

Charlotte Gaitanides | Stefan Kadelbach |  
Gil Carlos Rodriguez Iglesias (Hrsg.)

# Europa und seine Verfassung

*Herrn Dr. Paol mit Dank für  
die guten Wünsche zum Buchfest  
Dr. E. S. Kersch*

Festschrift für Manfred Zuleeg

Sonderdruck

– nicht im Buchhandel erhältlich –



**Nomos**

## Inhaltsübersicht

### I. Grundlagen

<i>Walter Schmidt:</i> Politische Theologie III Anmerkungen zu Carl Schmitt und Leo Strauss	15
<i>Ilse Staff:</i> Der Nomos Europas. Anmerkungen zu Carl Schmitts Konzept einer Weltpolitik	35
<i>Michael Stolleis:</i> Die Auflösung der Union zwischen Norwegen und Schweden von 1905, ein Jahrhundert später	46
<i>Wilfried Loth:</i> Nationale Interessen, Supranationalität und europäische Identität in historischer Perspektive	59
<i>Thomas Oppermann:</i> Die Grenzen der Europäischen Union oder das Vierte Kopenhagener Kriterium	72
<i>Peter Häberle:</i> Nationales Verfassungsrecht, regionale „Staatenverbände“ und das Völkerrecht als universales Menschheitsrecht: Konvergenzen und Divergenzen	80
<i>Klaus Hänsch:</i> Europa in Form bringen – Innenansichten eines beispiellosen konstitutionellen Prozesses	92
<i>Rudolf Streinz:</i> Was ist neu am Verfassungsvertrag? Zum Vertrag von Rom über eine Verfassung für Europa vom 29. Oktober 2004	108
<b>II. Institutionen</b>	
<i>Brun-Otto Bryde:</i> Demokratisches Europa und Europäische Demokratie	131
<i>Ingolf Pernice:</i> Diskontinuität und Europäisches Recht. Legitimitätsprobleme im Europäischen Verfassungsverbund	145

10	Inhaltsübersicht	
<i>Ulrich Everling:</i>		
Mehrheitsabstimmung im Rat der EU nach dem Verfassungsvertrag – Rückkehr zu Luxemburg und Ioannina?	158	
<i>Ernst-Ulrich Petersmann:</i>		
The 2004 Treaty Establishing a Constitution for Europe and Foreign Policy: A New Constitutional Paradigm?	176	
<i>Hans-Jürgen Rabe:</i>		
Nach der Reform ist vor der Reform. Zum Gerichtssystem der Europäischen Union	195	
<i>Francis G. Jacobs:</i>		
Further reform of the preliminary ruling procedure – towards a “green light” system?	204	
<b>III. Union und Mitgliedstaaten</b>		
<i>Stefan Kadelbach:</i>		
Vorrang und Verfassung: Das Recht der Europäischen Union im innerstaatlichen Bereich	219	
<i>Carl Otto Lenz:</i>		
„An die Gewährleistungen der Konvention gebunden“ Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts in der Rechtssache Görgülü	234	
<i>Anne Lenze:</i>		
Das soziale Wirken der Bundesrepublik bei der Entwicklung der Europäischen Union gem. Art. 23 Abs. 1 GG	240	
<i>Rudolf Hrbek:</i>		
Der deutsche Bundesstaat in der EU Die Mitwirkung der deutschen Länder in EU-Angelegenheiten als Gegenstand der Föderalismus-Reform	256	
<i>Rupert Scholz:</i>		
Zur nationalen Handlungsfähigkeit in der Europäischen Union. Oder: Die notwendige Reform des Art. 23 GG	274	
<i>Dian Schefold:</i>		
Zur Gestalt der Regionen	288	
<b>IV. Grund- und Menschenrechte</b>		
<i>Armin von Bogdandy und Stephan Bitter:</i>		
Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot Zur wechselseitigen Beschleunigung der Schwungräder unionaler Grundrechtsjudikatur	309	

Inhaltsübersicht	11
<i>Ute Sacksofsky:</i>	
Die Gleichberechtigung von Mann und Frau – besser aufgehoben beim Europäischen Gerichtshof oder beim Bundesverfassungsgericht?	323
<i>Doris König:</i>	
Das Verbot der Altersdiskriminierung – ein Diskriminierungsverbot zweiter Klasse?	341
<i>Klaus Sieveking:</i>	
Europäisierung des Ausländerrechts – rechtshistorische, grundrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Tendenzen	362
<i>Rüdiger Wolfrum:</i>	
Das Verbot der Diskriminierung gemäß den internationalen Menschenrechtsabkommen	385
<b>V. Gemeinsamer Markt und öffentliches Interesse</b>	
<i>Ernst-Joachim Mestmäcker:</i>	
Schnittstellen von Wettbewerb und Regulierung im europäischen Recht	397
<i>Georg Hermes:</i>	
Gemeinschaftsrecht, „neutrale“ Entscheidungsträger und Demokratieprinzip	410
<i>Ninon Colneric:</i>	
Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in der neueren Rechtsprechung des EuGH	429
<i>Ingwer Ebsen:</i>	
Das selektive Vertragshandeln der Krankenkassen und Leistungserbringer im Lichte europäischen Vergaberechts	439
<i>Joachim Scherer:</i>	
Single European Sky: Gemeinschaftsrechtliche Regulierung im innerstaatlichen Bereich	456
<i>Klaus-Dieter Borchardt:</i>	
Die Reform der Gemeinsamen Agrarpolitik Perspektiven und Herausforderungen für Landwirte und Juristen	473
<i>Joachim Wieland:</i>	
Der Europäische Gerichtshof als Steuergesetzgeber?	492
<i>Martin Seidel:</i>	
„Währungspolitik als Sozialpolitik“	505

