

Prof. Dr. Friedemann Kainer*

Knapper Impfstoff und privatrechtliche Gleichbehandlungspflichten

Die gegenwärtigen Probleme bei der Lieferung von Impfstoffen gegen die SARS-CoV-2 Pandemie werfen Fragen nach einem rechtlichen Verteilungsmaßstab auf. Dies gilt insbesondere dann, wenn andere Staaten in erheblich größerem Umfang beliefert werden. Soweit EU und Mitgliedstaaten zur Durchsetzung der vertraglich zugesagten Mengen keine hoheitlichen Maßnahmen ergreifen wollen oder können, kommen privatrechtliche Gleichbehandlungspflichten in Betracht. Der Beitrag geht der Frage nach, welche vertrags-, delikts- und kartellrechtlichen Ansätze für eine Repartierung von Lieferungen in Betracht kommen und wie ein Verteilungsmaßstab ausgestaltet sein kann.

I. Einleitung

[1] Die gegenwärtige Knappheit von Impfstoff zur Immunisierung gegen das SARS-CoV-2 Virus beruht auf Produktionsumstellungen beim Kapazitätsaufbau zur „Herdenimmunsierung“ in der Europäischen Union und dürfte vorübergehender Natur sein. Solange jedoch die auf privatrechtlichen Verträgen beruhenden Lieferungen der drei (in der EU) derzeit zugelassenen Impfstoffe hinter den zugesagten Mengen zurückbleiben und gewisse Nachfragestaaten verhältnismäßig mehr an Impfstoff erhalten als andere, stellt sich eine auch rechtliche Verteilungsfrage. Angesprochen sind damit auch privatrechtliche Gleichbehandlungspflichten, die Ansprüche auf Repartierung, das heißt Neuverteilung der Liefermengen begründen können.

[2] Da Produktionsengpässe bei Medikamenten in den letzten Jahren vermehrt aufgetreten sind, sei es durch Produktionsausfälle einzelner Werke oder eine gestiegene Nachfrage, sind die nachfolgenden Überlegungen zu zivilrechtlichen Gleichbehandlungspflichten nicht auf die gegenwärtige Situation beschränkt, sollen aber im Folgenden am Beispiel der Zuteilung von Impfstoffen skizziert werden – indes unter dem Vorbehalt, dass die komplexe Problematik hier nur exemplarisch, nämlich am Maßstab des deutschen und europäischen Rechts untersucht werden kann. Ganz konkret geht es darum, ob ein privater Akteur wie die in Schweden inkorporierte AstraZeneca AB die Europäische Union auf möglicherweise vorrangige Lieferverpflichtungen gegenüber dem Vereinigten Königreich verweisen kann oder aber, ob er zur gleichmäßigen Abgabe des Impfstoffs verpflichtet ist.

[3] Gleichbehandlungspflichten sind dem Zivilrecht keineswegs fremd. Diese sind zunächst von den Diskriminierungsverboten des AGG¹ strikt zu unterscheiden, die lediglich eine Differenzierung anhand bestimmter verpöner Merkmale untersagen (zB aufgrund des Geschlechts). Allgemeine Gleichbehandlungspflichten in dem Sinne, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist, kennen unter anderem das Gesellschafts-,² und Arbeitsrecht,³ aber auch das Kartell-⁴ und Kapitalmarktrecht.⁵ Das Insolvenzrecht – gewissermaßen das Paradigma des rechtlichen Umgangs mit einer Mangelsituation – sieht in §§ 1 S. 1, 129 ff. InsO eine grundsätzlich gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger vor.⁶ Diskutiert wird Gleichbehandlung aber auch im Vertragsrecht.⁷

[4] Nachstehend ist dem Problem am Beispiel der Lieferbeziehungen zwischen der EU und AstraZeneca in gebotener Kürze grundrechtlich (II), vertragsrechtlich (III), deliktsrechtlich (IV) und kartellrechtlich (V) nachzugehen, hier unter Anwendung des deutschen⁸ Vertragsrechts. Die Untersuchung soll aber nicht an dieser singulären Konstellation verhaftet bleiben, sondern den Blick für die grundlegenden Wertungsgedanken der zivilrechtlichen Gleichbehandlung schärfen.

II. Grundrechtliche Lieferpflichten

[5] Mit Blick auf die überragenden Rechtsgüter Leben und Gesundheit steht zunächst die Frage im Raum, ob die Hersteller von lebensrettenden Impfstoffen unmittelbar aus den Grundrechten auf die Lieferung an die EU verpflichtet werden können. Allerdings gelten Grundrechte grundsätzlich nur im Verhältnis des Bürgers zum Staat und nicht umgekehrt. Eine Weiterentwicklung von Grundrechten in sogenannten Grundpflichten, die den Bürger (bzw. Unternehmen) adressieren und den Staat bzw. die EU berechtigen, ist abzulehnen.⁹ Hierfür besteht aufgrund der Möglichkeiten

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wirtschafts- und Arbeitsrecht an der Universität Mannheim.

