

LEITLINIEN FÜR DIE ANWENDUNG DER EG-WETTBEWERBSREGELN IM TELEKOMMUNIKATIONSBEREICH

(91/C 233/02)

VORWORT

Diese Leitlinien sollen den Marktteilnehmern im Telekommunikationsbereich die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft erläutern. Die Wettbewerbsregeln sind in dem Kontext der besonderen Bedingungen des Telekommunikationsbereichs zu sehen. Den übergeordneten Zielen der Telekommunikationspolitik der Gemeinschaft ist bei ihrer Anwendung Rechnung zu tragen. Im einzelnen werden die Verfahren zu beachten sein, die die Kommission der Telekommunikationsindustrie als ganzes vorschlagen kann und die sich aus dem Vorhandensein der Spielregeln und des Spielraums für diese Industrie ergeben, wie es bereits der Fall ist für die europäische elektronische und informationstechnologische Industrie (Mitteilung der Kommission vom 3. April 1991 ⁽¹⁾).

Die Kommission, der Rat und das Europäische Parlament haben mehrfach betont, daß es ein Hauptanliegen der Gemeinschaftspolitik sein muß, europaweite, effiziente Fernmeldenetze und -dienstleistungen zu entwickeln, die bei möglichst geringen Kosten eine möglichst hohe Qualität gewährleisten und dem europäischen Benutzer im Binnenmarkt von 1992 die grundlegende Infrastruktur für ein wirtschaftliches Arbeiten sichern.

Die Kommission hat in diesem Zusammenhang schon früher den Standpunkt vertreten, daß in diesem Bereich Liberalisierung und Harmonisierung Hand in Hand gehen müssen.

Unter den gegebenen Wettbewerbsbedingungen im Telekommunikationsbereich sollte es den Betreibern von Fernmeldeeinrichtungen erlaubt sein, die Kooperationsmechanismen aufzubauen, die notwendig sind, um die öffentlichen Netze (und soweit erforderlich auch die Dienstleistungen) voll miteinander zu verbinden und diesen Verbundbetrieb zu sichern — und sie sollen darin auch gefördert werden, damit die Benutzer in Europa in den Genuß einer größeren Vielfalt besserer und billigerer Telekommunikationsdienste kommen.

Dies kann und hat in Übereinstimmung mit und unter Beachtung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft zu geschehen, um sicherzustellen, daß Unwirtschaftlichkeiten vermieden werden, die sich andernfalls ergeben könnten. Aus den gleichen Gründen müssen die Betreiber und alle anderen Unternehmen, die eine marktbeherrschende Stellung einnehmen könnten, darauf hingewiesen werden, daß der Mißbrauch einer solchen Stellung verboten ist.

Diese Zielsetzung sollte man auch beim Studium dieser Leitlinien stets im Auge behalten. Sie zeigen u. a. zur Klarstellung auf, welche Formen der Zusammenarbeit zu unerwünschten geheimen Absprachen führen, und geben in diesem Sinne an, was nicht akzeptierbar ist. Daher sollten sie als ein Aspekt der gesamten Gemeinschaftspolitik hinsichtlich der Telekommunikation angesehen werden, insbesondere als Politik und Verfahrensweise, um jene Formen der Kooperation zu ermutigen und zu beleben, die die Entwicklung und Verwendbarkeit fortgeschrittener Kommunikation für Europa fördern.

Die volle Anwendung der Wettbewerbsregeln ist ein wesentliches Element der gesamten Telekommunikationspolitik der Gemeinschaft. Diese Leitlinien sollten den Marktteilnehmern helfen, ihre Strategien und Dispositionen für den Aufbau europaweiter Netze und Dienstleistungen von vornherein so zu gestalten, daß sie diesen Regeln voll entsprechen. Sollten sich die Bedingungen, die im Zeitpunkt der Festlegung dieser Leitlinien vorherrschten, wesentlich ändern, könnte die Kommission eine Anpassung der Leitlinien an die veränderte Situation im Telekommunikationsbereich für angemessen erachten.

⁽¹⁾ Die Europäische elektronische und informationstechnologische Industrie. Spielraum, Spielregeln und Vorschläge für Unternehmungen, SEK(91) 565, 3. April 1991.

I. ZUSAMMENFASSUNG

1. In ihrem „Grünbuch über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und -geräte“ vom 30. Juni 1987 (KOM(87) 290) hat die Kommission eine Reihe von Grundsatzpositionen der Gemeinschaft vorgeschlagen, u. a. die Positionen H) und J), die wie folgt lauten:

„H) Strikte kontinuierliche Überprüfung der unternehmerischen (kommerziellen) Tätigkeiten der Fernmeldeverwaltungen gemäß den Artikeln 85, 86 und 90 EWG-Vertrag. Dies gilt insbesondere für Praktiken der Quersubventionierung von Tätigkeiten auf den dem Wettbewerb geöffneten Sektoren und für Tätigkeiten im Geräteherstellungsbereich;

J) strikte kontinuierliche Überprüfung aller privaten Anbieter in den neu geöffneten Bereichen gemäß den Artikeln 85 und 86, um dem Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen vorzubeugen.“

2. In der Mitteilung der Kommission vom 9. Februar 1988 „zur Verwirklichung des Grünbuchs über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und -geräte“ (KOM(88) 48) werden diese Positionen bekräftigt. In diesem Dokument nennt die Kommission einige Bereiche, in denen jetzt eine konkrete Politik und entsprechende Maßnahmen möglich sind, darunter:

„Die Gewährleistung angemessener Wettbewerbsbedingungen

Die Sicherung eines dem freien Wettbewerb offenstehenden Marktes erfordert eine kontinuierliche Überwachung des Fernmeldebereichs.

Die Kommission beabsichtigt die Herausgabe von Leitlinien bezüglich der Anwendung der Wettbewerbsregeln für den Fernmeldebereich und der Art und Weise, wie diese Überwachung durchgeführt werden soll.“

Dies ist der Zweck dieser Mitteilung.

Der Fernmeldebereich erfordert in vielen Fällen Kooperationsvereinbarungen, u. a. zwischen Telekommunikationsorganisationen (TOs), um die Kompatibilität von Netz und Dienstleistungen, „one-stop shopping“ und „one-stop billing“ sicherzustellen, die erforderlich sind, um einen europaweiten Betrieb zu gewährleisten und den Benutzern optimale Dienste anzubieten. Diese Ziele können u. a. durch Zusammenarbeit der TOs erreicht werden — z. B. auf den Gebieten, auf denen in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht (einschließlich des Wettbewerbsrechts) weiterhin ausschließliche oder besondere Rechte bestehen, oder auch auf Gebieten, auf

denen die Optimierung des Leistungsangebots eine gewisse Zusammenarbeit gebietet (wie bei dem Prinzip des „one-stop shopping“, d. h. der Möglichkeit, über einen einzigen Partner europaweite Dienste zu erhalten). Andererseits ist es zur Verwirklichung des vorrangigen Ziels — die Marktbedingungen zu entwickeln, die den europäischen Benutzern zu niedrigeren Kosten eine größere Vielfalt von Telekommunikationsdiensten höherer Qualität bieten — notwendig, eine starke Wettbewerbsstruktur aufzubauen und zu sichern. Der Wettbewerb ist für die Gemeinschaft von zentraler Bedeutung, insbesondere im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarkts bis 1992. Dieser Gesichtspunkt ist bereits im Grünbuch besonders betont worden.

Der Binnenmarkt führt Betreiber und Benutzer der Telekommunikationseinrichtungen in neue Dimensionen. Der Wettbewerb eröffnet ihnen die Möglichkeit, die technische Entwicklung voll zu nutzen und zu beschleunigen; er spornt sie an, sich neu zu formieren und die nötigen Größenvorteile zu erzielen, um nicht nur innerhalb der Gemeinschaft, sondern weltweit wettbewerbsfähig zu sein.

In diesem Sinne sollen diese Leitlinien die wichtigsten Grundsätze darstellen, die die Kommission, in Ausübung ihres in den Wettbewerbsregeln des Vertrages begründeten Auftrags, in diesem Bereich angewendet hat und anwenden wird — ohne dabei dem Ausgang des Verfahrens in bestimmten Einzelfällen vorzugreifen, die jeweils nach der Sachlage zu beurteilen sein werden.

Die Leitlinien sollen u. a. zu mehr Sicherheit hinsichtlich der Bedingungen für Investitionen in diesem Bereich und für die Entwicklung europaweiter Dienste beitragen.

Diesem Ziel der Erlangung von Sicherheit im Einzelfall dient (abgesehen von Beschwerden oder Untersuchungen von Amts wegen) das in der Verordnung Nr. 17 vorgesehene Verfahren der Anmeldung und des Negativatests — ein förmliches Verfahren zur Genehmigung von Kooperationsvereinbarungen in diesem Bereich für den Fall, daß ein förmliches Verfahren erforderlich ist. Auf diesen Punkt wird in dieser Mitteilung noch näher eingegangen.

II. EINFÜHRUNG

3. Die weltweiten, grundlegenden technologischen Entwicklungen im Telekommunikationsbereich⁽¹⁾ haben zu erheblichen Veränderungen in den Wettbewerbsbedingungen geführt. Die traditionell monopolistischen Verwaltungen allein können mit der Herausforderung dieser technologischen Revolution im Fernmeldebereich

(¹) Gemäß Artikel 2 der WATT-C-Regeln vom 9. Dezember 1988 umfaßt der Fernmelde- bzw. Telekommunikationsbereich jegliches Übertragen, Senden oder Empfangen von Zeichen, Signalen, Texten, Bildern, Ton oder Wissen aller Art über Draht, Funk, optische oder sonstige elektromagnetische Systeme.

nicht fertigwerden. Neue wirtschaftliche Kräfte sind auf den Plan getreten, die in der Lage sind, den Benutzern die von den neuen Technologien ermöglichten erweiterten Dienste anzubieten. Damit wurde ein umfassender Deregulierungsprozeß ausgelöst, der sich — wenn auch mit unterschiedlicher Intensität — über die ganze Gemeinschaft ausbreitet.

Diese Entwicklung führt in zunehmendem Maße zu Veränderungen in der Struktur des europäischen Marktes. Neue private Anbieter drängen mit mehr und mehr grenzüberschreitenden „Mehrwertdiensten“ auf den Markt. Die Fernmeldeverwaltungen behalten zwar ihre zentrale Funktion als Betreiber öffentlicher Dienste, zugleich aber haben sie eine eher privatwirtschaftliche Haltung eingenommen und beginnen, als dynamische Wettbewerber mit privaten Anbietern auf Dienstleistungs- und Ausrüstungsmärkten zu konkurrieren. Andererseits kommt es zu umfangreichen Umstrukturierungen in Form von Firmenzusammenschlüssen und Gemeinschaftsunternehmen, um Größenvorteile und Rationalisierungschancen zu nutzen und sich im Wettbewerb auf einem deregulierten Markt wirkungsvoller behaupten zu können. Alle diese Vorgänge haben wiederum einen Multiplikatoreffekt auf den technologischen Fortschritt.

4. In Anbetracht dessen und insbesondere im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarkts bis 1992 liegt es auf der Hand, daß der Wettbewerb für die Gemeinschaft eine zentrale Rolle einnehmen muß. Diese zentrale Rolle ist bereits im Grünbuch besonders herausgestellt worden.

5. Durch die Anwendung der Wettbewerbsregeln will die Kommission verhindern, daß auf einzelstaatlicher Ebene Maßnahmen ergriffen werden, durch die künstliche Schranken errichtet oder beibehalten würden, die mit den Zielen des Binnenmarkts unvereinbar wären. Andererseits befürwortet sie alle Formen der Zusammenarbeit, soweit sie Innovationen und den wirtschaftlichen Fortschritt fördern — so wie es im Wettbewerbsrecht vorgesehen ist. Das Ziel, wirksamen Wettbewerb im Telekommunikationsbereich zu gewährleisten, ist nicht Gegenstand politischer Ermessensentscheidungen. Die Entscheidung für einen freien Markt und für eine wettbewerbsorientierte Wirtschaft ist bereits im EWG-Vertrag vorgegeben, und die Wettbewerbsregeln des Vertrages sind innerhalb der Gemeinschaft unmittelbar anwendbares Recht. Die eingangs erwähnten grundlegenden Veränderungen erfordern die volle Anwendung des Wettbewerbsrechts.

6. Es ist jedoch nötig, mehr Sicherheit hinsichtlich der Anwendung dieser Wettbewerbsregeln zu schaffen. Die Fernmeldeverwaltungen, die nach wie vor ihre Aufgabe im öffentlichen Interesse zu erfüllen haben, sind heute — praktisch ohne Übergangsfrist nach einer langen Tradition der rechtlichen Abschirmung — mit der Anwendung dieser Regeln konfrontiert, deren Reichweite und effektive Auswirkungen oft nicht leicht zu erkennen sind. Die Weiterentwicklung der Technologie erfolgt außerordentlich schnell, und die Nutzung der am Markt gegebenen Chancen erfordert enorme Investitionen. Daher müssen

alle öffentlichen wie privaten Betreiber in der Lage sein, schnelle Entscheidungen zu treffen und dabei den wettbewerbsrechtlichen Rahmen gebührend zu berücksichtigen.

7. Dieser Notwendigkeit größerer Sicherheit in bezug auf die Anwendung der Wettbewerbsregeln dienen bereits die in einer Anzahl von Einzelfällen ergangenen Entscheidungen. Solche Einzelfallentscheidungen können aber natürlich nur einige der vielfältigen wettbewerbsrechtlichen Fragen beantworten, die sich im Fernmeldebereich ergeben. Zukünftige Fälle werden zudem eine Fortentwicklung der diesbezüglichen Entscheidungspraxis der Kommission bewirken.

Der Zweck dieser Leitlinien

8. Mit diesen Leitlinien soll den öffentlichen Betreibern von Fernmeldeeinrichtungen, den sonstigen Anbietern und Benutzern von Telekommunikationsdiensten, den Juristen und interessierten Kreisen der Öffentlichkeit eine allgemeine Darstellung der rechtlichen und wirtschaftlichen Grundsätze gegeben werden, die die Kommission bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Unternehmen im Telekommunikationsbereich verfolgt hat und verfolgen wird — gestützt auf die in Einzelfällen in Anwendung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften gesammelten Erfahrungen.

9. Die Kommission wird diese Grundsätze auch bei künftigen Einzelfällen auf flexible Weise anwenden und dabei auch die jeweiligen Umstände berücksichtigen. In diesen Leitlinien sind nicht alle bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln zu beachtenden allgemeinen Grundsätze behandelt, sondern nur die speziell für den Telekommunikationsbereich relevanten Aspekte. Die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Grundsätze, die sich zwar nicht spezifisch auf den Telekommunikationsbereich beziehen, aber doch voll auf ihn anwendbar sind, sind u. a. den Rechtsakten, den Urteilen des Gerichtshofes, den Entscheidungen der Kommission zu einzelnen Fällen und den Jahresberichten der Kommission zur Wettbewerbspolitik sowie den Pressemitteilungen und sonstigen Veröffentlichungen der Kommission zu entnehmen.

10. Diese Leitlinien schaffen kein einklagbares Recht. Auch lassen sie die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften oder nationale Behörden (soweit nationale Verwaltungsbehörden oder Gerichte diese Bestimmungen in ihren Mitgliedstaaten unmittelbar anwenden) unberührt.

11. Es ist nicht beabsichtigt, diese Leitlinien bei Veränderungen in der wirtschaftlichen und rechtlichen Situation automatisch sofort zu ändern. Die Kommission behält sich aber die Möglichkeit vor, Ergänzungen oder Anpassungen vorzunehmen, wenn sie den Eindruck gewinnt, daß die Leitlinien wegen grundsätzlicher und/

oder wiederholter Änderungen in der Urteilspraxis, in den Methoden der Anwendung der Wettbewerbsregeln sowie im rechtlichen, wirtschaftlichen und technologischen Umfeld ihren Zweck nicht mehr erfüllen.

12. Diese Leitlinien befassen sich im wesentlichen mit der direkten Anwendung der Wettbewerbsbestimmungen auf Unternehmen, d. h. mit den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrags. Sie befassen sich nicht mit den für die Mitgliedstaaten geltenden Vorschriften, insbesondere den Artikeln 5 und 90 Absätze 1 und 3 EWG-Vertrag. Grundsätze für die Anwendung dieser letzteren Artikel auf den Fernmeldebereich finden sich in den aufgrund von Artikel 90 Absatz 3 erlassenen Richtlinien der Kommission zur Verwirklichung des Grünbuchs (²).

Das Verhältnis zwischen den auf die Unternehmen und den auf die Mitgliedstaaten anwendbaren Wettbewerbsregeln

13. Nach Feststellung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (³) trifft es zwar zu, daß es in den Artikeln 85 und 86 des Vertrages um das Verhalten von Unternehmen und nicht um die Rechtsakte der Mitgliedstaaten geht; dennoch dürfen die Mitgliedstaaten nach Artikel 5 Absatz 2 keine Maßnahmen ergreifen oder beibehalten, die diesen Bestimmungen ihre Wirksamkeit nehmen könnten. Der Gerichtshof wies darauf hin, daß dieser Fall insbesondere dann gegeben wäre, wenn ein Mitgliedstaat verbotene Kartelle vorschreiben oder begünstigen, deren Auswirkungen verstärken oder ein mißbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen fördern würde.

Wenn die ergriffenen oder beibehaltenen Maßnahmen dieser Art öffentliche Unternehmen betreffen oder aber Unternehmen, denen ein Mitgliedstaat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt, kann u. U. auch Artikel 90 anwendbar sein.

14. Wenn das Verhalten eines öffentlichen Unternehmens oder eines Unternehmens, dem ein Mitgliedstaat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt, allein auf die Ausübung der autonomen Entscheidungsrechte dieses Unternehmens zurückzuführen ist, so kann dieses Verhalten nur nach den Artikeln 85 und 86 geahndet werden.

(²) Richtlinie 88/301/EWG der Kommission vom 16. Mai 1988 über den Wettbewerb auf den Märkten für Telekommunikations-Endgeräte (ABl. Nr. L 131 vom 27. 5. 1988, S. 73).

Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf den Märkten für Telekommunikations-Dienstleistungen (ABl. Nr. L 192 vom 24. 7. 1990, S. 10).

