht so schnell an Bedeutung verlieren, sondern eher an solcher zunehmen. Hohe Roaming-Gebühren werden vermutlich in Zukunft aus wettbewerblicher Sicht ohnehin nicht mehr zu halten sein und damit könnte sich früher oder später dieses preisregulative Problem durch Marktmechanismen der Wirtschaft von selbst lösen.

³²² *Pöcherstorfer*, Zwischen wettbewerbsorientiertem Universaldienstkonzept und Preisregulierung beim Roaming: Zur Gemeinwohlverantwortung der Europäischen Union im elektronischen Kommunikationssektor, ZfRV 2011/14 (107).

Literatur

Abegg, Liberalisierung von Netzsektoren. Auswirkungen auf die Unternehmen im Schweizer Alpenraum (2005)

Ahrens, Europäisches und internationales Wirtschaftsprivatrecht (2007)

Alexander, Schadenersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht: Privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb (2010)

Archut, Missbrauch marktbeherrschender Stellungen im Sinne des Art. 82 EGV (2010)

Bär, Freiheit und Pluralität der Medien nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2005)

Basedow, Private enforcement of EC competition law (2007)

Basedow, Structure and Effects in EU Competition Law: Studies on Exclusionary Conduct and State Aid (2011)

Beater, Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht (2000)

Bechtold/Bosch/Brinka/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht² (2009)

Beck, Wettbewerb und Deregulierung im europäischen Telekommunikationsmarkt (1998)

Bernhard, Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen: Europäische Kollektivklagen zwischen Effizienz und Effektivität (2010)

Bischoff, Quersubventionen im Lichte der zunehmenden Liberalisierung von Flughafengesellschaften und deren Vereinbarkeit mit europäischem Wettbewerbsrecht (2007)

Boesche, Wettbewerbsrecht. Ein Grundriss² (2007)

Bonnekoh, Voice over IP: Rechtsprobleme der Konvergenz von Internet und Telefonie (2007)

Bosse, Das europäische Kartellverfahren gegen Microsoft (2008)

Brehme, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung (2010)

Buchhold, Business to Business: Internetmarktplätze im Blickpunkt des europäischen und deutschen Kartellrechts (2004)

Damjanovic, Regulierung der Kommunikationsmärkte unter Konvergenzbedingungen (2002)

Damjanovic/Holoubek/Kassai, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2005)

Damjanovic/Holoubek/Lehhofer, Grundzüge des Telekommunikationsrechts² (2006)

Drexl/Kerber/Podszun, Competition Policy and the Economic Approach: Foundations and Limitations (2011)

Eilmansberger in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht I (2007)

Ekey/Brämer, Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht (2005)

Enaux, Effiziente Marktregulierung in der Telekommunikation: Möglichkeiten und Grenzen der Rückführung sektorspezifischer Sonderregulierung in das allgemeine Wettbewerbsrecht (2004)

Faulstich, Grundwissen Medien (1998)

Feiel/Lehhofer, Telekommunikationsgesetz 2003: Praxiskommentar TKG 2003 (2004)

Fiedler, Class Actions zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts: Nutzen und mögliche prozessuale Ausgestaltung von kollektiven Rechtsschutzverfahren zur privaten Durchsetzung des europäischen Kartellrechts (2010)

Fink/Cole/Keber, Europäisches und internationales Medienrecht (2008)

Fischer, Medienrecht und Medienmärkte (2008)

Flichy, Geschichte der modernen Telekommunikation (1994)

Foer/Cuneo/Stutz/Vrcek, The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law (2011)

Frenz, Handbuch Europarecht IV Europäische Grundrechte (2009)

Frerich/Müller, Europäische Verkehrspolitik: von den Anfängen bis zur Osterweiterung der Europäischen Union III (2006)

Gabel, Marktwirtschaft und Wettbewerb (1990)

