

Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis

von Dietze / Janssen

6., vollständig überarbeitete Auflage 2023
ISBN 978-3-406-74170-8
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

diesen Preisen.²²⁴ Für ein missbräuchliches Verhalten von Versorgungsunternehmen in anderer Hinsicht bleibt es bei der Anwendbarkeit von §§ 19, 20 GWB. Ab dem 31.12.2027 ist § 29 GWB nicht mehr anwendbar (§ 187 Abs. 1 GWB).

IX. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Im Rahmen des Verbotes der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung findet keine „Spürbarkeits-Prüfung“ statt. Prinzipiell genügt es also, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Marktstellung nur einem anderen Unternehmen gegenüber missbraucht (**Beispiel:** Nichtbelieferung eines Kunden – unabhängig davon, wie groß der Kunde ist). Nichtsdestotrotz muss die Beeinträchtigung des mitgliedstaatlichen Handels (→ Rn. 129) spürbar sein, wenn Art. 102 AEUV erfüllt sein soll. 556

D. Rechtsfolgen

Die in den §§ 19 ff. GWB statuierten Verbote gelten unmittelbar (mit Ausnahme der Verbote in § 19a Abs. 2 GWB). Das gilt auch für das Verbot des Art. 102 AEUV. Es bedarf also zu seiner Wirksamkeit keiner besonderen Entscheidung der Kommission (vgl. Art. 1 Abs. 3 VO Nr. 1/2003). Eine Freistellung von diesem Verbot – etwa entsprechend Art. 101 Abs. 3 AEUV – ist nicht möglich.²²⁵ 557

Für die Durchsetzung des Art. 102 AEUV sind nicht nur die Kommission, sondern auch die mitgliedstaatlichen Kartellbehörden zuständig (vgl. Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 1/2003). Somit können sowohl die Kommission als auch das BKartA Bußgelder verhängen. Denkbar ist – obgleich in der Praxis ein seltener Fall –, dass die Kartellbehörde künftigen Verstößen durch Zusagen des (vermeintlichen) Marktbeherrschers vorbeugt.²²⁶ 558

Die zivilrechtlichen Folgen richten sich nach nationalem Recht.²²⁷ In Deutschland stellen Art. 102 AEUV und die §§ 19 ff. GWB gesetzliche Verbote im Sinne des § 134 BGB dar, sodass missbräuchliche Vertragsklauseln nichtig sind. Vom Missbrauch betroffene Unternehmen haben gegen das missbräuchlich handelnde Unternehmen Anspruch auf Unterlassung, Schadensersatz und Beseitigung (§ 33 Abs. 1 und § 33a Abs. 1 GWB). 559

E. Fallgruppen

In der europäischen und deutschen Fallpraxis liegt der Schwerpunkt der kartellrechtlichen Arbeit auf den folgenden Gebieten: 560

- Lieferverweigerung (einschließlich Lizenzverweigerung, wesentliche Einrichtungen und selektive Vertriebssysteme),
- Missbräuchliche Preispolitik (zu niedrige, zu hohe, ungleiche Preise),
- Rabattsysteme,
- Kopplungsgeschäfte,
- Exklusive Verträge.

²²⁴ MüKoVergabeR/Markert GWB § 29 Rn. 52: „In der Regel“ Missbrauch bei Abweichung von mehr als 10 %.

²²⁵ EuGH 11.4.1989, 803, NJW 1989, 2192 – „Ahmed Saeed Flugreisen“ (Flugtarife).

²²⁶ ZB BKartA 15.10.2015, B8-34/13 – Stadtwerke Leipzig (Fernwärme), Beschl. gem. § 32b GWB.

²²⁷ Beim Kartellverbot ordnet diese Rechtsfolge das europäische Recht (Art. 101 Abs. 2 AEUV) an. Für Deutschland gilt § 134 BGB.

I. Lieferverweigerung

- 561 Die Fallgruppe der Lieferverweigerung hat in der Praxis eine sehr große Bedeutung. Es geht in der Regel um Fälle, in denen sich der Produzent und sein Kunde auf einem nachgelagerten Markt als Wettbewerber gegenüberstehen.

Beispiele: Ein Rohstofflieferant möchte seinem langjährigen Kunden den Zugang zum Rohstoffmarkt verweigern, weil er selbst das Endprodukt herstellen will und von einer Konkurrenz durch den Kunden verschont bleiben möchte.²²⁸ Der Hersteller eines Markenprodukts will einem Reparatur- und Wartungsunternehmen keine Original-Ersatzteile liefern, um selbst oder durch Vertragspartner die Reparatur und Wartung eines bestimmten Produktes allein am Markt anbieten zu können.

