

Juristische Kurz-Lehrbücher

Kartellrecht

Ein Studienbuch

von
Volker Emmerich

13. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 66098 6

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

stimmten Dienstleistungen nicht zu befriedigen vermag, gleichwohl aber private Anbieter unter Berufung auf sein Monopol an der Erbringung solcher Leistungen hindert, verstößt daher z. B. gegen Art. 102 S. 2 lit. b AEUV.⁵¹ Missbräuchlich ist ferner die **Einschränkung des technischen Fortschritts** zum Schaden der Verbraucher. Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn Unternehmen in beherrschender Stellung den Einsatz neuer fortschrittlicher Technologien unterlassen oder bei anderen Unternehmen verhindern.⁵²

2. Ausschließlichkeitsbindungen⁵³

Der wichtigste Anwendungsfall von Art. 102 S. 2 lit. b AEUV in der bisherigen Praxis waren von beherrschenden Unternehmen praktizierte Ausschließlichkeitsbindungen, da sie häufig, wenn nicht in der Regel zu einer Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes zum Schaden der Verbraucher im Sinne des Art. 102 S. 2 lit. b AEUV führen (o. Rn. 22 ff.). Um dies zu erkennen, genügt es, sich die Konsequenzen solcher Bindungssysteme für die Konkurrenten zu vergegenwärtigen. Gelingt es z. B. einem *beherrschenden* Anbieter, eine *erhebliche Zahl* von Abnehmern durch Ausschließlichkeitsbindungen an sich zu binden, so werden dadurch den Konkurrenten dieses Anbieters nahezu zwangsläufig (entgegen Art. 102 S. 2 lit. b AEUV) die Absatzwege verstopft. Entsprechendes gilt im umgekehrten Fall der Verpflichtung wichtiger Lieferanten von Vorprodukten zur ausschließlichen Belieferung eines Abnehmers in beherrschender Stellung. Ein **Beispiel** ist die Praxis eines führenden Speiseeislieferanten mit einem Marktanteil von über 40 %, den Händlern die (sehr begehrten) Kühltruhen nur unter der Bedingung zur Verfügung zu stellen, dass in diesen keine Konkurrenzprodukte gelagert werden dürfen, natürlich, um diesen den Marktzugang zu versperren.⁵⁴

Ausschließlichkeitsbindungen verstoßen an sich bereits gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV (s. o. § 4 Rn. 10). Sind an ihnen Unternehmen in beherrschender Stellung beteiligt, so wird jedoch auf sie wegen ihrer geschilderten Gefährlichkeit für das System unverfälschten Wettbewerbs (Rn. 24) häufig auch zusätzlich oder allein Art. 102 S. 2 lit. b AEUV angewandt. Das Ergebnis ist in jedem Fall dasselbe: grundsätzliche **Unzulässigkeit** der Ausschließlichkeitsbindung und der gleichstehenden Abreden, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Wunsch zur Vereinbarung der Ausschließlichkeitsbindung von dem Unternehmen in beherrschender Stellung oder von der anderen Marktseite ausgegangen ist.⁵⁵ Ebenso behandelt werden **Abreden mit einer vergleichbaren Wirkung** wie Ausschließlichkeitsbindungen, insbesondere Wettbe-

⁵¹ *EuGH* Slg. 1991, I-2010 (2017f.) = *EuZW* 1991, 349 – Macrotron.

⁵² *EuGH* Slg. 1985, 880 (887 Tz. 26) – BT; Slg. 1991, I-5923 (5929 Tz. 19) = *EuZW* 1992, 248 (249) – Porto di Genova; *Kommission*, *Entsch. v. 10.12.1982*, *ABl. Nr. L 360/36* (41) – BT – m. Anm. *Emmerich*, *EuR* 1983, 216; *Ritter/Braun*, p. 440.

⁵³ S. dazu Hdb., HI § 3 Rn. 81 ff.; *Kommission*, *Mitteilung von 2009*, Tz. 32 ff.

⁵⁴ *EuG* Slg. 2003, II-4662 (4720 ff. Tz. 157 ff.) = *WuW/E EU-R* 765 – van den Bergh Foods.

⁵⁵ *EuGH* Slg. 1975, 1663 (1994, 2015, 2018 ff.) – Suiker Unie; Slg. 1979, 461 (539 ff.) – Hoffmann-La Roche; Slg. 1989, 2521 (2573) – Tournier; Slg. 1989, 2811 (2828 f.) – Lucazeau; Slg. 1991, I-3439 (3473) – Akzo; Slg. 1994, I-1508 (1520) = *EuZW* 1994, 408 (410) – Almelo; *EuG* Slg. 2001, II-3415 (3440 Tz. 51, 3456 f. Tz. 94 ff.) = *WuW/E EU-R* 527 – AAMS; Slg. 2003, II-4662 (4720 f. Tz. 157 ff.) = *WuW/E EU-R* 765 – van den Bergh Foods; Slg. 2007, II-1607 Tz. 122 ff. = *WuW/E EU-R* 1273 (1275 ff.) – DSD; Slg. 2010, II-2645 (2735 Tz. 315) – ICI; Slg. 2010, II- 4370; insbes. *NZKart* 2014, 267 Tz. 72, 110 ff. – Intel; ausführlich *Kommission*, *Mitteilung von 2009*, Tz. 32–36.

