

Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste

(2002/C 165/03)

(Text von Bedeutung für den EWR)

1. EINLEITUNG

1.1 Tragweite und Zweck der Leitlinien

1. In diesen Leitlinien werden die Grundsätze beschrieben, die die nationalen Regulierungsbehörden (NRB) bei der Analyse der Märkte und der Wirksamkeit des Wettbewerbs nach dem neuen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste zugrunde legen sollen.
2. Dieser neue Rechtsrahmen umfasst fünf Richtlinien: die Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste⁽¹⁾ (nachstehend die „Rahmenrichtlinie“), die Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste⁽²⁾ (nachstehend die „Genehmigungsrichtlinie“), die Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung⁽³⁾ (nachstehend die „Zugangsrichtlinie“), die Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten⁽⁴⁾ (nachstehend die „Universaldienstrichtlinie“), eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation⁽⁵⁾. Bis zur formellen Verabschiedung der zuletzt genannten Richtlinie bleibt jedoch weiterhin die Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation⁽⁶⁾ (nachstehend die „Datenschutzrichtlinie“) maßgeblich.
3. Nach dem Rechtsrahmen aus dem Jahr 1998 waren die Sparten der Telekommunikationsindustrie, die einer Ex-ante-Regulierung unterlagen, in den einschlägigen Richtlinien definiert. Allerdings waren diese Märkte nicht im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts ermittelt worden. In Bezug auf diese aufgrund des Rechtsrahmens aus dem Jahr 1998 ermittelten Bereiche hatten die NRB die Befugnis, Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen, sobald deren Marktanteil bei 25 % lag. Allerdings hatten sie die Möglichkeit, von diesem Schwellenwert abzuweichen, um verschiedenen anderen Faktoren Rechnung zu tragen (z. B. den Möglichkeiten des Unternehmens, den Markt zu beeinflussen, dem Umsatz des Unternehmens im Verhältnis zu der Größe des Marktes, seiner Kontrolle über die Zugangsmöglichkeiten für Endnutzer, seinem Zugang zu Finanzmitteln sowie seinen Erfahrungen in der Bereitstellung von Produkten und Diensten auf dem betreffenden Markt).
4. Nach dem neuen Rechtsrahmen werden die zu regulierenden Märkte im Einklang mit den Grundsätzen des europäischen Wettbewerbsrecht ermittelt. Sie werden von der Kommission in ihrer Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte gemäß Artikel 15 Absatz 1 der Rahmenrichtlinie (nachstehend die „Empfehlung“) definiert. Sofern besondere nationale Gegebenheiten dies rechtfertigen, können die NRB entsprechend den in den Artikeln 6 und 7 der Rahmenrichtlinie festgelegten Verfahren noch weitere Märkte definieren. Im Fall länderübergreifender Märkte, deren Merkmale eine Ex-ante-Regulierung rechtfertigen, legt diese die Kommission in einer Entscheidung über die relevanten länderübergreifenden Märkte gemäß Artikel 15 Absatz 4 der Rahmenrichtlinie fest (nachstehend die „Entscheidung über länderübergreifende Märkte“).
5. In Bezug auf all diese Märkte werden die NRB Unternehmen nur dann Verpflichtungen auferlegen, sofern der Wettbewerb auf diesen Märkten als nicht wirksam angesehen wird⁽⁷⁾, da es Unternehmen mit einer der Beherrschung gleichkommenden Stellung im Sinne von Artikel 82 EG-Vertrag⁽⁸⁾ gibt. Der Begriff der beherrschenden Stellung wurde in der Rechtsprechung des Gerichtshofs als eine Situation wirtschaftlicher Stärke definiert, die es einem Unternehmen gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Mitbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten. Aus diesem Grund werden sich die Kommission und die NRB — im Gegensatz zum Rechtsrahmen aus dem Jahr 1998 — bei der Definition der Märkte, die einer Ex-ante-Regulierung unterworfen werden sollten, sowie bei der Bewertung, ob Unternehmen auf den betreffenden Märkten über beträchtliche Marktmacht verfügen, auf die Grundsätze und Verfahren des Wettbewerbsrechts stützen.
6. Die Leitlinien sollen die NRB bei der Wahrnehmung ihrer neuen Verantwortung im Hinblick auf die Marktdefinition und die Feststellung von beträchtlicher Marktmacht unterstützen. Sie werden von der Kommission gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Rahmenrichtlinie unter weitestgehender Berücksichtigung der Ergebnisse einer Anhörung der Öffentlichkeit und der nationalen Regulierungsbehörden veröffentlicht.
7. Gemäß Artikel 15 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie sollen die NRB diesen Leitlinien weitestgehend Rechnung tragen. Dies wird vor dem Hintergrund der politischen Ziele gemäß Artikel 8 der Rahmenrichtlinie ein entscheidender Faktor bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit der von den NRB vorgeschlagenen Maßnahmen durch die Kommission sein.
8. In den Leitlinien werden insbesondere die folgenden Themen behandelt: a) Marktdefinition, b) Würdigung beträchtlicher Marktmacht, c) Feststellung von beträchtlicher Marktmacht und d) Verfahrensfragen im Zusammenhang mit den genannten Themen.

9. Die Leitlinien sollen von den NRB angewandt werden

- zur Festlegung der räumlichen Tragweite der in der Empfehlung ermittelten Produktmärkte. Die NRB werden nicht die räumliche Tragweite länderübergreifender Märkte definieren, da diese durch eine eventuelle Entscheidung über länderübergreifende Märkte bestimmt werden wird;
 - zur Durchführung einer Marktanalyse hinsichtlich der auf den in der Empfehlung und in der Entscheidung definierten Märkten sowie der auf den von den NRB ermittelten Märkten vorherrschenden Wettbewerbsbedingungen nach dem in Abschnitt 3 der Leitlinien dargelegten Verfahren;
 - zur Feststellung der von der Empfehlung nicht erfassten relevanten nationalen oder subnationalen Produktmärkte gemäß dem in den Artikeln 6 und 7 der Rahmenrichtlinie genannten Verfahren, sofern dies durch besondere einzelstaatliche Gegebenheiten zu rechtfertigen ist;
 - zur Feststellung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in einem relevanten Markt (nach Durchführung einer Marktanalyse) und zur Auferlegung verhältnismäßiger Vorabverpflichtungen in Übereinstimmung mit den Vorschriften des Rechtsrahmens gemäß den Abschnitten 3 und 4 der Leitlinien;
 - zur Unterstützung der Mitgliedstaaten und der NRB bei der Anwendung von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe f) der Genehmigungsrichtlinie und Artikel 5 Absatz 1 der Rahmenrichtlinie, um somit sicherzustellen, dass die Unternehmen ihrer Verpflichtung nachkommen, den NRB alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die diese zur Feststellung relevanter Märkte und beträchtlicher Marktmacht benötigen;
 - zur Unterstützung der NRB beim Umgang mit vertraulichen Informationen von
 - Unternehmen aufgrund von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe f) der Genehmigungsrichtlinie und Artikel 5 Absatz 1 der Rahmenrichtlinie;
 - nationalen Wettbewerbsbehörden (NWB) im Rahmen der in Artikel 3 Absatz 5 der Rahmenrichtlinie vorgesehenen Zusammenarbeit und
 - der Kommission und einer NRB aus einem anderen Mitgliedstaat im Rahmen der in Artikel 5 Absatz 2 der Rahmenrichtlinie vorgesehenen Zusammenarbeit.
- ## 10. Die Leitlinien sind wie folgt gegliedert:

Abschnitt 1 gibt eine Einführung sowie einen Überblick über die Hintergründe, die Tragweite und die Zielsetzungen sowie über den Inhalt der Leitlinien. In **Abschnitt 2** wird die Methode beschrieben, die von den NRB für die Definition der räumlichen Tragweite der in der Empfehlung genannten Märkte sowie für die Definition weiterer in dieser Empfehlung nicht genannter relevanter Märkte angewandt werden soll. In **Abschnitt 3** werden die Kri-

terien zur Würdigung von beträchtlicher Marktmacht in einem relevanten Markt dargelegt. In **Abschnitt 4** werden die möglichen Schlussfolgerungen, zu denen die NRB im Rahmen ihrer Marktanalysen gelangen können, sowie die Maßnahmen aufgeführt, die diese Erkenntnisse nach sich ziehen können. **Abschnitt 5** nennt die Untersuchungsbefugnisse der NRB, empfiehlt Verfahren für die Koordinierung unter den NRB sowie den NRB und NWB und behandelt die Verfahren der Koordinierung und Zusammenarbeit zwischen den NRB und der Kommission. **Abschnitt 6** befasst sich schließlich mit den öffentlichen Anhörungsverfahren und der Veröffentlichung der Entscheidungsvorschläge der NRB.

11. Mit diesen Leitlinien soll vor allem eine einheitliche Anwendung des neuen Rechtsrahmens durch die NRB gewährleistet werden, insbesondere im Hinblick auf die Ermittlung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.
12. Durch die Veröffentlichung dieser Leitlinien will die Kommission außerdem allen interessierten Kreisen und auf dem Markt für elektronische Kommunikation tätigen Unternehmen erklären, wie die NRB beträchtliche Marktmacht aufgrund der Rahmenrichtlinie würdigen werden. Auf diese Weise sollen Transparenz und Rechtssicherheit bei der Anwendung der bereichsspezifischen Rechtsvorschriften optimiert werden.
13. Die Kommission wird diese Leitlinien im Bedarfsfall unter Berücksichtigung der Erfahrungen mit der Anwendung des Rechtsrahmens und der künftigen Entwicklungen infolge der Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofs ändern.
14. Die Rechte des Einzelnen bzw. der Unternehmen aufgrund des Gemeinschaftsrechts werden durch diese Leitlinien in keiner Weise eingeschränkt. Ebenso wenig berühren die Leitlinien weder die Anwendung des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Wettbewerbsregeln, durch die Kommission und die zuständigen nationalen Behörden noch deren Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof und das Gericht erster Instanz. Auch bleiben durch diese Leitlinien alle künftigen Maßnahmen der Kommission sowie alle Leitlinien unberührt, die die Kommission im Hinblick auf die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts veröffentlicht.

1.2 Bereichsspezifische Maßnahmen: Grundsätze und politische Ziele

15. Die NRB tragen den in Artikel 8 Absätze 2, 3 und 4 der Rahmenrichtlinie genannten politischen Zielen Rechnung. Dabei werden drei Kategorien unterschieden:
 - Förderung eines offenen und wettbewerbsfähigen Marktes für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste sowie zugehörige Einrichtungen,
 - Entwicklung des Binnenmarkts und
 - Förderung der Interessen der europäischen Bürger.

16. Indem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Vorabverpflichtungen auferlegt werden, soll gewährleistet werden, dass die Unternehmen ihre Marktmacht nicht dazu verwenden können, den Wettbewerb auf dem relevanten Markt einzuschränken oder zu verzerren, und dass Marktmacht dieser Art nicht auf Nachbarmärkte übertragen werden kann.
 17. Solche Vorabverpflichtungen sollten nur auferlegt werden, wenn der in Frage stehende elektronische Kommunikationsmarkt Merkmale aufweist, die eine bereichsspezifische Regulierung rechtfertigen können, und die zuständige NRB einen oder mehrere Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht ermittelt hat.
 18. Die Produkt- und Dienstmärkte, die Merkmale aufweisen, welche eine bereichsspezifische Regulierung rechtfertigen können, sind von der Kommission in ihrer Empfehlung definiert worden. Sofern aufgrund nationaler Gegebenheiten die Festlegung anderer relevanter Märkte gerechtfertigt ist, werden diese von den NRB entsprechend den Verfahren gemäß den Artikeln 6 und 7 der Rahmenrichtlinie ermittelt⁽⁹⁾. Außerdem werden in Artikel 6 der Zugangsrichtlinie und in den Artikeln 18 und 19 der Universalienrichtlinie eine Reihe weiterer Märkte spezifiziert.
 19. Die NRB werden bei jedem dieser relevanten Märkte untersuchen, ob es einen wirksamen Wettbewerb gibt. Dabei kommt die Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt echter Wettbewerb herrscht, der Feststellung gleich, dass auf diesem Markt kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt. Aus diesem Grund wird für die Anwendung des neuen Rechtsrahmens wirksamer Wettbewerb dahin gehend definiert, dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsame beherrschende Stellung einnimmt. Kommen die NRB zu dem Schluss, dass es auf einem relevanten Markt keinen echten Wettbewerb gibt, werden sie die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf diesem Markt ermitteln und ihnen gemäß Artikel 16 Absatz 4 der Rahmenrichtlinie entweder spezielle Verpflichtungen auferlegen oder solche bereits bestehenden Verpflichtungen aufrechterhalten oder ändern.
 20. Bei der Durchführung der Marktanalyse nach Artikel 16 der Rahmenrichtlinie werden die NRB den relevanten Markt vorausschauend und strukturell evaluieren, wobei sie sich auf die bestehenden Marktverhältnisse stützen. Die NRB sollten feststellen, ob der Markt potenziell wettbewerbsorientiert ist, ob also der fehlende echte Wettbewerb von Dauer sein wird⁽¹⁰⁾, und dabei wahrscheinlichen oder voraussehbaren Marktentwicklungen innerhalb eines angemessenen Zeitraums Rechnung tragen. Dieser Zeitraum sollte unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale des Marktes und des nächsten Termins für die Überprüfung des relevanten Marktes durch die zuständige NRB gewählt werden. Die NRB sollten für ihre Analyse auch Daten früherer Untersuchungen heranziehen, sofern diese Daten für die Entwicklungen auf diesem Markt in absehbarer Zukunft relevant sind.
 21. Stellen die NRB fest, dass Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen, müssen sie diesen in Übereinstimmung mit den einschlägigen Richtlinien und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eine oder mehrere Vorabverpflichtungen auferlegen. In Ausnahmefällen können die NRB gemäß Artikel 8 Absatz 3 der Zugangsrichtlinie Verpflichtungen in Bezug auf Zugang und Zusammenschaltung auferlegen, die über die in der Zugangsrichtlinie vorgesehenen Maßnahmen hinausgehen. Voraussetzung ist, dass zuvor die Zustimmung der Kommission eingeholt wurde.
 22. Bei der Ausübung ihrer Befugnisse gemäß den Artikeln 15 und 16 der Rahmenrichtlinie verfügen die NRB aufgrund der komplizierten ineinandergreifenden Faktoren (wirtschaftlicher, sachlicher und rechtlicher Art), die bei der Definition relevanter Märkte und bei der Ermittlung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gewürdigt werden müssen, über einen weitreichenden Ermessensspielraum. Dieser Ermessensspielraum unterliegt jedoch weiterhin den in den Artikeln 6 und 7 der Rahmenrichtlinie vorgesehenen Verfahren.
 23. Alle Entscheidungen, die die NRB in Anwendung der Richtlinien erlassen, werden Folgen für die Entwicklung des Binnenmarkts haben. Um nachteilige Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts zu vermeiden, müssen die NRB für eine übereinstimmende Anwendung der Bestimmungen Sorge tragen, für die die vorliegenden Leitlinien erarbeitet wurden. Eine solche Übereinstimmung ist nur durch eine enge Koordinierung und Zusammenarbeit mit den anderen NRB, den NWB und der Kommission möglich, wie in der Rahmenrichtlinie und in Abschnitt 5.3 dieser Leitlinien vorgesehen ist.
- ### 1.3 Verhältnis zum Wettbewerbsrecht
24. Nach dem Rechtsrahmen erfolgen die Marktdefinition und die Ermittlung von beträchtlicher Marktmacht entsprechend den Verfahren des Wettbewerbsrechts. Aus diesem Grund sollte die Definition der räumlichen Tragweite der Märkte, die in der Empfehlung angeführt werden, gegebenenfalls die Definition sachlich relevanter Märkte für Waren und Dienstleistungen (Produktmärkte), die in der Empfehlung nicht genannt werden, sowie die Beurteilung wirksamen Wettbewerbs durch die NRB entsprechend der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung und Praxis vorgenommen werden. Um übereinstimmende Ansätze zu gewährleisten, beruhen die vorliegenden Leitlinien auf 1. der Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofs, was die Marktdefinition und den Begriff der beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 82 EG-Vertrag und Artikel 2 der Fusionskontrollverordnung⁽¹¹⁾ betrifft, 2. den „Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationssektor“⁽¹²⁾, 3. der „Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft“⁽¹³⁾ (nachstehend die „Bekanntmachung über die Marktdefinition“) und 4. der „Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich“⁽¹⁴⁾ (nachstehend die „Zugangsmittelteilung“).

25. Die Anwendung derselben Methoden gewährleistet nicht, dass die für die Zwecke einer bereichsspezifischen Regulierung definierten Märkte meistens den Marktdefinitionen für wettbewerbsrechtliche Zwecke entsprechen. In den meisten Fällen und aus den in Abschnitt 2 dieser Leitlinien genannten Gründen können sich die von der Kommission und den Wettbewerbsbehörden für wettbewerbsrechtliche Zwecke definierten Märkte von denen der Empfehlung und der Entscheidung unterscheiden. Dies gilt auch für die Märkte, die von den NRB gemäß Artikel 15 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie definiert wurden. Artikel 15 Absatz 1 der Rahmenrichtlinie macht klar, dass die Marktdefinitionen der NRB zum Zweck der Ex-ante-Regulierung die von den NRB und der Kommission in Ausübung ihrer Befugnisse für wettbewerbsrechtliche Zwecke verwendeten Marktdefinitionen unberührt lassen.
26. Im Hinblick auf die Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts wird in der Bekanntmachung der Kommission über die Marktdefinition erläutert, dass der Begriff des relevanten Marktes eng mit den Zielen verbunden ist, die mit der Gemeinschaftspolitik verfolgt werden. Die Definition von Märkten vor dem Hintergrund der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag erfolgt im Allgemeinen im Rahmen einer Ex-post-Betrachtung, d. h., bei der Analyse werden Ereignisse auf dem Markt berücksichtigt, die bereits stattgefunden haben und nicht mehr durch potenzielle künftige Entwicklungen beeinflusst werden können. Im Gegensatz dazu werden nach der EG-Fusionskontrollverordnung Märkte generell vorausschauend definiert.
27. Andererseits werden Märkte, die für die Zwecke der bereichsspezifischen Regulierung definiert werden, stets vorausschauend bewertet, da die NRB die künftige Entwicklung des Marktes in ihre Bewertungen einbeziehen. Doch sollten die NRB bei ihren Marktanalysen zur Beurteilung der künftigen Aussichten für den einschlägigen Markt eventuelle bisherige Entwicklungen nicht unberücksichtigt lassen (vgl. nachstehenden Abschnitt 2). Ausgangspunkt für die Durchführung einer Marktanalyse für die Zwecke von Artikel 15 der Rahmenrichtlinie ist weder das Bestehen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen oder aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 81 EG-Vertrag noch das Bestehen von Unternehmenszusammenschlüssen im Sinne der Fusionskontrollverordnung. Auch die Vermutung einer missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 82 EG-Vertrag ist nicht maßgeblich. Ausschlaggebend ist vielmehr eine generelle vorausschauende Analyse der Struktur und des Funktionierens des in Frage stehenden Marktes. Obwohl die NRB und die Wettbewerbsbehörden im Prinzip zu denselben Schlussfolgerungen gelangen sollten, wenn sie dieselben Fälle unter denselben Umständen mit identischen Zielen untersuchen, kann nicht ausgeschlossen werden, dass — in Anbetracht der oben dargestellten Unterschiede und insbesondere durch die weiter gefasste Bewertung durch die NRB — die für wettbewerbsrechtliche Zwecke definierten Märkte und die Märkte, die für eine bereichsspezifische Regulierung definiert werden, nicht immer identisch sind.
28. Obwohl auch die Analysen in Bezug auf Unternehmenszusammenschlüsse ex ante vorgenommen werden, so werden sie nicht regelmäßig durchgeführt, wie dies nach dem neuen Rechtsrahmen bei den von den NRB durchzuführenden Analysen der Fall ist. Die Wettbewerbsbehörden haben in der Regel keine Gelegenheit, eine regelmäßige Überprüfung ihrer Entscheidungen vor dem Hintergrund der jüngsten Marktentwicklungen vorzunehmen. Die NRB sind dagegen nach Artikel 16 Absatz 1 der Rahmenrichtlinie dazu verpflichtet, ihre Entscheidungen in regelmäßigen Abständen zu überprüfen. Dies kann einen erheblichen Einfluss auf den Umfang und die Reichweite der von den NRB durchgeführten Marktanalysen und die Bewertung der Wettbewerbssituation haben. Genau aus diesem Grund können sich die Marktdefinitionen, die nach dem neuen Rechtsrahmen festgelegt werden, selbst in vergleichbaren Bereichen in einigen Fällen von denen der Wettbewerbsbehörden unterscheiden.
29. Es wird davon ausgegangen, dass Märkte, die nicht in der Empfehlung genannt werden, keiner bereichsspezifischen Ex-ante-Regulierung bedürfen, es sei denn, die NRB ist in der Lage, die Regulierung eines weiteren oder anderen relevanten Marktes nach dem in Artikel 7 der Rahmenrichtlinie festgelegten Verfahren zu begründen.
30. Die Ermittlung eines Unternehmens, das auf einem für eine Ex-ante-Regulierung definierten Markt über beträchtliche Macht verfügt, bedeutet nicht zwangsläufig, dass dieses Unternehmen eine beherrschende Stellung entsprechend Artikel 82 EG-Vertrag oder vergleichbarer einzelstaatlicher Bestimmungen einnimmt. Außerdem bedeutet die Feststellung von beträchtlicher Marktmacht noch nicht, dass das Unternehmen diese beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 82 EG-Vertrag oder vergleichbarer nationaler wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen missbräuchlich ausgenutzt hat. Es bedeutet lediglich, dass der Betreiber aus struktureller Sicht kurz- bis mittelfristig in der Lage ist und sein wird, auf dem relevanten Markt eine wirtschaftlich so starke Stellung einzunehmen, dass er sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Mitbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern verhalten kann, und dies ausschließlich im Sinne von Artikel 14 der Rahmenrichtlinie.
31. In der Praxis ist es durchaus möglich, dass es bei verschiedenen Fragen auf bestimmten Märkten zu parallelen Verfahren der Ex-ante-Regulierung und des Wettbewerbsrechts kommt⁽¹⁵⁾. Die Wettbewerbsbehörden können zusätzlich zu den bereichsspezifischen Maßnahmen der NRB eigene Marktanalysen durchführen und geeignete wettbewerbsrechtliche Instrumente anwenden. Dennoch ist festzuhalten, dass eine derartige parallele Anwendung von Rechtsinstrumenten durch unterschiedliche Behörden auf solchen Märkten unterschiedliche Fragen betreffen würden. Mit den Vorabverpflichtungen, die die NRB Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegen, sollen die speziellen Ziele der einschlägigen Richtlinien erreicht werden, wohingegen die wettbewerbsrechtlichen Instrumente darauf abzielen, Vereinbarungen zwischen Unternehmen bzw. die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung zu sanktionieren, die den Wettbewerb auf dem betreffenden Markt einschränken oder verzerren.