- 562 Allerdings gibt es auch Fälle, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen und der jeweilige Kunde nicht auf einem nachgelagerten Markt als Wettbewerber tätig sind.²²⁹

Beispiele: Die Lieferverweigerung soll als Strafe dafür dienen, dass sich der Kunde von einem Wettbewerber hat beliefern lassen. Der Lieferant erfüllt nicht mehr alle Bestellungen seines spanischen Vertriebspartners, damit diesem keine Liefermengen zur Verfügung stehen, um sie nach Großbritannien zu liefern, wo der Lieferant das Produkt zu höheren Preisen verkauft. Durch die Mengenkontingentierung verhindert der Lieferant den Parallelhandel (vgl. hierzu auch → Rn. 570).

- 563 Die Lieferverweigerung fällt unter das Regelbeispiel des Art. 102 S. 2b) (Einschränkung des Absatzes) und c) (Diskriminierung) AEUV sowie unter das Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB respektive im Falle von marktmächtigen Unternehmen unter § 20 Abs. 1, 3 GWB.

- 564 Die Fallpraxis unterscheidet zwischen dem Abbruch einer bestehenden Lieferbeziehung und der Nichtaufnahme einer neuen Lieferbeziehung. Besondere Bedeutung in der Praxis haben auch die Mengenkontingentierung, die Weigerung, ein gewerbliches Schutzrecht zu lizenzieren, selektive Vertriebssysteme sowie der Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung. Im Fall eines gerichtlichen Verfahrens sollte sich ein betroffenes Unternehmen nicht nur auf den Vorwurf des Behinderungsmissbrauches, sondern auch auf den des Diskriminierungsmissbrauches stützen.²³⁰

1. Weigerung der Aufnahme, Abbruch einer Geschäftsbeziehung

- 565 Grundsätzlich ist auch ein marktbeherrschendes Unternehmen frei darin, Geschäftsbeziehungen einzugehen und zu beenden.²³¹ Jedoch muss eine Lieferverweigerung sachlich gerechtfertigt sein, denn das marktbeherrschende Unternehmen trägt eine besondere Verantwortung dafür, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb nicht beeinträchtigt.²³² Die Kommission will gemäß ihrer Mitteilung über ihre Durchsetzungsprioritäten bei der Anwendung von Art. 102 AEUV dann einschreiten, wenn die Lieferverweigerung

²²⁸ EuGH 6.3.1974, Slg. 1974, 223 (251), WuW/E EWG/MUV 315 – „Istituto Chemioterapico Italiano/Commercial Solvents“ (Zoja).

²²⁹ BGH 17.3.1998, NJW-RR 1998, 1730 – „Bahnhofsbuchhandel“.

²³⁰ Vgl. OLG Celle 11.2.2010, WuW/E DE-R 2853 (2859, Tz. 59) – „Beendigung langjährigen Pressevertriebs“: Diskriminierungsmissbrauch nicht „wesensgleiches Minus“ zum Behinderungsmissbrauch.

²³¹ Vgl. EuG 17.9.2007, Slg. 2007 II-3601, Tz. 319 (330 f.) – „Microsoft“; Mitteilung Durchsetzungsprioritäten bei Art. 102 AEUV, Tz. 75.

²³² Vgl. EuGH 16.9.2008, NJW-RR 2008, 1658, Tz. 34 f. – „GlaxoSmithkline“; EuGH 9.1.1983, Slg. 1983, 3461 (3511) – „Michelin“; für den Zugang zu Zubringerflügen von Lufthansa, um Kunden für Langstreckenflüge gewinnen zu können. Vgl. BKartA, 1.9.2022 – Condor/Lufthansa.

- ein Produkt oder eine Dienstleistung betrifft, das/die notwendig ist, um auf einem **nachgelagerten Markt** wirksam konkurrieren zu können, und
- wahrscheinlich den wirksamen **Wettbewerb** auf dem nachgelagerten Markt **ausschaltet**, und
- wahrscheinlich den Verbrauchern **schadet**.²³³