1 MüKoBGB/*Thüsing*, 8. Aufl. 2018, § 1 AGG Rn. 4. Zur Kategorisierung von Gleichbehandlungspflichten umfassend *Kainer*, Gleichbehandlungspflichten im Zivilrecht, bisl. unveröff. Habilitation, 2011.

2 *Verse*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften, 2006.

3 *Fastrich* RdA 2000, 65; MAH *ArbR/Hexel*, 5. Aufl. 2021, § 19 Rn. 7 ff.

4 *Fuchs* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 385.

5 *Kainer* in *Möslein*, Private Macht, 2016, 423 Rn. 34.

6 Vgl. *Schmidt*, InsO, 19. Aufl. 2016, § 129 Rn. 1; *Borries/Hirte* in *Uhlenbruck*, 15. Aufl. 2020, § 129 InsO Rn. 1.

7 ZB im Mietrecht; BeckOKBGB/*Zehelein*, 56. Ed. 1.11.2020, § 535 Rn. 483.

8 Tatsächlich unterliegt der Vertrag zwischen der EU und AstraZeneca belgischem Recht; Europäische Kommission, Vertrag zwischen der EU und AstraZeneca, 2021, § 18.4 (S. 32), abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_302; zuletzt abgerufen am 4.2.2021.

9 *Frenz*, HdB Europarecht, 2009, Bd. IV, Rn. 393 ff.; vgl. dazu *v. Mangoldt*, 4. Sitzung des Grundsatzsausschusses vom 23.9.1948, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. V, 67; *Häberle*, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. Aufl. 2008, 80; *Luchterhandt*, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, 1988, 447 ff.; abl. *Stern*, Staatsrecht III/2, 1994, 1024.

des Staates, Bürger und Unternehmen hoheitlich (idR durch Gesetz oder Verwaltungsakt) zu verpflichten, kein Bedürfnis. Diese im deutschen Verfassungsrecht anerkannte Erwägung muss auch für die europäischen Grundrechte Geltung beanspruchen. Zwar hat der *EuGH*¹⁰ eine unmittelbar-horizontale Wirkung bei einzelnen Grundrechten bejaht; auch hier fehlt es aber für eine Berechtigung der EU gegenüber Bürgern an einem Schutzbedürfnis. Sie ist im Übrigen mit dem Wortlaut des Art. 51 GRCh ganz unvereinbar, wonach die Charta (nur) für Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union und für die Mitgliedstaaten „bei der Durchführung des Unionsrechts“ gilt. Mittelbar wirken die Grundrechte indes als Träger einer objektiven Wertordnung¹¹ in das Privat- und Wirtschaftsrecht hinein,¹² was auch für zivilrechtliche Repartierungspflichten von Bedeutung ist.

III. Vertragsrechtliche Gleichbehandlungspflichten bei Produktionsengpässen

[6] Eine mögliche Pflicht zur Repartierung von Lieferpositionen mehrerer Käufer wird für den teilweisen Untergang des Vorrats bei einer beschränkten Gattungsschuld angenommen, wenn der verbleibende Vorrat zur Befriedigung der Ansprüche aller Käufer nicht genügt.¹³ Dogmatisch handelt es sich dabei um eine zivilrechtliche Gleichbehandlungspflicht, welche das Prinzip der Eigenständigkeit von Schuldverhältnissen überwindet. Es kann nun nicht mehr der erste Gläubiger den vollen Anspruch auf Befriedigung geltend machen, sondern die Vertragsverhältnisse werden zueinander in Beziehung gesetzt und in Bezug auf die Leistungsansprüche rekaliбриert.

1. Vertragsrechtliche Begründung der Repartierung

[7] Schon das *RG* hat den Anspruch auf volle Befriedigung einer Klägerin mit der Überlegung abgewiesen, dass mehrere Kläger einer Vorratsschuld miteinander eine Interessengemeinschaft bildeten, innerhalb derer sie den teilweisen Untergang des Vorrats gemeinsam tragen müssten.¹⁴ Dieser Gedanke lässt sich auf die Veräußerung noch zu produzierender Güter im Fall eines Produktionsengpasses übertragen,¹⁵ wie das zitierte reichsgerichtliche Urteil zu Ernteaussfällen wegen unerwarteter Dürre zeigt. Zu entscheiden war, ob der Kläger den vollen Anspruch aus der (für ihn) noch ausreichenden Ernte geltend machen konnte. Dies hat das *RG* abgelehnt und eine Repartierungspflicht begründet. Den dogmatischen Ansatzpunkt hierfür fand das *RG* in § 242 BGB. In der Sache sei es treuwidrig, als Gläubiger die volle Befriedigung des kaufvertraglichen Anspruchs geltend zu machen, wenn ihm bewusst ist, dass sich der Schuldner dadurch Schadensersatzansprüchen der anderen Gläubiger aussetzen werde.¹⁶ In der Tat hätte der Schuldner, wenn er den einen Gläubiger vollständig, andere nur teilweise oder gar nicht befriedigt, die Unmöglichkeit der Herausgabe gegenüber den unberücksichtigten Gläubigern selbst verschuldet und sähe sich entsprechenden Schadensersatzansprüchen aus §§ 280 I, III, 283 BGB ausgesetzt. Der Gläubiger, der auf die volle Einhaltung der vertraglichen Lieferverpflichtung pocht, würde zwangsläufig einen Vertragsbruch des Schuldners gegenüber den weiteren Gläubigern provozieren. Die Richtigkeit dieser Überlegung zeigt sich auch darin, dass der Gläubi-