<i>Rüdiger Bandilla:</i> Ist der Stabilitäts- und Wachstumspakt rechtlich durchsetzbar? Anmerkungen zum Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Kommission/Rat (C-27/04)	538
<i>Charlotte Gaitanides:</i> Die Verfassung für Europa und das Europäische System der Zentralbanken	550
<i>Friedrich Kübler:</i> Die Transformation des Europäischen Gesellschaftsrechts	559
<i>José Carlos Moitinho de Almeida:</i> Droit communautaire et contrat d'assurance	574
<i>Manfred Weiss:</i> Die Europäisierung des Arbeitsrechts	589
<i>Peter-Christian Müller-Graff:</i> Der „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ im neuen Verfassungsvertrag für Europa-Neuerungen und Notwendigkeit seiner Rekonstruktion	605
<i>Gil Carlos Rodríguez Iglesias und Kurt Riechenberg:</i> Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofes zum Schutz der Umwelt	624
<i>Astrid Epiney:</i> Zur Bindungswirkung der gemeinschaftsrechtlichen „Umweltprinzipien“ für die Mitgliedstaaten	633
<i>Eckard Rehbinder:</i> Rechtsschutz gegen Handlungen und Unterlassungen der Organe und Einrichtungen der Europäischen Gemeinschaft im Lichte der Aarhus-Konvention	650
<i>Michael Bothe:</i> Die EU in internationalen Umweltabkommen	668
Schriftenverzeichnis Manfred Zuleeg (Auswahl)	683
Autorenverzeichnis	699

## Schnittstellen von Wettbewerb und Regulierung im europäischen Recht

*Ernst-Joachim Mestmäcker*

### A. Fragestellungen

Das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum mitgliedstaatlichen Recht gehört zu den Fragen, die *Manfred Zuleeg* und den Verfasser unabhängig voneinander aber in weitgehender Übereinstimmung beschäftigt haben<sup>1</sup>. Es mag ein Indiz für das Fortschreiten des Gemeinschaftsrechts sein, dass es sich nicht lohnt, diese Fragen erneut aufzugreifen. Auch der Entwurf eines Verfassungsvertrages gibt dazu gegenwärtig allenfalls Anlass zu höchst spekulativen Überlegungen.

Das Verhältnis von Wettbewerb und Regulierung, das Gegenstand der folgenden Überlegungen sein soll, ist in der EU nicht mehr nur ein Problem der Ordnungspolitik. Im Gemeinschaftsrecht ist es im letzten Jahrzehnt zu einer durchgängigen Abgrenzungsfrage zwischen den primärrechtlichen Wettbewerbsregeln und der durch Richtlinien normierten Regulierung in der Telekommunikation und der Energiewirtschaft geworden. Die Klammer, die beide Bereiche zusammenhält, ist der Vorrang des primären Gemeinschaftsrechts vor dem sekundären Gemeinschaftsrecht. Es gilt mithin nicht die einfache, im Recht der Mitgliedstaaten selbstverständliche Regel, dass die spezialgesetzliche Regulierung Vorrang hat vor allgemein geltenden Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Diese Rechtslage kann dazu führen, dass sich die kategorialen Unterschiede von Wettbewerb und Regulierung verwischen, zumal Wettbewerbsregeln und sektorspezifische Regulierungen mit Hilfe ähnlicher verwaltungsrechtlicher Verfahren durchgesetzt werden. Zwei kürzlich ergangene Entscheidungen des EuGH und des US-Supreme Court gestatten es, diese Grundsatzfragen in Begrenzung auf die den Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte exemplarisch zu erörtern<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Zuleeg*, Das Recht der Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, 1969; *ders.*, Der Rang des europäischen im Verhältnis zum nationalen Wettbewerbsrecht, EuR 1990, 123-134; *Mestmäcker*, Die Vermittlung von europäischem und nationalem Recht im System unverfälschten Wettbewerbs, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 3, 1969.

<sup>2</sup> EuGH, Urteil v. 29. 4. 2004, Rs. C-418/01, IMS Health GmbH, noch nicht in Slg., abgedr. in WuWE EU-R 804; US-Supreme Court, Urteil v. 13. 1. 2004, Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v Trinko; Slip Opinion im Folgenden zitiert als Urteil Trinko.

## B. Übergänge vom Wettbewerb zur Regulierung

Der Gegensatz von Wettbewerb und Regulierung setzt sich fort im Gegensatz von Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Regulierung. Er lässt sich rechtstatsächlich zunächst dadurch kennzeichnen, dass Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen überwiegend verbietenden Charakter haben, also negativ wirken, ohne das zukünftig gebotene Verhalten positiv vorzuschreiben. Das Ziel besteht darin, von Wettbewerbsbeschränkungen unbeeinflusste Marktverhältnisse herzustellen. Deshalb müssen die materiellrechtlichen Beurteilungskriterien und die ihrer Durchsetzung dienenden Maßnahmen ihrerseits den Erfordernissen unverfälschten Wettbewerbs entsprechen. Ein Kriterium der Regulierung ist es dagegen, das unternehmerisch gebotene Verhalten inhaltlich zu normieren und mit Hilfe einer ex ante Kontrolle von Anfang an und auf Dauer zu beaufsichtigen<sup>3</sup>. Übergänge zum Wettbewerbsrecht ergeben sich einmal in den Bereichen, in denen schrittweise die Regulierung durch Wettbewerb und Wettbewerbsregeln ersetzt werden soll. So gilt für die Regulierung der Telekommunikation das Prinzip, dass Unternehmen nur dann besondere Pflichten auferlegt werden dürfen, wenn auf dem relevanten Markt kein wirksamer Wettbewerb besteht und die betroffenen Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen<sup>4</sup>. Die beträchtliche Marktmacht wird in Art. 14 der Rahmenrichtlinie als eine der Beherrschung gleichkommende Stellung definiert<sup>5</sup>. Bei Fehlen beträchtlicher Marktmacht tritt an die Stelle der Regulierung grundsätzlich das allgemeine Wettbewerbsrecht. Dieser Übergang steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass die nationalen Regulierungsbehörden dem Zugang zu Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen auf Antrag stattgeben können, „wenn die Verweigerung des Zugangs oder unangemessene Bedingungen mit ähnlicher Wirkung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endverbraucherebene behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würden“<sup>6</sup>. Der deutsche Gesetzgeber sieht in § 19 Abs. 1 TKG eine solche Ermessensentscheidung der Regulierungsbehörden über Zugangsverpflichtungen auch in den Fällen vor, in denen das Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt<sup>7</sup>. Diese kurzen Hinweise lassen die ganze Vielfalt der Abgrenzungsfragen im Verhältnis zu den Wettbewerbsregeln erkennen, mit denen im Übergang von Regulierung zu Wettbewerb zu rechnen ist<sup>8</sup>. Der Übergang von einem Staatsmonopol zum Wettbewerb durch Regu-