werbsverbote oder langfristige Bezugsverträge über (nahezu) den gesamten Bedarf der Abnehmer.⁵⁶

- 26 An der Beurteilung solcher Abreden als grundsätzlich missbräuchlich ändern auch nichts die in der Praxis vielfach anzutreffenden „**abschwächenden Klauseln**“. Hervorzuheben sind Abreden, durch die ein Unternehmen in beherrschender Stellung seinen Abnehmern „lediglich“ die Verpflichtung auferlegt, einen **Teil ihres Bedarfs** bei ihm zu decken. Beträgt dieser Anteil 80 % oder mehr, so handelt es sich ohnehin der Sache nach um eine Ausschließlichkeitsbindung. Aber auch bei niedrigeren Anteilen kann ein Missbrauch anzunehmen sein, wobei besondere Beachtung der Umstand verdient, dass derartige **Bedarfsdeckungsklauseln** den Unternehmen in beherrschender Stellung alle gewünschten Informationen über den Bedarf ihrer Abnehmer *und* über die Liefermöglichkeiten der Konkurrenten verschaffen, wodurch ihnen auch noch andere Strategien zur Monopolisierung der Märkte ermöglicht werden.⁵⁷ Dieselbe negative Beurteilung ist bei den sog. „**englischen Klauseln**“ angebracht, nach denen das beherrschende Unternehmen auf die Ausschließlichkeitsbindung „verzichtet“, wenn den Abnehmern günstigere Angebote von dritter Seite vorliegen, in die das beherrschende Unternehmen nicht eintreten will.

3. Rabattsysteme

- 27 Die zutreffende wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Rabattsystemen steht heute im Mittelpunkt einer ausgebreiteten Diskussion auf juristischer und ökonomischer Ebene. Das Problem rührt vor allem daher, dass Rabatte zunächst einmal nichts anderes als gewöhnliche, grundsätzlich positiv zu beurteilende *Preisnachlässe* sind. Auf der anderen Seite steht aber auch fest, dass von Rabattsystemen ebenso **negative Wirkungen** wie von Ausschließlichkeitsbindungen ausgehen können. In besonderem Maße gilt dies für sog. **bedingte Rabattsysteme**, bei denen die Gewährung von Rabatten von einem Verhalten der Abnehmer, insbesondere von der Konzentration ihrer Nachfrage auf das marktbeherrschende Unternehmen abhängig gemacht wird. Paradigma sind **Treuerabatte** und vergleichbaren Abreden, die die Aufgabe haben, den *ausschließlichen Bezug* bei dem beherrschenden Unternehmen zu *belohnen*.
- 28 Der Gerichtshof steht aus den genannten Gründen Treuerabatten und vergleichbaren Abreden über bedingte Rabatte ausgesprochen **kritisch** gegenüber, weil sich mit Abreden der fraglichen Art weitgehend dieselben Wirkungen wie mit Ausschließlichkeitsbindungen (o. Rn. 24 ff.) erreichen lassen. Derartige Rabattsysteme werden deshalb vielfach als **missbräuchlich** angesehen, in erster Linie nach Art. 102 S. 2 lit. b AEUV sowie häufig – wegen der mit ihnen oft verbundenen Diskriminierung zwischen den verschiedenen Abnehmergruppen – auch nach Art. 102 S. 2 lit. c AEUV.⁵⁸ Dieselbe negative Beurteilung erfahren meistens **individuelle Rabattsysteme** für die

⁵⁶ *Kommission*, Entsch. v. 19.12.1990, ABL 1991 Nr. L 152/21 (33 ff.) – Solvay und 40 (50 ff.) – ICI; 19. WB 1989, Tz. 62 (S. 78 f.) – Industriegase; *OLG Düsseldorf* WuW/E DE-R 1557 (1571 ff.); s. schon o. § 4 Rn. 47 ff.

⁵⁷ *Kommission*, Entsch. v. 19.12.1990, ABL 1991 Nr. L 152/21 (33 ff.) – Solvay; v. 19.12.1990, ABL 1991 Nr. L 152/40 (50 ff.) – ICI; *OLG Düsseldorf* WuW/E DE-R, 1757 (1771 ff.).