(³) Urteil vom 10. 1. 1985 in der Rechtssache 229/83, Leclerc/Benzin Slg. 1985, S. 1; Urteil vom 11. 7. 1985 in der Rechtssache 299/83, Leclerc/Bücher Slg. 1985, S. 2515; Urteil vom 30. 4. 1986 in den Rechtssachen 209—213/84, Ministère public gegen ASJES, Slg. 1986, S. 1425; Urteil vom 1. 10. 1987 in der Rechtssache 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus/Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten Slg. 1987, S. 3801.

Wenn das Verhalten jedoch durch staatliche Maßnahmen (Rechtsvorschriften oder Verwaltungsmaßnahmen) erzwungen wurde, so daß den betreffenden Unternehmen keine freie Wahl blieb, dann ist neben den Artikeln 85 und 86 ggf. Artikel 90 gegen den betreffenden Staat anwendbar. In diesem Fall werden bei der Anwendung der Artikel 85 und 86 auf das Verhalten des Unternehmens die Beschränkungen berücksichtigt, die den Unternehmen durch die staatlichen Maßnahmen auferlegt wurden.

Wenn das Verhalten schließlich auf der freien Entscheidung der betreffenden Unternehmen beruht, der Staat jedoch Maßnahmen ergriffen hat, durch die dieses Verhalten gefördert oder in seiner Wirkung verstärkt wird, so sind die Artikel 85 und/oder 86 auf das Verhalten der Unternehmen anwendbar, während die staatlichen Maßnahmen ggf. unter die Artikel 5 und 90 fallen. Dies könnte u. a. eintreten, wenn der Staat das Ergebnis des Verhaltens der Unternehmen (z. B. Tarife) gutgeheißen und/oder legalisiert hat.

Diese Leitlinien und die Richtlinien nach Artikel 90 ergänzen einander insofern, als sie die für die Anwendung der Wettbewerbsregeln wesentlichen Grundsätze behandeln: einerseits die Artikel 85 und 86, andererseits Artikel 90.

Die Anwendung der Wettbewerbsregeln und des Gemeinschaftsrechts (einschließlich des Grundsatzes des Offenen Netzzugangs (ONP))

15. Die Artikel 85 und 86 und die zur Durchführung dieser Artikel in Anwendung von Artikel 87 erlassenen Verordnungen sind in der gesamten Gemeinschaft geltendes und durchsetzbares Recht. Unvereinbarkeiten mit anderen Rechtsvorschriften der Gemeinschaft sollten nicht entstehen, da das Gemeinschaftsrecht ein geschlossenes Regelungssystem darstellt. Andere Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, und insbesondere die besonderen Regelungen im Telekommunikationsbereich, können nicht als Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 bezogen auf diesen Bereich betrachtet werden. Es ist jedoch offensichtlich, daß Gemeinschaftsakte, welche im Telekommunikationsbereich erlassen wurden, in Übereinstimmung mit den Wettbewerbsregeln auszulegen sind, um auf diese Weise die bestmögliche Durchführung aller Aspekte der Telekommunikationspolitik der Gemeinschaft sicherzustellen.

16. Diese Ausführungen gelten u. a. für das Verhältnis zwischen den auf Unternehmen anwendbaren Wettbewerbsregeln und den ONP-Regeln. Nach der Entscheidung des Rates vom 30. Juni 1988 über die Entwicklung des gemeinsamen Markts für Fernmeldedienstleistungen und -ausrüstungen (⁴) geht es bei dem „Offenen Netzzugang“ (Open Network Provision — ONP) auch darum, durch Richtlinien des Rates eine schnelle Definition der technischen Daten und der Benutzungsbedin-

(⁴) ABl. Nr. C 257 vom 4. 10. 1988, S. 1.

gungen sowie der tariflichen Grundsätze zu erreichen, wobei mit harmonisierten Benutzungsbedingungen für Mietleitungen zu beginnen ist. Die Einzelheiten des ONP-Verfahrens sind in der aufgrund von Artikel 100a des EWG-Vertrags ergangenen und vom Rat am 28. Juni 1990 verabschiedeten Richtlinie 90/387/EWG (*) über die Schaffung des Binnenmarkts für Telekommunikationsdienstleistungen durch Einführung des Offenen Netzzugangs festgelegt worden.

17. Eine der grundlegenden Funktionen des ONP-Konzepts besteht darin, einen europaweiten Zugang zu einem gemeinschaftsweiten öffentlichen Netz zu schaffen. Sobald die ONP-gemäße Harmonisierung erfolgt ist, sollen den Benutzern des Netzes überall in der Gemeinschaft harmonisierte Zugangsbedingungen geboten werden — gleich an welches Land sie sich wenden. Die Harmonisierung hinsichtlich des Zugangs wird in Übereinstimmung mit den oben genannten Wettbewerbsregeln gewährleistet, wie es die ONP-Regeln ausdrücklich vorsehen.

Die ONP-Regeln können nicht als Wettbewerbsregeln angesehen werden, die auf das Verhalten von Staaten und/oder Unternehmen anwendbar sind. Die ONP-Regeln und die Wettbewerbsregeln stellen daher zwei verschiedene, aber sich nicht widersprechende Regelungssysteme dar. Demzufolge finden die Wettbewerbsregeln vollständig Anwendung, selbst in dem Fall, daß alle ONP-Regeln erfüllt sind.

18. Die Wettbewerbsregeln sind und werden in Übereinstimmung mit den geltenden Regeln der gemeinsamen Handelspolitik angewandt. Die Wettbewerbsregeln werden in jedem Fall unterschiedslos auf Unternehmen innerhalb der Gemeinschaft und Unternehmen außerhalb der Gemeinschaft, die Zugang zum Gemeinsamen Markt haben, angewandt.

III. GEMEINSAME GRUNDSÄTZE FÜR DIE ANWENDUNG DER ARTIKEL 85 UND 86

Unterschiedslose Anwendung der Artikel 85 und 86

19. Abgesehen von den in Artikel 90 Absatz 2 vorgesehenen Ausnahmen (6) gelten die Artikel 85 und 86 unmittelbar und gemeinschaftsweit unterschiedslos und in gleichem Umfang für alle öffentlichen wie privaten

Unternehmen. Die Kommission und die nationalen Verwaltungsbehörden und Gerichte sind zuständig, diese Vorschriften nach den in der Verordnung Nr. 17 festgelegten Bedingungen anzuwenden (7).

20. Demnach sind die Bestimmungen der Artikel 85 und 86 sowohl auf private Unternehmen als auch auf öffentliche Betreiber von Fernmeldeeinrichtungen anwendbar; der nachstehend verwendete Begriff „Telekommunikationsorganisationen“ (TOs) umfaßt die Fernmeldeverwaltungen ebenso wie die staatlich anerkannten (zugelassenen) privaten Betreibergesellschaften.

TOs sind insofern Unternehmen im Sinne der Artikel 85 und 86, als sie mit der Herstellung und/oder dem Vertrieb von Fernmeldeausrüstungen und/oder dem Erbringen von Dienstleistungen im Telekommunikationsbereich eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, wobei es unerheblich ist, ob sie z. B. wirtschaftlicher Natur sind und ob sie rechtlich selbständige Einheiten oder Bestandteil der staatlichen Organisationen sind (8). Vereinigungen von TOs sind Unternehmensvereinigungen im Sinne von Artikel 85, unbeschadet der Tatsache, daß TOs als Unternehmen an Organisationen beteiligt sind, in denen auch staatliche Regierungsorgane vertreten sind.

Die Artikel 85 und 86 sind auch auf außerhalb der EG ansässige Unternehmen anwendbar, wenn diese Unternehmen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in dem Gemeinsamen Markt durchführen oder durchzuführen beabsichtigen oder einen Mißbrauch begehen und dadurch der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird (9).

Nach Artikel 90 Absatz 2 oder durch „grundlegende Anforderungen“ gerechtfertigte Wettbewerbsbeschränkungen

21. Die in Artikel 90 Absatz 2 vorgesehene Ausnahme kann sowohl für staatliche Maßnahmen als auch für die Praktiken der Unternehmen gelten. Nach Artikel 3 der Dienstleistungsrichtlinie 90/388/EWG kann ein Mitgliedstaat bei der Erteilung von Genehmigungen für die Erbringung bestimmter Dienstleistungen im Telekommunikationsbereich bestimmte Beschränkungen vorsehen. Diese Beschränkungen können in Anwendung des Artikels 90 Absatz 2 auferlegt werden oder dazu dienen, die Erfüllung der in der Richtlinie aufgeführten grundlegenden Anforderungen zu sichern.

(*) ABl. Nr. L 192 vom 24. 7. 1990, S. 1.

(6) Artikel 90 Absatz 2 lautet: „Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.“

(7) ABl. Nr. 13 vom 21. 2. 1962, S. 204/1962.

(8) Vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 16. 6. 1987 in der Rechtssache 118/85 Kommission gegen Italienische Republik: Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen Mitgliedstaaten und öffentlichen Unternehmen; Slg. 1987, S. 2599.

(9) Vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 27. 9. 1988 in den verbundenen Rechtssachen 89, 104, 114, 116, 117, 125, 126, 127 und 129/85, Åhlström & andere gegen Kommission („Woodpulp“), Slg. 1988, S. 5193.

22. Die Ausnahmeregelung nach Artikel 90 Absatz 2 kann für das Verhalten einer TO auch dann noch in Anspruch genommen werden, wenn es zu Wettbewerbsbeschränkungen führt, die der betreffende Mitgliedstaat selbst (d. h. in Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie) nicht verfügt hatte. Allerdings wäre in einem solchen Fall zu berücksichtigen, daß der Staat, dessen Aufgabe es ist, die öffentlichen und allgemeinen wirtschaftlichen Interessen zu schützen, es nicht für notwendig gehalten hat, die betreffenden Beschränkungen anzuordnen. Damit würde es besonders schwierig nachzuweisen, daß die Ausnahmeregelung nach Artikel 90 Absatz 2 auch für das zu diesen Beschränkungen führende Verhalten eines Unternehmens gelten müsse.

23. Aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes⁽¹⁰⁾ schließt die Kommission, daß sie allein — allerdings unter Aufsicht des Gerichtshofes — befugt ist zu entscheiden, ob die in Artikel 90 Absatz 2 gegebene Ausnahmeregelung anwendbar ist. Wenn die nationalen Behörden oder Gerichte feststellen, daß die Erfüllung der im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden und an bestimmte Unternehmen übertragenen Aufgaben durch die Anwendung der Wettbewerbsregeln nicht behindert wird, können sie entscheiden, daß die Ausnahme nicht gilt. Wenn diese Behörden jedoch nicht zu einer klaren Aussage in diesem Sinne kommen können, sollten sie ihre Entscheidung aussetzen, um der Kommission die Möglichkeit zu geben, ihrerseits festzustellen, daß die Bedingungen für die Anwendung der Ausnahmeregelung erfüllt sind.

24. Als Maßnahmen zur Erfüllung „grundlegender Anforderungen“ im Sinne des Artikels 1 der Dienstleistungsrichtlinie⁽¹¹⁾ können nur solche gelten, die von Mitgliedstaaten ergriffen werden, d. h. nicht von Unternehmen.

Der relevante Markt

25. Um beurteilen zu können, welche Auswirkungen eine Wettbewerbsabsprache im Sinne von Artikel 85 hat oder ob eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 vorliegt, ist es notwendig, innerhalb des gesamten Telekommunikationsbereichs den für den betreffenden Fall relevanten Markt (bzw. Märkte) zu definieren, d. h. den produkt- oder dienstleistungsbezogenen und den geographischen Markt. Wegen der schnellen Entwicklung der Technologie ist die Definition des relevanten Markts dynamischen Veränderungen unterworfen.

⁽¹⁰⁾ Rechtssache 10/71, Mueller-Hein, Slg. 1971 S. 821; Rechtssache 66/86, Ahmed Saeed gegen Zentrale, Urteil vom 11. 4. 1989, Slg. 1989, S. 803.

⁽¹¹⁾ „... die im allgemeinen Interesse liegenden Gründe nicht-wirtschaftlicher Art, die einen Mitgliedstaat veranlassen können, den Zugang zum öffentlichen Telekommunikationsnetz oder zu den öffentlichen Telekommunikationsdiensten zu beschränken.“

a) Der Produktmarkt

26. Ein Produktmarkt umfaßt die Gesamtheit der Produkte, die aufgrund ihrer Eigenschaften besonders geeignet sind, bestimmte Anforderungen zu erfüllen, und die in bezug auf Preis, Verwendung und Verbraucherpräferenz nur bedingt gegen andere Produkte austauschbar sind. Eine auf die objektiven Eigenschaften der relevanten Produkte beschränkte Betrachtung kann hier nicht genügen; auch die jeweiligen Wettbewerbsbedingungen und die Angebots- und Nachfragestruktur des Markts sind dabei zu berücksichtigen⁽¹²⁾.

Die Kommission kann die Märkte in diesem Sinne nur in Zusammenhang von Einzelfällen hinreichend genau definieren.

27. Für die Zwecke dieser Leitlinien wäre allenfalls darauf zu verweisen, daß man z. B. bei den Dienstleistungen zumindest für Bereiche wie die Bereitstellung bodengestützter Netze, Sprachübermittlung, Datenkommunikation und Satellitenverbindungen von der Existenz separater Märkte ausgehen kann. Bei den Ausrüstungen kämen für die Definition einzelner Märkte u. a. folgende Bereiche in Betracht: öffentliche Vermittlungsanlagen, große private Vermittlungen, Übertragungssysteme und noch detaillierter bei den Endgeräten — Telefonapparate, Modems, Telexendgeräte, Datenübermittlungsterminals und Mobilfunkgeräte. Mit diesen Angaben soll aber die Möglichkeit einer engeren Definition separater Märkte keineswegs ausgeschlossen werden. Für sonstige Dienstleistungen (insbesondere für die Mehrwertdienste) und für Ausrüstungen im Netz- und Endgerätebereich kann an dieser Stelle auch keine konkrete Aussage darüber gemacht werden, ob für jede einzelne dieser Dienstleistungen oder Gerätearten ein eigener Markt besteht oder jeweils für mehrere zusammen, oder beides — je nach der in den verschiedenen geographischen Märkten möglicherweise unterschiedlichen Austauschbarkeit. Letzteres ist hauptsächlich eine Frage des Angebots und der Anforderungen dieser Märkte.

28. Bei der Erstellung von Telekommunikationszentren großer Anwender stehen die öffentlichen Netze der einzelnen Länder miteinander im Wettbewerb, und demnach kann hier auch die Definition der Märkte variieren. Tatsächlich wählen Großverbraucher von Telekommunikationsleistungen (Anbieter von Dienstleistungen im Fernmeldebereich ebenso wie andere Unternehmen) ihren Standort u. a. nach Maßgabe bestimmter Merkmale der von den verschiedenen TOs gebotenen Telekommunikationsdienste, und daher vergleichen sie die öffentlichen Netze und Vermittlungsdienste der verschiedenen Länder und die sonstigen von den TOs angebotenen Dienste nach technisch-qualitativen und preislichen Gesichtspunkten.

⁽¹²⁾ Rechtssache 322/81, Michelin gegen Kommission, Urteil vom 9. 11. 1983, Slg. 1983, S. 3529, Entscheidungsgrund 37.

29. Bei der Bereitstellung von Satelliten stellt sich die Frage, ob und inwieweit eine Austauschbarkeit mit der Bereitstellung von bodengestützten Netzen vorliegt.

- a) Die Kommunikation über Satelliten kann verschiedene Formen annehmen: feste Verkehre (Punkt-zu-Punkt-Verbindungen), Mehrpunktübertragung (Punkt-zu-Mehrpunkt- und Mehrpunkt-zu-Mehrpunkt-Verbindungen), Ein- und Zweiwegbetrieb.
- b) Die Hauptmerkmale der Satelliten sind: Erfassung eines geographischen großen Raums ohne Einschränkung durch Landesgrenzen; entfernungsneutrale Kosten; flexibler und einfacher Aufbau der Kommunikationsnetze — insbesondere bei den Systemen, die mit sehr kleinen Antennen (Very Small Aperture Terminals — VSAT) arbeiten.
- c) Die Nutzung der Satellitendienste läßt sich in folgende Bereiche unterteilen: öffentlich vermittelte Sprach- und Datenübertragung, gewerbliche Mehrwertdienste sowie Rundfunk- und Fernsehsendungen.
- d) Bei den Grunddiensten der Sprach- und Datenübermittlung über größere Entfernungen besteht zwischen Satellitendiensten und bodengebundenen Übertragungswegen weitgehende Austauschbarkeit. Bei einer Reihe von spezifischen Anwendungen im Bereich der Sprach- und Datenübertragung ist dagegen keine echte Austauschbarkeit gegeben, so daß der Satellitenfunk hier eher eine Ergänzung der bodengestützten Übertragung darstellt. Zu diesen Einsatzformen gehören Verbindungen mit Randgebieten oder weniger entwickelte Regionen, der Verkehr zwischen nicht benachbarten Ländern, Kapazitätsumstellungen und die Bereitstellung von Leitwegen bei Netzausfall. Auch bei der Direktausstrahlung von Fernsehprogrammen und bei privaten Mehrpunktnetzen für gewerbliche Mehrwertdienste sind die Satellitendienste im wesentlichen nicht austauschbar. Somit dürften die Satelliten für alle diese Anwendungen eigene, getrennte Märkte darstellen. Und auch innerhalb des Satellitenbereichs kann es getrennte Märkte geben.

30. Im Mobilfunkbereich gibt es offenbar eine Reihe von getrennten Diensten wie den zellularen Telefonruf, Telepoint und die schnurlose Sprach- und Datenübermittlung. Dank der technischen Entwicklung ist es möglich, die Leistungsmerkmale aller dieser Systeme weiter auszubauen, und infolgedessen verwischen sich die Unterschiede zwischen den Systemen immer mehr, d. h. es gibt immer mehr Austauschbarkeit. Daher ist auch nicht auszuschließen, daß für bestimmte Anwendungsformen mehrere dieser Systeme zu einem einzigen Produktmarkt zusammenwachsen. Aus demselben Grund ist es wahrscheinlich, daß für bestimmte Anwendungsarten Mobilfunksysteme mit bestimmten Diensten, die aufgrund von öffentlich vermittelten Netzen angeboten werden, in einen Markt zusammengefaßt werden.

b) Der geographische Markt

31. Ein geographischer Markt ist ein Gebiet, in dem

- Unternehmen miteinander in Wettbewerb treten und
- für alle Anbieter hinsichtlich der betreffenden Waren oder Dienstleistungen ähnliche objektive Wettbewerbsbedingungen gelten ⁽¹³⁾.