ger nicht anders stünde, wenn er allein die Gesamtheit des Vorrats gekauft hätte. Auch dann hätte ihn bei Teilunmöglichkeit die Leistungsgefahr getroffen. Es kann nun nichts anderes für die wertungsmäßig gleiche und zufällige Alternative gelten, dass verschiedene Käufer zusammen den Vorrat abnehmen.¹⁷

[8] Der Gedanke einer Interessen- oder Gefahrengemeinschaft unterschiedlicher Gläubiger im Umgang mit einer nicht ausreichenden Leistungsfähigkeit des Schuldners ist dem Privatrecht auch im Übrigen nicht fern.¹⁸ Er findet sich an unterschiedlichen Stellen, etwa im Insolvenzrecht, dort allerdings als Folge der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, bei der Auslobung (§ 659 II BGB), beim Wettlauf der Sicherungsgeber im Konflikt zwischen akzessorischen und nichtakzessorischen Sicherungsrechten¹⁹ und auch im Seehandelsrecht bei der Großen Haverie (§ 588 I HGB).²⁰ Dagegen erscheinen Beschenkte (vgl. § 519 II BGB) bei konkurrierenden Schenkungen nicht oder weniger schutzbedürftig, da diese selbst kein Vermögensopfer gebracht haben.

[9] Allerdings wird die Repartierungspflicht zum Teil bestritten.²¹ Durchaus zutreffend wird darauf verwiesen, dass der Gedanke einer Interessengemeinschaft ein soziologischer Umstand ist, aus dem keine Rechtsfolgen abgeleitet werden dürfen.²² Gezweifelt wird mit Verweis auf eine Pflichtenkollision auch daran, ob der Schuldner überhaupt rechtswidrig handelt, wenn er die Forderung des einen Gläubigers voll, diejenigen der anderen hingegen nicht erfüllt.²³

[10] Entscheidend ist jedoch, dass die Aufrechterhaltung der vollen Produktionskapazität letztlich Geschäftsgrundlage eines Vertrags ist, dessen Wegfall nach § 313 BGB zu Anpassungspflichten führen kann; immerhin geht die Genese des Rechtsinstituts auf Lieferengpässe aufgrund von Krieg, Dürre oder Wirtschaftskrisen zurück. Die naheliegende Einwendung, dass Vertragsverhältnisse isoliert voneinander betrachtet werden müssen und die Befriedigung von Drittinte-

10 *EuGH* ECLI:EU:C:2018:871 = NJW 2019, 499 Rn. 85 – Stadt Wuppertal/Bauer ua; *EuGH* ECLI:EU:C:2018:874 = NJW 2019, 495 Rn. 51 – Max-Planck-Gesellschaft/Shimizu; Schlussanträge GA Bot ECLI:EU:C:2018:337 = BeckRS 2018, 9605 Rn. 67 ff. – Stadt Wuppertal/Bauer ua; *Kainer* GPR 2020, 149; zur Begründung von horizontalen Pflichten aus den Grundrechten *Jobst* NJW 2020, 11.

11 Dazu s. *Dreier*, GG, 3. Aufl. 2013, Vorb. Art. 1 Rn. 94 ff.

12 *Jarass*, GG, 4. Aufl. 2021, Art. 51 GRCh Rn. 38 ff.

13 Vgl. insb. *Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, 76 f., 109; *Huber*, Leistungsstörungen, 1999, 601 f.; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, 14. Aufl. 1987, I, 155.

14 RGZ 84, 125 (128).

15 Vgl. *MüKoBGB/Emmerich*, § 243 Rn. 11; *Jauernig/Berger*, BGB, 18. Aufl. 2021, § 243 Rn. 8; BeckOKBGB/Sutschet, 56. Ed. 1.11.2020, § 243 Rn. 8.

16 RGZ 84, 125 (128 f.).

17 RGZ 84, 125 (128). So auch *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, 175 ff.

18 Gegen eine Verallgemeinerung allerdings *Staudinger/Schiemann*, BGB, Neubearb. 2019, § 243 Rn. 20; *Westermann* AcP 208, 2008, 141 (169).