⁵⁸ *EuGH* Slg. 1978, 207 (295) = NJW 1978, 2339 – Chiquita; Slg. 1979, 461 (539 ff.) – Hoffmann-La Roche; 1983, 3461 (3514) – Michelin; Slg. 2001, I-2638 (2657 f. Tz. 50 ff.) – Portugal; Slg. 2007, I-2373 = EuZW 2007, 306 (308 ff. Tz. 58 ff.) = JuS 2007, 975 Nr. 14 – BA; EuZW 2012, 741 = WuW/E EU-R 2323 (2333 f.) – Tomra; *EuG* Slg. 2010, II-2645 (2728 ff. Tz. 296 ff.) – ICI; NZKart 2014,

einzelnen Abnehmer, insbesondere, wenn diesen die jeweiligen Höchstsätze immer erst nachträglich bekanntgegeben werden,⁵⁹ sowie schließlich **Zielvereinbarungen** und vergleichbare, oft nur schwer durchschaubare Vertragsgestaltungen.⁶⁰ Den Gegensatz bilden **Mengen- und Funktionsrabatte**, die jedenfalls unbedenklich sind, *sofern* durch sie den Abnehmern *zusätzliche Leistungen* für die Lieferanten *vergütet* werden, insbesondere in Gestalt größerer Abnahmemengen als üblich oder in Gestalt der Abnahme typischer Saisonware außerhalb des Saison. Art. 102 S. 2 lit. b AEUV kommt dagegen auch hier im Spiel, wenn die Rabattstufen in keinem Zusammenhang mehr mit der Kostenersparnis bei dem Lieferanten stehen, sondern offenkundig allein dem Zweck dienen, die Abnehmer durch große Rabattsprünge bei Überschreitung einzelner Umsatzschwellen nach Möglichkeit an den Lieferanten zu binden.⁶¹

Im Ergebnis ist damit heute i. d. R. eine **zweistufige Prüfung** von Rabattsystemen erforderlich.⁶² Auf der ersten Stufe muss geprüft werden, ob von dem fraglichen Rabattsystem eine *Sog- oder Verdrängungswirkung* ausgeht. Ist dies wie in der Regel bei Treuerabatten und individuellen Rabatten sowie häufig bei Zielrabatten der Fall, so ist auf der zweiten Stufe zu prüfen, ob die Rabatte ausnahmsweise *objektiv wirtschaftlich gerechtfertigt* sind, wofür das betreffende Unternehmen die Beweislast trägt. Ergänzend ist außerdem noch zu untersuchen, ob die Rabatte gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 102 S. 2 lit. c AEUV verstoßen.⁶³

4. Geschäftsverweigerung

Literatur: S. u. § 27 Rn. 126 ff.; Hdb., H I § 3 Rn. 90 ff.; *Kommission*, Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich vom 22.8.1998, ABl. Nr. C 265/2; Diskussionspapier, Dezember 2005, Tz. 217 ff.; Mitteilung von 2009, Tz. 75 ff.; *Areeda*, Antitrust Law Journal 58 (1990), 841; *Beckmerhagen*, Die essential-facilities-Doktrin im US-amerikanischen und europäischen Kartellrecht, 2002; *K. V. Boesche*, Die zivilrechtsdogmatische Struktur des Anspruchs auf Zugang zu Energieversorgungsnetzen, 2002; *Emmerich*, FS Großfeld 1998, S. 185; *ders.*, FS Söllner, 2000, S. 35; *Oechsler*, FS Sacker, 2011, S. 879; *Wendenburg*, Marktmacht auf Sekundärmärkten, 2004.

Als Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes zum Schaden der Verbraucher im Sinne des Art. 102 S. 2 lit. b AEUV wird es ferner angesehen, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung die Geschäftsbeziehungen zu einem anderen Unternehmen abbricht oder von vornherein die Aufnahme solcher Beziehungen mit ihm ablehnt (sog. Geschäfts- oder Lieferverweigerung, **refusal to supply**). Gleich steht der Fall, dass ein beherrschendes Unternehmen die Aufnahme oder die Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen davon abhängig macht, dass der andere Teil für ihn im Grunde

267 Tz. 73, 76 ff.; *Kommission*, Mitteilung von 2009, Tz. 37 ff.; Entsch. v. 13.5.2009, WuW/E EU-V 1441 (1447 ff., Tz. 920 ff.).

⁵⁹ *EuGH* Slg. 1983, 3461 (3512 ff.) – Michelin; Slg. 2007, I-2373 = *EuZW* 2007, 306 (308 f., Tz. 63, 71 ff.) – BA; *Kommission*, Entsch. v. 17.10.1981, ABl. Nr. L 353/33 (41 ff.) – Michelin I, und v. 20.6.2001, ABl. 2002 Nr. L 143/1 (34 ff.) – Michelin II.

⁶⁰ S. die verschiedenen Entscheidungen zu den ausgesprochen raffinierten Rabattsystemen von Michelin und British Airways (vorige Fn.).

⁶¹ *EuGH* Slg. 2001, I-2638 (2657 ff. Tz. 50 ff.) – Portugal; *EuG* Slg. 2003, II-4082 (4100 ff. Tz. 54 ff.) = WuW/E EU-R 731 – Michelin; Slg. 2003, II-5925 (5985 ff.) = WuW/E EU-R 777 (787 ff. Tz. 241 ff.) – BA; Slg. 2010, II-2645 (2729 f. Tz. 298 ff.) – ICI.

