



# **F. Das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im deutschen und Europäischen Kartellrecht**

Vorlesung Kartellrecht  
Wintersemester 2023/2024



## E. Missbrauchsverbot

### I. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im EU-Kartellrecht

#### 1. Systematische Stellung und Funktion der Missbrauchskontrolle gem. Art. 102 AEUV

„Die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.“



## E. Missbrauchsverbot

### Regelungskonzepte zur Kontrolle einseitigen Marktverhaltens

#### EU

Art. 102 AEUV

Die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.

#### USA

Sec. 2 Sherman Act

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize any part of the trade or commerce, shall be deemed guilty of a felony.

#### D (- 1998)

§ 22 Abs. 4, 5 GWB a.F.

Die Kartellbehörde kann marktbeherrschenden Unternehmen ein Verhalten untersagen, soweit diese Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen missbräuchlich ausnutzen.



## E. Missbrauchsverbot

### I. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im EU-Kartellrecht

#### 1. Systematische Stellung und Funktion der Missbrauchskontrolle gem. Art. 102 AEUV

„Die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen **ist verboten.**“

- Echte Missbrauchskontrolle durch unmittelbar wirkendes Verbot  $\neq$  bloße Missbrauchsaufsicht wie nach altem deutschem Recht



## E. Missbrauchsverbot

### I. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im EU-Kartellrecht

#### 1. Systematische Stellung und Funktion der Missbrauchskontrolle gem. Art. 102 AEUV

„Die missbräuchliche **Ausnutzung einer beherrschenden Stellung** durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.“

- Dem Wortlaut nach lediglich Verhinderung der Ausbeutung



## E. Missbrauchsverbot

### I. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im EU-Kartellrecht

#### 1. Systematische Stellung und Funktion der Missbrauchskontrolle gem. Art. 102 AEUV

„Die missbräuchliche **Ausnutzung einer beherrschenden Stellung** durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.“

- Dem Wortlaut nach lediglich Verhinderung der Ausbeutung.
- **P!** Problematik der Begrenzung, Gewinne zu erzielen: „The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon, if he wins.“ Judge *Learned Hand*, Dissenting Opinion in *U.S. v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 430 (1945, 2d cir.)



## E. Missbrauchsverbot

### I. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im EU-Kartellrecht

#### 1. Systematische Stellung und Funktion der Missbrauchskontrolle gem. Art. 102 AEUV

„Die missbräuchliche **Ausnutzung einer beherrschenden Stellung** durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.“

- Dem Wortlaut nach lediglich Verhinderung der Ausbeutung
- Weitestgehende Beschränkung der Praxis auf Fälle des Behinderungsmissbrauchs
- Marktstrukturverantwortung des Marktbeherrschers



## E. Missbrauchsverbot

### I. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im EU-Kartellrecht

#### 1. Systematische Stellung und Funktion der Missbrauchskontrolle gem. Art. 102 AEUV

„Die missbräuchliche **Ausnutzung einer beherrschenden Stellung** durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.“

- Dem Wortlaut nach lediglich Verhinderung der Ausbeutung
- Weitestgehende Beschränkung der Praxis auf Fälle des Behinderungsmissbrauchs
- Marktstrukturverantwortung des Marktbeherrschers
- Im Ergebnis Annäherung des in Europa verfolgten Schutzes an das US-amerikanische Modell: Es soll nicht erst im Fall bestehender monopolistischer Strukturen die Ausnutzung dieser Stellung verhindert werden, sondern bereits im Vorfeld wird die Wettbewerbsstruktur als solche geschützt
- Diese Grundentscheidung wurde in jüngeren Urteilen gestützt (EuGH – *British Airways*; – *France-Télécom*)
- Insoweit ist „*more economic approach*“ beschränkt: Nicht stets Konsumentennachteil erforderlich



## E. Missbrauchsverbot

### 2. Struktur des Missbrauchsverbotes

„Die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.“

- Marktabgrenzung
- Marktbeherrschung
- Missbrauch



## E. Missbrauchsverbot

### 3. Marktabgrenzung erforderlich?

- Ökonomische Betrachtung verlangt allein Nachfragekurve und Kostenstruktur
  - Wenn Unternehmen in der Lage ist, Kosten signifikant über Kosten zu erheben, ohne dass der aus der Verringerung des output resultierende Verlust die höheren Stückgewinne ausgleicht, kann von monopolistischer Marktstruktur ausgegangen werden: Marktmacht als Fähigkeit, die Preise über die Kosten zu erheben (vgl. hM- bzw. SSNIP test)



## E. Missbrauchsverbot

### 3. Marktabgrenzung erforderlich?

- Ökonomische Betrachtung verlangt allein Nachfragekurve und Kostenstruktur
- Feststellung der Marktmacht als Fähigkeit, die Preise über die Kosten zu erheben, setzt an sich keine Marktabgrenzung voraus



## E. Missbrauchsverbot

### 3. Marktabgrenzung erforderlich?

- **P!** Nachfragekurve existiert nicht und kann auch experimentell kaum festgestellt werden (evtl. bar code Analyse; Umfragegutachten); Kostenstruktur kann nur schwer ermittelt werden
- Norm geht von „markt-“beherrschender Stellung aus