19 BeckOKBGB/*Rohe*, 1.11.2020, § 774 Rn. 16; *Kainer*, Sachenrecht, 2021, § 40 Rn. 1 ff.

20 Krit. *Stürner* Jura 2018, 789 (790).

21 Abl. etwa *Staudinger/Schiemann*, § 243 Rn. 20; *Stürner* Jura 2018, 789 (791) mwN.

22 Etwa *Wolf* Jura 1962, 101 (104); *Staudinger/Schiemann*, § 243 Rn. 20; *Stürner* Jura 2018, 789 (791).

23 *Staudinger/Schiemann*, § 243 Rn. 20; BeckOGK/*Beurskens*, 1.10.2020, § 243 BGB Rn. 55 verneint ein Verschulden.

ressen nicht berücksichtigungsfähig ist, verfängt bei der beschränkten Vorratsschuld jedenfalls dann nicht, wenn die einzelnen Käufer mit weiteren Erwerbern rechnen mussten. Schließlich verweisen auch die Gegner einer Repartierungspflicht darauf, dass „in Härtefällen“ etwas anderes gelten müsse.²⁴ Hierfür sprechen in besonderer Weise auch die Grundrechte, durch die zentrale Werte der Rechtsordnung über die Generalklauseln in das BGB hineinwirken.²⁵ Bei der Verteilung von Impfstoffen ist insbesondere das Grundrecht auf Leben (Art. 2 II 1 GG) zu berücksichtigen. Daher ist nach beiden Ansichten in Fällen wie diesen (richtigerweise auch darüber hinaus) von einer Repartierungspflicht auszugehen.

2. Kriterien für eine Repartierung

[11] Ohne eine Repartierungspflicht erfolgte die Leistung nach dem Prioritätsprinzip mit der Folge, dass die Verteilung von Impfstoff vom bloßen Zufall der Fälligkeit bzw. des Leistungsverlangens abhängen würde.²⁶ Ein mögliches Argument für das Prioritätsprinzip, dass das Risiko einer nicht nach Plan laufenden Produktionserweiterung zur Befriedigung späterer Käufer erst von diesen geschaffen und daher auch von ihnen allein getragen werden müsste, greift jedenfalls dann zu kurz, wenn das Erfordernis einer Produktionsausweitung – wie in einer Pandemiesituation – vorab bekannt war; dann ist dem ersten Käufer das damit einhergehende Risiko auch zurechenbar, selbst wenn er einen Großteil der zu erwartenden Produktion gekauft hat.

[12] Nicht zweckmäßig ist eine Repartierung nach Köpfen unabhängig von der bestellten Menge, weil dann die Gläubiger am verwirklichten Risiko unterschiedlich partizipieren würden. Dagegen ist eine verhältnismäßige Kürzung aller Ansprüche im Maß des Ausfalls der erwarteten Produktion insoweit interessengerecht (zB Halbierung der Ansprüche bei Ausfall einer Produktion um die Hälfte), als dann alle Käufer gleichmäßig am Risiko beteiligt werden. Zu berücksichtigen sind grundsätzlich vertraglich übernommene Risiken. Wenn ein Zweitkäufer beispielsweise die Risiken einer Produktionsausweitung ausdrücklich übernimmt, dann ist dies bei einer Repartierung zu berücksichtigen. Fraglich ist an dieser Stelle, ob eine „best-reasonable-effort“-Klausel im Vertrag EU-AstraZeneca (Nr. 5.1 iVm Nr. 1.9. des APA) als vertragliche Risikoübernahme interpretiert werden kann. Dagegen spricht, dass sich AstraZeneca zu einer mit Blick auf die Pandemie und den gesundheitlichen Notstand angemessenen Anspannung der einem vergleichbaren Unternehmen verfügbaren Kräfte verpflichtet hat, die Produktion auszuweiten. Über die Verteilung der Risiken der Produktionsausweitung sagt die Klausel nichts. Denkbar ist es schließlich auch, Risikovororgeaufwendungen eines Käufers beispielsweise durch vorangegangene Investitionen in die Entwicklung des Impfstoffs als anspruchserweiternd gegenüber anderen Käufern zu berücksichtigen.

[13] Schließlich sind die oben angesprochenen Grundrechte zu berücksichtigen. Dabei scheint sich zwar auf den ersten Blick der vom Grundgesetz auch ausländischen Staatsbürgern zugestandene Lebensschutz wegen der Betroffenheit des gleichen Schutzgutes bei beiden Abnehmern (EU und Vereinigtes Königreich) aufzuheben. Bei näherer Betrachtung wirkt das Grundrecht auf den Schutz des Lebens jedoch auf die Berücksichtigung von Bedarfsgerechtigkeit hin und strei-

tet folglich für eine gleichmäßige Verteilung des Impfstoffs innerhalb vergleichbarer Risikoklassen. Dies kann zum Beispiel dazu führen, dass es bedarfsgerechter ist, einen Abnehmer bevorzugt zu beliefern, der noch die Gruppe besonders gefährdeter Menschen impft gegenüber einem Abnehmer, der bereits eine niedrigere Risikoklasse (zB jüngere, gesündere Menschen) versorgt.