⁶² *EuGH* Slg. 2007, I-2373 = *EuZW* 2007, 306 (309 ff. Tz. 67 ff.) = JuS 2007, 975 Nr. 14 – BA; s. dazu *Holzinger*, *EuZW* 2007, 313 f.

⁶³ S. u. Rn. 37 ff.; *EuGH* Slg. 2007, I-2373 = *EuZW* 2007, 306 (312 f. Tz. 133 ff.) = JuS 2007, 975 Nr. 14 – BA; *Kommission*, Entsch. v. 13.5.2009, WuW/E EU-V 1441 (1447 ff. Tz. 920 ff.) – Intel.

unzumutbare Geschäftsbedingungen akzeptiert. Keine Rolle spielt dabei, ob es sich um die Lieferung von *Waren* oder die Erbringung von *Dienstleistungen* handelt.⁶⁴ Der Abbruch von Geschäftsbeziehungen wird, wenn er von einem Unternehmen in beherrschender Stellung ausgeht, von den Unionsorganen vielfach als *missbräuchlich* eingestuft, jedenfalls, sofern davon wettbewerbsbeschränkende Wirkungen, insbesondere auf Drittmarkten, zu besorgen sind, außer wenn der Abbruch im Einzelfall, gemessen an den Vertragszielen, sachlich gerechtfertigt („vernünftig“) erscheint, wozu auch erforderlich ist, dass dem Unternehmen in beherrschender Stellung zur Wahrung seiner legitimen Interessen kein milderes Mittel als gerade der Abbruch der Geschäftsbeziehungen zur Verfügung steht (**Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**).⁶⁵

- 31 Bei **mehrstufigen Unternehmen** kommt eine Anwendung des Art. 102 AEUV insbesondere in Betracht, wenn sie die Belieferung ihrer einstufigen Konkurrenten auf den nachgelagerten oder Sekundärmärkten mit Rohstoffen oder Vorprodukten ganz ablehnen oder nur zu überhöhten Preisen anbieten, so dass ihre einstufigen Konkurrenten einer sog. **Kosten-Preis-Schere** ausgesetzt werden. Die *Kommission* hat sich gegen derartige Praktiken von Unternehmen in beherrschender Stellung in erster Linie auf den Telekommunikations-, Post- und Verkehrsmärkten gewandt. Bekannte **Beispiele** sind die Preispolitik der Deutschen Post AG (DPAG) auf dem Paketmarkt⁶⁶, der Deutschen Telekom AG (DTAG) bei der Festsetzung der Gebühren für den Zugang ihrer privaten Konkurrenten zu dem nach wie vor von ihr allein beherrschten Ortsnetz⁶⁷ sowie der spanischen oder schwedischen Post bei der Festsetzung der Gebühren für den Internetzugang ihrer Konkurrenten im Netz, die bewusst viel zu hoch angesetzt waren, während die Post ihren eigenen Endkunden ganz niedrige Gebühren abverlangte.⁶⁸ Die Unionsorgane nehmen in diesen Fällen eine missbräuchliche Preis- oder Kosten-schere in erster Linie an, wenn die **Differenz** zwischen den Preisen für die Endkunden auf dem Sekundärmarkt und den Preisen für die Konkurrenten auf dem vorgelagerten Markt entweder **negativ** oder doch so **gering** ist, dass sie auch für effektive Konkurrenten nicht mehr ausreichend ist.⁶⁹ Das ist insbesondere anzunehmen, wenn das Unternehmen in beherrschender Stellung mit der von ihm den Konkurrenten zugebilligten niedrigen Spanne ebenfalls nicht mehr auskäme, sondern Verluste machte, wobei es genügt, dass das fragliche Unternehmen für die Vorleistungen marktbeherrschend ist, während Marktbeherrschung bei den Endprodukten nicht erforderlich ist.⁷⁰

⁶⁴ *Kommission*, Entsch. v. 2.6.2004, WuW/E EU-V 1053 (1058ff., Tz. 220ff.) – Clearstream.

⁶⁵ Zusammenfassung der Rechtsprechung in *EuG* Slg. 2005, II-5596 = WuW/E EU-R 977 (984f. Tz. 306ff.) – GE/Honeywell sowie bei *GA Jacobs*, in: Slg. 1998, I-7794 (7802ff. Tz. 33ff.); zuletzt insbes. *EuGH* Slg. 2008, I-7174 = *EuZW* 2008, 634 = *JuS* 2009, 479 – GSK; *EuG* Slg. 2007, II- 3601 = WuW/E EU-R 1307 Tz. 317ff. – Microsoft.

⁶⁶ *Kommission*, Entsch. vom 20.3.2001, ABl. Nr. L 125/27 (39ff., Rn. 35ff.) – DPAG/UPS.

⁶⁷ *EuGH* Slg. 2010, I-9601 Tz. 173ff. – DTK; *EuG* Slg. 2008, II-485 Tz. 166, 186ff. = WuW/E EU-R 1429 (1433ff.); *Kommission*, Entsch. v. 21.3.2003, ABl. Nr. L 263/9 (23ff., Rn. 102ff.) = WuW/E EU-V 908 – DTAG.

