

AUSGEWÄHLTE PROBLEME DES INTERNET-RECHTS

GESETZGEBUNG UND WETTBEWERBSAUFSICHT DURCH DIE EUROPÄISCHE UNION

Robert Klotz^{*}

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung.....	1
II.	Sektorspezifische Regulierung.....	3
A.	EU-Richtlinien für die Telekommunikation.....	4
1.	Gegenwärtige Rechtslage.....	4
2.	Vorgeschlagene Änderung der Richtlinien.....	6
B.	Verordnung über die Entbündelung der Ortsnetze.....	9
III.	Harmonisierung im Gemeinsamen Markt.....	13
A.	Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr.....	14
B.	Richtlinie über die elektronische Signatur.....	17
C.	Richtlinie über Urheberrecht und verwandte Rechte.....	18
IV.	Europäisches Wettbewerbsrecht.....	19
A.	Anwendung auf das Internet.....	19
B.	Kartellverbot.....	20
1.	Organisation des Internet.....	20
2.	Anwendungen des Internet.....	22
C.	Missbrauch marktbeherrschender Stellung.....	27
D.	Fusionskontrolle.....	29
1.	Kooperationen über Internet-Anwendungen.....	29
2.	Fusionen zur Erweiterung von Infrastruktur/Anwendungen...	30
V.	Schlussfolgerungen.....	33

^{*} Der Verfasser ist Verwaltungsrat in der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission, Brüssel. Dieser Beitrag zum Vierten St. Galler Internationalen Immaterialgüterrechtsforum am 23./24. November 2000 gibt seine persönliche Auffassung wieder.

I. Einleitung

Das Internet ist einer der wesentlichen Motoren für die gegenwärtigen wirtschaftlichen Umwälzungen in Richtung auf die sogenannte *New Economy*. Das Internet ermöglicht bereits heute einen weltweiten einfachen Zugriff auf eine quasi unbeschränkte Anzahl von Daten, Informationen und Anwendungen zum jeweiligen Ortstarif. Im Zuge der fortschreitenden Konvergenz der Medien, technisch ermöglicht in erster Linie durch die Digitalisierung und die Aufrüstung der notwendigen Infrastruktur zu breitbandigen Netzen, dürften sich die Verwendung und die Ausbreitung des Internet bereits in naher Zukunft noch erheblich ausdehnen und verstärkt auch Bild und Ton, einschliesslich der Sprachtelefonie, umfassen. Der Zugang zum Internet wird dabei, über das bisher im Vordergrund stehende herkömmliche feste Telefonnetz hinaus, verstärkt auch über andere Netze erfolgen, wie z.B. über breitbandige Anwendungen des Telefonnetzes (xDSL), über das Fernsehkabel, über Satelliten und über die Mobilfunknetze der 3. Generation (UMTS).

Die Europäische Union (EU) hat die herausragende Bedeutung des Internet für das wirtschaftliche Wachstum und die Beschäftigung in Europa erkannt und hat die Förderung des Internet zu einem ihrer politischen Schwerpunktthemen der kommenden Jahre erklärt. Auf der Tagung des Europäischen Rates in Feira am 19. und 20. Juni 2000 haben die Mitgliedstaaten dem Vorschlag der Kommission zu einem breit angelegten Arbeitsprogramm mit der Bezeichnung „e-Europe“ zugestimmt¹. Die Hauptziele dieses Programms sind der schnelle, sichere und billige Internetzugang, die verstärkte computerorientierte Schul- und Berufsausbildung sowie die breitere Verwendung des Internet, z.B. im Geschäftsverkehr, in öffentlichen Einrichtungen und in der Gesundheitsvorsorge. Als Teil dieses Aktionsplans hat die Kommission kürzlich die Schaffung eines europäischen Internet-Bereichsnamen oberster Stufe (.eu bzw. dot.eu) vorgeschlagen². Auch hat sie dem Rat und dem Europäischen Parlament einen Bericht über die politischen Prioritäten im Hinblick auf

¹ e-Europe 2002 - Eine Informationsgesellschaft für alle – Aktionsplan, 14.6.2000, http://europa.eu.int/comm/information_society/policy.

² KOM(2000)153 vom 2.2.2000, KOM(2000)421 vom 5.7.2000 und KOM(2000)827 vom 12.12.2000; vgl. DREYFUSS-WEILL/SETTON-BOUHANNA, Vers une harmonisation des noms de domaine de l'Internet en Europe, L'Observateur de Bruxelles, 10/2000, S. 32.

die Organisation und das Management des Internet auf europäischer und nationaler Ebene vorgelegt³.

In rechtlicher Hinsicht stellt das Internet keinen fest umgrenzten Regelungsbereich dar. Aufgrund seiner starken Abhängigkeit von Infrastrukturen zur Verschaffung von Zugang wie auch aufgrund seiner unterschiedlichen Anwendungsformen hat es vielfältige Auswirkungen auf eine grosse Zahl von Rechtsbereichen und stellt somit eine erhebliche Herausforderung an die bestehende Rechtsordnung dar. Dieses gilt sowohl für die beteiligten Unternehmen, als auch in besonderem Masse für die rechtsanwendenden Institutionen sowie für den nationalen und supranationalen Gesetzgeber.

Aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts besteht, der allgemeinen Systematik des EG-Vertrages entsprechend, keine umfassende Regelungszuständigkeit für das Internet. Vielmehr haben sich die Europäische Kommission, der Ministerrat und das Europäische Parlament bei der Regelung von Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Internet stets an die speziellen Ermächtigungen des EG-Vertrages zu orientieren. Diese Ermächtigungen betreffen im wesentlichen die sektorspezifische Regulierung zur Liberalisierung ehemaliger Monopole und zur Schaffung von Wettbewerb im Telekommunikationssektor (II.), die Harmonisierung nationaler Rechtsvorschriften zur Vollendung des Gemeinsamen Marktes (III.) sowie die Wettbewerbsaufsicht mittels der verhaltensbezogenen und der strukturellen Kontrollinstrumente des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts (IV.).

II. Sektorspezifische Regulierung

Das Internet unterliegt traditionell keiner gesonderten Regulierung, was hauptsächlich auf seinen Ursprung und seine Entwicklung, zunächst im universitären Umfeld und sodann in der nicht regulierten Computerindustrie, zurückzuführen ist. Jedoch folgt aus der Tatsache, dass die herkömmlichen festen Telefonnetze bisher die wesentliche Infrastruktur zur Verschaffung von Zugang zum Internet darstellen, eine weitgehende Regulierung vieler Aspekte des Internet-Zugangs sowie der Bedingungen hierfür aufgrund der EU-Richtlinien für den Telekommunikationssektor. Dieses ist bereits der Fall bei den Richtlinien zur Liberalisierung und zur Verschaffung offenen

³ "The Organisation and Management of the Internet", KOM(2000)202 vom 7.4.2000.

Netzzugangs, welche gegenwärtig überarbeitet und neugefasst werden (A.), und wird sich durch die geplante Verordnung über die Entbündelung der Ortsnetze in naher Zukunft noch verstärken (B.).

A. EU-Richtlinien für die Telekommunikation

1. Gegenwärtige Rechtslage

Der Telekommunikationssektor in der EU wurde auf Initiative der Europäischen Kommission seit dem Ende der achtziger Jahre schrittweise und seit dem 1. Januar 1998 vollständig liberalisiert⁴. Dabei wurde der Sektor zugleich einer umfassenden Regulierung mit dem Ziel der Verschaffung eines möglichst offenen Netzzugangs für die privaten Anbieter unterworfen⁵. Durch diese Regulierung wurden allen Netzbetreibern mit beträchtlicher Marktmacht⁶ weitgehende Verpflichtungen auferlegt, wie z.B. die *ex ante*-Entgeltregulierung, die Kostenorientierung der Entgelte sowie die Erbringung des Universaldiensts.

Die asymmetrische Regulierung zulasten der ehemaligen Monopolbetreiber war erfolgreich und hat innerhalb weniger Jahre zum Markteintritt zahlreicher privater Anbieter und zu stark sinkenden Gesprächsgebühren, insbesondere für Ferngespräche, geführt⁷. Die den marktbeherrschenden Telekommunikationsunternehmen auferlegten Verpflichtungen hinsichtlich des Netzzugangs und der Kostenorientierung der Entgelte gelten auch im Verhältnis zu Unternehmen, die Zugang zum Internet anbieten. Die Regulierung der Telekommunikation hat daher für die Verbreitung und die Bedingungen des Internet-Zugangs grosse Bedeutung. Sie hat es zahlreichen sog. *Internet Service Providern (ISP)* ermöglicht, durch Zugang zu bestehenden Netzen Daten über grosse Entfernungen, auch grenzüberschreitend, kostengünstig zu transportieren und hat ihnen dadurch zur Etablierung im Markt verholfen⁸.

⁴ Durch Richtlinien aufgrund von Artikel 86 (ex-Artikel 90) EG-Vertrag.

⁵ Durch die sog. *Open Network Provision (ONP)*-Richtlinien aufgrund von Artikel 95 (ex-Artikel 100a) EG-Vertrag.

⁶ Die sog. *SMP-Schwelle (significant market power)* liegt mit 25% Marktanteilen deutlich unter der Marktbeherrschung im Sinne des Kartellrechts.

⁷ 6. Umsetzungsbericht der Kommission (KOM(2000) 814 vom 7.12.2000): rund 500 Telefondiensteanbieter im Festnetz und 60 im Mobilfunk, Senkung der Ferngesprächsgebühren um bis zu 70% seit 1.1.1998.

⁸ Vgl. UNGERER, Access Issues under EU Regulation and Antitrust Law, Vortrag in Washington D.C., 23./24.6.2000 (<http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>).

Obwohl auch die Tarife für Ortsgespräche, die für den Internet-Zugang der Nutzer von erheblicher Bedeutung sind, in einigen Mitgliedstaaten gesunken sind, war die Regulierung in dieser Hinsicht insgesamt betrachtet weitaus weniger erfolgreich. Da zudem die alternativen Infrastrukturen, wie z.B. das Fernsehkabel, weitgehend in der Kontrolle der ehemaligen Telekommunikations-Monopolisten verblieben, ist bisher kein ausreichender Wettbewerb im Ortsbereich entstanden und die Verbreitung des Internet in Europa ist im Vergleich zu den Vereinigten Staaten erheblich geringer⁹. Aus diesem Grund hat die Kommission nunmehr die Öffnung der Ortsnetze in Angriff genommen (s.u. B.).

Eine spezielle Anwendung des Internet wird bisher nicht von der Regulierung der Telekommunikation erfasst. In ihrer ersten Mitteilung über die rechtliche Einordnung der Sprachtelefonie über das Internet¹⁰ (sog. *Voice over Internet Protocol: VoIP*) hat die Kommission Anfang 1998 festgestellt, dass jene Anwendung des Internet nicht der allgemeinen Regulierung der Sprachtelefonie unterliegt. Ausgangspunkt für diese Feststellung ist die Definition der Sprachtelefonie in Artikel 1 der ersten Liberalisierungsrichtlinie¹¹. Gründe für die Nichterfüllung der dort genannten Kriterien waren im wesentlichen die zum Zeitpunkt der Mitteilung fehlende kommerzielle Nutzung der Internet-Telefonie, das nicht bestehende Angebot an die Öffentlichkeit, der fehlende Transport über öffentlich vermittelte Endpunkte sowie die nicht hinreichend entwickelte Möglichkeit des direkten Transports und der Übermittlung der Gespräche in Echtzeit.