## E. Missbrauchsverbot

- Marktbeurteilung
  - (1) Marktdefinition: Willkürakt
    - Festlegung durch Normanwender nach
      - Produkt (sachlicher Markt)
      - Raum (geographischer Markt)
      - Zeit (selten relevant)
    - ⇒ Jeweils Ausschnitt aus tatsächlichem Vertriebsgebiet des Normadressaten



## E. Missbrauchsverbot

- Marktbeurteilung

(1) Marktdefinition: Willkürakt

(2) Austauschbarkeit

„ ... bei der Prüfung der Frage, ob ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung einnimmt, (sind) die Wettbewerbsmöglichkeiten im Rahmen des Marktes zu beurteilen, in dem sämtliche Erzeugnisse zusammengefasst sind, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und mit anderen Erzeugnissen *nur in geringem Maße austauschbar* sind.“ (EuGH - *Michelin*)



## E. Missbrauchsverbot

- Marktbeurteilung
  - (1) Marktdefinition: Willkürakt
  - (2) Austauschbarkeit:
    - a. Es darf keine völlige Austauschbarkeit verlangt werden
    - b. Es genügt „vernünftige“ Austauschbarkeit: wertende Entscheidung erforderlich
      - Im Bereich des Produktmarktes
      - Im Bereich des geographischen Marktes
    - c. Hypothetischer Monopoltest (hM-Test; SSNIP test)



## E. Missbrauchsverbot

### 4. Marktbeherrschung

#### a) Gegenstand der Beherrschung

Keine Legaldef. (vgl. aber Vermutungen in § 18 GWB)

„Die wirtschaftliche Marktstellung eines Unternehmens, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“ (EuGH v. 14.2.1978, Rs. 27/76 - *United Brands*, Slg. 1978, 207 Rdn. 63/66)



## E. Missbrauchsverbot

### 4. Marktbeherrschung

#### a) Gegenstand der Beherrschung

- Unterschiedliche Aspekte der Unabhängigkeit gegenüber Wettbewerbern bzw. Marktgegenseite



## E. Missbrauchsverbot

### 4. Marktbeherrschung

#### a) Gegenstand der Beherrschung

- Unterschiedliche Aspekte der Unabhängigkeit gegenüber Wettbewerbern bzw. Marktgegenseite
- Schwer fassbare und subsumierbare Definition



## E. Missbrauchsverbot

### 4. Marktbeherrschung

#### a) Gegenstand der Beherrschung

- Unterschiedliche Aspekte der Unabhängigkeit gegenüber Wettbewerbern bzw. Marktgegenseite
- Schwer fassbare und subsumierbare Definition
- Zur Ausfüllung werden unterschiedliche Gesichtspunkte herangezogen:
  - (1) Marktstrukturbezogene Gesichtspunkte
  - (2) Marktverhaltensbezogene Gesichtspunkte
  - (3) (Marktergebnisbezogene Gesichtspunkte)



## E. Missbrauchsverbot

### b) Anforderungen an die Beherrschung und ihre Feststellung

#### (1) Marktstrukturanalyse

##### i. Bedeutung des Marktanteils

Marktanteil	Interpretation
> 80 %	(Quasi-) Monopol, regelmäßig MB
45 – 80 %	Hohe Marktanteile, starke Indizwirkung für MB, vor allem, wenn auf Dauer gehalten
> 50 %	Keine Notwendigkeit weiterer Beweisführung, wenn keine besonderen Umstände vorliegen (EuG v. 30.1.2007, Rs. T-340/03, WuW/E EU-R 1224 – <i>France-Télécom</i> )
25 - 45 %	MB, wenn Markt im übrigen zersplittert ist
< 25 %	Regelmäßig keine MB, aber nicht ausgeschlossen



## E. Missbrauchsverbot

- b) Anforderungen an die Beherrschung und ihre Feststellung
  - (1) Marktstrukturanalyse
    - i. Bedeutung des Marktanteils (Stufentheorie)
    - ii. Potentieller Wettbewerb



## E. Missbrauchsverbot

### b) Anforderungen an die Beherrschung und ihre Feststellung

#### (1) Marktstrukturanalyse

- i. Bedeutung des Marktanteils (Stufentheorie)
- ii. Potentieller Wettbewerb
- iii. Verhältnis zu Wettbewerbern:
  - Marktanteil
  - Gesamtstruktur des Marktes
  - Wettbewerbsvorteile des Unternehmens, z.B. Vertikalintegration, Zugang zu Rohstoffen, Immaterialgüterrechte etc.