⁶⁸ *EuGH* Slg. 2011, I-564 Tz. 30ff. – Telia Sonera; *Kommission*, Entsch. v. 4.7.2007, ABl. Nr. C – Telefonica; vgl. auch *BKartA* WuW/E DE-V 1191 (1193f.).

⁶⁹ *EuG* Slg. 2008, II-485 Tz. 166, 183ff. = WuW/E EU-R 1429 (1433ff.) – DTAG; s. auch u. Rn. 50.

⁷⁰ *EuGH* Slg. 2010, I-9601 = WuW/E EU-R 1779 (1794ff. Tz. 173ff.) – DTK; Slg. 2011, I-564 = *EuZW* 2011, 339 Tz. 31ff. = *JuS* 2012, 177 – TeliaSonera; *EuG* Slg. 2008, II-485 (537, 543ff. Tz. 166, 186ff.) = WuW/E EuR 1429 (1433ff.) – DTK; *Kommission*, Mitteilung von 2009, Tz. 75ff., 80; Entsch. v. 21.3.2003, ABl. Nr. L 263/9 (23ff. Tz. 102ff.) = WuW/E EU-V 908 – DTAG; v. 14.7.2007, ABl. 2008 Nr. C 83/6 (7f.) – Telefonica; *Frenz*, NZKart 2013, 60.

Entscheidend ist letztlich nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung, ob die Lieferverweigerung geeignet erscheint den Wettbewerb des betroffenen Unternehmens auszuschalten.⁷¹ Die *Kommission* hat hinzugefügt, dass die Anwendung des Art. 102 AEUV danach nur unter den folgenden **drei Voraussetzungen** in Betracht kommt: erstens, wenn das fragliche Produkt oder die fragliche Dienstleistung objektiv zum Markteintritt anderer Unternehmen notwendig ist, zweitens, wenn die Lieferverweigerung deshalb zum Ausschluss des Wettbewerbs durch die genannten anderen Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt führen wird, sowie drittens, wenn die Verbraucher dadurch geschädigt werden, wenn mit anderen Worten von der Lieferverweigerung keine Effizienzvorteile für die Verbraucher zu erwarten sind.⁷² Soweit nach dem Gesagten hier Raum für die Anwendung des Art. 102 AEUV ist, kann sich daraus in **Krisenzeiten** für beherrschende Unternehmen mit Zugang zu den Rohstoffquellen außerdem die Pflicht zur Repartierung ihrer knappen Ressourcen ergeben. Auf derselben Linie liegt wohl auch die im Einzelnen umstrittene Rechtsprechung des BGH zu dem Fragenkreis.⁷³

Dieselben Regeln finden grundsätzlich Anwendung, wenn es ein Unternehmen in beherrschender Stellung von vornherein ablehnt, mit einem anderen Unternehmen, das auf seine Leistungen angewiesen ist, Geschäftsbeziehungen aufzunehmen (sog. *De-novo-Lieferverweigerung*).⁷⁴ Aus naheliegenden Gründen kommt jedoch hier eine Rechtfertigung solchen Verhaltens durch die Wahrnehmung legitimer Interessen des beherrschenden Unternehmens (weit) eher in Betracht als bei dem „grundlosen Abbruch“ schon bestehender Geschäftsbeziehungen (o. Rn. 30 ff.).

5. Essential-facilities-Doktrin

Unter dem Stichwort essential-facilities-Doktrin (Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen) diskutiert man die Frage, ob die Inhaber von Infrastruktureinrichtungen *oder* Rechten, die über diese Einrichtungen oder Rechte den Zugang zu vorgelagerten oder nachgeordneten Märkten beherrschen, anderen Unternehmen die Mitbenutzung ihrer Einrichtungen oder Rechte gestatten müssen, selbst wenn ihnen davon eine Konkurrenz auf den genannten Märkten droht. Paradigma für derartige Infrastruktureinrichtungen, in diesem Zusammenhang meistens wesentliche Einrichtungen genannt, sind die Netze der Verkehrs- und Versorgungswirtschaft, ohne deren Mitbenutzung offenkundig in der Regel anderen Verkehrs-, Telekommunikations- und Versorgungsunternehmen ein Zugang zu den nachgeordneten (oder: nachgelagerten) Märkten nicht möglich ist. Gesetzliche Regelungen dieses schwierigen Fragenkreises finden sich außer in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB von 2013 (s. dazu u. § 27 Rn. 126 ff.) vor allem in verschiedenen Richtlinien der Union und den darauf fußenden Regulierungsgesetzen für die Energie-, Bahn-, Post- und Telekommunikationsmärkte (s. dazu u. §§ 38 f.). Daneben bleibt aber in jedem Fall Art. 102 AEUV (als vorrangiges Primärrecht) anwendbar.

⁷¹ Grdl. *EuGH* Slg. 2008, I-7174 = *EuZW* 2008, 634 = *WuW/E EU-R* 1463 = *JuS* 2009, 479 – GSK.

