

Dokument	recht 1998 S. 115
Autor	Urs Feller
Titel	Zugang zu Netzen und anderen Einrichtungen
Seiten	115-123
Publikation	recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
Herausgeber	Wolfgang Ernst, Roland Frankhauser, Peter Jung, Christoph Müller, Alexandra Rumo-Jungo, Peter V. Kunz, Roger Zäch, Felix Bommer, Sabine Gless, Martina Caroni, Bernhard Rüttsche, Daniela Thurnherr
Frühere Herausgeber	Peter Gauch, Daniel Girsberger, Christine Kaufmann, Thomas Sutter-Somm, Wolfgang Wiegand
ISSN	0253-9810
Verlag	Stämpfli Verlag AG

recht 1998 S. 115

Dr. *Urs Feller*, Ebnat-Kappel/St. Gallen

Zugang zu Netzen und anderen Einrichtungen

Ein Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf mit Bemerkungen aus methodischer Sicht

I. Übersicht¹

Am 2. September 1997 ist vom Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf (nachfolgend OLG) ein Urteil gefällt worden, das in zweifacher Hinsicht bemerkenswert ist:

Erstens wird die Frage nach einem Mitbenutzungsrecht und dessen Preis für bestehende Antennenmasten zwischen verschiedenen Telekommunikationsanbietern auf einem liberalisierten Fernmeldemarkt behandelt. Eine Frage, die sich in der Schweiz heute ebenso stellt. Zweitens wird ein bisher wenig beachtetes methodisches Instrument - nämlich Folgenerwägungen - dazu benutzt, die vorliegende Entscheidung zu begründen.

¹ Prof. Dr. *Roger Zäch* hat mich auf vorliegendes Urteil aufmerksam gemacht und es mir zur Verfügung gestellt, ihm danke ich freundlich; insbesondere für die hilfreichen Anregungen. Ebenso danke ich *Jean-Claude Dubacher* für das Korrekturlesen des Manuskripts.

Im II. Teil wird der Sachverhalt geschildert und die rechtliche Würdigung dargestellt; darin eingeflochten wird auf das schweizerische Kartellrecht Bezug genommen. Unter III. wird das methodische Instrument der Folgenerwägungen in einen grösseren Zusammenhang gestellt und mit Blick auf die vorliegende Entscheidung diskutiert. Der Artikel schliesst mit einem Ausblick unter IV.

recht 1998 S. 115, 116

II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung²

1. Sachverhalt (Zusammenfassung)

a) Seit dem 1.1.1995 ist die Deutsche Telekom AG als privatwirtschaftliches Unternehmen konzipiert. Bisher dem Monopol zugeordnete Geschäftsbereiche wurden dem Markt geöffnet, so auch das Betreiben des digitalen zellularen Mobilfunks nach dem europaweit vereinheitlichten GSM-Standard. Dabei handelt es sich um den Betrieb eines Telekommunikationsnetzes für den rasch wachsenden Markt der mobilen Funktelefone.

b) In Deutschland gibt es insgesamt drei Lizenznehmer (Konzessionäre), wovon im vorliegenden Prozess die Klägerin (M.M. GmbPI) mit ihrem sogenannten X-Netz und die Beklagte (Deutsche Telekom AG und Rechtsnachfolgerin des ehemaligen Monopolbetriebs) mit ihrem sogenannten Y-Netz, zwei der drei Lizenznehmer bilden. Lizenzgeber für den Betrieb der digitalen Mobilfunknetze ist der Bundesminister für Post und Telekommunikation.

c) Technisch erfolgt die Verbindung zwischen dem mobilen Telefon des einzelnen Benutzers und dem Telefonnetz über sogenannte Basisstationen. Die begrenzte Sendereichweite der Mobilfunktelefone erfordert ein flächendeckendes Netz von Basisstationen, wobei zwischen Mobiltelefon und Basisstation regelmässig 10 km und höchstens 20 km Distanz liegen dürfen. Jede Basisstation benötigt zudem eine Verbindung zur sogenannten Vermittlungsstelle, die ihrerseits die Verbindung mit dem allgemeinen Telefonnetz herstellt. Dabei kann die Verbindung zur Vermittlungsstelle über Kabel³ oder durch Richtfunk erfolgen. Der Funkverkehr zwischen Mobiltelefon und Basisstation erfolgt über tonnenförmige GSM-Antennen; derjenige zwischen Basisstation und Vermittlungsstelle (Richtfunk) über Parabolantennen mit 60 cm Durchmesser. Weil der Richtfunk in noch stärkerem Masse von der Beschaffenheit des Geländes abhängig ist als der Funkverkehr zwischen Mobiltelefon und Basisstation, sind für den Richtfunk besonders günstige Standorte wie hohe Gebäude, Schornsteine oder eigentliche Antennenmasten erforderlich.

d) Die Beklagte errichtete 1993 in Mecklenburg-Vorpommern an optimaler Lage einen Antennenmast von 69 m Höhe. Dieser wird von ihrer Konzerntochter für den Betrieb des Y-Mobilfunknetzes genutzt. Im vorliegenden Rechtsstreit geht es um die Mitbenutzung dieses Mastes durch die Klägerin und zwar hinsichtlich der Anbringung einer für den Richtfunk erforderlichen Parabolantenne. Aufgrund einer vertraglichen Abrede konnte die Klägerin bereits eine tonnenförmige GSM-Antenne für den Funkverkehr mit den Mobiltelefonen anbringen.

e) Die Klägerin zieht folgende rechtliche Grundlagen heran:

In § 3 Abs. 2 des Kaufvertrags über das Betriebsgelände des Antennenträgers mit der Stadt L. verpflichtete sich die Beklagte, «die Mitnutzung des Fernmeldeturms anderen Anbietern zu gewähren».

² Die Schilderung lehnt sich eng an die schriftliche Begründung des Urteils an.

³ Diese Anwendung bildet einen wichtigen Bereich der sogenannten Interkonnektion; vgl. dazu IV.



Am 30.7.1992 schlossen die Klägerin und die Beklagte eine Rahmenvereinbarung zur Gestattung der wechselseitigen Mitbenutzung von Basisstationen zum Betrieb der Mobilfunknetze X und Y. Darin heisst es: Die Parteien «können sich im Interesse der Entwicklung des europäischen Mobilfunks und der Minimierung der Eingriffe in Natur und Landschaft gegenseitig die Mitbenutzung von Antennenstandorten gestatten, (...) diese Vereinbarung umfasst nicht die Mitbenutzung zum Zwecke der Errichtung von Richtfunkstrecken».