Gabler, Volkswirtschaftslexikon² (1983) Artikel „Wettbewerbsfunktionen“

Gageur, Die Verordnung Nr. 1/2003 – Das neue EG-Kartellverfahrensrecht: Ein allgemeiner Überblick (2007)

Gamerith, Wettbewerbsrecht II, Kartellrecht⁶ (2009)

Garzaniti, Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EC Competition Law and Regulation² (2003)

Gellner, Ordnungspolitik im Fernsehwesen: Bundesrepublik Deutschland und Großbritannien (1990)

Graak, Telekommunikationswirtschaft in der Europäischen Union: Innovationsdynamik, Regulierungspolitik und Internationalisierungsprozesse (1997)

Grabenwarter/Griller/Holoubek, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht⁶ II (2009)

Grätz, Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des europäischen, deutschen und schweizerischen Missbrauchsverbots (2009)

Gruber, Grenzüberschreitende Stromlieferungen: aktuelle Rahmenbedingungen im Binnenmarkt (2006)

Heinemann, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung: Eine grundlagenorientierte Untersuchung zum Kartellrecht des geistigen Eigentums (2001)

Heinrich, Medienökonomie: Hörfunk und Fernsehen (1999)

Heinrich, Medienökonomie: Hörfunk und Fernsehen² II (2010)

Henning-Bodewig/Hilty, Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire (2009)

Hertfelder, Die Abgrenzung des geographisch relevanten Marktes (2006)

Heßler, Der Verbraucherschutz im Telekommunikationsrecht: Regulierung und Vertragsgestaltung durch TKV, TKG, TDSV und das Zivilrecht (2002)

Hochhuth, Die Meinungsfreiheit im System des Grundgesetzes (2007)

Holoubek, Rundfunkfreiheit und Rundfunkmonopol (1990)

Holoubek/Kassai/Trainer, Grundzüge des Rechts der Massenmedien² (2002)

Holznagel, Rundfunkrecht in Europa: Auf dem Weg zu einem Gemeinrecht europäischer Rundfunkordnungen (1996)

Hönn, Examens-repetitorium Wettbewerb und Kartellrecht² (2009)

Huber, Missbrauch durch Koppelungsgeschäfte nach Art. 82 EGV unter besonderer Berücksichtigung des Microsoft-Falls (2009)

Ingold, Flimmerndes Labyrinth: Das Fernsehen in Europa? Regulierungspolitik, Fördermaßnahmen und die Chancen eines paneuropäischen Fernsehkanals (2010)

Kapp, Kartellrecht in der Unternehmenspraxis (2005)

Kecht, Kartellrecht. Eine Einführung. Österreich und EU (1995)

Keinert, Vertragsrechtliche Probleme im Streckengrosshandel (2007)

Kleißl/Sandrock, Lizenzkartellrecht in der amerikanischen und europäischen Rechtsordnung (2008)

Kokkoris/Lianos, The reform of EC competition law: new challenges (2010)

Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht: Wettbewerbsbeschränkungen, Unlauterer Wettbewerb, Marken (1997)

Köster, Kulturelle und ökonomische Einflüsse auf institutionelle Strukturen im westeuropäischen Fernsehen (2008)

Krüger, Telekommunikationsrechtliche Regulierung zur Verhinderung von Marktmachtübertragungen in benachbarte Märkte: Eine Analyse des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie unter besonderer Berücksichtigung gemeinsamer Marktmacht (2010)

Kühling, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht (1999)

Kunz, Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union: Status quo und Weiterentwicklung (2010)

Lachmayer, Praxiswörterbuch Europarecht (2008)

Lange, § 20 GWB – Wie wirtschaftlich unterlegene Unternehmen geschützt werden (2001)

Lange, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht² (2006)

Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹⁰ II (2006)

Lehmann, Die Europäische Fusionskontrolle (2010)

Leistner, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb: eine grundlagenorientierte Studie unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Perspektive (2007)

Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag⁴ (2006)

Lenz/Borchardt, EU-Verträge⁵ (2006)