32. In Bezug auf neu entstehende Märkte, auf denen der Marktführer über einen beträchtlichen Marktanteil verfügen dürfte, wird in Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie gesagt, dass diesem keine unangemessenen Verpflichtungen auferlegt werden sollten. Eine verfrühte Ex-ante-Regulierung könnte die Wettbewerbsbedingungen auf einem neu entstehenden Markt unverhältnismäßig stark beeinflussen. Gleichzeitig sollte jedoch auf solchen neu entstehenden Märkten ein Wettbewerbsausschluss durch das führende Unternehmen verhindert werden. Unbeschadet der Tatsache, dass eine Intervention der Wettbewerbsbehörden in Einzelfällen gerechtfertigt sein mag, sollten die NRB sicherstellen, dass sie jede Form einer frühen Ex-ante-Intervention auf einem neu entstehenden Markt begründen können, insbesondere da sie im Rahmen der regelmäßigen Neubewertung der relevanten Märkte die Möglichkeit haben, auch noch zu einem späteren Zeitpunkt zu intervenieren.

2. MARKTDEFINITION

2.1 Einführung

33. In den 1991 veröffentlichten Leitlinien⁽¹⁶⁾ wies die Kommission wegen des raschen technologischen Wandels in einem Bereich wie der Telekommunikationsindustrie auf die Schwierigkeiten bei der Definition des relevanten Marktes hin. Diese Feststellung gilt, was das Geschäft mit der elektronischen Kommunikation betrifft, auch heute noch; allerdings hat die Kommission seit der Veröffentlichung der Leitlinien beachtliche Erfahrungen bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln in der von ständiger technischer Veränderung und von Innovation gekennzeichneten dynamischen Branche der elektronischen Kommunikation gesammelt, da sie die Aufgabe hatte, in diesem Wirtschaftszweig den Übergang von monopolistischen zu wettbewerblichen Verhältnissen zu überwachen. In den vorliegenden Leitlinien soll jedoch nicht die Anwendung der Wettbewerbsregeln im elektronischen Kommunikationssektor generell erklärt, sondern sollen vielmehr einzelne Fragen im Zusammenhang mit 1. der Marktdefinition und 2. der Bewertung beträchtlicher Marktmacht im Sinne des Artikels 14 der Rahmenrichtlinie behandelt werden.
34. Bei der Feststellung, ob ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, ob es also „eine wirtschaftlich starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Mitbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten“⁽¹⁷⁾, ist die Definition des relevanten Marktes von grundlegender Bedeutung, da echter Wettbewerb nur unter Bezugnahme auf einen solchen relevanten Markt gewürdigt werden kann⁽¹⁸⁾. Der Begriff des „relevanten Marktes“ setzt die Beschreibung der Produkte voraus, die diesen Markt ausmachen, sowie die Abgrenzung der räumlichen Tragweite dieses Marktes (der Begriff „Produkte“ umfasst in diesem Text sowohl Waren als auch Dienstleistungen). Hier ist daran zu erinnern, dass die aufgrund des Rechtsrahmens aus dem Jahr 1998 ermittelten relevanten Märkte nicht gleichbedeutend mit den für wettbewerbsrechtliche Zwecke ermittelten Märkten waren, da bei ersteren bestimmte Aspekte der lückenlosen Kommunikation und nicht die in wettbewerbsrechtlichen Untersuchungen verwendeten Kriterien des Angebots und der Nachfrage ausschlaggebend waren⁽¹⁹⁾.
35. Einen Markt zu definieren, ist kein automatischer oder abstrakter Vorgang; um einen Markt abzugrenzen, müssen alle Beweise bisherigen Marktverhaltens untersucht und die Mechanismen in einem bestimmten Wirtschaftszweig generell begriffen werden. Für eine vorausschauende Marktanalyse ist ein dynamischer, kein statischer Ansatz erforderlich⁽²⁰⁾. Insofern werden alle bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln im Telekommunikationssektor von den NRB, den NWB oder der Kommission gemachten Erfahrungen für die Anwendung des Artikels 15 der Rahmenrichtlinie sicherlich besonders wertvoll sein. Alle Informationen und Feststellungen sowie Untersuchungen oder Berichte, die von den NRB (oder den NWB) bei der Untersuchung der Wettbewerbsbedingungen in den Telekommunikationsmärkten in Auftrag gegeben oder herangezogen wurden, sollten (vorausgesetzt natürlich, dass sich die Marktbedingungen seither nicht geändert haben) Ausgangspunkt für die Anwendung des Artikels 15 der Rahmenrichtlinie und die Durchführung einer vorausschauenden Marktanalyse sein⁽²¹⁾.
36. Die wichtigsten Produktmärkte, die Merkmale aufweisen, welche die Auferlegung von Vorabverpflichtungen rechtfertigen könnten, werden in der Empfehlung ermittelt, die die Kommission aufgrund von Artikel 15 Absatz 1 der Rahmenrichtlinie annehmen muss, sowie in einer eventuellen Entscheidung über länderübergreifende Märkte, die die Kommission aufgrund von Artikel 15 Absatz 4 der Rahmenrichtlinie verabschieden kann. Aus diesem Grund wird die Aufgabe der NRB in der Praxis in der Regel darin bestehen, die geografische Tragweite der relevanten Märkte zu bestimmen, auch wenn sie aufgrund von Artikel 15 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie die Möglichkeit haben werden, im Einklang mit Artikel 7 der Rahmenrichtlinie andere Märkte als die in der vorerwähnten Empfehlung zu definieren (siehe Abschnitt 6).
37. Obwohl eine vorausschauende Analyse der Marktbedingungen in manchen Fällen zu einer anderen Marktdefinition als derjenigen führen kann, die aus einer Marktanalyse unter Zugrundelegung des bisherigen Verhaltens resultiert⁽²²⁾, sollten sich die NRB nach Möglichkeit um Übereinstimmung zwischen der zum Zweck der Auferlegung von Vorabverpflichtungen und der zum Zweck der Anwendung der Wettbewerbsregeln erarbeiteten Marktdefinitionen bemühen. Nichtsdestotrotz werden die im Rahmen einer bereichsspezifischen Regulierung definierten Märkte — wie in Artikel 15 Absatz 1 der Rahmenrichtlinie und Abschnitt 1 der Leitlinien dargelegt — unbeschadet der Märkte ermittelt, die in bestimmten Fällen nach dem Wettbewerbsrecht definiert werden können.

2.2 Hauptkriterien für die Definition des relevanten Marktes

38. Inwieweit das Angebot eines Produkts in Form einer Ware oder einer Dienstleistung in einem bestimmten geografischen Gebiet den relevanten Markt darstellt, hängt von den Wettbewerbskräften ab, die das Preisverhalten der jeweiligen Hersteller oder Dienstleistungsbringer be-

- einflussen können. Bei der Beurteilung des Marktverhaltens von Unternehmen sind zwei wesentliche Wettbewerbskräfte zu berücksichtigen: 1. die Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite und 2. die Angebotsumstellungsflexibilität. Eine dritte Wettbewerbskraft, die das Verhalten eines Betreibers beeinflussen kann, ist potenzieller Wettbewerb. Der Unterschied zwischen potenziellem Wettbewerb und Angebotsumstellungsflexibilität liegt darin, dass Letztere sofort auf eine Preiserhöhung reagiert, wohingegen potenzielle Markteinsteiger u. U. mehr Zeit benötigen, um ihr Angebot auf den Markt zu bringen. Angebotssubstituierbarkeit impliziert keine spürbaren Zusatzkosten, während ein potenzieller Markteintritt nur zu erheblich gesunkenen Kosten stattfindet⁽²³⁾. Die Frage, ob potenzieller Wettbewerb besteht, sollte daher untersucht werden, um festzustellen, ob in einem Markt echter Wettbewerb im Sinne der Rahmenrichtlinie besteht, ob also Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vorhanden sind⁽²⁴⁾.
39. Die Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite ist ein Faktor, anhand dessen festgestellt wird, inwieweit die Verbraucher bereit sind, das fragliche Produkt durch andere Produkte zu ersetzen⁽²⁵⁾, während die Angebotsumstellungsflexibilität besagt, ob andere Anbieter als die des fraglichen Produkts oder Dienstes direkt oder kurzfristig bereit wären, ihre Produktion umzustellen bzw. die relevanten Produkte anzubieten, ohne dass erhebliche Zusatzkosten für sie entstehen.
40. Ob Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite oder Angebotsumstellungsflexibilität besteht, kann anhand des „hypothetischen Monopolistentests“ festgestellt werden⁽²⁶⁾. Bei diesem Test sollte sich die NRB die Frage stellen, was geschähe, wenn sich eine kleine, aber signifikante und anhaltende Preiserhöhung bei einem bestimmten Produkt ereignen würde und die Preise sämtlicher anderen Produkte konstant blieben (nachstehend „relative Preiserhöhung“). Ob eine Preiserhöhung signifikant ist, wird von jedem Einzelfall abhängen. In der Praxis sollten die NRB generell von den Auswirkungen einer Preiserhöhung von 5 bis 10 % ausgehen⁽²⁷⁾. Die Reaktion der Verbraucher und Unternehmen wird erkennen lassen, ob substituierbare Produkte bestehen, und wenn ja, wie der relevante Produktmarkt abgegrenzt werden sollte⁽²⁸⁾.
41. Zunächst sollten die NRB diesen Test auf ein in einem bestimmten geografischen Gebiet angebotenes elektronisches Kommunikationsprodukt anwenden, dessen Merkmale die Auferlegung von Verpflichtungen rechtfertigen könnten; anschließend sollten weitere Produkte oder Gebiete in den Test einbezogen werden, je nachdem, ob von diesen Produkten oder Gebieten ein Wettbewerb ausgeht, der sich auf den Preis des anfangs untersuchten Produkts auswirkt. Da eine relative Preiserhöhung bei einer Produktreihe⁽²⁹⁾ voraussichtlich einen gewissen Umsatzrückgang zur Folge hat, muss vor allem untersucht werden, ob dieser Umsatzrückgang die erhöhten Gewinne, die durch die Preiserhöhung aus den Verkäufen erzielt worden wären, aufwiegt. Die Bewertung der Nachfragesubstituierbarkeit und der Angebotsumstellungsflexibilität bietet eine Möglichkeit, die voraussichtlichen Umsatzeinbußen zu messen und somit die Tragweite des relevanten Marktes zu ermitteln.
42. Der „hypothetische Monopolistentest“ hat grundsätzlich nur bei Produkten einen Sinn, bei denen die Preise nicht reglementiert, sondern frei festgesetzt werden. Es wird also davon ausgegangen, dass die aktuellen Preise dem Wettbewerb Rechnung tragen. Wird jedoch ein Produkt zu einem reglementierten, kostenabhängigen Preis angeboten, wird — sofern keine gegenteiligen Anzeichen vorliegen — angenommen, dass dieser Preis der unter normalen Wettbewerbsbedingungen praktizierte Preis wäre, von dem also bei der Anwendung des „hypothetischen Monopolistentests“ ausgegangen werden sollte⁽³⁰⁾. Ist die Nachfrageelastizität bei einem bestimmten Produkt sogar bei relativ konkurrenzfähigen Preisen beträchtlich, so verfügt das fragliche Unternehmen theoretisch über keine Marktmacht. Ist jedoch die Elastizität sogar bei den aktuellen Marktpreisen hoch, bedeutet dies lediglich, dass das fragliche Unternehmen seine Marktmacht bereits so weit ausgenutzt hat, dass weitere Preiserhöhungen nicht mehr gewinnbringend sind. Wird in diesem Fall der „hypothetische Monopolistentest“ angewandt, so kann dies zu einer anderen Marktdefinition führen, als wenn von Wettbewerbspreisen ausgegangen würde⁽³¹⁾. Aus diesem Grund muss diesem möglichen Problem bei jeder Bewertung der Marktdefinition Rechnung getragen werden. Die NRB sollten jedoch von der Annahme ausgehen, dass das vorherrschende Preisniveau einen geeigneten Ausgangspunkt für die diesbezügliche Analyse bietet, sofern keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dies nicht der Fall ist.
43. Wenn sich eine NRB entscheidet, auf den „hypothetischen Monopolistentest“ zurückzugreifen, so sollte dieser bis zu dem Punkt angewandt werden, wo nachgewiesen werden kann, dass eine relative Preiserhöhung innerhalb der räumlich und sachlich relevanten Märkte die Verbraucher nicht dazu bewegen wird, auf andere schnell verfügbare Produkte überzuwechseln oder sich an Anbieter in anderen geografischen Gebieten zu wenden.

2.2.1 Sachlich relevanter Markt

44. Der ständigen Rechtsprechung zufolge gehören zu dem sachlich relevanten Markt sämtliche Produkte (Waren oder Dienstleistungen), die hinreichend austausch- bzw. substituierbar sind, und zwar nicht nur wegen ihrer objektiven Merkmale, derentwegen sie anhaltenden Konsumbedürfnissen, den Preisen und/oder ihrem Zweck gerecht werden, sondern auch wegen der Wettbewerbsbedingungen und/oder der Struktur von Angebot und Nachfrage auf dem betreffenden Markt⁽³²⁾. Produkte, die nur in geringem Maß oder relativ austauschbar sind, gehören nicht demselben Markt an⁽³³⁾. Die NRB sollten also mit der Definition des sachlich relevanten Marktes beginnen, indem sie alle Produkte zusammenfassen, die von den Verbrauchern für denselben Zweck (Endzweck) verwendet werden.

45. Auch wenn der Endzweck eines Produkts unmittelbar von physischen Merkmalen abhängt, können doch unterschiedliche Arten von Produkten für denselben Zweck verwendet werden. Beispielsweise kann unterschiedliche Infrastruktur wie Kabel- und Satellitenverbindungen für denselben Zweck verwendet werden, insbesondere für den Zugang zum Internet. Hier können also beide Übertragungswege (Kabel und Satellit) demselben Produktmarkt zugerechnet werden. Funkruf- und Sprachtelefondienste, die anscheinend dieselbe Dienstleistung erbringen können, nämlich den Austausch von Kurznachrichten, können hingegen wegen der unterschiedlichen Verbrauchervorstellungen von Leistung und Endzweck unterschiedlichen Produktmärkten zugeordnet werden.
46. Unterschiedliche Preisgestaltungsmodelle und Angebote für ein bestimmtes Produkt lassen außerdem auf unterschiedliche Verbrauchergruppen schließen. Die NRB können daher bei der Untersuchung der Preise für eigentlich denselben Dienst gesonderte Märkte für Geschäfts- und für Privatkunden ermitteln. Die Möglichkeit der Anbieter internationaler elektronischer Kommunikationsdienste an Endverbraucher, gegenüber Privat- und Geschäftskunden unterschiedliche Preise und Rabatte anzuwenden, hat z. B. die Kommission zu der Feststellung veranlasst, dass diese beiden Gruppen separate Märkte bilden (siehe unten). Um Produkte als Nachfragesubstitute zu betrachten, müssen sie jedoch nicht unbedingt zum selben Preis angeboten werden. Ein Produkt geringer Qualität, das zu einem niedrigen Preis angeboten wird, kann sehr wohl ein echtes Substitut für ein Produkt höherer Qualität sein, das zu einem höheren Preis verkauft wird. In diesem Fall kommt es auf die voraussichtliche Reaktion der Verbraucher auf eine relative Preiserhöhung an ⁽³⁴⁾.
47. Im Übrigen werden aufgrund der technologischen Konvergenz verschiedene elektronische Kommunikationsdienste in zunehmendem Maß austauschbar sein. Die Verwendung von Digitalsystemen hat zur Folge, dass sich die Leistungsfähigkeit und die Merkmale der mit unterschiedlichen Technologien operierenden Netzdienste immer stärker ähneln. Ein paketvermitteltes Netz wie Internet kann z. B. in Konkurrenz zu den herkömmlichen Sprachtelefondiensten zur Übertragung digitaler Sprachsignale verwendet werden ⁽³⁵⁾.
48. Zur Abrundung der Marktanalyse sollte die NRB daher im Rahmen des hypothetischen Monopolistentests abgesehen von den Produkten, die aufgrund objektiver Merkmale, der Preise und des Verwendungszwecks hinreichend austauschbar sind, auch gegebenenfalls die Voraussetzungen für Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit untersuchen.
- 2.2.1.1 Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite**
49. Die NRB können anhand der Nachfragesubstituierbarkeit feststellen, welche Produkte oder Produktreihen, auf die die Verbraucher ohne weiteres bei relativen Preiserhöhungen überwechseln könnten, austauschbar sind. Bei der Feststellung, ob Nachfragesubstituierbarkeit besteht, sollten sich die NRB auf alle Beweise aufgrund früheren Verbraucherverhaltens stützen. Sind Daten verfügbar, sollten die NRB die Preisschwankungen bei potenziellen Konkurrenzzeugnissen, alle Preisbewegungen und wichtigen Tarifinformationen untersuchen. Ist nachgewiesen, dass die Verbraucher bei früheren Preisveränderungen schnell zu anderen Produkten übergegangen sind, so sollte diese Tatsache gebührend berücksichtigt werden. Sollten derartige Belege fehlen, so müssen die NRB in gegebenem Fall die voraussichtliche Reaktion der Verbraucher und der Anbieter auf eine relative Preiserhöhung des in Frage stehenden Produkts untersuchen und bewerten.
50. Die Möglichkeit für den Verbraucher, ein Produkt wegen einer kleinen, aber signifikanten und anhaltenden Preiserhöhung durch eine Alternative zu ersetzen, kann jedoch durch erhebliche Kosten beeinträchtigt werden. Verbraucher, die in Technologie investiert oder andere notwendige Investitionen vorgenommen haben, um ein Produkt in Anspruch nehmen zu können, sind vielleicht nicht bereit, die beim Wechsel zu einem austauschbaren Produkt anfallenden zusätzlichen Kosten auf sich zu nehmen. Außerdem können Kunden durch langfristige Verträge oder prohibitiv hohe Kosten beim Wechsel von Endgeräten die Hände gebunden sein. In einer Situation also, in der für den Endnutzer erhebliche Kosten entstehen, wenn er das Produkt A durch das Produkt B ersetzen will, sollten diese beiden Produkte nicht in ein und denselben relevanten Markt einbezogen werden ⁽³⁶⁾.
51. Die Nachfragesubstituierbarkeit kreist um den austauschbaren Charakter von Produkten aus Sicht des Käufers. Für eine saubere Abgrenzung des Produktmarkts kann es allerdings erforderlich sein, auch die potenzielle Angebotsumstellungsflexibilität zu untersuchen.
- 2.2.1.2 Angebotsumstellungsflexibilität**
52. Bei der Würdigung der Angebotsumstellungsflexibilität können die NRB auch mit der Wahrscheinlichkeit rechnen, dass bisher in dem relevanten Produktmarkt noch nicht tätige Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums ⁽³⁷⁾ infolge einer relativen Preiserhöhung, d. h. einer kleinen, aber signifikanten und anhaltenden Preiserhöhung, in den Markt eintreten wollen. Sind die Gesamtkosten für die Umstellung der Produktion auf das fragliche Produkt nicht besonders hoch, dann kann dieses Produkt in die Produktmarktdefinition einbezogen werden. Die Tatsache, dass ein Konkurrenzunternehmen über bestimmte Aktiva verfügt, die für das Angebot eines bestimmten Produkts erforderlich sind, ist unerheblich, sofern beträchtliche zusätzliche Investitionen notwendig sind, um das in Rede stehende Produkt zu vermarkten und gewinnbringend anzubieten ⁽³⁸⁾. Außerdem müssen die NRB feststellen, ob ein bestimmter Anbieter tatsächlich seine Produktionsmittel für die Herstellung des relevanten Produkts verwenden oder umstellen würde (ob seine Kapazität z. B. aufgrund langfristiger Liefervereinbarungen ausgelastet ist usw.). Eine rein hypothetische Angebotsumstellungsflexibilität reicht für die Marktdefinition nicht aus.

53. Außerdem sollten alle Anforderungen, die sich aus Rechts- und Verwaltungsvorschriften ergeben, berücksichtigt werden, da diese einen rechtzeitigen Eintritt in den relevanten Markt verhindern und folglich die Umstellungsbereitschaft beeinträchtigen könnten. Verzögerungen und Hindernisse beim Abschluss von Zusammenschaltungs- oder Kolokationsvereinbarungen, bei der Aushandlung anderer Formen des Netzzugangs oder beim Erhalt von Wegerechten für eine Netzerweiterung⁽³⁹⁾ können z. B. der Erbringung neuer Dienste und der Errichtung neuer Netze durch potenzielle Wettbewerber zunächst einmal im Wege stehen.
54. Hieraus ergibt sich, dass die Angebotsumstellungsflexibilität nicht nur dazu dient, den relevanten Markt zu definieren, sondern auch die Zahl der Marktteilnehmer zu ermitteln.
59. Im Bereich der elektronischen Kommunikation ist der räumlich relevante Markt bisher aufgrund von zwei wesentlichen Kriterien bestimmt worden⁽⁴²⁾:
- a) dem von einem Netz erfassten Gebiet⁽⁴³⁾ und
 - b) den bestehenden Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumenten⁽⁴⁴⁾.
60. Anhand dieser beiden wesentlichen Kriterien⁽⁴⁵⁾ können die geografischen Märkte als lokal, regional, national oder länderübergreifend für Gebiete, die sich auf zwei oder mehrere Länder erstrecken, bezeichnet werden (z. B. pan-europäische, europaweite oder globale Märkte).