Im Lizenzvertrag zwischen der Rechtsvorgängerin der Beklagten (damals noch Monopolistin) und der Klägerin wird unter dem Titel Nutzung von Antennenstandorten folgendes festgehalten: Die Rechtsvorgängerin der Beklagten «und der Lizenznehmer können sich gegenseitig die Mitbenutzung von Antennenstandorten gestatten, sofern dies kartellrechtlich zulässig ist», und die Parteien «werden diese Mitbenutzung nicht verweigern, wenn dies bei Abwägung der beiderseitigen Interessen unbillig wäre».

Eine Verwaltungsvorschrift des Bundesminister für Post und Telekommunikation vom 23.12.1994 enthält eine gleichlautende Regelung.

In einem vom Bundesminister für Post und Telekommunikation persönlich Unterzeichneten Schreiben vom 15.6.1994 an die Klägerin erklärte er, indem der Lizenznehmerin das Betreiben eines eigenen Richtfunknetzes gestattet wurde (ingeräumt am 8.8.1991), gelte die Regelung zur Mitbenutzung der Antennenstandorte auch für diese Anwendung. Zudem hielt er fest, dass eine unbillige Verweigerung dann vorliegt, wenn für den Wettbewerber keine Ausweichmöglichkeit auf einen eigenen Standort besteht.

Die Klägerin stützt sich sodann auf das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB⁴).

f) Zufolge des noch bestehenden Monopols der Beklagten (§ 1 Abs. 2 FAG⁵) Kabelverbindungen zu halten, ist es der Klägerin versagt, ein eigenes Kabelnetz zu betreiben. Um die Verbindung der Basisstation mit der Verbindungsstelle

recht 1998 S. 115, 117

sicherzustellen, verbleibt der Klägerin somit entweder eine eigene Richtfunkstrecke zu betreiben oder Kabelverbindungen der Beklagten zu mieten. Da die Klägerin die Kosten beim Betrieb einer eigenen Richtfunkstrecke für niedriger hielt, versuchte sie zunächst, eine Baubewilligung für einen eigenen Antennenmasten zu erlangen. Die zuständigen Behörden lehnten jedoch alle eingereichten Projekte ab, weil ein weiterer Funkturm aus Gründen des Landschaftsschutzes sowie aus städtebaulicher Sicht nicht zu verantworten sei. Somit blieb die Klägerin auf die Mietleitungen der Beklagten angewiesen. Die Gebühren hierfür liegen nach klägerischen Angaben für die Dauer von 10 Jahren um 39% über den Kosten einer eigenen Richtfunkstrecke. Im Ergebnis, so argumentiert die Klägerin, werde sie damit gehindert, von ihrer Richtfunklizenz Gebrauch zu machen. Das stehe im Gegensatz zur Entscheidung des Gesetzgebers, das Fernmeldewesen zu liberalisieren und die Monopolstruktur des Telekommunikationsmarktes aufzubrechen. Die Beklagte wandte dagegen ein, dass sie keine Monopolstellung innehatte im Bereich der terrestrischen Übertragungswege oder des fraglichen Antennenstandorts. Die Klägerin könne mit oder ohne Baubewilligung einen eigenen Richtfunkstandort errichten. Die Beklagte zwingt die Klägerin nicht zur Inanspruchnahme ihrer kabelgebundenen Übertragungswege, sondern biete deren Benutzung lediglich an.

g) Vor erster Instanz verlangte die Klägerin in ihren Rechtsbegehren, dass die Beklagte verurteilt wird, die Installation und den Betrieb einer eigenen Richtfunkstrecke am fraglichen Antennenmast zu dulden und festzustellen, dass die Beklagte allen bisherigen und zukünftigen Schaden aus der verweigerten Installation zu ersetzen hat. Die Beklagte beantragte die Klage abzuweisen. Vor OLG waren die Parteirollen vertauscht, denn die Klägerin war vor erster Instanz erfolgreich.

⁴ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen i.d.F. vom 20.2.1990, BGBl 1990 I 236.

⁵ Gesetz über Fernmeldeanlagen i.d.F. vom 3.7.1989, BGBl 1989 I 1455.

2. Rechtliche Würdigung (Zusammenfassung)

Geprüft wird die Anwendung von §26 Abs. 2 Satz 1 GWB, der wie folgt lautet: «Marktbeherrschende Unternehmen (...) dürfen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlichen gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln.»

In der Schweiz würde die Anwendung von Art.7 des Kartellgesetzes (KG⁶) in Frage stehen. Dieser lautet: «Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen» (Abs.1)⁷. Die Botschaft versteht den Behinderungstatbestand der Generalklausel in Art. 7 KG als eine gegen andere Wettbewerber gerichtete Strategie, die sich als «unbillig» erweisen muss, indem z. B. eine Verdrängung aus dem Wettbewerb beabsichtigt ist⁸. Damit ist die Anlehnung des schweizerischen Gesetzgebers an § 26 GWB oder an die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 86 EGV offenkundig⁹.

Das OLG hat ein Sachverständigengutachten eingeholt zur Frage, ob die Kosten der Klägerin bei der Anmietung von Leitungswegen der Beklagten um 39% höher sind als diejenigen einer eigenen Richtfunkstrecke.

a) Der *relevante Markt* bildet die Nachfrage der Anbieter von Mobilfunk nach Antennenstandorten, die sowohl als Basisstation wie auch als Vermittlungsstelle dienen können. Auf diesem Markt ist die Beklagte Monopolistin (GWB § 22 Abs. 1 Nr. 1) und damit ohne weiteres ein marktbeherrschendes Unternehmen. Einen Antennenstandort, der für eine Basisstation so hervorragend geeignet ist wie der Mast der Beklagten, kann von keinem anderen Wettbewerber mehr realisiert werden. Die örtlichen Baubehörden sind zudem nicht gewillt, weitere Baubewilligungen zu erteilen, weil schon der Mast der Beklag-

recht 1998 S. 115, 118

ten als Beeinträchtigung des Landschaftsbildes empfunden wird. Auch die oberste Bau- und Planungsbehörde des Landes Mecklenburg-Vorpommern erklärte, dass ein weiterer Antennenmast nach der Art der Beklagten an den technisch geeigneten Standorten der betreffenden Region keinesfalls mehr in Frage kommt¹⁰.

⁶ SR 251; Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG gilt das Kartellgesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen.

⁷ In Art. 7 Abs. 2 werden exemplarisch die häufigsten Fälle aufgezählt: «Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht: a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre); b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen; c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen; d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen; e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung; f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.»

⁸ BBl 1995 I 569 f.