## E. Missbrauchsverbot

### b) Anforderungen an die Beherrschung und ihre Feststellung

#### (1) Marktstrukturanalyse

- i. Bedeutung des Marktanteils (Stufentheorie)
- ii. Potentieller Wettbewerb
- iii. Verhältnis zu Wettbewerbern
- iv. Verhältnis zur Marktgegenseite:  
Starke oder zersplitterte Nachfrage; gleichstarke  
Nachfragemacht („*countervailing buyer power*“)



## E. Missbrauchsverbot

- b) Anforderungen an die Beherrschung und ihre Feststellung
- (1) Marktstrukturanalyse
  - (2) Marktverhaltensbezogene Gesichtspunkte
    - i. Indiziert Marktverhalten beherrschende Stellung?
      - Teilweise ja, z. B. Ausbeutungsmissbrauch
      - Indizwirkung ist aber dann ausgeschlossen, wenn Verhaltensform allen Mitbewerbern möglich ist und auch von Nicht-Marktbeherrschern sinnvoll angewendet werden kann, z.B. Treuerabatte. Anderenfalls droht Zirkelschluss



## E. Missbrauchsverbot

- b) Anforderungen an die Beherrschung und ihre Feststellung
  - (1) Marktstrukturanalyse
  - (2) Marktverhaltensbezogene Gesichtspunkte
  - (3) (Marktergebnisbezogene Gesichtspunkte wurden bisher praktisch nicht herangezogen)



## E. Missbrauchsverbot

### b) Gemeinsam marktbeherrschende Stellung

- Anknüpfung an gemeinsames Ausnutzen setzt Möglichkeit gemeinsamer MB voraus
- Wann liegt gemeinsame Marktbeherrschung vor?
- Keine Hinweise in Erläuterungen der Kommission
  - bei Konzernunternehmen? (+) aber dann bei wirtschaftlicher Betrachtung bereits ein Unternehmen
  - bei rechtlichen Verbindungen? (+) aber dann regelmäßig bereits Verstoß gegen Art. 101 AEUV
  - bei faktischen Verbindungen, auch familiären Banden (+)
  - P! Bloße Reaktionsverbundenheit im engen Oligopol anerkannt bei Zusammenschlusskontrolle nicht aber bei vergangenheitsbezogener Missbrauchskontrolle



## E. Missbrauchsverbot

### 4. Missbrauch

#### a) Generalklausel und Regelbeispiele

- Offene Generalklausel: Wann wird aus dem verbürgten Gebrauch von Rechten ein verbotener Miss-Brauch?
- Konkretisiert in Beispielstatbeständen
- P! alle Beispielstatbestände zielen auf den Schutz der Marktgegenseite
- Rückgriff auf Generalklausel zum Schutz der Mitbewerber wegen des beispielhaften Charakters der Sondertatbestände stets zulässig
- EuGH greift zur Auslegung auf Zielvorschrift des Art. 3 Abs. 1 lit. g EG a.F.: Schutz des funktionsfähigen Wettbewerbs zurück; ebenso EuGH – *TeliaSonera*, Rn. 20 ff., auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 3 EU iVm Prot. Nr. 17 EU
- Weitreichender Schutz der Wettbewerbsstruktur



## E. Missbrauchsverbot

### b) Definition

„die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur des Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen.“ (EuGH v. 13.2.1979, Rs. 85/76 - *Vitamine*, Slg. 1979, 461 Rn. 91)



## E. Missbrauchsverbot

- c) Rekurs auf den Leistungswettbewerb?
- (1) Entwicklung des Konzepts “Leistungswettbewerb”
    - Begriff macht Abgrenzung erforderlich  
(Behinderungs-, Nichtleistungswettbewerb)
  - (2) Kritik
    - Abgrenzung wegen Interdependenzen von Wirkungen auf Marktgegenseite und Wettbewerber schwierig
    - Konkretisierung durch Fallgruppen (EuGH) oder „Theorie der beweglichen Schranken“?



## E. Missbrauchsverbot

### (3) Strategisches Verhalten

Marktverhalten, das nicht auf eine Verbesserung der eigenen Leistung gerichtet ist, sondern in erster Linie das Verhältnis zu den Mitbewerbern berührt.

(„*raising rivals' costs*“); z.B. Treuerabatte

### (4) Grenzfälle

z. B. “*full-line-forcing*”



## E. Missbrauchsverbot

- d) Verhältnis zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch (besondere Verantwortung des Marktbeherrschers)
- EuGH: keine besondere Kausalität der MB für Missbrauch erforderlich; „besondere Verantwortung“ (*special responsibility*) des Marktbeherrschers für Wettbewerbsstruktur; ihm werden Verhaltensformen untersagt, die anderen ebenfalls möglich und gestattet sind
  - bislang aber ausschließlich für Fälle des Behinderungsmissbrauchs



## E. Missbrauchsverbot

### 5. Beispiele

#### a) Preiskampf (*predatory pricing*)

EuGH – *AKZO* (1991): Die Verdrängung eines Wettbewerbers mit anderen Mitteln als denen eines Leistungswettbewerbs ist verboten

- Wann schlägt Preiskampf als Form des Leistungswettbewerbs um?
- Wenn ein „vielleicht ebenso leistungsfähiger“ Konkurrent wegen seiner geringeren Finanzkraft nicht dem durch die Kampfpreise ausgeübten Konkurrenzdruck standhalten kann



## E. Missbrauchsverbot

### 5. Beispiele

#### a) Preiskampf (predatory pricing)

EuGH – *AKZO* (1991): Die Verdrängung eines Wettbewerbers mit anderen Mitteln als denen eines Leistungswettbewerbs ist verboten