[14] Selbst wenn man die „best-reasonable-effort“-Klausel als vertragliche Risikoübernahme interpretieren würde, folgt aus der sehr gewichtigen grundrechtlichen Wertung, dass die Bedarfsgerechtigkeit nicht unberücksichtigt bleiben darf (was ggf. auch für eine Repartierung zugunsten des Auslands sprechen kann). Konkret: Wird in Großbritannien bereits eine niedrigere Risikoklasse geimpft, sollte zugunsten von Ländern repartiert werden, die noch die höchste Risikoklasse (unzureichend) versorgen.

3. Ausschluss der Repartierungspflicht durch exklusive Bezugsrechte

[15] Bei der Repartierung stellt sich die Frage, wie mit Exklusivitätsvereinbarungen umzugehen ist, wonach ein Staat (hier etwa das Vereinigte Königreich) den Hersteller vertraglich auf den alleinigen Bezug der (im Inland) hergestellten Produktion verpflichtet. Können solche Klauseln gegen eine Repartierung immunisieren? Dies ist abzulehnen, würde es einem Käufer doch ermöglichen, durch vertragliche Regelung der gemeinsamen Risikotragung zu entgehen. In Betracht kommt auch ein Verstoß gegen das unionsrechtliche Verbot von Ausfuhrbeschränkungen (Art. 35 AEUV). Ein exklusives Bezugsrecht einer inländischen Produktion kommt nämlich einem Ausfuhrverbot gleich. Richtigerweise ist auch eine vertragliche Ausfuhrbeschränkung als Maßnahme gleicher Wirkung zu verstehen, weil die EU-Mitgliedstaaten unbedingt an die Grundfreiheiten gebunden sind und eine Differenzierung nach den gewählten Handlungsformen nicht in Betracht kommt.²⁷ Art. 35 AEUV ist trotz Austritts des Vereinigten Königreichs am 31.1.2020 auf den Vertrag mit AstraZeneca anwendbar, weil zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (im Jahr 2020) die Übergangsfrist noch nicht abgelaufen war und die Grundfreiheiten nach Art. 41 II iVm Art. 40 Buchst. b Austrittsabkommen für die bis zum 31.12.2020 in Verkehr gebrachten Impfdosen weiter Anwendung finden.²⁸ Daher ist von der Nichtigkeit einer entsprechenden Klausel auszugehen. Dagegen ist die schwedische AstraZeneca als privates Unternehmen nach herrschender Meinung (unbeschadet von Art. 106 II AEUV) grundsätzlich nicht an die Warenverkehrsfreiheit gebunden.²⁹

24 ZB *Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 576; *Erman/Westermann*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 243 Rn. 12; *Stürner* Jura 2018, 789 (791) bei „akuter Knappheit“ und mangelbedingter Abhängigkeit.

25 *MüKoBGB/Armbrüster*, § 134 Rn. 34; *Neuner* NJW 2020, 1851; *Dürner* in *Maunz/Dürig*, GG, 92. EL Aug. 2020, Art. 10 Rn. 141 ff.

26 Vgl. *Stürner* Jura 2018, 789 (791).

27 So *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 36 AEUV Rn. 108; *Forsthoff* EWS 2000, 389 (391).

28 S. *Georg/Klindt* in *Krammel/Baldus/Schmidt-Kessel*, Brexit. Privat- und wirtschaftsrechtliche Folgen, 2. Aufl. 2020, § 12 Rn. 21 ff.

29 Verneinend *EuGH* ECLI:EU:C:1988:448 = NJW 1988, 3082 Rn. 11 f. – Bayer AG; differenzierend *Müller-Graff* EuR 2014, 3 (14 ff.).

IV. Deliktsrechtliche Gleichbehandlungspflichten

[16] Eine Pflicht zur gleichmäßigen Belieferung kann sich auch aus einem aus § 826 BGB iVm Art. 2 II 1 GG abgeleiteten Kontrahierungszwang ergeben, wenn ein Anbieter eine wirtschaftliche Machtstellung innehat und einem Nachfrager eine Lieferung (lebens-)wichtiger Waren oder Dienstleistungen ohne sachliche Gründe verweigert.³⁰ Weil für einen Großteil lebenswichtiger Güter und Dienstleistungen der Daseinsvorsorge bereits in spezialgesetzlichen Normen ein Kontrahierungszwang angeordnet ist (zB § 18 EnWG; § 22 PBefG; § 19 IV Nr. 4 GWB), bleibt der Anwendungsbereich für § 826 BGB schmal.³¹ In der obwaltenden Pandemie haben die drei (Stand Anfang Febr. 2021) Impfstofflieferanten eine wirtschaftliche Machtstellung, jedenfalls soweit die von ihnen gelieferten (und lieferbaren) Impfdosen weit unter der Nachfrage bleiben (s. unten Rn. 21 ff.). Zweifellos handelt es sich bei den Impfstoffen um lebensnotwendige Waren im Sinne der Rechtsprechung, und die sachgrundlose Vorenthaltung von Impfstoff kann mit Blick auf Art. 2 II GG als sittenwidrig gewertet werden.