Die Mitteilung war von der Kommission zum 1. Januar 2000 auf ihre fortbestehende Berechtigung und auf eine evtl. notwendige Neueinschätzung zu überprüfen. Diese Überprüfung ist gegenwärtig noch nicht endgültig abgeschlossen, jedoch hat die Kommission ihre vorläufige Einschätzung zu dieser Frage im Juni 2000 bekannt gegeben und zur Diskussion gestellt¹². In dieser vorläufigen Mitteilung kommt die Kommission zu dem Schluss, dass trotz der seit 1998 unstreitig eingetretenen technischen Entwicklungen und der damit verbundenen Markttrends die Internet-

⁹ Nach dem 6. Umsetzungsbericht (Fn. 7) beträgt diese Rate in Europa unter 30% und in den USA über 50% der Haushalte.

¹⁰ ABl. Nr. C 6 vom 10.1.1998.

¹¹ Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28.6.1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABl. Nr. L 192 vom 24.7.1990.

¹² ABl. Nr. C 177 vom 27.6.2000.

Telefonie auch weiterhin nicht der Regulierung unterliegen dürfte. Dieses folgt einerseits aus der noch geringeren Qualität und Verlässlichkeit der Internet-Telefonie im Verhältnis zur herkömmlichen Sprachtelefonie und andererseits aus der Tatsache, dass sich noch kein eigener Markt für Internet-Telefonie gebildet hat, da diese Dienstleistung nicht gesondert, sondern nur gemeinsam mit anderen Diensten, wie z.B. der Datenübertragung, angeboten wird.

2. Die vorgeschlagene Änderung der Richtlinien

Um dem seit der Liberalisierung entstandenen Wettbewerb und der fortschreitenden Konvergenz der Netze und Dienste Rechnung zu tragen, hat die Kommission im Jahr 1999 mit der Überarbeitung des Regulierungsrahmens begonnen¹³. Am 12. Juli 2000 hat die Kommission sechs Richtlinienvorschläge verabschiedet, mit denen die bisher bestehenden Telekommunikationsrichtlinien ersetzt und neugeregelt werden sollen. Das neue Richtlinienpaket besteht aus einer konsolidierten und aktualisierten Liberalisierungsrichtlinie, die an die Stelle der fünffach geänderten Richtlinie 90/388/EWG tritt¹⁴, sowie aus fünf ONP-Richtlinien, nämlich einer Rahmenrichtlinie¹⁵ und vier speziellen Richtlinien betreffend den Zugang und die Zusammenschaltung¹⁶, die Genehmigungen¹⁷, den Datenschutz¹⁸ sowie den Universaldienst¹⁹. Gegenwärtig wird erwartet, dass der neue Regulierungsrahmen nach seiner Annahme durch den Rat unter Beteiligung des Europäischen Parlaments und nach Umsetzung durch die Mitgliedstaaten im Jahr 2003 in Kraft treten könnte.

¹³ Sog. 1999 Review, vgl; den Kommunikationsbericht "Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste", KOM(1999)539 und die Mitteilung der Kommission "Ergebnisse der öffentlichen Konsultation zur Überprüfung des Kommunikationsrahmens und Leitlinien für den neuen Regulierungsrahmen", KOM(2000)239 vom 26.4.2000.

¹⁴ S.o. Fn.11, geändert durch Richtlinien 94/46/EG, 95/51/EG, 96/2/EG, 96/19/EG und 99/64/EG; Presseerklärung der Kommission IP/00/766 vom 12.7.2000; Text: <http://europa.eu.int/comm/competition/liberalization/legislation>.

¹⁵ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, KOM(2000)393 vom 12.7.2000.

¹⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung, KOM(2000)384 vom 12.7.2000.

¹⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über Genehmigungen elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, KOM(2000)386 vom 12.7.2000.

¹⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, KOM(2000)385 vom 12.7.2000.

¹⁹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über den Universaldienst und Nutzerrechte bei den elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, KOM(2000)392 vom 12.7.2000.

Ziel der Neuregelung ist es unter anderem, zur Verbreitung des Internet in Europa durch die Erleichterung und Stimulierung der Bereitstellung schnellen und kostengünstigen Internet-Zugangs beizutragen²⁰. Der von der Kommission in den neuen ONP-Richtlinien vorgeschlagene Regulierungsansatz ist technologieneutral, dh. er regelt gleichermassen alle elektronischen Kommunikationsdienste, gleich über welche Art von Netzen sie erbracht werden. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass Unternehmen mehr Rechtssicherheit erhalten.

Die Neuregelung sieht vor, dass die gegenwärtige Regulierung ihrem Inhalt nach zwar im wesentlichen auch weiterhin gilt und ihr sachlicher Anwendungsbereich erweitert, ihre Reichweite jedoch verringert wird. Hierzu ist geplant, den Begriff der beträchtlichen Marktmacht (SMP), der Auslöser für die Regulierung ist und auch bleiben soll, zu lockern und auf Fälle zu beschränken, in denen ein Unternehmen „allein oder gemeinsam mit anderen eine wirtschaftlich starke Stellung einnimmt, die es ihm erlaubt, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und Verbrauchern zu verhalten“²¹. Dieses Kriterium entspricht demjenigen, das auch für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im europäischen Kartellrecht verwendet wird und ist anhand der Rechtsprechung des EuGH und des EuGI sowie der Entscheidungspraxis der Kommission zu Artikel 82 EG-Vertrag zu beurteilen.

Zukünftig dürften also weniger Betreiber als bisher der Regulierung unterfallen. Deren Kreis wird gegenüber der bisherigen Regelung sogar noch weitergehend eingeschränkt, da die *ex ante*-Regulierung nur für ehemalige Monopolunternehmen und für vertikal integrierte Betreiber als gerechtfertigt gilt²². Die Fragen der Abgrenzung der relevanten Märkte und der Bestimmung der Marktbeherrschung werden somit auch in Zukunft von zentraler Bedeutung sein und dabei für die Regulierung und für die Wettbewerbsaufsicht gleichermassen gelten²³. Die allgemein-abstrakte Beurteilung dieser Fragen im Rahmen der Regulierung soll dabei eine

²⁰ Presseerklärung der Kommission IP/00/749 vom 12.7.2000.

²¹ Vgl. Artikel 13 Abs. 2 des Vorschlags für eine Rahmenrichtlinie.

²² Erwägungsgrund 20 des Vorschlags für eine Rahmenrichtlinie.

²³ Diese Aufgabe unterfällt auch weiterhin in erster Linie den nationalen Regulierungsbehörden, aber die Kommission wird hierzu Empfehlungen bzw. Leitlinien ausarbeiten (Artikel 14 des Vorschlags für eine Rahmenrichtlinie); vgl. bereits die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinnes des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. Nr. C 372 vom 9.12.1997) und die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationssektor (ABl. Nr. C 265 vom 22.8.1998).

abweichende Feststellung in kartellrechtlichen Einzelfällen ausdrücklich zulassen²⁴. Von den Leitlinien für die Regulierung könnte zwar eine gewisse Präjudizwirkung für wettbewerbsrechtliche Beurteilungen ausgehen. Dennoch wird eine effektive Trennung dieser beiden Regelungsbereiche gerade für die Praxis der Wettbewerbsaufsicht eine wichtige Rolle spielen, denn dort ist eine möglichst flexible Handhabung der Marktabgrenzungen und –analysen in jedem Einzelfall von grundlegender Bedeutung.

Die inhaltliche Gleichstellung der beiden auslösenden Faktoren für die *ex ante*-Regulierung und für die *ex post*-Missbrauchsaufsicht durch das europäische Wettbewerbsrecht stellt einen ersten wichtigen Schritt bei dem sukzessiven Abbau der sektorspezifischen Regulierung dar. Zweck dieses sog. *phasing out* der Regulierung auf europäische Ebene ist es, den aus ordnungspolitischer Sicht unnatürlichen Zustand der weitgehenden staatlichen Intervention in wirtschaftliche Abläufe und Entscheidungen, der in der Übergangszeit vom Monopol zum funktionierenden Wettbewerb notwendig ist, auf flexible Art und Weise zu verringern und zu beenden, sobald ein hinreichender, strukturell gesicherter Wettbewerb vorliegt.

Gerade für die im Bereich des Internet tätigen Unternehmen, die aufgrund des bereits bestehenden Wettbewerbs innovativ sein und schnell auf Marktentwicklungen reagieren, gleichzeitig aber hohe Investitionen vornehmen müssen, dürfte der neue Regulierungsrahmen aufgrund der geringeren Regulierungstiefe einen erweiterten Spielraum für unternehmerische Entscheidungen mit sich bringen. Für die marktmächtigen Unternehmen könnte hieraus allerdings eine Ausdehnung der Zugangsverpflichtungen auf andere Bereiche über die grundlegenden Telekommunikationsnetze hinaus folgen²⁵. Im Zuge der fortschreitenden Konvergenz der Netze und Dienste erhalten die Unternehmen zudem aufgrund des technologieneutralen Ansatzes eine grössere Rechtssicherheit im Hinblick auf die Sicherstellung effektiven Zugang zu jeder Art von Infrastruktur, die zur Erbringung ihrer Dienste notwendig sind.

Einige spezielle Verpflichtungen für Internet-Dienstleister enthält der Vorschlag für die neue Datenschutzrichtlinie²⁶. Internetdienste, wie z.B. das E-mail oder das

²⁴ Artikel 14 Abs. 1 des Vorschlags für eine Rahmenrichtlinie.

²⁵ Vgl. UNGERER (Fn. 8).

²⁶ S.o. Fn. 18.

Anbieten von Homepages auf dem *World Wide Web* werden vom Anwendungsbereich der bisher geltenden Datenschutzrichtlinie²⁷ nicht erfasst. Dieses folgt bereits aus der allgemeinen Systematik der Richtlinie, die nur leitungsvermittelte Verbindungen, nicht aber paketvermittelte Übertragungen regelt, sowie auch den in der Richtlinie verwendeten Begriffen wie „Teilnehmeranschluss“, „Gebührenabrechnung“, „Rufnummer“ oder „Anruf“, die sich ihrem Inhalt nach ausschliesslich auf Telefondienste beziehen²⁸. Durch die Neufassung der Richtlinie wird ihr Anwendungsbereich nunmehr auf alle Kommunikationsdienste ausgeweitet, so dass die Internetdienstleister zukünftig den selben Verpflichtungen unterliegen werden wie bisher schon die Telefondiensteanbieter.

Demnach müssen, sobald die Neuregelung in Kraft tritt, die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass auch Internetdienstleister die Sicherheit ihrer Netze und den Schutz der übermittelten personenbezogenen Daten gegen zufällige oder unautorisierte Zerstörung, Veränderung oder Verbreitung gewährleisten und die Vertraulichkeit der übertragenen Nachrichten sicherstellen. Weiterhin dürfen Verkehrsdaten der Nutzer nur zur Gebührenabrechnung verwendet werden und sind danach zu löschen. Schliesslich ist allen Nutzern das Recht zu gewähren, über die Aufnahme personenbezogener Daten in Teilnehmerverzeichnisse frei zu entscheiden sowie die unerbetene Zusendung elektronischer Nachrichten zu Werbezwecken (sog. *spamming*) zu verweigern.

Eine derartige Gleichstellung von Telefondiensten mit elektronischen Kommunikationsdiensten im Hinblick auf den Datenschutz ist aufgrund der zunehmenden Konvergenz der Medien zur Aufrechterhaltung eines verlässlichen Schutzniveaus und damit auch zur Stärkung des Vertrauens in elektronische Transaktionen unverzichtbar.