⁷² Mitteilung von 2009, ABL Nr. C 45/7, Tz. 81–90.

⁷³ Vgl. die beiden SIM-Karten-Urteile von 2010: *BGH WuW/E DE-R* 2963 (2967 ff.) – SIM-Karte I; *WM* 2010, 1950 = *MMR* 2010, 786 – SIM-Karte II.

⁷⁴ *Kommission*, *Entsch. v. 2.6.2004*, *WuW/E EU-V* 1053 (1058 ff. Tz. 219 ff.) – Clearstream; *öOGH* *ÖBl.* 1998, 36; 1998, 256; 1998, 308; 1999, 16; 1999, 50.

- 35 Entwickelt wurde die essential-facilities-Doktrin schon verhältnismäßig früh in den **Vereinigten Staaten**.⁷⁵ Von dort ist sie von der **Kommission** Schritt für Schritt in das Unionsrecht übernommen worden. Ihre erste Ausformulierung fand die essential-facilities-Doktrin in den **Seehafenentscheidungen** der Kommission aus den Jahren 1993 bis 1995, in denen sie wiederholt feststellte, dass die Verweigerung der Mitbenutzung wesentlicher Einrichtungen wie eben Häfen zu diskriminierungsfreien Bedingungen gegen Art. 102 AEUV verstößt, wenn der marktbeherrschende Inhaber der fraglichen Einrichtung diese zwar selbst nutzt, zugleich aber durch die Verweigerung des Zugangs zu der Einrichtung andere Unternehmen an der Aufnahme der Konkurrenzfähigkeit auf einem nachgeordneten Markt hindert.⁷⁶ Die essential-facilities-Doktrin wurde seitdem in allen Fällen angewandt, in denen ein beherrschendes Unternehmen den Zugang zu einem Markt kontrolliert, weil es über Einrichtungen, Kenntnisse oder Schutzrechte verfügt, ohne die eine Betätigung auf dem nachgeordneten Markt nicht möglich ist. **Beispiele** sind außer den „klassischen“ Netzmonopolen und anderen Infrastruktureinrichtungen wie Häfen und Bahnhöfen auch Schlüsselpatente und Urheberrechte sowie überhaupt jede Erlaubnis oder Lizenz, die Dritte als Voraussetzung für die Betätigung auf einem bestimmten Markt von Seiten des Berechtigten benötigen. Der Begriff wird insgesamt im Unionsrecht – anders als im deutschen Recht nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB – ganz **weit** ausgelegt.
- 36 Der **Gerichtshof** hatte sich zunächst sehr zurückhaltend zu einer Übernahme der essential-facilities-Doktrin in das Unionsrecht geäußert,⁷⁷ später jedoch eine deutlich positivere Haltung zu dem Fragenkreis erkennen lassen.⁷⁸ Voraussetzung für die Anwendung der essential-facilities-Doktrin ist danach vor allem, dass die Mitbenutzung der betreffenden Einrichtungen, Informationen oder Dienstleistungen *unerlässlich* für ein Unternehmen ist, das auf einem bestimmten Markt tätig werden will. Dies ist nur anzunehmen, wenn es keine Produkte oder Dienstleistungen gibt, die technisch und wirtschaftlich als Alternativlösungen in Betracht kommen.⁷⁹ Ist dies der Fall, so kann sogar die **Verweigerung der Lizenz** an einem Schutzrecht missbräuchlich sein, wenn (1.) die Zugangsverweigerung das Auftreten eines *neuen* Erzeugnisses verhindert, nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht, wenn (2.) die Weigerung willkürlich ist und wenn sie (3.) geeignet ist, jeglichen Wettbewerb auf einem nachgelagerten oder abgeleiteten Markt auszuschließen.⁸⁰ Das **Gericht** hat in den verschiedenen Microsoft-Urteilen hinzugefügt, dass sich das besonders umstrittene *Neuheitserfordernis* allein auf die Fälle einer *Zwangslizenz* an gewerblichen Schutzrechten bezieht, so dass in den übrigen Fällen **auch andere Umstände** die Annahme eines Missbrauchs

⁷⁵ Wegen der Einzelheiten s. 540 US 398 = 124 SCt. 872 (2004) = WuW/E KRInt 59 – Verizon/Trinko; *Areeda*, Antitrust Law J. 58 (1990), 841; *Glasl*, ECLR 1994, 306; *Mestmäcker/Schweitzer*, § 18 Rn. 33 ff. (S. 446 ff.); *Subiotto*, ECLR 1992, 234 (242 ff.).

⁷⁶ *Kommission*, Entsch. v. 21.12.1993, ABl. 1994 Nr. L 15/8 (16 Tz. 66) – Stena Sealink II; v. 21.12.1993, ABl. 1994 Nr. L 55/52 (55 Tz. 12) – Hafen von Rodby; Mitteilung über Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich v. 22.8.1998, ABl. Nr. C 265/2 (15 ff. Tz. 87 ff.); Beschl. v. 22.6.2011 – ABl. Nr. C 324/7 Tz. 13 ff. – TK Polska; *Emmerich*, FS v. Gamm, 1990, S. 581 (592 ff.).