[17] Allerdings steht in der vorliegenden Situation nicht die Verweigerung eines Vertragsschlusses in Rede, sondern die konkrete Ausgestaltung der Lieferreihenfolge. Während das Vereinigte Königreich sich Dosen aus der landeseigenen Produktion vorbehält, erfolgen Lieferungen aus kontinentaleuropäischen Werken sowohl ins Vereinigte Königreich als auch an die Europäische Union. Durch diese Ausgestaltung wird eine gleichverteilte Lieferung an beide Vertragspartner verhindert. Richtigerweise ist § 826 BGB auch auf eine solche Fallgestaltung anwendbar. Wäre es einem marktstarken Unternehmen bei der Versorgung mit lebenswichtigen Gütern möglich, zwar allen Abnehmern Verträge anzubieten, diese jedoch ohne sachlichen Grund unterschiedlich auszugestalten oder zu erfüllen, so bliebe die Kontrahierungspflicht wirkungslos. Schon das RG hat daher angenommen, dass der Abschluss des Vertrags zu den üblichen Bedingungen zu erfolgen hat, welche die Interessen des Lieferanten mit denjenigen des nachfragenden Anspruchstellers austarieren.³² Für Lieferverträge über Impfstoffe gegen die SARS-CoV-2-Pandemie bedeutet dies konkret, dass Impfstofflieferanten keine Ausschließlichkeitsbindungen eingehen oder sonst willkürliche Lieferbedingungen eingehen dürfen, sondern zu einer gleichmäßigen Verteilung zu der nach Sinn und Zweck des Kontrahierungszwangs möglichst weitgehenden Erfüllung der Bedarfe aller Nachfrager verpflichtet sind.³³

[18] In Betracht kommt zwar eine Rechtfertigung durch sachliche Gründe,³⁴ für diese ist allerdings kaum Raum bei absolut lebensnotwendigen Gütern.³⁵ Da alle Nachfrager von Impfstoff Kontrahierungsansprüche zum Schutz von Leben geltend machen können, folgt im Ergebnis auch aus § 826 BGB ein Repartierungsanspruch gegen den Hersteller, der unter Einwirkung der Grundrechte vor allem nach den oben genannten bedarfsgerechten Verteilungskriterien auszugestalten ist.

V. Kartellrechtliche Gleichbehandlungspflichten

[19] Eine Pflicht zur Redistribution von zugesagten Lieferungen im Fall von Produktionsengpässen kann sich schließ-

lich auch aus dem Kartellrecht ergeben. Die in Rede stehende Verhaltensweise hat Auswirkungen auf Verbraucher im Binnenmarkt der Union, so dass europäisches Kartellrecht Anwendung findet.

1. Anwendbarkeit eines kartellrechtlichen Gleichbehandlungsgebots

[20] In Betracht kommt zunächst das Verbot der Einschränkung des Absatzes zum Schaden der Verbraucher in Art. 102 II Buchst. c AEUV. Dieses Verbot ist jedoch auf Fallgestaltungen beschränkt, bei denen durch die Absatzbeschränkung Abnehmer betroffen werden, die untereinander im Wettbewerb stehen.³⁶ Diskriminierungen von nicht miteinander konkurrierenden Staaten bzw. Staatenverbänden werden damit ebenso wenig erfasst wie Diskriminierungen von Verbrauchern als Letztabnehmer. Folglich kommt nur ein Verstoß gegen die Generalklausel des Art. 102 I AEUV in Betracht.³⁷ Diese greift in der Fallgruppe des Ausbeutungsmissbrauchs auch dann, wenn keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur bestehen, sondern nur die Verbraucher durch ein marktbeherrschendes Unternehmen ungleich behandelt werden.³⁸ Die Kommission hat etwa im Fall des Verkaufs bestimmter Eintrittskarten für Spiele der Fußballweltmeisterschaft 1998 einen Missbrauch darin gesehen, dass nur in Frankreich wohnhafte Kunden diese erwerben konnten.³⁹

[21] Um zu beurteilen, ob die Impfstoffhersteller eine marktbeherrschende Stellung haben, ist zunächst der betroffene Markt zu betrachten (sachliche Marktabgrenzung). Bei Impfstoffen erfolgt eine sehr enge Marktabgrenzung, wenn keine Möglichkeit besteht, auf andere Präparate auszuweichen.⁴⁰ Danach ist trotz gewisser Unterschiede bei Methode, Lagerung, Dosierung und Wirksamkeit ein Produktmarkt für in der EU zugelassene SARS-CoV-2-Impfstoffe anzunehmen. Mit Blick auf das Ziel der Verabreichung (Impfung gegen SARS-CoV-2) sind alle Produkte untereinander substituierbar. Geografisch dürfte aufgrund regulatorischer Besonderheiten (Zulassung des Impfstoffs in der EU) ein unionsweiter Markt anzunehmen sein.