- Objektives Verbot: besondere Absicht nicht erforderlich
- Aber: Absicht kann Indiz für Verdrängungsgefahr sein
- Auf Verdrängungsabsicht wird geschlossen, wenn bei Preiskampf die Einstandspreise unterschritten werden:

„... Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, (sind) stets als missbräuchlich anzusehen. In diesem Fall ist kein anderes wirtschaftliches Ziel als die Ausschaltung eines Konkurrenten denkbar, da jede hergestellte und verkaufte Einheit dem Unternehmen einen Verlust bringt.“ (EuGH v.14.11.1996, Rs. C-333/94 P - *Tetra Pak II*, Slg. 1996, I-5951 Rdn. 41)

Unterschreitung der durchschnittlichen Gesamtkosten genügt nicht (EuGH v. 27.3.2012 – *Post Danmark*)



## E. Missbrauchsverbot

### 5. Beispiele

#### a) Preiskampf (predatory pricing)

- EuGH – *AKZO* (1991): Die Verdrängung eines Wettbewerbers mit anderen Mitteln als denen eines Leistungswettbewerbs ist verboten
- Objektives Verbot: besondere Absicht nicht erforderlich
  - Aber: Absicht kann Indiz für Verdrängungsgefahr sein
  - Auf Verdrängungsabsicht wird geschlossen, wenn bei Preiskampf die Einstandspreise unterschritten werden
  - Einsatz von „Kampfschiffen“ durch Linienkonferenz ist auch ohne Unterschreitung der Selbstkosten missbräuchlich, wenn die Preise nur selektiv bei denjenigen Schiffen herabgesetzt werden, die in unmittelbarer Konkurrenz zu den Schiffen eines Außenseiters eingesetzt werden (EuGH v. 16.3.2000, verb. Rs. C-395, 396/96 P - *Compagnie Maritime Belge*, Slg. 2000, I-1365 Rdn. 117).



## E. Missbrauchsverbot

### 5. Beispiele

#### a) Preiskampf (predatory pricing)

EuGH – *AKZO* (1991): Die Verdrängung eines Wettbewerbers mit anderen Mitteln als denen eines Leistungswettbewerbs ist verboten

- Objektives Verbot: besondere Absicht nicht erforderlich
- Aber: Absicht kann Indiz für Verdrängungsgefahr sein
- Auf Verdrängungsabsicht wird geschlossen, wenn bei Preiskampf die Einstandspreise unterschritten werden
- Auf Verdrängungsabsicht kann auch aus direkten Beweisen geschlossen werden („*bad e-mails*“; EuGH – *France-Télécom*); kein weiterer Beweis tatsächlicher Wettbewerbsgefährdung erforderlich



## E. Missbrauchsverbot

### 5. Beispiele

#### a) Preiskampf (predatory pricing)

EuGH – *AKZO* (1991): Die Verdrängung eines Wettbewerbers mit anderen Mitteln als denen eines Leistungswettbewerbs ist verboten

- Objektives Verbot: besondere Absicht nicht erforderlich
- Aber: Absicht kann Indiz für Verdrängungsgefahr sein
- Auf Verdrängungsabsicht wird geschlossen, wenn bei Preiskampf die Einstandspreise unterschritten werden
- Auf Verdrängungsabsicht kann auch aus direkten Beweisen geschlossen werden („*bad e-mails*“; EuGH – *France-Télécom*); kein weiterer Beweis tatsächlicher Wettbewerbsgefährdung erforderlich
- Ist Verlustausgleich (*recoupment*) erforderlich?

Nach Rspr. (-) EuG v. 30.1.2007, Rs. T-340/03, WuW/E EU-R 1224 – *France-Télécom*; EuGH v. 2.4.2009 – *France-Télécom*

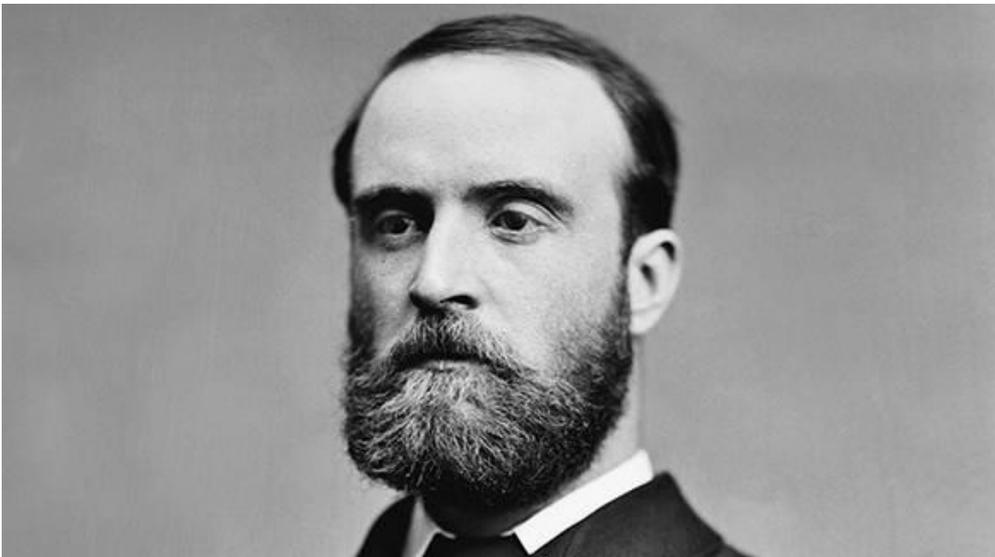


## E. Missbrauchsverbot

### b) Boykott

#### (1) Begriff und wirtschaftlicher Hintergrund

Die organisierte Absperrung eines bestimmten Gegners vom üblichen Geschäftsverkehr.