B. Die Verordnung über die Entbündelung der Ortsnetze

Zugang zum Internet erfolgt bisher in erster Linie über das örtliche Telefonnetz. Wichtige Voraussetzung für den Wettbewerb bei der Verschaffung einfachen und

²⁷ Richtlinie 97/66/EG des Rates und des Europäischen Parlaments vom 15.12.1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABl. Nr. L 24 vom 30.1.1998.

²⁸ Im Ergebnis anders: KOENIG/RÖDER, Die EG-Datenschutzrichtlinie für Telekommunikation – Verpflichtungen auch für Internetdienstleister, CR 2000, S. 668, unter Hinweis auf die systematische Auslegung des Begriffs „öffentliches Telekommunikationsnetz“.

kostengünstigen Zugangs zum Internet ist daher die Möglichkeit für private Anbieter, ihren Kunden einen vollständigen Telefonanschluss anzubieten. Dieses ist jedoch nur dann möglich, wenn das Unternehmen entweder ein eigenes Ortsnetz aufbaut, sei es per Glasfaser, Fernsehkabel oder Richtfunk, oder aber von dem ehemaligen Monopolbetreiber Zugang zu dessen Ortsnetz zu angemessenen Bedingungen erhält.

Die sog. Entbündelung der Ortsnetze, dh. die Pflicht der ehemaligen Monopolbetreiber zur mietweisen Überlassung der Teilnehmeranschlüsse an Wettbewerber, war bislang nicht von dem europäischen Regulierungsrahmen vorgesehen. Zum Zeitpunkt der vollständigen Liberalisierung lag das Schwergewicht des wirtschaftlichen und politischen Interesses zunächst auf dem Gebiet der Fern- und Auslandsgespräche, da hier der stärkere Wettbewerb von seiten der privaten Anbieter erwartet wurde. In einigen Mitgliedstaaten wurde die Entbündelung dennoch aufgrund des nationalen Rechts angeordnet²⁹, allerdings ist selbst in diesen Mitgliedstaaten ein effektiver Wettbewerb im Ortsnetz bisher ausgeblieben. Die wesentlichen Gründe hierfür sind einerseits die Höhe der für den Zugang zu entrichtenden Entgelte und andererseits Verzögerungen bei der Bereitstellung der vermieteten Teilnehmeranschlussleitungen aufgrund technischer Schwierigkeiten³⁰.

Auf der Tagung des Europäischen Rates von Lissabon im März 2000 haben die Mitgliedstaaten die Europäische Kommission aufgefordert, für eine Verstärkung des Wettbewerbs im Ortsnetz zu sorgen. Zunächst beschloss die Kommission daraufhin gemäss Artikel 211 EG-Vertrag eine an die Mitgliedstaaten gerichtete Empfehlung, bis zum 31. Dezember 2000 eine Entbündelung der Ortsnetze auf nationaler Ebene anzuordnen³¹. Diese Empfehlung wird ergänzt durch eine Mitteilung, in der die Kommission dargelegt hat, unter welchen Voraussetzungen sie eine Verpflichtung zur Entbündelung aufgrund des EU-Wettbewerbsrechts im Einzelfall durchsetzen könnte³². Rechtlicher Ausgangspunkt dieser Bewertung ist, dass die Verweigerung

²⁹ Angeordnet und umgesetzt in Dänemark, Deutschland, Finnland, den Niederlanden, Österreich und Schweden; lediglich angeordnet in Frankreich, Italien, Spanien und im Vereinigten Königreich.

³⁰ 5. Umsetzungsbericht der Kommission, KOM(1999)537 vom 10.11.1999; bestätigt durch den 6. Umsetzungsbericht (Fn. 7).

³¹ Empfehlung 2000/417/EG vom 25.5.2000 über den entbündelten Zugang zum Ortsnetz, <http://europa.eu.int/comm/competition/liberalization>.

³² Mitteilung der Kommission, Entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss: Wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer vollständigen Palette von elektronischen Kommunikationsdiensten einschliesslich multimedialer Breitband- und schneller Internet-Dienste, ABl. Nr. C 272 vom 23.9.2000, S. 55; vgl. DE LA ROCHEFORDIERE, Competition Policy Newsletter, No. 2/2000, S. 34.

des beherrschenden Betreibers, Wettbewerbern Zugang zum Teilnehmeranschluss zu gewähren, einen Missbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 82 EG-Vertrag darstellen könnte. Dieses gilt sowohl für den Zugang als solchen als auch für die Bedingungen des Zugangs. Hinsichtlich des Zugangs kann es missbräuchlich sein, wenn der Marktbeherrscher bereits mindestens einem anderen Betreiber, der auch eine eigene Tochtergesellschaft sein kann, Zugang gewährt, einem Wettbewerber diesen jedoch verweigert³³. Gleiches gilt auch für den Fall, dass der Marktbeherrscher bislang als einziger Betreiber im Ortsnetz tätig ist und allen Wettbewerbern den Zugang verweigert³⁴. Hinsichtlich der Zugangsbedingungen können insbesondere die technischen Anforderungen und die Fristen der Bereitstellung sowie die für die Überlassung der Teilnehmeranschlussleitungen verlangten Entgelte³⁵ zu einem Missbrauch im Sinne von Artikel 82 EG-Vertrag führen.

In Anbetracht der - insbesondere aufgrund des Internet - ständig wachsenden Bedeutung des Wettbewerbs im Ortsnetz und der zu erwartenden Verzögerungen und Schwierigkeiten bei der Umsetzung der rechtlich nicht verbindlichen Empfehlung verabschiedete die Kommission sodann, auf Grundlage von Artikel 95 EG-Vertrag, am 12. Juli 2000 einen Vorschlag für eine Verordnung zur Entbündelung der Ortsnetze³⁶. Der Ministerrat und das Europäische Parlament haben den Vorschlag der Kommission am 5. Dezember 2000 mit geringfügigen Änderungen gebilligt³⁷, so dass die Verordnung wie geplant mit Wirkung vom 1. Januar 2001 in Kraft treten kann. Sie wird gemäss Artikel 249 Abs. 2 EG-Vertrag unmittelbare Bindungswirkung haben und jedem Unternehmen einen vor den nationalen Regulierungsbehörden und den nationalen Gerichten unmittelbar durchsetzbaren Anspruch auf vollständig

³³ Diskriminierung im Sinne des Artikel 82 Abs. 2 lit. c) EG-Vertrag.

³⁴ Unter den Voraussetzungen der sog. *essential facilities doctrine*; vgl. EuGH, RS C-7/97, *Oscar Bronner*, Slg. 1998, I-7791; vgl. KOENIG/LOETZ, Bedeutung der Essential facilities-Doktrin für den Zugang zu Netzinfrastrukturen im europäischen Telekommunikationsrecht, EWS 2000, S. 377.

³⁵ Unter dem Gesichtspunkt der Preisdiskriminierung, der überhöhten Preise oder der sog. Kosten-Preis-Schere (zweifacher Preisdruck).

³⁶ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, KOM(2000)394 vom 12.7.2000; Presseerklärung der Kommission IP/00/750 vom 12.7.2000.

³⁷ Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, ABl. Nr. L 336, 30.12.2000.

entbündelten Zugang³⁸ oder auf gemeinsamen Zugang³⁹ zu den Teilnehmeranschlussleitungen gewähren. Die der Kommission gemeldeten SMP-Betreiber müssen hierzu ein entsprechendes Grundangebot veröffentlichen, jedem begründeten Antrag nachkommen und für die Überlassung kostenorientierte Preise verlangen, jedenfalls solange kein hinreichender Wettbewerb im Ortsnetz festgestellt werden kann⁴⁰.

Gerade die gemeinsame Nutzung der Teilnehmeranschlussleitungen dürfte für viele Anbieter von Internet-Zugang und Internet-Anwendungen von besonderem Interesse sein, da diese Unternehmen in der Regel keinen Sprachtelefondienst über das untere Frequenzband anbieten wollen. Im Zuge der Verhandlungen im Rat über den Verordnungsvorschlag der Kommission wurden, insbesondere aus Deutschland, jedoch Bedenken an der Vereinbarkeit des gemeinsamen Zugangs mit dem verfassungsrechtlich gewährten Eigentumsschutz des Netzeigentümers vorgebracht. Aufgrund dieser Bedenken wurde der Text der Verordnung dahingehend präzisiert, dass Zugang – gleich in welcher Variante - nur dann gewährt werden muss, wenn dieser für den Antragsteller zur Erbringung seiner Dienste notwendig ist und wenn aufgrund einer Zugangsverweigerung der Wettbewerb verhindert, einschränkt oder verzerrt würde⁴¹.

Anhand der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „notwendig“ könnte zwischen den etablierten Anbietern und den Wettbewerbern Streit über die Reichweite der Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zum Ortsnetz entstehen. Hierbei ist jedenfalls zu beachten, dass durch eine zu weitgehende Auslegung des Merkmals der „Notwendigkeit“ der eigentliche Zweck der Verordnung, nämlich die gesetzliche Anordnung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung, nicht vereitelt oder übermässig erschwert werden darf. Nicht angemessen wäre es daher, im Rahmen der Verordnung etwa noch eine vollständige Prüfung anhand der Voraussetzungen der *essential facilities doctrine* zuzulassen, da deren Erfüllung durch die Verordnung

³⁸ Der etablierte Betreiber bleibt Eigentümer der Kupferleitung zum Endkunden, aber der Wettbewerber erhält ein ausschliessliches Nutzungsrecht für das gesamte Frequenzspektrum, so dass er allein in Geschäftsbeziehung zum Kunden tritt (Artikel 2 f) der Verordnung).

³⁹ Der etablierte Betreiber bleibt Eigentümer der Kupferleitung und bietet weiterhin den Basis-Sprachtelefondienst an, überlässt dem Wettbewerber jedoch die Nutzung des höheren Frequenzbereichs zur Erbringung schneller Datenübertragungsdienste (Artikel 2 g) der Verordnung).

⁴⁰ Artikel 3 der Verordnung.

⁴¹ Erwägungsgrund (7) der Verordnung.

gerade gesetzlich vermutet wird. Die Verweigerung des Zugangs darf als Ausnahme zu der generellen Rechtspflicht der Entbündelung daher lediglich anhand enggefasster Auslegungskriterien, wie etwa die technische Verfügbarkeit und die Netzintegrität⁴², erfolgen, für deren Vorliegen der beherrschende Anbieter zudem die Beweislast zu tragen hat. Derartige Streitigkeiten über die Pflicht zur Entbündelung sind von den Regulierungsbehörden in einem schnellen, fairen und transparenten Verfahren zu schlichten⁴³.

Neben der Verordnung wird jedoch auch das EU-Wettbewerbsrecht seine Bedeutung für die Verstärkung des Wettbewerbs in den Ortsnetzen behalten. Die Anordnung der Rechtspflicht zur Entbündelung allein bringt noch keine Garantie dafür, dass die etablierten Betreiber den Wettbewerbern auch tatsächlich Zugang zu ihren Ortsnetzen zu angemessenen Bedingungen und fairen Preisen gewähren und somit echten Wettbewerb zulassen. Gerade zur Durchsetzung der durch die Verordnung nicht detailliert geregelten Nebenpflichten, wie z.B. Kollokation, technische Konfigurationen und Bereitstellungsfristen, sowie zur Ahndung eventueller Missbräuche wird das Wettbewerbsrecht daher eher noch an Wichtigkeit gewinnen. Gleichzeitig mit Verabschiedung des Verordnungsvorschlags hat die Kommission daher eine allgemeine Untersuchung über die Wettbewerbsbedingungen im Ortsnetz eingeleitet⁴⁴. Durch Befragung aller etablierten Anbieter in den EU-Mitgliedstaaten und einer Vielzahl von Wettbewerbern, insbesondere auch solchen, die im Bereich des Internet tätig sind, hat sich die Kommission mittlerweile einen Überblick über diese praktischen Fragen der Entbündelung verschafft und wird aufgrund der erhaltenen Informationen ggf. einzelne Verfahren nach Artikel 81 oder 82 EG-Vertrag eröffnen.