Das **erste Kriterium** erfordert nach Ansicht der Kommission nicht, dass ohne das verweigte Produkt kein Wettbewerber „je in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben oder einzutreten“. ²³⁴ Es genüge vielmehr, dass es auf dem nachgelagerten Markt kein tatsächliches oder potenzielles Substitut gebe, das die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen einer Lieferverweigerung wenigstens langfristig aufzufangen.²³⁵ Davon sei nur dann auszugehen, wenn die Wettbewerber das verweigte Produkt nicht in absehbarer Zukunft duplizieren könnten. Duplizieren bedeutet die Schaffung einer alternativen Bezugsquelle, die es den Wettbewerbern ermöglicht, auf dem nachgelagerten Markt Wettbewerbsdruck auf das marktbeherrschende Unternehmen auszuüben.²³⁶ Hierbei ist insbesondere zu prüfen, ob es wirtschaftlich zumutbar wäre, eine alternative Bezugsquelle zu schaffen. Die **Ausschaltung wirksamen Wettbewerbs** auf dem nachgelagerten Markt ist wahrscheinlich, wenn das marktbeherrschende Unternehmen hohe Marktanteile auf diesem Markt hat und es infolge der Markstellung des verweigten Produkts wahrscheinlich ist, dass Kunden der nicht-belieferten Wettbewerber zum marktbeherrschenden Unternehmen wechseln.²³⁷ Das **dritte Kriterium** liegt insbesondere dann vor, wenn die Lieferverweigerung dazu führen wird, dass innovative Produkte auf dem nachgelagerten Markt nicht entstehen.²³⁸ Mit anderen Worten: Im Falle einer bloßen Nachahmung des bereits von dem marktbeherrschenden Unternehmen für den nachgelagerten Markt hergestellten Produkts sieht die Kommission keinen Handlungsbedarf.

Im deutschen Kartellrecht ist die Lieferverweigerung seit der 10. GWB-Novelle (2021) in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB kodifiziert. Die kodifizierten Prüfungsmaßstäbe entsprechen dem unionsrechtlichen Ansatz (→ Rn. 565).

Die Beendigung einer Lieferbeziehung ist dann objektiv gerechtfertigt, wenn der Kunde seine vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllt oder – wegen fehlender Bonität²³⁹ – nicht zu erfüllen droht. Natürlich kann ein marktbeherrschendes Unternehmen auch aus Gründen von Kapazitätsengpässen eine Lieferung verweigern oder nur teilweise ausführen. Im Rahmen ihres „more economic approach“ will die Kommission auch dann eine Lieferverweigerung als objektiv gerechtfertigt erscheinen lassen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen den nachgelagerten Markt exklusiv selbst bearbeiten will und hierdurch Effizienzgewinne entstehen.²⁴⁰ Hierbei hat die Kommission Fallkonstellationen im Blick, in denen im Falle einer Lieferverpflichtung Innovations- und Investitionsanreize für das marktbeherrschende Unternehmen entfallen würden. Grundsätzlich dürften die Anforderungen an die Effizienzgewinne allerdings recht hoch sein. Die

²³³ Mitteilung Durchsetzungsprioritäten bei Art. 102 AEUV, Tz. 81.

²³⁴ Mitteilung Durchsetzungsprioritäten bei Art. 102 AEUV, Rn. 83.

²³⁵ EuGH 17.9.2007, Slg. 2007, II-3601, Rn. 421 – „Microsoft“; EuGH 26.11.1998, Slg. 1998, I-7791, Rn. 44–45 – „Oscar Bronner“.

²³⁶ Mitteilung Durchsetzungsprioritäten bei Art. 102 AEUV, Tz. 83.

²³⁷ Mitteilung Durchsetzungsprioritäten bei Art. 102 AEUV, Tz. 85.

²³⁸ Mitteilung Durchsetzungsprioritäten bei Art. 102 AEUV, Tz. 87; vgl. hierzu EuGH 29.4.2004, Slg. 2004, I-5039, Rn. 49 – „IMS Health“; EuGH 17.9.2007, Slg. 2007, II-3601, Rn. 658 – „Microsoft“.

²³⁹ Aber ggf. muss gegen Vorkasse geliefert werden, vgl. OLG Karlsruhe 14.11.2007, WuW/E DE-R 2213 (2216, Rn. 25) – „BGB-Kommentar“.

²⁴⁰ Mitteilung Durchsetzungsprioritäten bei Art. 102 AEUV, Tz. 89 f.