[22] Auf diesem Markt sind die Hersteller bereits in der EU zugelassener Impfstoffe jeweils (noch) marktbeherrschend.

30 RGZ 48, 114 (115, 253, 258); BeckOK BGB/Förster, 56. Ed. 1.11.2020, § 826 Rn. 232 f.; *Bydlinski* AcP 180, 1980, 1 (15 ff.); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 79; krit. *Staudinger/Oechsler*, 56. Ed. 1.11.2020, Neubearb. 2018, § 826 Rn. 433 ff.

31 So auch *Staudinger/Oechsler*, § 826 Rn. 429.

32 RGZ 99, 107 (109); ähnlich *Bydlinski* AcP 180, 1980, 1 (34).

33 Zutreffend *Bydlinski* AcP 180, 1980, 1 (32 f.).

34 Vgl. BeckOK BGB/Förster, § 826 Rn. 233.

35 So bspw. im Fall *OLG Karlsruhe* NJWE-VHR 1996, 127.

36 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 18 Rn. 21.

37 S. *Eilmansberger/Kruis* in *Streinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 102 Rn. 53; *Fuchs* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV Rn. 385.

38 *Huttenlauch* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV Rn. 209; s. auch Kommission, Prioritätenmitteilung, Rn. 7.

39 Vgl. Kommission, Entsch. v. 20.7.1999 – IV/36888, BeckRS 1999, 14334 – Fußball-Weltmeisterschaft 1998.

40 *EuGH* ECLI:EU:C:2018:25 = GRUR Int 2018, 495 Rn. 65 – F. Hoffmann-La Roche; *LG Hannover* Urt. v. 15.6.2011 – 21 O 25/11, BeckRS 2012, 337; *Fritzsche* in *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 18 GWB Rn. 6.

Ein Wettbewerbsdruck durch die bevorstehende Zulassung weiterer Impfstoffe (potenzieller Wettbewerb)⁴¹ wirkt sich derzeit wegen der unelastischen Nachfrage nicht aus. Praktisch alle gegenwärtig verfügbaren Impfstoffdosen werden abgenommen. Ein Zuwarten auf die Zulassung weiterer Impfstoffe kommt in einer pandemischen Krisensituation⁴² nicht in Betracht. Die geringen Unterschiede bei den Marktanteilen der Hersteller von zugelassenen Impfstoffen schließen die Marktbeherrschung nicht aus,⁴³ solange sie davon ausgehen dürfen, alle produzierten Impfstoffe kurzfristig verkaufen zu können und ihre wettbewerblichen Handlungsspielräume nicht eingeschränkt sind.

[23] Die Marktbeherrschung wird schließlich auch nicht durch eine gewichtige Nachfragemacht ausgeglichen. Zwar stehen den Impfstoffherstellern mit der EU und ihren Mitgliedstaaten starken Verhandlungspartner gegenüber, mangels Ausweichmöglichkeiten⁴⁴ sind deren Verhandlungspositionen aktuell jedoch eher schwach. Der Impfstoff ist ein „must stock item“ und die Hersteller sind unvermeidbare Handelspartner.⁴⁵

2. Verstoß gegen ein kartellrechtliches Gleichbehandlungsverbot

[24] Das aus dem Ausbittungsverbot folgende Gleichbehandlungsgebot verpflichtet Unternehmen dazu, Abnehmer (bzw. mittelbar Endverbraucher) bei Vertragsschluss und Lieferung grundsätzlich gleich zu behandeln. Damit stellt auch die Nichtlieferung oder spätere Lieferung des Impfstoffs an einen Kunden (hier die EU) bei Einhaltung der Lieferpflichten gegenüber anderen Abnehmern (hier das Vereinigte Königreich) eine Ungleichbehandlung dar. Wie oben herausgearbeitet, prägt das grundrechtliche Wertungsprinzip der Bedarfsgerechtigkeit die Ausgestaltung der erforderlichen Gleichbehandlung (Ungleiches ist ungleich zu behandeln).

[25] Kartellrechtswidrig ist die Ungleichbehandlung indes nur dann, wenn sie nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Dabei hat die bisherige Rechtsprechung vornehmlich auf die Verfolgung eigener berechtigter wirtschaftlicher Interessen abgestellt⁴⁶ und prinzipiell sogar Effizienzgewinne als Rechtfertigung zugelassen.⁴⁷ Das Anstreben langfristiger Geschäftsbeziehungen kommt zwar ebenfalls in Betracht,⁴⁸ erscheint aber angesichts der langfristig deutlich größeren Nachfrage durch die EU nicht plausibel. Auch eine Exklusivbezugs Klausel im Vertrag mit dem Vereinigten Königreich ist insoweit unbeachtlich, da bereits die Eingehung dieser Klausel einen Missbrauch darstellen würde. Im Übrigen ist diese nach dem oben Gesagten bereits wegen Verstoßes gegen Art. 35 AEUV nichtig.