III. Harmonisierung von Rechtsvorschriften im Gemeinsamen Markt

Im Unterschied zur sektorspezifischen Regulierung, die in der Übergangszeit nach Abbau staatlicher Monopole den etablierten Anbietern asymmetrische *ex ante*-Verpflichtungen auferlegt, um den Wettbewerb erst entstehen zu lassen, hat die

⁴² Artikel 3 Abs. 2 der Verordnung.

⁴³ Artikel 4 Abs. 5 der Verordnung.

⁴⁴ Aufgrund von Artikel 12 Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6.2.1962 (ABl. Nr. 13 vom 21.2.1962); vgl. Presseerklärung der Kommission IP/00/765 vom 12.7.2000.

Harmonisierung von Rechtsvorschriften zur Vollendung des Gemeinsamen Marktes gemäss Artikel 95 (ex-Artikel 100a) EG-Vertrag einen anderen Zweck und Ansatzpunkt. Letztere beschränkt sich nämlich darauf, festgestellte Unterschiede zwischen nationalen Rechtsvorschriften, die in einem bestimmten Bereich die gesamteuropäische wirtschaftliche Entwicklung behindern, durch Rechtsangleichung auf supranationaler Ebene zu beseitigen⁴⁵.

A. Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr

Die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (sog. *E-Commerce-Richtlinie*)⁴⁶, die vom Rat am 8. Juni 2000 aufgrund der Artikel 47 Abs. 2, 55 und 95 EG-Vertrag angenommen wurde, dient der EU-weiten Harmonisierung einer Vielzahl nationaler Vorschriften aus unterschiedlichsten Rechtsgebieten. Die Richtlinie ist bis zum 17. Februar 2002 in nationales Recht umzusetzen⁴⁷. Grundlegender Begriff für den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie sind die „Dienste der Informationsgesellschaft“ im Sinne der Richtlinie 98/34/EG in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG⁴⁸. Demnach fällt jede gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung, wie z.B. *Online*-Verkauf von Waren, *Online*-Informationsdienste, Dienste zur Datensuche, zum Datenzugang und zur Datenabfrage, kommerzielle Kommunikation sowie Dienste zur Übermittlung und Speicherung von Informationen über Kommunikationsnetze, unter die Richtlinie. Anhand dieser Definition des Anwendungsbereichs wird die inhaltliche Abgrenzung zu den Kommunikationsdiensten im Sinne des vorgeschlagenen Richtlinienpakets im Bereich der Telekommunikation wie auch zu den Rundfunkdiensten im Sinne der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“⁴⁹ deutlich.

Die *E-Commerce*-Richtlinie soll dazu beitragen, die Rechtssicherheit für die Anbieter von Informationsdiensten und das Vertrauen der Verbraucher in den elektronischen

⁴⁵ Vgl. BARDENHEWER/PIPKORN, in GROEBEN/THIESING/EHLERMANN, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl. 1999, Artikel 100a, Rn. 23 ff.

⁴⁶ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. Nr. L 178 vom 17.7.2000.

⁴⁷ Artikel 22 Abs. 1 der Richtlinie.

⁴⁸ ABl. Nr. L 217 vom 5.8.1998 und ABl. Nr. L 204 vom 21.7.1998.

⁴⁹ Richtlinie 89/552/EG (ABl. Nr. L 298 vom 17.10.1989), geändert durch Richtlinie 97/36/EG, (ABl. Nr. L 202 vom 30.7.1997).

Geschäftsverkehr im Gemeinsamen Markt zu stärken. Nach dem allgemeinen Grundprinzip der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass die Vorschriften der Richtlinie durch diejenigen Unternehmen, die auf ihrem Gebiet eine feste Einrichtung haben und ihre wirtschaftliche Tätigkeit auf unbestimmte Dauer auch tatsächlich ausüben, eingehalten werden (sog. Herkunftslandprinzip). Zudem haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Tätigkeiten ausländischer Diensteanbieter auf ihrem Hoheitsgebiet nicht eingeschränkt werden. Von diesem auf der gegenseitigen Anerkennung der nationalen Rechtsordnungen beruhenden allgemeinen Prinzip ausgenommen sind u.a. das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, der Gesundheitsschutz⁵⁰, Verbraucherverträge und formbedürftige Immobilienverträge, für die jeweils besondere Regelungen auf Gemeinschaftsebene gelten. Ferner können die Mitgliedstaaten zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Sicherheit sowie zum Schutz der Verbraucher und Anleger in begründeten Fällen Ausnahmen von diesem Grundsatz vornehmen bzw. zulassen, sofern diese angemessen und verhältnismässig sind.

Nicht geregelt werden durch diesen allgemeinen Grundsatz des Gemeinsamen Marktes die Fragen des auf einen Sachverhalt anwendbaren Rechts und der gerichtlichen Zuständigkeit. Diese folgen auch weiterhin allein dem geltenden internationalen Privatrecht.

Die vier wesentlichen Regelungsbereiche der Richtlinie sind die Sicherung der Niederlassungsfreiheit im Gemeinsamen Markt, die Behandlung der sog. kommerziellen Kommunikationen, die Gewährleistung der Wirksamkeit elektronischer Vertragsschlüsse und bestimmte Haftungsprivilegierungen für Vermittler elektronischer Informationen⁵¹.

a) Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit von Unternehmen, die Dienste der Informationsgesellschaft erbringen, wird durch die allgemeine Zulassungsfreiheit in allen EU-Mitgliedstaaten gewährleistet. Die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit

⁵⁰ Daher steht die *E-Commerce*-Richtlinie etwa der einstweiligen Verfügung des LG Frankfurt vom 9.11.2000 zur Untersagung der Lieferung von Medikamenten durch die niederländische Internet-Apotheke "*DocMorris.com*" nach Deutschland nicht entgegen (Az: 2-03 O 365/00), Quelle: F.A.Z. vom 10.11.2000.

⁵¹ Vgl. zu dem Richtlinienentwurf detailliert: BRISCH, EU-Richtlinienentwurf zum elektronischen Geschäftsverkehr, CR 1999, S. 235; SPINDLER, Der neue Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, ZUM 1999, S. 775; WALDENBERGER, Electronic Commerce: der Richtlinienentwurf der EG-Kommission, EuZW 1999, S. 296.

darf demnach in den Mitgliedstaaten nicht von einer behördlichen Entscheidung oder Handlung abhängig gemacht werden. Zur Erleichterung der Durchsetzung der Verbraucherrechte und der behördlichen Überwachung von Missbräuchen sind die Anbieter jedoch verpflichtet, sowohl den Nutzern als auch den Behörden eine Reihe von unternehmensbezogenen Informationen leicht, unmittelbar und ständig verfügbar zu machen.

b) Kommerzielle Kommunikationen

Jede Art von Werbung einschliesslich Preisausschreiben und Gewinnspiele, die auf elektronischem Weg ohne entsprechende Aufforderung an einen Empfänger übermittelt werden, müssen klar als solche kenntlich gemacht werden sowie ihren Auftraggeber deutlich erkennbar werden lassen. Ferner dürfen solche Werbesendungen nicht per E-mail an solche Empfänger übermittelt werden, die dieses ausdrücklich verweigern. Hierzu haben die Anbieter regelmässig entsprechende Listen (sog. *Robinson-Listen*) zu konsultieren, in die sich Verbraucher eintragen lassen können.

c) Vertragsschluss

Die volle Wirksamkeit elektronischer Vertragsabschlüsse muss im nationalen Recht garantiert sein. Daher sind die zivilrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten dahingehend anzupassen, dass die elektronischen Verträge hinsichtlich ihres Zustandekommens oder ihrer Form keinen weitergehenden Verpflichtungen unterworfen werden als die auf herkömmliche Art geschlossenen Verträge. Ein elektronischer Vertrag gilt nach der Richtlinie als geschlossen, wenn der Kunde vom Anbieter eine Bestätigung über den Eingang seiner Bestellung abrufbar erhalten hat. Diese Regelung kann auf vertraglichem Weg nur von solchen Parteien geändert werden, die nicht Verbraucher sind.

d) Verantwortlichkeit der Vermittler

Für Vermittler elektronischer Informationen gelten unterschiedliche Regeln je nach Art der Vermittlung. Nicht verantwortlich für den Informationsinhalt sind Vermittler im Fall der reinen Durchleitung, wenn sie lediglich die von einem Nutzer eingegebenen Informationen in ihrem Netz übermitteln und dabei keine Auswahl des Adressaten und des Inhalts der Information vornehmen. Solche Anbieter können

daher lediglich auf Unterlassung, nicht jedoch auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Die gleiche Haftungsprivilegierung gilt im Fall der automatischen, zeitlich begrenzten Speicherung des Inhalts (*Caching*), wenn der Vermittler die übermittelten Informationen nicht verändert und im Falle ihrer Entfernung aus dem Netz oder hoheitlich angeordneten Sperrung zügig aus seinem Speicher entfernt. Im Fall der Speicherung von Informationen im Auftrag des Nutzers (*Hosting*) ist ein Vermittler dann nicht verantwortlich, wenn er keine Kenntnis davon hat, dass es sich dabei um illegale Informationen handelt oder die Informationen nach solcher Kenntnis zügig entfernt bzw. sperrt. Diese Privilegierung gilt jedoch nicht, wenn der Nutzer dem Vermittler, etwa als Angestellter oder Mitarbeiter, untersteht.

Bestimmte Rechtsinstrumente nationaler Rechtsordnungen mögen durch die Umsetzung dieser Regelungen der Richtlinie geändert oder ganz abgeschafft werden⁵². Bei aller verständlichen Sorge um die Kohärenz der nationalen Rechtsordnungen und um Rechtssicherheit für die ihnen Unterworfenen, die vielfach zu Kritik gerade an dieser Richtlinie geführt hat, gilt der praktische Nutzen der angestrebten Harmonisierung doch allgemein als unbestritten und dürfte letztlich den europäischen Unternehmen und Verbrauchern zu Gute kommen⁵³.

B. Richtlinie über die elektronische Signatur

Die Richtlinie über die elektronische Signatur wurde am 13. Dezember 1999 vom Rat angenommen⁵⁴ und muss bis zum 19. Juli 2001 in nationales Recht umgesetzt werden⁵⁵. Gegenstand dieser Richtlinie ist, in Ergänzung zur *E-Commerce*-Richtlinie, die Harmonisierung der nationalen Vorschriften zur Ermöglichung des rechtswirksamen und beweissicheren elektronischen Abschlusses von Verträgen über das Internet⁵⁶.

Nach der Richtlinie wird die sog. „fortgeschrittene elektronische Signatur“, die auf einem „qualifizierten“ und von einem „sicheren“ Aussteller erstellten Zertifikat beruht, der handschriftlichen Unterschrift in Bezug auf ihre zivilrechtliche

⁵² Im deutschen Recht könnte dieses z.B. für das Rabattgesetz und die Zugabeverordnung der Fall sein.