3 Näher dazu *Möschel*, Regulierung und Deregulierung, Versuch einer theoretischen Grundlegung, in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer (Hg.), Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung, FS Ulrich Immenga, 2004, S. 277-289.

4 Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) v. 7. 3. 2002, ABl. L 108/7 Art. 7/8; auch Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie) v. 7. 3. 2002, ABl. L 108/51 Art. 16-19.

5 Richtlinie 2002/21 EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, (Rahmenrichtlinie) v. 7. 3. 2002, ABl. L 108/33.

6 Zugangsrichtlinie (Fn. 4), Art. 12.

7 Kritisch dazu Monopolkommission, 15. Hauptgutachten, Wettbewerbspolitik im Schatten nationaler Champions, 2002/2003, Einl. Rn. 64.

8 Die Kommission hat zur fortdauernden Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln im Telekommunikationssektor Leitlinien veröffentlicht, ABl. 1991 Nr. C 223/2.

lierung ist dadurch gekennzeichnet, dass auch nach Aufhebung der Ausschließlichkeitsrechte Märkte für Dienstleistungen unter Inanspruchnahme des Netzes nur im Wettbewerb mit den Monopolisten und nur durch erzwingbaren Zugang zum Netz entstehen<sup>9</sup>. Das Netz ist für die Zugang begehrenden Unternehmen immer ein Folgemarkt, der vom Netzbetreiber beherrscht wird.

Vom Übergang der Regulierung zu Wettbewerb zu unterscheiden sind die Übergänge zur Regulierung, die im Wettbewerbsrecht auftreten, wenn wettbewerbsrechtliche Verbote durch Gebote zu einem bestimmten Verhalten gegen Einzelunternehmen durchgesetzt werden sollen. Der Supreme Court hat für diese Tatbestandsgruppe in *Trinko* die Gefahren hervorgehoben, die für den Wettbewerb aus fehlgeleiteten positiven Geboten („false positives“) folgen können. Positive Gebote sind die regelmäßige Folge, wenn das Antitrust-Recht in die Handlungsfreiheit von Einzelunternehmen in der Wahl ihres Vertragspartners oder in deren Preispolitik eingreift. Unter Berücksichtigung der Gefahren von „false positives“ grenzt das Gericht den Regelanforderung der Antitrustgesetze von der Regulierung im Telecommunication's Act 1996 ab. Die enge Auslegung des Monopolisierungsverbots in Section 2 Sherman Act, dessen Geltung der Telecommunication's Act 1996 (section 601 (b) (1)) vorbehält, wird jedoch gleichzeitig mit dem auf Herstellung von Wettbewerb gerichteten Zweck der Regulierung in Telecommunication's Act begründet.

Ähnliche Fragen stellen sich im Gemeinschaftsrecht hauptsächlich bei der Anwendung des Missbrauchsverbots in Art. 82 EGV auf beherrschende Einzelunternehmen. Hier entscheidet über die Rechts- und Pflichtenstellung beherrschender Unternehmen der Zweck des Missbrauchsverbots. Beherrschende Unternehmen werden zu regulierten Unternehmen, wenn man den vorrangigen Zweck des Missbrauchsverbots in der Preiskontrolle sieht. Diese Position wurde von René Joliét, der später Richter am EuGH war, in Parallele zur amerikanischen Public Utility Regulation vertreten<sup>10</sup>. Im Gegensatz zum Antitrust-Recht sei Art. 86 (heute Art. 82) EGV ein Instrument des Verbraucherschutzes, der durch Preiskontrolle zu verwirklichen sei. *René Joliét* wandte sich damit explizit gegen die vom Verfasser vertretene These, dass Art. 86 EGV in Parallele zum Monopolisierungsverbot in Art. 2 Sherman Act auszulegen sei und hauptsächlich dem Schutz des Restwettbewerbs auf dem beherrschten Markt diene: Auch beherrschende Unternehmen sind selbständige Teilnehmer am System unverfälschten Wettbewerbs<sup>11</sup>. Seit dem *Continental Can* Urteil des EuGH<sup>12</sup> gehört der Schutz des Restwettbewerbs auf dem beherrschten Markt zu den Grundsätzen, von denen sich die Rechtsprechung der Europäischen Gerichte in

9 *Möschel*, Monopole und Wettbewerb in der Telekommunikation, in: Mestmäcker (Hg.), Kommunikation ohne Monopole II, 1995, S. 397 ff.; auch *Mestmäcker*, Über den Einfluß von Ökonomie und Technik auf Recht und Organisation der Telekommunikation und der elektronischen Medien, ebd., S. 13 (54 ff.).