⁹ *Drolshammer Jens Ivar*, Wettbewerbsrecht, Vom alten (KG 85) zum neuen Recht (KG 95), Bern 1997, 78 und 81; *Meier-Schatz Christian J.*, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, Art. 5-8, in: *Zäch Roger* (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 21 ff., 59; *Ruffner Markus*, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, AJP 5 (1996) 834 ff., 838 ff.; *Schmidhauser Bruno*, in: *Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrik*, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 7 N 35; *Dalla Fior Roberto*, in: *Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey* (Fn. 9), Art. 7 N 89.

¹⁰ Ob der relevante Markt derart eng bestimmt werden musste, ist zumindest diskutierbar;



Nach schweizerischem Kartellrecht gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es als Anbieter oder Nachfrager in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art.4 Abs. 2 KG). Auf dem vorliegenden Markt wäre die Beklagte auch nach schweizerischem Recht ein marktbeherrschendes Unternehmen¹¹.

b) Sodann stellt sich die Frage, ob es sich um einen *Geschäftsverkehr* handelt, der im Sinne des § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB *gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich* ist. Dabei ist nicht die Praxis des fraglichen Unternehmens massgebend, sondern diejenige, die sich unter am Wettbewerb Beteiligten als natürlich und angemessen herausgebildet hat (*Schultz Klaus-Peter*, in: *Langen Eugen/Bunte Hermann-Josef*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 7.A., Neuwied 1994, §26 Rz. 139). Solcher Geschäftsverkehr wird vorliegend bejaht, weil die Antennenmasten bereits für die tonnenförmigen Rundstrahlantennen gemeinsam benutzt werden. Dort wird die Mitbenutzung als allgemein geübt und angemessen empfunden. Nach der Erweiterung der Lizenz der Klägerin auf Richtfunk kann die Beklagte ihr die Anbringung von Richtfunkantennen nicht mehr grundsätzlich verweigern, auch wenn dies ursprünglich so vereinbart worden ist. Nach dem Willen des Bundes hat es digitalen Mobilfunk von vornherein nur in Verbindung mit einer Regelung über die gegenseitige Mitbenutzung von Antennenträgern gegeben. Daraus folgt, dass es auch entsprechende Märkte für diese Mitbenutzung geben sollte (BGH, NJW 95, 2718, 2721 - Gasdurchleitung). Zudem belasten die kleineren Richtfunkantennen den Masten ungleich geringer als die unförmigen Rundstrahlantennen, für die bisher der Masten mitbenutzt werden konnte.

Dieses Tatbestandsmerkmal fällt in der Schweiz mit der Abklärung und Festlegung des relevanten Marktes zusammen, der sachlich, örtlich und zeitlich differenziert wird.

c) Eine *Behinderung* ist jede unmittelbare oder mittelbare Beeinträchtigung der Betätigungs- und Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen (*Emmerich Volker*, Kartellrecht, 7.A., München 1994, 305). Die Klägerin hat nachgewiesen, dass sie aus technischen und baurechtlichen Gründen auf den Antennenträger der Beklagten angewiesen ist. Es ist ihr verwehrt, eine eigene entsprechende Einrichtung zu schaffen. Das Sachverständigengutachten hat zudem den Nachweis erbracht, dass die Benutzung der Mietleitungen der Beklagten mit erheblich höheren Kosten verbunden wäre als die Installation eigener Richtfunkantennen auf dem Mast der Beklagten. Die Vorteilhaftigkeit des eigenen Richtfunks von 24% gegenüber den Kosten der Mietleitungen bildet einen so erheblichen, nicht mehr zu vernachlässigbaren Kostenunterschied, dass die Klägerin den Beweis der Behinderung erbracht hat.

Eine Behinderung im Sinne des KG wird bejaht, wenn ein Verhalten mindestens geeignet ist, sich nachteilig auszuwirken, oder sich tatsächlich nachteilig auswirkt¹²; auch dieses Kriterium wäre in casu erfüllt.

d) Schliesslich ist zu prüfen, ob die vorliegende Behinderung unbillig ist (*umfassende Interessenabwägung durch Wertung*). Im schweizerischen Recht wird dieser Aspekt mit dem Missbrauch der Stellung auf dem Markt durch das marktbeherrschende Unternehmen erfasst. Als missbräuchlich gilt dabei eine Benachteiligung, ohne sachlich gerechtfertigten (kaufmännischen) Grund (*legitimate business reasons*)¹³. Der

jedenfalls sind die Substitutionsmöglichkeiten stark eingeschränkt. Kartellbehörden tendieren allgemein dazu, Märkte eher eng zu bestimmen (*Zäch Roger*, Grundzüge des europäischen Wirtschaftsrechts, Zürich 1996, 268).

11 Vgl. dazu den Entscheid Telecom/Blue Window, in: Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 1997/2, 161 ff., 174, wonach die Telecom PTT (jedenfalls vor Inkrafttreten des neuen Fernmeldegesetzes) auf dem schweizerischen Telefoniemarkt als marktbeherrschendes Unternehmen in Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG gilt.

12 *Drolshammer* (Fn.9), 70.

13 Verfügung der Wettbewerbskommission vom 15. Dez. 1997 in Sachen Telecom PTT-Fachhändlerverträge gegen Schweizerische Eidgenossenschaft (PTT-Betriebe), RPW 1997/4, 506 ff., 513; *Meier-Schatz* (Fn.9), 53 und 55; *Ruffner* (Fn.9), 839 und 845; *Schmidhauser* (Fn. 9), Art.

Preis für eine Ware oder eine Dienstleistung (z. B. die Benutzung von Mietleitungen) ist dann unangemessen, wenn «er bei einem normalen und hinreichend wirksamen Wettbewerb nicht hätte erreicht werden können»¹⁴.