Charles Cunningham Boycott  
(1832 – 1897)



## E. Missbrauchsverbot

### (2) Kartellrechtliche Behandlung

Dreipersonenverhältnis:

Boykottierter, Aufrufer, Boykottierende

- Bei Boykott im Wettbewerb regelmäßig Verstoß gegen Art. 101 AEUV: Verhalten der Boykottierenden wird durch Aufruf zum abgestimmten Verhalten
- Aufrufer kann nach klassischer Auffassung nur über Art. 102 AEUV erfasst werden



## E. Missbrauchsverbot

### (2) Kartellrechtliche Behandlung

Dreipersonenverhältnis:

Boykottierter, Aufrufer, Boykottierende

- Beim klassischen Boykott eines die (eigenen) Preise unterbietenden Wettbewerbers liegt regelmäßig eine marktbeherrschende Stellung vor, da die Abnehmer als Boykottierende ein wirtschaftliches Opfer bringen müssen
- Boykotte „funktionieren“ heute überall dort, wo Boykottierende kein Opfer zu bringen haben => Verbraucherboykott
- i.ü. haben Verbandsbeschlüsse nicht selten boykottierende Wirkung
- „reine Beschränkungen“ in EuG - *Intel*



## E. Missbrauchsverbot

### (2) Kartellrechtliche Behandlung

Dreipersonenverhältnis:

Boykottierter, Aufrufer, Boykottierende

- Beim klassischen Boykott eines die (eigenen) Preise unterbietenden Wettbewerbers liegt regelmäßig eine marktbeherrschende Stellung vor, da die Abnehmer als Boykottierende ein wirtschaftliches Opfer bringen müssen
- Boykotte „funktionieren“ heute überall dort, wo Boykottierende kein Opfer zu bringen haben => Verbraucherboykott
- i.ü. haben Verbandsbeschlüsse nicht selten boykottierende Wirkung
- „nackte Beschränkungen“ in EuG - *Intel*
- Faktisch boykottierende Wirkung haben bestimmte Rabattformen, z.B. Top-Slice-Rabatte (wettbewerbswidrige Marktverschließung)



## E. Missbrauchsverbot

### c) Liefersperre

#### (1) Begriff

Regelmäßig wird von Liefersperre gesprochen, wenn ein Unternehmen aus autonomen Erwägungen einen Geschäftsabschluss verweigert.

Zweipersonenverhältnis: Lieferant, Abnehmer



c) Liefer  
(1) Be  
Re  
ein  
Ge  
Zv



ichen, wenn  
ngen einen  
mer



## E. Missbrauchsverbot

### (2) Kartellrechtliche Behandlung

- Liefersperre kann diskriminierend wirken, muss aber nicht

**Fall 1:** Commercial Solvents Corp. (CSC) produzierte und verkaufte Erzeugnisse auf Nitroparaffin-Basis, darunter Nitropropan und Aminobutanol, ein Zwischenprodukt bei der Herstellung von Etambutol, einem Wirkstoff gegen Tuberkulose. Alle großen Hersteller von Etambutol verwendeten die von CSC hergestellten Rohstoffe. Ende 1970 änderte CSC ihre Geschäftspolitik und entschied, selbst auch das Endprodukt Etambutol herzustellen. Auf dieser Grundlage sollten nur noch bestehende Lieferverbindlichkeiten erfüllt werden, um sich selbst den Zugang zum Markt für die Derivate zu erleichtern. In der Folge wurde Zoja, einem Hersteller von Etambutol, die erbetene Lieferung von Aminobutanol verweigert. (EuGH v. 6.3.1974, verb. Rs. 6, 7/73 - Commercial Solvents, Slg. 1974, 223)



## E. Missbrauchsverbot

### (2) Kartellrechtliche Behandlung

- Liefersperre kann diskriminierend wirken, muss aber nicht
- P! Wenn Lieferant abgeleitete Märkte kontrolliert
  - Rohstoff – Endprodukt (*Commercial Solvents*)
  - Produkt – Ersatzteile (*Hugin*); P! „Systemmärkte“
  - Produkt – Information (*Magill*)



## E. Missbrauchsverbot

### (2) Kartellrechtliche Behandlung

- Liefersperre kann diskriminierend wirken, muss sie aber nicht
- P! Wenn Lieferant abgeleitete Märkte kontrolliert
- Enge Definition der Märkte führt zur Annahme der MB:
  - Hersteller beherrscht Markt für E-Teile oder Informationen zu seinem Produkt
  - Hersteller beherrscht Markt für alle Produkte, die aus dem Rohstoff hergestellt werden, den er kontrolliert