2.2.2 Räumlich relevanter Markt

55. Im Anschluss an die Definition des sachlich relevanten Markts (Produktmarkt) geht es darum, den geografischen Markt abzugrenzen. Erst wenn die räumliche Dimension des Produktmarkts bekannt ist, können die Bedingungen für einen echten Wettbewerb auf dem betreffenden Markt ordnungsgemäß würdigen.
56. Nach ständiger Rechtsprechung umfasst der räumlich relevante Markt ein Gebiet, in dem die Unternehmen bei den relevanten Produkten an Angebot und Nachfrage beteiligt sind und die Wettbewerbsbedingungen einander gleichen oder hinreichend homogen sind und von Nachbargebieten unterschieden werden können, in denen erheblich andere Wettbewerbsbedingungen bestehen⁽⁴⁰⁾. Für die Definition des geografischen Marktes ist es nicht erforderlich, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen Anbietern und Händlern vollkommen homogen sind. Es reicht aus, dass diese Bedingungen einander gleichen oder hinreichend homogen sind. Somit können nur Gebiete, in denen die objektiven Wettbewerbsbedingungen „heterogen“ sind, nicht als einheitlicher Markt angesehen werden⁽⁴¹⁾.
57. Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes erfolgt in derselben Weise wie die Würdigung der Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit als Reaktion auf eine relative Preiserhöhung.
58. Was daher die Nachfragesubstituierbarkeit betrifft, so sollten die NRB vor allem die Präferenzen der Verbraucher sowie deren geografische Kaufgewohnheiten untersuchen. Denn es können insbesondere sprachliche Gründe sein, wenn bestimmte Dienste nicht in verschiedenen Sprachgebieten verfügbar sind oder vermarktet werden. Was die Angebotsumstellungsflexibilität betrifft, so sollte die Marktdefinition, wenn Betreiber, die gegenwärtig auf dem relevanten Markt noch nicht tätig oder präsent sind, nachweislich aber bei einer relativen Preiserhöhung schnell in diesen Markt eintreten werden, auf diese „Outsider“ ausgedehnt werden.

2.2.3 Andere Fragen der Marktdefinition

61. Zum Zweck der Ex-ante-Regulierung kann in bestimmten Ausnahmefällen der relevante Markt nach Strecken abgegrenzt werden. Bei der Untersuchung der räumlichen Dimension von Märkten für internationale elektronische Kommunikationsdienste an Endverbraucher oder Diensteanbieter kann es ratsam sein, Länder- oder Städtepaare als gesonderte Märkte zu behandeln⁽⁴⁶⁾. Von der Nachfrageseite her betrachtet, ist die Zustellung eines Anrufs in einem Land selbstverständlich kein Substitut für die Zustellung desselben Anrufs in einem anderen Land. Die Frage, ob indirekte Übertragungsdienste, also die Um- oder Durchleitung desselben Anrufs über ein Drittland, wirkliche Angebotssubstitute sind, hängt allerdings von den Besonderheiten des Marktes ab und sollte je nach Fall entschieden werden⁽⁴⁷⁾. Allerdings hätte ein Markt für ein Dienstangebot auf einer bilateralen Strecke lediglich nationale Tragweite, da das Angebots- und Nachfragemuster an den beiden Endpunkten der Strecke aller Voraussicht nach den unterschiedlichen Marktstrukturen entsprechen würde⁽⁴⁸⁾.
62. In ihrer Bekanntmachung über die Marktdefinition machte die Kommission auf bestimmte Fälle aufmerksam, in denen die Grenzen des relevanten Marktes soweit gesteckt werden können, dass Produkte oder geografische Gebiete erfasst werden, die zwar nicht unmittelbar austauschbar sind, aber wegen der so genannten „Substitutionsketten“⁽⁴⁹⁾ in die Marktdefinition einbezogen werden sollten. Substitutionsketten liegen vor, wenn nachgewiesen werden kann, dass zwar die Produkte A und C nicht unmittelbar austauschbar sind, das Produkt B aber ein Substitut sowohl für das Produkt A als auch für das Produkt C ist und folglich die Produkte A und C demselben Produktmarkt zugeordnet werden können, da der Preis dieser Produkte durch die Substitutionsmöglichkeit aufgrund des Produktes B beeinflusst werden könnte. Dieselben Überlegungen gelten für die Definition des räumlich relevanten Marktes. Wegen der Gefahr einer zu großen Ausdehnung des relevanten Marktes sollte die Existenz von Substitutionsketten allerdings hinreichend nachgewiesen werden⁽⁵⁰⁾.

2.3 Die Entscheidungspraxis der Kommission

63. Die Kommission hat eine Reihe von Entscheidungen auf der Grundlage der Verordnung Nr. 17 und der Fusionskontrollverordnung erlassen, die das Geschäft mit der elektronischen Kommunikation zum Gegenstand haben. Diese Entscheidungen dürften für die NRB im Hinblick auf die von der Kommission angewandten Methode zur Definition des relevanten Marktes von besonderer Bedeutung sein ⁽⁵¹⁾. Wie schon erwähnt, muss jedoch bei einem durch ständige Innovation und rapide technologische Konvergenz charakterisierten Wirtschaftszweig stets berücksichtigt werden, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt getroffene Marktdefinitionen schon in kurzer Zeit ungenau oder irrelevant werden können ⁽⁵²⁾. Außerdem bleiben Märkte, die für wettbewerbsrechtliche Zwecke definiert wurden, von den Märkten, die nach dem neuen Rechtsrahmen definiert wurden, unberührt, da der Kontext und der Zeitrahmen, in dem eine Marktanalyse durchgeführt wird, unterschiedlich sein können ⁽⁵³⁾.
64. Wie die Kommission in der Mitteilung über den Zugang ausführte, sind im Bereich der elektronischen Kommunikation mindestens zwei relevante Märkte zu betrachten: der Markt für eine Dienstleistung, die für Endbenutzer erbracht wird (Dienstleistungsmarkt), und der Markt für den Zugang zu den Einrichtungen, die zur Erbringung dieser Dienstleistung erforderlich sind (Zugangsmarkt) ⁽⁵⁴⁾. Innerhalb dieser groben Untergliederung sind aufgrund von Nachfrage- und Angebotsmustern weitere Unterscheidungen zu treffen.
65. Insbesondere wird die Kommission in ihren Entscheidungen in der Regel unterscheiden zwischen der Erbringung von Dienstleistungen und der Bereitstellung der zugrunde liegenden Netzinfrastruktur. So hat die Kommission z. B., was die Bereitstellung der Infrastruktur betrifft, gesonderte Märkte für die Bereitstellung von Teilnehmeranschlüssen und von Infrastruktur für Fern- und Auslandsverbindungen ⁽⁵⁵⁾ ausgemacht. In Bezug auf feste Telefondienste unterscheidet die Kommission zwischen dem Zugang für Teilnehmer (Endverbraucher) zu vermittelten Sprachtelefondiensten (Orts-, Fern- und Auslandsgespräche), dem Zugang für Betreiber (Großverbraucher) zu Netzen (Orts-, Fern- und Auslandsgespräche) und Unternehmensdatenkommunikationsdiensten ⁽⁵⁶⁾. Auf dem Markt für festnetzgestützte Telefondienste an Endabnehmer hat die Kommission zwischen den Dienstleistungen Anschlussgebühr und monatliche Miete unterschieden ⁽⁵⁷⁾. Diese Dienstleistungen werden zwei unterschiedlichen Gruppen von Endabnehmern angeboten, nämlich privaten und beruflichen Nutzern, wobei Letztere Klein- oder Großunternehmen sind ⁽⁵⁸⁾. Bei den festen Telefondienstleistungen für Privatkunden deuten die Nachfragemuster darauf hin, dass zur Zeit im Wesentlichen zwei Dienstleistungen angeboten werden, nämlich die herkömmlichen festen Telefondienste (Sprach- und Schmalband-Datenübertragungen) und schnelle Telekommunikationsdienste (derzeit vor allem in Form von xDSL-Diensten) ⁽⁵⁹⁾.
66. Bei der Bereitstellung von Mobilfunkdiensten hat die Kommission aus Nachfragesicht Mobilfunk-Dienstleistungen und festnetzgestützte Dienstleistungen als separate Märkte eingestuft ⁽⁶⁰⁾. Innerhalb des Mobilfunkmarkts hat die Kommission Beweise gefunden, dass der Markt für Mobilfunkdienste sowohl die GSM-900- und GSM-1800-Dienste als auch mögliche analoge Plattformen einschließt ⁽⁶¹⁾.
67. Zum Zugangsmarkt zählt die Kommission jede Infrastruktur, die für eine bestimmte Dienstleistung verwendet werden kann ⁽⁶²⁾. Ob der Markt für Netzinfrastruktur in genau so viele gesonderte Teilmärkte unterteilt werden kann, wie es Netzinfrastruktur-Kategorien gibt, hängt eindeutig vom Ausmaß der Substituierbarkeit zwischen diesen (alternativen) Netzen ab ⁽⁶³⁾. Dabei sollte die Marktdefinition die verschiedenen Nutzergruppen berücksichtigen, für die der Netzzugang angeboten wird. Unterschiede werden sollte beispielsweise zwischen dem Angebot von Infrastruktur an Betreiber (Großkunden) und an Endnutzer (Einzelkunden) ⁽⁶⁴⁾. Bei den Einzelkunden wird ferner zwischen Geschäfts- und Privatkunden unterschieden ⁽⁶⁵⁾.
68. Wird der Dienst lediglich für an ein bestimmtes Netz abonnierte Endnutzer erbracht, kann der Zugang zu den Abschlusspunkten dieses Netzes den relevanten Produktmarkt darstellen. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn festgestellt wird, dass die gleichen Leistungen für die gleiche Endnutzer-Kategorie über alternative, leicht zugängliche konkurrierende Netze angeboten wird. In ihrer Mitteilung über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss ⁽⁶⁶⁾ stellt die Kommission fest, dass Alternativen zum öffentlichen Telefonnetz für Hochgeschwindigkeits-Dienstleistungen an Privatkunden zwar existieren (Glasfasernetze, drahtlose Teilnehmeranschlüsse oder aufgerüstete Kabelfernsehnetze), aber keinen Ersatz für das Ortsnetz bieten ⁽⁶⁷⁾. Innovationen und technische Veränderungen können jedoch in Zukunft zu anderen Schlussfolgerungen führen ⁽⁶⁸⁾.
69. Der Zugang zu Mobilfunknetzen kann auch in zwei möglicherweise gesonderte Märkte unterteilt werden, einen Markt für den Gesprächsursprung und einen Markt für den Gesprächsabschluss. Die Frage, ob der Markt für den Zugang zur Mobilfunkinfrastruktur den Zugang zu einem individuellen Mobilfunknetz oder zu sämtlichen Mobilfunknetzen einschließt, sollte aufgrund einer Analyse der Struktur und des Funktionierens des Marktes entschieden werden ⁽⁶⁹⁾.

3. WÜRDIGUNG BETRÄCHTLICHER MARKTMACHT

70. Gemäß Artikel 14 der Rahmenrichtlinie „verfügt ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine wirtschaftlich starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in

- beträchtlichem Umfang unabhängig von Mitbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten“. Mit diesen Worten hat der Gerichtshof den Begriff der beherrschenden Stellung gemäß Artikel 82 EG-Vertrag beschrieben⁽⁷⁰⁾. Durch den neuen Rechtsrahmen wurde die Definition der beträchtlichen Marktmacht mit der vom Gerichtshof vorgegebenen Definition der beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 82 EG-Vertrag in Einklang gebracht⁽⁷¹⁾. Bei der Anwendung der neuen Definition der beträchtlichen Marktmacht werden die NRB folglich gewährleisten müssen, dass ihre Entscheidungen mit der Fallpraxis der Kommission und der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz übereinstimmen⁽⁷²⁾. Bevor diese neue Definition ex ante angewendet werden kann, ist jedoch die Methode zur Ermittlung der Marktmacht anzupassen. Bei der Ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung von Artikel 82 im Hinblick auf eine angebliche missbräuchliche Ausnutzung⁽⁷³⁾. Da Beweise für oder Aufzeichnungen über vergangenes Verhalten oftmals fehlen dürften, muss sich die Marktanalyse hauptsächlich auf Prognosen stützen. Die Genauigkeit der Marktanalyse durch die NRB hängt daher entscheidend von den Informationen und Daten ab, die zum Zeitpunkt der einschlägigen Entscheidung zur Verfügung stehen.
71. Der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose der NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zu dem Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war. Bei der Vorabanwendung des Marktmachtkonzepts müssen den NRB weitgehende Ermessensbefugnisse zugestanden werden, die dem komplexen Charakter der wirtschaftlichen, sachlichen und rechtlichen Lage Rechnung tragen, die es zu beurteilen gilt. Nach den Bestimmungen der Richtlinie müssen die NRB ihre Marktanalysen regelmäßig durchführen. Damit haben die NRB die Möglichkeit, auf Marktentwicklungen zu reagieren und erforderlichenfalls geeignete Maßnahmen zu ergreifen.
- ### 3.1 Kriterien zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht
72. Wie der Gerichtshof betont hat, schließt eine marktbeherrschende Stellung einen gewissen Wettbewerb auf dem relevanten Markt nicht aus. Sie versetzt lediglich das Unternehmen in die Lage, die Bedingungen, unter denen sich dieser Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder wenigstens merklich zu beeinflussen und auf jeden Fall in seinem Verhalten so lange keine Rücksicht nehmen zu müssen, wie ihm dies nicht zum Schaden gereicht⁽⁷⁴⁾.
73. In einer Ex-post-Analyse kann sich die Wettbewerbsbehörde u. U. auf unterschiedliche Beispiele von Marktverhalten stützen, die jedes für sich auf Marktmacht im Sinne von Artikel 82 EG-Vertrag hindeuten. Bei einer Ex-ante-Beurteilung ist jedoch häufig die Frage entscheidend, inwieweit das betroffene Unternehmen durch Einschränkung seiner Produktion oder Leistungen die Preise erhöhen kann, ohne nennenswerte Umsatz- oder Einnahmeverluste befürchten zu müssen.
74. Die Marktmacht eines Unternehmens kann durch das Vorhandensein potenzieller Wettbewerber eingeschränkt werden⁽⁷⁵⁾. Die NRB sollten daher berücksichtigen, ob der mittelfristige Marktzutritt von Unternehmen, die auf dem sachlich relevanten Markt noch nicht tätig sind, infolge einer kleinen, aber signifikanten und anhaltenden Preiserhöhung wahrscheinlich ist. Unternehmen, die bei einer derartigen Preiserhöhung in der Lage wären, ihre Produkt- oder Dienstleistungspalette umzustellen oder zu erweitern, um auf dem relevanten Markt tätig zu werden, sollten von den NRB als potenzielle Marktteilnehmer behandelt werden, auch wenn sie zum Zeitpunkt der Würdigung das fragliche Produkt noch nicht herstellen bzw. die fragliche Dienstleistung noch nicht anbieten.
75. Wie nachstehend erläutert, kann eine beherrschende Stellung anhand einer Reihe von Kriterien festgestellt werden. Die Würdigung beruht wie oben beschrieben auf einer vorausschauenden Marktanalyse, die sich auf die bestehenden Marktverhältnisse stützt. Marktanteile werden oftmals als Marktmachtindikator verwendet. Ein hoher Marktanteil allein bedeutet noch nicht, dass das betreffende Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Allerdings ist auch nicht anzunehmen, dass ein Unternehmen ohne einen hohen Marktanteil eine beherrschende Stellung einnimmt. Bei Marktanteilen von nicht mehr als 25 % dürften die betreffenden Unternehmen auf dem relevanten Markt also keine (alleinige) beherrschende Stellung haben⁽⁷⁶⁾. In ihrer Fallpraxis hat die Kommission die Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40 % angesetzt, obwohl sie in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung annehmen kann⁽⁷⁷⁾, da eine Marktbeherrschung manchmal auch ohne einen hohen Marktanteil vorliegt. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs liefern besonders hohe Marktanteile — über 50 % — ohne Weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen — den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung⁽⁷⁸⁾. Einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist⁽⁷⁹⁾. Der Umstand, dass ein mächtiges Unternehmen allmählich Marktanteile verliert, kann durchaus auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht nicht aus. Längerfristig schwankende Marktanteile können jedoch wiederum ein Anzeichen für fehlende Macht auf dem relevanten Markt sein.
76. Bei der Berechnung der Marktgröße und der Marktanteile ist sowohl der mengen- als auch der wertmäßig berechnete Umsatz eine nützliche Information⁽⁸⁰⁾. Bei Massenprodukten sind Mengenangaben zu bevorzugen, bei differenzierten Produkten (z. B. Markenprodukten) sollte der wertmäßige Umsatz und der damit verbundene Marktanteil herangezogen werden, da er die relative Marktstellung und -macht der einzelnen Anbieter besser widerspiegelt. Bei Ausschreibungsmärkten kann auch die Zahl der verlorenen/gewonnenen Ausschreibungen als Anhaltspunkt für die Einschätzung des Marktanteils herangezogen werden⁽⁸¹⁾.

77. Die Kriterien zur Berechnung des Marktanteils des oder der betroffenen Unternehmen hängen von den Merkmalen des relevanten Marktes ab. Ihre Festlegung ist Sache der NRB. Mögliche Kriterien zur Berechnung der relativen Marktmacht eines Unternehmens z. B. auf dem Markt für Mietleitungen sind Mieteinnahmen, die vermieteten Kapazitäten oder die Zahl der Netzabschlusspunkte von Mietleitungen. Wie schon angedeutet, wird bei der bloßen Zahl der Netzabschlusspunkte von Mietleitungen nicht die Unterschiedlichkeit der auf dem Markt erhältlichen Mietleitungen berücksichtigt, die von analogen Fernsprechleitungen hin zu Hochgeschwindigkeitsleitungen bzw. von Kurzstreckenverbindungen bis zu Fernleitungen reichen können. Von diesen beiden Kriterien dürften die Einnahmen aus Mietleitungen transparenter und leichter zu messen sein. Ebenso können Einnahmen auf Einzelhandelsebene, Nutzungszeiten oder Zahl der Festleitungen oder Abonnenten von öffentlichen Netzbetreibern Kriterien für die Berechnung der Marktanteile sein⁽⁸²⁾. Auf dem Zusammenschaltungsmarkt hingegen wären die Einnahmen aus der Durchstellung zum Gesprächsteilnehmer bei Fest- oder Mobilfunknetzen ein realistischerer Parameter. Im Gegensatz etwa zur reinen Sprechzeit berücksichtigen die Einnahmen auch den Umstand, dass die Sprechzeiten unterschiedliche Preise haben können (z. B. für Orts- oder Ferngespräche und Auslandsgespräche), und sind Ausdruck einer Marktpräsenz, die sowohl die Zahl der Kunden als auch den Abdeckungsgrad des Netzes widerspiegelt⁽⁸³⁾. Aus den gleichen Gründen dürfte sich die Marktmacht der Mobilfunkbetreiber am besten anhand der Einnahmen aus der Durchstellung von Gesprächen an die Mobilfunkteilnehmer ermessen lassen⁽⁸⁴⁾.
78. Es ist wichtig, hervorzuheben, dass eine beherrschende Stellung nicht allein anhand der Marktanteile ermittelt werden kann. Wie bereits oben ausgeführt, bedeutet ein großer Marktanteil lediglich, dass der in Frage stehende Betreiber eine marktbeherrschende Stellung einnehmen könnte. Aus diesem Grund sollten die NRB die wirtschaftlichen Merkmale des betreffenden Markts eingehend und umfassend untersuchen, bevor sie Schlussfolgerungen hinsichtlich des Vorhandenseins von beträchtlicher Marktmacht ziehen. In diesem Zusammenhang können auch die folgenden Kriterien zugrunde gelegt werden, um die Marktmacht eines Unternehmens und dessen Möglichkeiten festzustellen, sich in erheblichen Maße unabhängig von seinen Konkurrenten, Kunden und Verbrauchern zu verhalten. Zu diesen Kriterien zählen:
- Gesamtgröße des Unternehmens,
 - Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur,
 - technologische Vorteile oder Überlegenheit,
 - Fehlen oder geringe ausgleichende Nachfragemacht,
 - leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanziellen Ressourcen,
 - Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z. B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen),
 - Größenvorteile,
 - Verbundvorteile,
 - vertikale Integration,
 - hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufnetz,
 - Fehlen von potenziellem Wettbewerb,
 - Expansionshemmnisse.
79. Eine beherrschende Stellung kann aus einer Kombination der oben genannten Kriterien abgeleitet werden, die für sich alleine genommen nicht notwendigerweise entscheidend sind.
80. Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung hängt auch davon ab, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken halten z. B. ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil davon ab, sich unabhängig vom Markt wettbewerbswidrig zu verhalten. In der Branche der elektronischen Kommunikation sind die Marktzutrittsschranken aufgrund rechtlicher oder sonstiger Anforderungen, die die Zahl der verfügbaren Lizenzen oder Dienstleistungen (z. B. Mobilfunkleistungen der zweiten oder dritten Generation) einschränken können, oftmals hoch. Ferner können die Notwendigkeit umfangreicher Investitionen oder die Verplanung von Kapazitäten über lange Zeiträume aus Rentabilitätsgründen Marktzutrittsschranken darstellen⁽⁸⁵⁾. Allerdings können hohe Marktzutrittsschranken bei Märkten, die sich durch fortlaufende technologische Neuerungen auszeichnen, an Bedeutung verlieren. Auf elektronischen Kommunikationsmärkten kann Wettbewerbsdruck durch die Innovationskraft potenzieller Mitbewerber entstehen, die auf den Markt drängen. Bei solchen Märkten sollte sich die Bewertung des Wettbewerbs auf einen vorausschauenden Ansatz stützen.
81. Was die Bedeutung des Begriffs der „wesentlichen Einrichtungen“ für die Anwendung der neuen Definition von beträchtlicher Marktmacht betrifft, so gibt es bisher keine Rechtsprechung mit Bezug auf den Sektor der elektronischen Kommunikation. Dieser Begriff ist im Wesentlichen im Zusammenhang mit der Überprüfung einer missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung gemäß Artikel 82 EG-Vertrag von Bedeutung, weniger jedoch für die Ex-ante-Würdigung von beträchtlicher Marktmacht im Sinne von Artikel 14 der Rahmenrichtlinie. Die Doktrin der „wesentlichen Einrichtungen“ ist vor allem als Ergänzung zu den allgemeinen Verpflichtungen zu sehen, die einem Unternehmen in beherrschender Stellung auferlegt werden können, wie beispielsweise die Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung. Sie ist bisher unter außergewöhnlichen Umständen bei Verstößen gegen Artikel 82 angewandt worden, z. B., wenn die Einschränkung des Absatzes oder die Weigerung eines Unternehmens, Dritten Zugang zu gewähren, die Entstehung neuer Märkte (oder die Entwicklung neuer Produkte) im Sinne von Artikel 82 Buchstabe b) EG-Vertrag