recht 1998 S. 115, 119

Den entscheidenden Gesichtspunkt im vorliegenden Fall bildet die auf Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des GWB. Es geht darum, die Märkte offenzuhalten (*Stockmann Kurt/Schultz Klaus-Peter, Kartellrechtspraxis 1996/1997*, 12. A., Köln 1997, Rz.403 m.N.). Mit der Privatisierung der Telekommunikation wurde das Ziel verfolgt, die hoheitlich verkrusteten Strukturen aufzubrechen. Aus diesem Grund wurde eine Mobilfunklizenz nicht nur an die Beklagte, sondern auch an private Anbieter zugeteilt. «Zwar besteht auf dem Markt für Festleitungen derzeit noch ein gesetzliches Monopol der Beklagten. Dieses darf jedoch auch vor einer Liberalisierung dieses Marktes nicht dazu benutzt werden, die überkommenen Strukturen auf dem Telekommunikationsmarkt aufrechtzuerhalten und die neu hinzugekommenen Wettbewerber zu behindern. Alles andere würde der dezidierten Absicht des Gesetzgebers zuwiderlaufen, die Beklagte unter Wettbewerbsdruck zu setzen.»¹⁵ Wird die vorliegende Behinderung als zulässig beurteilt, so folgt daraus, dass Wettbewerb als gesetzgeberisches Ziel für diesen Bereich nicht realisiert werden kann. Wird diese Behinderung hingegen als unzulässig eingestuft, mit der Folge, dass die Beklagte verpflichtet wird, das Anbringen der Richtfunkantenne zu gestatten, so folgt die Rechtsanwendung der gesetzgeberischen Zielvorstellung der offenen Märkte in der Telekommunikationsbranche, weil das Dienstleistungsangebot der Beklagten wirtschaftlichem Druck ausgesetzt wird. Nur echte wirtschaftliche Konkurrenz bringt Wettbewerb. Die Verweigerung der Mitbenutzung des Antennenmastes für Richtfunkantennen der Klägerin wirkt sich als Marktzutrittssperre aus, bei der die eigenen Interessen des Normadressaten grundsätzlich zurückzutreten haben (*Schultz Klaus-Peter*, in: *Langen Eugen/Bunte Hermann-Josef*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 7.A., Neuwied 1994, § 26 Rz. 164). Die nach der Rechtsprechung vorzunehmende umfassende Interessenabwägung fällt somit zugunsten der Klägerin aus. Diese ist denn auch bereit, für die Mitbenutzung ein «Gestattungsentgelt» nach dem Kostenberechnungsverfahren zu zahlen, das auch sonst für die gegenseitigen Mitbenutzungsfälle angewandt wird.

Nach *Ruffner* läuft die Diagnose des Missbrauchs nach dem Kartellgesetz «letztlich auf eine normzweckorientierte Interessenabwägung hinaus (...). Angesichts des extrem offen formulierten Missbrauchsbegriffs ist die Rechtsanwendung auf ein Referenzsystem angewiesen, das letztlich nur die moderne Wettbewerbstheorie anbieten kann, auf die in den Materialien wiederholt Bezug genommen wird»¹⁶.

7 N 37. Nach *Ruffner* (Fn. 9), 838 ff. sind allgemein folgende Abgrenzungskriterien massgebend, um wettbewerbskonforme von missbräuchlichen Verhaltensweisen zu unterscheiden: 1) Die Lehre von den «legitimate business reasons», 2) Das Vorliegen einer Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, 3) Massnahmen des Nichtleistungswettbewerbs und 4) Normzweckorientierte Interessenabwägung.

- ¹⁴ *Drolshammer* (Fn.9), 73; *Dallafor*, (Fn.9), Art.7 N 114; vgl. dazu auch *Zäch Roger*, Privatisierung und Wettbewerb in Wirtschaftsbereichen mit Netzstrukturen, in: *Ehrenzeller Bernhard* u.a. (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Forderungen*, Festschrift für Yvo Hangartner zum 65. Geburtstag, St. Gallen 1998, 935 ff., 951. Vorliegend wäre insbesondere die Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit.c KG (vgl. Fn.7) zu prüfen. Wichtige Entscheidungen zum fast identisch lautenden Art.86 Abs.2 lit.a EGV sind: «United Brands», Slg. 1978, 207 ff., 303 ff.; «British Leyland», Slg. 1986, 3263 ff., 3303 ff.
- ¹⁵ Urteil des OLG, 26 f. Vgl. dazu auch den Vorentwurf zur 6. GWB-Novelle, besprochen in: *Bechtold Rainer*, Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts 1995-1997, NJW 50 (1997) 1959 ff., bes. 1960 f. und 1964.
- ¹⁶ *Ruffner*(Fn. 9), 845 f. Festzuhalten bleibt zudem, dass Art. 8 KG erlaubt, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, die von der zuständigen Behörde für unzulässig erklärt wurden, auf Antrag der Beteiligten durch den Bundesrat zuzulassen, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen.

e) Damit wird die Beklagte verpflichtet, das Anbringen und Betreiben der klägerischen Richtfunkantenne an ihrem Mast zu gestatten, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Der Entscheid ist weitergezogen worden. Das Aktenzeichen am BGE! lautet KZR 43/97. Eine Entscheidung des BGE! ist gemäss Auskunft des Präsidenten der entscheidenden OLG-Kammer nicht vor Flerbst 1998 zu erwarten.

III. Methodische Hinweise

1. Folgenerwägungen als methodisches Instrument

a) Konzept

Folgenerwägungen zielen darauf ab, bei der Begründung juristischer Entscheidungen die realen Folgen dieser Entscheidung einzubeziehen. Sie haben ihren Anwendungsbereich insbesondere bei Rechtsfortbildungen (Art. 1 Abs. 2 ZGB) und bei Billigkeitsentscheidungen (Art.4 ZGB). Aber auch bei «normaler» Auslegung, wo die generellabstrakte Norm die Entscheidung nur ungenügend determiniert, bieten Folgenerwägungen nützliche Hilfen an. Folgenerwägungen erfordern ein schrittweises Vorgehen, indem mögliche Folgen ermittelt werden (Folgenermittlung), die Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieser Wirkungen vorhergesagt wird (Folgenprognose), die Folgen einer wertenden Beurteilung unterzogen werden (Folgenbewertung) und schliesslich diejenige Entscheidungsvariante, die den Bewertungskriterien am besten entspricht, als Urteils-

recht 1998 S. 115, 120

grundlage herangezogen wird¹⁷. Im Gegensatz zur klassischen juristischen Methode, die Entscheidungen durch die regelhafte Verarbeitung vergangener Tatsachen steuert (Blick in die Vergangenheit), lenken Folgenerwägungen die Entscheidung durch die von der Entscheidung erwarteten Wirkungen (Blick in die Zukunft)¹⁸. Folgenerwägungen fanden bereits bisher - mehr oder weniger bewusst - vor allem innerhalb des teleologischen Auslegungselements Anwendung. Eine mögliche Abgrenzung der teleologischen Auslegung von Folgenerwägungen zielt dahin, dass erstere sich auf die abstrakte Angabe von Werten bezieht und letztere vor allem die empirisch erfassbaren, tatsächlichen Auswirkungen umfassen¹⁹.

b) Ursachen von Folgenerwägungen

Gesetzesnormen sind häufig in der Form von Konditionalprogrammen²⁰ aufgebaut, d.h. sie basieren auf einer «Wenn-Dann-Struktur» (Wenn = Tatbestandsmerkmale; Dann = Rechtsfolge; als Beispiel mag man sich Art. 41 OR vor Augen halten).