## E. Missbrauchsverbot

### (2) Kartellrechtliche Behandlung

- Liefersperre kann diskriminierend wirken, muss sie aber nicht
- P! Wenn Lieferant abgeleitete Märkte kontrolliert
- Enge Definition der Märkte führt zur Annahme der MB:
- Missbrauch? EuGH bejaht Verpflichtung des Wettbewerbers, den Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten zu öffnen, selbst wenn bewusste Geschäftsentscheidung, selbst auf dem abgeleiteten Markt

Ersatzteil- oder Reparaturgeschäft

Herstellung eines anderen Produkts

aktiv zu werden



## E. Missbrauchsverbot

### (2) Kartellrechtliche Behandlung

- Liefersperre kann diskriminierend wirken, muss sie aber nicht
- P! Wenn Lieferant abgeleitete Märkte kontrolliert
- Enge Definition der Märkte führt zur Annahme der MBS
- Missbrauch? EuGH bejaht Verpflichtung des Wettbewerbers, den Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten zu öffnen, selbst wenn bewusste Geschäftsentscheidung, selbst auf dem abgeleiteten Markt aktiv zu werden
- Voraussetzungen:
  - Abhängigkeit des Abnehmers
  - Ausschluss des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt
  - Verhinderung des Entstehens eines neuen Produkts/Verhinderung des technischen Fortschritts



## E. Missbrauchsverbot

### (2) Kartellrechtliche Behandlung

- Liefersperre kann diskriminierend wirken, muss sie aber nicht
- P! Wenn Lieferant abgeleitete Märkte kontrolliert
- Enge Definition der Märkte führt zur Annahme der MB:
- Missbrauch? EuGH bejaht Verpflichtung des Wettbewerbers, den Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten zu öffnen, selbst wenn bewusste Geschäftsentscheidung, selbst auf dem abgeleiteten Markt aktiv zu werden
- Entscheidung ökonomisch fragwürdig, aber häufig
  - Marktunvollkommenheit: fehlende Transparenz, „locked-in buyers“



## E. Missbrauchsverbot

### d) Diskriminierung

#### (1) Begriff – Verhältnis zu Boykott und Liefersperre

- Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV:

„Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;“

- Boykott und Liefersperre als Sonderfälle der Diskriminierung?



## E. Missbrauchsverbot

### (2) Kartellrechtliche Behandlung

Wettbewerbsverzerrung auf der nachgelagerten Stufe:

- Ungleichbehandlung von vergleichbaren Sachverhalten

P! Preisdiskriminierung nach Absatzgebieten

- *tertium comparationis* erforderlich

- Rechtfertigung möglich

P! Rabattsysteme (eng EuGH v. 15.3.2007, Rs. C-95/04 P, WuW/E EU-R 1259 - *British Airways* ./.)

*Kommission*; weiter EuGH v. 6.9.2017, Rs. C-413/14 P – *Intel*, Rn. 138 ff.)



## E. Missbrauchsverbot

Ergänzend:

- USA: Sec. 2 (a) Clayton Act i.d.F. des Robinson-Patman Act

**Price; selection of customers.** It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, ..., and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them:



## E. Missbrauchsverbot

Ergänzend:

- USA: Sec. 2 (a) Clayton Act i.d.F. des Robinson-Patman Act

**Price; selection of customers.** It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, ..., and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them:

- Österreich: **§ 2 Abs. 1 NVG:**

„Wer als Lieferant gewerberechtlich befugten Wiederverkäufern bei Vorliegen gleicher Voraussetzungen ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedliche Bedingungen gewährt oder anbietet, kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.“





## E. Missbrauchsverbot

### e) Missbrauch von Nachfragemacht

- “Spiegelbildthese”
- vor allem bei
  - abhängigen Zulieferern (“verlängerte Werkbank”)
  - kleinen Herstellern im Verhältnis zu nachfragestarken Handelsunternehmen
  - => Ausdehnung des Schutzes im deutschen Wettbewerbsrecht; Reichweite problematisch
- P! Konflikt mit Konzentration auf Verbraucherschutz



## E. Missbrauchsverbot

### II. Einseitig wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im deutschen Recht

- Urspr. nur Missbrauchsaufsicht durch Kartellbehörden, vgl. o.; keine Rechte Dritter  
+ Verbot der unbilligen Behinderung bzw. Diskriminierung  
=> Drittschutz (vgl. Art. 6 chKG 1985)
- Seit 2. GWB-Novelle (1972): Erstreckung auf bloß marktstarke Unternehmen
- Seit 6. GWB-Novelle (1998): Anlehnung an Art. 82 EG (inzwischen Art. 102 AEUV) => auch insoweit Drittschutz
- Spielraum durch Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO Nr. 1/2003
- Bekenntnis zur Nutzung durch dt. Gesetzgeber in 7. GWB-Novelle 2005 und 8. GWB-Novelle 2013