⁵³ Vgl. LANDFERMANN, Der Richtlinienvorschlag „Elektronischer Geschäftsverkehr“ – Ziele und Probleme, ZUM 1999, S. 795, SCHULTE-BRAUCKS, Den Reformstau bewältigen, EuZW 18/2000.

⁵⁴ Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13.12.1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für die elektronische Signatur, ABl. Nr. L 13 vom 19.1.2000.

⁵⁵ Vgl. REDEKER, EU-Signaturrecht und Umsetzungsbedarf in deutsches Recht, CR 2000, S. 455.

Wirksamkeit und auf ihre Beweisfunktion im Gerichtsverfahren gleichgesetzt. Die „fortgeschrittene elektronische Signatur“ ist ausschliesslich dem Unterzeichner zugeordnet, ermöglicht seine Identifizierung, unterliegt seiner alleinigen Kontrolle und lässt eine nachträgliche Veränderung erkennbar werden. Ein qualifiziertes Zertifikat muss die in Anhang I der Richtlinie aufgeführten Angaben enthalten und von einem Aussteller stammen, der die in Anhang II der Richtlinie genannten Anforderungen erfüllt.

Die Zertifizierungsstellen dürfen keiner besonderen Zulassung unterworfen werden, müssen jedoch, um als „sicher“ zu gelten, die in Anhang III der Richtlinie genannten Voraussetzungen erfüllen. Für die von ihnen öffentlich ausgestellten qualifizierten Zertifikate haften die Zertifizierungsstellen denjenigen Nutzern, die im Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der in dem Zertifikat bestätigten Angaben einen Schaden erlitten haben.

Die mit dieser Richtlinie europaweit eingeführten Anforderungen für die elektronische Signatur gehen erheblich über diejenigen in der entsprechenden amerikanischen Regelung hinaus⁵⁷. Dort unterliegt die technische Qualität elektronischer Signaturen, selbst für schriftformbedürftige oder notariell zu beurkundende Verträge, keinen besonderen Erfordernissen. Zudem erlaubt die amerikanische Regelung neben der elektronischen Unterschrift auch Codewörter, Zahlenkombinationen und elektronische Fingerabdrücke. Da das amerikanische Gesetz weltweit auf elektronische Verträge anwendbar ist, dürfte es in Zukunft zu Kollisionen mit der europäischen Regelung kommen. Sodann wird der Markt darüber entscheiden, ob die europäische Lösung weitergehender Sicherheit oder die amerikanische Lösung grösserer Freiheit sich durchsetzen werden.

C. Richtlinie über Urheberrecht und verwandte Rechte in der Informationsgesellschaft

Im September 2000 hat der Rat einen Gemeinsamen Standpunkt über einen geänderten Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Angleichung

⁵⁶ Vgl. Digitale Signaturen, Beilage 2 zu K&R 2000, Heft 10.

⁵⁷ *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* vom Juni 2000 (*Federal E-Sign Law*), in Kraft seit 1.10.2000.

bestimmter Aspekte des Urheberrechts und verwandter Rechte in der Informationsgesellschaft festgelegt⁵⁸.

Ziel dieser Richtlinie aufgrund von Artikel 47 Abs. 2, 55 und 95 EG-Vertrag ist die Beseitigung von Hindernissen für die Ausübung der Grundfreiheiten im Gemeinsamen Markt, die sich aus den nationalen Vorschriften des Urheberrechts und damit verwandter Rechtsbereiche im Zuge der zunehmenden Digitalisierung ergeben. Zugleich soll durch die Richtlinie die Wahrung eines hohen Schutzniveaus für das geistige Eigentum auch in der Informationsgesellschaft gesichert werden⁵⁹.

IV. Europäisches Wettbewerbsrecht

A. Anwendung auf das Internet

Die grundlegenden Zielsetzungen der Wettbewerbspolitik der Kommission im Bereich des Internet sind die Verschaffung eines möglichst offenen Zugangs zu der notwendigen Netzinfrastruktur und zu den wichtigen sog. Bereichsnamen der obersten Ebene, die Sicherung offener Märkte für die Erbringung von Internetdiensten jeder Art sowie die Verhinderung der Übertragung marktbeherrschender Positionen aus vorgelagerten oder benachbarten Märkten in die verschiedenen Internet-Märkte⁶⁰.

Hinsichtlich des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen ist zu beachten, dass neben die Wettbewerbsregeln umfangreiche Regulierungsvorschriften treten (s.o. II.). Im Verhältnis zu dieser sektorspezifischen Regulierung erfüllt das europäische Wettbewerbsrecht eine ergänzende Funktion. Soweit bestimmte Sachverhalte durch eine EU-Richtlinie bzw. eine darauf beruhende nationale Vorschrift geregelt werden, tritt das allgemeine Wettbewerbsrecht als *lex generalis* zurück. Dieses gilt insbesondere für den Netzzugang und die Preisgestaltung, die ausführlich in Form von *ex ante*-Verpflichtungen geregelt und in die Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörden gestellt worden sind, so dass in vielen Fällen kein Anwendungsspielraum für die nachträgliche wettbewerbsrechtliche Missbrauchsaufsicht mehr besteht.

⁵⁸ Geänderter Vorschlag der Kommission, KOM(1999)250 vom 21.5.1999; Gemeinsamer Standpunkt des Rates (EG) Nr. 48/2000 vom 28.9.2000, ABl. Nr. C 344 vom 1.12.2000.

⁵⁹ Vgl. hierzu BUFFET DELMAS D'AUTANE/DE NOBLET, L'adaptation communautaire du droit d'auteur et des droits voisins à un environnement numérique, Gazette Européenne n° 24, Juni 2000, S. 26.

⁶⁰ Vgl. MONTI, Competition and Information Technologies, Vortrag in Brüssel am 18.9.2000, (<http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>).

Dennoch bleibt das EU-Wettbewerbsrecht grundsätzlich auch im Telekommunikationssektor anwendbar und ist hier in zweifacher Hinsicht von Bedeutung. Einerseits greift es immer dann ein, wenn bestimmte Fragen nicht von der Regulierung erfasst werden, wie z.B. die Entgelte für Gespräche zwischen Fest- und Mobilfunknetzen oder die *Roaming*-Tarife im Mobilfunk, und andererseits ist es auch von den nationalen Regulierungsbehörden bei der Anwendung der Regulierung stets zu beachten, um sicher zu stellen, dass die Regulierung keine wettbewerbswidrigen Auswirkungen hat⁶¹.

Für die im Bereich des Internet tätigen Unternehmen sind die Wettbewerbsregeln im Hinblick auf den Zugang zu Netzinfrastruktur, auf die Organisation des Internet sowie auf eine Vielzahl von Anwendungen von grosser Wichtigkeit. Während für die Organisation des Internet und für die Internet-Anwendungen in erster Linie Artikel 81 EG-Vertrag Anwendung findet, steht für die Fragen des Zugangs zu Infrastruktur eher Artikel 82 EG-Vertrag im Vordergrund. Daneben spielt, insbesondere aufgrund der wesentlichen Bedeutung der sog. *Backbone*-Netze und der fortschreitenden Konvergenz der Sektoren, die Fusionskontrolle eine wichtige Rolle für den Fortbestand offener Märkte. Die Bedeutung des Wettbewerbsrechts dürfte sich in allen diesen Bereichen bereits in naher Zukunft aufgrund des sich verstärkenden Wettbewerbs, der zunehmenden Unternehmenskonzentration sowie auch der anstehenden Reduzierung der sektorspezifischen Regulierung noch verstärken.

B. Kartellverbot (Art. 81 EG-Vertrag)

1. Organisation des Internet

Der gleichberechtigte Zugang zu Internet-Bereichsnamen (sog. *domain names*) ist für die in diesem Bereich tätigen Unternehmen von wesentlicher Bedeutung, denn er bestimmt ihren Markennamen und ihre Reputation bei den Nutzern in erheblichem Masse. Bis Mitte 1998 wurde das gesamte System der allgemeinen Bereichsnamen oberster Ebene⁶² unter einem von der amerikanischen Regierung gewährten Monopol verwaltet⁶³. Am 1. Oktober 1998 wurde für diese Aufgaben sodann eine privatrechtliche Einrichtung ohne Erwerbszweck, die sog. *Internet Corporation for*

⁶¹ EuGH, RS 66/86, *Ahmed Saeed*, Slg. 1989, S. 838.

⁶² Sog. *generic Top-level Domain Names* (gTLD) wie *.com*, *.net* und *.org*.

⁶³ Durch die *Internet Assigned Numbering Authority* (IANA) und *Network Solutions Inc.* (NSI).

Assigned Names and Numbers (ICANN) eingesetzt und eine schrittweise Liberalisierung dieser Tätigkeit durch ein gemeinsames Registrierungssystem für konkurrierende Registratoren eingeleitet. Demnach mussten für die Bereichsnamen *.com*, *.org* und *.net* zunächst fünf und sodann eine unbeschränkte Anzahl weiterer Registratoren zugelassen werden, was über einen Standardlizenzenvertrag erfolgte⁶⁴.

Im Hinblick auf die Vereinbarkeit dieser mit den Registratoren geschlossenen Lizenzverträge mit Artikel 81 und 82 EG-Vertrag hat die Kommission im Juli 1999 von Amts wegen ein Verfahren eröffnet⁶⁵. Gegenstand dieses Verfahrens waren vor allem die mögliche Diskriminierung von Registratoren, unangemessen hohe Zulassungsvoraussetzungen sowie die restriktiven Bedingungen der Übertragung von Bereichsnamen zur Verwaltung durch andere Registratoren, die allesamt ein potentiell Hindernis für den Eintritt konkurrierender Registratoren darstellten. Nachdem diese Bedenken durch den förmlichen Abschluss der Vereinbarungen zwischen dem amerikanischen Handelsministerium, *ICANN* und *NSI* über das zukünftige offene System der Registrierung und Verwaltung von Bereichsnamen mit den von der Kommission vorgeschlagenen Änderungen ausgeräumt worden waren, wurde dieses Verfahren im November 1999 eingestellt⁶⁶.

Die Kommission wird dieses System jedoch auch in Zukunft im Hinblick auf seine Offenheit und Nichtdiskriminierung genau überwachen. Probleme könnten sich etwa daraus ergeben, dass *NSI* sowohl das *Domain-Names-Register* verwaltet als auch als zugelassener Registrator tätig ist. Sofern daher Behinderungen oder Benachteiligungen konkurrierender Registratoren auftreten sollten, wird die Kommission hiergegen, ggf. auch nach Artikel 82 EG-Vertrag, einschreiten. Die Notwendigkeit eines möglichst offenen Systems wird insbesondere an der gerade anlaufenden Welle der Registrierung von Bereichsnamen in Asien unter Verwendung japanischer, chinesischer und koreanischer Schriftzeichen deutlich. Diese wird dazu führen, dass schon in Kürze für eine Vielzahl von Internetnutzer die englische Sprache nicht mehr zwingend erforderlich ist.

⁶⁴ Vgl. VAJDA/GAHNSTRÖM, E.C. Competition Law and the Internet, ECLR 2000, S. 101.

⁶⁵ Pressemitteilung der Kommission IP/99/596 vom 29.7.1999.

⁶⁶ BUIGUES/URRUTIA, Les enjeux pour la concurrence des marchés liés à Internet et au commerce électronique, Gazette Européenne n° 24, Juni 2000, S. 6.