Judikatur hat hierzu bislang keine Präzedenzfälle entschieden. In der Praxis dürfte es deshalb empfehlenswert sein, nur bei wirklich offensichtlichen Effizienzgewinnen, insbesondere im Bereich der Innovation, (im Vergleich zur Weiterbelieferung) eine Lieferverweigerung als sachlich gerechtfertigt anzusehen. Bricht das marktbeherrschende Unternehmen eine bestehende Lieferbeziehung ab, dürfte es ihm sehr schwer fallen, sich darauf zu berufen, dass eine Weiterbelieferung (nunmehr) seine künftigen Anreize für Investition und Innovation entfallen lassen würde.²⁴¹

- 568 Eine besondere Fallgruppe stellen **Kündigungen von Absatzverträgen** dar. Hier geht es um die Frage, ob eine Kündigung möglicherweise deshalb missbräuchlich ist, weil die Kündigungsfrist **unangemessen kurz** ist.²⁴² Diese Frage stellt sich beispielsweise in Fällen, in denen Kfz-Hersteller Verträge mit exklusiven Vertragshändlern kündigt, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, dass diese Vertragshändler erhebliche Investitionen getätigt haben (Ausbau des „Showrooms“ für die Fahrzeuge). Die deutsche Rechtsprechung hatte sich bei der Frage, welche Kündigungsfrist unbedenklich ist, im Falle eines Kfz-Vertragshändlers an dem europäischen Recht und der dort erlassenen GVO für Kfz-Vertriebsverträge orientiert. Vor diesem Hintergrund wurde eine einjährige Kündigungsfrist als angemessen erachtet.²⁴³ Eine Regelung zu Kündigungsfristen ist in der neuen Kfz-GVO allerdings nicht mehr enthalten.
- 569 Allein das Argument, wegen „vorzeitiger“ Kündigung Investitionen noch nicht amortisiert zu haben, reicht für einen Missbrauchsvorwurf nicht aus.²⁴⁴ Etwas anderes ergibt sich natürlich, wenn Vertrauensschutztatbestände nach allgemeinem Zivilrecht vorliegen.

2. Mengenkontingentierung

- 570 Die Preise für bestimmte Produkte können zwischen den verschiedenen Mitgliedstaaten der EU erheblich differieren. Die Kaufkraft der Unionsbürger ist von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat noch recht unterschiedlich. In manchen Produktbereichen gibt es mitgliedstaatliche Preisbindungen.

Beispiel: Die nationale Gesundheitsbehörde setzt bei einem Medikament die Höhe der erstattungsfähigen Kosten fest; wäre der Preis des Medikaments höher als dieser Betrag, könnte das Medikament nicht abgesetzt werden, weil die Krankenkassen nur den festgesetzten Preis erstatten, die Patienten also im Falle eines höheren Preises zuzahlen müssten, was sie aber nicht wollen oder können.

- 571 Die unterschiedlichen Preise in den Mitgliedstaaten führen zu den vom europäischen Recht geförderten Parallelimporten. Handelsunternehmen kaufen also das Produkt in dem Niedrigpreis-Mitgliedstaat ein und verkaufen es in dem Hochpreis-Mitgliedstaat. Parallelimporte sind den Produzenten natürlich ein Dorn im Auge, denn sie führen dazu – wenn sie zu 100 % praktiziert werden könnten –, dass sich der Preis innerhalb der EU auf dem Niveau des Niedrigpreis-Mitgliedstaat zzgl. Marge für den Parallelhändler einpendelt. Vor diesem Hintergrund versuchen Produzenten immer wieder, Parallelimporte zu unterbinden

Beispiel: Ein Pkw-Hersteller fordert seine Vertriebshändler auf, nicht an Kunden zu liefern, die ihren Sitz in einem Hochpreis-Mitgliedstaat haben – für derartige Versuche mussten insbesondere Pkw-Hersteller schon Bußgelder im dreistelligen Millionen-Bereich zahlen.

²⁴¹ Mitteilung Durchsetzungsprioritäten bei Art. 102 AEUV, Tz. 84, 90.

²⁴² Vgl. OLG Düsseldorf 5.8.2020, WuW 202, 524 – „Ordentliche Kündigung eines Händlervertrages: „Verlängerung Kündigungsfrist als geltungserhaltene Reduktion mit umgekehrter Stoßrichtung“ mwN.

²⁴³ Vgl. BGH 21.2.1995, WuW/E BGH 2983 (2989) – „Kfz-Vertragshändler“; vgl. auch BGH 24.6.2009, WuW/E DE-R 2747 – „Nissan“; BGH 31.1.2012, WuW/E DE-R 3549 (3553) – „Werbeanzeigen“: dort als „Umstellungsfrist“ benannt.

²⁴⁴ Vgl. BGH 21.2.1995, WuW/E BGH 283, 2989 – „Kfz-Vertragshändler“.