Lerg, Rundfunkpolitik in der Weimarer Republik (1980)

Lurger/Augenhofer, Österreichisches und europäisches Konsumentenschutzrecht (2005)

Lust, Die Essential Facilities–Doktrin im Telekommunikationsrecht (2001)

MacIntyre, Business Law² (2004)

Mäger, Europäisches Kartellrecht (2006)

Mateus/Moreira, Competition Law and Economics: Advances in Competition Policy Enforcement in the EU and North America (2010)

Metz, Verbraucherschützende Informationspflichten in der Werbung: Eine Analyse rechtlicher und ökonomischer Rahmenbedingungen (2008)

Michalczyk, Europäische Ursprünge der Regulierung von Wettbewerb (2010)

Moser/DallaVecchia/DallaVecchia, Kostenoptimierung in der Telekommunikation für kleine und mittelgrosse Unternehmen: Management-Entscheidungen zu Einsatzmöglichkeiten und Auswahlkriterien (2004)

Müller/Vogelsang, Staatliche Regulierung (1979)

Neef, Kartellrecht (2008)

Neuberger, Der wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch im europäischen Rechtsvergleich (2006)

Neumann, Wettbewerbspolitik: Geschichte, Theorie und Praxis (2000)

O'Conneide/Letsas/Campbell-Holt, Current Legal Problems⁶² (2009)

Obermair, Der Schutz des Verbrauchers vor unlauterer Werbung in Deutschland und Großbritannien (2004)

Paal, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht (2010)

Paschke, Medienrecht³ (2008)

Pechstein, Entscheidungen des EuGH⁵ (2009)

Plettner, Vertragswettbewerb in der GKV unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten (2010)

Pohle, Rundfunk als Instrument der Politik (1955)

Praxisschrift für *Zankl*, Innovation und internationale Rechtspraxis: Rechtsprobleme entstehen nicht im Hörsaal (2009)

Pries, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht (2009)

Pruns, Kartell- und vergaberechtliche Probleme des selektiven Kontrahierens auf europäischer und nationaler Ebene. Eine Darstellung am Beispiel der hausarztzentrierten Versorgung nach § 73b SGB V und der integrierten Versorgung nach §§ 140a ff SGB V (2008)

Puppis, Einführung in die Medienpolitik (2007)

Rall, Behinderungsmissbrauch: Probleme einer ordnungskonformen Konkretisierung: Gutachten (1983)

Rittner/Dreher, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht: eine systematische Darstellung³ (2007)

Roider, Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung: Eine Untersuchung der gemeinschaftsrechtlichen Direktiven unter besonderer Berücksichtigung des Pluralismusangebots (2001)

Roninger/Punz, Das österreichische Kartellrecht: Einführung, Normtexte und Materialien, Mustereingaben mit Erläuterungen (1996)

Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht² (2008)

Sack, Das Recht am Gewerbebetrieb: Geschichte und Dogmatik (2007)

Schaarschmidt, Cross-Promotion durch Medienkonglomerate (2005)

Schader, Staatliche Steuerungsfähigkeit unter den Bedingungen der Globalisierung (2006)

Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: eine interdisziplinäre Einführung⁷ (2001)

Schmidth/Schwarz/Hepke, Privatisierung – Formen, Motive, Kritikpunkte (2007)

Schubert, Analyse der Beziehungen zwischen Fernsehprogrammanbietern und den Distributoren Kabel und Satellit in Deutschland (2006)

Schultheiß, Europäische Telekommunikationsstandardisierung (2004)

Slyr, Die Konzentrationsbekämpfung durch Fusionskontrolle im Rundfunkbereich (1996)

Steinmetz, Kommunikation: Die Entwicklung der menschlichen Kommunikation von der Sprache bis zum Computer (1987)

Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht (1999)

Stoll, Drittmarktbehinderungen im deutschen und europäischen Kartellrecht (2002)

Stuiber, Medien in Deutschland II (1998)