32. Unbeschadet der im Einzelfall zu treffenden Definition des geographischen Markts ist festzustellen, daß innerhalb der EG die einzelnen Staatsgebiete offenbar immer noch getrennte geographische Märkte darstellen, und zwar insbesondere für diejenigen Dienstleistungen oder Produkte, bei denen

- die Anforderungen der Verbraucher nur unter Benutzung inländischer Dienste erfüllt werden können;
- hinsichtlich des Zugangs zu speziellen und ausschließlichen Betriebsrechten unterschiedliche Vorschriften herrschen, die geeignet sind, die einzelnen Staatsgebiete voneinander zu trennen;
- für Netze und Ausrüstungen keine EG-weit geltenden Normen — seien sie zwingender oder freiwilliger Art — existieren, deren Nichtvorhandensein ebenfalls zu einer Isolierung der nationalen Märkte führen kann. Das Fehlen freiwilliger gemeinschaftsweiter Normen deutet auf unterschiedliche nationale Verbraucherinteressen.

Es ist jedoch zu erwarten, daß sich die geographischen Märkte im Zuge der fortschreitenden Vollendung des Binnenmarkts nach und nach auf das gesamte Gebiet der Gemeinschaft ausweiten werden.

33. In diesem Zusammenhang wäre auch zu untersuchen, ob der betreffende nationale Markt oder Teil eines nationalen Markts einen erheblichen Teil des gesamten Gemeinsamen Markts darstellt. Dies trifft dann zu, wenn die fraglichen Dienstleistungen oder Erzeugnisse einen wesentlichen Teil des insgesamt in der Gemeinschaft anfallenden Volumens darstellen. Diese Feststellung gilt für alle einschlägigen Produkte und Dienstleistungen.

34. Im grenzüberschreitenden Satellitenfunkverkehr könnte die Aufwärtsstrecke von verschiedenen Ländern gestellt werden. In diesem Fall reicht der geographische Markt also über das einzelstaatliche Hoheitsgebiet hinaus; u. U. kann er das gesamte Territorium der EG umfassen.

Hinsichtlich der Raumsegment-Kapazität eines Satelliten ist der Umfang des geographischen Markts abhängig von seiner Leistung und seiner Fähigkeit, mit anderen Satelliten um die Versorgung eines bestimmten Gebiets zu

⁽¹³⁾ Urteil des Gerichtshofes vom 14. 2. 1978 in der Rechtssache 27/76 United Brands gegen Kommission, Slg. 1978, S. 207, Grund 44. Im Telekommunikationsbereich: Urteil des Gerichtshofes vom 5. 10. 1988 in der Rechtssache 247/86 Alsatel-Novasam, Slg. 1988, S. 5987.

konkurrieren, mit anderen Worten von seiner Reichweite. Dies kann nur von Fall zu Fall entschieden werden.

35. Was die Dienste sowohl im allgemeinen als auch Terminal- und Sendernetzausrüstungen betrifft, beurteilt die Kommission die Marktmacht der betreffenden Unternehmen und die Auswirkungen des Verhaltens der Unternehmen insbesondere auch unter Berücksichtigung ihrer Aktivitäten untereinander und der Wechselwirkungen zwischen dem Gemeinschaftsmarkt und den Weltmärkten. Mit fortschreitender Öffnung des EG-Marktes wird dieser Gesichtspunkt immer wichtiger. Er könnte erhebliche Auswirkungen haben auf die Struktur der Märkte innerhalb der EG, auf die Wettbewerbsfähigkeit der in diesen Märkten operierenden Unternehmen und — langfristig gesehen — auf ihre Fähigkeit, sich als unabhängige Anbieter zu halten.

IV. ANWENDUNG DES ARTIKELS 85

36. Die Kommission erinnert daran, daß der Rat in seiner Entschlußung vom 30. Juni 1988 über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienste und -geräte eines der Hauptziele der Telekommunikationspolitik der Gemeinschaft wie folgt formuliert hat:

„Stimulierung der europäischen Zusammenarbeit auf allen Ebenen, soweit dies mit den Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft vereinbar ist, insbesondere im Bereich der Forschung und Entwicklung, um eine starke europäische Präsenz auf den Telekommunikationsmärkten zu schaffen und die volle Beteiligung aller Mitgliedstaaten sicherzustellen.“

In vielen Fällen kann durch Zusammenarbeit der TOs ein europaweites Dienstangebot erreicht werden — z. B. durch Sicherstellung von Kompatibilität und Interoperabilität i) auf den Gebieten, auf denen in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere mit der Dienstleistungsrichtlinie weiterhin ausschließliche oder besondere Rechte existieren, und ii) auf Gebieten, auf denen die Optimierung des Leistungsangebots eine gewisse Zusammenarbeit gebietet (wie z. B. bei dem Prinzip des „one-stop-shopping“, d. h. der Möglichkeit, über einen einzigen Partner europaweit Dienste zu erhalten).

Für diejenigen Bereiche, in denen europaweit Dienste besonders dringend benötigt werden, finden sich Anweisungen und Hinweise in den Richtlinien, Entscheidungen, Empfehlungen und Entschlüssen des Rates — so z. B. in der Empfehlung 86/659/EWG⁽¹⁴⁾ über die koordinierte Einführung des dienstintegrierten Digitalnetzes (Integrated Services Digital Network — ISDN) in der Europäischen Gemeinschaft oder in der Empfehlung

87/371/EWG⁽¹⁵⁾ über die koordinierte Einführung eines gesamteuropäischen öffentlichen zellulardigitalen, landgestützten Mobilfunksystems.

Die Kommission begrüßt diese Haltung und unterstreicht die Notwendigkeit der Zusammenarbeit — insbesondere, um die Entwicklung transeuropäischer Dienste zu fördern und die Wettbewerbsfähigkeit der Industrie der EG innerhalb der Gemeinschaft und auf den Weltmärkten zu stärken. Allerdings kann diese Zusammenarbeit die genannten Ziele nur erreichen, wenn dabei die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft eingehalten werden. Die Verordnung Nr. 17 enthält ein genau definiertes Verfahren für die Prüfung und Genehmigung solcher Kooperationsvereinbarungen. Die in dieser Verordnung vorgesehenen Verfahren sind i) Antrag auf Erteilung eines Negativattestes, wonach die Kommission feststellt, daß die Vereinbarungen nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 85 fallen, weil sie keine Wettbewerbsbeschränkung bewirken und/oder den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen, ii) Anmeldung von Vereinbarungen, die unter Artikel 85 fallen, mit dem Ziel, eine Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 in Anspruch zu nehmen. Denn obwohl eine bestimmte Vereinbarung unter Artikel 85 fällt, kann die Kommission eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 gewähren, allerdings nur unter der Voraussetzung, daß die Vereinbarung wirtschaftliche Vorteile mit sich bringt — wobei die in dem erwähnten Absatz 3 aufgeführten Kriterien zugrunde zu legen sind — die gegenüber der Wettbewerbsbeschränkung überwiegen. In jedem Fall darf der Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren nicht ausgeschaltet werden. Die Anmeldung ist nicht obligatorisch; wenn die Beteiligten sich jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit entschließen, eine Freistellung in Anspruch zu nehmen, dürfen die Vereinbarungen gemäß Artikel 4 der Verordnung Nr. 17 erst freigestellt werden, wenn diese der Kommission gemeldet worden sind.

37. Kooperationsvereinbarungen könnten aufgrund einer der Gruppenfreistellungsverordnungen oder Bekanntmachungen erlaubt sein⁽¹⁶⁾. Im ersten Fall ist die Vereinbarung direkt gemäß Artikel 85 Absatz 3 freigestellt. Im anderen Fall beschränkt die Vereinbarung nach Auffassung der Kommission den Wettbewerb und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht spürbar und rechtfertigt daher kein Einschreiten von Seiten der Kommission. In beiden Fällen ist eine Anmeldung der Vereinbarung nicht erforderlich; jedoch sollte eine Anmeldung erfolgen, wenn Zweifel bestehen. Falls bei der Kommission eine Vielzahl von Anmeldungen von sich entsprechenden Kooperationsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich eingehen, ist die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, ob eine spezielle Gruppenfreistellungsverordnung für solche Vereinbarungen erforderlich ist.

⁽¹⁵⁾ ABl. Nr. L 196 vom 17. 7. 1987, S. 81.

⁽¹⁶⁾ Abgedruckt in „Wettbewerbsrecht in den Europäischen Gemeinschaften“, Bd. 1, (Stand: 31. 12. 1989), veröffentlicht von der Kommission.

⁽¹⁴⁾ ABl. Nr. L 382 vom 31. 12. 1986, S. 36.

38. Nachstehend sind mehrere Kategorien von Vereinbarungen⁽¹⁷⁾ aufgeführt, die offenbar für den Fernmeldebereich typisch sind und unter die Bestimmungen des Artikels 85 fallen können. Die Liste gibt aber lediglich Beispiele, ist also nicht erschöpfend. Die Kommission nennt darin einige mögliche Fälle von Wettbewerbsbeschränkung, die unter Artikel 85 fallen könnten und einige Fälle, in denen eine Freistellung möglich wäre.

39. Aus folgenden Gründen können derartige Vereinbarungen den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr beeinträchtigen.

i) Abgesehen von den Diensten, die den TOs vorbehalten sind, werden die Dienstleistungen und Geräte sowie die Raumsegment-Kapazitäten gemeinschaftsweit gehandelt; Absprachen über diese Dienstleistungen oder Geräte sind daher geeignet, den Handelsverkehr zu beeinträchtigen. Wenn auch der grenzüberschreitende Handel derzeit noch relativ gering ist, so besteht doch kein Anlaß zu der Annahme, daß sich das zukünftige Angebot für derartige Leistungen auf die jeweiligen nationalen Märkte beschränken wird.

ii) Auch hinsichtlich der (für die TOs) reservierten Netzdienste kann man argumentieren, daß es einen gemeinschaftsweiten Handel gibt. Diese Dienstleistungen können von einem in einem Mitgliedstaat operierenden Betreiber auch für Kunden erbracht werden, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, z. B. wenn letztere sich entschließen, ihre Telekommunikationszentren wegen wirtschaftlicher Vorteile in das erstere Land zu verlegen. Außerdem ist anzunehmen, daß sich diesbezügliche Absprachen auf den innergemeinschaftlichen Warenverkehr zumindest insofern auswirken, als sie einen Einfluß auf die Bedingungen haben, zu denen sonstige Dienstleistungen und Ausrüstungen EG-weit angeboten werden.

40. Da die TOs hinsichtlich der Fernmeldeeinrichtungen sowie auf den Dienstleistungs- und Ausrüstungsmärkten eine beherrschende Stellung einnehmen, könnte ihr Verhalten, soweit es zu dem Abschluß von Vereinbarungen der erwähnten Art führt, auch einen Verstoß gegen Artikel 86 darstellen, wenn diese Vereinbarungen die Wirkung haben oder mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit haben könnten, die Aufrechterhaltung des derzeit bestehenden Grades von Wettbewerb oder den Zuwachs dieses Wettbewerbs zu behindern, oder wenn sie dazu führen, daß die TOs Gewinne erzielen, die sie unter der Voraussetzung von ausreichend wirksamem Wettbewerb nicht hätten erzielen können.

⁽¹⁷⁾ Der Einfachheit halber steht dieser Begriff auch für „Beschlüsse von Unternehmensvereinbarungen“ und „aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen“ im Sinne des Artikels 85.

A. Horizontale Vereinbarungen über die Bereitstellung von bodengestützten Fernmeldeeinrichtungen und über reservierte Dienstleistungen

41. Vereinbarungen über bodengestützte Einrichtungen (öffentlich vermittelte Netze oder Mietleitungen) oder reservierte Dienste (z. B. Sprachübermittlung im allgemeinen Telefondienst) können künftig nur zwischen TOs getroffen werden, aufgrund der ausschließliche oder besondere Rechte vorsehenden Regelung. Die Tatsache, daß die Dienstleistungsrichtlinie die Befugnis der Mitgliedstaaten anerkennt, diese Dienste bestimmten Anbietern vorzubehalten, befreit diese Anbieter nicht davon, diese Einrichtungen oder Dienste unter Beachtung der Wettbewerbsvorschriften anzubieten. Diese Vereinbarungen können den Wettbewerb in einem Mitgliedstaat jedoch nur beschränken, wenn solche ausschließlichen Rechte mehr als einem Anbieter gewährt werden.

42. Bei diesen Absprachen kann es darum gehen, den Wettbewerb um die sogenannten „hubs“ (Kommunikationszentren von Großkunden) einzuschränken. Der Wettbewerb zwischen den TOs um die Errichtung oder Beibehaltung der Kommunikationszentren solcher Großverbraucher von Fernmeldeleistungen beruht im wesentlichen auf der Einräumung günstiger Sätze und sonstiger Bedingungen sowie auf der Qualität der Leistungen. Die Mitgliedstaaten sind nicht befugt, einen solchen Wettbewerb zu verhindern, da die Richtlinie lediglich die Gewährung von ausschließlichen und besonderen Rechten durch jeden Mitgliedstaat auf seinem Hoheitsgebiet erlaubt.

43. Schließlich kann es sich bei diesen Vereinbarungen aber auch um eine Einschränkung des Wettbewerbs von dritter Seite handeln — insbesondere bei Mehrwertdiensten, die sich auf die betreffenden Einrichtungen stützen — indem die TOs z. B. bestimmten Benutzern diskriminierende oder unerfüllbare Bedingungen auferlegen.

44. aa) *Preisabsprachen*: Vereinbarungen zwischen den TOs über Preise, Rabatte und den Gebühreneinzug im internationalen Verkehr sind stets geeignet, den Wettbewerb um Kommunikationszentren („hubs“) merklich einzuschränken. Absprachen über Rabatte oder deren Ausschluß können besonders ernsthafte Wettbewerbsbeschränkungen bewirken. Bei öffentlicher Preisbildung — wie im Fall der Fernmeldetarife — ist die Rabattgewährung unter Umständen die einzige Möglichkeit einer wirksamen Preiskonkurrenz.

45. Der Gerichtshof und die Kommission haben in mehreren Fällen festgestellt, daß Preisabsprachen zu den schwersten Verstößen gegen Artikel 85 gehören⁽¹⁸⁾. Die Harmonisierung der Tarifstrukturen ist gewiß ein we-

⁽¹⁸⁾ PVC, Entscheidung 89/190/EWG der Kommission, ABl. Nr. L 74 vom 17. 3. 1989; Rechtssache 123/85, BNIC gegen Clair, Slg. 1985, S. 391; Rechtssache 8/72, Cementhandlaren gegen Kommission, Slg. 1972, S. 977; Polypropylen, Entscheidung 86/398/EWG der Kommission, ABl. Nr. L 230/1 vom 18. 8. 1986, S. 1, im Berufungsverfahren Rechtssache 179/86.

sentliches Element für die Entwicklung gemeinschaftsweiter Dienste; bei Verfolgung dieses Ziels muß aber stets auf Einhaltung der Wettbewerbsregeln geachtet werden, und dazu gehört auch die Definition gemeinschaftsweit wirksamer Grundsätze der Preisbildung. Bei der vom Käufer zu treffenden Wahl ist der Preiswettbewerb ein wesentlicher, wenn nicht gar der entscheidende Faktor. Er kann den technischen Fortschritt stimulieren. Unbeschadet einzelner Anwendungsfälle einer Freistellung ist festzustellen, daß die Rechtfertigung einer Preisabsprache im Sinne des Artikels 85 Absatz 3 nur nach einer besonders scharfen Überprüfung seitens der Kommission denkbar wäre.

46. Wo es jedoch bei den Vereinbarungen lediglich um das Aufstellen gemeinsamer Tarifstrukturen oder -grundsätze geht, könnte die Kommission erwägen, ob es sich hier nicht möglicherweise um einen wirtschaftlichen Vorteil im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 handelt, der den Nachteil einer Wettbewerbsbeschränkung aufwiegen könnte. Tatsächlich könnte eine solche Vereinbarung dazu dienen, die nötige Transparenz in die Tarifberechnung zu bringen und damit den Benutzern die Entscheidungen über ihre Telekommunikationsströme und die Standortwahl zu erleichtern. Solche Vereinbarungen können auch dazu beitragen, eines der wirtschaftlichen Ziele des Grünbuchs, nämlich stärker kostenorientierte Tarife zu erreichen.

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, daß die Europäische Konferenz der Post- und Fernmeldeverwaltungen (CEPT) nach Intervention der Kommission beschlossen hat, ihre Empfehlung PGT/10 und die darin enthaltenen allgemeinen Grundsätze für die Vermietung internationaler Fernmeldeleitungen und die Erstellung internationaler Privatnetze zurückzuziehen. In dieser Empfehlung war u. a. für den Fall, daß eine internationale Mietleitung für den Verkehr Dritter benutzt oder mit dem öffentlichen Fernmeldenetz verbunden wird, die Erhebung eines 30 %igen Aufschlags oder einer Zugangsgebühr empfohlen worden. Außerdem war für die Berechnung des relativen Preisniveaus für internationale Mietleitungen die Verwendung einheitlicher Tarif-Koeffizienten empfohlen worden. Dank der Zusammenarbeit zwischen der CEPT und der Kommission, die zur Zurücknahme dieser Empfehlung geführt hat, ist der Wettbewerb zwischen den Betreibern der Fernmeldeeinrichtungen um die Gestellung internationaler Mietleitungen wiederhergestellt worden — zum Vorteil der Benutzer und insbesondere der Anbieter von nichtreservierten Diensten. Die Kommission war zu dem Ergebnis gekommen, daß die Empfehlung einer Preisabsprache zwischen Unternehmen nach Artikel 85 des Vertrages gleichkam und geeignet war, den Wettbewerb innerhalb der Europäischen Gemeinschaft erheblich einzuschränken⁽¹⁹⁾.