2. Anwendungen des Internet

Hinsichtlich der Anwendungen des Internet stellen sich aus kartellrechtlicher Sicht Fragen sowohl über die horizontale Zusammenarbeit von Unternehmen auf der gleichen Wirtschaftsstufe, als auch über die vertikalen Beschränkungen zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Wirtschaftsstufen tätig sind.

a) Horizontale Zusammenarbeit

Im Hinblick auf die horizontale Zusammenarbeit von Unternehmen stehen gegenwärtig die zahlreich entstehenden Handelsplattformen im Vordergrund des Interesses. Viele Unternehmen errichten sog. *Business-to-Business (B-to-B)*-Marktplätze im Internet, die den gemeinsamen Ein- oder Verkauf von Waren und Dienstleistungen durch die beteiligten Unternehmen vereinfachen und kostengünstiger ermöglichen sollen. Gerade für kleine und mittlere Unternehmen sind solche Plattformen interessant, da sie auf diese Weise mehr Gegengewicht zu den teilweise marktmächtigen Geschäftspartnern erhalten. Handelsplattformen im Internet werden zunehmend jedoch auch von grossen Unternehmen genutzt, so z.B. im Automobilsektor (*COVISINT*⁶⁷), in der Luftfahrt- und Weltraumindustrie (*MyAircraft.com*⁶⁸) für Büroausstattungen (*emaro*⁶⁹) Konsumgüter (*Net Xchange*, *CPG.Market*), Investment-Fonds (*Cofunds*⁷⁰), sowie für öffentliche Marktplätze für Unternehmen und die Verwaltung (*Governet*⁷¹).

Bei derartigen Vereinbarungen zwischen Unternehmen kann es, neben den für die o.g. Gemeinschaftsunternehmen untersuchten fusionskontrollrechtlichen Aspekten⁷², zu Sachverhalten kommen, die eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikel 81 Abs. 1 EG-Vertrag darstellen. Problematisch kann es etwa sein, wenn es den beteiligten Unternehmen durch die Vereinbarung untersagt wird, ihre Produkte an Dritte zu liefern oder anderweitig zu verwerten. Gleiches gilt, wenn Dritte in ihrem Handlungsspielraum gegenüber den an der Kooperation beteiligten Unternehmen

⁶⁷ Vom Bundeskartellamt am 25.9.2000 gemäss § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB genehmigt (B5 – 34100 – U 40/00).

⁶⁸ Fall M.1969, Presseerklärung der Kommission IP/00/912 vom 7.8.2000.

⁶⁹ Fall M.2027, Presseerklärung der Kommission IP/00/783 vom 14.7.2000.

⁷⁰ Fall M.2075, Presseerklärung der Kommission IP/00/971 vom 5.9.2000.

⁷¹ Fall M.2138, Presseerklärung der Kommission IP/00/1102 vom 3.10.2000.

⁷² Alle angemeldeten Vorhaben wurden gemäss Artikel 6 Abs. 1 (1) FKVO (s.u. Fn. 94) ohne Auflagen genehmigt.

beschränkt oder vom Zugang zu wichtigen Lieferanten ausgeschlossen werden⁷³. Schliesslich kann es kartellrechtlich unzulässig sein, wenn die Kooperationspartner untereinander geheime Informationen austauschen oder ihre Nachfragemacht in unzulässiger Weise bündeln.

Diese Beschränkungen werden in der Regel nicht von der fusionsrechtlichen Genehmigung erfasst. Unter dem bis zur Reform der Verordnung Nr. 17 noch geltenden System des allgemeinen Kartellverbots mit Freistellungsvorbehalt dürften viele dieser Vereinbarungen daher von ihren Mitgliedern bei der Kommission angemeldet werden, um sich damit Rechtssicherheit und Bussgeldfreiheit zu verschaffen⁷⁴. In solchen Fällen wird die Kommission vor allem die generelle Offenheit der Handelsplattformen sowohl für deren Mitglieder als auch für Dritte genau überprüfen.

In ihrem Entwurf für Leitlinien über horizontale Wettbewerbsbeschränkungen hat die Kommission die wesentlichen Kriterien für die Bewertung dieser Fragen dargelegt⁷⁵. Neben den sog. „weissen Klauseln“, die von Artikel 81 Abs. 1 EG-Vertrag nicht erfasst werden und sog. „schwarzen Klauseln“, die grundsätzlich unter diese Vorschrift fallen, sind dabei in der Mehrzahl der Fälle sog. „graue Klauseln“ zu erwarten, bei denen die Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot im Einzelnen von den Unternehmen bzw. von der Kommission genau untersucht werden muss⁷⁶.

(1) Weisse Klauseln: Nicht unter das Kartellverbot fallen nach den Leitlinien in der Regel alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf den von der Zusammenarbeit betroffenen Märkten nicht miteinander im Wettbewerb stehen. Dieses dürfte auf die meisten Internet-Handelsplattformen nicht zutreffen, da deren Mitglieder typischerweise Wettbewerber sind. Ebenfalls nicht unter das Kartellverbot fällt die Zusammenarbeit, die es den beteiligten Unternehmen erst ermöglicht, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, wie z.B. die Entwicklung eines gemeinsamen

⁷³ LANGE, Unternehmenskooperationen im Internet und EG-Kartellrecht, EWS 2000, S. 291.

⁷⁴ Nach Inkrafttreten der Reform werden die Unternehmen aufgrund der geplanten Legalausnahme zum Kartellverbot diese Beurteilung selbst vornehmen müssen; vgl. den Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln, KOM(2000)582 vom 27.9.2000.

⁷⁵ Entwurf von Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. Nr. C 118 vom 27.4.2000.

⁷⁶ Vgl. zu diesen Begriffen GEIGER, Die neuen Leitlinien der EG-Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, EuZW 2000, S. 325.

Projekts zur Teilnahme an einer Ausschreibung oder Versteigerung, ebenso wenig wie die Zusammenarbeit bei einer von der Vermarktung weit entfernten Tätigkeit⁷⁷.

(2) **Schwarze Klauseln:** Dagegen sind horizontale Vereinbarungen, die eine Festsetzung von Preisen, eine Einschränkung der Produktion oder eine Aufteilung der Märkte, Kunden oder Lieferquellen bezwecken, grundsätzlich gemäss Artikel 81 Abs. 1 EG-Vertrag verboten. Dieses ist nach Auffassung der Kommission bei Vereinbarungen über den gemeinsamen Einkauf immer dann der Fall, wenn hierdurch ein Kartell verschleiert wird⁷⁸. Derartige Pläne dürften jedoch in der Praxis kaum einmal bereits vor ihrer Durchführung im Rahmen einer Anmeldung auffällig werden, sondern allenfalls als Ergebnis langfristiger Ermittlungen *ex post* festgestellt werden können.

Von grösserer praktischer Relevanz scheint daher die Feststellung zu sein, dass auch Vereinbarungen über den gemeinsamen Verkauf, der bei vielen Internet-Plattformen ebenfalls im Vordergrund des Interesses der Parteien steht, „fast immer“ unter das Kartellverbot fallen, da hierdurch in der Regel eine Abstimmung des Preisverhaltens und der zu liefernden Warenmengen bezweckt oder erreicht wird. Eine solche Abstimmung hat nach Auffassung der Kommission zur Folge, dass der Wettbewerb auf der Angebotsseite und damit auch die Wahlmöglichkeiten der Kunden beschränkt werden⁷⁹. Derartige Klauseln wird die Kommission zudem nur bei Vorliegen besonders gewichtiger Gründe des wirtschaftlichen Nutzens nach Artikel 81 Abs. 3 EG-Vertrag freistellen.

(3) **Graue Klauseln:** Solche Vereinbarungen, die nicht einer der beiden eindeutig definierten Kategorien zugeordnet werden können, müssen dagegen in ihrem rechtlichen und wirtschaftlichen Umfeld untersucht werden, denn ihre Vereinbarkeit mit Artikel 81 Abs. 1 EG-Vertrag ist nicht generell, sondern nur im Einzelfall zu beurteilen. In diesem Fall hat die Kommission somit einen grösseren Ermessensspielraum als bei den weissen und schwarzen Klauseln. Vom Kartellverbot können bestimmte Einkaufsvereinbarungen erfasst werden, wenn sie z.B. als Folge der gesteigerten Nachfragemacht der Vertragspartner zu niedrigeren Einkaufskosten

⁷⁷ Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, Rn. 23.

⁷⁸ Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, Rn. 116.

⁷⁹ Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, Rn. 136.

und zur Abschottung anderer Käufer von einer wichtigen Lieferquelle führen⁸⁰. Vermarktungsvereinbarungen können etwa dann vom Kartellverbot erfasst werden, wenn sie den Parteien den Austausch vertraulicher Geschäftsinformationen ermöglichen oder ihre Endkosten wesentlich beeinflussen⁸¹.

Eine derartige Untersuchung nach Verordnung Nr. 17 hat die Kommission im Juli 2000 hinsichtlich einer Internet-Plattform zwischen Grossbanken für den Handel mit Währungsoptionen abgeschlossen (*Volbroker.com*⁸²). Nachdem die Parteien die Bedenken der Kommission bezüglich der Offenheit des Systems und der Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen durch vertragliche Änderungen ausgeräumt hatten, konnte das Vorhaben durch Verwaltungsschreiben genehmigt werden. Ein gegenwärtig noch laufendes Verfahren, das nach den selben Kriterien anhand von Artikel 81 EG-Vertrag zu beurteilen ist, betrifft die bei der Kommission angemeldete Vereinbarung zwischen mehreren grossen europäischen und amerikanischen Banken zwecks gemeinsamer Erstellung eines weltweiten Netzwerks mit der Bezeichnung *Identrus* zur Zertifizierung elektronischer Transaktionen zwischen Unternehmen. Da der Zugang zu dem Netzwerk auch für andere Banken offen ist und die Mitglieder gegeneinander im Wettbewerb stehen, hat die Kommission kürzlich ihre vorläufige Absicht bekannt gegeben, auch diese horizontale Vereinbarung zu genehmigen⁸³.

b) Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen

Grundlegend anders gelagerte Rechtsfragen ergeben sich bei der Beurteilung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen, die im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr auftreten können. Eine Frage, die sich mit zunehmender Geschäftstätigkeit gerade kleinerer Unternehmen über das Internet häufig stellen dürfte, betrifft die Zulässigkeit direkter oder indirekter Beschränkungen des Weiterverkaufs von Waren und Dienstleistungen über das Internet im Rahmen ausschliesslicher oder selektiver Vertriebssysteme.

⁸⁰ Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, Rn. 117.

⁸¹ Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit, Rn. 138.

⁸² Fall 37.866, Presseerklärung der Kommission IP/00/896 vom 31.7.2000.

⁸³ Mitteilung gemäss Artikel 19 Abs. 3 Verordnung Nr. 17 betreffend Fall COMP/37.462 – *Identrus*, ABl. Nr. C 231 vom 11.8.2000, Pressemitteilung der Kommission IP/00/925 vom 11.8.2000.

In der Gruppenfreistellungsverordnung über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen⁸⁴ sowie in den Leitlinien zur Auslegung und Anwendung dieser Verordnung⁸⁵ hat die Kommission festgelegt bzw. erläutert, dass für Beschränkungen des Weiterverkaufs von Waren oder Dienstleistungen nur bestimmte eng umrissene vertragliche Bestimmungen von der Gruppenfreistellung erfasst werden, während alle anderen Beschränkungen des Weiterverkaufs als sog. schwarze Klauseln angesehen und in der Regel auch nicht gesondert gemäss Artikel 81 Abs. 3 EG-Vertrag vom Kartellverbot freigestellt werden.