10 *Joliét*, Monopolisation and Abuse of dominant position. A comparative study of the American and European approaches to the control of economic power, 1970, S. 247 ff.

11 *Mestmäcker*, Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 EWGV in: von Caemmerer/Schlochhauer/Steindorff, Probleme des europäischen Rechts, FS Walter Hallstein, 1966, S. 322 ff.; auch in *ders.*, Wirtschaft und Verfassung in der europäischen Union, Beiträge zu Recht, Theorie und Politik der europäischen Integration 2003, S. 597 ff.

12 EuGH, *Europe Emballage* und *Continental Can*/Kommission, Slg. 1973, 215 Rn. 21.

der Auslegung von Art. 82 EGV leiten lässt<sup>13</sup>. Auch bei dieser Praxis ergeben sich jedoch Übergänge zur Regulierung. Das gilt insbesondere für die Fälle, in denen die Geschäftsverweigerung von beherrschenden Einzelunternehmen missbräuchlich sein kann. Diese Tatbestandsgruppe wird in der Regel mit dem Begriff der Essential Facilities Doctrine gekennzeichnet<sup>14</sup>. Diese Lehre ist von der EG-Kommission und vom Schrifttum aus dem US-amerikanischen Antitrust-Recht übernommen worden. Sie hat jedoch im Gemeinschaftsrecht eine größere Bedeutung gewonnen als in ihrem Ursprungsland. Ein wichtiger Grund dafür ist die bereits hervorgehobene unstrittige Anwendbarkeit des primären Gemeinschaftsrechts und insbesondere von Art. 82 EGV auch in den heute regulierten Bereichen der Telekommunikation und der Energie. Solange es keine sekundärrechtlichen Zugangspflichten gab, lag es nahe, in der Verweigerung des Zugangs zu den Netzen der Telekommunikation und der Energie einen Missbrauch im Sinne von Art. 82 EGV zu sehen, der zum Kontrahierungszwang führt. Die EG-Kommission ist darüber jedoch wesentlich hinausgegangen. Temple Lang hat als Beamter der EG-Kommission das allgemeine Zusammenreffen von Regulierung und Art. 82 EGV schon 1994 als Prinzip formuliert:

„Where the duty to provide non-discriminatory access to an essential facility applies, denial of access and discrimination are in themselves unlawful. Except in the case of intellectual property rights, the duty to provide access is not merely a remedy to be imposed if and when some other kind of abuse occurs“<sup>15</sup>.

Ausdrücklich zurückgewiesen wird mithin die Unterscheidung von Gesetzesverstoß und Sanktion in allen Fällen der Essential Facilities. „Wesentliche Einrichtungen“ sind jedoch nicht nur in den Netzwerkindustrien anzutreffen. Die Fälle, in denen der EuGH die Geschäftsverweigerung von Einzelunternehmen als missbräuchlich i.S.v. Art. 82 EGV beurteilt, weisen erhebliche rechtstatsächliche und wirtschaftliche Unterschiede auf<sup>16</sup>. Die EG-Kommission vertritt auf der Grundlage dieser Rechtsprechung eine weite Auslegung des Missbrauchsverbots in Art. 82 EGV. Wo eine Monopolstellung besteht, insbesondere, wenn sich eine Produktionsstruktur als Industriestandard durchgesetzt hat, soll es eine Verpflichtung des beherrschenden Unternehmens geben, Wettbewerb auf dem eigenen Markt durch Förderung neuen Wettbewerbs zu schaffen. Ist der Standard urheberrechtlich geschützt, so soll eine Verpflichtung zur Lizenzierung bestehen<sup>17</sup>. Die als einstweilige Anordnung ergan-

13 Überblick bei Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 18.

14 Umfassend Hohmann, Die Essential Facilities' Doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Eine Untersuchung der allgemeinen Zugangsregelung zu Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB unter Berücksichtigung US-amerikanischer, europäischer und sektorspezifischer Erfahrungen, 2001; Heinemann, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, 2002, S. 93 ff.; auch Engell/Knieps, Die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über den Zugang zu wesentlichen Leistungen, Eine juristisch-ökonomische Untersuchung, 1998.

15 In: B. Hawk (Hg.), Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities, Fordham Corporate Law Institute, 1994, S. 245 (280).

16 EuGH, Commercial Solvents, Slg. 1974, 223 Rn. 25; CBEM/CLT und IPB (‐Telemarketing‐), Slg. 1985, 3261 Rn. 26; RTE und ITP/Kommission (Magill), Slg. 1995, I-743 Rn. 50; Bronner, Slg. 1998, I-7789.

17 Kommissionsentscheidung v. 3. 7. 2001, Case COMP D 3/38.004, NDC Health/IMS Health: Interim measures Rn. 180 f.

gene Entscheidung IMS Health wurde von den Präsidenten der Europäischen Gerichte aufgehoben<sup>18</sup>. In dem vom Präsidenten des EuGH bestätigten Beschluss des Präsidenten des EuG werden die folgenden Unterschiede zum Fall Magill und zur Essential Facilities Doctrine hervorgehoben:

- Der Zugang zum Markt soll zugunsten der direkten Wettbewerber des beherrschenden Unternehmens erzwungen werden;
- Es gibt keinen zweiten Markt, auf dem das beherrschende Unternehmen Wettbewerb behindert oder verhindert;
- Der Schutzgegenstand des Urheberrechts ist identisch mit den Leistungen, die das beherrschende Unternehmen auf dem Markt erbringt;
- Die Lizenzierung entspricht dem legitimen unternehmerischen Eigeninteresse des Rechtsinhabers, ohne dass die Entstehung eines neuen Produkts verhindert wird.