Theurer, Geldbußen im EU-Wettbewerbsrecht (2009)

Trute/Spörr/Bosch, Telekommunikationsgesetz mit FTEG (2001)

Ultsch, Der einheitliche Verbraucherbegriff: §§13, 14 BGB: Nationale Vereinheitlichung im Lichte europäischer Vorgaben (2006)

Vekas/Paschke, Europäisches Recht im ungarischen Privat- und Wirtschaftsrecht (2004)

von der Groeben/Schwarze, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003)

Vorderwülbecke, Missbrauchsaufsicht über Pharmaunternehmen (1979)

Wallburg, Liberalisierung der Energiewirtschaft (2007)

Wallner, KommAustria Reloaded (2010)

Weingartner, Art. 82 EGV und die österreichische Elektrizitätswirtschaft (2002)

Weiß in *Callies/Ruffert*, EUV-EGV³ (2007)

Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2010)

Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts² II (2008)

Wimmer/Müller, Wirtschaftsrecht: International – Europäisch – National (2007)

Wittmann, Rundfunkfreiheit (1981)

Zeitschriften

Albors-Llorens, The role of objective justification and efficiencies in the application of article 82 EC, Common market law review 1/2007, 1727 – 1761

Alemanno/Ramondino, The ECJ France Telecom/Wanadoo judgement: To recoup or not to recoup? That was the question for a predatory price finding under Article 82 EC, ELR 6/2009

Borlini, Legal and economic appraisal of the „more economic approach“ to unilateral exclusionary conduct: Regulation of loyalty – inducing rebates (Case C – 95/04 P), Yearbook of European Law 2008

Britz, Vom europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn, EuR 1/2006

Carter, Market definition in the broadcasting sector, World competition – law and economics review 1/2001

Clarke J., Ryanair Limited v. Bravofly and Travelfusion Limited, EuLR 1/2010

Coutts/Dawes/Figus Diaz/Sanfrutos Cano/Thomas, Droit de la concurrence: „Akzo Nobel Chemicals Ltd. et Akcros Chemicals Ltd. contre Commission des Communautés européennes“, Revue du droit de l’Union européenne 1/2008

Dabbah, Competition Policy, Abusive dominance and economic development: Some reflections, Annual proceedings of the Fordham Competition Law Institute 2011

De Streef, The integration of competition law principles in the new European regulators framework for electronic communications, World competition – law and economics review 3/2003

Eilmansberger, Zum Verhältnis zwischen allgemeinem Wettbewerbsrecht und Regulierungsrecht, MR 2010 353 (353)

Ettmayer, Das EU-Telekompaket 2009 – Auswirkungen auf Österreich, MR 2010 H 5 Beilage, 6

Franzius, Strukturmodelle des europäischen Telekommunikationsrechts: Ein neuer Rechtsrahmen für die Informationsgesellschaft, EuR 5/2002

Fröhlich, Liberalisierung im Telekommunikationsrecht: Regionalisierung von Märkten – Deregulierung am Beispiel des Breitbandzugangs, ZEuS 3/2010

Gerbrandy, Case C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Judgement of the Court (Third Chamber) of 4.6.2009, Common market law review 2/2010

Hahn, Was sind Telekommunikationsdienstleistungen? RTKom 2000, 139

Holoubek, AfP 3/2003, 193

Kaltenbrunner, Neuentwicklungen beim Behinderungsmissbrauch nach Art. 82 EGV, *ecolex* 2006/10, 834

Lange, Die Anwendung des europäischen Kartellverbots auf staatliche Eingriffe in das Marktgeschehen, *EuR* 1/2008

Nagy, Refusal to deal and the doctrine of essential facilities in US and EC competition law, *European law review* Oct/2007

Nettel, Das Telekom-Reformpaket: Stärkung des europäischen Binnenmarkts für elektronische Kommunikation, *ecolex* 2010, 401

Mäsch, Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot – „Courage“ und die Folgen, *EuR* 5/2003