¹⁷ *Adomeit Klaus*, Methodenlehre und Juristenausbildung, ZRP 3 (1970) 176 ff., 179; *Decken Martina*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, München 1995, 1241; *Grimm Dieter*, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Zur Argumentationspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts, in: *Teubner Günther* (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden 1995, 139 ff., 146; *Kilian Wolfgang*, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung: Methodenorientierte Vorstudie, Frankfurt a. M. 1974, 207 ff.; *Rottleuthner Hubert*, Zur Methode der folgenorientierten Rechtsanwendung, ARSP Beiheft N.F. Nr. 13 (1980) 97 ff., 110 ff.; *Schäfer Hans-Bernd/Ott Claus*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2.A., Berlin/Heidelberg/New York 1995, 15 ff.; *Schmalz Dieter*, Methodenlehre für das juristische Studium, 2.A., Baden-Baden 1990, N 262 ff.; *Wälde Thomas*, Juristische Folgenorientierung. «Policy Analysis» und Sozialkybernetik: Methodische und organisatorische Überlegungen zur Bewältigung der Folgenorientierung im Rechtssystem, Königstein/Ts. 1979, 38 ff.

¹⁸ *Wälde* (Fn.17), 5.

¹⁹ *Rottleuthner* (Fn. 17), 107.

²⁰ Zum Begriff: *Luhmann Niklas*, Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen, 2. A., Frankfurt a.M. 1977, 101 ff.



Vorliegend beinhaltet die anwendbare GWB-Norm (desgleichen die KG-Norm²¹) auch Elemente eines Zweckprogramms²², d.h. sie zielt auf einen Zustand, den es in der Zukunft zu erreichen gilt. Soweit der Gesetzgeber dem Rechtsanwender anstelle stark determinierender Normen, offene Zweckprogramme in der Form von Zweckartikeln, Generalklauseln oder unbestimmter Rechtsbegriffe zur Verfügung stellt, erfordert dies eine situationsangepasste Vervollständigung durch den Rechtsanwender²³. Wird das Recht weniger in den Dienst der Bewahrung als viel mehr in den Dienst der Herstellung und Steuerung einer Ordnung gestellt, muss es seine Argumentation von der Vergangenheit in die Zukunft richten. Die Folgerorientierung erweist sich als methodologische Konsequenz einer veränderten Normenstruktur²⁴. Man kann sich sogar fragen, inwieweit ein Konditionalprogramm als genügend determinierend erachtet wird, wenn doch Lehre und Rechtsprechung einmütig davon ausgehen, dass Auslegung zum Recht gehört. Ist aber Auslegung nötig, so kann von einem Konditionalprogramm nicht mehr ernsthaft die Rede sein²⁵. Das Dilemma des Gesetzgebers besteht eben darin, dass er (normalerweise) präzise und exakt formulieren will, aber nur unscharf formulieren kann, weil das Gesetz für eine unendliche Anzahl von Fällen geschaffen sein muss²⁶.

c) Argumente gegen Folgenerwägungen und deren Bewältigung

In der Literatur gibt es erhebliche Einwände gegen den Gebrauch von Folgenerwägungen in der Rechtsanwendung²⁷:

Gerügt wird neben einer Verletzung der Gesetzesbindungs- und des Gewaltenteilungsprinzips

-
- 21 Art. 7 KG stellt in Verbindung mit Art. 1 KG («Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.») ein beispielhaftes Zweckprogramm dar.
 - 22 Dazu: *Luhmann* (Fn.20), 101 ff.
 - 23 *Assmann Heinz-Dieter/Brüggemeier Gert/Hart Dieter/Joerges Christian*, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, Beiträge zur Privat- und Wirtschaftsrechtstheorie, Königstein/Ts. 1980, 252 ff.; *Biaggini Giovanni*, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe B: Öffentliches Recht, Bd.49, Basel und Frankfurt a. M. 1996 (Habil. Basel 1995) 13 ff.; *Deckert* (Fn. 17), 241; *Grimm* (Fn. 17), 1421; *Herzog Roman*, in: *Maunz Theodor/Dürig Günter*, Kommentar Grundgesetz, Lieferung 1-32, München 1996, Art. 97 N 161; *Höffe Otfried*, Vernunft und Recht, Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs, Frankfurt a. M. 1996, 193; *Seelmann Kurt*, Rechtsphilosophie, München 1994, 851; *Teubner Günther*, Rechtsautopoietisches System, Frankfurt a. M. 1989, 102 ff.; *Wieacker Franz*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.A., Göttingen 1967, 604; *Zäch Roger*, Das Privatrecht in veränderter Umwelt, Anregungen zum Umdenken, ZSR N.F. 105 (1986) I 3 ff., 23.
 - 24 *Grimm* (Fn.17), 143; *Teubner Günther* (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgerorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden 1995, 12.
 - 25 *Weimar Robert*, Psychologische Dimensionen juristischen Subsumierens, in: *Jakob Raimund/Usteri Martin/Weimar Robert*, Psyche - Recht - Gesellschaft, Widmungsschrift für Manfred Rehinder, Bern 1995, 169 ff., 172; *Teubner Günther*, Folgenkontrolle und responsive Dogmatik, Rechtstheorie 6 (1975) 179 ff., 1841 mit grundsätzlicher Kritik an der Unterscheidung Konditional- und Zweckprogramm, weil in der Realität oft Programmverbindungen und Programmverschachtelungen Vorkommen. Reine Zweck- und Konditionalprogramme seien ganz selten. *Esser Josef*, Vorverständnis und Methodenwahl. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, 2.A., Frankfurt a.M. 1972, 143, Fn.8 spricht denn auch von zweckkontrollierten Konditionalprogrammen.
 - 26 *Kaufmann Arthur*, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, München 1994, 79; *Podlech Adalbert*, Wertungen und Werte im Recht, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 95 (1970) 185 ff., 189; *Roellecke Gerd*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976) 7 ff., 17; *Zäch Roger*, Recht und Sprache, in: *Forstmoser Peter/Ogorek Regina/Schluemp Walter R.* (Hrsg.), Rechtsanwendung in Theorie und Praxis, Publikation über das Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz. Beiheft 15 zur ZSR, Basel 1993, 45 ff., 52.
 - 27 Im Bereich der Rechtsetzung hingegen gelten Folgenerwägungen nicht nur als unbedenklich, sondern sind geradezu erwünscht.

recht 1998 S. 115, 121

auch der Verlust an Rechtssicherheit und die Verletzung des Gebots der Rechtsgleichheit²⁸. Neuere Publikationen zur Folgenorientierung halten demgegenüber fest, dass der Vorrang der Gesetzesbindung auch für die Folgenorientierung gilt, dass letztere nur im verbleibenden Auslegungsspielraum zulässig ist²⁹. Bei der Folgenberücksichtigung geht es «nicht um eine Preisgabe der Gesetzesbindung, sondern um eine verbesserte Deutung des geltenden Rechts»³⁰. Folgenerwägungen verdrängen denn auch nicht die herkömmlichen Auslegungselemente, vielmehr wird der dezisionistische Anteil, welcher nach Anwendung letzterer verbleibt, rational und diskutierbar bewältigt³¹. Besondere Leistungsfähigkeit habe die Folgenorientierung aber auch dort, wo der Richter jenseits der Gesetzesbindung im Bereich der Gesetzesergänzung zu rationaler Entscheidungsfindung angeleitet werden muss³².