## E. Missbrauchsverbot

### II. Einseitig wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im deutschen Recht

- Seit 8. GWB-Novelle (2013): Bereinigung der Strukturen der §§ 18 ff. GWB
- 9. GWB-Novelle
  - Anpassung an digitale Ökonomie, § 18 Abs. 2a, Abs. 3a GWB
  - Verlängerung der befristeten Regelungen
- 10. GWB-Novelle
  - Intermediationsmacht, § 18 Abs. 3b GWB
  - „Missbrauch“ statt „missbräuchliche Ausnutzung“, § 19 Abs. 1
  - Erweiterung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB auf nicht physische wesentliche Einrichtungen („Zugang zu Daten“)
  - Missbrauchsaufsicht über Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“, § 19a



## E. Missbrauchsverbot

1. Marktbeherrschende Stellung, § 18 GWB
  - a) Einzelmarktbeherrschung, § 18 Abs. 1 GWB;  
Vermutung gem. § 18 Abs. 4 GWB
  - b) Gemeinsam marktbeherrschende Stellung, § 18 Abs. 5;  
Vermutung gem. § 18 Abs. 7 GWB
  - c) Unentgeltlichkeit, § 18 Abs. 2a GWB
  - d) Mehrseitige Märkte, § 18 Abs. 3a GWB



## E. Missbrauchsverbot

1. Marktbeherrschende Stellung, § 18 GWB
2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, § 19 GWB
  - a) Missbrauchstatbestand, § 19 Abs. 1 GWB
    - Parallel zu Art. 102 AEUV
  - b) Konkretisierungen, § 19 Abs. 2 GWB
    - (1) Unbillige Behinderung/Diskriminierung, Nr. 1
    - (2) Preis- und Konditionenmissbrauch, Nr. 2
    - (3) Preis- und Konditionenspaltung, Nr. 3
    - (4) Zugangsverweigerung zu Netzwerken, Nr. 4
    - (5) „Anzapfen“, Nr. 5 (verschärft in 9. GWB-Novelle)



## E. Missbrauchsverbot

3. Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer Marktmacht, § 20 GWB
    - Erstreckung des Verbots der unbilligen Behinderung bzw. Diskriminierung gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB auf bloß „marktstarke“ Unternehmen gem. § 20 Abs. 1 GWB:
      - relative Marktbeherrschung genügt
      - unternehmensbegründete Abhängigkeit
- (ähnlich das französische und griechische Recht, das EU-Kartellrecht durch die enge Marktabgrenzung, vgl. EuGH – *Hugin*; sowie die Erläuterungen der Komm. bei „*relationship specific investments*“; in der CH vgl. Art. 4 Abs. 2 KG in der Fassung der Revision von 2004)



## E. Missbrauchsverbot

3. Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer Marktmacht, § 20 GWB
  - Erstreckung des Verbots der unbilligen Behinderung bzw. Diskriminierung gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB auf bloß „marktstarke“ Unternehmen gem. § 20 Abs. 1 GWB
  - Erstreckung des Anzapfverbots gem. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB auf bloß „marktstarke“ Unternehmen gem. § 20 Abs. 2 GWB
  - Aber: keine Erstreckung beim Ausbeutungsmisbrauch gem. § 19 Abs. 2 Nr. 2!



## E. Missbrauchsverbot

3. Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer Marktmacht, § 20 GWB
  - Erstreckung des Verbots der unbilligen Behinderung bzw. Diskriminierung gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB sowie des Anzapfens gem. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB auf bloß „marktstarke“ Unternehmen gem. § 20 Abs. 1 GWB („vertikale Behinderung“)
  - „horizontale Behinderung“
    - Preis-Kosten-Schere, § 20 Abs. 3 Nr. 3 GWB
    - Verkauf unter Einstandspreis
      - nicht nur gelegentlich, § 20 Abs. 3 Nr. 2 GWB
      - einmalig bei Lebensmitteln, § 20 Abs. 3 Nr. 1



## E. Missbrauchsverbot

3. Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer Marktmacht, § 20 GWB
  - Erstreckung des Verbots der unbilligen Behinderung bzw. Diskriminierung gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB auf bloß „marktstarke“ Unternehmen gem. § 20 Abs. 1 GWB („vertikale Behinderung“)
  - „horizontale Behinderung“
  - P! Ausbeutungsmissbrauch durch relativ marktstarke Unternehmen



## E. Missbrauchsverbot

**Fall 3:** Die Klägerin, eine Tochtergesellschaft der französischen Herstellerin von Rossignol-Skiern, ist in Deutschland alleiniger Lieferant dieser Skier. Die Beklagte betreibt ein bedeutendes Sportfachgeschäft in P/Oberbayern. Die Parteien standen seit mehreren Jahren miteinander in Geschäftsbeziehungen. Von dem Gesamtumsatz der Beklagten (in Skiern) in der Saison 1972/73 in Höhe von 3 Millionen DM entfielen auf den Umsatz von Rossignol-Skiern 100.000,-- DM. Am 4. Oktober 1973 bestellte die Beklagte bei der Klägerin 478 Paar Rossignol-Skier. Die Klägerin lehnte das Angebot ab. Am 18. Oktober 1973 teilte sie der Beklagten mit, dass sie sie nicht mit Skiern beliefern werde. Die Beklagte forderte die Klägerin auf, die Bestellung vom 4. Oktober 1973 auszuführen. (BGH v. 20.11.1975, KZR 1/75 = NJW 1976, 801)