Odudu, A new economic approach to Article 81 (1) EGV? *European law review* Feb/2002

Pech, Zu Fragen des Margin Squeeze unter Berücksichtigung der Entscheidung in Sachen *TeliaSonera*, *ÖKZ* 2011, 60

Pöcherstorfer, Zwischen wettbewerbsorientiertem Universaldienstkonzept und Preisregulierung beim Roaming: Zur Gemeinwohlverantwortung der Europäischen Union im elektronischen Kommunikationssektor, *ZfRV* 2011/14

Ruhle, Die Reform der Reform: Was bringt die Überarbeitung des „neuen“ Rechtsrahmens bei der elektronischen Kommunikation? *MR* 2006, 53

Schwarze, Europäische Kartellbußgelder im Lichte übergeordneter Vertrags- und Verfassungsgrundsätze, *EuR* 2/2009

Tahedl, Kartellrechtlicher Kontrahierungszwang für marktbeherrschende Telekommunikationsunternehmen, *ÖBl* 1997, 107

Thyri, Wieviel „private enforcement“ braucht die Kartellrechtsdurchsetzung? *ecolex* 2006, 800

Rechtsprechung

EuGH 21.2.1973, Rs 6/72, Continental Can, Slg. 1973, 215

EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, Chiquita Bananen, Slg. 1978, 207

EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, Hoffmann – La Roche, Slg. 1979, 461

EuGH 20.2.1979, Rs 120/78, Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649

EuGH 9.11.1983, Rs C-322/81, Michelin, Slg. 1983, 3461

EuGH 5.10.1988, Rs 247/86, Alsatel, Slg. 1988, 5987

EuGH 18.6.1991, Rs C-260/89, Elliniki Radiofonia Tileorassi, Slg. 1991, I-2925

EuGH 3.7.1991, Rs 62/86, AKZO, Slg. 1991, I-3359

EGMR 24.11.1993, A/276

EuGH 6.4.1995, Rs C-310/93, BPB Industries und British Gypsum, Slg. 1995, I-865

EuGH 25.3.1996, Rs C-137/95 P, Slg. 1996, I-1611

EuGH 14.11.1996, Rs C-333/94 P, Tetra Pak II, Slg. 1996, I-5951

EuG 21.10.1997, Rs T-229/94, Deutsche Bahn, Slg. 1997, II-1689

EuGH 26.11.1998, Rs C-7/97, Bronner/Mediaprint, Slg. 1998, I-7791

EuGH 28.4.1999, Rs T-221/95, Endemol, Slg. 1999, II-1299

EuGH 20.9.2001, Rs C-453/99, Courage, Slg. 2001, I-6297

EuG 17.12.2003, T-219/99, British Airways, Slg. 2003, II-5917

BGH 30.3.2004, Rs KZR 1/03, Der Oberhammer

OGH 20.12.2004, Rs 16 Ok 12/04

EuGH 15.3.2007, Rs C-95/04 P, British Airways, Slg. 2007, I-2331

OGH 12.9.2007, 16 Ok 4/07

EuG 10.4.2008, Rs T-271/03, Deutsche Telekom, Slg. 2008, II-477

OGH 8.10.2008, 16 Ok 8/08

EuGH 11.12.2008, Rs C-52/07, Kanal 5 und TV 4, Slg. 2008, I-9275

BVerwG 25.11.2009, Rs 6 C 34.08

BGH 8.6.2010, KVR 4/09

EuGH 14.10.2010, Rs C-280/08 P, Deutsche Telekom, Slg. 2010, I-0000

EuGH 17.2.2011, Rs C-52/09, TeliaSonera Sverige, noch nicht in der amtlichen Sammlung

Internetquellen:

<http://blog.lehofer.at/2011/03/tkg-novelle-in-begutachtung.html>, 9.6.2011

<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-10/cp100104de.pdf>, 26.5.2011

http://diepresse.com/home/kultur/medien/290128/Grossbritannien_BBC_Das-Vorbild-erfindet-sich-neu?from=suche.extern.google.at, 28.4.2011