eingeschränkt oder verhindert hätte. Das Konzept der „wesentlichen Einrichtungen“ wird demnach vor allem in Fällen im Zusammenhang mit dem Marktzutritt oder mit einer Einschränkung des Absatzes und der Erzeugung gemäß Artikel 82 EG-Vertrag angewandt, und zwar unter Ausschluss jeder Diskriminierung. Nach der ständigen Rechtsprechung kann ein Produkt oder ein Dienst nur dann als „notwendig“ oder „grundlegend“ bezeichnet werden, wenn es kein echtes oder potenzielles Substitut gibt. Es ist richtig, dass ein Unternehmen, das über „grundlegende Einrichtungen“ verfügt, in Bezug auf diese Einrichtung definitionsgemäß auf dem Markt eine beherrschende Stellung einnimmt. Der Umkehrschluss ist jedoch nicht immer zutreffend. Die Tatsache, dass eine bestimmte Einrichtung für eine wirtschaftliche Tätigkeit auf einem Markt nicht „grundlegend“ oder „unverzichtbar“ ist, bedeutet nach der ständigen Rechtsprechung⁽⁸⁶⁾ nicht, dass der Eigentümer dieser Einrichtung keine beherrschende Stellung innehaben kann. Beispielsweise kann ein Netzbetreiber eine beherrschende Stellung einnehmen, obwohl es alternative Konkurrenznetze gibt, wenn die Größe oder die Bedeutung seines Netzes ihn in die Lage versetzt, sich unabhängig von anderen Netzbetreibern zu verhalten⁽⁸⁷⁾. Mit anderen Worten: Es muss lediglich festgestellt werden, ob eine bestimmte Einrichtung ihrem Eigentümer beträchtliche Marktmacht verleiht. Es ist nicht notwendig, weiter zu ermitteln, ob die besagte Einrichtung als „grundlegend“ oder „unverzichtbar“ im Sinne der ständigen Rechtsprechung bezeichnet werden kann.

82. Aus dem zuvor Gesagten ergibt sich, dass der Grundsatz der „wesentlichen Einrichtungen“ für eine Ex-ante-Anwendung von Artikel 14 der Rahmenrichtlinie weniger relevant ist als für die Ex-post-Anwendung von Artikel 82 EG-Vertrag.

3.1.1 Die Übertragung von Marktmacht auf Nachbarmärkte

83. In Artikel 14 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie heißt es: „Verfügt ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht, so kann davon ausgegangen werden, dass es auch auf einem benachbarten Markt beträchtliche Marktmacht besitzt, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken“.

84. Diese Bestimmung dient der Erfassung einer Marktlage wie jener, die zu dem Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Tetra Pak II geführt hat⁽⁸⁸⁾. Der Gerichtshof hatte festgestellt, dass ein Unternehmen, das auf einem Markt über eine beherrschende Stellung verfügte und auf einem anderen, aber eng mit dem ersten verbundenen Markt führend war, in eine Lage geriet, die der einer beherrschenden Stellung auf den fraglichen Märkten in ihrer Gesamtheit gleich kam. Dank seiner beherrschenden Stellung auf dem ersten Markt und seiner Präsenz auf dem mit diesem verbundenen Nebenmarkt kann ein Unternehmen die Marktmacht, die es auf dem ersten Markt genießt, auf den zweiten übertragen und sich dort unabhängig von seinen Abnehmern verhalten⁽⁸⁹⁾. Obwohl es sich bei den Märkten, auf denen Tetra Pak eine beherr-

sche Stellung hatte, insgesamt um horizontale Märkte handelte, wird eine enge Interdependenz der Märkte im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs am häufigsten bei vertikal integrierten Märkten vorliegen. Dies ist im Telekommunikationssektor vielfach der Fall, wo die Betreiber oftmals auf dem Infrastrukturmarkt über eine beherrschende Stellung verfügen und auf dem nachgelagerten Dienstleistungsmarkt stark vertreten sind⁽⁹⁰⁾. Unter diesen Umständen können die NRB zu der Feststellung gelangen, dass der Betreiber auf beiden Märkten in ihrer Gesamtheit über eine beträchtliche Marktmacht verfügt. Wenn bei einem Unternehmen beträchtliche Marktmacht auf einem vorgelagerten Großhandels- oder Zugangsmarkt ermittelt wurde, haben die NRB in der Praxis jedoch normalerweise die Möglichkeit, einen möglichen Spill-over oder eine Machtübertragung auf die nachgelagerten Einzelhandels- oder Dienstleistungsmärkte zu verhindern, und zwar, indem sie diesem Unternehmen eine der Verpflichtungen auferlegt, die zu diesem Zweck in der Zugangsrichtlinie vorgesehen sind. Daher sollten die NRB eine Anwendung von Artikel 14 Absatz 3 nur in den Fällen prüfen, in denen auch dann, wenn dem Unternehmen, das auf einem vorgelagerten (Zugangs-)Markt eine beherrschende Stellung einnimmt, Vorabverpflichtungen auferlegt würden, kein wirksamer Wettbewerb auf dem (Einzelhandels-)Markt eintreten würde.

85. Die vorstehenden Erwägungen sind auch in Bezug auf horizontale Märkte relevant⁽⁹¹⁾. Außerdem sollte es sich — unabhängig davon, ob es sich bei den in Frage stehenden Märkten um vertikale oder horizontale Märkte handelt — jeweils um elektronische Kommunikationsmärkte im Sinne von Artikel 2 der Rahmenrichtlinie handeln, und beide sollten Merkmale aufweisen, die eine Auferlegung von Vorabverpflichtungen⁽⁹²⁾ rechtfertigen.

3.1.2 Gemeinsame beherrschende Stellung

86. Gemäß Artikel 82 EG-Vertrag kann eine beherrschende Stellung nicht nur von einem, sondern auch von mehreren Unternehmen ausgeübt werden („gemeinsame beherrschende Stellung“). Auch gemäß Artikel 14 Absatz 2 der Rahmenrichtlinie kann ein Unternehmen sowohl allein als auch gemeinsam mit anderen über beträchtliche Marktmacht und damit über eine beherrschende Stellung verfügen.

87. In der Mitteilung über den Zugang hat die Kommission erklärt, wenngleich sich die EG-Rechtsprechung und die Entscheidungspraxis der Kommission damals noch in der Entwicklung befanden, dass sich zwei oder mehr Unternehmen in einer gemeinsamen beherrschenden Stellung befinden, wenn sie im Wesentlichen dieselbe Stellung gegenüber ihren Kunden und Wettbewerbern haben wie ein einzelnes Unternehmen in marktbeherrschender Stellung, sofern kein tatsächlicher Wettbewerb zwischen ihnen besteht. Der fehlende Wettbewerb könnte in der Praxis dadurch begründet sein, dass zwischen den Unternehmen bestimmte Verbindungen bestehen. Solche Verbindungen waren jedoch keine rechtliche Voraussetzung für das Vorliegen einer gemeinsamen beherrschenden Stellung⁽⁹³⁾.

88. Seit Veröffentlichung der Mitteilung über den Zugang wurde das Konzept der gemeinsamen Marktbeherrschung von der Kommission in einer Reihe von Entscheidungen auf der Grundlage der Verordnung Nr. 17 und der Fusionskontrollverordnung angewandt. Außerdem haben das Gericht erster Instanz (EuG) und der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) mit einschlägigen Urteilen zu einer weiteren Klärung der genauen Abgrenzung dieses Begriffs beigetragen.
- 3.1.2.1 Die Rechtsprechung des EuG und des EuGH
89. Der Begriff „ein oder mehrere Unternehmen“ in Artikel 82 EG-Vertrag bedeutet, dass zwei oder mehrere rechtlich und wirtschaftlich von einander unabhängige wirtschaftliche Einheiten eine beherrschende Stellung einnehmen können⁽⁹⁴⁾.
90. Bis zum Urteil des EuGH in der Rechtssache Compagnie Maritime Belge⁽⁹⁵⁾ und dem Urteil des EuG in der Rechtssache Gencor⁽⁹⁶⁾ (siehe unten) hätte argumentiert werden können, dass die Feststellung einer gemeinsamen beherrschenden Stellung wirtschaftliche (d. h. strukturelle) Verbindungen oder andere Faktoren, die Anlass zu einer Verbindung zwischen den betreffenden Unternehmen geben könnten, vorausgesetzt hätte⁽⁹⁷⁾. In der Rechtssache Gencor wurde erstmals die Frage aufgeworfen, ob der Begriff einer beherrschenden Stellung auch auf einen oligopolistischen Markt, d. h. einen Markt mit wenigen Anbietern, Anwendung finden könnte, wenn zwischen den dort präsenten Unternehmen keinerlei Verbindungen bestünden. Das Verfahren betraf die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung gemäß der Fusionskontrollverordnung, in der die Kommission das angemeldete Vorhaben mit der Begründung verboten hatte, dass es zu einem Duopol mit einer marktbeherrschenden Stellung führen würde⁽⁹⁸⁾. Vor dem EuG machten die Parteien geltend, dass die Kommission nicht die Existenz von „Verbindungen“ zwischen den Mitgliedern des Duopols im Sinne der bestehenden Rechtsprechung nachgewiesen hatte.
91. Das EuG wies diesen Einwand u. a. mit der Ausführung zurück, dass es für die Beschränkung des Begriffs der wirtschaftlichen Verbindungen auf strukturelle Verbindungen zwischen den betroffenen Unternehmen keinerlei Präzedenzfälle gebe: „Außerdem besteht rechtlich oder wirtschaftlich gesehen kein Grund, in den Begriff der wirtschaftlichen Verbindung nicht auch die Wechselbeziehung zwischen den Mitgliedern eines beschränkten Oligopols mit einzubeziehen, in dessen Rahmen diese auf einem Markt mit den entsprechenden Merkmalen insbesondere im Hinblick auf Marktkonzentration, Transparenz und Homogenität des Erzeugnisses in der Lage sind, ihre jeweiligen Verhaltensweisen vorherzusehen, und daher unter einem starken Druck stehen, ihr Marktverhalten einander anzupassen, um insbesondere ihren gemeinsamen Gewinn durch eine auf Preiserhöhung abzielende Produktionsbeschränkung zu maximieren. In einem solchen Kontext weiß nämlich jeder Marktbeteiligte, dass jede auf Vergrößerung seines Marktanteils gerichtete, stark wettbewerbsorientierte Maßnahme (z. B. eine Preissenkung) seinerseits die gleiche Maßnahme seitens der anderen auslösen würde, so dass er keinerlei Vorteil aus seiner Initiative ziehen könnte. Folglich hätten alle Marktbeteiligten die Absenkung des Preisniveaus hinzunehmen“⁽⁹⁹⁾. Der Gerichtshof verwies in diesem Zusammenhang insbesondere auf Marktbedingungen, „bei denen jeder Marktteilnehmer die gemeinsamen Interessen wahrnehmen und insbesondere die Preise erhöhen kann, ohne zuvor eine Vereinbarung treffen oder auf eine abgestimmte Verhaltensweise zurückgreifen zu müssen“⁽¹⁰⁰⁾.
92. Das Urteil des EuG in der Rechtssache Gencor wurde später durch die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Compagnie Maritime Belge bestätigt, in der der Gerichtshof die Deutung des Begriffs der gemeinsamen Marktbeherrschung und die Voraussetzungen für ihr Vorliegen weiter präziserte. Zur Feststellung, ob zwei oder mehrere Unternehmen eine kollektive beherrschende Stellung einnehmen, ist demnach zu prüfen, ob die betreffenden Unternehmen zusammen gegenüber ihren Konkurrenten, ihren Geschäftspartnern und den Verbrauchern auf einem bestimmten Markt eine kollektive Einheit darstellen⁽¹⁰¹⁾. Dies wäre der Fall, wenn a) zwischen den betreffenden Unternehmen kein wirksamer Wettbewerb stattfinden würde und b) die Unternehmen ein einheitliches Verhalten hätten oder eine gemeinsame Geschäftspolitik auf dem relevanten Markt ausüben würden⁽¹⁰²⁾. Erst wenn dies bejaht wird, ist zu prüfen, ob diese kollektive Einheit tatsächlich eine beherrschende Stellung einnimmt⁽¹⁰³⁾. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob zwischen den betreffenden Unternehmen wirtschaftliche Bindungen bestehen, die es ihnen erlauben, gemeinsam unabhängig von ihren Konkurrenten, ihren Abnehmern und den Verbrauchern zu handeln. Insofern kann die Durchführung einer Vereinbarung, eines Beschlusses oder einer abgestimmten Verhaltensweise (unabhängig von einer Freistellung nach Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag) zweifelsohne zu einer derartigen Bindung unter den beteiligten Unternehmen führen, dass sie durch ihr Verhalten auf einem bestimmten Markt gegenüber ihren Konkurrenten, ihren Geschäftspartnern und den Verbrauchern den Eindruck einer kollektiven Einheit vermitteln⁽¹⁰⁴⁾.
93. Der bloße Umstand, dass zwei oder mehrere Unternehmen durch eine Vereinbarung, einen Beschluss von Unternehmensvereinigungen oder eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag miteinander verbunden sind, kann für sich genommen keine ausreichende Grundlage für eine solche Feststellung sein. „Die Feststellung einer gemeinsamen beherrschenden Stellung kann sich aus anderen verbindenden Faktoren ergeben und hängt von einer wirtschaftlichen Beurteilung und insbesondere einer Beurteilung der Struktur des fraglichen Marktes ab“⁽¹⁰⁵⁾.
94. Aus den Urteilen in den Rechtssachen Gencor und Compagnie Maritime Belge folgt, dass sich die Feststellung einer gemeinsamen Marktbeherrschung zwar auf das Vorhandensein struktureller Verbindungen stützen kann, jedoch auch im Zusammenhang mit einem oligopolistischen Markt oder einem Markt mit einem hohen Konzentrationsgrad getroffen werden kann, dessen Struktur insbesondere den dort vertretenen Unternehmen Anreize für eine Koordinierung ihres Verhaltens gibt⁽¹⁰⁶⁾.

3.1.2.2 Die Entscheidungspraxis der Kommission und Anhang II der Rahmenrichtlinie

95. Die Kommission hat den Begriff der gemeinsamen Marktbeherrschung in mehreren Entscheidungen auf der Grundlage der Fusionskontrollverordnung⁽¹⁰⁷⁾ im Zusammenhang mit oligopolistischen Märkten geprüft, deren Struktur ihrer Auffassung nach in diesen Fällen Anreize für eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens auf dem relevanten Markt bot.
96. Bei der Ex-ante-Beurteilung der Frage, ob es Märkte gibt oder Märkte entstehen, die einer gemeinsamen Marktbeherrschung in Form von stillschweigender Koordinierung förderlich sind bzw. sein könnten, sollten die NRB untersuchen:
- ob die Merkmale des Marktes einen Anreiz für eine stillschweigende Koordinierung bieten und
 - ob eine solche Koordinierung nachhaltig ist, das heißt, ob 1. einer der Oligopolisten in der Lage ist und einen Anreiz sieht, sich über die Koordinierung hinwegzusetzen (unter Prüfung der Frage, ob der andere Oligopolist, in der Lage ist und einen Anreiz sieht, Gegenmaßnahmen zu ergreifen) und 2. die Käufer/Mitbewerber/potenziellen Markteinsteiger in der Lage sind und einen Anreiz sehen, sich den wettbewerbsschädlichen koordinierten Effekten entgegenzustellen⁽¹⁰⁸⁾.
97. Diese Untersuchung wird durch die Prüfung einer Reihe von Kriterien erleichtert, die in Anhang II der Rahmenrichtlinie aufgeführt sind und von der Kommission bereits im Zusammenhang mit der Fusionskontrollverordnung für die Bewertung einer gemeinsamen beherrschenden Stellung verwendet wurden. Nach Anhang II der Rahmenrichtlinie kann bei „zwei oder mehr Unternehmen [...] davon ausgegangen werden, dass sie gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des Artikels 14 einnehmen, wenn sie — selbst bei Fehlen struktureller oder sonstiger Beziehungen untereinander — in einem Markt tätig sind, dessen Struktur als förderlich für koordinierte Effekte angesehen wird⁽¹⁰⁹⁾. Unbeschadet der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Bereich der gemeinsamen Marktbeherrschung ist dies voraussichtlich der Fall, wenn der Markt eine Reihe entsprechender Merkmale aufweist, insbesondere in Bezug auf die Marktkonzentration, die Transparenz und die folgenden weiteren Merkmale:
- gesättigter Markt,
 - stagnierendes oder begrenztes Wachstum auf der Nachfrageseite,
 - geringe Nachfrageelastizität,
 - gleichartiges Erzeugnis,
 - ähnliche Kostenstrukturen,
 - ähnliche Marktanteile,
 - Fehlen technischer Innovation, ausgereifte Technologie,
- keine Überkapazität,
 - hohe Marktzutritthemmnisse,
 - Fehlen eines Gegengewichts auf der Nachfrageseite,
 - Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs,
 - Verschiedene Arten informeller oder sonstige Verbindungen zwischen den betreffenden Unternehmen,
 - Mechanismen für Gegenmaßnahmen,
 - Fehlender Preiswettbewerb oder begrenzter Spielraum für Preiswettbewerb.“
98. In Anhang II der Rahmenrichtlinie ist ausdrücklich erklärt, dass die vorstehende Liste nicht erschöpfend ist und dass es sich nicht um kumulative Kriterien handelt. Die Liste soll vielmehr veranschaulichen, auf welchen Beweisen sich Behauptungen einer gemeinsamen (oligopolistischen) Marktbeherrschung in Form stillschweigender Koordinierung stützen könnten⁽¹¹⁰⁾. Wie gesagt, zeigt die Liste darüber hinaus auch, dass strukturelle Verbindungen zwischen den betroffenen Unternehmen keine unerlässliche Voraussetzung für die Feststellung einer gemeinsamen beherrschenden Stellung sind. Sind solche Verbindungen jedoch vorhanden, können sie zusammen mit einem oder mehreren der oben genannten Kriterien erklären, warum auf einem bestimmten oligopolistischen Markt ein koordiniertes Verhalten wahrscheinlich ist. Sind solche Verbindungen nicht vorhanden, so muss für die Untersuchung, ob ein Markt Anreize für eine gemeinsame Beherrschung in Form von stillschweigender Koordinierung bietet, eine Reihe von Marktmerkmalen geprüft werden. Auch wenn diese Merkmale häufig wie oben in der Form von Listen dargestellt werden, dürfen diese nicht als „Checklisten“ für eine rein mechanische Prüfung betrachtet werden. Es müssen vielmehr alle Merkmale sorgfältig geprüft und eine umfassende Bewertung vorgenommen werden. In Abhängigkeit von dem konkreten Fall ist es für die Feststellung eines koordinierten Verhaltens an sich ohne Bedeutung, wenn das eine oder andere strukturelle Merkmal, das für gewöhnlich mit einer gemeinsamen beherrschenden Stellung einhergeht, nicht eindeutig ermittelt werden kann⁽¹¹¹⁾.
99. In einem oligopolistischen Markt, auf dem die meisten, wenn nicht sogar alle der oben genannten Kriterien erfüllt sind, sollte insbesondere untersucht werden, ob starke Anreize für die Marktteilnehmer bestehen, zu einer Koordinierung des Marktgeschehens beizutragen und auf wettbewerbliches Verhalten zu verzichten. Dies ist der Fall, wenn die langfristigen Vorteile eines wettbewerbswidrigen Verhaltens die kurzfristigen durch Wettbewerb erzielbaren Gewinne bei weitem überwiegen.
100. Die bloße Feststellung einer Marktkonzentration lässt nicht zwangsläufig den Schluss zu, dass die Struktur Anreize für eine gemeinsame Marktbeherrschung in Form von stillschweigender Koordinierung bietet⁽¹¹²⁾.