[26] Es dürfte auch keine Rolle spielen, dass die Vergleichsgruppe der Verbraucher im Vereinigten Königreich nicht mehr Teil des Binnenmarkts ist, da jedenfalls die Verbraucher innerhalb des Binnenmarkts gegenüber anderen Verbrauchern nicht benachteiligt werden dürfen. Umgekehrt erscheint ein Verstoß gegen Kartellrecht des Vereinigten Königreichs (Kapitel II des 1998 Competition Acts) wegen der Begünstigung britischer Verbraucher eher unwahrscheinlich.

[27] Eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten ist gegeben, weil die Hersteller über eine unionsweite marktbeherrschende Stellung verfügen und sich die Verhaltensweise auf Endverbraucher in der gesamten EU bezieht.⁴⁹ Ein Nachweis einer „Verfälschung der Handelsströme“ ist beim Ausbittungsmissbrauch richtigerweise nicht erforderlich.⁵⁰

[28] Obwohl die unmittelbare Verbraucherungleichbehandlung mangels Wettbewerbsschaden eher eine Randfrage des Kartellrechts betrifft,⁵¹ erscheint daher ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV hier durchaus denkbar, so dass sich auch aus europäischem Kartellrecht eine Repartierungspflicht ableiten lässt.

VI. Fazit

[29] Das Voranstehende hat gezeigt, dass unter bestimmten Voraussetzungen allgemeine Gleichbehandlungspflichten bei der Belieferung von Produkten entstehen können. Ihre Rechtsgrundlagen finden sich im Vertrags- und Deliktsrecht, aber auch im Kartellrecht, wobei nationale und gegebenenfalls unionale Grundrechte in die Auslegung einzubeziehen sind. Die Hersteller sind im Fall von Lieferengpässen bei lebensrettenden Produkten verpflichtet, die Allokation ihrer Waren in erster Linie am Maßstab der Bedarfsgerechtigkeit auszurichten, also dorthin zu liefern, wo prognostisch am meisten Leben gerettet werden können. Die vorstehende Untersuchung beruht auf deutschem und europäischem Recht; sowohl vertrags- als auch deliktsrechtliche Repartierungspflichten mögen je nach anwendbarem Recht – etwa dem belgischen – anders gelagert sein. Weil darüber hinaus der Kontrakt des Vereinigten Königreichs mit AstraZeneca bis dato nicht veröffentlicht ist, kann die vertragsrechtliche Situation nicht abschließend bewertet werden.

[30] Es bleibt zu hoffen, dass die hier zugrunde gelegte Problematik aktueller Impfstoffknappheit alsbald wegfällt und die angestellten Überlegungen unter weniger dramatischen Umständen etwa bei Knappheit von Medikamenten oder Computerchips in der Praxis erprobt werden können. ■

41 S. zum potenziellen Wettbewerb *Fuchs* in *Immenga/Mestmäcker*, Art. 102 AEUV Rn. 97.

42 Vgl. *Linsmeier/v. Köckritz/Bodenstein* NZKart 2020, 184 (187).

43 S. zur Marktstruktur *Fuchs* in *Immenga/Mestmäcker*, Art. 102 AEUV Rn. 91.

44 S. dazu *Fuchs* in *Immenga/Mestmäcker*, Art. 102 AEUV Rn. 101.

45 Vgl. dazu Kommission, *Entsch. v. 13.5.2009 – COMP/37990* Rn. 885 f. – Intel.

46 *EuGH* ECLI:EU:C:1978:22 = NJW 1978, 2439 (2442) – United Brands Company; *Fuchs* in *Immenga/Mestmäcker*, Art. 102 AEUV Rn. 154.

47 *EuGH* ECLI:EU:C:2007:166 = EuZW 2007, 306 Rn. 69 – British Airways/Kommission; *Fuchs* in *Immenga/Mestmäcker*, Art. 102 AEUV Rn. 155.

48 Vgl. für den Fall der Geschäftsverweigerung *EuGH* ECLI:EU:C:1978:141 = NJW 1978, 2444 – British Petroleum/Kommission; *Schröter/Bartl* in *Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 102 AEUV Rn. 282.

49 Vgl. *Eilmansberger/Kruis* in *Streinz*, Art. 102 AEUV Rn. 132.

50 *MüKoWettbewerbsR/Eilmansberger/Bien*, 3. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV Rn. 831.

51 Jüngst wird die kartellrechtliche Gleichbehandlung von Endverbrauchern im Zusammenhang mit personalisierten Preisen erneut stärker diskutiert, vgl. *MüKoWettbewerbsR/Eilmansberger/Bien*, Art. 102 AEUV Rn. 435 ff.