<http://mavise.obs.coe.int/country?id=12>, 2.5.2011

http://mediaresearch.orf.at/c_radio/console/data/d_1_2_1.htm, 4.5.2011

http://mediaresearch.orf.at/index2.htm?fernsehen/fernsehen_ma.htm, 4.5.2011

http://translate.googleusercontent.com/translate_c?hl=de&sl=fr&u=http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do%3FcidTexte%3DLEGITEXT000006070987%26dateTexte%3D20080505&prev=/search%3Fq%3Dcode%2Bdes%2Bpostes%2Bet%26hl%3Dde%26rlz%3D1G1SVEA_DEAT410%26prmd%3Dvns&rurl=translate.google.at&twu=1&usg=ALkJrhh_BXf6FGmiHTXEJyYFBp3CcIj0Eg, 29.4.2011

<http://www.einzelhandel.de/pb/site/hde/node/35230/Lde/index.html>, 1.4.2011

<http://www.finanzen.net/nachricht/aktien/Vontobel-Kolumne-Telefonica-Wachstum-und-Investitionen-sorgen-fuer-gute-Stimmung-1081273>, 2.5.2011

<http://www.frankreich-sued.de/generale-server/fernsehen.htm>, 3.5.2011

<http://www.mediadb.eu/datenbanken/internationale-medienkonzerne/mediaset-spa.html>,
29.4.2011

http://www.mediastudies-wel.com/mamaku/_sites/spanien.htm#radio, 29.4.2011

<http://www.ptext.de/nachrichten/prosiebensat1-tv-deutschland-marktanteile-maerz-2011-164294>, 13.5.2011

<http://www.rtr.at/de/rtr/OrganeTKK>, 16.3.2011.

<http://www.rtr.at/de/rtr/RTRGmbH>, 16.3.2011

<http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/0,1518,723128,00.html>, 2.5.2011

<http://www.wirtschaftsblatt.at/home/boerse/binternational/british-telecom-steigerte-gewinn-trotz-umsatzrueckgangs-457588/index.do>, 15.4.2011

https://backstage.rtlgroup.com/public/htm/ge/Dailynews_FS.aspx?id=dailynews_2CA3C6404ADD42FEA9E4C1A0A1044C17&newsdate=20072007, 8.5.2011

Sonstige Quellen

Diskussionspapier des deutschen Bundeskartellamtes 2005

Fünfter Bericht über die Umsetzung des Reformpaketes im Telekommunikationsbereich, KOM (1999)

Grünbuch der Europäischen Kommission 2005

Abstract – Deutsch

Das nationale und das europäische Wettbewerbsrecht zielt generell darauf ab, den Wettbewerb selbst und seine Teilnehmer zu schützen. Dabei stehen insbesondere die Artikel 101 und 102 AEUV im Vordergrund. Während Artikel 101 AEUV kartellrechtswidrige Absprachen zwischen Unternehmen zum eigenen Vorteil und zum Nachteil anderer Marktteilnehmer bzw. des Wettbewerbs selbst verbietet, beschäftigt sich Artikel 102 AEUV mit verschiedenen missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, welche andere Marktteilnehmer in ihren wirtschaftlichen Möglichkeiten einschränken oder überhaupt vom Markt verdrängen und somit im Ergebnis für alle Marktteilnehmer, auch für die Endkonsumenten, nachteilige Wirkungen haben.