Im Rahmen von Ausschliesslichkeitsbindungen darf der Lieferant dem Käufer der Vertragswaren lediglich den aktiven Weiterverkauf ausserhalb des sich selbst vorbehaltenen oder einem anderen Händler zugeteilten Vertragsgebiets untersagen. Dagegen muss er passive Weiterverkäufe stets zulassen⁸⁶. Für einen Vertriebshändler, der seine Waren auch über das Internet vertreibt, bedeutet dies, dass er die Waren zwar in Form von allgemeiner Internet-Werbung an einen unbestimmten Kundenkreis, nicht jedoch bestimmten Kunden mit gezielten unaufgeforderten E-mails anbieten darf⁸⁷. Ferner könnte die Tatsache, dass sich ein Vertriebshändler einen ausländischen Internet-Bereichsnamen oder eine Suchmaschinen-Bezeichnung (sog. *Metatag*) in ausländischer Sprache verschafft, obwohl dieser Markt einem anderen Händler zugeteilt ist, einen aktiven Verkauf darstellen. Dagegen dürfte die Gestaltung seiner *Homepage* in einer Fremdsprache lediglich als Mittel zum passiven Verkauf angesehen werden, da in diesem Fall der wesentliche Impuls vom Kunden ausgeht.

In einem selektiven Vertriebssystem darf weder der aktive noch der passive Weiterverkauf ausgeschlossen werden, so dass der zugelassene Vertriebshändler frei ist, in jeder Form über das Internet für die Vertragswaren zu werben und sich hierzu auch gezielt an Kunden zu richten⁸⁸.

⁸⁴ Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22.12.1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. Nr. L 336 vom 29.12.1999.

⁸⁵ Mitteilung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. Nr. C 291 vom 13.10.2000.

⁸⁶ Artikel 4 b) der Verordnung.

⁸⁷ Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rz. 51.

⁸⁸ Artikel 4 c) der Verordnung und Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rz. 53; so auch POLLEY/SEELIGER, Die neue Gruppenfreistellung für Vertikalverträge Nr. 2790/1999 – Ihre praktische Anwendung, WRP 2000, S. 1203;

C. Missbrauch marktbeherrschender Stellung (Art. 82 EG-Vertrag)

Wesentliche Voraussetzung für die Erbringung von Internetdiensten ist die Verfügbarkeit der notwendigen *Backbone*-Infrastruktur zu wirtschaftlich vertretbaren Preisen. Den Mietleitungen kommt in diesem Zusammenhang eine besondere Bedeutung zu, denn sie ermöglichen es auch den reinen Dienstleistungsunternehmen, die über kein eigenes Netz verfügen, am Markt tätig zu werden. Da die Entgelte für die Nutzung von Mietleitungen jedoch in der gesamten EU des weitgehenden Liberalisierung ungewöhnlich hoch geblieben sind, führt die Kommission seit Juli 1999 eine allgemeine Untersuchung⁸⁹ über die Mietleitungspreise der marktbeherrschenden Betreiber, insbesondere im Hinblick auf überhöhte Preise und missbräuchliche Preisnachlässe gemäss 82 EG-Vertrag, durch. Dabei wurde deutlich, dass in vielen Mitgliedstaaten ein Verdacht auf derartiges missbräuchliches Verhalten besteht. In einer öffentlichen Anhörung im September 2000 hat die Kommission die vorläufigen Ergebnisse dieser Untersuchung vorgestellt und mit den interessierten Kreisen diskutiert⁹⁰. Nach Abschluss der Untersuchung könnte die Kommission von Amts wegen gegen einzelne Betreiber Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 eröffnen, um dieses Verhalten zu beenden.

Ein weiterer Schwerpunkt der Wettbewerbsaufsicht im Bereich des Internet beruht auf der Tatsache, dass viele ehemalige Monopolisten im Bereich der Telekommunikation, die auch heute noch marktbeherrschend sind, über vollständig oder mehrheitlich beherrschte Tochtergesellschaften auch Internetdienste erbringen. Die Kommission hat deutlich gemacht, dass sich im Fall vertikal integrierter Unternehmen die marktbeherrschende Stellung in einem vorgelagerten Markt in der Regel auch auf nachgelagerte oder benachbarte Märkte erstreckt⁹¹. In der o.g. Fallgestaltung kann ein missbräuchliches Verhalten etwa darin liegen, dass ein marktbeherrschendes Telekommunikationsunternehmen seiner Internet-Tochtergesellschaft günstigere Bedingungen für den Netzzugang gewährt als deren unabhängigen Wettbewerbern (Diskriminierung).

BAYREUTHER, Die Reform der EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, EWS 2000, S. 106.

⁸⁹ Aufgrund von Artikel 12 Verordnung Nr. 17.

⁹⁰ Presseerklärung der Kommission IP/00/1043 vom 22.9.2000; MONTI, Increasing competition in leased lines, the benefits for Europe's businesses and consumers, Vortrag in Brüssel am 22.9.2000, <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>.

Die Kommission hatte bisher noch keinen derartigen Fall mit einer förmlichen Entscheidung nach Artikel 82 EG-Vertrag zu sanktionieren, da die betroffenen Unternehmen oftmals auf die Eröffnung von Untersuchungen umgehend mit entsprechenden Preissenkungen reagiert haben oder die Verfahren von den nationalen Regulierungsbehörden aufgegriffen und anhand der spezielleren nationalen Vorschriften für den Telekommunikationssektor entschieden worden sind.

Beispielsweise hat die deutsche Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (*RegTP*) in diesem Zusammenhang am 15. November 2000 in einem Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung gemäss § 30 TKG entschieden, dass der monatliche Pauschaltarif für den Internetzugang der *T-Online*, einer 100%igen Tochtergesellschaft der *Deutsche Telekom AG (DT)*, deswegen missbräuchlich ist, weil die *DT* den unabhängigen Anbietern von Internetzugang, mit denen *T-Online* konkurriert, für die notwendige Vorleistung des Netzzugangs keinen Pauschaltarif gewährt, sondern eine minutengenaue Abrechnung vornimmt⁹². Dadurch ermöglicht die *DT* es ihrer Tochtergesellschaft *T-Online*, den Internetzugang langfristig zu günstigeren Bedingungen anzubieten als deren Konkurrenten. Zwar haben einige von ihnen ebenfalls einen Pauschaltarif eingeführt, der teilweise sogar knapp unter dem der *T-Online* liegt. Insbesondere in dem Fall, dass ein Wettbewerber unter seinen Kunden eine grosse Anzahl von Langzeitnutzern hat, wird es den Wettbewerbern durch diese Tarifstruktur jedoch unmöglich, auf längere Sicht mit *T-Online* zu konkurrieren. Vielmehr wird dieses Geschäft für sie zu einem unkalkulierbaren Risiko. Die *RegTP* hat daher angeordnet, dass die *DT* ab dem 1. Februar 2001 den Pauschaltarif auch konkurrierenden Internet-Unternehmen für das Vorprodukt Netzzugang anbieten muss.

Eine andere Art des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung kann im Fall vertikal integrierter Unternehmen bei der konzerninternen Verlagerung von Gewinnen aus dem Telefon- in das Internetgeschäft vorliegen, wenn diese Verlagerung zur Verdrängung von Wettbewerbern aus dem Markt für Internetzugang oder Internetdienste führt (sog. Quersubventionierung)⁹³.

⁹¹ Vgl. Pkt. 81 der Mitteilung über Zugangsvereinbarungen (Fn. 23).

⁹² Az: BK 3b-00/033 (verbunden mit BK 3c-00/021 und BK 3b-00/022).

⁹³ Vgl. Pkte. 102-110 der Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationssektor (ABl. Nr. C 233 vom 6.9.1991).

D. Fusionskontrolle

Im Rahmen der europäischen Fusionskontrollverordnung⁹⁴ hatte die Kommission in den vergangenen Jahren eine Vielzahl von Unternehmenszusammenschlüssen, Übernahmen und Gemeinschaftsunternehmen zu untersuchen, die in unterschiedlicher Weise die verschiedenen Internet-Märkte betrafen. Hierbei sind zwei Kategorien von Vorhaben zu unterscheiden, die nach ihrem Gegenstand und ihrer Struktur deutlich voneinander abgegrenzt werden können.

1. Kooperationen zur Erbringung spezieller Internet-Anwendungen

In den Jahren 1998 und 1999 entstanden erste Kooperationen in Form von Gemeinschaftsunternehmen zur Entwicklung, Erprobung und ersten Vermarktung spezieller Internetanwendungen, so z.B. für Portale für begrenzte Informationen und Inhalte, elektronische Spiele oder Suchmaschinen. Partner dieser „ersten Generation“ von Internet-Allianzen waren überwiegend Betreiber fester Telefonnetze auf der einen und Anbieter spezieller Inhalte auf der anderen Seite. Beispiele für solche Gemeinschaftsunternehmen sind *Telia, Telenor, Schibsted (Passagen)*⁹⁵, *Bertelsmann, VIAG Interkom (Game Channel)*⁹⁶, *T-Online, Springer, Holtzbrinck (WSI Webseek)*⁹⁷ sowie *AOL Bertelsmann, Vivendi (BOL France)*⁹⁸. Alle diese Vorhaben hat die Kommission sowohl im Hinblick auf die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als auch auf eine mögliche Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens zwischen den Muttergesellschaften⁹⁹ geprüft und nach Abschluss der sog. ersten Phase gemäss Artikel 6 Abs. 1 lit. b) FKVO jeweils ohne Auflagen genehmigt.

In diesen Entscheidungen hat die Kommission die jeweils relevanten Internet-Märkte nach dem Kriterium abgegrenzt, ob die betroffenen Dienste einen wirtschaftlichen Wert hatten, also den beteiligten Unternehmen gesonderten Umsatz verschafft haben

⁹⁴ Sog. FKVO: Verordnung Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. Nr. L 257 vom 21.9.1990), geändert durch Verordnung Nr. 1310/97 des Rates vom 30.6.1997 (ABl. Nr. L 180 vom 9.7.1997).

⁹⁵ Fall COMP/JV.1, Entscheidung vom 27.5.1998.

⁹⁶ Fall COMP/JV.16, Entscheidung vom 5.5.1999.

⁹⁷ Fall COMP/JV.8, Entscheidung vom 28.9.1998.

⁹⁸ Fall COMP/JV.5, Entscheidung vom 4.8.1998.

⁹⁹ Gemäss dem durch Verordnung Nr. 1310/97 in die FKVO eingefügten Artikel 2 Abs. 4.

oder nicht¹⁰⁰. So hat die Kommission etwa in den Verfahren JV.1 und JV.5 getrennte Märkte für Internetzugang über das Telefonnetz (sog. *dial-up access*), für Internet-Werbung und für die Bereitstellung von Inhalten gegen Bezahlung angenommen, dieses für Internet-Portale jedoch verneint. In den dabei durchgeführten Marktuntersuchungen hatte die Kommission in der Tat festgestellt, dass Unternehmen und Verbraucher für die erstgenannten Dienste zu zahlen bereit waren, den Portalen jedoch nur eine unbedeutende Rolle in der Wertschöpfungskette zukam, da diese zu dem damaligen Zeitpunkt noch keine gesonderte direkt oder indirekt vergütete Dienstleistung darstellten.