Ein bedeutendes Argument tatsächlicher Art gegen den Einbezug der Folgen zielt dahin, dass die Menge der möglichen Folgen zu umfangreich ist und weder Zeit noch Geld noch hinreichend präzise Instrumente für deren Klärung vorhanden sind³³. Diese prospektive Tätigkeit ist hochkomplex und für den dafür nicht ausgebildeten Juristen kaum zu bewältigen; sie würde ihn überfordern³⁴. Befürworter der Folgenorientierung halten demgegenüber fest, dass besser die überschaubaren als gar keine Folgen zu berücksichtigen sind, denn eine Gesetzesauslegung, die sehenden Auges Schaden

-
- 28 *Larenz Karl/Canaris Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.A., Berlin/Heidelberg 1995, 185; *Larenz Karl*, Methodenlehre, 6.A., Berlin/Heidelberg/New York 1991, 365; *Luhmann Niklas*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974, 38; *Kriele Martin*, Recht und praktische Vernunft, Göttingen 1979, 71; *Pawlowski Hans Martin*, Methodenlehre für Juristen, 2.A., Heidelberg 1991, N 11 und 688; *Smid Stefan*, Richterliche Rechtserkenntnis, Schriften zum Prozessrecht Bd.92, Berlin 1989, 118.
- 29 *Deckert* (Fn. 17), 54; *Grimm* (Fn. 17), 145; *MacCormick Neil*, On Legal Decisions and their Consequences: From Dewey to Dworkin, New York University Law Review 58 (1983) 239 ff., 250; *Rottleuthner* (Fn. 17), 246; *Schäfer/Ott* (Fn. 17), 14; *Teubner* (Fn. 25), 193.
- 30 *Grimm* (Fn. 17), 145.
- 31 *Grimm* (Fn. 17), 145.
- 32 *Deckert* (Fn.17), 54; *Koch Hans-Joachim/Rüssmann Helmut*, Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982, 231 f.
- 33 *Böhlk Hans-Joachim/Unterseher Lutz*, Die Folgen der Folgenorientierung: Ein verwunderter Blick auf die juristische Methodendiskussion, JuS 20 (1980) 323 ff., 325; *Deckert* (Fn. 17), 17 ff.; *Grimm* (Fn. 17), 146; *Hassemer Winfried*, Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, in: *Horn Norbert* In Verbindung mit *Luig Klaus* und *Söllner Alfred* (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Bd. 1, München 1982, 493 ff., 518; *Hopt Klaus J.*, Was ist von den Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung zu erwarten?, JZ 30 (1975) 341 ff., 347; *Hopt Klaus J.*, Finale Regelungen, Experiment und Datenverarbeitung in Recht und Gesetzgebung, JZ 27 (1972) 65 ff., 71; *Kilian* (Fn. 17), 221 ff.; *Luhmann Niklas*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, 563; *Raisch Peter*, Juristische Methoden, Vom antiken Rom bis zur Gegenwart, Heidelberg 1995, 186; *Rottleuthner* (Fn. 17), 114 ff.; *Winter Gerd*, Tatsachenurteile im Prozess richterlicher Rechtssetzung, Rechtstheorie 2 (1971) 171 ff., 180 ff.
- 34 *Pawlowski* (Fn.28), N 11; *Larenz/Canaris* (Fn.28), 185; *Haverkate Görg*, Gewissheitsverluste im juristischen Denken, Berlin 1977, 286; *Langenbacher Katja*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung von deutschem Zivilrecht, Diss. München 1996, 29; *Schmalz* (Fn.17), N 265; *Luhmann Niklas* (Fn.28), 35: Selbst geübte Institutionen, die auf das Schätzen von Folgen verschiedener Handlungsalternativen eingerichtet sind, vermögen eine Folgenorientierung nicht zu bewältigen.

anrichtet und Gefahren begründet, ist schwerlich vertretbar³⁵. Zudem verfügen die Streitparteien selber oft über beachtliches Folgewissen, das in den Prozess Eingang finden kann³⁶. Schliesslich nimmt die Doktrin - indem sie alternative Auslegungsvarianten und deren Auswirkungen diskutiert - eine Vordenkerrolle ein, auf die sich die Praxis stützen kann.

d) Argumente für Folgenerwägungen

Zu beachten ist die spezifische Leistungsfähigkeit von Folgenerwägungen:

Folgenerwägungen treten häufig dort in den Vordergrund, wo veränderte gesellschaftliche Verhältnisse das Rechtssystem zu Innovationen herausfordern, manchmal gar zwingen. Folgenerwägungen erweisen sich als besonders wirklichkeitsnah und bilden ein adäquates Instrument, wie das Recht auf Veränderungen in der Umwelt angemessen Bezug nehmen kann.

Von besonderer Bedeutung sind Folgenerwägungen im Bereich des Wertens. In der philosophischen Grundlagendiskussion besteht Einigkeit darüber, dass die meistbenutzten Argumente im ethischen Diskurs (und darum geht es beim Wertens) aus dem Spannungsfeld Verantwortungsethik versus Gesinnungsethik stammen. Entweder können Argumente hinsichtlich der

recht 1998 S. 115, 122

Wirkungen einer Entscheidung eingebracht werden (folgenorientierte Verantwortungsethik; z. B. dieser gentechnische Eingriff ist zulässig, weil damit schwere Krankheiten besser behandelt werden können), oder es wird eine Begründung basierend auf prinzipiellen Gesichtspunkten gesucht (prinzipienorientierte Gesinnungsethik; z. B. die Menschenwürde lässt diese oder jene gentechnischen Eingriffe nicht zu)³⁷. *Aristoteles* hat darauf hingewiesen, dass bei Uneinigkeit über Wertungen, derjenige Wert Vorgehen soll, dessen negative Folgen geringer sind³⁸. Dieses Vorgehen erlaubt, Wertungen an die Rationalität anzunähern, weil die unbestimmte Ablehnung/Zuneigung gegenüber einem Objekt auf eine diskutierbare Ebene überführt wird. Positive und negative Folgen eines Werturteils lassen sich kommunizieren und kritisieren. Zugegebenermassen müssen die Folgen ihrerseits bewertet werden, das mindert die Rationalität aber nur relativ, weil Konsensancen über erwünschte bzw. unerwünschte Folgen bestehen können, und weil eine Diskussion