Danach lagen die „besonderen Umstände“ nicht vor, welche die Anwendung von Art. 82 EGV auf die durch Urheberrecht geschützte beherrschende Stellung voraussetzen. Die Kommission stellte ihre Verwaltungsverfahren nach diesen Entscheidungen ein. Das Landgericht Frankfurt, bei dem derselbe Sachverhalt auf Grund einer Privatklage anhängig war, legte dem EuGH die Frage vor, ob die Lizenzverweigerung von IMS Health gegen Art. 82 EGV verstoßen könne. Die Vorlagefrage führte zu dem hier im Mittelpunkt stehenden Urteil des EuGH vom 29. 4. 2004. Der US Supreme Court hatte im Trinko Fall über ähnliche Fragen zu entscheiden. Im Schrifttum haben beide Urteile zu einer erneuten Diskussion über Grundsatzfragen in der Auslegung von Art. 82 EGV geführt<sup>19</sup>.

### C. Refusal to deal oder Essential Facilities im US-amerikanischen Recht

Angesichts der Bedeutung, welche die Essential Facilities Doctrine auf der Grundlage des US-amerikanischen Rechts im Gemeinschaftsrecht gewonnen hat, ist vorab ein Missverständnis der Rechtsvergleichung aufzuklären. Im Schrifttum gilt der vom US Supreme Court entschiedene Fall Terminal Railroad Association v. United States als Ursprung der Essential Facilities Doctrine und als Begründung eines Sondertatbestandes der Monopolisierung im Sinne von Section 2 Sherman Act<sup>20</sup>. Dem Urteil wird der Grundsatz entnommen, dass die Kontrolle einer wesentlichen Einrichtung oder Infrastruktur durch ein marktbeherrschendes Unternehmen nach der Essential Facilities Doctrine dazu führe, dass die bloße Zugangsverweigerung als solche einen kartellrechtlich verbotenen Machtmissbrauch begründe<sup>21</sup>. Die verbreit-

18 EuG, IMS Health/Kommission, Beschluss des Präsidenten v. 26. 10. 2001, Slg. 2000, II-3193; bestätigt EuGH, NDC Health/IMS Health und Kommission, Beschluss des Präsidenten v. 11. 4. 2002, Slg. 2002, I-3405.

19 Körber, Geistiges Eigentum, essential facilities und „Innovationsmissbrauch“. Überlegungen zum Microsoftfall im Lichte der EuGH Entscheidung IMS Health, RIW 2004, 881-891; Drexler, Intellectual Property and Antitrust Law, IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law, Special Issue in Honour of Professor William A. Cornish, 2004, 788 ff.; Spindler/Apel, Urheber versus Kartellrecht – Auf dem Wege zur Zwangslizenz? Im Druck.

20 US Supreme Court, US v. Terminal Railroad Association, 224 US 383 (1912).

tete Annahme, der Supreme Court habe in diesen und späteren Urteilen die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung als Monopolisierungsverstoß beurteilt, ist jedoch unzutreffend. Der Supreme Court hat diese Annahme wiederholt, zuletzt im Trinko Urteil vom 13. Januar 2004, zurückgewiesen<sup>22</sup>. Die Erklärung für diese Fehlinterpretation liegt darin, dass man den Unterschied von materiellrechtlichem Verstoß und Abhilfe im Verfahren der Equity (Remedy) nicht beachtet hat. Der Ursprungsfall Terminal Railroad ist in dieser Hinsicht eindeutig. Ein Gemeinschaftsunternehmen von 14 Eisenbahngesellschaften kontrollierte den Bahnhof von St. Louis, die dazugehörigen Streckenanlagen sowie die Fähr- und Brückenverbindungen über den Mississippi. Der Supreme Court entschied, der Zusammenschluss verstoße gegen Section 1 und 2 Sherman Act. Als mögliche Abhilfen kamen in Betracht die Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens oder eine Verpflichtung, diskriminierungsfreien Zugang zu den gemeinsam kontrollierten Einrichtungen zu gewähren. Das Gericht entschied sich für den diskriminierungsfreien Zugang. Es behielt sich jedoch die Befugnis vor, die Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens anzuordnen, falls sich die genannte Zugangsregelung als nicht wirksam erweisen sollte. Damit wendete das Gericht die Grundsätze an, die im Verfahren der Equity für Abhilfen (Remedies) bei einem festgestellten Verstoß gegen die Antitrust-Gesetze gelten<sup>23</sup>. Die gerichtlichen Verfügungen, die im Abhilfungsverfahren ergehen, stellen selbstverständlich die Art des Gesetzesverstoßes in Rechnung; aber die Abhilfe ist kein Spiegelbild des Verstoßes. Dies erklärt, warum sich der Supreme Court in Trinko erneut geweigert hat, die in der Rechtsprechung der Instanzgerichte anerkannte Essential Facilities Doctrine zu bestätigen oder zu verwerfen.