101. Schließlich werden in Bezug auf die Feststellung einer gemeinsamen Marktbeherrschung in Form von stillschweigender Koordinierung die Kriterien ausschlaggebend sein, die für das Entstehen koordinierter Effekte auf dem jeweils in Frage stehenden Markt entscheidend sind. So kam die Kommission in der Sache Nr. COMP/M.2499 — Norske Skog/Parengo/Walsum beispielsweise zu dem Schluss, dass die Möglichkeiten für eine stillschweigende Koordinierung zwischen den Oligopolisten unwahrscheinlich und nicht tragfähig waren⁽¹¹³⁾, obwohl auf den Märkten für Zeitungspapier und holzhaltigem Zeitschriftenpapier eine hohe Marktkonzentration festzustellen war, die Produkte homogen sind, die Nachfrage extrem unelastisch ist und eine nur begrenzte Kaufkraft und hohe Marktzutrittsschranken festgestellt wurde. Begründet wurde dies durch die begrenzte Stabilität der Marktanteile, das Fehlen symmetrischer Kostenstrukturen und schließlich durch die fehlende Transparenz bei Investitionsentscheidungen und das Fehlen eines glaubhaften Mechanismus für Gegenmaßnahmen.

3.1.2.3 Der Begriff der gemeinsamen Marktbeherrschung im Telekommunikationssektor

102. Bei der Anwendung des Begriffs der gemeinsamen Marktbeherrschung können die NRB auch auf die den elektronischen Kommunikationssektor betreffenden Entscheidungen aufgrund der Fusionskontrollverordnung zurückgreifen, in denen die Kommission geprüft hat, ob ein angemeldetes Vorhaben zu einer gemeinsamen Marktbeherrschung führen konnte.

103. In der Sache MCI WorldCom/Sprint hat die Kommission geprüft, ob die fusionierte Einheit zusammen mit Concert Alliance eine gemeinsame beherrschende Stellung auf dem Markt für globale Telekommunikationsdienste (GTS) einnehmen könnte. In Anbetracht der Tatsache, dass die Betreiber auf diesem Markt über Ausschreibungsverfahren miteinander im Wettbewerb stehen (in denen die Anbieter in der Regel aufgrund ihrer Möglichkeiten, hohe Qualität und maßgeschneiderte Spitzendienste anzubieten, und nicht aufgrund ihres Preisangebots ausgewählt werden), konzentrierten sich die Untersuchungen der Kommission darauf, inwieweit der Markt den Marktteilnehmern Anreize für ein paralleles Verhalten im Hinblick auf die Frage bietet, wer gewinnt welche Ausschreibung (und wer hat welche Ausschreibungen gewonnen)⁽¹¹⁴⁾. Nach einer umfassenden Untersuchung des Marktes (homogene Produkte, hohe Zutrittsschranken, Gegengewicht der Nachfrageseite usw.) kam die Kommission zu dem Schluss, dass ein Fehlen von Wettbewerb zwischen den Konkurrenten nicht festzustellen war. Dieses Kriterium ist jedoch für die Feststellung von parallelem Verhalten erforderlich. Die Kommission hat daher entschieden, ihre Einwände in Bezug auf diesen Markt nicht aufrechtzuerhalten⁽¹¹⁵⁾.

104. In der Sache BT/Esat⁽¹¹⁶⁾ hat die Kommission u. a. geprüft, ob die Bedingungen auf dem irischen Markt für Internetanschlüsse über das Telefonnetz zwangsläufig zur Entstehung eines Duopols des ehemaligen staatlichen Betreibers Eircom und des fusionierten Unternehmens führen würden. Dies konnte sie jedoch aus mehreren Gründen ausschließen. Erstens waren die Marktanteile nicht konstant, zweitens verdoppelte sich die Nachfrage alle sechs Monate; drittens galten Internet-Zugangspro-

dukte nicht als homogen, und schließlich waren technische Neuerungen eines der Hauptmerkmale des Marktes⁽¹¹⁷⁾.

105. In der Sache Vodafone/Airtouch⁽¹¹⁸⁾ stellte die Kommission fest, dass das fusionierte Unternehmen die gemeinsame Kontrolle ausüben würde über zwei der vier Mobilfunkbetreiber auf dem deutschen Mobilfunkmarkt (nämlich D2 und E-Plus; die anderen beiden waren T-Mobil und VIAG Interkom). Da der Marktzutritt in hohem Maß durch die frequenzbedingt begrenzte Zahl von Lizenzen reguliert war und die Marktbedingungen transparent waren, konnten die Entstehung eines Duopols und folglich eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens nicht ausgeschlossen werden⁽¹¹⁹⁾.

106. In der Sache France Telecom/Orange stellte die Kommission fest, dass vor dem Eintritt von Orange in den belgischen Mobilfunkmarkt die beiden Anbieter Proximus und Mobistar in der Lage waren, eine gemeinsame Marktbeherrschung auszuüben. In den vier Jahren vor dem Marktzutritt von Orange praktizierten beide Betreiber fast dieselben und transparente Preise, die genau den gleichen Trends folgten⁽¹²⁰⁾. In dieser Entscheidung wies die Kommission Einwände von Dritten zurück, dass auf dem Markt der europaweiten Mobilfunkdienste für internationale Mobilfunkkunden eine kollektive beherrschende Stellung von Vodafone und France Telecom gedroht hätte. Ausschlaggebend hierfür war neben den sehr unterschiedlichen Marktanteilen der beiden Betreiber der Umstand, dass es sich um einen aufstrebenden Markt mit hohem Nachfragewachstum und zahlreichen unterschiedlichen Angeboten und Preisen handelte⁽¹²¹⁾.

4. AUFERLEGUNG, BEIBEHALTUNG, ÄNDERUNG ODER AUFHEBUNG VON VERPFLICHTUNGEN IM SINNE DES RECHTSRAHMENS

107. Abschnitt 3 dieser Leitlinien beschäftigte sich mit der Analyse der relevanten Märkte, die die NRB gemäß Artikel 16 der Rahmenrichtlinie vornehmen müssen, um zu ermitteln, ob auf einem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb herrscht d. h., ob es auf diesem Markt Unternehmen gibt, die eine beherrschende Stellung einnehmen. Dieser Abschnitt enthält Leitlinien zu den Maßnahmen, die die NRB im Anschluss an ihre Analyse ergreifen können, sprich zu der Auferlegung, Beibehaltung, Änderung oder Aufhebung (je nach Fall) von bereichsspezifischen Verpflichtungen für Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen. Ferner ist in diesem Abschnitt dargelegt, unter welchen Umständen in Ausnahmefällen auch Unternehmen, die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen, ähnliche Verpflichtungen auferlegt werden können, wie dies bei Betreibern mit solcher Marktmacht der Fall ist.

108. Die besonderen Verpflichtungen, die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden können, betreffen sowohl Großkunden- als auch Endnutzermärkte. Die Verpflichtungen in Bezug auf die Großkundenmärkte sind grundsätzlich in den Artikeln 9 bis 13 der Zugangsrichtlinie definiert. Die Verpflichtungen in Bezug auf die Endnutzermärkte sind in den Artikeln 17 bis 19 der Universaldienstrichtlinie festgelegt.

109. Die in der Zugangsrichtlinie festgelegten Verpflichtungen sind: Transparenz (Artikel 9), Gleichbehandlung (Artikel 10), getrennte Buchführung (Artikel 11), Verpflichtungen in Bezug auf den Zugang zu bestimmten Netzeinrichtungen und deren Nutzung (Artikel 12) und Verpflichtungen zur Preiskontrolle und Kostenrechnung (Artikel 13). Außerdem sieht Artikel 8 der Zugangsrichtlinie vor, dass die NRB auch Verpflichtungen auferlegen können, die über die vorgenannten hinausgehen. Zu diesem Zweck müssen die NRB der Kommission einen entsprechenden Antrag unterbreiten. Die Kommission wird dann nach Beratung mit dem Kommunikationsausschuss eine Entscheidung darüber treffen, ob es der betreffenden NRB gestattet ist, solche Verpflichtungen aufzuerlegen oder nicht.
110. Die in der Universaldienstrichtlinie festgelegten Verpflichtungen sind: Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer (Artikel 17), Bereitstellung eines Mindestangebots an Mietleitungen (Artikel 18 und Anhang VII) und Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl (Artikel 19).
111. Mit Ausnahme der in Abschnitt 4.3 genannten Fälle sollen nach dem Rechtsrahmen diese Verpflichtungen nur Unternehmen auferlegt werden, die auf einem relevanten Markt erwiesenermaßen über beträchtliche Marktmacht verfügen.
- 4.1 Auferlegung, Beibehaltung, Änderung oder Aufhebung von Verpflichtungen für Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht**
112. Wie in Abschnitt 1 dargelegt, bedeutet „wirksamer Wettbewerb“, dass es auf dem relevanten Markt kein marktbeherrschendes Unternehmen gibt. Mit anderen Worten: Die Feststellung, dass der Wettbewerb auf einem relevanten Markt wirksam ist, kommt in der Tat der Feststellung gleich, dass es auf diesem Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt. Umgekehrt lässt die Feststellung, dass der Wettbewerb auf einem relevanten Markt nicht wirksam ist, den Schluss zu, dass es auf dem betreffenden Markt Unternehmen gibt, die allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnehmen.
113. Stellt eine NRB fest, dass auf einem relevanten Markt echter Wettbewerb herrscht, so darf sie gemäß Artikel 16 keinem auf diesem Markt tätigen Betreiber Verpflichtungen auferlegen. Wurden einem Unternehmen auf diesem Markt von der NRB bereits zu einem früheren Zeitpunkt Verpflichtungen auferlegt, so müssen diese aufgehoben werden. Die NRB darf dem/den betreffenden Unternehmen keine neue Verpflichtung auferlegen. Wie in Artikel 16 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie festgelegt, ist den betroffenen Parteien die Aufhebung der bestehenden Verpflichtungen innerhalb einer angemessenen Frist im Voraus anzukündigen.
114. Stellt eine NRB fest, dass auf einem relevanten Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht, da sich ein oder mehrere Unternehmen in einer beherrschenden Stellung befinden, muss die Behörde in Übereinstimmung mit Artikel 16 Absatz 4 der Rahmenrichtlinie das/die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ermitteln und dem/den betreffenden Unternehmen geeignete spezielle Verpflichtungen auferlegen. Die Feststellung allein, dass ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, ohne die Auferlegung geeigneter Verpflichtungen, ist jedoch nicht mit den Bestimmungen des neuen Rechtsrahmens vereinbar, insbesondere nicht mit Artikel 16 Absatz 4 der Rahmenrichtlinie. Mit anderen Worten, die NRB müssen einem Unternehmen, das als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurde, mindestens eine Verpflichtung auferlegen. Stellt eine NRB fest, dass sich mehr als ein Unternehmen in einer beherrschenden Stellung befindet, also eine gemeinsame beherrschende Stellung vorkommt, sollte sie unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ebenso geeignete Verpflichtungen auferlegen.
115. Wurden einem Unternehmen bereits unter dem Rechtsrahmen von 1998 Verpflichtungen auferlegt, muss die betreffende NRB im Rahmen einer neuen, in Übereinstimmung mit diesen Leitlinien durchzuführenden Marktanalyse prüfen, ob diese Verpflichtungen auch unter dem neuen Rechtsrahmen geeignet sind. Wird festgestellt, dass ein Unternehmen auch nach dem neuen Rechtsrahmen auf einem relevanten Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt, können die Verpflichtungen, die nach dem Rechtsrahmen aus dem Jahr 1998 auferlegt wurden, beibehalten werden. Ferner können die NRB diese Verpflichtungen ändern oder auch neue geeignete Verpflichtungen entsprechend dem neuen Rechtsrahmen auferlegen.
116. Wurde auf einem Markt kein wirksamer Wettbewerb festgestellt, müssen die NRB eine der Verpflichtungen wählen, die in den Richtlinien für die Lösung des betreffenden Problems genannt sind. Eine Ausnahme stellen die Fälle dar, in denen die Wahl der Vorabverpflichtung durch die internationalen Verpflichtungen der Gemeinschaft im Rahmen internationaler Verträge vorgegeben ist (siehe Abschnitt 4.4) oder in denen die Richtlinien besondere Maßnahmen vorsehen wie beispielsweise in den Artikeln 18 und 19 der Universaldienstrichtlinie. Beabsichtigen die NRB, andere Verpflichtungen hinsichtlich Zugang und Zusammenschaltung aufzuerlegen, als sie in der Zugangsrichtlinie aufgeführt sind, müssen sie der Kommission einen entsprechenden Antrag vorlegen. Die Kommission holt den Rat des Kommunikationsausschusses ein, bevor sie eine Entscheidung trifft.
117. Das Gemeinschaftsrecht und insbesondere Artikel 8 der Rahmenrichtlinie schreiben den NRB vor, sicherzustellen, dass die Maßnahmen, die sie Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht gemäß Artikel 16 der Rahmenrichtlinie auferlegen, in Bezug auf die in Artikel 8 genannten Ziele gerechtfertigt und angemessen sind. Demzufolge muss jede Verpflichtung, die von den NRB auferlegt wird, in einem angemessenen Verhältnis zu dem Problem stehen, das es zu lösen gilt. Nach Artikel 7 der Rahmenrichtlinie sind die NRB verpflichtet, die geplante Maßnahme zu begründen, wenn sie die anderen NRB und die Kommission über diese in Kenntnis setzen. Demnach müssen die NRB — neben der Durchführung einer Marktanalyse zur Ermittlung von beträchtlicher Marktmacht — ihre Entscheidung für eine in Bezug auf die in Artikel 8 genannten Ziele geplante Maßnahme begründen und erläutern, warum die Entscheidung als verhältnismäßig zu betrachten ist.

118. Bei der Würdigung der von den NRB nach dem Verfahren gemäß Artikel 7 der Rahmenrichtlinie vorgeschlagenen Maßnahmen wird die Kommission dem Kriterium der Verhältnismäßigkeit einen hohen Stellenwert einräumen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist im Gemeinschaftsrecht fest verankert. Es besagt im Wesentlichen, dass die Mittel, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt werden, nicht über das hinausgehen sollten, was zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich ist. Um sicherzustellen, dass die vorgeschlagene Maßnahme mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist, muss die geplante Maßnahme ein berechtigtes Ziel verfolgen. Die Mittel, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt werden, müssen notwendig sein, sollten aber keine unzumutbare Belastung darstellen, d. h. bei den ergriffenen Maßnahmen sollte es sich um das Minimum handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist.
119. Insbesondere in der ersten Phase der Umsetzung des neuen Rechtsrahmens geht die Kommission nicht davon aus, dass die NRB bestehende Vorabverpflichtungen, die sie Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht zum Zwecke einer rechtmäßigen Regulierung auferlegt haben und die weiterhin relevant sind, aufheben, ohne dass eindeutig nachgewiesen ist, dass die Verpflichtungen ihren Zweck erfüllt haben und nicht länger erforderlich sind, da der Wettbewerb auf dem relevanten Markt als wirksam erachtet wird. Im neuen Rechtsrahmen sind verschiedene Rechtsinstrumente für die Lösung unterschiedlicher Probleme vorgesehen und sollten jeweils den speziellen Problemen angepasst werden.
120. Wird die Kommission gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie von den NRB über geplante Maßnahmen unterrichtet, so prüft sie, ob diese mit dem Rechtsrahmen vereinbar sind und welche Auswirkungen sie auf den Binnenmarkt haben werden.
121. Die Kommission wird die NRB in ihren Bemühungen unterstützen, einen möglichst einheitlichen Ansatz in Bezug auf die Wahl der Rechtsinstrumente für vergleichbare Situationen in den verschiedenen Mitgliedstaaten sicherzustellen. Außerdem müssen sich die NRB gemäß Artikel 7 Absatz 2 der Rahmenrichtlinie bemühen, Einvernehmen über die geeignetsten Mittel und Wege zur Bewältigung besonderer Situationen auf dem Markt zu erreichen.

4.2 Länderübergreifende Märkte: gemeinsame Analyse durch die NRB

122. Artikel 15 Absatz 4 der Rahmenrichtlinie ermächtigt die Kommission, eine Entscheidung zur Festlegung länderübergreifender relevanter Produktmärkte zu verabschieden, die die Gemeinschaft oder einen wesentlichen Teil davon umfassen. Gemäß Artikel 16 Absatz 5 der Rahmenrichtlinie führen die betreffenden NRB die Marktanalyse gemeinsam durch und stellen einvernehmlich fest, ob Verpflichtungen aufzuerlegen sind. Es wird davon ausgegangen, dass in der Praxis die Gruppe europäischer Regulierungsstellen ein geeignetes Forum für solche gemeinsamen Analysen bieten wird.
123. Im Allgemeinen sollten die gemeinsamen Analysen der NRB nach ähnlichen Verfahren (z. B. in Bezug auf die öffentliche Anhörung) durchgeführt werden, wie sie für

die Marktanalyse einzelner NRB vorgesehen sind. Es müssen präzise Durchführungsvorschriften in Bezug auf die gemeinsame Analyse und Entscheidungsfindung erarbeitet werden.

4.3 Auferlegung bestimmter spezieller Verpflichtungen für Betreiber ohne beträchtlicher Marktmacht

124. In den vorstehenden Teilen dieses Abschnitts wurden die Verfahren dargelegt, nach denen Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, bestimmte spezielle Verpflichtungen entsprechend den Artikeln 7 und 8 der Zugangsrichtlinie und den Artikeln 16 bis 19 der Universalienrichtlinie auferlegt werden können. In Ausnahmefällen kann auch Betreibern, die nicht als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft werden, entsprechend Artikel 8 Absatz 3 der Zugangsrichtlinie ähnliche Verpflichtungen auferlegt werden:
- Verpflichtungen u. a. in Bezug auf Zugangsberechtigungssysteme, Verpflichtungen in Bezug auf die Zusammenschaltung, um den End-zu-End-Verbund von Diensten zu gewährleisten, sowie hinsichtlich des Zugangs zu Anwendungsprogramm-Schnittstellen und elektronischen Programmführern, um den Zugang der Endnutzer zu vom Mitgliedstaat festgelegten digitalen Rundfunk- und Fernsehdiensten zu gewährleisten (Artikel 5 Absätze 1 und 2 sowie Artikel 6 der Zugangsrichtlinie);
 - Verpflichtungen, die die NRB in Bezug auf die Kolo-kation auferlegen können, sofern andere Unternehmen aus Gründen des Umweltschutzes, der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit oder der Städteplanung und der Raumordnung keinen Zugang zu tragfähigen Alternativen zur Kolo-kation haben (Artikel 12 der Rahmenrichtlinie);
 - Verpflichtungen hinsichtlich einer getrennten Rechnungslegung für Unternehmen, die elektronische Kommunikationsdienste anbieten und ausschließliche Rechte für die Erbringung von Diensten in anderen Wirtschaftszweigen besitzen (Artikel 13 der Rahmenrichtlinie);
 - Verpflichtungen im Zusammenhang mit besonderen Verpflichtungen, die ein Unternehmen im Laufe eines auf Wettbewerb oder auf Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens hinsichtlich der Nutzungsrechte für Funkfrequenzen eingegangen ist (Bedingung B7 des Anhangs zur Genehmigungsrichtlinie, in Verbindung mit Artikel 6 Absatz 1 eben dieser Richtlinie);
 - Verpflichtungen im Hinblick auf die Verwaltung von Anrufen zu Teilnehmern mit Hilfe spezieller Nummerierungsressourcen und Verpflichtungen, die für die Nummernübertragbarkeit erforderlich sind (Artikel 27, 28 und 30 der Universalienrichtlinie);
 - Verpflichtungen aufgrund der einschlägigen Bestimmungen der Datenschutzrichtlinie und
 - Verpflichtungen, die Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht auferlegt werden müssen, um den internationalen Verpflichtungen der Gemeinschaft nachzukommen.

4.4. Verhältnis zu WTO-Verpflichtungen

125. Die EU und ihre Mitgliedstaaten sind im Rahmen der WTO-Verpflichtungen in Bezug auf Unternehmen eingegangen, die bedeutende Anbieter von grundlegenden Telekommunikationsdiensten sind⁽¹²²⁾. Diese Unternehmen unterliegen daher allen WTO-Verpflichtungen für grundlegende Telekommunikationsdienste. Durch die Bestimmungen des neuen Rechtsrahmens, insbesondere in Bezug auf den Zugang und die Zusammenschaltung, ist sichergestellt, dass die NRB die relevanten Verpflichtungen in Übereinstimmung mit den Zusagen der Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten im Rahmen der WTO weiterhin auf Unternehmen anwenden, die bedeutende Anbieter sind.

5. UNTERSUCHUNGSBEFUGNISSE UND VERFAHREN DER ZUSAMMENARBEIT ZUM ZWECK DER MARKTANALYSE

5.1 Überblick

126. Dieser Abschnitt der Leitlinien befasst sich mit den Verfahren, die anwendbar sind, damit die NRB die zur Durchführung einer Marktanalyse erforderlichen Informationen erlangen.
127. Der Rechtsrahmen enthält Bestimmungen, aufgrund deren die NRB von Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze oder -dienste anbieten, sämtliche Angaben einschließlich vertraulicher Informationen einfordern können, die sie benötigen, um den Wettbewerb auf den relevanten Märkten zu bewerten, angemessene Verpflichtungen aufzuerlegen und somit die Einhaltung des Rechtsrahmens zu gewährleisten.
128. Ferner gibt dieser Abschnitt Anleitungen hinsichtlich der Maßnahmen, die eine wirksame Zusammenarbeit zwischen den NRB und NWB auf nationaler Ebene, zwischen den NRB untereinander sowie zwischen den verschiedenen NRB und der Kommission auf Gemeinschaftsebene gewährleisten sollen. Der Abschnitt beschäftigt sich vor allem mit dem Informationsaustausch zwischen diesen Behörden.
129. Zahlreiche elektronische Kommunikationsmärkte sind in einem raschen Wandel begriffen, und ihre Strukturen verändern sich schnell. Die NRB sollten dafür Sorge tragen, dass die Prüfung der Wettbewerbslage, die öffentliche Anhörung und die Feststellung, ob bestimmte Betreiber über beträchtliche Marktmacht verfügen, innerhalb eines angemessenen Zeitraums ausgeführt werden. Unnötige Verzögerungen in der Entscheidung könnten die Investitionsanreize für Unternehmen auf dem relevanten Markt und somit die Interessen der Verbraucher beeinträchtigen.