Verweigern sich die Vertriebshändler einer solchen kartellrechtswidrigen Absprache, können Produzenten versuchen, durch Kontingentierung zu verhindern, dass Lieferanten zur Verfügung stehen, die der Vertriebshändler in einen Hochpreis-Mitgliedstaat (selbst oder durch Dritte) liefern kann. 572

Bislang war jede Art von Verhinderung von Parallelhandel als kartellrechtswidrig angesehen worden, denn sie führt zur Aufteilung von Märkten, d.h. zu einer Kernbeschränkung und damit erheblichen Wettbewerbsbeschränkung. Im Jahr 2004 hat der Generalanwalt Jacobs allerdings die These vertreten, dass die Missbräuchlichkeit in solchen Fällen nicht per se besteht, sondern nur vermutet werden dürfe.²⁴⁵ Diese Vermutung könne bei Vorliegen sachlich rechtfertigender Gründe widerlegt sein, wenn beispielsweise die unterschiedlichen Preisniveaus von Arzneimitteln das Ergebnis staatlicher Intervention seien und der Parallelhandel die Amortisation von umfangreichen FuE-Aufwendungen zunichte machen würde. Der EuGH hat sich letztendlich in dieser Sache für unzuständig erklärt.²⁴⁶ Im Jahr 2008 hat der EuGH aber – in vorsichtiger Weise – zu erkennen gegeben, dass er sich dieser Argumentation nicht verschließt. Hiernach ist es nur noch missbräuchlich, wenn sich ein marktbeherrschender Arzneimittelhersteller weigert, „normale“ Bestellungen seiner Großhändler auszuführen. Normale Bestellungen sind solche, deren Menge im Einklang mit dem Bedarf des Marktes des betroffenen Mitgliedstaates steht und der vorangegangenen Bestellpraxis entspricht.²⁴⁷ Entscheidend für diese Auflockerung dürfte das Risiko gewesen sein, dass Arzneimittelhersteller einzelne europäische Niedrigpreis-Mitgliedstaaten überhaupt nicht mehr beliefern würden, wenn das der einzige Weg wäre, sich die Margen in Mitgliedstaaten mit höherem Preisniveau zu bewahren (die erforderlich sind, um die hohen Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen zu amortisieren).²⁴⁸ 573

3. Weigerung einer Lizenzvergabe (Zwangslizenz)

Grundsätzlich ist die Weigerung, gewerbliche Schutzrechte an Dritte zu lizenzieren, nicht als ein missbräuchliches Verhalten anzusehen. Von einem Missbrauch ist aber auszugehen, wenn 574

- die Lizenzverweigerung nicht durch objektive Gründe oder Effizienzgewinne gerechtfertigt ist, und
- die Lizenz für den potenziellen Lizenznehmer unverzichtbar ist, und
- die Lizenzverweigerung die Entwicklung eines Marktes, für den die Lizenz unverzichtbar ist, behindert, und zwar zum Nachteil der Marktgegenseite.

Die geschützte Technologie ist insbesondere dann unverzichtbar (zweite Voraussetzung), wenn sie sich zu einem Industriestandard²⁴⁹ entwickelt hat oder wenn nur durch sie der Zugang zu einem weiteren Markt möglich ist. 575

Die dritte Voraussetzung kann nur erfüllt sein, wenn der anfragende potenzielle Lizenznehmer sich nicht darauf beschränkt, das Produkt des marktbeherrschenden Unternehmens zu kopieren, sondern vielmehr auf Grundlage des vom Marktbeherrscher 576

²⁴⁵ GA Jacobs, Rs. C-53/03, Schlussanträge v. 28.10.2004, Tz. 77 ff. – „Syfait/GlaxoSmithKline“; vgl. hierzu v. Dietze, Stellt die ökonomische Analyse das Kartellrecht auf den Kopf? In: Behrens u. a., Europäisches Wettbewerbsrecht nach der Reform, Baden-Baden 2006, S. 29 ff.

²⁴⁶ Vgl. EuGH 31.5.2005, Slg 2005, I-4609, 4652, Tz. 38 – „Syfait/GlaxoSmithKline“.

²⁴⁷ EuGH 16.9.2008, WuW/E EU-R 1463, Tz. 70 (76 f.) – „Sot. Lelos/GlaxoSmithKline“. „Einseitige Lieferquotensysteme können dennoch den Bestimmungen von Art. 82 EG-Vertrag unterliegen. Mögliche objektive Rechtfertigungsgründe für solche Systeme sind jedoch unter Umständen zu berücksichtigen.“ so die Kommission, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2005, Tz. 75, abzurufen über die Website der Kommission.