In Trinko ging es um die Frage, ob das Monopolisierungsverbot neben dem Telecommunications Act 1996 auf die Verweigerung des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen anwendbar ist. Der Kläger machte geltend, ein Local Exchange Carrier (LEC) weigere sich unter Verstoß gegen Section 2 Sherman Act, entbündelten Zugang zum Ortsnetz zu gewähren. Die grundsätzliche Anwendbarkeit des Sherman Act wird durch den Telecommunications Act eindeutig und zwar positiv beantwortet (Section 601 (b) (1)). Gleichwohl kam der Supreme Court zu dem Ergebnis, dass die Verweigerung des Zugangs zum Ortsnetz nicht gegen das Monopolisierungsverbot verstößt. Dies folgt aus einer umfassend begründeten engen Auslegung des Monopolisierungsverbots in seiner Anwendung auf das Verhalten von Einzelunternehmen: Das Antitrust-Recht respektiert den Grundsatz der freien Wahl des Geschäftspartners, insbesondere sind Unternehmen nicht verpflichtet, ihren Wettbewerbern zu Hilfe zu kommen. Ausnahmen von diesen Grundsätzen sind eng auszulegen. Das gilt insbesondere dann, wenn die Regulierung die Verhaltensweisen zum Gegen-

21 Repräsentativ zuletzt *Körber* (Fn.19), S. 885.

22 Zur vorausgehenden Rechtsprechung *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn.13), § 18 Rn. 33.

23 Einen nicht überholten Überblick über den Zusammenhang von materiellem Gesetzesverstoß und Abhilfen mit Blick auf die Entflechtung nach festgestellter Monopolisierung gibt *US v. Aluminum Co. of America* D.C. New York, CCH Trade Cases 1950/51; 62, 646.

stand hat – hier Zugang zum Netz – die auch den Antitrust-Verstoß begründen sollen. Das Urteil ist als Rückkehr oder Rückschritt zur traditionellen Chicago School of Antitrust kritisiert worden<sup>24</sup>. Insoweit ist jedoch angesichts eines Urteils, das ohne dissenting votes ergangen ist, Vorsicht geboten.

Zu der Grundsatzfrage, unter welchen Voraussetzungen das Monopolisierungsverbot in die wettbewerbliche Handlungsfreiheit von Einzelunternehmen eingreift, hat sich der US Supreme Court wie folgt geäußert:

„The mere possession of monopoly power, and the concomittant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts „business acumen“ in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth“.

Der Supreme Court erstreckt den Gedanken der Belohnungs- und Anreizwirkung, die von Patenten und Urheberrechten ausgehen soll, auf nicht regulierte Monopole. Mit dem „business acumen“, der Findigkeit von Unternehmen, wird auf das Alcoa-Urteil und die dortige Charakterisierung rechtmäßig erworbener Monopolstellungen hingewiesen. Zu dem Wettbewerb, den die Antitrustgesetze gewährleisten sollen, gehört auch der Wettbewerb um rechtmäßige Monopole. Das ist pre-Chicago und folgt aus dem von der Chicago School im übrigen hart kritisierten Alcoa-Urteil von Richter *Learned Hand*: „The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins“<sup>25</sup>. Der Gewinn kann auch eine rechtmäßig erworbene Monopolstellung sein. Im übrigen orientiert sich die enge Auslegung des Monopolisierungsverbots in seiner Anwendung auf refusal to deal durch Einzelunternehmen an gefestigten tradierten Grundsätzen: Die freie Wahl des Geschäftspartners gehört ebenso wie die Preisfreiheit zum Wesen des Wettbewerbs. Eingriffe in diese Erscheinungsformen der Wettbewerbsfreiheit nötigen zu positiven Verhaltensgebote und sind mit besonderen Risiken verbunden: Für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs und für die Gerichte, die solche Gebote als „zentrale Planungsinstanz“ überwachen müssen und dazu wenig geeignet sind. Betroffen ist mit den potentiell „false positives“ zugleich das Verhältnis zur Regulierung.

In der Entscheidung über die parallele Anwendbarkeit von Antitrust und Regulierung ist zu berücksichtigen, ob die Regulierung zugleich dem Schutz des Wettbewerbs dient und wirksam angewendet wird. Trifft dies zu, so sind diese Wirkungsmöglichkeiten der Regulierung in Rechnung zu stellen und gegebenenfalls abzuwägen gegenüber den Wirkungsmöglichkeiten des gerichtsförmig anzuwendenden Antitrust-Rechts. Die höchst wechselvolle und teilweise dramatische Geschichte des Verhältnisses von Antitrust und Regulierung in der Telekommunikation sprechen für eine pragmatische gegenseitige Reservezuständigkeit, über die anhand des Lösungspotentials und der Wirksamkeit der zur Entscheidung berufenen Institutionen zu urteilen ist. Die Entflechtung von American Telephone and Telegraph Co aufgrund eines consent decree und die daraus folgende weitgehende Regulierung einer ganzen Industrie durch das für die Anwendung des Vergleichsurteils zuständige

24 *Drexel* (Fn. 19), S. 794 ff.

25 *US v. Aluminum Co. of America* 148 Fed (2d) 416 = CCH Trade Cases 1944-45, 57/342 (57/684).

nommen, es reiche aus, dass für die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit unerlässlich sind, ein potentieller oder auch nur hypothetischer Markt bestimmt werden könne. Ein solcher Markt sei anzunehmen, wenn eine tatsächliche Nachfrage nach diesen Erzeugnissen oder Dienstleistungen seitens der Unternehmen bestehe, für deren Tätigkeit die fragliche Dienstleistung unerlässlich sei. Die Nachfrage des Unternehmens, für das die Dienstleistungen oder Erzeugnisse unerlässlich sind, schafft den Markt. Dieser hypothetische oder potentielle Markt wird vom EuGH auch als gesonderte Produktionsstufe bezeichnet (Rn. 44). Im IMS-Fall handelt es sich um den Markt für Urheberrechtslizenzen an der Brick Structure 1860. Davon zu unterscheiden ist sodann der Folgemarkt für das Angebot der Datendienste, auf dem so im Interesse der Verbraucher Wettbewerb geschaffen werden soll.