5.2 Marktanalyse und Untersuchungsbefugnisse

130. Gemäß Artikel 16 Absatz 1 der Rahmenrichtlinie führen die NRB so bald wie möglich nach der Verabschiedung der Empfehlung und einer diesbezüglichen Entscheidung oder deren etwaiger Aktualisierung eine Analyse der relevanten Märkte durch. Die Schlussfolgerungen der Analyse der einzelnen relevanten Märkte und die Vorschläge hinsichtlich der zu ergreifenden Maßnahmen sind zu veröffentlichen. Ferner ist eine Anhörung nach dem in Abschnitt 6 beschriebenen Verfahren durchzuführen.
131. Um eine Marktanalyse durchführen zu können, werden die NRB zunächst alle Informationen einholen müssen,

die sie für eine Bewertung der Marktmacht auf einem bestimmten Markt für erforderlich halten. Sofern diese Informationen von den Unternehmen direkt eingeholt werden müssen, sind diese im Rahmen ihrer Allgemein genehmigung nach Artikel 11 der Genehmigungsrichtlinie verpflichtet, den NRB alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die diese für eine Marktanalyse im Sinne von Artikel 16 Absatz 2 der Rahmenrichtlinie benötigen. Dies wird durch die eher allgemeine Verpflichtung nach Artikel 5 Absatz 1 der Rahmenrichtlinie untermauert, nach der die Mitgliedstaaten dafür sorgen müssen, dass Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten, den NRB alle Informationen zur Verfügung stellen, die diese Behörden benötigen, um eine Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht zu gewährleisten.

132. Verlangen die NRB eine Auskunft von einem Unternehmen, begründen sie ihr Ersuchen und setzen dem Unternehmen eine Frist für die Übermittlung der Angaben. Wie in Artikel 10 Absatz 4 der Genehmigungsrichtlinie vorgesehen, können die NRB ermächtigt werden, Geldstrafen gegen diejenigen Unternehmen zu verhängen, die der Verpflichtung zur Mitteilung von Angaben nicht nachkommen.
133. In Übereinstimmung mit Artikel 5 Absatz 4 der Rahmenrichtlinie, müssen die NRB sämtliche Informationen veröffentlichen, die zu einem offenen, wettbewerbsorientierten Markt beitragen, unter Einhaltung der einzelstaatlichen Vorschriften über den Zugang der Öffentlichkeit zu Informationen sowie der Rechtsvorschriften der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen.
134. Was vertrauliche Informationen betrifft, sind die NRB jedoch nach Artikel 5 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie verpflichtet, die Vertraulichkeit solcher Informationen in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen zu gewährleisten. Diese Vertraulichkeitsverpflichtung gilt auch für alle Informationen, die von einer anderen öffentlichen Behörde vertraulich übermittelt wurden.

5.3 Verfahren der Zusammenarbeit

Zusammenarbeit von NRB und NWB

135. Artikel 16 Absatz 1 der Rahmenrichtlinie schreibt vor, dass die NRB gegebenenfalls die NWB an den Marktanalysen beteiligen. Die Mitgliedstaaten haben die erforderlichen Verfahren einzuführen, um sicherzustellen, dass die Analyse gemäß Artikel 16 der Rahmenrichtlinie ordnungsgemäß durchgeführt wird. Da die NRB ihre Marktanalysen nach wettbewerbsrechtlichen Methoden durchführen, sind die Erfahrungen der NWB bei der Bewertung der Wettbewerbslage von großer Bedeutung. Die Zusammenarbeit zwischen NRB und NWB wird eine wesentliche Rolle spielen, doch bleiben die NRB rechtlich gesehen für die Durchführung der jeweiligen Analyse verantwortlich. Werden die Aufgaben gemäß Artikel 16 der Rahmenrichtlinie nach den nationalen Rechtsvorschriften von zwei oder mehr getrennten Regulierungsbehörden durchgeführt, so sollten die Mitgliedstaaten eine deutliche Aufgabentrennung gewährleisten und Verfahren für die Konsultierung und Zusammenarbeit zwischen den Regulierungsbehörden einführen, um eine kohärente Analyse der relevanten Märkte sicherzustellen.

136. Artikel 3 Absatz 5 der Rahmenrichtlinie verpflichtet die NRB und NWB, miteinander Informationen auszutauschen, die für die Anwendung des Rechtsrahmens notwendig sind. Dabei ist die Behörde, die Informationen einholt, an den gleichen Grad an Vertraulichkeit gebunden wie die Auskunft erteilende Behörde. Aus diesem Grund sollten die NWB den NRB alle relevanten Informationen (auch vertrauliche) zur Verfügung stellen, die sie aufgrund ihrer Untersuchungs- und Vollstreckungsbefugnisse erhalten haben.
137. Informationen, die in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen von einer NWB als vertraulich eingestuft werden, sollten nur dann mit NRB ausgetauscht werden, wenn dies für die Anwendung der Bestimmungen des Rechtsrahmens erforderlich ist. Der Informationsaustausch sollte sich auf die Informationen beschränken, die im Hinblick auf das verfolgte Ziel relevant sind und in einem angemessenen Verhältnis dazu stehen.

Zusammenarbeit von Kommission und NRB

138. Um eine effektive und effiziente Anwendung des Rechtsrahmens sicherzustellen, ist ein hohes Maß an Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den NRB absolut erforderlich. Dabei ist eine effektive informelle Zusammenarbeit von größter Bedeutung. Hier wird der Gruppe europäischer Regulierungsstellen als Forum für eine solche Zusammenarbeit und im Rahmen ihrer beratenden Unterstützung der Kommission eine wichtige Aufgabe zukommen. Die Zusammenarbeit wird voraussichtlich für beide Seiten von gegenseitigem Nutzen sein, da die Wahrscheinlichkeit minimiert wird, dass die NRB — insbesondere hinsichtlich der Rechtsinstrumente, die in Bezug auf ein und dasselbe Problem eingesetzt werden — unterschiedliche Ansätze wählen⁽¹²³⁾.
139. Gemäß Artikel 5 Absatz 2 der Rahmenrichtlinie, übermitteln die NRB der Kommission sämtliche Informationen, die diese zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben aufgrund des EG-Vertrags benötigt. Dazu zählen auch Angaben über den Rechtsrahmen (um die Vereinbarkeit der NRB-Maßnahmen mit dem Gemeinschaftsrecht zu prüfen) und Informationen, die die Kommission z. B. zwecks Einhaltung der WTO-Verpflichtungen anfordert.
140. Wenn die NRB Informationen, die sie von Unternehmen eingeholt haben, an die Kommission weiterleiten, so müssen sie sicherstellen, dass die betreffenden Unternehmen darüber in Kenntnis gesetzt werden.
141. Sofern kein ausdrücklicher begründeter gegenteiliger Antrag der übermittelnden Behörde vorliegt, kann die Kommission die bereitgestellten Informationen einer anderen Behörde eines anderen Mitgliedstaats zur Verfügung stellen. Auch wenn in dieser Hinsicht keine gesetzliche Verpflichtung besteht, wird die Kommission das Unternehmen, das die Informationen ursprünglich übermittelt hat, in der Regel darüber unterrichten, dass diese an eine weitere NRB weitergeleitet wurden.

Zusammenarbeit zwischen NRB

142. Es ist von überragender Bedeutung, dass die NRB eine gemeinsame Regulierungspraxis innerhalb der Mitgliedstaaten erarbeiten, die zur Entwicklung eines echten Binnenmarkts für elektronische Kommunikation beitragen wird. Zu diesem Zweck sind die NRB gemäß Artikel 7 Absatz 2 der Rahmenrichtlinie verpflichtet, miteinander und mit der Kommission auf transparente Weise zu kooperieren, um in allen Mitgliedstaaten eine kohärente Anwendung des neuen Rechtsrahmens zu gewährleisten. Man geht davon aus, dass der Gruppe europäischer Regulierungsstellen in diesem Zusammenhang eine wichtige Aufgabe zukommen wird.
143. Artikel 5 Absatz 2 der Rahmenrichtlinie sieht ferner vor, dass die NRB Informationen direkt miteinander austauschen, sofern ein begründeter Antrag vorliegt. Dies wird insbesondere für die Analyse von länderübergreifender Märkte, aber auch im Hinblick auf die Zusammenarbeit innerhalb der Gruppe europäischer Regulierungsstellen erforderlich sein. Wann immer die NRB Informationen miteinander austauschen, sind sie zur Wahrung der Vertraulichkeit verpflichtet.

6. KONSULTATIONSVERFAHREN UND VERÖFFENTLICHUNG DER NRB-ENTSCHEIDUNGSENTWÜRFE

6.1 Öffentliche Anhörung

144. Außer in dringlichen Angelegenheiten (siehe unten) geben die NRB interessierten Parteien innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf von Maßnahmen, die sie zu treffen gedenken und die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden. Zu diesem Zweck müssen die NRB öffentliche Anhörungen zu den geplanten Maßnahmen veranstalten. Betrifft der Entwurf einer Maßnahme eine Entscheidung in Bezug auf beträchtliche Marktmacht, so sollten in diesem
- die zugrunde gelegte Marktdefinition genannt und begründet werden (mit Ausnahme von Informationen, die in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen als vertraulich gelten);
 - Beweise für die Existenz beträchtlicher Marktmacht vorgetragen werden (mit Ausnahme von Informationen, die in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen als vertraulich gelten) und die Unternehmen genannt werden, die als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft werden sollen;
 - umfassende Einzelheiten zu den bereichsspezifischen Verpflichtungen, deren Auferlegung, Beibehaltung, Änderung oder Aufhebung die NRB erwägt, sowie eine Bewertung der Verhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Maßnahmen dargelegt werden.

145. Für die Konsultation ist ein angemessener Zeitraum vorzusehen. Allerdings sollten die Entscheidungen der NRB nicht übermäßig verzögert werden, da dies die Entwicklung des Marktes behindern könnte. Aus Gründen, die mit der Ausübung beträchtlicher Marktmacht durch ein Unternehmen und der entsprechenden Feststellung im Zusammenhang stehen, hält die Kommission einen Zeitraum von zwei Monaten für die öffentliche Anhörung für angemessen. Allerdings kann in einigen, begründeten Fällen eine andere Frist zur Anwendung kommen. Andererseits kann die Dauer der Konsultationsphase auch weniger als zwei Monate betragen, wenn sich der Entwurf für eine Entscheidung hinsichtlich beträchtlicher Marktmacht auf die Ergebnisse einer früheren Konsultation stützt.

6.2 Mechanismen zur Konsolidierung des Binnenmarkts für elektronische Kommunikation

146. Wenn eine NRB eine Maßnahme zu treffen beabsichtigt, die in den Bereich der Marktdefinition oder -analyse gemäß den Artikeln 15 und 16 der Rahmenrichtlinie fällt, oder wenn sie bestimmte andere spezielle Artikel des Rechtsrahmens anwendet⁽¹²⁴⁾ und die Maßnahmen Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben, muss die NRB der Kommission und den NRB der anderen Mitgliedstaaten den Entwurf der Maßnahme zusammen mit einer Begründung gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie zur Verfügung stellen. Dies sollte zeitgleich mit dem Beginn des öffentlichen Anhörungsverfahrens erfolgen. Die betreffende NRB muss den anderen NRB und der Kommission Gelegenheit geben, zu der geplanten Maßnahme Stellung zu nehmen, bevor sie ihre endgültige Entscheidung trifft. Die Zeit, die den anderen NRB und der Kommission zur Stellungnahme eingeräumt wird, sollte dem Zeitraum entsprechen, der von der NRB für das nationale Anhörungsverfahren vorgesehen ist, sofern dieses nicht kürzer ist als die in Artikel 7 Absatz 3 vorgesehene Mindestfrist von einem Monat. Die Kommission kann in begründeten Fällen entscheiden, ihre Stellungnahme öffentlich bekannt zu machen.

147. Was Maßnahmen betrifft, die Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben können, so sollten darunter Maßnahmen verstanden werden, die unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell einen derartigen Einfluss auf das Handelsmuster zwischen Mitgliedstaaten haben können, dass ein Hemmnis für den Binnenmarkt geschaffen wird⁽¹²⁵⁾. Daher können wohl sehr zahlreiche Maßnahmen Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben.

148. Die NRB müssen die Ergebnisse der öffentlichen Anhörung veröffentlichen, sofern es sich nicht um Informationen handelt, die in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen als vertraulich gelten.

149. Mit Ausnahme der beiden Spezialfälle, die im folgenden Abschnitt beschrieben werden, kann die betreffende NRB die endgültige Maßnahme beschließen, nachdem sie den Stellungnahmen, die im Rahmen des obligatorischen Konsultationsverfahrens abgegeben wurden, Rechnung getragen hat. Die Entscheidung über die endgültige Maßnahme ist der Kommission unverzüglich mitzuteilen.

6.3 Befugnis der Kommission, die NRB zur Rücknahme eines Maßnahmenentwurfs aufzufordern

150. Gemäß den Bestimmungen von Artikel 7 Absatz 4 der Rahmenrichtlinie gibt es zwei Situationen, in denen die Kommission die Möglichkeit hat, eine NRB aufzufordern, einen Entwurf einer Maßnahme gemäß Artikel 7 Absatz 3 zurückzuziehen, und zwar wenn

- die geplante Maßnahme die Festlegung eines relevanten Marktes betrifft, der sich von jenen unterscheidet, die in der Empfehlung definiert wurden, oder
- die geplante Maßnahme die Festlegung betrifft, inwieweit ein Unternehmen allein oder zusammen mit anderen eine beträchtliche Marktmacht hat.

151. Hat die Kommission im Laufe des Konsultationsverfahrens in Bezug auf die beiden oben genannten Situationen gegenüber der NRB erklärt, dass sie der Auffassung ist, dass der Maßnahmenentwurf ein Hemmnis für den Binnenmarkt schaffen würde, oder hat sie ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht, dann wird der Beschluss über den Maßnahmenentwurf um höchstens zwei weitere Monate aufgeschoben.

152. Innerhalb dieses Zeitraums kann die Kommission — nach Beratung mit dem Kommunikationsausschuss entsprechend dem Beratungsverfahren⁽¹²⁶⁾ — beschließen, die betreffende NRB aufzufordern, den Entwurf zurückzuziehen. In dem Beschluss muss detailliert und objektiv analysiert sein, weshalb die Kommission der Auffassung ist, dass der Maßnahmenentwurf nicht angenommen werden sollte, und es sind zugleich spezielle Vorschläge zur Änderung des Maßnahmenentwurfs vorzulegen. Hat die Kommission nach Ablauf dieser Frist keine Entscheidung erlassen, so kann die NRB die Maßnahme in Kraft setzen.

6.4 Dringliche Angelegenheiten

153. Bei Vorliegen außergewöhnlichen Umständen können die NRB Dringlichkeitsmaßnahmen ergreifen, um den Wettbewerb zu gewährleisten und die Nutzerinteressen zu schützen. Die NRB können somit in Ausnahmefällen angemessene und einstweilige Maßnahmen erlassen, ohne die interessierten Parteien, die NRB in den übrigen Mitgliedstaaten oder die Kommission zu konsultieren. Hat eine NRB solche dringlichen Maßnahmen ergriffen, muss sie diese der Kommission und den übrigen NRB unverzüglich mit einer vollständigen Begründung mitteilen. Die Kommission prüft die Vereinbarkeit dieser Maßnahmen mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere ihre Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit den in Artikel 8 der Rahmenrichtlinie genannten politischen Zielen.

154. Will die NRB diese einstweiligen Maßnahmen dauerhaft machen oder ihre Geltungsdauer verlängern, muss sie das oben beschriebene normale Konsultationsverfahren einhalten. Es ist schwer, vorherzusehen, unter welchen Umständen in Bezug auf die Festlegung eines relevanten Marktes oder die Feststellung eines Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht eine Dringlichkeitsmaßnahme erforderlich sein wird, da solche Maßnahmen in der Regel nicht unverzüglich umgesetzt werden können. Die Kommission geht daher nicht davon aus, dass die NRB diese Regelung in Bezug auf die genannten Fälle anwenden werden.

6.5 Erlass der endgültigen Entscheidung

155. Sobald die Entscheidung einer NRB endgültig erlassen wurde, teilt die NRB der Kommission die Namen der Unternehmen mit, die nach ihrer Feststellung über beträchtliche Marktmacht verfügen, sowie die Verpflichtungen, die ihnen gemäß Artikel 36 Absatz 2 der Universaldienstrichtlinie sowie Artikel 15 Absatz 2 und Artikel 16 Absatz 2 der Zugangsrichtlinie auferlegt wurden. Die

Kommission macht diese Information in schnell abrufbarer Form verfügbar und leitet sie gegebenenfalls an den Kommunikationsausschuss weiter.

156. Auch die NRB veröffentlichen die Namen der Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und die ihnen auferlegten Verpflichtungen. Sie tragen dafür Sorge, dass aktuelle Informationen so veröffentlicht werden, dass sie allen interessierten Parteien leicht zugänglich sind.

⁽¹⁾ ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 33.

⁽²⁾ ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 21.

⁽³⁾ ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 7.

⁽⁴⁾ ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 51.

⁽⁵⁾ Muss noch verabschiedet werden.

⁽⁶⁾ ABl. L 24 vom 30.1.1998, S. 1.

⁽⁷⁾ Außer in den Fällen, in denen der neue Rechtsrahmen ausdrücklich zulässt, dass Verpflichtungen unabhängig vom Ausmaß des Wettbewerbs auf dem Markt auferlegt werden.

⁽⁸⁾ Artikel 14 der Rahmenrichtlinie.

⁽⁹⁾ Außerdem kann die Kommission in einer Entscheidung über länderübergreifende Märkte länderübergreifende Märkte feststellen, die Merkmale aufweisen, welche eine bereichsspezifische Regulierung rechtfertigen können.

⁽¹⁰⁾ Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie.

⁽¹¹⁾ Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 1), zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30. Juni 1997 (ABl. L 180 vom 9.7.1997, S. 1) (nachstehend die „Fusionskontrollverordnung“).

⁽¹²⁾ Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationssektor (ABl. C 233 vom 6.9.1991, S. 2).

⁽¹³⁾ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. C 372 vom 9.12.1997, S. 5).

⁽¹⁴⁾ Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich (ABl. C 265 vom 22.8.1998, S. 2).

⁽¹⁵⁾ Erwartet wird, dass eine wirksame Zusammenarbeit zwischen NRB und NRB die Parallelisierung der Verfahren bezüglich gleicher Marktfragen verhindern würde.

⁽¹⁶⁾ Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationssektor (ABl. C 233 vom 6.9.1991, S. 2).

⁽¹⁷⁾ Artikel 14 Absatz 2 der Rahmenrichtlinie.

⁽¹⁸⁾ Rechtssache C-209/98, Entreprenörforeningens Affalds, Slg. 2000, I-3743, Rn. 57, und Rechtssache C-242/95, GT-Link, Slg. 1997, I-4449, Rn. 36. Die Marktdefinition ist kein Selbstzweck, sondern Teil eines Vorgangs, der darauf abzielt, die Marktmacht eines Unternehmens zu bemessen.

⁽¹⁹⁾ Siehe Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP) (ABl. L 199 vom 26.7.1997, S. 32) (die „Zusammenschaltungsrichtlinie“), Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (ABl. L 192 vom 24.7.1990, S. 1) (die „ONP-Rahmenrichtlinie“), Richtlinie 92/44/EWG des Rates vom 5. Juni 1992 zur Einführung des offenen Netzzugangs bei Mietleitungen (ABl. L 165 vom 19.6.1992, S. 27) (die „Mietleitungen-Richtlinie“), Richtlinie 95/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1995 zur Einführung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst (ABl. L 321 vom 30.12.1995, S. 6), ersetzt durch die Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld (ABl. L 101 vom 1.4.1998, S. 24) (die „ONP-Sprachtelefondienst-Richtlinie“).

⁽²⁰⁾ Verbundene Rechtssachen C-68/94 und C-30/95, Frankreich und andere/Kommission, Slg. 1998, I-1375. Siehe auch Bekanntmachung über die Marktdefinition, Rn. 12.

⁽²¹⁾ Da der Sektor elektronische Kommunikation technologie- und innovationsorientiert ist, können bestimmte Marktdefinitionen zu einem späteren Zeitpunkt bereits überholt sein.

⁽²²⁾ Bekanntmachung über die Marktdefinition, Rn. 12.

⁽²³⁾ Siehe auch Bekanntmachung über die Marktdefinition, Rn. 20-23, und Sache Nr. IV/M.1225 — Enso/Stora (ABl. L 254 vom 29.9.1999), Rn. 40.

⁽²⁴⁾ Siehe Bekanntmachung über die Marktdefinition, Rn. 24. Die Unterscheidung zwischen Angebotsumstellungsflexibilität und potenziellem Wettbewerb dürfte auf dem elektronischen Kommunikationsmarkt in Anbetracht seines sehr dynamischen Charakters komplizierter sein als auf anderen Märkten. Wichtig ist vor allem, dass der potenzielle Marktzutritt anderer Anbieter zu irgendeinem Zeitpunkt in der Analyse des relevanten Marktes berücksichtigt wird, sprich — entweder bei der eigentlichen Marktdefinition oder bei der darauf folgenden Ermittlung beträchtlicher Marktmacht.

⁽²⁵⁾ Dabei ist es nicht erforderlich, dass alle Verbraucher zu einem Konkurrenzprodukt wechseln. Es reicht vollkommen aus, wenn eine gewisse oder ein hinreichendes Maß an Umstellung stattfindet, so dass eine relative Preiserhöhung nicht gewinnbringend ist. Diese Anforderung entspricht dem Grundsatz der „ausreichenden Austauschbarkeit“, der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs definiert wurde (siehe Fußnote 32).