47. ab) *Vereinbarungen über die sonstigen Bedingungen für die Bereitstellung von Fernmeldeeinrichtungen.* Vereinbarungen dieser Art können dazu führen, den Wettbewerb zwischen den beteiligten TOs um die Kommunikationszentren („hubs“) großer Kunden einzuschränken. Außerdem können sie den Zugang bestimmter Benutzer zum Netz beschränken und damit bei den nicht-reservierten Diensten den Wettbewerb dritter Anbieter behindern. Das gilt insbesondere für die Benutzung gemieteter Leitungen. Die zurückgezogene Tarifempfehlung PGT/10 der CEPT empfahl auch Einschränkungen hinsichtlich der Verkaufsbedingungen, die von der Kommission ebenfalls beanstandet wurden. Bei diesen Einschränkungen ging es hauptsächlich um

- eine bei der Vermietung von Leitungen zwischen dem Kunden und Dritten zu machende Auflage, daß die Kommunikation lediglich der Aktivität dienen dürfe, für die die Leitung zugestanden wurde;
- das Verbot der Untervermietung;
- die Bedingung, daß private Netze nur zugelassen werden sollten, wenn die Benutzer untereinander wirtschaftlich verbunden sind und die gleiche Aktivität ausüben;
- die vorherige Konsultation zwischen den TOs über die Zulassung privater Netze, bei jeglicher Änderung in der Nutzung der Netze und im Fall einer Verbindung privater Netze untereinander.

Wenn für bestimmte Einrichtungen Sonderbedingungen eingeräumt werden, um deren Entwicklung zu fördern, dann könnte dies u. a. für eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 in Betracht gezogen werden. Möglicherweise sollen mit diesen Maßnahmen Technologien gefördert werden, die sich kostensenkend auswirken und zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit innerhalb der europäischen Industriestrukturen beitragen. Natürlich müßten dann aber auch die anderen in Artikel 85 Absatz 3 genannten Bedingungen erfüllt sein.

48. ac) *Vereinbarungen über die Wahl der Fernmeldeleitwege.* Vereinbarungen dieser Art können auf folgende Weise wettbewerbsbeschränkend wirken:

- i) Indem sie eine Abstimmung hinsichtlich der von den TOs in den internationalen Diensten zu erstellenden Kommunikationswege beinhalten, können solche Vereinbarungen zu einer gewissen Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den TOs um die Kommunikationszentren der Benutzer führen, und zwar sowohl in bezug auf die Investitionen als auch auf die Produktion, mit möglichen Auswirkungen auf die Tarife. Es wäre zu prüfen, ob die darin liegende Einschränkung ihrer Autonomie erheblich genug ist, um unter Artikel 85 zu fallen. Auf jeden Fall wäre die Forderung auf Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 leichter zu vertreten, wenn die gemeinsame Festlegung der Leitwege sich als notwendig erweist, um Verbindun-

⁽¹⁹⁾ Pressemitteilung der Kommission vom 6. 3. 1990, Nr. PI(90) 188.

gen der Netze untereinander und damit die Nutzung eines gesamteuropäischen Netzes zu ermöglichen.

- ii) Wenn in derartigen Vereinbarungen den TOs die Auswahl bereits vorhandener Wege vorbehalten wird und die Wahl eine bestimmte Einrichtung betrifft, könnte dies die Benutzung anderer Einrichtungen und damit möglicherweise die Erbringung von Dienstleistungen zum Nachteil des technischen Fortschritts einschränken. Ist die Wahl bestimmter Wege jedoch eine technische Notwendigkeit, so ist sie grundsätzlich nicht als wettbewerbsbeschränkend anzusehen.

49. ad) *Vereinbarungen über die Festlegung technischer und qualitätsbezogener Normen für die auf dem öffentlichen Netz erbrachten Dienstleistungen.* Die Normung kann erheblichen wirtschaftlichen Nutzen bringen, und dieser Umstand kann im Sinne des Artikels 85 Absatz 3 von Bedeutung sein. Sie erleichtert u. a. das Erbringen von „paneuropäischen“ Telekommunikationsdiensten. Wie die Kommission im Rahmen ihrer Normenpolitik stets betont, können Produkte und Dienstleistungen, die den für das betreffende Gebiet von den europäischen Normenorganisationen (ETSI und CEN/CENELEC) entwickelten Normen entsprechen, überall in der Gemeinschaft eingesetzt werden. Damit öffnen sich die nationalen Märkte innerhalb der EG und bilden einen echten Gemeinschaftsmarkt. Begünstigt durch die größer werdenden Dienstleistungs- und Ausrüstungsmärkte kommt es vielfach zu Größenvorteilen, die wiederum dazu führen, daß die Benutzer in den Genuß billigerer Produkte und Dienstleistungen kommen. Eine allgemeine Normung bietet oft auch eine Alternative zu firmeneigenen Normen der auf den Gebieten der Netzarchitektur und der nichtreservierten Dienste führenden Unternehmen; Normungsvereinbarungen können daher die Gefahr mildern, daß diese Unternehmen ihre beherrschende Stellung mißbrauchen und den Marktzugang für nichtreservierte Dienste und Geräte blockieren. Bestimmte Vereinbarungen über Normungen können jedoch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben: Verhinderung von Innovationen, Festschreiben eines bestimmten Stadiums der technischen Entwicklung, Beschränkung des Netzzugangs von einzelnen Benutzern/Anbietern von Diensten. Diese Beschränkungen könnten sich zum Beispiel bemerkbar machen, wenn darüber entschieden wird, inwieweit „Intelligenz“ in Zukunft in das Netz integriert wird oder im Rahmen kundeneigener Ausrüstung weiter zugelassen sein soll. Die Festlegung von anderen als vom Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Spezifikationen könnte wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben. Vereinbarungen mit derartigen Wirkungen fallen daher unter Artikel 85.

Die Abwägung zwischen wirtschaftlichen Vorteilen und Wettbewerbsbeschränkungen ist ein vielschichtiges Problem. Eine Freistellung könnte grundsätzlich zugebilligt werden, wenn die Normungsvereinbarung mehr Offenheit schafft und den Zugang zum Markt erleichtert und diese Vorteile die durch sie verursachte Wettbewerbsbeschränkung überwiegen.

50. Gemeinschaftlich entwickelte und/oder in Übereinstimmung mit dem ONP-Verfahren veröffentlichte Normen haben die Vermutung für sich, daß die kooperierenden TOs, die diese Normen einhalten, die Erfordernisse eines offenen und wirksamen Zugangs erfüllen (vgl. die in Ziffer 16 erwähnte ONP-Richtlinie 90/387/EWG). Diese Vermutung kann u. a. dann widerlegt werden, wenn die Vereinbarung bestimmte Beschränkungen enthält, die nicht vom Gemeinschaftsrecht vorgesehen und die nicht unerlässlich für das Vorhaben der Normung sind.

51. Eine wichtige Bedingung für eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 ist eine „angemessene Beteiligung auch der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn“. Diese Bedingung ist mit größerer Wahrscheinlichkeit erfüllt, wenn die Benutzer der Fernmeldedienste bei dem Normungsprozeß direkt mitwirken und mitbestimmen können, welche Produkte oder Dienste ihren Bedürfnissen entsprechen. Positiv im Sinne des Artikels 85 Absatz 3 wäre gewiß zu werten, wenn neben den TOs auch andere Gerätehersteller oder Anbieter von Dienstleistungen eingeschaltet sind. Deren Mitwirkung muß jedoch offen und auf weitgehend repräsentativer Basis erfolgen, um Wettbewerbsbeschränkungen zum Nachteil der nicht beteiligten Hersteller bzw. Dienstleistungsunternehmen zu vermeiden. Um für derartige Vereinbarungen eine Befreiung nach Artikel 85 Absatz 3 erteilen zu können, wird man es u. U. für notwendig erachten, daß den anderen Herstellern usw. Lizenzen eingeräumt werden.

52. ae) *Vereinbarungen über eine gesonderte Behandlung von Endgeräten von TOs und Ausrüstungen von anderen Gesellschaften hinsichtlich der Kompatibilität oder Interoperabilität von Endgeräten mit reservierten Diensten und Fernmeldeeinrichtungen*

53. af) *Vereinbarungen über den Austausch von Informationen.* Ein gewisser allgemeiner Informationsaustausch ist wahrscheinlich notwendig, um ein gutes Funktionieren der internationalen Fernmeldedienste und die Kooperation, welche die Sicherstellung der Kompatibilität oder des „one-stop shopping“ und „one-stop billing“ zum Ziel hat, zu gewährleisten. Die Autonomie der Geschäftspolitik der einzelnen TOs sollte der Informationsaustausch aber nicht beeinträchtigen, und daher sollte er sich nicht auf wettbewerbskritische Bereiche wie Tarife, die ein Geschäftsgeheimnis darstellen, Rabattgewährung, Kunden und Geschäftsstrategie oder Angaben über neue Produkte erstrecken. Dieser Informationsaustausch hätte Auswirkungen auf die Geschäftspolitik jeder einzelnen TO und wäre nicht erforderlich, um das genannte Ziel zu erreichen.

B. *Vereinbarungen über die Erbringung nichtreservierter Dienstleistungen und die Lieferung von Endgeräten*

54. Im Gegensatz zu den Märkten für Fernmeldeeinrichtungen, bei denen die TOs die alleinigen Anbieter

sind, gibt es auf den Dienstleistungsmärkten eine große Anzahl tatsächlicher und potentieller Wettbewerber: neben den TOs internationale private Telekommunikationsunternehmen, Computerfirmen, Medienkonzerne und andere. Vereinbarungen über Dienstleistungen und Endgeräte sind daher möglich zwischen TOs, zwischen TOs und privaten Unternehmen und zwischen Privatunternehmen.

55. Der Liberalisierungsprozeß hat zu einer Anzahl strategischer Allianzen geführt: i) zwischen TOs und ii) zwischen TOs und anderen Unternehmen. Solche Vereinbarungen führen vielfach zur Gründung von Gemeinschaftsunternehmen (joint ventures).

56. ba) *Vereinbarungen zwischen TOs.* Bei diesen Vereinbarungen geht es im allgemeinen darum, daß alle Partner einen Mehrwertdienst schaffen, der das Systemmanagement mit einschließt. Grundlage der meisten dieser Vereinbarungen ist das Prinzip des „one-stop shopping“, d. h. daß jeder Partner den Kunden das gesamte von ihnen benötigte Servicepaket anbieten kann. Für diese Globaldienste hat sich die Bezeichnung „Managed Data Network Services“ (MDNS) eingebürgert. Ein MDNS-Dienst besteht im wesentlichen aus einem umfassenden Dienstleistungspaket einschließlich der Gestellung der benötigten Anlagen, dazu kommen Mehrwertdienste und das Systemmanagement. Die Vereinbarungen können sich aber auch auf Grunddienste beziehen, wie z. B. die Aufwärtsstrecke im Satellitenverkehr.

57. Die erwähnten Vereinbarungen können eine Beschränkung des Wettbewerbs im MDNS-Markt oder auch in den Märkten für bestimmte, in den MDNS-Paketen enthaltene Dienste oder Kombinationen von Diensten bewirken; betroffen wäre hier der Wettbewerb i) zwischen den TOs selbst und ii) gegenüber anderen tatsächlichen oder potentiellen dritten Anbietern.

58. i) *Beschränkungen des Wettbewerbs zwischen TOs.* Die Zusammenarbeit zwischen TOs kann zu einer Beschränkung der Zahl der von den einzelnen beteiligten TOs anzubietenden MDNS-Dienste führen.

Solche Vereinbarungen können den Wettbewerb in zumindest einigen der Punkte beeinträchtigen, die in Artikel 85 Absatz 1 Buchstaben a), b) und c) als typische Beispiele verbotener Praktiken aufgeführt sind, und zwar in Fällen, in denen

— die von den einzelnen Partnern an ihre Kunden zu berechnenden Preise festgesetzt oder empfohlen werden oder (durch Austausch von Preisinformationen) zumindest eine Koordinierung der Preisbildung angestrebt wird;

— eine einheitliche Spezifikation der MDNS-Produkte vorgesehen ist, ferner gemeinsame Regelungen über Quoten, Leistungsumfang, Spezifikation der Kundensysteme usw., was auf eine Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen hinauslaufen würde;

— der gemeinsame Einkauf von MDNS-Hardware und/oder -Software erwogen wird, was einer „Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen“ gleichkäme.

59. ii) *Einschränkende Wirkung auf dritte Unternehmen.* Der Marktzugang für dritte Unternehmen könnte ausgeschlossen oder behindert werden, wenn die beteiligten TOs

— sich weigern, dritten Dienstleistern ihre Einrichtungen zur Verfügung zu stellen,

— Beschränkungen in der Nutzung der Einrichtungen nur bei Dritten und nicht bei sich selbst anwenden (wenn z. B. ein privater Dienstleister daran gehindert wird, zur Erreichung niedrigerer Stückkosten mehrere Kunden auf eine Mietleitung zu schalten);

— die eigenen MDNS-Dienste hinsichtlich Zugang, Verfügbarkeit, Qualität und Kosten gemieteter Leitungen, deren Unterhalt und andere Dienstleistungen gegenüber denen privater Anbieter bevorzugen;

— für ihre MDNS-Dienste besonders niedrige Preise anbieten und Preise aus überhöhten Tarifen für Monopoldienste quersubventionieren.

Beispiele hierfür wären den privaten Netzbetreibern von den TOs gemachte Auflagen hinsichtlich der Benutzer, der Art der über das Netz laufenden Nachrichten und der Benutzung internationaler Mietleitungen.

60. Schließlich besitzen die beteiligten TOs auf ihren jeweiligen nationalen Märkten einzeln oder gemeinschaftlich eine beherrschende Stellung für die Erstellung und Nutzung der Netze, und damit könnte jedes in Ziffer 59 beschriebene wettbewerbswidrige Verhalten zugleich auch einen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung nach Artikel 86 darstellen (siehe Abschnitt V).

61. Andererseits können Vereinbarungen zwischen TOs aber auch wirtschaftliche Vorteile bewirken, die gegebenenfalls für die Zubilligung einer Befreiung nach Artikel 85 Absatz 3 zu berücksichtigen wären. U. a. wären hier folgende Vorteile möglich:

— ein europaweiter Dienst nach dem Prinzip des „one-stop shopping“ könnte sich für den Geschäftsverkehr in Europa vorteilhaft auswirken, denn die großen multinationalen Unternehmen erhielten ihren europäischen Kommunikationsdienst über einen einzigen Ansprechpartner.

- Die Zusammenarbeit könnte schon vor Verabschiedung der einschlägigen EG-Rechtsakte zu einer gewissen europaweiten Normung führen.
- Die Zusammenarbeit könnte zu einer Kostensenkung führen und damit zum Vorteil der Verbraucher billigere Angebote ermöglichen.
- Aus den gemeinsam erbrachten Diensten könnte sich eine allgemeine Verbesserung der öffentlichen Infrastruktur ergeben.

62. Nur aufgrund einer Anmeldung der fraglichen Fälle gemäß dem in der Verordnung Nr. 17 vorgesehenen Verfahren wird die Kommission feststellen können, ob Vorteile dieser Art die Wettbewerbsbeschränkungen aufwiegen. Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, daß Zugangsbeschränkungen für Dritte und die dadurch bewirkte Aufhebung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betroffenen Erzeugnisse und Dienstleistungen wahrscheinlich nicht als unvermeidlich im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 betrachtet würden, was bedeuten würde, daß eine Freistellung praktisch ausgeschlossen wäre. Auch wenn eine MDNS-Vereinbarung zu einer deutlichen Stärkung der beherrschenden Position führt, die eine der beteiligten TOs auf dem Markt für eine in dem MDNS-Paket enthaltene Dienstleistung hält, müßte dies wahrscheinlich zur Verweigerung einer Ausnahmeregelung führen.

63. Die Bedingungen für die Freistellung derartiger Formen der Zusammenarbeit hat die Kommission vor einiger Zeit in einem Fall umrissen, bei dem es um ein geplantes Gemeinschaftsunternehmen von 22 TOs für das Betreiben eines europaweiten MDNS-Dienstes ging (das Vorhaben wurde später aus kommerziellen Gründen aufgegeben)⁽²⁰⁾. Die Kommission kam zu dem Ergebnis, daß dieses MDNS-Projekt die Gefahr einer Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Betreibern selbst und privaten Dienstleistern mit sich brachte; sie erkannte aber auch an, daß das Vorhaben den Benutzern der Fernmeldedienste wirtschaftliche Vorteile bot, so z. B. den Zugang zu europaweiten Diensten über einen einzigen Betreiber. Diese Zusammenarbeit hätte auch die Normung in Europa beschleunigen, die Kosten senken und die Qualität der Dienste erhöhen können. Die Kommission erklärte damals den beteiligten TOs, daß die Zustimmung zu dem Projekt davon abhängig gemacht werde, daß durch entsprechende Garantien dafür gesorgt wird, daß es nicht zu einer unangemessenen Einschränkung des Wettbewerbs auf den Märkten für Telekommunikationsdienste kommt, wie etwa durch Benachteiligung privater Dienstleister oder Quersubventionierung. Solche Garantien wären eine wesentliche Voraussetzung, um bei Kooperationsvereinbarungen unter Beteiligung von TOs eine Freistellung von den Wettbewerbsregeln erteilen zu können. Die Anforderungen an eine angemessene Garantie für die Vermeidung von Benachteiligungen und Quersubventionierungen werden in Einzelfällen konkretisiert werden, entsprechend den Beispiels-

fällen von Benachteiligungen, die weiter unten in Abschnitt V im Zusammenhang mit der Anwendung von Artikel 86 aufgeführt sind.

64. bb) *Vereinbarungen zwischen TOs und anderen Dienstleistungsanbietern.* Die Zusammenarbeit zwischen TOs und anderen Anbietern von Dienstleistungen im Fernmeldebereich nimmt zu. Sie erfolgt häufig im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen (joint ventures). Die Kommission erkennt an, daß sich eine solche Kooperation durchaus vorteilhaft auswirken kann. Andererseits kann sie aber auch negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Öffnung der Dienstleistungsmärkte haben. Die positiven und negativen Auswirkungen müssen also sorgfältig abgewogen werden.

65. Solche Vereinbarungen können darauf hinauslaufen, den Wettbewerb um Dienstleistungen im Telekommunikationsbereich i) zwischen den Beteiligten und ii) von Drittanbietern einzuschränken.

66. i) Eine Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Partnern einer solchen Vereinbarung kann dann vorliegen, wenn es sich bei ihnen um tatsächliche oder potentielle Konkurrenten für die betreffenden Telekommunikationsdienste handelt. Das ist im allgemeinen der Fall, auch wenn die TOs den Dienst noch nicht selbst anbieten, sondern nur die anderen Partner. Man kann davon ausgehen, daß die TOs die nötige Finanzkraft sowie das technische und kommerzielle Know-how haben, um in den Markt für nichtreservierte Dienste vorzudringen, und sie wären gewiß auch in der Lage, das damit verbundene technische und finanzielle Risiko zu tragen. Das gleiche trifft im allgemeinen auch für die privaten Betreiber zu, wenn sie den fraglichen Dienst zwar in dem von der Vereinbarung erfaßten geographischen Markt noch nicht anbieten, wohl aber anderswo. Damit könnten sie in diesem geographischen Markt potentielle Wettbewerber sein.