²⁴⁸ EuGH 16.9.2008, WuW/E EU-R 1463, Tz. 68 – „GlaxoSmithKline“.

²⁴⁹ Vgl. BGH 13.7.2004, WuW/E DE-R 1329 – „Standard Spundfass II“.

entwickelten Know-hows ein **neues Produkt** entwickelt hat, für das auch eine potenzielle Nachfrage besteht.²⁵⁰

- 577 Im Rahmen dieser Fallgruppe bestehen immer noch sehr viele offene Fragen. Streitig ist beispielsweise, ob es für die Annahme der Marktbeherrschung ausreicht, von einem potenziellen bzw. hypothetischen Markt auszugehen. Falls das der Fall wäre, würde jedes gewerbliche Schutzrecht im Hinblick auf eine neue Technologie einen eigenständigen Markt begründen und damit den Inhaber zu einem marktbeherrschenden Unternehmen machen. Richtigerweise wird auch im Falle einer neuen Technologie zu fragen sein, mit welchen vorhandenen Technologien diese neue Technologie aus Sicht der Marktgegen-
seite austauschbar ist.²⁵¹
- 578 Die Verweigerung einer Lizenz an einer geschützten Technologie, die als **Grundlage für eine Folgeinnovation** von Wettbewerbern unerlässlich ist, kann missbräuchlich sein, wenn die Lizenz nicht erstrebt wird, um die Technologie eindeutig identifizierbar in neue Produkte einzufügen.
- 579 Falls die Voraussetzungen für eine Zwangslizenz vorliegen oder der Inhaber, um dem Vorwurf einer kartellrechtswidrigen Abstimmung einer Norm zuvorzukommen, eine FRAND-Selbstverpflichtung²⁵² abgegeben hat (weil es sich beispielsweise um ein „**standard-essentielles Patent**“ handelt), kann der potenzielle Lizenznehmer das Patent vor ausdrücklicher Lizenzerteilung schon nutzen, wenn er dem Lizenzinhaber zuvor ein unbedingtes und annahmefähiges Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrages gemacht hat und sich an dieses Angebot auch hält, ihm also beispielsweise die angefallenen Lizenzgebühren zahlt.²⁵³ Der Bundesgerichtshof hat in sich jüngster Zeit eingehend mit der Frage auseinandergesetzt, welche Pflichten der Patentinhaber und der Patentverletzer haben, um zum Abschluss eines Lizenzvertrages zu gelangen.²⁵⁴

4. Selektive Vertriebssysteme

- 580 Unter bestimmten Umständen kann es der vom Normadressaten nach bestimmten Kriterien organisierte Vertrieb seiner Waren oder Dienstleistungen rechtfertigen, Dritte von diesem Vertrieb fernzuhalten.²⁵⁵ In der Ausgestaltung eines solchen „selektiven Ver-

²⁵⁰ EuG 17.9.2007, Slg. 2007, II-3601, Tz. 643. – „Microsoft“: die Anforderungen an die „Neuheit“ des Produktes dürfen nicht überzogen werden, weil nach Art. 102 S. 2b) AEUV auch die „Einschränkung der technischen Entwicklung“ bereits genügt; EuGH 29.4.2004, Slg. 2004, I-5039, Tz. 49 – „IMS Health“.

²⁵¹ Vgl. TT-Leitlinien, Tz. 22: „Die relevanten Technologiemärkte bestehen aus den lizenzierten Technologierechten und ihren Substituten, das heißt anderen Technologien, die von Lizenznehmern aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Lizenzgebühren und ihres Verwendungszwecks als mit den lizenzierten Technologierechten austauschbar oder substituierbar angesehen werden. Ausgehend von der Technologie, die vom Lizenzgeber vermarktet wird, müssen die anderen Technologien ermittelt werden, zu denen die Lizenznehmer im Falle einer geringfügigen, aber dauerhaften Erhöhung der relativen Preise, das heißt der Lizenzgebühren, überwechseln könnten“.

²⁵² Verpflichtung das Patent zu „fair, reasonable and non-discriminatory“ Bedingungen zu lizenzieren; vgl. hierzu auch Horizontal-Leitlinien Rn. 285, 287.