- (26) Siehe auch Mitteilung über den Zugang, Rn. 46, und Rechtssache T-83/91, *Tetra Pak/Kommission*, Slg. 1994, II-755, Rn. 68. Dieser Test ist auch bekannt unter der Abkürzung „SSNIP“ (small but significant non transitory increase in price — kleine, aber signifikante und anhaltende Preiserhöhung). Obwohl der SSNIP-Test lediglich ein Beispiel für die Methoden ist, die für die Definition des relevanten Marktes — ungeachtet seines formalen ökonomischen Charakters oder seiner Fehleranfälligkeit (der so genannten „cellophane fallacy“, siehe unten) — liegt seine Bedeutung vor allem in seiner Verwendung als konzeptionelles Instrument für die Bewertung des Wettbewerbs zwischen verschiedenen Produkten oder Diensten.
- (27) Siehe Bekanntmachung über die Marktdefinition, Rn. 17–18.
- (28) Mit anderen Worten kann bei einer großen Kreuzelastizität der Nachfrage zwischen zwei Erzeugnissen darauf geschlossen werden, dass die Verbraucher diese Erzeugnisse als verwandte Substitute ansehen. Wird die Wahl der Verbraucher durch andere Erwägungen als Preiserhöhungen beeinflusst, so ist der SSNIP-Test unter Umständen kein geeignetes Instrument für die Messung der Produktsubstituierbarkeit; siehe Rechtssache T-25/99, Colin Arthur Roberts und Valerie Ann Roberts/Kommission, Slg. 2001, II-1881.
- (29) Für die Anwendung des SSNIP-Tests im Rahmen einer Marktdefinition in Bezug auf Artikel 82 EG-Vertrag wird von einer Wettbewerbsbehörde oder einem Gericht anhand des Preises, der von dem angeblichen Monopolisten erhoben wird, ein „Ausgangspreis“ ermittelt. In vergleichbarer Weise wird bei der vorausschauenden Bewertung der Auswirkungen, die ein Zusammenschluss auf den Wettbewerb haben könnte, der Ausgangspreis anhand der marktüblichen Preise der fusionierenden Parteien berechnet. Wenn eine NRB eine Marktanalyse für die Anwendung von Artikel 14 der Rahmenrichtlinie durchführt, kann es jedoch vorkommen, dass das in Frage stehende Produkt von mehreren Unternehmen angeboten wird. In diesem Fall sollte der Ausgangspreis dem „Durchschnittspreis“ entsprechen.
- (30) In diesem Zusammenhang muss erwähnt werden, dass Preise, die aufgrund einer Preisregulierung festgelegt werden, die nicht darauf abzielt, kostenabhängige Preise sondern ein erschwingliches Angebot in Bezug auf die Bereitstellung von Universaldiensten sicherzustellen, wahrscheinlich nicht wettbewerbsfähig sind und auch nicht als Ausgangspunkt für die Anwendung des SSNIP-Tests herangezogen werden sollten.
- (31) In der Tat ist ein Nachteil des SSNIP-Tests, dass in manchen Fällen eine große Kreuzelastizität der Nachfrage bedeutet, dass ein Unternehmen bereits seine Marktmacht ausnutzt — eine Situation, die im Wettbewerbsrecht und in der Praxis als „cellophane fallacy“ bekannt ist. In diesem Fall entspricht der marktübliche Preis nicht dem Wettbewerbspreis. Die Feststellung, ob der marktübliche Preis über dem Niveau des wettbewerbsfähigen Preises liegt, ist zugegebenermaßen einer der schwierigsten Aspekte des SSNIP-Tests. Die NRB, die mit solchen Problemen konfrontiert sind, sollten für die Bewertung der Nachfrage- und Angebots substituierbarkeit auf andere Kriterien zurückgreifen, wie beispielsweise die Funktionalität der Dienste, technische Merkmale usw. Wenn jedoch Beweise dafür vorliegen, dass sich ein Unternehmen in der Vergangenheit wettbewerbsfeindlich verhalten (Preisabsprache) oder seine Marktmacht ausgenutzt hat, sollte dies als Anhaltspunkt dafür gesehen werden, dass die Preise nicht den Wettbewerbskräften unterliegen und folglich über dem Wettbewerbspreis liegen dürften.
- (32) Rechtssache C-333/94 P, *Tetra Pak/Kommission*, Slg. 1996, I-5951, Rn. 13, Rechtssache 31/80 L'Oréal, Slg. 1980, 3775, Rn. 25, Rechtssache 322/81, *Michelin/Kommission*, Slg. 1983, 3461, Rn. 37, Rechtssache C-62/86, *AkzoChemie/Kommission*, Slg. 1991, I-3359, Rechtssache T-504/93, *Tiercé Ladbroke/Kommission*, Slg. 1997, II-923, Rn. 81, Rechtssache T-65/96, *Kish Glass/Kommission*, Slg. 2000, II-1885, Rn. 62, Rechtssache C-475/99, *Ambulanz Glöckner und Landkreis Südwestpfalz*, Slg. 2001, I-0000, Rn. 33. Die Untersuchung der ausreichenden Substituierbarkeit oder Austauschbarkeit wurde vom Gerichtshof zum ersten Mal festgelegt in der Rechtssache 6/72, *Europemballage und Continental Can/Kommission*, Slg. 1973, 215, Rn. 32, und Rechtssache 85/76, *Hoffmann La-Roche/Kommission*, Slg. 1979, 461, Rn. 23.
- (33) Rechtssache C-333/94 P, *Tetra Pak/Kommission*, Slg. 1996, I-5951, Rn. 13, Rechtssache 66/86, *Ahmed Saeed*, Slg. 1989, 803, Rn. 39 und 40; Rechtssache *United Brands/Kommission*, Slg. 1978, 207, Rn. 22, 29 und 12; Rechtssache T-229/94, *Deutsche Bahn/Kommission*, Slg. 1997, II-1689, Rn. 54. In der Rechtssache *Tetra Pak* hat der Gerichtshof bestätigt, dass die Tatsache, dass die Nachfrage nach aseptischen und nicht aseptischen Kartons für die Verpackung von Fruchtsäften zu vernachlässigen und im Vergleich zu der Nachfrage nach Kartons, die für Milch verwendet werden, über die Zeit gleichbleibend war, als Beleg dafür zu sehen ist, dass es nur eine ganz geringe Austauschbarkeit zwischen dem Milch- und dem Nichtmilchsektor gab, a.a.O., Rn. 13 und 15.
- (34) So könnten bei einer relativen Preiserhöhung zum Beispiel die Nutzer eines Dienstes niedrigeren Preises/geringerer Qualität zu einem Dienst mit höherem Preis/besserer Qualität wechseln, wenn durch die Preiserhöhung die Kosten für einen solchen Schritt (d. h. der zu zahlende Mehrpreis) aufgewogen werden. Im Gegensatz dazu könnten die Nutzer eines Produkts höherer Qualität eine erhöhte Gebühr nicht länger mittragen und zu einem Dienst geringerer Qualität wechseln. In diesen Fällen scheinen Produkte geringerer und höherer Qualität echte Substitute zu sein.
- (35) Mitteilung der Kommission — Status der Sprachübermittlung im Internet nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts und insbesondere der Richtlinie 90/388/EWG — Ergänzung zur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über den Stand der Umsetzung der Richtlinie 90/388/EWG über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste (ABl. Nr. C 369 vom 22.12.2000, S. 3). Ebenso kann nicht ausgeschlossen werden, dass in der Zukunft die xDSL-Technologie und Multipoint-Videodistributionsdienste über drahtlose Teilnehmeranschlüsse für die Übertragung von TV-Material verwendet werden, in direktem Wettbewerb mit anderen bestehenden TV-Übertragungssystemen über Kabelsysteme, „Direct-To-Home“-Satellitenübertragung und terrestrischen analogen oder digitalen Übertragungsplattformen.
- (36) Umstellungskosten, die eher auf strategische Entscheidungen seitens der Unternehmen und weniger auf exogene Faktoren zurückzuführen sind, sollten — zusammen mit einigen anderen möglichen Zutrittsschranken — in der darauf folgenden Phase der Ermittlung von beträchtlicher Marktmacht erwogen werden. Auf einem Markt, der sich noch im Wachstum befindet, könnten die Umstellungskosten für die bereits „gebundenen“ Verbraucher noch unerheblich sein und somit die Nachfragesubstituierbarkeit und Angebotsumstellungsflexibilität nicht beeinträchtigen.
- (37) Der Zeitraum, der für die Untersuchung der wahrscheinlichen Reaktion anderer Anbieter bei einer relativen Preiserhöhung zugrunde gelegt werden sollte, hängt unweigerlich von den Merkmalen des jeweiligen Marktes ab und sollte je nach Fall festgelegt werden.
- (38) Siehe auch Rechtssache Nr. C-333/94, *Tetra Pak/Kommission*, a.a.O., Rn. 19. Wie bereits erwähnt, sollten die erforderlichen Investitionen innerhalb eines angemessenen Zeitraums getätigt werden.
- (39) Siehe auch Sache Nr. COMP/M.2574 — *Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia*, Rn. 58.
- (40) *United Brands*, a.a.O., Rn. 44; *Michelin*, a.a.O., Rn. 26; Rechtssache 247/86, *Alsattel/Novasam*, Slg. 1988, 5987, Rn. 15; *Tiercé Ladbroke/Kommission*, a.a.O., Rn. 102.
- (41) *Deutsche Bahn/Kommission*, ebda., Rn. 92; Rechtssache T-139/98, *AAMS/Kommission*, Slg. 2001, II-0000, Rn. 39.
- (42) Siehe z. B. Sache Nr. IV/M.1025, *Mannesmann/Olivetti/Infostrada*, Rn. 17; Sache Nr. COMP/JV.23 — *Telefónica Portugal Telecom/Médi Telecom*.
- (43) Dieses Gebiet entspricht normalerweise dem Gebiet, in dem ein Betreiber tätig sein darf. In der Sache Nr. COMP/M.1650 — *ACEA/Telefónica* stellte die Kommission fest, dass der räumliche Markt ein lokaler Markt war, da das angemeldete Gemeinschaftsunternehmen über eine Lizenz verfügen würde, die sich auf das Gebiet von Rom beschränkt; Rn. 16.

- (44) Die Tatsache, dass Mobilfunkbetreiber nur in den Gebieten Dienste anbieten können, für die sie über eine Lizenz verfügen, und die Tatsache, dass eine Netzarchitektur die geografische Tragweite der Mobilfunklizenzen widerspiegelt, erklärt, warum Mobilfunkmärkte als nationale Märkte angesehen werden. Die zusätzlichen Verbindungs- und Kommunikationskosten, die die Verbraucher bei Auslandsgesprächen tragen müssen, gekoppelt mit dem Verlust bestimmter zusätzlicher Leistungen (z. B. keine Voice-Mail) untermauern noch diese Definition; siehe Sache Nr. IV/M.1439 — Telia/Telenor, Rn. 124; Sache Nr. IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch, Rn. 13—17; Sache Nr. COMP/JV.17 — Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel, Rn. 15.
- (45) Zusammenschaltungsvereinbarungen können auch bei der räumlichen Abgrenzung des Marktes berücksichtigt werden; Sache Nr. IV/M.570 — TBT/BT/TeleDanmark/Telenor, Rn. 35.
- (46) Sache Nr. IV/M.856 — British Telecom/MCI (II), Rn. 19s; Sache Nr. IV/JV.15 — BT/AT & T, Rn. 84 und 92; Sache Nr. COMP/M.2257 — France Telecom/Equant, Rn. 32. Es ist höchst unwahrscheinlich, dass das Angebot elektronischer Kommunikationsdienste nach nationalen (oder lokalen) bilateralen Strecken unterteilt werden kann.
- (47) Beispielsweise der Markt für Backhaul-Kapazitäten auf internationalen Strecken (eine Kabelstation im Land A bedient Land E), wo ein Substitutionspotenzial zwischen Kabelstationen besteht, die für mehrere Länder tätig sind (z. B. Kabelstationen, die Land A mit Land B, A mit C und A mit D verbinden), und wo ein Anbieter von Backhaul-Kapazitäten für die Strecke A nach E aufgrund der Möglichkeit der Verbraucher, eine der anderen „Routen“ zu wählen, auf der ebenfalls Verkehr von oder nach dem Land E möglich ist, eingeeengt wird oder würde.
- (48) Wird ein Markt aufgrund einer bilateralen Strecke definiert, könnte seine räumliche Tragweite über die nationalen Grenzen hinausreichen, sofern die Anbieter an beiden Endpunkten des Marktes zugegen sind und die Nachfrage an beiden Endpunkten der betreffenden Strecke befriedigen können.
- (49) Siehe Bekanntmachung über die Marktdefinition, Rn. 57 und 58. Substitutionsketten können beispielsweise entstehen, wenn ein Unternehmen, das Dienste auf nationaler Ebene anbietet, die Preisbildung von Diensteanbietern auf anderen geografischen Märkten beeinflusst. Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn ein auf nationaler Ebene tätiges Unternehmen, das eine beherrschende Stellung innehat, Druck auf die von Kabelnetz-anbietern in bestimmten Bereichen erhobenen Preise ausübt; siehe auch Sache Nr. COMP/M.1628 — TotalFina/Elf (ABl. L 143 vom 29.5.2001, S. 1), Rn. 188.
- (50) Eine klare gegenseitige Preisabhängigkeit an den beiden Endpunkten der Kette und das Ausmaß der Substituierbarkeit zwischen den relevanten Produkten oder geografischen Gebieten müssen eindeutig nachgewiesen werden.
- (51) Die Kommission hat in ihren Entscheidungen u. a. folgende Märkte festgestellt: internationale Sprachtelefonien (Sache Nr. IV/M.856 — BritishTelecommunications/MCI (II), ABl. L 336 vom 8.12.1997), fortgeschrittene Telekommunikationsdienstleistungen an Unternehmenskunden (Sache Nr. IV/35.337 — Atlas, ABl. L 239 vom 19.9.1996, Rn. 5—7; Sache Nr. IV/35617 — Phoenix/Global/One, ABl. L 239 vom 19.9.1996, Rn. 6; Sache IV/34.857 — BT-MCI (I), ABl. L 223 vom 27.8.1994), normierte einfache paketvermittelte Datenkommunikationsdienste, Wiederverkauf internationaler Übertragungskapazitäten (Sache Nr. IV/M.975 — Albacom/BT/ENI, Rn. 24, Audiokonferenzdienste (Albacom/BT/ENI, Rn. 17), Dienste für satellitengestützte persönliche Kommunikationsdienste (Sache IV/350518 — Iridium, ABl. L 16 vom 18.1.1997), (erweiterte) weltweite Telekommunikationsdienste (Sache Nr. IV/JV.15 — BT/AT & T; Sache Nr. COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, Rn. 84; Sache Nr. COMP/M.2257 — France Telecom/Equant, Rn. 18), Telefonauskunft (Sache Nr. IV/M.2468 — SEAT Pagine Gialle/ENIRO, Rn. 19; Sache Nr. COMP/M.1957 — VIAG Interkom/Telenor Media, Rn. 8), Internetzugangsdienste für Endnutzer (Sache Nr. IV/M.1439 — Telia/Telenor, Sache Nr. COMP/JV.46 — Blackstone/CDPQ/Kabel Nordrhein/Westfalen, Rn. 26; Sache Nr. COMP/M.1838 — BT/Esat, Rn. 7), erstrangige oder universelle Internet-Netzanschlussdienste (Sache Nr. COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, Rn. 52), drahtlose europaweite Mobilfunkdienstleistungen für international tätige Mobilfunkkunden (Sache Nr. COMP/M.1975 — Vodafone Airtouch/Mannesmann; Sache Nr. COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, Rn. 15), Roaming-Dienste für Mobilfunkbetreiber (Sache COMP/M.1863 — Vodafone/Airtel, Rn. 17) und Markt für den Anschluss an das internationale Signalisierungsnetz (Sache Nr. COMP/M.2598 — TDC/CMG/Migway JV, Rn. 17—18).
- (52) Siehe verbundene Rechtssachen T-125/97, und T-127/97 The Coca-Cola Company u. a./Kommission, Slg. 2000, II-1733, Rn. 81 und 82.
- (53) Siehe auch Artikel 15 der Rahmenrichtlinie.
- (54) Mitteilung über den Zugang, Rn. 45.
- (55) Siehe Sache Nr. COMP/M.1439 — Telia/Telenor.
- (56) Siehe Telia/Telenor, BT/AT & T, France Télécom/Equant, a.a.O. Siehe auch die Entscheidung der Kommission vom 20. Mai 1999 in der Sache Cégétel + 4 (ABl. L 218 vom 18.8.1999), Rn. 22. Zum aufstrebenden Markt der weltweiten Breitband-Datenkommunikationsdienstleistungen hat die Kommission festgestellt, dass diese im Wesentlichen über drei Netzarchitekturen erbracht werden: a) terrestrische Kabelsysteme, b) terrestrische drahtlose Systeme und c) satellitengestützte Systeme, und dass satellitengestützte Systeme aus Nachfragesicht als gesonderter Markt angesehen werden können, siehe Sache Nr. COMP/M.1564 — Astrolink, Rn. 20—23.
- (57) Erwägungsgrund 20 der Richtlinie 96/19/EG (ABl. L 74 vom 22.3.1996, S. 13). Siehe auch die Mitteilung der Kommission: Entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss: Wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer vollständigen Palette von elektronischen Kommunikationsdiensten einschließlich multimedialer Breitband- und schneller Internet-Dienste (ABl. C 272 vom 23.9.2000, S. 55). Dort heißt es unter 3.2: „Die Dienstekategorien sind vor allem angesichts des raschen technologischen Wandels aufmerksam zu überwachen und regelmäßig von Fall zu Fall neu zu bewerten. Allerdings sind diese Dienste derzeit in der Regel nicht austauschbar und daher als unterschiedliche Märkte zu betrachten.“
- (58) Die Kommission hat gesonderte Märkte für Dienste für multinationale Großabnehmer definiert, da bei dieser Kundengruppe im Vergleich zu anderen privaten (beruflichen) Nutzern erhebliche Unterschiede in der Nachfrage (und im Angebot) von Diensten bestehen, siehe Sache Nr. IV/JV.15 — BT/AT & T; Sache Nr. COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint; Sache Nr. COMP/M.2257 — France Télécom/Equant.
- (59) Siehe Mitteilung der Kommission über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, ebda, Abschnitt 3.2. Der Markt für schnelle Kommunikationsdienste könnte möglicherweise in Abhängigkeit von der Art der angebotenen Dienste noch in weitere Segmente unterteilt werden (d. h. Internetdienste, Video-on-Demand usw.).
- (60) Sache Nr. COMP/M.2574 — Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, Rn. 33. Man könnte auch anführen, dass die Einwahl ins Internet über 2G-Mobiltelefone gegenüber dem Internetzugang über das öffentliche Telekommunikationsnetz einen eigenständigen Markt darstellt. Nach Auffassung der Kommission ist es unwahrscheinlich, dass der Internetzugang über mobile Telefone die bestehenden Internetzugangsmethoden über den PC substituieren wird, was vor allem an der unterschiedlichen Bildschirmgröße und dem Format der übertragbaren Daten liegt; siehe Sache Nr. COMP/M.1982 — Telia/Oracle/Drutt, Rn. 15, und Sache Nr. COMP/JV.48 — Vodafone/Vivendi/Canal+.