⁷⁷ *EuGH Slg.* 1998, I-7817 (7831 f. Tz. 41 ff.) = NJW 1999, 2259 = EuZW 1999, 86 – Bronner/Mediaprint; bestätigt durch *EuGH Slg.* 2004, I-5069 (5079 f. Tz. 28 ff.) – Tierce Ladbrooke; s. dazu *Ehle*, EuZW 1999, 89 f.; *Lampert*, NJW 1999, 2235; zustimmend *ÖOGH ÖBl.* 2001, 41 – Mediaprint III.

⁷⁸ *EuGH Slg.* 2004, I-5069 = EuZW 2004, 345 – IMS/NDC.

⁷⁹ *EuGH Slg.* 2004, I-5069 (5079 Tz. 28).

⁸⁰ *EuGH Slg.* 2004, I-5069 (5081 f. Tz. 34–38).

nach Art. 102 S. 2 lit. b AEUV zu rechtfertigen vermögen wie insbesondere eine Beschränkung der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher.⁸¹

Im Ergebnis entsprechen damit heute die **Voraussetzungen**, unter denen ein Zugang zu den genannten Einrichtungen und Rechten verlangt werden kann, im Wesentlichen den Regeln bei der Geschäftsverweigerung (o. Rn. 30 ff.). Besonderheiten gelten lediglich für **Zwangslizenzen** an gewerblichen Schutzrechten, wo als zusätzliche Voraussetzung für die Anwendung des Art. 102 AEUV jedenfalls im Regelfall die Verhinderung eines *neuen* Produkts oder einer *neuen* Dienstleistung zum Schaden der Verbraucher verlangt wird. Liegen die genannten Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 102 AEUV vor, so scheidet die Annahme eines Missbrauchs nur aus, wenn die Verweigerung des Zugangs zu der wesentlichen Einrichtung objektiv gerechtfertigt ist, etwa wegen fehlender Kapazitäten oder wegen Gefahren für die Funktionsfähigkeit und Betriebssicherheit der Einrichtung bei ihrer Öffnung für Dritte.

IV. Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen (Art. 102 S. 2 lit. c AEUV)

1. Überblick

Nach Art. 102 S. 2 lit. c AEUV stellt ferner die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden, einen Missbrauch dar. Wie der Vergleich mit der Parallelvorschrift des Art. 101 Abs. 1 Halbs. 2 lit. c AEUV (o. § 5 Rn. 12) zeigt, hat der Vertrag hier vorrangig *einseitige* Diskriminierungen im Auge, die von Unternehmen in beherrschender Stellung praktiziert werden.

Unter einer **Diskriminierung** versteht man die unterschiedliche Behandlung gleichartiger Sachverhalte. Die Auswirkungen auf den Wettbewerb sind ambivalent. Je nach den Umständen können sie positiv oder negativ zu bewerten sein.⁸² Lediglich **grundlose Diskriminierungen**, die **von marktstarken Unternehmen** ausgehen, gelten grundsätzlich als unvereinbar mit einer Wettbewerbsordnung, weil mit ihnen durchweg die Gefahr verbunden ist, dass durch sie die gleichen Wettbewerbschancen der Vertragspartner, der Lieferanten wie der Abnehmer des marktstarken Unternehmens, beeinträchtigt und damit der Wettbewerb verzerrt wird. Das ist der Grund, warum sich der Anwendungsbereich der meisten Diskriminierungsverbote auf marktstarke oder marktbeherrschende Unternehmen beschränkt (vgl. neben Art. 102 AEUV noch § 19 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 und § 20 Abs. 1 GWB und dazu u. §§ 27 Rn. 84 ff. und § 28).

Der **Zweck** des Diskriminierungsverbotes des Art. 102 S. 2 lit. c AEUV besteht nach dem Gesagten (Rn. 39) in erster Linie in dem Schutz des unverfälschten Wettbewerbs auf den vor- und nachgelagerten Märkten gegen eine Verzerrung des Wettbewerbs zwischen den Lieferanten oder Abnehmern des Unternehmens in beherrschender Stellung durch ihre grundlose unterschiedliche Behandlung,⁸³ d. h. – anders gewendet –

⁸¹ EuG Slg. 2004, II-4483 = WuW/E EU-R 863; Slg. 2007, II-3601 Tz. 643 ff., 647 ff. = WuW/E EU-R 1307; EuZW 2012, 673 Tz. 139 ff.; s. dazu Frenz, WuW 2014, 282; Lange, in: Lange/Klippel/Ohly (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 2009, S. 139 ff.; R. Wilhelmi, WRP 2009, 1431 (1442 ff.); Wirtz/Möller, WuW 2006, 226 (232 f.); kritisch Oechsler, FS Sacker, 2011, S. 879 (889 f.).