## E. Missbrauchsverbot

4. Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit marktübergreifender überragender Bedeutung, § 19a GWB
  - Zweistufiger Tatbestand, der echte Missbrauchsaufsicht des BKartA begründet
  - Stufe I: Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung, § 19a Abs. 1 GWB
    - Nicht notwendigerweise marktbeherrschende Stellung,
    - Aber: indizielle Wirkung, § 19a Abs. 1 Nr. 1 GWB
    - Rolle für „Ökosystem“
    - Abhängigkeit Dritter
    - Beschränkt auf Plattformmärkte nach § 18 Abs. 3a



## E. Missbrauchsverbot

4. Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit marktübergreifender überragender Bedeutung, § 19a GWB
  - Zweistufiger Tatbestand, der echte Missbrauchsaufsicht des BKartA begründet
  - Stufe I: Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung, § 19a Abs. 1 GWB
    - Bereits geschehen für Alphabet (Google), Meta (Facebook; beide rkr.), Amazon (n.rkr.). Apple laufend



## E. Missbrauchsverbot

4. Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit marktübergreifender überragender Bedeutung, § 19a GWB
  - Zweistufiger Tatbestand, der echte Missbrauchsaufsicht des BKartA begründet
  - Stufe I: Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung, § 19a Abs. 1 GWB
  - Stufe II: Besondere Verhaltensnormen, § 19a Abs. 2 GWB
    - Allein Untersagungsermächtigung; keine Direktwirkung, kein private enforcement
    - Wettbewerbszentriert
    - Fokus auf marktüberschreitende Verhaltensweisen



## E. Missbrauchsverbot

**Fall 7:** Radio Hamburg betreibt seit 1986 einen privaten Hörfunksender in Hamburg. Er berichtete seit Aufnahme des Sendebetriebs im Rahmen der Nachrichten, aber auch im sonstigen Programm regelmäßig entweder durch kurze Live-Berichte oder mit aktuellen Spielzusammenfassungen aus den Stadien über die Heimspiele der Mannschaften des HSV und des FC St. Pauli in den Fußballbundesligen. B veranstaltet im Auftrag des Vereins "Die Liga - der Fußballverband e.V." (im Folgenden: Ligaverband) die Bundesligaspiele. Dem Ligaverband gehören die mit ihren Mannschaften in den Lizenzligen vertretenen Sportvereine und Kapitalgesellschaften als Mitglieder an. Der Ligaverband hat B auch die "Vermarktungsrechte" an den Bundesligaspielen übertragen, die dem Ligaverband wiederum vom Deutschen Fußball-Bund e.V. (DFB) überlassen worden sind. Bis zur Saison 1999/2000 erhielten die Reporter und Mitarbeiter von Radio Hamburg zum Zwecke der Hörfunkberichterstattung aus den Stadien unentgeltlich Zutritt zur Pressetribüne, zu den durchgeführten Pressekonferenzen und zu den sog. Mixed-Zonen am Spielfeldrand, in denen Medienvertreter mit den Spielern und anderen Gesprächspartnern Interviews führen können. Nachdem es in der Spielzeit 2000/01 zu ersten Auseinandersetzungen zwischen den Lizenzvereinen und den privaten Hörfunkveranstaltern über das Bestehen und die Lizenzierbarkeit von "Hörfunkrechten" gekommen war, verlangte der Ligaverband von Radio Hamburg erstmals für die Fußballsaison 2001/02 eine Vergütung für die Möglichkeit, aus den Fußballstadien des HSV und des FC St. Pauli zu berichten.



## E. Missbrauchsverbot

**Fall 7 (Fortsetzung):** Das ihm vorgelegte Angebot für die Saison 2001/2002 nahm Radio Hamburg nicht an, jedoch kam es schließlich - bei Aufrechterhaltung der gegensätzlichen Rechtsstandpunkte - zu einer entgeltlichen Akkreditierung der Klägerin für diese Saison, wobei sich die Klägerin verpflichtete, pro Heimspiel nicht mehr als fünf Minuten live aus dem Stadion zu berichten.

Radio Hamburg möchte nun gerichtlich gegen den HSV, den FC St. Pauli und B vorgehen. Es ist der Ansicht, dass dem HSV und dem FC St. Pauli keine Hörfunkrechte an ihren Heimspielen in der Bundesliga zustünden. Hilfsweise seien die beiden Fußballvereine verpflichtet, ihm gegen Zahlung eines angemessenen Aufwendersatzes Zutritt zum Spiel und zu den Mixed-Zonen, Teilnahme an den Pressekonferenzen, einen Arbeitsplatz und technische Dienstleistungen für Hörfunkreporter zu gewähren. Radio Hamburg meint weiterhin, dass ihm - unabhängig von einem angemessenen Aufwendersatzanspruch - unentgeltliche Live- oder sonstige Berichterstattung über Bundesliga-Heimspiele aus den Stadien des HSV und des FC St. Pauli im Umfang von bis zu fünf Minuten pro Spiel zustehe. Schließlich sei auch zu beachten, dass er grundrechtlich durch die Rundfunk- und die Berufsfreiheit geschützt sei.

(BGH v. 8.11.2005, KZR 37/03 – Hörfunkrechte, BGHZ 165, 62)