- (61) Sache Nr. COMP/M.2469 — Vodafone/Airtel, Rn. 7; Sache Nr. IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch; Sache Nr. IV/M.1669 Deutsche Telecom/One2One, Rn. 7. Ob dieser Markt weiter in einen Träger-(Netzbetreiber-)Markt und einen nachgelagerten Dienstleistungsmarkt unterteilt werden kann, ist von Fall zu Fall zu entscheiden; siehe Sache Nr. COMP/M.1760 Mannesmann/Orange, Rn. 8—10, und Sache Nr. COMP/M.2053 — Telenor/BellSouth/Sonofon, Rn. 9—10.
- (62) In der Sache British Interactive Broadcasting/Open stellte die Kommission z. B. fest, dass der Infrastrukturmarkt für die Erbringung von Sprachtelefon-Dienstleistungen für Endverbraucher nicht nur das traditionelle Kupferkabelnetz der BT umfasst, sondern auch die Kabelnetze der Kabelbetreiber, deren Verwendung für Sprachtelefonien technisch möglich ist, sowie voraussichtlich auch die drahtlosen Festnetze (Sache Nr. IV/36.359, ABl. L 312 vom 6.12.1999, Rn. 33—38). In der Sache Nr. IV/M.1113 — Nortel/Norweb hatte die Kommission anerkannt, dass Stromnetze, die die „Digital Power Line“-Technik verwendeten, eine Alternative zu bestehenden herkömmlichen Ortsnetzen bieten könnten (Rn. 28—29).
- (63) Bei der Beurteilung der Wettbewerbsbedingungen auf dem irischen Netzmarkt nach Abschluss der Liberalisierung berücksichtigte die Kommission auch damalige potenzielle Anbieter alternativer Infrastrukturen im Bereich der Kabelfernseh- und Elektrizitätsnetze (Sache Telecom Eireann, ebda., Rn. 30). Die Kommission ließ die Frage offen, ob eine auf dem Meeresboden verlegte Netzinfrastruktur gegenüber terrestrischen oder satellitengestützten Übertragungsnetzen als ein gesonderter Markt anzusehen war (Sache Nr. COMP/M.1926 — Telefónica/Tyco/JV, Rn. 8).
- (64) Sache Nr. COMP/M.1439 — Telia/Telenor, Rn. 79. So hat die Kommission beispielsweise in der Sache Nr. COMP/2598 — TDC/CMG/Migway JV, Rn. 28—29, einen neu entstehenden europaweiten Markt für den Zugang für Großkunden (SMS) zu Mobilfunkinfrastruktur ausgemacht.
- (65) Bei der Anwendung dieser Kriterien hat die Kommission festgestellt, dass die Vermietung von Übertragungskapazitäten und die Erbringung zugehöriger Dienstleistungen an andere Betreiber im Bereich der Festnetz-Infrastruktur auf Großhandelsebene stattfindet (der Markt der Trägerdienste für Träger, siehe Sache Nr. IV/M.683 — GTS-HERMES Inc./HIT Rail BV, Rn. 14, Sache Nr. IV/M.1069 — WorldCom/MCI (AbL. L 116 vom 4.5.1999, S. 1); Sache Unisource, ABl. L 318 vom 20.11.1997, S. 1; Sache Phoenix/Global One, ABl. L 239 vom 19.9.1996, S. 57; Sache Nr. IV/JV.2, Enel/FT/DT. In der Sache Nr. COMP/M.1439 — Telia/Telenor hat die Kommission unterschiedliche Nachfragemuster in Bezug auf den Zugang von Großkunden- und Einzelkunden (Endnutzer) zu Netzinfrastruktur festgestellt (Bereitstellung oder Zugang zu Teilnehmeranschlüssen, Bereitstellung oder Zugang zu Fernleitungs- und Auslandsleitungsnetzinfrastruktur), Rn. 75—83.
- (66) Siehe Fußnote 58.
- (67) Glasfasernetze sind derzeit nur auf vorgeschalteten Übertragungsstrecken wettbewerbsfähig, wohingegen drahtlose Teilnehmeranschlüsse, die noch zu verlegen sind, kurz- bis mittelfristig vor allem zur Deckung des Bedarfs professioneller Kunden und einzelner Endnutzer mit bestimmten Bedürfnissen geeignet sein werden. Mit Ausnahme bestimmter nationaler Märkte erfordern Kabelnetze kostspielige Aufrüstungen für die Bereitstellung bidirektionaler Breitband-Telekommunikationsdienste, und im Vergleich zu Hochgeschwindigkeitstechnologien (DSL-Technologie) kann die Bandbreite nicht garantiert werden, da die Kunden den Kabelkanal miteinander teilen.
- (68) Siehe auch Sache Nr. IV/JV.11 — @Home Benelux BV.
- (69) Wenn ein Unternehmen Gespräche an die Abonnenten eines bestimmten Netzes vermitteln will, hat es grundsätzlich keine andere Wahl, als das Netz, bei dem der Gesprächsteilnehmer abonniert ist, anzurufen oder seine Infrastruktur mit diesem Netz zusammenzuschalten. So sehen beispielsweise — in Anbetracht des „calling party pays“-Prinzips — Betreiber von Mobilfunknetzen keinen Anreiz, hinsichtlich der Preise für Abschlussdienste in einen Wettbewerb einzutreten. Siehe auch: OECD, „Competition issues in Telecommunications-Background Note for the Secretariat“, DAF/CLP/WP2(2001)3, und die Pressemitteilung IP/02/483 der Kommission.
- (70) Rechtssache 27/76, United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207.
- (71) Siehe auch Erwägungsgrund 25 der Rahmenrichtlinie.
- (72) Siehe Artikel 14 Absatz 2 und Erwägungsgrund 28 der Rahmenrichtlinie.
- (73) Es wird darauf hingewiesen, dass die NRB keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen.
- (74) Rechtssache 85/76, Hoffmann-La Roche/Kommission, Slg. 1979, 461, Rn. 39. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass — wenn einem Unternehmen zum Zweck einer Ex-ante-Regulierung bereits Vorabverpflichtungen auferlegt wurden — die Tatsache, dass der Wettbewerb auf dem relevanten Markt aufgrund eben dieser Vorabverpflichtungen wiederhergestellt wurde, nicht zwangsläufig bedeutet, dass das Unternehmen nicht länger eine beherrschende Stellung einnimmt und daher nicht mehr als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen ist.
- (75) Ist eine Dienstleistung oder ein Produkt nicht substituierbar, kann dies zur Feststellung einer wirtschaftlichen Abhängigkeit führen, die für das Vorhandensein einer beherrschenden Stellung charakteristisch ist; siehe die Entscheidungen der Kommission in den Sachen Decca Navigator System, ABl. L 43 vom 15.2.1987, S. 27, und Magill TV Guide: ITP, BBC, RTE, ABl. L 78 vom 21.3.1989, S. 43, sowie Rechtssache 22/78 Hugin/Kommission, Slg. 1979, 1869, sowie Rechtssache 226/84, British Leyland/Kommission, Slg. 1986, 3263.
- (76) Siehe auch Erwägungsgrund 15 der Fusionskontrollverordnung (EWG) Nr. 4064/89.
- (77) United Brands/Kommission, a.a.O.; je größer der Unterschied zwischen dem Marktanteil des betroffenen Unternehmens und dem seiner Konkurrenten, umso wahrscheinlicher eine beherrschende Stellung des betroffenen Unternehmens. So wurde in der Sache Nr. COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint beispielsweise festgestellt, dass die fusionierte Einheit auf dem Markt für erstrandige Internet-Netzanschlussdienste zusammen über einen absoluten Marktanteil von mehr als [35-45] % verfügen würde, d. h. über einen Anteil, der den ihres größten Konkurrenten um ein Mehrfaches überschreitet, wodurch sie in der Lage wäre, sich unabhängig von Mitbewerbern und Kunden zu verhalten (siehe Rn. 114, 123, 126, 146, 155 und 196).
- (78) Rechtssache C-62/86, AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Rn. 60; Rechtssache T-228/97, Irish Sugar/Kommission, Slg. 1999, II-2969, Rn. 70; Rechtssache Hoffmann-La Roche/Kommission, a.a.O., Rn. 41; Rechtssache T-139/98, AAMS und andere/Kommission, Slg. 2001, II-0000, Rn. 51. Große Marktanteile sind jedoch nur dann als genauer Gradmesser für Marktmacht anzusehen, wenn die Konkurrenten ihre Produktion oder ihre Leistungen nicht in ausreichendem Umfang erhöhen könnten, um den durch die Preiserhöhung des Konkurrenten bedingten Nachfrageumschwung zu decken.

- (79) Rechtssache Hoffmann-La Roche/Kommission, s.o., Rn. 41, Rechtssache C-62/86, Akzo/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Rnrm. 56 u. 59. „Ein Unternehmen, das längere Zeit einen besonders hohen Marktanteil besitzt, befindet sich aufgrund seines Produktions- und Angebotsvolumens — ohne dass die Inhaber erheblich geringerer Anteile imstande wären, die Nachfrage, die sich von dem Unternehmen mit dem größten Anteil abwenden will, rasch zu befriedigen — in einer Machtposition, die aus diesem Unternehmen einen Zwangspartner macht und ihm bereits deswegen, jedenfalls während relativ langer Zeiträume, die Unabhängigkeit des Verhaltens sichert, die für eine beherrschende Stellung kennzeichnend ist“, Rechtssache AAMS und andere/Kommission, a.a.O., Rn. 51.
- (80) Bekanntmachung über die Marktdefinition, S. 5.
- (81) Siehe Sache Nr. COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, Rnrm. 239—240. Allerdings ist es bei Ausschreibungsmärkten wichtig, nicht nur auf die Marktanteile zu schauen, da diese nicht immer für die tatsächliche Position des Unternehmens repräsentativ sind. Zu weiteren Diskussionen, siehe auch Sache Nr. COMP/M.2201 — MAN/Auwärter.
- (82) Siehe „Determination of Organizations with Significant Power (SMP) for the implementation of the ONP Directive“, GD XIII, 1. März 1999, auf der Website: <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/SMPdeter.pdf>, Abschnitt 3.2.
- (83) Ebda., Abschnitt 5.2.
- (84) Auf dem Zusammenschaltungsmarkt sind sowohl beim Fest- als auch beim Mobilfunknetz zum einen die Gespräche innerhalb des unternehmens-eigenen Netzes und zum anderen die eingehenden Gespräche aus sämtlichen anderen Fest- und Mobilfunknetzen im In- und Ausland zu berücksichtigen.
- (85) Hoffmann-La Roche/Kommission, a.a.O., Rn. 48. Eine der bedeutendsten Zutrittsschranken ist ein niedriges Preisniveau. Dies ist in Anbetracht der umfangreichen Investitionen, die beispielsweise für den Aufbau eines leistungsfähigen elektronischen Kommunikationsnetzes erforderlich sind, für den Bereich der elektronischen Kommunikation von besonderer Bedeutung. Es liegt auf der Hand, dass nur ein sehr geringer Teil der Investitionskosten wieder hereingeholt werden könnte, sollte sich ein Markteinsteiger entschließen, den Markt wieder zu verlassen. Die Zutrittschranken werden durch Verbundvorteile und die Marktdichte verschärft, die solche Netze in der Regel auszeichnen. Demnach werden die Preise in großen Netzen immer unter denen kleiner Netze liegen. Das bedeutet, dass ein Markteinsteiger, der einen großen Marktanteil gewinnen möchte, seine Dienste zu einem niedrigeren Preis anbieten muss, als der auf dem Markt etablierte Betreiber. Dies aber macht es für den Markteinsteiger schwierig, seine Investitionen zu decken.
- (86) Verbundene Rechtssachen C-241/91 P und C-242/91 P, RTE und ITP/Kommission, Slg. 1995, I-743; Rechtssache C-7/97, Oscar Bronner, Slg. 1998, I-7791; verbundene Rechtssachen T-374/94, T-375/94, T-384/94 und T-388/94, European Night Services und andere/Kommission, Slg. 1998, II-3141.
- (87) Sache Nr. COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, Rn. 196.
- (88) Rechtssache C-333/94 P, Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951.
- (89) Siehe auch Sache Nr. COMP/M.2146 — Tetra Laval/Sidel, Rnrm. 325—389, rechtshängig, T-5/02.
- (90) Siehe Mitteilung über den Zugang, Rn. 65.
- (91) Bei horizontalen Märkten sollte sich die Marktanalyse auf die Ermittlung enger Interdependenzen konzentrieren, die es einem Unternehmen, das auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung einnimmt, ermöglichen, sich auch auf einem benachbarten Markt unabhängig von seinen Konkurrenten zu verhalten. Solche Interdependenzen können unter Umständen festgestellt werden, indem man das Verhalten von Anbietern und Nutzern auf den in Frage stehenden Märkten (identische Kundenkreise und/oder Anbieter, z. B. Kunden, die sowohl Sprachtelefonie als auch Internetzugangsdienste für Endverbraucher in Anspruch nehmen) oder die Frage untersucht, ob das Input-Produkt bzw. der Dienst im Wesentlichen identisch sind (d. h. Bereitstellung einer Netzinfrastruktur durch einen etablierten Betreiber für Internetdiensteanbieter zum Zweck des Verbindungsaufbaus und der Anrufzustellung für Großverbraucher); siehe auch Rechtssache T-83/91, Tetra Pak/Kommission, a.a.O., Rn. 120, und Sache Nr. COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel.
- (92) Artikel 14 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie sollte nicht in Bezug auf Marktmacht angewandt werden, die von einem „regulierten“ Markt auf einen neu entstehenden „nicht regulierten“ Markt übertragen wird. In diesem Fall fiele jegliche missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung normalerweise unter Artikel 82 EG-Vertrag.
- (93) Mitteilung über den Zugang, Rn. 79.
- (94) Verbundene Rechtssachen C-395/96 P und C-396/96 P, Compagnie maritime Belge u. a./Kommission, Slg. 2000, I-1365.
- (95) Ebda. Rn. 39.
- (96) Rechtssache T-102/96, Gencor/Kommission, Slg. 1999, II-753.
- (97) Siehe verbundene Rechtssachen T-68/89, T-77/89 und T-78/89, SIV u. a./Kommission, Slg. 1992, II-1403, Rn. 358; Rechtssache C-393/92 Almelo, Slg. 1994, I-1477, Rn. 43; Rechtssache C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Slg. 1995, I-2883, Rn. 33; verbundene Rechtssachen C-140/94, 141/94 und C-142/94, DIP, Slg. 1995, I-3257, Rn. 62; Rechtssache C-70/95, Sodemare, Slg. 1997, I-3395, Rn. 46; verbundene Rechtssachen C-68/94 und C-30/95, France u. a./Kommission, Slg. 1998, I-1375, Rn. 221.
- (98) Sache Nr. IV/M.619, Gencor Lonrho (ABl. L 11 vom 14.1.1997, S. 30).
- (99) Gencor/Kommission, a.a.O., Rn. 276.
- (100) Ebda., Rn. 277.
- (101) Compagnie Maritime Belge u. a., a.a.O., Rn. 39, siehe auch Rechtssache T-342/99 Airtours/Commission, Slg. 2002, II-0000, Rn. 76.
- (102) Siehe insbesondere Frankreich u. a./Kommission, a.a.O., Rn. 221.
- (103) Compagnie Maritime Belge u. a., a.a.O., Rn. 39.
- (104) Ebda., Rn. 44.
- (105) Ebda., Rn. 45.
- (106) Der hier verwendete Begriff der „Koordinierung“ unterscheidet sich nicht von dem des „wettbewerbswidrigen Parallelverhaltens“, der ebenfalls in Entscheidungen der Kommission vorkommt, in denen der Begriff der kollektiven „oligopolistischen“ Marktbeherrschung verwendet wird.

- (107) Siehe insbesondere Sachen Nr. COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl und COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum; Sache Nr. COMP/M.2201 — MAN/Auwärter; Sache Nr. COMP/M. 2097 — SCA/Metsä Tissue; Sache Nr. COMP/M. 1882 — Pirelli/BICC; Sache Nr. COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, rechtshängig, T-310/00; Sache Nr. IV/M.1524 — Airtours/First Choice (ABl. L 93 vom 13.4.2000, S. 1), rechtshängig T-342/99; Sache Nr. IV/M.1383 — Exxon/Mobil; Sache Nr. IV/M.1313 — Danish Crown/Vestjyske Slagterier (ABl. L 20 vom 25.1.2000, S. 1); Sache Nr. IV/M.1225 — Enso/Stora (ABl. L 254 vom 29.9.1999, S. 9); Sache Nr. IV/M.1016 — Price Waterhouse/Coopers & Lybrand (ABl. L 50 vom 26.2.1999, S. 27); Sache Nr. IV/M.619 — Gencor/Lonrho, a.a.O.; Sache Nr. IV/M.308, Kali + Salz/MdK/Treuhand (ABl. L 186 vom 21.7.1994, S. 38); Sache Nr. IV/M.190 — Nestlé/Perrier (ABl. L 356 vom 5.12.1992, S. 1).
- (108) Dies entspricht im Wesentlichen den Untersuchungen, die die Kommission für ihre früheren Entscheidungen im Hinblick auf eine gemeinsame beherrschender Stellung durchgeführt hat, siehe z. B. Sache Nr. IV/M.190 — Nestlé/Perrier (ABl. L 356 vom 5.12.1992, S. 1); Gencor/Lonrho, a.a.O.; Sache Nr. IV/M.1383 — Exxon/Mobil, Rn. 259; Sache Nr. IV/M.1524 — Airtours/First Choice (ABl. L 93 vom 13.4.2000, S. 1) und Sache Nr. COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum, Rn. 76; siehe auch Airtours/Commission, a.a.O., Rn. 62.
- (109) Siehe auch Erwägungsgrund 26 der Rahmenrichtlinie: „Bei zwei oder mehr Unternehmen kann davon ausgegangen werden, dass sie gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung nicht nur dann einnehmen, wenn strukturelle oder sonstige Beziehungen zwischen ihnen bestehen, sondern auch, wenn die Struktur des betreffenden Marktes als förderlich für koordinierte Effekte angesehen wird, das heißt wenn hierdurch ein paralleles oder angeglichenes wettbewerbswidriges Verhalten auf dem Markt gefördert wird“.
- (110) Siehe Sache Nr. COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl und Sache Nr. COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum, Rn. 77.
- (111) Siehe z. B. Sache Nr. COMP/M.2097 — SCA/Metsä Tissue.
- (112) So kam die Kommission beispielsweise in der Sache Nr. COMP/M.2201 — MAN/Auwärter trotz der Tatsache, dass die beiden Anbieter (MAN/Auwärter und EvoBus) den deutschen Markt für Stadtbusse jeweils zu fast 50 % beliefern, zu dem Schluss, dass keine Gefahr einer kollektiven Marktbeherrschung bestand. Die Kommission stellte insbesondere fest, dass eine stillschweigende Marktaufteilung zwischen EvoBus und MAN/Auwärter unwahrscheinlich ist, da es keinen tragfähigen Koordinierungsmechanismus gibt. Außerdem gibt es erhebliche Unterschiede zwischen EvoBus und MAN/Auwärter (z. B. unterschiedliche Kostenstrukturen), die einen Wettbewerb zwischen den Unternehmen wahrscheinlicher machen als eine Kollusion. In ähnlicher Weise kam die Kommission in der Sache Alcoa/British Aluminium trotz der Tatsache, dass die beiden Anbieter auf dem relevanten Markt zusammen einen Anteil von 80 % innehaben, zu dem Schluss, dass der Markt keine Anreize für eine oligopolistische Marktbeherrschung bietet. Zum einen waren die Marktanteile nicht gleichbleibend und instabil; zum anderen war die Nachfrage ungleichmäßig, was eine stillschweigende Koordinierung des Verhaltens der Marktteilnehmer erschwerte. Außerdem war der Markt in Bezug auf die Preise nicht transparent, und die Käufer verfügten über eine erhebliche Gegenmacht. Die Schlussfolgerungen der Kommission wurden zum einen durch das Fehlen eines glaubhaften Mechanismus für Gegenmaßnahmen bestätigt, der Rückschlüsse auf eine stillschweigende Koordinierung zugelassen hätte; zum anderen wurden sie bestätigt durch die Tatsache, dass der Wettbewerb auf dem Markt sich nicht nur über die Preise ausdrückt, sondern auch zu einem nicht unerheblichen Teil durch technologische Innovation und Kundenbetreuung gekennzeichnet ist, Sache Nr. COMP/M.2111 — Alcoa/British Aluminium.
- (113) In ähnlicher Weise hat die Kommission in der Sache Nr. COMP/M.2348 — Outokumpu/Norzink festgestellt, dass — obwohl auf dem Zinkmarkt nur wenige Teilnehmer zu finden sind — die Zutrittsschranken hoch und die Aussichten für einen Anstieg der Nachfrage gering waren. Aus diesem Grunde war die Entstehung einer Marktstruktur, die Anreize für ein koordiniertes Verhalten bietet, unwahrscheinlich, sofern nachgewiesen werden konnte, dass 1. die Parteien keinen Einfluss auf die Preisbildung haben und 2. die Kostenstrukturen der Hersteller asymmetrisch sind und dass es keinen glaubhaften Mechanismus für Gegenmaßnahmen gibt.
- (114) Siehe Sache Nr. COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, Rn. 263.
- (115) Ebda., Rnrn. 257—302.
- (116) Sache Nr. COMP/M.1838 — BT/Esat.
- (117) Ebda., Rnrn. 10—14.
- (118) Sache Nr. IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch.
- (119) Ebda., Rn. 28. Die Wahrscheinlichkeit eines duopolistischen Marktes betraf lediglich die drei größten Mobilfunkbetreiber, nämlich D2 und E-Plus einerseits und T-Mobil andererseits, da der Marktanteil von VIAG Interkom unter 5 % lag. Die Wettbewerbsbedenken der Kommission wurden mit der Zusage der Parteien ausgeräumt, die gesamte Beteiligung von Vodafone an E-Plus zu veräußern.
- (120) Sache Nr. COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, Rn. 26.
- (121) Ebda., Rnrn. 39—40. In ihrer Arbeitsunterlage „On the initial findings of the sector inquiry into mobile roaming charges“ verwies die Kommission auf a) mehrere wirtschaftliche Bindungen zwischen den Mobilfunkbetreibern (u. a. ihre Zusammenschaltungsverträge, ihre gemeinsame Mitgliedschaft in der Mobilfunkvereinigung, dem WAP- und dem UMTS-Forum sowie auf die hohe Standardisierung der Konditionen in Roaming-Vereinbarungen) sowie b) auf die hohen Marktzutrittsschranken. In ihrer vorläufigen Bewertung betonte die Kommission ferner den Umstand, dass die allgemeine Technologielastigkeit des Mobilfunkmarkts die Wettbewerbsbedingungen auf dem internationalen Markt für das Roaming zwischen Mobilfunkbetreibern offensichtlich nicht beeinträchtigt hat; siehe: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/roaming/, S. 24—25.
- (122) Die GATS-Verpflichtungen der EG im Telekommunikationssektor können auf folgender Internet-Seite abgerufen werden: <http://gats-info.eu.int/gats-info/swtosvc.pl?SECCODE=02.C>.
- (123) Auch der Kommunikationsausschuss gemäß Artikel 22 der Rahmenrichtlinie hat eine wirksame Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten zum Ziel.
- (124) Speziell handelt es sich dabei um die Artikel 15 und 16 der Rahmenrichtlinie, von denen sich der letztere auf die Artikel 16 bis 19 der Universaldienstrichtlinie und die Artikel 7 und 8 der Zugangsrichtlinie bezieht, die Artikel 5 und 8 der Zugangsrichtlinie, von denen sich der letztere auf die Verpflichtungen gemäß den Artikeln 9 bis 13 der Zugangsrichtlinie bezieht, und Artikel 16 der Universaldienstrichtlinie, der auf die Artikel 17 bis 19 der Universaldienstrichtlinie verweist. Wichtig ist außerdem auch Artikel 6 der Zugangsrichtlinie, auf den zwar in Artikel 7 der Rahmenrichtlinie nicht ausdrücklich Bezug genommen wird, der aber seinerseits Verweise auf Artikel 7 der Rahmenrichtlinie enthält und für den daher die dort genannten Verfahren gelten.
- (125) Erwägungsgrund 38 der Rahmenrichtlinie.
- (126) Gemäß Artikel 3 des Beschlusses 1999/468/EG des Rates zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse berücksichtigt die Kommission die Stellungnahme des Ausschusses so weit wie möglich, ist jedoch nicht daran gebunden.