2. Zusammenschlüsse zur Erweiterung der Infrastruktur und zum Angebot umfassender Anwendungen

Seit Anfang 2000 haben sich die Art, der Gegenstand und die wirtschaftliche Bedeutung der Unternehmenszusammenschlüsse mit Bezug zum Internet deutlich verändert. Die Allianzen der „zweiten Generation“ sind nunmehr in erster Linie Fusionen und Übernahmen, wogegen Gemeinschaftsunternehmen seltener geworden sind. Partner dieser Allianzen sind in erster Linie Betreiber von Mobilfunknetzen und Anbieter von Internetzugang und Internetdienstleistungen auf der einen und grosse Medienkonzerne als Anbieter umfassender Inhalte auf der anderen Seite. Wesentlicher Gegenstand dieser Allianzen ist die Ermöglichung des Zugangs zu breitgefächerten Internetanwendungen, wie *E-Commerce* und E-mail, sowie zu allen im Internet verfügbaren Informationen und Inhalten über verschiedene Endgeräte wie Fernseher, PCs und über die Mobiltelefone der kommenden Standards. Zugleich mit dieser Entwicklung ist die wirtschaftliche Bedeutung der Zusammenschlüsse stark gewachsen. Gründe hierfür sind der wachsende Markttrend vom Festnetz zum Mobilfunk aufgrund der dort zu erzielenden höheren Umsätze und dem sich rasch entwickelnden Verbraucherinteresse an einer mobileren Internetnutzung. Unterstützt wird diese Entwicklung durch die laufenden technischen Neuerungen im Mobilfunk, die schnelle und verlässliche Internet-Anwendungen erst ermöglichen sollen¹⁰¹.

¹⁰⁰ Vgl. im Überblick: DENNESS, Application of the new Article 2(4) of the Merger Regulation – A review of the first ten cases, Competition Policy Newsletter, 3/1998, S. 30.

¹⁰¹ *Wireless Application Protocol (WAP)* und *General Packet Radio Services (GPRS)* als verbesserte Anwendungen der bestehenden 2. Generation sowie *Universal Mobile Telecommunications System (UMTS)* als gegenwärtig in den Mitgliedstaaten lizenzierte und von Unternehmen erprobte künftige 3. Mobilfunkgeneration.

Die Kommission hat in diesem Zusammenhang im Jahr 2000 u.a. das Gemeinschaftsunternehmen *Vizzavi* zwischen *Vodafone*, *Vivendi* und *Canal+*¹⁰², die Übernahme von *Seagram* durch *Vivendi* und deren Tochtergesellschaft *Canal+*¹⁰³ sowie die Übernahme von *Time Warner* durch *AOL*, jeweils mit Auflagen, genehmigt¹⁰⁴. Diese drei Zusammenschlüsse verdeutlichen die soeben aufgezeigten Entwicklungen deutlich. Die während der feindlichen Übernahme der *Mannesmann AG* angekündigte Allianz zwischen *Vodafone* und *Vivendi* hatte das strategische Ziel, den Gegnern der Übernahme die konkrete Aussicht auf eine Ausrichtung von *Vodafone* auf das kommende Internetgeschäft über den Mobilfunk zu bieten. Durch die Übernahme von *Mannesmann* ist ein in seiner europaweiten Ausdehnung einzigartiges Mobilfunknetz entstanden, das durch das Gemeinschaftsunternehmen *Vizzavi* sodann um ein Internetportal mit gleicher Reichweite und umfangreichen Inhalten erweitert wurde. Darüber hinaus beabsichtigt *Vizzavi*, seinen Kunden Zugang zu Inhalten und interaktiven Internetdiensten auch über andere technische Plattformen wie z.B. das feste Telefonnetz, den Computer und den Fernseher anzubieten. Um die verschiedenen von dem Zusammenschluss betroffenen Märkte, unter denen die Kommission nunmehr auch diejenigen für Internet-Portale ermittelte, für die Wettbewerber von *Vizzavi* möglichst offen zu halten, genehmigte die Kommission dieses Vorhaben nur unter der Bedingung, dass die Wettbewerber gleichberechtigten Zugang zu den Decodern und Mobilfunkgeräten der Parteien erhalten und den Nutzern des *Vizzavi*-Portals die technische Möglichkeit eingeräumt wurde, an ihren Mobiltelefonen die Voreinstellung des Zugangsanbieters auf einen Wettbewerber von *Vizzavi* umzustellen.

Die beiden Übernahmen von *Time Warner* durch *AOL* und von *Seagram* durch *Vivendi* machen deutlich, in welcher Dimension und Geschwindigkeit sich augenblicklich die Konvergenz von Telefondiensten, Inhalten und dem Internet vollzieht. Das Schwergewicht dieser Vorhaben lag dabei auf der Verbindung von Internetzugang und der Bereitstellung von Inhalten in Form von Informationen, Bildern und insbesondere von Musik. Beide Vorhaben führten aufgrund der durchgeführten Marktuntersuchungen zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken auf

¹⁰² Fall JV.48, Presseerklärung der Kommission IP/00/821 vom 20.7.2000.

¹⁰³ Fall M.2050, Presseerklärung der Kommission IP/00/1162 vom 13.10.2000.

¹⁰⁴ Fall M.1845, Presseerklärung der Kommission IP/00/1145 vom 11.10.2000

unterschiedlichen Märkten. In beiden Verfahren war dies der Fall auf dem gegenwärtig entstehenden Markt für die Verbreitung von Musik über das Internet¹⁰⁵, im Fall *Vivendi/ Seagram* zudem auch auf mehreren nationalen *Pay-TV*-Märkten. Beide Vorhaben konnten daher von der Kommission nur mit weitgehenden Auflagen genehmigt werden.

Die beabsichtigte Fusion zwischen den beiden auf dem Markt für die sog. *Backbone*-Infrastruktur, dh. für Zugangskapazitäten auf der höchsten Ebene der hierarchischen Internetstruktur, miteinander in direktem Wettbewerb stehenden amerikanischen Telekommunikationsunternehmen *MCI WorldCom* und *Sprint* wurde von der Kommission dagegen im Juni 2000 untersagt¹⁰⁶. Ausgangspunkt für die Bewertung dieses Vorhaben war die Entscheidung der Kommission in dem Verfahren *WorldCom/MCI* aus dem Jahr 1998¹⁰⁷. Darin hatte die Kommission erstmals festgestellt, dass der Zugang zu Netzkapazität der obersten Ebene (sog. *Backbone*-Infrastruktur) ein gesonderter sachlich relevanter Markt ist, der sich in geografischer Hinsicht weltweit erstreckt. Die Übernahme von *MCI* durch *WorldCom* hätte auf diesem Markt zu einer marktbeherrschenden Stellung geführt, die den Wettbewerb auf absehbare Zeit ausgeschlossen hätte. Daher konnte sie von der Kommission nur unter der Bedingung genehmigt werden, dass *MCI* sein gesamtes Internetgeschäft veräußerte.

Unter Zugrundelegung dieser Marktabgrenzung hätte auch die Fusion zwischen *MCI WorldCom* und *Sprint* nach Überzeugung der Kommission zu einer derartig bedeutenden marktbeherrschenden Stellung der Parteien geführt, dass kein hinreichender Wettbewerb bei der Herstellung von Internet-Verbindungen über die Netzkapazität oberster Ebene mehr verblieben wäre. Gegen die Entscheidung der Kommission, den Zusammenschluss zu untersagen, hat *WorldCom* am 27. September 2000 aus materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Gründen Klage vor dem Europäischen Gericht erster Instanz erhoben.

¹⁰⁵ Die wirtschaftliche Bedeutung dieses Marktes wird gerade auch durch die kürzlich angekündigte Übernahme der Internet-Musiktauschbörse *Napster* durch *Bertelsmann* besonders deutlich.

¹⁰⁶ Fall M.1741, Presseerklärung der Kommission IP/00/668 vom 28.6.2000.

¹⁰⁷ Fall M.1069, ABl. Nr. L 116 vom 4.5.1999.

V. Schlussfolgerungen

Wie die vorliegende Untersuchung gezeigt hat, stellt das Internet im Rahmen des Rechtssystems der Europäischen Union keinen einheitlichen Regelungsbereich dar. Diese Schlussfolgerung entspricht der Natur des Internet als einem Medium, das im wesentlichen dazu verwendet wird, bereits bestehende wirtschaftliche Abläufe zu erleichtern, nicht jedoch gänzlich neuartige Vorgänge schafft. An dieser Einschätzung dürfte sich voraussichtlich auch in Zukunft nichts Grundlegendes ändern.

Allerdings greift das Internet aufgrund seiner globalen Ausdehnung und seiner vielseitigen Verwendbarkeit stärker in wirtschaftliche und gesellschaftliche Abläufe ein, als dies durch die meisten anderen technischen Errungenschaften bisher der Fall war. Das Internet kennt im wörtlichen wie im übertragenen Sinn keine Grenzen mehr. Diese Eingriffe in teilweise über lange Zeit gewachsene Strukturen haben sowohl für die Menschen als auch für die Unternehmen weitreichende Folgen, auf die die bestehende Rechtsordnung nur teilweise angemessen reagieren kann. Wenn die Auslegung der geltenden Gesetze hierzu nicht ausreicht, sind somit Reformen notwendig.

Die Organe der Europäischen Union, und insbesondere die Europäische Kommission, sind dabei sowohl als Anstossgeber für neue Regelungen in den Mitgliedstaaten als auch als Koordinierungsinstanz für deren teilweise stark unterschiedliche Positionen gefordert. Trotz der aufgrund des EG-Vertrages beschränkten Kompetenzen der EU bestehen zur Erfüllung dieser Aufgaben weitreichende Rechtsgrundlagen, die sich im wesentlichen in der Rahmengesetzgebung und in der Wettbewerbsaufsicht niederschlagen.

Im Hinblick auf das Internet lassen sich dabei zwei wesentliche Regelungsbereiche unterscheiden, und zwar einerseits die notwendige Infrastruktur und andererseits die ermöglichten Anwendungen. Während hinsichtlich der Infrastruktur Kapazitätsengpässe entstehen können, zu deren Lösung regulatorische Anordnungen notwendig sind, und wahrscheinlich auch in den kommenden Jahren noch notwendig bleiben werden, ist dies bei den Anwendungen nur selten der Fall. Daher reicht die nachträglich ansetzende Wettbewerbsaufsicht in der Regel zur Lösung der anwendungsbezogenen Rechtsprobleme aus.

Dem Wettbewerbsrecht kommt für die weitere Entwicklung des Internet eine besonders wichtige Rolle zu, denn es ist – im Gegensatz zur Gesetzgebung, und insbesondere zur Marktregulierung - darauf ausgerichtet, den Unternehmen einen weitgehenden Handlungsspielraum zu gewähren, indem es sich darauf beschränkt, einmal festgestellte Marktstörungen zu beenden bzw. zu ahnden¹⁰⁸. Durch seinen sektorübergreifenden und in der Eingriffstiefe flexiblen Ansatz bietet das Wettbewerbsrecht somit für die oftmals innovativen und schnell expandierenden Internet-Unternehmen einen besser geeigneten Rahmen. Gerade in der durch die immer rasanteren Entwicklungen der Technik, der Märkte und der Verbrauchernachfrage gekennzeichneten *New Economy* sind diese Vorteile nicht zu unterschätzen.

¹⁰⁸ Vgl. KLOTZ, Innovation im Telekommunikationssektor durch oder trotz Regulierung auf EU-Ebene: Innovationsoffenheit durch Wettbewerbssicherung, in: HOFFMANN-RIEM (Hrsg.), Innovation und Telekommunikation, Baden-Baden 2000, S. 129.