67. ii) Der Wettbewerb von dritter Seite kann durch die Zusammenarbeit auf folgende Weise eingeschränkt werden:

- es besteht ernsthaft die Gefahr, daß die beteiligte TO, z. B. der marktbeherrschende Netzanbieter, ihren Kooperationspartnern hinsichtlich des Zugangs zum Netz günstigere Bedingungen bietet als den mit ihren Partnern im Wettbewerb stehenden anderen Anbietern einschlägiger Dienstleistungen;
- potentielle Wettbewerber könnten darauf verzichten, in den betreffenden Markt einzutreten, und zwar wegen dieser objektiven Gefahr oder ganz allgemein wegen der Existenz einer Kooperation, an der das Netzmonopol beteiligt ist. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn beim Marktzugang relativ hohe Schranken zu überwinden sind, d. h. insbesondere dann, wenn die Marktstruktur nur Raum für wenige Anbieter läßt und die Kooperationspartner große Unternehmen sind, die über erhebliche Marktmacht verfügen.

⁽²⁰⁾ Pressemitteilung der Kommission vom 14. 12. 1989, Nr. PI(89) 948.

68. Andererseits kann die Zusammenarbeit wirtschaftliche Vorteile mit sich bringen, die ihre negativen Auswirkungen überwiegen und demnach eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 rechtfertigen. Der wirtschaftliche Vorteil kann u. a. in einer Rationalisierung von Produktion und Vertrieb der Telekommunikationsdienste bestehen, in Verbesserungen der bestehenden und in der Entwicklung neuer Dienste oder auch in einem Technologietransfer, der zur Verbesserung der Effizienz und Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industriestrukturen beiträgt.

69. Sind solche wirtschaftlichen Vorteile nicht vorhanden, so kann die Komplementarität der Partner, z. B. zwischen der Erbringung von reservierten und wettbewerbsbestimmten Diensten, nicht an sich als Vorteil in diesem Sinne gelten. Sie als einen Vorteil anzusehen, würde darauf hinauslaufen, eine auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen gestützte Beteiligung der TOs an nichtreservierten Diensten grundsätzlich gutzuheißen. Das würde aber auch bedeuten, die Herausbildung einer wettbewerbsmäßigen Struktur in dem betreffenden Markt zu behindern.

In einigen Fällen könnte die Zusammenarbeit dazu führen, unter Verletzung des Artikels 86 die beherrschende Stellung der betreffenden TOs zu konsolidieren oder auf den Bereich der nichtreservierten Dienste auszudehnen.

70. Die Erzwingung einer Zusammenarbeit mit dem Dienstleistungsanbieter als Bedingung für die Bereitstellung des Netzes oder entsprechende Vorschläge sind als Mißbrauch anzusehen (siehe Abschnitt 98 Punkt vi).

71. bc) *Vereinbarung zwischen anderen Dienstleistungsanbietern (Nicht-TOs)*. Die zuvor unter ba) und bb) dargelegten Grundsätze wird die Kommission auch auf Vereinbarungen zwischen privaten Erbringern von Dienstleistungen anwenden, insbesondere, wenn es bei den Vereinbarungen um die Festlegung von Quoten oder Preisen oder um die Aufteilung des Marktes und/oder die Zuweisung von Kunden geht. Im Grundsatz gilt, daß derartige Vereinbarungen für eine Freistellung wahrscheinlich nicht in Betracht kommen. Die Kommission achtet besonders darauf, daß die Zusammenarbeit bei den Dienstleistungen nicht zu einer Stärkung beherrschender Positionen der Partner oder zu einer Einschränkung des Wettbewerbs Dritter führt. Derartiges kann z. B. eintreten, wenn ein Unternehmen hinsichtlich der Netzarchitektur eine beherrschende Stellung einnimmt und dessen eigene Normen zur Grundlage des im Rahmen der Zusammenarbeit angestrebten Dienstes gemacht werden. Diese Systemarchitektur, die eine Verknüpfung der Rechnersysteme der Partner ermöglicht, könnte diese an den beherrschenden Partner binden. Die beherrschende Stellung der Netzarchitektur würde gestärkt, und Artikel 86 wäre anwendbar.

72. Bei jeder Freistellung von Vereinbarungen zwischen TOs und anderen Anbietern von Diensten und/oder Ausrüstungen oder Vereinbarungen zwischen diesen Anbietern untereinander wird die Kommission von den Beteiligten angemessene Garantien für das Unterlas-

sen von Quersubventionierung und Benachteiligungen verlangen. Das Risiko einer Quersubventionierung und einer Benachteiligung ist größer, wenn die TOs oder die anderen Beteiligten sowohl Dienste als auch Ausrüstungen anbieten, sei es innerhalb oder außerhalb der Gemeinschaft.

C. Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (FuE)

73. Wie in anderen Hochtechnologiebereichen, so ist auch im Telekommunikationssektor die Forschung und Entwicklung (FuE) ein wesentlicher Faktor, um mit der technologischen Entwicklung Schritt halten und zum Nutzen der Verbraucher auf dem Markt wettbewerbsfähig sein zu können. FuE erfordert immer größere finanzielle, technische und menschliche Ressourcen, die nur noch wenige Unternehmen allein aufbringen können. Zur Erreichung der genannten Ziele ist Zusammenarbeit daher von entscheidender Bedeutung.

74. Die Kommission hat eine Verordnung erlassen⁽²¹⁾, in der für FuE-Vereinbarungen in allen Bereichen und damit auch im Telekommunikationssektor eine Globalfreistellung nach Artikel 85 Absatz 3 vorgesehen ist.

75. Vereinbarungen, die nicht unter diese Verordnung (oder eine der anderen Globalfreistellungs-Regelungen der Kommission) fallen, können dennoch von der Kommission eine spezielle Befreiung erhalten, wenn im Einzelfall die Bedingungen des Artikels 85 Absatz 3 erfüllt sind. Allerdings ist festzuhalten, daß der wirtschaftliche Nutzen einer FuE-Vereinbarung nicht in jedem Fall die mit ihr verbundene Wettbewerbsbeschränkung aufwiegt. Die Einführung neuer Produkte oder Dienstleistungen ist im Telekommunikationssektor ein besonders wichtiger Trumpf, denn sie verschafft Zugang zu neuen Märkten. Beim Wettbewerb geht es nicht allein um Preise, sondern auch um Technologie. FuE-Vereinbarungen könnten starken Unternehmen mit hohen Marktanteilen die Möglichkeit geben, den Wettbewerb von innovativeren Rivalen auszuschalten oder zu begrenzen. Die Gefahr übermäßiger Einschränkungen des Wettbewerbs wird noch stärker, wenn die Zusammenarbeit von der FuE auf die Produktion oder gar auf den Vertrieb ausgedehnt wird.

76. Die Tatsache, daß die Kommission selbst eine Reihe von Forschungsprogrammen gestartet hat, zeigt deutlich, welche große Bedeutung sie der Innovation und der FuE-Arbeit beimißt. Die gemeinsame Arbeit der Unternehmen im Rahmen dieser Programme ist aber nicht automatisch und in jeder Hinsicht von der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften befreit. Die meisten dieser gemeinsamen Aktivitäten dürften jedoch unter die Gruppenfreistellungsverordnung der Kommission fallen.

⁽²¹⁾ Verordnung (EWG) Nr. 418/85, ABl. Nr. L 53 vom 22. 2. 1985, S. 5.

Wenn das nicht zutrifft, können die gemeinsamen Aktivitäten unter Beachtung der einschlägigen Voraussetzungen und Verfahren auf Antrag freigestellt werden.

77. Die Kommission hat die Erfahrung gemacht, daß in Fällen gemeinsamer FuE ein von der FuE-Verordnung nicht gedeckter gemeinsamer Vertrieb bei der Nutzung der FuE-Ergebnisse im allgemeinen keine wesentliche Rolle spielt. Dennoch ist die Kommission in Einzelfällen bereit, eine derart umfassende Zusammenarbeit in Betracht zu ziehen, vorausgesetzt, daß das wettbewerbsmäßige Umfeld gewahrt bleibt. Dies sollte dazu beitragen, die Struktur der europäischen Industrie zu verbessern und sie in die Lage zu versetzen, starkem Wettbewerb auf den Weltmärkten entgegentreten.

V. ANWENDUNG DES ARTIKELS 86

78. Artikel 86 ist anzuwenden, wenn i) das betreffende Unternehmen allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung besitzt, es ii) diese beherrschende Stellung mißbraucht und iii) dieser Mißbrauch geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Beherrschende Stellung

79. In jedem der nationalen Märkte besitzen die TOs einzeln oder gemeinschaftlich eine beherrschende Stellung für Aufbau und Nutzung der öffentlichen Netze. Im Vereinigten Königreich gibt es drei TOs, die gemeinsam eine beherrschende Stellung einnehmen. Tatsächlich sind sie die einzigen, die das Netz eines Mitgliedstaats gemeinsam besitzen und betreiben. Ein Wettbewerb ist nicht möglich, da die TOs durch vom Staat gewährte Ausschließlichkeitsrechte geschützt sind. In dem Maße, in dem diese ausschließlichen oder besonderen Rechte bestimmte Dienstleistungen mit einschließen, genießen die TOs auch eine beherrschende Stellung für diese Dienste⁽²²⁾.

80. Auch auf den Märkten für bestimmte Ausrüstungen und Dienstleistungen, auf denen sie keine Ausschließlichkeitsrechte mehr genießen, können die TOs immer noch eine beherrschende Stellung besitzen. Nach Abschaffung dieser Rechte haben sie möglicherweise in diesen Bereichen sehr erhebliche Marktanteile behalten. Wenn der Marktanteil allein nicht ausreicht, den TOs eine beherrschende Stellung zu geben, dann könnte dies in Verbindung mit anderen Faktoren, wie dem Monopol für das Netz oder sonstige damit zusammenhängende Dienste oder einem starken und weitverzweigten Vertriebsapparat, der Fall sein. Im Ausrüstungsmarkt, z. B.

bei den Endgeräten, können die TOs durch ihre Rolle im Vertrieb auch dann eine beherrschende Rolle einnehmen, wenn sie an der Herstellung der Geräte nicht beteiligt sind.

81. Auf den Märkten, auf denen es keine ausschließlichen Rechte gibt, können außer den TOs auch andere Unternehmen einzeln oder gemeinschaftlich eine beherrschende Stellung einnehmen. Dies kann insbesondere bei bestimmten nichtreservierten Diensten zutreffen, und zwar entweder allein aufgrund der Marktanteile dieser Unternehmen oder aus einer Kombination verschiedener Faktoren. Neben den Marktanteilen sind dabei zwei Faktoren besonders wichtig: der technologische Fortschritt und der Besitz von Informationen über Zugangsprotokolle oder Schnittstellen, die notwendig sind, um die Interoperabilität von Software und Hardware zu gewährleisten. Wenn diese Informationen durch geistige Eigentumsrechte abgesichert sind, wäre dies ein weiteres Element der Marktbeherrschung.

82. Schließlich halten die TOs einzeln oder gemeinsam eine beherrschende Stellung auf dem Nachfragemarkt für bestimmte Fernmeldeausrüstungen, Arbeiten oder Softwaredienste. Da sie für das Netz und andere Dienste vorherrschend sind, ist ihr Anteil am gesamten Auftragsvolumen mitunter so hoch, daß sie die Nachfrage beherrschen, so daß Zulieferer von ihnen abhängig werden. Eine Abhängigkeit in diesem Sinne wäre gegeben, wenn der Zulieferer nicht in der Lage ist, einen wesentlichen Teil seiner Produktion anderweitig abzusetzen oder seine Produktion umzustellen. Auf einigen der nationalen Märkte, z. B. denen für große Vermittlungsanlagen, stehen die TOs als Großabnehmer großen Anbietern gegenüber. In solchen Situationen ist von Fall zu Fall abzuwägen, ob die Position des Anbieters oder Abnehmers die der jeweils anderen Seite so stark überwiegt, daß sie im Sinne von Artikel 86 als beherrschend anzusehen ist.

Im Zuge der Liberalisierung der Dienstleistungen und der Entfaltung neuer Kräfte auf den Dienstleistungsmärkten können neben den TOs auch andere Unternehmen beim Geräteeinkauf beherrschende Stellungen erringen.

Mißbrauch

83. Die Kommission wird sich hauptsächlich mit den im folgenden allgemein umrissenen Arten von Mißbrauch zu befassen haben:

- A. *Mißbrauch durch TOs.* Die TOs könnten insbesondere versuchen, ihre Monopol- oder zumindest beherrschende Stellung zu nutzen, um zum Nachteil von Wettbewerbern und Kunden in benachbarte, nicht reservierte Märkte einzudringen oder ihre Marktmacht auf diese auszudehnen.
- B. *Mißbrauch durch andere Unternehmen.* Andere Unternehmen als TOs könnten die ihnen zugänglichen grundlegenden Informationen — ob durch geistige

⁽²²⁾ Entscheidung 82/861/EWG der Kommission im Fall „British Telecommunications“, Punkt 26, ABl. Nr. L 360 vom 21. 12. 1982, S. 36, bestätigt durch Urteil des Gerichtshofes vom 20. 3. 1985, Rechtssache 41/83, Italienische Republik gegen Kommission, Slg. 1985, S. 873, allgemein bekannt als Fall „British Telecom“.

Eigentumsrechte geschützt oder nicht — ausnutzen, um den Wettbewerb einzuschränken.

C. *Mißbrauch einer beherrschenden Stellung auf dem Beschaffungsmarkt.* Vorläufig geht es hier in erster Linie um die TOs, insbesondere dann, wenn sie eine beherrschende Stellung auf dem nationalen Markt für reservierte Dienste innehaben. In Zukunft könnte dies aber in zunehmendem Maße auch andere Unternehmen betreffen, die Zugang zu dem Markt gefunden haben.

A. *Mißbrauch durch TOs*

84. In ihrem Grünbuch hat die Kommission anerkannt, daß die TOs eine zentrale Rolle spielen, die es rechtfertigt, gewisse Monopolrechte beizubehalten, um ihnen die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe zu ermöglichen. Diese öffentliche Aufgabe besteht in der Bereitstellung und im Betrieb eines allgemeinen Netzes — oder, soweit erforderlich, im Erbringen eines allgemeinen Dienstes —, das den gesamten Bereich abdeckt und auf Anforderung allen Benutzern (auch Anbietern von Dienstleistungen und den TOs selbst) zu angemessenen und nicht diskriminierenden Bedingungen zur Verfügung steht.

Diese grundlegende Verpflichtung kann unter bestimmten Umständen die Gewährung einer Ausnahme von der Anwendung der Wettbewerbsregeln gemäß Artikel 90 Absatz 2 rechtfertigen, entsprechend den Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie.

85. In den meisten Fällen jedoch sind die Wettbewerbsvorschriften bei der Erfüllung dieser Verpflichtung keineswegs hinderlich, sie dienen vielmehr gerade zu ihrer Absicherung. Artikel 86 ist insbesondere anwendbar auf das Verhalten beherrschender Unternehmen, wenn es zur Verweigerung der Belieferung (oder der Gestellung von Einrichtungen), zur Benachteiligung, zu restriktiven Koppelungsklauseln, unfairer Preisstellung oder in anderer Weise unangemessenen Bedingungen führt.

Tritt bei der Erbringung eines der Monopoldienste eine dieser Verhaltensweisen zutage, so ist die oben dargelegte grundlegende Verpflichtung nicht erfüllt. Ein solcher Fall läge vor, falls eine TO versuchen sollte, ihre Monopolstellung für bestimmte Dienste (z. B. die Bereitstellung des Netzes) auszunutzen, um bei den nichtreservierten Diensten, die auf diesen Grunddiensten beruhen, den ihr gegenüberstehenden Wettbewerb einzuschränken.

Für die Anwendung des Artikels 86 ist es nicht notwendig, daß der Wettbewerb bei einer auf den fraglichen Monopoldiensten aufbauenden Dienstleistung eingeschränkt ist. Es würde genügen, wenn das Verhalten auf irgendeine Weise zu einer merklichen Einschränkung des Wettbewerbs führt. Das heißt, daß ein Mißbrauch auch dann vorliegen kann, wenn das von dem beanstandeten Verhalten betroffene Unternehmen kein Anbieter von Dienstleistungen ist, sondern ein Endverbraucher, der möglicherweise in seiner eigenen Geschäftstätigkeit einen Wettbewerbsnachteil erleidet.

86. Der Gerichtshof hat dieses grundlegende Wettbewerbsprinzip im Fernmeldebereich in einem seiner Urteile besonders herausgestellt⁽²³⁾. Ein Mißbrauch im Sinne des Artikels 86 liegt vor, wenn ein Unternehmen, das auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung einnimmt, ohne objektive Notwendigkeit sich selbst oder einem zur gleichen Gruppe gehörenden Unternehmen Tätigkeiten vorbehält, die auch von einem anderen, auf einem benachbarten, aber getrennten Markt tätigen Unternehmen ausgeführt werden könnten, wodurch möglicherweise jeglicher Wettbewerb seitens dieses letzteren Unternehmens ausgeschaltet werden könnte.

Die Kommission ist der Ansicht, daß dieser Grundsatz nicht nur dann gilt, wenn ein beherrschendes Unternehmen andere Märkte monopolisiert, sondern auch, wenn es seine Tätigkeit mit wettbewerbswidrigen Mitteln auf andere Märkte ausdehnt.

Eine Behinderung der nichtreservierten Dienste könnte nicht nur zu einer Einschränkung der Produktion und der Märkte führen, sondern vor allem auch den technischen Fortschritt aufhalten, der gerade im Telekommunikationswesen von ausschlaggebender Bedeutung ist. Die Kommission hat diese negativen Auswirkungen von Nutzungsbeschränkungen bei Monopoldiensten bereits in ihrer Entscheidung zum Fall „British Telecom“⁽²⁴⁾ aufgezeigt. In dieser Entscheidung wurde festgestellt, daß die von British Telecom den Benutzern der Fernschreib- und Telefonnetze insbesondere hinsichtlich der internationalen Nachrichtenübermittlung für Dritte auferlegten Beschränkungen i) die Tätigkeit wirtschaftlicher Betreiber zum Nachteil des technischen Fortschritts einengten, ii) diese Betreiber diskriminierten und sie damit im Wettbewerb gegen die nicht an die Beschränkungen gebundenen TOs benachteiligten und iii) den Abschluß von Verträgen über die Gestellung von Fernschreibleitungen davon abhängig machten, daß Dritte zusätzliche Verpflichtungen eingingen, die in keinem Zusammenhang mit diesen Verträgen standen. Dabei handele es sich jeweils um Mißbrauch einer beherrschenden Stellung nach den in Artikel 86 Buchstaben b), c) und d) aufgeführten Beispielen.