²⁵³ BGH 6.5.2009, WuW/E DE-R 2613 (2616, Tz. 33) – „Orange-Book Standard“; OLG Düsseldorf 28.1.2010 2 U 124/08 bis 2 U 128/08, 2 U 130/08 und 2 U 131/08, LG Düsseldorf 24.4.2012 – 4b O 274/10; OLG Karlsruhe 27.2.2012, WuW/E DE-R 3556 – „Lizenzvertragsangebot“: zu Einzelheiten bei der Ausformulierung des Angebots.

²⁵⁴ BGH 5.5.2020, WuW 2021, 409 – „FRAND-Einwand“: instruktiv insbesondere für die Mitwirkungspflichten des Patentinhabers; BGH 24.11.2020, WuW 2021, 234, „FRAND-Einwand II“: instruktiv insbesondere für die Mitwirkungspflichten des Patentverletzers; hierzu auch EuGH 16.7.2015, C-170/13, GRUR 2015, 764 – „Huawei./ ZTE“.

²⁵⁵ Zum Anspruch eines Einzelhändlers auf Aufnahme in ein selektives Vertriebssystem eines marktmächtigen Unternehmens vgl. OLG München 17.9.2015, NZKart 2015, 490 – „Markenkoffer“.

triebssystem“ (vgl. hierzu näher → Rn. 337 ff.) ist das marktbeherrschende Unternehmen frei, sofern die Selektionskriterien sachgerecht, angemessen und zumutbar sind und ohne Diskriminierung angewandt werden. Selektionskriterien können qualitativer (**Beispiel:** Ausbildung von Fachpersonal) und quantitativer (**Beispiel:** Mindestumsatz) Art sein. Quantitative Selektionskriterien werden allerdings nur im Ausnahmefall sachgerecht, angemessen und zumutbar sein. Das BKartA verlangt, dass der Lieferant sein Vertriebssystem überwacht und im Falle des Auftauchens von Vertragsware außerhalb des Vertriebssystems Vorkehrungen dafür trifft, dass der vertragsbrüchige Vertriebspartner identifiziert werden kann (praktische Lückenlosigkeit). Das ergibt sich aus dem Diskriminierungsverbot. Die Lückenlosigkeit als Voraussetzung für die Anerkennung eines selektiven Vertriebssystems spielt gegenwärtig jedoch keine Rolle mehr.²⁵⁶

5. Zugang zu wesentlichen Einrichtungen

Die Fallgruppe des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung ist von der europäischen Rechtsprechung entwickelt worden („essential facilities doctrine“).²⁵⁷ Der deutsche Gesetzgeber hat sie in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB kodifiziert (vgl. im Einzelnen die Ausführungen in → Rn. 490 ff.). 581

II. Missbräuchliche Preispolitik

Die Preispolitik eines marktbeherrschenden Unternehmens kann in dreierlei Hinsicht missbräuchlich sein. 582

- Das marktbeherrschende Unternehmen nimmt zu niedrige Preise, um Wettbewerber vom Markt zu verdrängen (Behinderungsmissbrauch).
- Das marktbeherrschende Unternehmen nimmt zu hohe Preise (Ausbeutungsmissbrauch).
- Das marktbeherrschende Unternehmen nimmt unterschiedliche Preise (Diskriminierungsmissbrauch).

1. Zu niedrige Preise (Preisunterbietung bzw. Predatory Pricing)

Eine gezielte Preisunterbietung, um Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, kann eine missbräuchliche Behinderung darstellen.²⁵⁸ Grundsätzlich ist jedes – auch ein marktbeherrschendes – Unternehmen frei, seine Preise selbst zu bestimmen. Niedrige Preise sind ein Element des Wettbewerbs und deshalb in keiner Weise wettbewerbsbeschränkend, sondern eher wettbewerbsfördernd. Für den Vorwurf der Missbräuchlichkeit muss die Absicht hinzutreten, einen Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, ihn von vornherein am Markteintritt zu hindern oder ihn zu disziplinieren. In der Praxis lässt sich mit der Faustformel arbeiten, dass Preise, die unterhalb der Entstehungs- respektive Einstandskosten liegen, kartellrechtlich bedenklich sind, wenn sie mit einer gewissen Nachhaltigkeit praktiziert werden. 583

Die Schwierigkeit besteht nun in der Frage, von welchen Kosten auszugehen ist. Im Handel fällt die Antwort hierauf leichter, da es einen klar definierten Einstandspreis gibt, zu dem die Handelsunternehmen die Waren erwerben. Dieser Einstandspreis ist die 584

²⁵⁶ BGH 15.7.1999, WuW/E DE-R 121 (123) – „Außenseiteranspruch“.