Legt man die Formulierung des EuGH zugrunde, entscheidend sei, dass zwei verschiedene Produktionsstufen vorliegen, die dadurch miteinander verbunden sind, dass das vorgelagerte Erzeugnis ein für die Lieferung des nachgelagerten Erzeugnisses unerlässliches Element sei, so ist der relevante Tatbestand nicht auf urheberrechtlich geschützte Dienstleistungen oder Erzeugnisse begrenzt. Auch für faktische Monopole käme die Anwendung von Art. 82 EGV in Betracht. Es zeichnet sich ein Anwendungsbereich von Art. 82 EGV ab, der im Ansatz der regulierten Marktöffnung in der Telekommunikation oder im Energiebereich entspricht. Zu erinnern ist jedoch an grundlegende Unterschiede. Sie folgen nicht zuletzt daraus, dass es sich insbesondere in der Telekommunikation, teilweise auch im Energiebereich, darum handelt, Märkte zu öffnen, die bisher durch staatliche Regulierungen oder Privilegierungen geschlossen waren. Das IMS-Health-System ist dagegen, wie die Kommission selbst sagt, über eine lange Zeitspanne entwickelt worden und beruht auf Seiten des Unternehmens auf unternehmerischer Leistung. Die Mitwirkung der pharmazeutischen Industrie erklärt sich durch deren Eigeninteresse an einer überschaubaren Vertriebsorganisation. Das sind Entwicklungen, die Markt und Wettbewerb hervorbringen sollen. Die Ernte von Früchten, die andere gesät haben, kann schwerlich eine allgemeine Maxime des Wettbewerbsrechts sein.

Es ist deshalb geboten im Einzelnen zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen eine Geschäfts- oder Lizenzverweigerung gegen Art. 82 EGV verstoßen kann. Wenn schon die Nachfrage interessierter Unternehmen nach Produkten oder Dienstleistungen unabhängig von deren getrennter Vermarktung einen „Markt“ im Verhältnis zum beherrschenden Unternehmen begründet, dann ist für die Anwendung von Art. 82 EGV maßgeblich, ob die begehrten Produkte oder Dienstleistungen unerlässlich sind, um auf dem Folgemarkt tätig zu werden und ob ohne den Zugang jeglicher Wettbewerb auf dem Folgemarkt ausgeschlossen bleiben würde. In IMS Health war nach der Vorlage des Landgerichts Frankfurt zu entscheiden, ob zu den Umständen, welche die Missbräuchlichkeit der Lizenzverweigerung begründen können, der Grad der Einbeziehung der Nutzer in die Entwicklung der Bauteinstruktur gehört. Diese Frage wurde vom Generalanwalt und vom EuGH bejaht: Die intensive Einbeziehung der pharmazeutischen Industrie habe Abhängigkeiten, insbesondere technischer Art begründet (Generalanwalt Rn. 83, 84). Der Anbieter einer Alternativstruktur könne deshalb gezwungen sein, finanzielle Konditionen zu offerieren, welche

die Tätigkeit zwangsläufig unrentabel werden lasse (Rn. 29). Dies ist eine Aussage von großer wirtschaftlicher und ökonomischer Tragweite. Kein Unternehmen, das technisch anspruchsvolle Produkte oder Dienstleistungen anbietet, kann einen Markt ohne Mitwirkung der Kunden entwickeln. Es war das Privileg der Deutschen Bundespost zu Zeiten des Fernmeldemonopols, eine Einheitstechnik ohne Mitwirkung der Nutzer durchsetzen und weiter entwickeln zu können<sup>33</sup>. Dies ist ein Indiz für einen besonders hohen Grad von Monopolisierung. Deshalb ist die Einbeziehung der pharmazeutischen Industrie in die Entwicklung der Bauteinstruktur kein Indiz für Monopolmacht. Sie entspricht vielmehr Marktkräften und ist gleichzeitig geeignet, die Marktmacht von IMS Health im Vertikalverhältnis zu begrenzen.

### E. Folgerungen

Die im Rahmen von Art. 82 EGV stets gebotene Interessenabwägung lässt sich nicht auf den Gegensatz zwischen den Eigeninteressen des beherrschenden Unternehmens und dem öffentlichen Interesse am Wettbewerb zurückführen. Der US Supreme Court hat in *Trinko* auf die Risiken hingewiesen, die in Rechnung zu stellen sind, wenn das Wettbewerbsrecht die Wahlfreiheit beherrschender Unternehmen einschränkt. Zu diesen Risiken gehören gesamtwirtschaftliche Verluste, die bei ungerichtfertigten Einschränkungen der individuellen Wettbewerbsfreiheit entstehen. Die Marktmachtschwelle setzt diese Risiken herab, ohne sie jedoch auszuschließen<sup>34</sup>. Wichtige Kriterien für die wettbewerbliche Bewertung unternehmerischer Eigeninteressen folgen aus den rechtlichen und wirtschaftlichen Grundlagen der beherrschenden Stellung. Die Rechtsprechung trägt dem Rechnung, indem sie nach den objektiven Gründen fragt, die eine Geschäftsverweigerung erklären und rechtfertigen oder nicht rechtfertigen (Magill Rn. 54, 55, 56). Der Inhaber eines Urheberrechts ist auch als beherrschendes Unternehmen berechtigt, sein Recht durch Eigenutzung auf dem Markt auszuüben. Er ist jedoch nicht berechtigt, eine Lizenz zu verweigern, wenn er dadurch das Auftreten eines neuen Produkts verhindert, das er selbst nicht anbietet (Magill Rn. 54), und das seine vom Urheberrecht unabhängigen Interessen nicht beeinträchtigt (Magill Rn. 55). Dem entspricht das Urteil IMS Health, wonach der Urheberrechtsschutz die Lizenzverweigerung rechtfertigt, wenn der potentielle Lizenznehmer sich darauf beschränken will, Erzeugnisse und Dienstleistungen anzubieten, die vom Inhaber des geistigen Eigentums bereits auf dem abgeleiteten Markt angeboten werden (IMS Health Rn. 49)<sup>35</sup>. Das Urheberrecht setzt sich mithin auch dann durch, wenn seine Ausübung zum Ausschluss des Substitutionswettbewerb geführt hat<sup>36</sup>.