Geschehen könne dies a) — wie im vorerwähnten Fall — durch Verweigerung oder Beschränkung der Nutzung der unter Monopol erbrachten Dienste (um auf diese Weise das Angebot von nichtreservierten Diensten durch Dritte einzuschränken) oder b) durch einen Verdrängungswettbewerb mit den Mitteln der Quersubventionierung.

87. Die Trennung der durch Hoheitsakte begründeten Befugnisse der TOs von ihrer unternehmerischen Tätigkeit ist bei der Anwendung des Artikels 86 von ausschlaggebender Bedeutung. Diese Trennung findet sich

⁽²³⁾ Rechtssache 311/84, Centre belge d'études de marché Télémarketing SA (CBEM) gegen Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion SA und Information Publicité SA, Urteil vom 3. 10. 1985; Slg. 1985, S. 3261, Grund 26—27.

⁽²⁴⁾ Siehe Fußnote ⁽²³⁾.

in den vorerwähnten Richtlinien zu Artikel 90 über Endgeräte und Dienstleistungen (siehe Fußnote (2)).

a) Nutzungsbeschränkungen

88. Nutzungsbeschränkungen bei der Erbringung reservierter (Monopol-)Dienste entsprechen wahrscheinlich den in Artikel 86 gegebenen spezifischen Beispielen für Mißbrauch, insbesondere wenn

- sie das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen im freien Wettbewerb, die Investitionen und den technischen Fortschritt zum Schaden der Verbraucher einschränken (Artikel 86 Buchstabe b));
- diese Nutzungsbeschränkungen nicht auf alle Benutzer (einschließlich der TOs selbst als Benutzer) angewendet werden und sie demnach eine Diskriminierung bestimmter Benutzer bewirken, die sie im Wettbewerb benachteiligen (Artikel 86 Buchstabe c));
- sie die Nutzung reservierter Dienste von der Übernahme von Verpflichtungen abhängig machen, die nichts mit dieser Nutzung zu tun haben (Artikel 86 Buchstabe d)).

89. Bei den hier zu betrachtenden Nutzungsbeschränkungen geht es hauptsächlich um das vermittelte öffentliche Telefonnetz (public switched telephone network, PSTN) oder das vermittelte öffentliche Datennetz (PSDN) und insbesondere um Mietleitungen. Die Beschränkungen können aber auch sonstige unter Monopol bereitgestellte Einrichtungen betreffen, z. B. die Aufwärtsstrecke im Satellitenverkehr oder die Mobilfunksysteme. Die folgenden Praktiken sind am häufigsten anzutreffen:

- i) *Ein den dritten Unternehmen durch die TOs auferlegtes Verbot, a) private Mietleitungen mittels Concentrator-, Multiplexer- oder anderer Techniken mit dem vermittelten öffentlichen Netz zu verbinden und/oder b) private Mietleitungen für das Erbringen von Dienstleistungen zu benutzen (soweit es sich um Wettbewerbsdienste, also nicht um reservierte Dienste handelt).*

90. Unter der Voraussetzung, daß dem Benutzer eine Lizenz von den zuständigen nationalen Behörden entsprechend dem nationalen Recht in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht gewährt wurde, beschränken Verbote dieser Art den freien Zugang des Benutzers zu den gemieteten Leitungen, deren Bereitstellung ein öffentlicher Dienst ist. Abgesehen davon sind sie Ausdruck einer nach der Nutzungsart diskriminierenden Behandlung der Benutzer (Artikel 86 Buchstabe c)). Dies ist eine der ernstesten Beschränkungen, die die Entwicklung der internationalen Telekommunikationsdienste erheblich behindern könnte (Artikel 86 Buchstabe b)).

91. Wenn die Nutzungsbeschränkung das Erbringen von nichtreservierten Diensten einschränkt, die im Wett-

bewerb zu den von der TO selbst angebotenen Diensten stehen, dann ist der Mißbrauch noch schwerwiegender; in einem solchen Fall kämen die Grundsätze des vorerwähnten Urteils „Télémarketing“ zur Anwendung (siehe Fußnote (23)).

92. Die Kommission muß im Einzelfall entscheiden, ob die über die gemietete Leitung erbrachte Dienstleistung zu den reservierten Diensten gehört oder nicht; dabei wird sie sich auf die Rechtsvorschriften der Gemeinschaft stützen, die im technischen und wirtschaftlichen Kontext des jeweiligen Falles auszulegen sind. Auch wenn ein Dienst nach dem Wortlaut der Vorschriften als reserviert anzusehen wäre, könnte die Tatsache, daß eine TO die Nutzung der Mietleitung nur einigen und nicht allen Benutzern untersagt, eine Benachteiligung nach Artikel 86 Buchstabe c) darstellen.

93. Im Fall der belgischen Fernmeldeverwaltung RTT hat sich die Kommission eingeschaltet, nachdem sie von einem privaten Anbieter von Telekommunikations-Mehrwertdiensten eine Beschwerde über die Bedingungen erhalten hatte, unter denen die Leitungen vermietet wurden und in denen der Beschwerdeführer einen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung sah. Nach einigen Diskussionen mit der Kommission gestattete die RTT dem betreffenden Anbieter die Benutzung der Mietleitungen ohne Einschränkungen, abgesehen von der Bedingung, daß die Leitungen nicht für den bloßen Transport von Daten usw. benutzt werden sollten.

Darüber hinaus verpflichtete sich die RTT vorbehaltlich der möglichen Einführung neuer Vorschriften in Belgien dazu, allen ihren gegenwärtigen und potentiellen Kunden für Mietleitungen, die auch Dritten zugänglich gemacht werden können, die gleichen Bedingungen einzuräumen, wie sie mit dem vorerwähnten privaten Dienstanbieter vereinbart wurden (25).

- ii) *Die Verweigerung reservierter Dienstleistungen durch die TOs (insbesondere in bezug auf das Netz und Mietleitungen)*

94. Das Verweigern der Lieferung bzw. des Erbringens von Dienstleistungen wird sowohl von der Kommission als auch vom Gerichtshof als Mißbrauch gewertet (26). Ein solches Verhalten würde es Dritten unmöglich oder zumindest merklich schwerer machen, nichtreservierte Dienste zu erbringen. Dies wiederum könnte das Angebot an Dienstleistungen und damit die Nutzung des technischen Fortschritts einschränken (Artikel 86 Buchstabe b)) und — wenn es sich nur gegen bestimmte Benutzer richtet — eine Diskriminierung darstellen (Artikel 86 Buchstabe c)).

(25) Pressemitteilung der Kommission PI(90) 67 vom 29. 1. 1990.

(26) Rechtssachen 6 und 7/73, Zoja/CSI-ICI Slg. 1974, S. 223, United Brands gegen Kommission (siehe Fußnote (1)).

iii) *Die Erhebung von Zusatzgebühren oder sonstige Sonderauflagen für bestimmte Arten der Nutzung reservierter Dienste*

95. Ein Beispiel hierfür ist die Erhebung von Gebühren für den Zugang zu Mietleitungen, wenn diese mit dem vermittelten öffentlichen Netz verbunden sind, oder sonstiger Sonderpreise oder -gebühren für die Erbringung von Dienstleistungen für Rechnung Dritter. Solche Zugangsgebühren können eine unterschiedliche Behandlung der Benutzer des gleichen Dienstes (der Gestellung von Mietleitungen) nach Maßgabe der Nutzungsart darstellen und dazu führen, daß bestimmten Benutzern unfaire Geschäftsbedingungen auferlegt werden. Damit würde die Nutzung der Mietleitungen und letztlich die Erbringung von nichtreservierten Dienstleistungen eingeschränkt. Andererseits liegt kein Mißbrauch vor, wenn im Einzelfall nachgewiesen wird, daß die Zugangsgebühren den direkten Kosten entsprechen, die den TOs für den betreffenden Zugang entstehen. In einem solchen Fall müßten die Zugangsgebühren aber gleichermaßen allen Benutzern berechnet werden, also auch den TOs selbst.

96. Abgesehen von diesen möglichen zusätzlichen Kosten, die durch Erhebung einer Sondergebühr zu decken wären, ist der Anschluß einer gemieteten Leitung an das vermittelte öffentliche Netz bereits mit dem für die Benutzung dieses Netzes gezahlten Preis abgegolten. Gewiß kann eine Mietleitung für den Benutzer je nach der Ertragskraft des mit Hilfe dieser Leitung zu erbringenden erweiterten Dienstes einen subjektiven Wert darstellen; dies ist aber kein Kriterium, aufgrund dessen ein marktbeherrschendes Unternehmen und insbesondere der Anbieter eines öffentlichen Dienstes den Preis für diesen öffentlichen Dienst festlegen dürfte.

97. Die Kommission ist sich der Tatsache bewußt, daß es in Anbetracht des erheblichen Preisunterschieds zwischen Mietleitungen und dem vermittelten öffentlichen Netz Schwierigkeiten bereiten kann, die zur Deckung der Kosten des vermittelten Dienstes erforderlichen Einnahmen zu sichern. Die Lösung darf aber nicht in einem Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften — also in diesem Fall gegen den EWG-Vertrag — gesucht werden, und eine unterschiedliche preisliche Behandlung der Fernmeldekunden wäre ein solcher Verstoß.

iv) *Benachteiligung bei Preisen oder Qualität der erbrachten Dienste*

98. Bei diesen Praktiken geht es u. a. um Tarife sowie um Beschränkungen oder Verzögerungen beim Anschluß an das vermittelte öffentliche Netz, bei der Installation, Wartung und Reparatur, bei der Ausführung von Verbindungen zwischen Systemen oder bei der Information über „Netzplanung“, Signalprotokolle, technische Normen und andere Angaben aller Art, die für den zweckentsprechenden Anschluß an und die Kompatibilität mit den reservierten Diensten erforderlich sind und Auswirkungen auf das Funktionieren von Wettbewerbsdiensten oder das Anbieten von Endgeräten haben.

v) *Das Verkoppeln der reservierten Dienste mit der Lieferung von anschlussfähigen oder kompatiblen Endgeräten durch TOs oder andere, insbesondere durch Ausüben von Zwang oder Druck oder durch Anbieten von an die Lieferung der Geräte gebundenen Sonderpreisen oder sonstigen Sonderbedingungen für den reservierten Dienst*

vi) *Das Verknüpfen des reservierten Dienstes mit der Bereitschaft der Benutzer, hinsichtlich der über das Netz abzuwickelnden nichtreservierten Dienste mit dem Anbieter von reservierten Diensten eine Zusammenarbeit einzugehen*

vii) *Das Sammeln von Informationen über die Benutzer eines reservierten Dienstes, und insbesondere deren Bedarf für die Zwecke eigener nichtreservierter Dienste oder der Dienste anderer Anbieter im Rahmen der Ausführung eines reservierten Dienstes; das sich oder anderen Anbietern Vorbehalten von günstigeren Bedingungen zur Erlangung dieser Informationen*

Diese letztere Art von Informationen könnte für das Erbringen von Dienstleistungen unter Wettbewerbsbedingungen insofern von Bedeutung sein, als sie es ermöglichen, das Dienstangebot auf den Bedarf dieser Kunden auszurichten und eine entsprechende Geschäftsstrategie zu entwickeln. Das hier angedeutete Verhalten könnte zu einer Benachteiligung derjenigen Unternehmen führen, denen diese Informationen vorenthalten würden, und somit einen Verstoß gegen Artikel 86 Buchstabe c) darstellen. Die Offenlegung der fraglichen Informationen wäre ohnehin nur mit Zustimmung der betreffenden Benutzer und im Rahmen der einschlägigen Datenschutzbestimmungen zulässig (vgl. den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Schutz persönlicher Daten im Zusammenhang mit der Einführung öffentlicher digitaler Fernmeldeetze, insbesondere der dienstintegrierten Digitalnetze (ISDN) und der öffentlichen digitalen Mobilfunknetze⁽²⁷⁾).

viii) *Der Zwang, nicht verwendbare reservierte Dienste abzunehmen im Rahmen des Angebots reservierter und/oder nichtreservierter Dienste, wenn die vorhergehenden reservierten Dienste vernünftigerweise von den anderen getrennt werden können*

99. Die unter v) bis viii) beschriebenen Verhaltensweisen haben die Anwendung von Bedingungen zur Folge, die nicht mit dem reservierten Dienst in Zusammenhang stehen, und verstoßen gegen Artikel 86 Buchstabe d).

100. Die meisten der obengenannten Praktiken sind bereits in der Dienstleistungsrichtlinie erwähnt, und zwar als durch staatliche Maßnahmen verursachte Beschränkungen in der Erbringung von Dienstleistungen im Sinne der Artikel 59 und 86 des Vertrages. Sie fallen somit unter den weiter gefaßten Begriff der „Beschränkungen“,

⁽²⁷⁾ Kommissionsdokument KOM(90) 314 vom 13. 9. 1990.

die nach Artikel 6 der Richtlinie von den Mitgliedstaaten abzustellen sind.

101. Die Kommission ist der Ansicht, daß die Richtlinien über Endgeräte und Dienstleistungen auch einige der für den Telekommunikationssektor geltenden Grundsätze hinsichtlich der Anwendung der Artikel 85 und 86 klarstellen.

Für wichtige Bereiche wie den Mobilfunk und den Satellitenverkehr gilt die Dienstleistungsrichtlinie nicht. Die Wettbewerbsregeln hingegen sind auch auf diese Bereiche in vollem Umfang anwendbar. Ob die TOs weiterhin einen Ermessensspielraum haben, um Bedingungen festzulegen, die auf Einhaltung der Wettbewerbsregeln zu überprüfen wären, wird in den Bereichen, die unter die Richtlinie fallen, weitgehend davon abhängen, wie präzise die von den Aufsichtsbehörden erteilten Konzessionen abgefaßt sind. Nun können in den Konzessionen nicht alle Bedingungen geregelt werden; daraus folgt, daß ein gewisser Spielraum vorhanden sein sollte. Bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf diese Unternehmen wird es daher zum guten Teil darum gehen, in jedem Einzelfall die Konzession zu überprüfen. Für Endgeräte wird es nur Gruppen von Konzessionen geben.

b) Quersubventionierung

102. Quersubventionierung liegt vor, wenn ein Unternehmen die Kosten seiner Tätigkeit in einem Produkt- oder geographischen Markt ganz oder teilweise seinen Aktivitäten in einem anderen Produkt- oder geographischen Markt zurechnet. Im Telekommunikationsbereich kann Quersubventionierung unter bestimmten Umständen zu einer Wettbewerbsverzerrung führen, indem z. B. Mitbewerber durch Angebote ausgeschaltet werden, die nicht auf Effizienz oder Leistung beruhen, sondern nur mit künstlichen Mitteln ermöglicht werden, wie etwa durch Subventionierung. Für die Entwicklung des Dienstleistungssektors und des Ausrüstungsmarktes ist es von entscheidender Bedeutung, eine zu unlauterem Wettbewerb führende Quersubventionierung zu unterbinden.

103. Die Quersubventionierung führt nicht zu einer unlauteren Preisbildung, und es liegt auch keine Wettbewerbsbeschränkung vor, wenn es sich darum handelt, die Kosten reservierter Dienste aus den Einnahmen anderer reservierter Aktivitäten zu subventionieren, da in diesen Bereichen ohnehin kein Wettbewerb möglich ist. Diese Art interner Subventionierung ist sogar notwendig, um die TOs als Träger ausschließlicher Rechte in die Lage zu versetzen, ihrer Verpflichtung gemäß einen öffentlichen Dienst anzubieten, d. h. auf umfassender Basis und zu gleichen Bedingungen für jedermann. So wird z. B. der unrentable Telefondienst in ländlichen Gebieten aus den Einnahmen im rentablen städtischen und überörtlichen Dienst subventioniert. Das gleiche gilt für die Subventionierung reservierter Dienste durch Erträge aus wettbewerbsmäßigen Aktivitäten. Das allgemeine Prinzip der Kostenorientierung sollte das maßgebliche Ziel sein, um u. a. sicherzustellen, daß die Preise keine Ungerechtigkeiten zwischen den Benutzern schaffen.

104. Eine Subventionierung von Tätigkeiten im Wettbewerbsbereich — den Dienstleistungs- oder den Ausrüstungsmarkt betreffend — durch Zuweisung ihrer Kosten auf reservierte Dienste wäre jedoch wahrscheinlich als Wettbewerbsverzerrung und damit als Verstoß gegen Artikel 86 anzusehen. Es könnte zu einem Mißbrauch eines Unternehmens führen, das eine beherrschende Stellung in der Gemeinschaft innehat. Es ist auch zu bedenken, daß die Benutzer der reservierten Dienste dadurch mit Kosten belastet werden, die mit den reservierten Diensten nichts zu tun haben. Eine Quersubventionierung kann auch zwischen reservierten Diensten und der Herstellung bzw. dem Vertrieb von Ausrüstungen existieren. Hier kann Quersubventionierung z. B. erfolgen durch

- Ausstattung der betreffenden Aktivitäten mit Kapital zu Kostensätzen, die wesentlich unter den Marktzinssätzen liegen;
- Gestellung von Räumlichkeiten, Ausrüstungen, Fachpersonal und/oder Dienstleistungen für diese Tätigkeiten zu Kostensätzen, die wesentlich unter den Marktpreisen liegen.

105. Bei der Finanzierung des Starts neuer Aktivitäten aus Monopoleinnahmen oder beim Einsatz materieller und geistiger Ressourcen aus dem Monopolbetrieb für diesen Zweck handelt es sich um eine Investition, deren Kosten der neuen Aktivität zugerechnet werden sollten. Das Preisangebot für das neue Produkt oder die neue Dienstleistung sollte normalerweise und auf längere Sicht ein angemessenes Entgelt für diese Investition einschließen. Trifft dies nicht zu, dann wird die Kommission den Fall anhand der Amortisierungspläne des betreffenden Unternehmens und unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Umstände prüfen müssen.