⁸² S. MK, SonderGA 7, Tz. 217 ff.; Mestmäcker, WuW 1957, 21, 92; Mestmäcker/Schweitzer, § 17 Rn. 14 (S. 413 f.).

⁸³ EuGH Slg. 2007, I-2373 Tz. 143 = EuZW 2007, 306, 313 = JuS 2007, 975 – BA.

letztlich in der **allseitigen Öffnung der Märkte** im Binnenmarkt. Speziell in der Europäischen Union kommt noch der weitere Zweck hinzu, das für die Union schlechthin fundamentale Verbot jeder Diskriminierung zwischen den Bürgern der Mitgliedstaaten aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) auch gegen Unternehmen in beherrschender Stellung durchzusetzen, nicht zuletzt wegen der *Staatsnähe* vieler dieser Unternehmen (s. Art. 106 Abs. 1 AEUV). So gesehen, erweist sich Art. 102 S. 2 lit. c AEUV zugleich als Anwendungsfall des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 9 EUV und des Art. 18 AEUV, so dass von Fall zu Fall auch beide Verbote *nebeneinander* anwendbar sein können. Im Vordergrund der Praxis zu Art. 102 S. 2 lit. c AEUV stehen folgerichtig Diskriminierungen zwischen den Angehörigen verschiedener Mitgliedstaaten seitens Unternehmen in beherrschender Stellung.

2. Tatbestand

- 41 Das Diskriminierungsverbot des Art. 102 S. 2 lit. c AEUV soll nach dem Gesagten (o. Rn. 40) vor allem verhindern, dass Unternehmen in beherrschender Stellung durch diskriminierende Eingriffe die Marktchancen der „Handelspartner“, d. h. der Unternehmen auf den vor- und nachgeordneten Märkten, beeinträchtigen, indem sie einzelne ihrer **Lieferanten oder Abnehmer** gegenüber anderen **benachteiligen**, und zwar durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen „bei gleichwertigen Leistungen“. ⁸⁴ Mit den **Handelspartnern** meint der Vertrag allein die *gewerblichen* Lieferanten und Abnehmer des Unternehmens in beherrschender Stellung, so dass eine etwaige Diskriminierung zum Nachteil der **Verbraucher** nur über die Generalklausel des Art. 102 S. 1 AEUV erfasst werden kann. Unklar ist, wessen Leistungen gleichwertig sein müssen, um die Anwendung des Art. 102 S. 2 lit. c AEUV zu rechtfertigen. Geht man von dem Regelfall eines Austauschvertrages aus, so zeigt sich jedoch, dass der Vertrag bei den „gleichwertigen Leistungen“ nur die **Sachleistungen** des beherrschenden Unternehmens an seine Abnehmer oder die entsprechenden Leistungen der Lieferanten an das beherrschende Unternehmen im Auge haben kann, da die Gegenleistungen des anderen Teils – als Geldleistungen – allemal gleichwertig sind.
- 42 Die **Gleichwertigkeit von Leistungen**, also entweder der Leistungen der Lieferanten an das beherrschende Unternehmen oder dessen Leistungen an seine Abnehmer, beurteilt sich nach einem **objektiven Maßstab** aus der Sicht der Handelspartner. Ist danach die Gleichwertigkeit der Leistungen zu bejahen, so wird Art. 102 S. 2 lit. c AEUV anwendbar mit der Folge, dass das beherrschende Unternehmen seine Handels- oder besser Vertragspartner hinsichtlich der jeweiligen Gegenleistung gleichbehandeln muss. Unterschiedliche Bedingungen sind daher mit Art. 102 S. 2 lit. c AEUV nur vereinbar, wenn sie durch **sachliche Gründe**, etwa durch unterschiedliche Kosten bei dem beherrschenden Unternehmen als Lieferant oder Abnehmer, gerechtfertigt werden können. ⁸⁵ Zulässig ist ferner grundsätzlich der Eintritt in günstigere Angebote von Konkurrenten (sog. **meeting-competition-defense**), ohne dass deshalb derartige Preiszugeständnisse sofort nach Art. 102 S. 2 lit. c AEUV auch allen anderen Abnehmern eingeräumt werden müssten. ⁸⁶ Fehlt es jedoch an derartigen sachlichen

⁸⁴ Diesen Zweck betont auch *EuGH* Slg. 2007, I-2373 Tz. 143 ff. = *EuZW* 2007, 306 (313) = *JuS* 2007, 975 Nr. 14 – BA.

⁸⁵ Beispiele: *Kommission*, *Entsch. v. 2.6.2004*, *WuW/E EU-V* 1053 (1063 ff. Tz. 302 ff.) – Clearstream; *OLG Hamburg* *WuW/E DE-R* 2831 (2836 ff. Tz. 51 ff.) – CRS/LH.

⁸⁶ *Kommission*, *Diskussionspapier* von 2005, Tz. 77, 204 ff.; *van Bael/Bellis*, p. 920 ff.; *Hirsbrunner/Schäddle*, *EuZW* 2006, 583 (584 f.).