33 Näher *Mestmäcker*, Fernmeldemonopole und Nachfragemacht – Wirtschaftsrechtliche und ordnungspolitische Probleme der hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen der GBP, in: ders., Recht und ökonomisches Gesetz, 2. Aufl. 1984, S. 764 (774 ff.).

34 Dazu *Mestmäcker*, Der verwaltete Wettbewerb, 1984, S. 34.

35 In IMS-Health bestand von Anfang an kein Zweifel, dass die Wettbewerber gerade dies erreichen wollten. Die Lizenzverweigerung ist somit nicht missbräuchlich.



Für beherrschende Unternehmen gilt unabhängig vom Urheberrecht der Grundsatz der freien Wahl der Geschäftspartner. Es gibt keine allgemeine Pflicht potentiellen Wettbewerbern die Nutzung intern genutzter Ressourcen zu gestatten. Einschränkungen gelten, wenn das beherrschende Unternehmen den Geschäftsverkehr mit einem bisherigen Kunden abbricht, um den Markt zu übernehmen (Commercial Solvents) oder die Geschäftsverweigerung den Wettbewerb auf einem verbundenen Markt durch die Verknüpfung verschiedener Leistungen, für die es gesonderte Märkte gibt, ausschließt (Telemarketing).

Wenn schon die Nachfrage nach der Gewährung von Zugang zu einer Einrichtung einen hypothetischen „Markt“ begründet, wie es der EuGH im IMS Health Fall angenommen hat, bleiben die Folgerungen zu bedenken, die sich ergeben, wenn man sodann beherrschende Stellungen als „wesentliche Einrichtungen“ auf einem verbundenen Markt qualifiziert. Es geht um die Voraussetzungen, unter denen potentielle Wettbewerber damit rechnen können, Zugang zu den Ressourcen des beherrschenden Unternehmens zu erlangen, wenn das zu mehr Wettbewerb auf einem Folgemarkt führen würde. Der Gewinn für den Wettbewerb würde in aller Regel gering sein. Haben potentielle Wettbewerber eines beherrschenden Unternehmens die Chance, den unmittelbaren Zugang zur Nutzung von dessen Ressourcen zu erlangen, allenfalls mit Hilfe der EG-Kommission, so wird der Wettbewerb um die Marktstellung in der Regel nicht mehr lohnend sein. Der im Interesse der Verbraucher auf dem Folgemarkt zu schaffende Wettbewerb, der dort Preiskontrollen überflüssig machen soll, führt jedoch zu Preiskontrollen auf dem vorgeordneten Markt, nämlich zur behördlichen oder gerichtlichen Festsetzung des Entgelts, welches das beherrschende Unternehmen für die Nutzung seiner Einrichtung fordern darf<sup>37</sup>.

Die Lehre aus Trinko und IMS Health besteht hauptsächlich darin, dass die Freiheit der Wahl des Geschäftspartners eine Erscheinungsform der Wettbewerbsfreiheit ist. Auch ein Unternehmen, das einen bestreitbaren Markt beherrscht, hat mit Wettbewerb zu rechnen. Dieser Wettbewerb sollte ermutigt und vor Missbräuchen des beherrschenden Unternehmens geschützt werden. Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen kann es gerechtfertigt sein, den Wettbewerb um einen beherrschten Markt auszuschließen, indem man das beherrschende Unternehmen verpflichtet, seine intern genutzten Ressourcen Wettbewerbern zur Verfügung zu stellen, und so Wettbewerb auf dem beherrschten Markt zu ermöglichen. Es trägt zur Rechtsklarheit und Rechtssicherheit bei, wenn in der Anwendung von Art. 82 EGV zwischen der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Missbrauchs auf der einen Seite und der Rechtsfolge des Kontrahierungszwangs auf der anderen Seite unterschieden wird. Eine solche differenzierende Betrachtungsweise ist insbesondere unerlässlich, wenn schon das Zugangsbegehren eines potentiellen Wettbewerbers einen „Markt“ begründet. Welche Einrichtung in Verbindung mit einer beherrschenden Stellung so wesentlich ist, dass ihr Inhaber verpflichtet sein sollte, Dritten Zugang zu gewähren,

36 Übereinstimmend *Casper*, Die wettbewerbsrechtliche Begründung von Zwangslizenzen, ZHR 166 (2002), 685 (703); auch *Körber* (Fn. 19), S. 887, 888; kritisch dagegen *Drexler* (Fn. 19), S. 807. Die hier vertretene Meinung steht nicht im Gegensatz zu der Lehre, die komplementäre Ziele für Wettbewerbsrecht und geistiges Eigentum annimmt. Dazu *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 13), § 28 Rn. 7 ff.

37 Sehr klar dazu Generalanwalt *Jacobs* in Bronner, Slg. 1998, I-7789 Rn. 66 und 69.

wiederholt nur die Frage nach der Anwendbarkeit des Missbrauchsverbots. Dabei sind stets die Erfordernisse des Wettbewerbsystems und des Binnenmarkts in Beziehung zu setzen zur Marktstruktur und zu den konfligierenden Interessen der beteiligten Unternehmen. Zur Marktstruktur gehören insbesondere der Grad der Marktmacht, ihre Dauer und die Gründe ihrer Entstehung. Diese Umstände beeinflussen die berechtigten Interessen des beherrschenden Unternehmens, die gegen die auf Geschäftseröffnung und Zugang gerichteten Interessen Dritter abzuwägen sind.