Die Industriesektoren Telekommunikation und Rundfunk sind lange Zeit von staatlichen Monopolen geprägt gewesen und aufgrund ihrer verhältnismäßig späten Liberalisierung in den meisten Ländern noch nicht durch so intensiven Wettbewerb ausgestaltet wie andere ehemals monopolistisch organisierte Bereiche. Neben den Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts sind für die beiden genannten Bereiche auch spezielle sektorspezifische Regelungen zu beachten, welche sich in Sondergesetzen finden. Neben den ex-post Maßnahmen, welche das allgemeine Wettbewerbsrecht zur Verfügung stellt, sind hier im sektorspezifischen Bereich auch ex-ante Maßnahmen zur Verhinderung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Position möglich. Insbesondere ist aufgrund der technischen Komplexität der beiden Industriegebiete besonders genaue Betrachtung und auch Fachwissen erforderlich für die Prüfung, wann missbräuchliche Verhaltensweisen tatsächlich vorliegen und wie sie zu beurteilen sind.

Diese Arbeit beschäftigt sich mit der Konkretisierung der Details des Missbrauchsverbots im Zusammenhang mit den Märkten Rundfunk und Telekommunikation, beispielsweise der Abgrenzung der relevanten Märkte, der Bestimmung der Marktbeherrschung und der beispielhaften Anwendung von missbräuchlichen Verhaltensweisen. Zudem wird die praktische Relevanz der einzelnen Missbrauchstypen erläutert. Ausserdem wird ein Blick auf die möglichen Sanktionen im Falle eines Verstoßes geworfen und der Verbraucher, seine Möglichkeiten und seine Stellung als immer stärker beachtetes Schutzziel des Wettbewerbsrechts beleuchtet.

Abstract – English

The national and the European competition law is geared towards protecting competition itself and its participants. The main regulations in this context are articles 101 and 102 AEUV. Article 101 AEUV deals with agreements between companies, which cause positive economic effects for the companies themselves, but negative effects for other companies, the competition on the specific market and also the consumers. The problems, that may arise, are the same in article 102 AEUV, but the perpetrators are here one or more companies, who have alone or together a dominant position on the market. This dominant position gives them the possibility to reduce the competition force of other companies or to even knock them off the market. Such actions have clearly quite negative on the market and its participants.

The industry segments telecommunication and broadcasting were characterized by the existence of monopolies for a long time in the past. As the liberalisation happened here quite late, those segments do not yet show the same intensity of competition as some others already do. The specialty in this context is, that there are not only the rules of general competition law to be noticed, but also do special regulations for the two mentioned segments exist. Because of this structure are not only ex-post sanctions for competition-damaging behaviour possible, but also ex-ante measures, which are part of the specific segment law. Regarding the technical complexity of telecommunication and broadcasting and their developments there is also some specialist know-how necessary for these markets and their competition and will be even more in the future.

This paper deals with the detailed elements of article 102 AEUV and their concretization, the distinction of the relevant markets, the details of damaging conduct and dominant positions. In addition also the different sanctions of article 102 AEUV are studied and so are the possibilities of the consumer to go for his interests. Another essential point of interest is to show the practical relevance of the competition rules in telecommunication and broadcasting in Europe.

CURRICULUM VITAE

geboren am 17.04.1984

Bisherige Tätigkeiten:

Rechtshörerschaft am BG Klagenfurt 2006, laufende Tätigkeit in der Rechtsanwaltskanzlei Dr. Emberger in Wien (2006 – 2008), Praktikum bei der Bank Austria (2007), 2-monatiges Volontariat bei der Aussenhandelsstelle in Washington D.C. der Wirtschaftskammer (2008), 3-wöchiges International Marketing-Projekt in St.Petersburg im Rahmen einer ISU der WU Wien, Gerichtspraxis von September 2008 bis September 2009 am BG St.Pölten (Familienrecht), Straflandesgericht Wien, HG Wien und StA St.Pölten.

Ausbildungsweg:

2002: AHS Matura, Gymnasium der Engl. Frl. St.Pölten
2002 – 2007: Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
2008 bis 2009: verlängerte Gerichtspraxis
Seit 2009: Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien sowie Masterstudium Wirtschaftsrecht an der WU Wien (Prof. Kalss, „Unternehmerisches Ermessen – Die Business Judgement Rule“).

Sprachen:

Deutsch, Englisch, Französisch, Spanisch