106. Die Rechnungslegung der TOs sollte hinreichend transparent sein, um es der Kommission zu ermöglichen festzustellen, ob in den zu klärenden Fällen eine Quersubventionierung vorliegt oder nicht. Die ONP-Richtlinie sieht in diesem Zusammenhang Grundsätze für die Bestimmung einheitlicher Tarife vor, die das Vorkommen derartiger Fälle vermindern soll.

Diese Transparenz kann durch ein Abrechnungssystem geschaffen werden, das eine vollkommen angemessene Verteilung aller Kosten auf reservierte und nichtreservierte Aktivitäten gewährleistet. Die Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Kostenzuweisung wird leichter durch strukturelle Trennung, d. h. durch Schaffung getrennter organisatorischer Einheiten für die Ausübung dieser beiden Kategorien von Tätigkeiten zu gewährleisten sein.

Das Rechnungswesen sollte die Möglichkeit bieten, alle Kostenelemente zu identifizieren und den betreffenden Aktivitäten zuzuordnen. Das System sollte dafür sorgen, daß alle Produkte bzw. Dienste ihren Anteil an den einschlägigen Kosten tragen, einschließlich der Kosten für Forschung und Entwicklung, Infrastruktur und Gemeinkosten. Es sollte Zahlen ausweisen, die von Fachleuten der Rechnungslegung nachgeprüft werden können.

107. Wie unter Ziffer 59 bereits erwähnt, betrachtet die Kommission bei Kooperationsabkommen unter Beteiligung von TOs eine Garantie für die Unterlassung von Quersubventionierungen als eine der Vorbedingungen für die Gewährung einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3. Um die Einhaltung dieser Garantie angemessen überwachen zu können, erwägt sie derzeit, von den Parteien die Gewährleistung eines den oben angedeuteten Anforderungen entsprechenden Rechnungswesens zu verlangen, wobei die Abschlußunterlagen ihr regelmäßig vorzulegen wären. Wird die Methode der Rechnungslegung gewählt, so wird sich die Kommission das Recht vorbehalten müssen, die Abschlüsse durch unabhängige Fachleute prüfen zu lassen, insbesondere wenn irgendwelche Zweifel daran bestehen, daß das System in der Lage ist, die notwendige Transparenz zu sichern und jegliche Quersubventionierung offenzulegen. Wenn es sich als unmöglich erweist, die erwähnte Garantie wirksam zu überwachen, kann die Kommission eine erteilte Freistellung ggf. widerrufen.

108. In allen anderen Fällen sieht die Kommission keine Notwendigkeit, von den TOs diese Art von Transparenz zu verlangen. Wenn allerdings in einem bestimmten Fall Anzeichen vorliegen, die auf mißbräuchliche Quersubventionierung und/oder mißbräuchliche Preispolitik schließen lassen — z. B. ungewöhnlich niedrige Preisstellung — könnte die Kommission die Vermutung einer Quersubventionierung aufstellen. Eine geeignete Rechnungslegung kann von Bedeutung sein, um diese Vermutung zu entkräften.

109. Die Quersubventionierung einer reservierten Tätigkeit durch eine nichtreservierte ist grundsätzlich keine Wettbewerbsbeschränkung. Andererseits wäre es in der Regel auch nicht gerechtfertigt, die Anwendung der in Artikel 90 Absatz 2 vorgesehenen Ausnahmeregelung auf diese nicht reservierte Tätigkeit damit begründen zu wollen, daß die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der fraglichen TOs auf dieser nichtreservierten Aktivität beruhe. Ihre finanzielle Lebensfähigkeit und die Erfüllung ihrer im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben kann — soweit angebracht — nur durch Gewährung ausschließlicher oder besonderer Rechte durch den Mitgliedsstaat und den Erlaß von Beschränkungen bei Aktivitäten, die mit den reservierten Diensten im Wettbewerb stehen, gesichert werden.

110. Ebenso kann die Quersubventionierung durch ein öffentliches oder privates Unternehmen mit Sitz außerhalb der EG als mißbräuchlich im Sinne von Artikel 86 betrachtet werden, wenn dieses Unternehmen eine beherrschende Stellung auf den Märkten für Endgeräte und nichtreservierte Dienste innerhalb der EG innehat. Das Bestehen einer solchen beherrschenden Stellung, die es dem betreffenden Unternehmen ermöglicht, eine in spürbarem Umfang von den Konkurrenten, Kunden und letztlich Verbrauchern unabhängige Geschäftspolitik zu betreiben, wird unter Berücksichtigung aller Faktoren, innerhalb und außerhalb der EG, festgestellt.

B. Mißbrauch durch andere Unternehmen (Nicht-TOs)

111. Im Zuge der Liberalisierung der Dienstleistungsmärkte können andere, also nicht zu den TOs zählende Unternehmen u. U. ihre Marktmacht erheblich ausbauen und bei nichtreservierten Diensten eine marktbeherrschende Stellung erringen. Möglicherweise besitzen sie eine solche Position bereits auf gewissen bisher nichtreservierten Dienstleistungsmärkten. Wenn sie ihre beherrschende Stellung ausnutzen, um den Wettbewerb zu behindern und ihre Macht auszuweiten, ist Artikel 86 u. U. auch auf sie anwendbar. Die Mißbräuche, die sie möglicherweise begehen könnten, dürften im großen und ganzen ähnlichen Charakter haben wie die zuvor im Hinblick auf die TOs beschriebenen Fälle.

112. Zu Verstößen gegen Artikel 86 kann es insbesondere bei der mißbräuchlichen Ausübung von gewerblichen Schutzrechten im Zusammenhang mit Normen kommen, die im Telekommunikationsbereich von entscheidender Bedeutung sind. Normen sind entweder das Ergebnis einer internationalen Standardisierung oder De-facto-Normen, d. h. Eigentum bestimmter Unternehmen.

113. Die Produzenten von Endgeräten und Anbieter von Dienstleistungen sind auf Normen einzelner Unternehmen angewiesen, um die Kompatibilität ihrer Computer-Ressourcen sicherzustellen. Ein Unternehmen, das eine vorherrschende Netzarchitektur besitzt, könnte eine beherrschende Stellung mißbräuchlich nutzen, indem es die für die Verbindung von Ressourcen anderer Architekturen mit Produkten seiner Architektur erforderlichen Informationen verweigert. Andere Arten möglichen Mißbrauchs wären ähnlich den im Zusammenhang mit den TOs erwähnten: u. a. Verzögerungen bei der Herausgabe der Informationen, Benachteiligung hinsichtlich der Qualität der Information, diskriminierende Preise und sonstige Geschäftsbedingungen sowie Bestrebungen, die Herausgabe der Informationen davon abhängig zu machen, daß der Produzent, Lieferant oder Benutzer (der Dienstleistungen) unlautere Geschäftsbedingungen akzeptiert.

114. Am 1. August 1984 hat die Kommission von IBM eine einseitige Erklärung entgegengenommen, in der sich das Unternehmen verpflichtete, anderen Herstellern die technischen Schnittstellendaten zu liefern, die erforderlich waren, um Wettbewerbserzeugnisse im Verbund mit IBMs damals leistungsfähigster Rechnerserie (dem System/370) einsetzen zu können. Daraufhin hat die Kommission das von ihr im Dezember 1980 gegen IBM eingeleitete Verfahren nach Artikel 86 ausgesetzt. Die von IBM abgegebene Erklärung⁽²⁸⁾ enthält auch eine Verpflichtung hinsichtlich der SNA-Formate und -Protokolle.

⁽²⁸⁾ Im vollen Wortlaut wiedergegeben im Bulletin der EG Nr. 10/1984 (Ziffer 3.4.1). Zu ihrer weiteren Anwendung siehe Pressemitteilung der Kommission Nr. PI(88) 814 vom 15. 12. 1988.

115. Besonders schwierig ist die Frage, wie das Urheberrecht an solchen Normen mit den Wettbewerbsbestimmungen zu vereinbaren ist. Auf keinen Fall aber darf das Urheberrecht in unangemessener Weise dazu benutzt werden, den Wettbewerb einzuschränken.

C. Mißbrauch einer beherrschenden Stellung auf dem Beschaffungsmarkt

116. Artikel 86 ist auch auf das Verhalten von Unternehmen anwendbar, die eine beherrschende Stellung auf dem Beschaffungsmarkt innehaben. Die in diesem Artikel aufgeführten Beispiele von Mißbräuchen können daher auch solche Verhaltensweisen betreffen.

117. Die auf die Artikel 57 Absatz 2, 66, 100a und 113 EWG-Vertrag gestützte Richtlinie 90/531/EWG des Rates über die Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber u. a. im Telekommunikationssektor⁽²⁹⁾ enthält im wesentlichen: i) Vorschriften für die bei der Auftragsvergabe anzuwendenden Verfahren, um, entsprechend dem Grundsatz der Gegenseitigkeit, Diskriminierungen aufgrund der Nationalität auszuschließen, und ii) Vorschriften für Erzeugnisse bzw. Dienstleistungen zur Verwendung in reservierten, also nicht Wettbewerbsmärkten. Diese Richtlinie, die an die Mitgliedstaaten gerichtet ist, schließt nicht die Anwendung von Artikel 86 auf den Erwerb von unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Produkten aus. Die Kommission wird durch Einzelfallentscheidungen festlegen, wie sichergestellt werden kann, daß diese beiden Regelungssysteme in übereinstimmender Art und Weise angewendet werden.

118. Darüber hinaus könnten sowohl in reservierten als auch in Wettbewerbsmärkten Verhaltensweisen, die nicht durch die Richtlinie gedeckt sind, als Verstöße gegen Artikel 86 angesehen werden. Ein Beispiel wäre das Ausnutzen einer beherrschenden Käuferstellung zur Durchsetzung von im Vergleich zu anderen Abnehmern und Anbietern ungewöhnlich günstigen Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Artikel 86 Buchstabe a)). Dies könnte zu einer Benachteiligung im Sinne von Artikel 86 Buchstabe c) führen. Auch die — erzwungene oder nicht erzwungene — Übernahme einer Alleinvertretung für das gekaufte Produkt durch den marktbeherrschenden Käufer kann eine mißbräuchliche Ausweitung seiner wirtschaftlichen Machtstellung auf andere Märkte sein (Urteil des Gerichtshofes im Fall „Télémarketing“, siehe Fußnote⁽²⁹⁾).

119. Eine weitere mißbräuchliche Verhaltensweise könnte darin bestehen, den Kauf von der Erteilung einer Lizenz des Lieferanten auf die Normen für das zu kaufende oder andere Produkte zugunsten des Käufers selbst oder anderer Lieferanten abhängig zu machen (Artikel 86 Buchstabe d)).

120. Darüber hinaus kann es auch auf Wettbewerbsmärkten eine gewisse Diskriminierung aufgrund der Nationalität geben, zumal nationale Einflüsse und traditionelle Bindungen nicht-wirtschaftlicher Art auch nach der Liberalisierung der Märkte nicht ohne weiteres verschwinden werden. In diesem Zusammenhang wäre ggf. zu untersuchen, ob ein systematischer Ausschluß oder eine ohne wirtschaftliche Notwendigkeit erfolgende wesentliche Schlechterbehandlung eines Anbieters im Sinne des Artikels 86 vorliegt — insbesondere nach Buchstabe b) (Absatzbeschränkung) und Buchstabe c) (Benachteiligung). Zur Beurteilung eines solchen Falles wird die Kommission im wesentlichen zu prüfen haben, ob das beherrschende Unternehmen bei der Auftragserteilung auf alle Anbieter die gleichen Kriterien angewendet hat. Normalerweise würde die Kommission dabei Kriterien berücksichtigen, die in etwa denen entsprechen, die in Artikel 27 Absatz 1 der Richtlinie aufgeführt sind⁽³⁰⁾. Da die hier zu betrachtenden Käufe nicht in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallen würden, wird die Kommission nicht auf Transparenz in der Auftragsvergabe bestehen können.

D. Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten

121. Hier gilt das gleiche Prinzip wie schon im Zusammenhang mit Artikel 85 umrissen. Darüber hinaus kann es unter bestimmten Umständen, wie etwa im Fall der Ausschaltung eines Wettbewerbers durch ein Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung für die Zwecke des Artikels 86 ausreichen nachzuweisen, daß Rückwirkungen auf die Wettbewerbsstruktur des Gemeinsamen Marktes zu erwarten sind, auch wenn der Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht unmittelbar beeinträchtigt ist.

VI. DIE ANWENDUNG DER ARTIKEL 85 UND 86 AUF DEN SATELLITENBETRIEB

122. Allgemeine Fragen der Entwicklung auf diesem Gebiet werden von der Kommission in dem „Grünbuch über ein gemeinsames Vorgehen im Bereich der Satellitenkommunikation in der Europäischen Gemeinschaft“ vom 20. November 1990 (Dok. KOM(90) 490 endg.) behandelt. In Anbetracht der zunehmenden Bedeutung des Satellitenverkehrs und der bei den Unternehmen bestehenden Unklarheiten hinsichtlich der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf bestimmte Fälle in diesem Sektor erscheint es angebracht, dieses Thema im Rahmen dieser Leitlinien in einem gesonderten Abschnitt anzugehen.

⁽²⁹⁾ Artikel 27 Buchstaben a) und b). Die Auftraggeber wenden bei der Auftragsvergabe folgende Kriterien an: a) das wirtschaftlich günstigste Angebot unter Berücksichtigung verschiedener Kriterien wie etwa: Lieferfrist, Ausführungsdauer, Betriebskosten, Rentabilität, Qualität, Ästhetik und Zweckmäßigkeit, technischer Wert, Kundendienst und technische Hilfe, Zusicherungen hinsichtlich der Lieferung von Ersatzteilen, Liefergarantien und Preis; oder b) ausschließlich den niedrigsten Preis.

⁽²⁹⁾ ABl. Nr. L 297 vom 29. 10. 1990, S. 1.

123. Die staatlichen Bestimmungen über den Satellitenbetrieb sind in den vorerwähnten Richtlinien der Kommission zu Artikel 90 des EWG-Vertrags über die Telekommunikationsendgeräte und -dienstleistungen nicht behandelt — abgesehen davon, daß in der Endgeräte-Richtlinie die nicht an ein öffentliches Netz angeschlossenen ausschließlich zum Empfang bestimmten Satellitenstationen angesprochen sind. In dem oben erwähnten Grünbuch über die Satellitenkommunikation hat die Kommission ihren Standpunkt hinsichtlich eines rechtlichen Rahmens dargelegt, der mit den Wettbewerbsregeln des Vertrages vereinbar ist.

124. Auf jeden Fall sind die im Vertrag verankerten Wettbewerbsregeln auch auf den Satellitenbetrieb voll anwendbar, und das gilt u. a. für die Anwendung der Artikel 85 und 86 auf die beteiligten Unternehmen. Im folgenden soll nun erläutert werden, wie die zuvor und insbesondere in den Abschnitten IV und V dargelegten Grundsätze auf den Satellitenbereich anzuwenden sind.

125. Vereinbarungen zwischen europäischen TOs, insbesondere im Rahmen internationaler Übereinkommen, könnten eine bedeutende Rolle für die Errichtung von europäischen Satellitensystemen und eine harmonische Entwicklung des Satellitenmarktes in der ganzen Gemeinschaft spielen. Diese Vorteile werden nach den Wettbewerbsregeln berücksichtigt, vorausgesetzt, daß die Vereinbarungen keine Beschränkungen enthalten, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind.

126. Vereinbarungen zwischen TOs über den Betrieb von Satellitensystemen im weitesten Sinne können unter Artikel 85 fallen. Hinsichtlich der Raumsegment-Kapazität stehen die TOs untereinander tatsächlich oder potentiell im Wettbewerb. Wenn sie ihre Lieferungen von Raumsegmentkapazität ganz oder teilweise über einen kartellartigen Pool abwickeln, beschränken sie damit den Wettbewerb untereinander. Außerdem haben derartige Vereinbarungen wahrscheinlich auch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen gegenüber Dritten, wenn und insofern als sie z. B. Bestimmungen folgenden Zwecks bzw. folgender Wirkung enthalten: quantitative oder qualitative Begrenzung der Lieferungen dieser Dritten oder Einschränkung ihrer unternehmerischen Autonomie durch direktes oder indirektes Erzwingen einer Zusammenarbeit mit den Partnern der Vereinbarung. Ob eine solche Vereinbarung — vorausgesetzt, sie wird der Kommission gemeldet — für eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 in Betracht kommt, müßte im Einzelfall untersucht werden. Beschränkungen der Wettbewerbsfähigkeit Dritter würden eine Freistellung jedoch ziemlich sicher ausschließen. Es wäre dann auch zu prüfen, ob diese Vereinbarungen möglicherweise geeignet sind, eine individuell oder gemeinsam existierende beherrschende Stellung zu stärken, was eine Freistellung ebenfalls ausschließen dürfte. Letzteres könnte insbesondere zutreffen, wenn in der Vereinbarung vorgesehen ist, daß die beteiligten Parteien das Alleinverkaufsrecht an der im Rahmen der Vereinbarung bereitgestellten Raumsegmentkapazität haben sollen.

127. Solche Vereinbarungen zwischen den TOs können auch den Wettbewerb um den „uplink“ (die Aufwärtsstrecke) beschränken, bei dem die TOs miteinander im Wettbewerb stehen. Bei der Satellitenkommunikation hat der Kunde in manchen Fällen die Wahl zwischen Anbietern verschiedener Länder, und seine Wahl wird im wesentlichen bestimmt durch die Qualität der Leistung sowie durch den Preis und die sonstigen Verkaufsbedingungen der einzelnen Anbieter. Die Auswahl wird noch größer werden, da der „uplink“ in zunehmendem Maße liberalisiert wird und die Anwendung der EG-Regeln auf die staatliche Gesetzgebung eine Öffnung der „uplink“-Märkte bewirken sollte. Gemeinschaftsweite Vereinbarungen, in denen hinsichtlich der Gestellung der „uplinks“ durch die beteiligten TOs eine direkte oder indirekte Koordinierung vorgesehen ist, fallen somit unter Artikel 85.