35 *Hassemer* (Fn.33), 510; *Rottleuthner* Fn. 17), 114; *Sendler Horst*, Zur richterlichen Folgenberücksichtigung und -Verantwortung, in: *Brandt Willy/Gollwitzer Helmut/Henschel Johann Friedrich*, Ein Richter, ein Bürger, ein *Christ*, Festschrift für Helmut Simon, Baden-Baden 1987, 113 ff., 134; *Hesse Konrad*, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Recht- als Prozess und Gefüge*, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, 261 ff., 269; *Mengoni Luigi*, Hermeneutik und Folgenorientierung: Zur Argumentationspraxis des italienischen Corte Costituzionale, in: *Teubner Günther* (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden 1995, 123 ff., 129; *Lübbe-Wolf Gertrude*, Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?, Freiburg i. Br./München 1981, 13 f.

36 *Biaggini Giovanni*, Verfassung und Richterrecht, in: *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*, Reihe B: Öffentliches Recht, Band 31, Basel und Frankfurt a. M. 1991 (Diss. Basel 1989), 405

37 *Bondolfi Alberto*, «Angewandte Ethik»: von der Grundsatzreflexion zu den wissenschaftsorganisatorischen Konsequenzen, in: *Holzhey Helmut/Schaber Peter*, Ethik in der Schweiz, Zürich 1996, 4 f.; *Brenner Andreas*, Medizinethik im Bann der utilitaristischen Folgenorientierung, *NZZ*, 25./26. Oktober 1997, 17; *Höffe Otfried* (Hrsg.), Einführung in die utilitaristische Ethik, 2.A., Tübingen 1992, 9 ff.; *Steinvorth Ulrich*, Klassische und moderne Ethik, Grundlinien einer materialen Moraltheorie, Hamburg 1990, 21 ff.; *Welding Steen O.*, *Fundamenta Ethica*, Die Begründungsstruktur von Moralität, Stuttgart 1994 (Habil. Braunschweig 1991) 59 ff.; *Seelmann Kurt*, Wozu Rechtsphilosophie?, *BJM* (1997) 57 ff., 61; *Koch/Rüssmann* (Fn. 32), 230; *Winter* (Fn. 33), 178 f.

38 *Aristoteles*, *Topik*, übersetzt und mit Anmerkungen versehen von Rolfes Eugen, mit einer Einleitung von Zekl Hans Günter, 3. A., Hamburg 1992, 3. Buch, 2. Kapitel, N 117a.

darüber in Gang gebracht werden kann³⁹. *Podiech* kommt zum Schluss, dass intersubjektiv überprüfbare und relativ weltanschauungsinvariante Begründungen für Wertungen sich insbesondere durch die Folgendiskussion erreichen lassen⁴⁰.

Im weiteren ruft das über allgemeine Prinzipien und Zweckprogramme gesteuerte strategische Recht nach einem «dezentralen Gesetzgeber», der die Feinsteuerung im jeweiligen Sozialbereich übernimmt und verantwortet⁴¹. Diese funktionelle Gewaltenteilung mit einer Verschiebung zum Richter hin, welcher mit sozialen Konflikten oft früher und nachhaltiger als der Gesetzgeber konfrontiert wird, muss sich in der Methodik niederschlagen. Ohne Folgenerwägungen kann der Richter seiner Aufgabe der Normvollendung und der Zukunftsbewältigung nicht nachkommen⁴².

2. Folgenerwägungen im Entscheid des OLG

Im besprochenen Fall zeigt sich, dass die Zielstruktur «offene Märkte» für den vor kurzem liberalisierten Telekommunikationsmarkt urteilsentscheidend ist. Ob im Einzelfall die Behinderung im Geschäftsverkehr unter Konkurrenten zulässig ist oder nicht, kann insbesondere unter Berücksichtigung der Folgen dieser Entscheidung beurteilt werden. Indem die alternativen Varianten und deren Auswirkungen in Betracht gezogen werden, wird geprüft, welche dieser Varianten die gesetzgeberische Absicht eher zu erfüllen vermag. Der Gesetzgeber hatte als Ziel einen Telekommunikationsmarkt unter Wettbewerbsbedingungen vor Augen, in dem Marktzutrittsschranken abgebaut werden sollen und Konkurrenz erst ermöglicht wird. Die Erweiterung der Lizenz auf Richtfunkstrecken für die Klägerin macht nur dann Sinn, wenn ebensolche Strecken auch unter Wettbewerbsbedingungen betrieben werden können. Der gesetzliche Zweck wäre jedoch vereitelt worden, wenn der Lizenznehmer mangels Möglichkeit zur Errichtung eigener Antennenträger auf weiterhin dem Monopol unterliegende teurere Mietleitungen verwiesen worden wäre.

Soweit der Gesetzgeber relativ unbestimmte Zielstrukturen als genügend determinierend erachtet, übergibt er dem Rechtsanwender die Verantwortung, situationsangepasst die Zielvorgabe nachzuvollziehen. Im vorliegenden Fall musste vor dem Hintergrund des zu liberalisierenden Telekommunikationsmarktes entschieden werden, ob die Behinderung durch die Beklagte «unbillig» ist. Um diesem Auftrag gerecht zu werden, ist der Rechtsanwender darauf angewiesen, dass er die Wirkungen seiner Entscheidung dahingehend prüft, ob sie die Zielstruktur des Gesetzgebers näherungsweise erfüllen⁴³. Mit anderen Worten:

recht 1998 S. 115, 123

Ob eine unbillige Behinderung (oder ein Missbrauch der Marktmacht) vorliegt, lässt sich insbesondere anhand deren Folgen beurteilen.

³⁹ *Koch/Rüssmann* (Fn. 32), 230; *Winter* (Fn. 33), 178 f.; *Rüssmann Helmut*, Zur Einführung: Die Begründung von Werturteilen, *JuS* 15 (1975) 352 ff., 357; *Rüssmann Helmut*, Normative Begründungsmöglichkeiten jenseits der Gesetzesbindung, in: *Theorien der Gerechtigkeit*, ARSP Beiheft N.F. Nr. 56 (1994) 24 ff., 40; *Seelmann* (Fn. 37), 61; *Teubner* (Fn. 25), 195; *Ott Walter*, Der Rechtspositivismus, 2.A., Berlin 1992, 165 ff.; *Bankowski Zenon/MacCormick Neil*, Statutory Interpretation in United Kingdom, in: *MacCormick Neil/Summers Robert S.*, Interpreting Statutes, A Comparative Study, Dartmouth 1991, 359 ff., 385f.; *Zippelius Reinhold*, Rechtsphilosophie, 3.A., München 1994, 144 f.

⁴⁰ *Podlech* (Fn. 26), 201.

⁴¹ *Teubner*, (Fn. 25), 183; *Meier-Hayoz Arthur*, Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts. Zur Frage der Grenzen richterlicher Rechtsetzung, *JZ* 36 (1981) 417 ff., 420f.; *Deckert* (Fn. 17), 223; *Seelmann* (Fn. 23), 99; A.M. *Langenbuchi* (Fn. 34), 27.

⁴² *Teubner* [Fn. 25], 183; *Teubner* (Fn. 24), 12; *Grimm* (Fn. 17), 143.

⁴³ *Ebenso: Emmerich Volker*, Kartellrecht, 7.A., München 1994, 307; *Schultz Klaus-Peter*, in: *Langen Eugen/Bunte Hermann-Josef*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 7.A., Neuwied 1994, § 26 Rz.168.



IV. Ausblick

Auch in der Schweiz wird das Konzept einer Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes verfolgt (BBl 1996 III 141 Of., 1417⁴⁴). Neben einer zuverlässigen Grundversorgung und dem Schutz der Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte soll das revidierte FMG⁴⁵ insbesondere «einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen» (Art. 1 Abs.2 lit.a-c FMG). Der Gesetzgeber wollte und will verhindern, dass aus dem staatlichen Monopol ein privates wird⁴⁶.

Am 1. Januar 1998 erwarb die Swisscom als Telekommunikationsunternehmung des Bundes in der Form einer privatwirtschaftlichen Aktiengesellschaft eigene Rechtspersönlichkeit. Sie hat zum Zweck, Fernmelde- und Rundfunkdienste sowie dazugehörige Produkte und Dienstleistungen im In- und Ausland anzubieten (Art.3 Abs. 1 TUG⁴⁷). Gemäss Art. 66 Abs. 2 FMG i.V.m. Art. 24 Abs. 1 TUG erhielt die Swisscom eine der drei zehnjährigen Konzessionen für den Betrieb eines landesweiten Mobilfunknetzes einschliesslich der dazu notwendigen Richtfunkstrecken. Die Kompetenz zur Zuteilung der zwei weiteren Konzessionen im Mobilfunkbereich liegt bei der neugeschaffenen verwaltungsunabhängigen Kommunikationskommission (Art. 5, 56 und 57 FMG). Ebenso ist sie zuständig für den Erlass einer Verfügung auf Interkonnektion (Art. 11 Abs. 3 FMG und Art. 29 ff. FDV⁴⁸). Unter Interkonnektion versteht das Gesetz die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fern-meldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht (vgl. Art. 3 lit. e FMG). Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten Interkonnektion gewähren. Das Gesetz räumt der privaten Vereinbarung bezüglich der Höhe der Interkonnektionspreise Priorität vor der hoheitlich angeordneten Verfügung ein. Kommt jedoch innert drei Monaten zwischen der zur Interkonnektion verpflichteten Anbieterin und der Anfragerin keine Einigung zustande, so verfügt die Kommunikationskommission die Bedingungen (sprich: Preise) nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen (Art. 11 Abs.3 FMG). Noch Ende März 1998 hat die Swisscom als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten potentiellen Neuanbietern eine Senkung der bisherigen Interkonnektionspreise um rund einen Drittel angeboten, damit eine behördliche Festsetzung vermieden werden kann⁴⁹.

44 Grundlegend und vorbereitend dazu: *Weber Rolf H.*, Vom Monopol zum Wettbewerb, Regulierung der Telekommunikationsmärkte im Wandel, Zürich 1994, 141 ff.

45 Fernmeldegesetz vom 30. April 1997; SR 784.10, AS 1997 2187 ff.; in Kraft seit 20. Okt. 1997/1. Jan. 1998.

46 BBl 1996 III 141 Of.

47 Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30. April 1997 (TUG), SR 784.11, AS 1997 2480 ff.

48 Verordnung über Fernmeldedienste vom 6. Okt. 1997, SR 784.101.1, AS 1997 2833.

49 NZZ, Nr. 70 vom 25. März 1998, 23.



Bereits heute steht fest, dass Entscheidungen über die Mitbenutzung von Kabelverbindungen und Antennenmasten⁵⁰ und deren Preis eine eminent wichtige Rolle spielen hinsichtlich der Fragen, ob einerseits überhaupt Wettbewerb möglich ist⁵¹ (Marktzutrittschranke) und andererseits Wettbewerb aufrecht erhalten werden kann. Für solche Fragestellungen kann das vorliegende Urteil wegweisend sein.

⁵⁰ Die relevanten Bestimmungen des FMG dazu lauten: «Das Bundesamt kann aus Gründen des öffentlichen Interesses, namentlich um den Anliegen der Raumplanung, des Landschafts-, Heimat-, Natur- und Tierschutzes oder um technischen Schwierigkeiten Rechnung zu tragen, Konzessionärinnen von Fernmeldediensten verpflichten, Dritten gegen angemessenes Entgelt die Mitbenutzung ihrer Fernmeldeanlagen und Sendestandorte zu gestatten, wenn die Anlage über ausreichend Kapazität verfügt. Die Vorschriften über die Interkonnektion (Art. 11) gelten sinngemäss» (Art.36 Abs.2 FMG) und «Die Eigentümerinnen und Eigentümer von Grund und Boden im Gemeingebrauch (wie Strassen, Fusswege, öffentliche Plätze, Flüsse, Seen sowie Ufer) sind verpflichtet, den Konzessionärinnen von Fernmeldediensten die Benutzung dieses Bodens für Bau und Betrieb von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen zu bewilligen, sofern diese Einrichtungen den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen» (Art.35 Abs. 1 FMG).

⁵¹ Der CEO der Swisscom, Tony Reis, erklärte anlässlich eines Vortrags vor der Zürcher Volkswirtschaftlichen Gesellschaft: Sollte die Swisscom keine Marktanteile an Mitbewerber verlieren, so werde der Ruf nach einem härteren Eingreifen der Regulatoren nur um so deutlicher erschallen. Der bisherige Monopolbetrieb müsse die Konkurrenten im Wettrennen aufholen lassen (NZZ, Nr. 78 vom 3. April 1998, 25).