128. Vereinbarungen zwischen TOs und privaten Betreibern in bezug auf die Raumsegmentkapazität fallen ebenfalls unter den Artikel 85, da dessen Bestimmungen auch auf Kooperationsvereinbarungen und insbesondere joint ventures anwendbar sind. Derartige Vereinbarungen können ggf. freigestellt werden, wenn sie besondere Vorteile mit sich bringen, die die Wettbewerbsbeschränkung aufwiegen, wie etwa durch Technologietransfer, Verbesserung der Dienstleistungsqualität oder Schaffung von Möglichkeiten für eine bessere Vermarktung, insbesondere neuer Kapazitäten. Soll jedoch das Angebot für Aufwärtsstrecke und Raumsegmentkapazität den Kunden gegenüber zwangsweise verkoppelt werden, so dürfte eine Freistellung wahrscheinlich ausgeschlossen sein, da eine solche Verkoppelung eine Beschränkung des Wettbewerbs um den „uplink“ und damit eine Einengung der Wahlmöglichkeiten der Kunden bewirken würde. Außerdem würde dadurch in der derzeitigen Marktsituation mit ziemlicher Sicherheit die beherrschende Stellung der TOs gestärkt, was gegen Artikel 86 verstoßen würde. Die Gewährung einer Freistellung ist auch dann unwahrscheinlich, wenn die Vereinbarung dazu führt, das Angebot in einem oligopolartigen Markt erheblich einzuengen oder, noch deutlicher, wenn in einem gegebenen Markt als Folge der Vereinbarung der einzige potentielle Wettbewerber des beherrschenden Anbieters daran gehindert wird, als unabhängiger Anbieter von Dienstleistungen aufzutreten. Dies könnte einen Verstoß gegen Artikel 86 darstellen. Das direkte oder indirekte Erzwingen irgendeiner Vereinbarung durch eine TO, indem sie z. B. die Gestellung der Aufwärtsstrecke vom Abschluß einer Vereinbarung mit einem Dritten abhängig machen würde, wäre ein Verstoß gegen Artikel 86.

VII. DIE UMSTRUKTURIERUNG IM TELEKOMMUNIKATIONSBEREICH

129. Die allgemeine Deregulierung, die Vollendung des Binnenmarkts bis 1992 und die fundamentalen technologischen Veränderungen im Bereich der Telekommunikation haben nicht nur in Europa, sondern in der ganzen Welt einen strategischen Umstrukturierungsprozeß ausgelöst. Diese Entwicklung äußert sich hauptsächlich

in Unternehmenszusammenschlüssen und Gemeinschaftsunternehmen (joint ventures).

a) Unternehmenszusammenschlüsse

130. Bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen im Telekommunikationsbereich aufgrund der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen⁽³¹⁾ wird die Kommission u. a. auf folgende Punkte zu achten haben.

131. Umstrukturierungsmaßnahmen haben für die europäische Telekommunikationsindustrie im allgemeinen vorteilhafte Auswirkungen. Durch sie können die Unternehmen in die Lage versetzt werden, zu rationalisieren und eine kritische Größe zu erreichen, die die Voraussetzung für Größenvorteile und umfangreiche Investitionen in Forschung und Entwicklung ist. Investitionen in FuE wiederum sind unerlässlich, um neue Technologien zu entwickeln und auf dem Weltmarkt wettbewerbsfähig zu bleiben.

Andererseits können solche Maßnahmen aber auch zur mißbräuchlichen Schaffung, Erhaltung oder Stärkung beherrschender Stellungen führen.

132. Die aus der kritischen Größe resultierenden wirtschaftlichen Vorteile müssen dargelegt werden. Die Konzentration könnte zu einer bloßen Anhäufung von Marktanteilen führen, ohne von Umstrukturierungsmaßnahmen oder entsprechenden Plänen begleitet zu sein. Ein solcher Zusammenschluß könnte gemeinschaftsweite oder nationale beherrschende Stellungen begründen oder verstärken und dadurch den Wettbewerb behindern.

133. Wenn Konzentrationsbewegungen allein diese Wirkung haben, sind sie mit dem Ziel einer verbesserten Wettbewerbsfähigkeit der EG-Industrie auf dem Weltmarkt kaum zu rechtfertigen. Dieses gerade von der Kommission energisch verfolgte Ziel verlangt vielmehr nach Wettbewerb auf den Binnenmärkten der EG, um dafür zu sorgen, daß die Unternehmen in der Gemeinschaft wettbewerbsgerechte Strukturen und Verhaltensweisen annehmen, so wie sie die Konkurrenz auf dem Weltmarkt erfordert.

134. Bei der Bewertung von Konzentrationsfällen im Telekommunikationssektor wird die Kommission besonders darauf achten, eine Stärkung beherrschender Stellungen durch Integration zu vermeiden. Wenn beherrschende Dienstleistungsanbieter die Möglichkeit erhalten, auf dem Weg über Firmenzusammenschlüsse in den Ausrüstungsmarkt vorzudringen, könnte der Zugang zu diesem Markt für andere Gerätehersteller ernsthaft erschwert werden, denn es ist anzunehmen, daß ein beherrschender Dienstleistungsanbieter den ihm gehörenden Gerätehersteller bevorzugt berücksichtigen wird.

Außerdem ist die Möglichkeit zu bedenken, daß der Dienstleistungsanbieter seinem Tochterunternehmen kritische Informationen weitergibt, die er von konkurrierenden Geräteherstellern erhalten hat, wodurch letztere im Wettbewerb benachteiligt würden.

Die Kommission wird von Fall zu Fall prüfen, ob eine vertikale Integration derartige Auswirkungen hat oder vielmehr geeignet erscheint, die wettbewerbsmäßigen Strukturen in der Gemeinschaft zu stärken.

135. In einem Fall, bei dem es um das gemeinsame Übernahmeangebot von GEC und Siemens für Plessey⁽³²⁾ ging, hat die Kommission bestimmte Grundsätze für die Umstrukturierung durchgesetzt.

136. Artikel 85 Absatz 1 ist auch anwendbar, wenn ein Unternehmen an einem Konkurrenzunternehmen eine Minderheitsbeteiligung erwirbt und dabei u. a. zwischen dem investierenden und den anderen Unternehmen eine Kooperationsstruktur geschaffen wird, die geeignet ist, die Unternehmen in ihrem wettbewerbsmäßigen Verhalten zu beeinflussen⁽³³⁾.

b) Gemeinschaftsunternehmen (joint ventures)

137. Ein Gemeinschaftsunternehmen kann kooperativer oder konzentrativer Natur sein. Es ist kooperativer Natur, wenn es zum Ziel oder als Wirkung die Koordination des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen hat. Die Grundsätze, welche auf kooperative Gemeinschaftsunternehmen anzuwenden sind, sind von der Kommission in diesbezüglichen Leitlinien aufzustellen. Konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen fallen unter die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89⁽³⁴⁾.

138. In einigen Joint-venture-Fällen der letzten Zeit hat die Kommission eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 gewährt, und zwar aus Gründen, die für den Fernmeldesektor besonders relevant sind. In einem Fall aus dem Bereich der Telekommunikation, dem sogenannten „Lichtwellenleiter“-Fall⁽³⁵⁾, kam sie zu dem Ergebnis, daß das joint venture die europäischen Unternehmen in die Lage versetzt, ein Hochtechnologieprodukt herzustellen, den technischen Fortschritt zu fördern und den Technologietransfer zu erleichtern. Somit ermöglicht dieses joint venture es den europäischen Unternehmen, auf einem Gebiet schnell voranschreitender Technologie,

⁽³¹⁾ Entscheidung der Kommission: Abweisung der Klage von Plessey gegen das Übernahmeangebot von GEC und Siemens (Fall IV/33.018 GEC-Siemens/Plessey), ABl. Nr. C 239 vom 25. 9. 1990, S. 2.

⁽³²⁾ British American Tobacco Company Ltd und R. J. Reynolds Industries gegen Kommission (verbundene Rechtssachen 142 und 156/84), Urteil vom 17. 11. 1987, Slg. 1987, S. 4487.

⁽³³⁾ ABl. Nr. C 203 vom 14. 8. 1990, S. 10.

⁽³⁴⁾ Entscheidung 86/405/EWG, ABl. Nr. L 236 vom 22. 8. 1986, S. 30.

⁽³¹⁾ ABl. Nr. L 395 vom 30. 12. 1989, S. 1; berichtigte Fassung ABl. Nr. L 257 vom 21. 9. 1990, S. 13.

welches durch internationale Märkte charakterisiert wird, dem Wettbewerb von Herstellern außerhalb der Gemeinschaft, insbesondere aus den USA und Japan, entgegenzutreten. Im Fall „Canon-Olivetti“^(*) hat die Kommission diesen Standpunkt bekräftigt.

VIII. DIE AUSWIRKUNGEN INTERNATIONALER ÜBEREINKOMMEN AUF DIE ANWENDUNG DER EG-WETTBEWERBSREGELN IM TELEKOMMUNIKATIONSBEREICH

139. Internationale Übereinkommen im Fernmeldebereich — z. B. der ITU (International Telecommunications Union oder die Konventionen über Satelliten) spielen eine fundamentale Rolle hinsichtlich der Gewährleistung weltweiter Zusammenarbeit bei der Erbringung internationaler Dienste. Jedoch darf die Anwendung solcher internationaler Übereinkommen auf dem Gebiet der Telekommunikation durch die Mitgliedstaaten die Übereinstimmung mit dem EG-Recht und insbesondere mit den Wettbewerbsregeln nicht berühren.

140. Diese Frage ist in Artikel 234 des EWG-Vertrags geregelt^(*). Die in den verschiedenen Übereinkommen oder den dazugehörigen Rechtsakten enthaltenen einschlägigen Verpflichtungen genießen keinen zeitlichen Vorrang vor dem Inkrafttreten des Vertrages. Hinsichtlich der ITU und der Weltkonferenz der Fernmeldeverwaltungen WATTC (World Administrative Telegraph and Telephone Conference) ist anzumerken, daß die Mitgliedstaaten dieser Organisationen bei jeder Revision oder Anpassung der ITU-Konvention oder der WATTC-Regulierungen ihre Handlungsfreiheit wiedererlangen. Die Satelliten-Konventionen wurden ohnehin erst viel später angenommen.

Darüber hinaus gilt für alle diese Übereinkommen, daß die Erfüllung der Verpflichtungen der betreffenden Mitgliedstaaten gegenüber Drittländern durch die EG-Regeln offenbar nicht berührt wird. EG-Mitgliedstaaten, die internationalen Verträgen beigetreten sind, finden in Artikel 234 keinen Schutz für ihre Verpflichtungen untereinander. Artikel 234 hat allein den Zweck, die Rechte dritter Länder zu schützen; er soll aber auch nicht dazu dienen, die aus internationalen Verträgen erworbenen Rechte einzelner Mitgliedstaaten zum Nachteil der Ziele des EWG-Vertrags oder der Interessen der Gemeinschaft zu verewigen. Aber selbst wenn Artikel

234 Absatz 1 anwendbar wäre, wären die betreffenden Mitgliedstaaten letztlich doch verpflichtet, alle geeigneten Schritte zu unternehmen, um eventuell bestehende Unvereinbarkeiten zwischen ihren Verpflichtungen gegenüber Drittländern und den EG-Vorschriften zu beseitigen. Dies gilt insbesondere dann, wenn gemeinsam handelnde Mitgliedstaaten die rechtliche Möglichkeit haben, das fragliche internationale Übereinkommen im erforderlichen Maße zu ändern, wie z. B. im Fall der EUTELSAT-Konvention.

141. Bei den seit dem 9. Dezember 1988 geltenden WATTC-Regulierungen sind die einschlägigen Bestimmungen so flexibel gehalten, daß die Teilnehmer wählen können, ob und auf welche Weise sie diese umsetzen wollen.

Abgesehen davon haben die EG-Mitgliedstaaten bei der Unterzeichnung der Regulierung eine gemeinsame Erklärung abgegeben, daß diese Staaten die darin enthaltenen Bestimmungen nach Maßgabe ihrer Verpflichtungen aus dem EWG-Vertrag anwenden werden.

142. Auf die Empfehlungen des Internationalen beratenden Fernmeldeausschusses CCITT sind die Wettbewerbsregeln anwendbar.

143. Mitglieder des CCITT sind gemäß Artikel 11 Absatz 2 des Internationalen Fernmeldeübereinkommens die „Verwaltungen“ der Mitgliedstaaten der ITU sowie zugelassene private Betreibergesellschaften (Recognized Private Operating Agencies — RPOA); letztere auf Antrag und mit Zustimmung der ITU-Mitglieder, die sie zugelassen haben. Zum Unterschied von der ITU oder den Verwaltungskonferenzen, deren Mitglieder Staaten sind, besteht die Mitgliedschaft des CCITT aus Fernmeldeverwaltungen und den zugelassenen privaten Betreibern. Die Fernmeldeverwaltungen sind im Anhang 2 des Internationalen Fernmeldeübereinkommens wie folgt definiert: „tout service ou département gouvernemental responsable des mesures à prendre pour exécuter les obligations de la Convention Internationale des Télécommunications et des règlements“ (sinngemäß: „alle staatlichen Stellen bzw. Behörden, die damit beauftragt sind, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um die im internationalen Übereinkommen über das Fernmeldewesen und die einschlägigen Vorschriften niedergelegten Verpflichtungen zu erfüllen“). Es sind also effektiv die TOs, die an den Sitzungen des CCITT teilnehmen. Artikel 11 Absatz 2 des Internationalen Fernmeldeübereinkommens besagt klar, daß die Fernmeldeverwaltungen und die zugelassenen Privatbetreiber per se Mitglieder des CCITT sind. Der Umstand, daß wegen der fortschreitenden Trennung der hoheitlich-regulierenden Funktionen von den unternehmerischen Tätigkeiten einige staatliche Behörden im CCITT mitwirken, widerspricht nicht der Eigenschaft seiner anderen Mitglieder als Unternehmen. Auch wenn die Mitgliedschaft im CCITT als Folge der Trennung der hoheitlichen und unternehmerischen Akti-

(*) Entscheidung 88/88/EWG, ABl. Nr. L 52 vom 26. 2. 1988, S. 51.

(*) „Die Rechte und Pflichten aus Übereinkünften, die vor Inkrafttreten dieses Vertrages zwischen einem oder mehreren Mitgliedstaaten einerseits und einem oder mehreren dritten Ländern andererseits geschlossen wurden, werden durch diesen Vertrag nicht berührt. Soweit diese Übereinkünfte mit diesem Vertrag nicht vereinbar sind, wenden der oder die betroffenen Mitgliedstaaten alle geeigneten Mittel an, um die festgestellten Unvereinbarkeiten zu beheben. Erforderlichenfalls leisten die Mitgliedstaaten zu diesem Zweck einander Hilfe; sie nehmen gegebenenfalls einen gemeinsamen Standpunkt ein ...“.

vitäten ganz zu einer Angelegenheit der Regierungen würde, bliebe Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 85 weiterhin anwendbar, und zwar entweder gegen die staatlichen Maßnahmen zur Umsetzung der Empfehlungen des CCITT und (aufgrund von Artikel 5 und Artikel 90 Absatz 1) gegen die Empfehlungen selbst oder — wenn keine solchen staatlichen Maßnahmen zur Umsetzung vorliegen — gegen die TOs, die die strittige Empfehlung befolgt hätten⁽³⁸⁾.

144. Nach Ansicht der Kommission werden die Empfehlungen des CCITT u. a. von Unternehmen ausgesprochen. Diese Empfehlungen des CCITT sind kein bindendes Recht; es handelt sich vielmehr um Vereinbarungen zwischen Unternehmen oder Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen. Nach dem Fallrecht der Kommission und des Gerichtshofes⁽³⁹⁾ kann jedenfalls auch ein öffentlich-rechtliches Gremium, das gewisse öffentliche Funktionen wahrnimmt und dem einige von der Regierung eines Mitgliedstaats ernannte Mitglieder angehören, als „Unternehmensvereinigung“ gelten, wenn es die Interessen seiner anderen Mitglieder vertritt und in Wahrnehmung dieser Interessen Beschlüsse faßt oder Vereinbarungen trifft.

In diesem Zusammenhang macht die Kommission auf die Tatsache aufmerksam, daß die Anwendung bestimmter in den internationalen Übereinkommen enthaltener Bestimmungen die Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft verletzen könnte:

⁽³⁸⁾ Siehe Entscheidung 87/3/EWG der Kommission im Fall ENI/Montedison, ABl. Nr. L 5 vom 7. 1. 1987, S. 13.

⁽³⁹⁾ Siehe Pabst & Richarz/BNIA, ABl. Nr. L 231 vom 21. 8. 1976, S. 24; AROW/BNIC, ABl. Nr. (1982) L 379 vom 31. 12. 1982, S. 1; Rechtssache 123/83 BNIC gegen Clair, Slg. (1985) 391.

- Im Fall der WATTC-Regulierungen gilt dies für die jeweiligen Bestimmungen für gegenseitige Vereinbarungen zwischen den TOs über das Angebot von Dienstleistungen im internationalen Fernmeldeverkehr (Artikel 1 Absatz 5), Regelungen, die die Wahl der Telekommunikationswege den TOs vorbehalten (Artikel 3 Absatz 3 Unterabsatz 3), Empfehlungen zu Praktiken, die auf Preisabsprachen hinauslaufen (Artikel 6 Absatz 6.1.2) und die Beschränkung der Möglichkeit von Sondervereinbarungen auf Aktivitäten, die den Erfordernissen innerhalb der bzw. zwischen den Territorien der betreffenden Mitglieder entsprechen (Artikel 9), und auf Fälle, in denen die bestehenden Einrichtungen den einschlägigen Bedarf an Fernmeldeleistungen nicht hinreichend decken können.
- Die CCITT-Empfehlungen D1 und D2, so, wie sie zum Zeitpunkt der Annahme dieser Leitlinien gelten, könnten auf eine kollektive horizontale Absprache über die Preise und sonstigen Bedingungen für die Gestellung internationaler Mietleitungen hinauslaufen, dadurch zu einer Koordinierung der Absatzpolitik der TOs führen und damit zu einer Einschränkung des Wettbewerbs. Darauf wurde von der Kommission bei der CCITT-Konferenz am 23. Mai 1990 hingewiesen. Die Kommission behält sich das Recht vor, die anderen Empfehlungen auf ihre Vereinbarkeit mit Artikel 85 zu überprüfen.
- Die zwischen den TOs im Rahmen der Satelliten-Konventionen getroffenen Vereinbarungen sind aus den unter den Ziffern 126 bis 128 dargelegten Gründen wahrscheinlich als wettbewerbsbeschränkend anzusehen und verstoßen somit gegen die Artikel 85 und/oder 86.