²⁵⁷ Vgl. Komm. 21.12.1993, ABL 1994 L 55/52 – „Hafen von Rødby; Komm. 21.12.1993, ABL 1994 L 15/8 – „Sealink II“.

²⁵⁸ BGH 4.4.1995, WuW/E BGH 2977 – „Hitlisten-Platten“; vgl. auch OLG Karlsruhe 13.4.1994, WuW/E OLG 5395 ff. – „Badische Anzeigen-Zeitung“.

Messlatte (vgl. auch die gesetzliche Regelung im deutschen Kartellrecht, → Rn. 525). Im Falle von produzierenden Unternehmen fällt es sehr viel schwerer, zu bestimmen, von welchen Kosten auszugehen ist.

a) Europäisches Recht

585 Die Kommission setzt in ihrer Mitteilung zu ihren Durchsetzungsprioritäten bei der Anwendung von Art. 102 AEUV zwei Kostenbegriffe als Messlatte für die Frage, ob die Preise verdrängende Wirkung haben oder nicht:²⁵⁹

– Average Avoidable Costs

586 Der Begriff der Average Avoidable Costs (AAC) muss übersetzt werden mit „durchschnittlich vermeidbare Kosten“. Das sind diejenigen Kosten, die vermieden worden wären, wenn sich das Unternehmen entschieden hätte, das betroffene Produkt nicht zu produzieren. In den meisten Fällen werden diese Kosten mit den variablen Kosten gleichzusetzen sein. Mit anderen Worten: Nicht einzubeziehen in die Kosten sind die fixen Kosten, d. h. also die von den Unternehmen unabhängig von der Produktion zu zahlenden Gehälter, Mieten, Bankzinsen etc. Wenn ein Unternehmen mit seiner Preispolitik schon unterhalb der klar dem Produkt zurechenbaren Kosten liegt, also mit jeder produzierten Einheit seinen Verlust vergrößert, kann eine wettbewerbsbeschränkende Absicht vermutet werden. Nach Auffassung der Kommission indiziert also dieses vorsätzlich eingegangene Vermögensopfer den Verdrängungswillen („Sacrifice-Test“).²⁶⁰ Diese Vermutung ist aber widerlegbar.

– Long-Run Average Incremental Costs

587 In einigen Fallkonstellationen sind als Messlatte anstelle der Average Avoidable Costs die sog. Long-Run Average Incremental Costs (LAIC) anzuwenden.²⁶¹ Dieser Kostenbegriff rekurriert auf monopolisierte Märkte respektive auf neu liberalisierte Märkte. In diesen Märkten haben oder hatten marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Stellung aufgrund einer rechtlich eingeräumten Monopolstellung oder einer öffentlichen Subventionierung. Charakteristisch für diese Märkte sind hohe Investitionskosten (beispielsweise um ein Stromnetz aufzubauen). Diese Investitionskosten sind keine variablen Kosten, sondern Fixkosten, die über den Nutzungszeitraum der Investition abzuschreiben sind. Typischerweise fallen nur sehr niedrige variablen Kosten an (Beispiel Stromnetz). Mit anderen Worten: Die Messlatte der AAC läge viel zu niedrig. Der Begriff der LAIC kann deshalb übersetzt werden mit „langfristige durchschnittliche Grenzkosten“.²⁶² Anders ausgedrückt: Abschreibungen auf langfristige Investitionen müssen – anders als bei der normalen Grenzkostenrechnung – berücksichtigt werden. Der Vorteil, aufgrund bereits durchgeführter Investitionen extrem niedrige variable Kosten zu haben, wird hierdurch aufgehoben.²⁶³

– Preise zwischen den Average Avoidable Costs und den Average Total Costs

588 Die Mitteilung der Kommission zu ihren Durchsetzungsprioritäten bleibt nebulös zu der Frage, wie Preise zu bewerten sind, die über AAC und LAIC liegen, aber die

²⁵⁹ Mitteilung Durchsetzungsprioritäten bei Art. 102 AEUV, Tz. 26.

²⁶⁰ Mitteilung Durchsetzungsprioritäten bei Art. 102 AEUV, Tz. 64; vgl. EuGH 3.7.1991, Slg. 1991, I-3359, Tz. 71 – „Akzo“.

²⁶¹ Mitteilung Durchsetzungsprioritäten bei Art. 102 AEUV, Tz. 26.

²⁶² Vgl. auch Bunte/Bulst, Art. 102 Rn. 112, 365.

²⁶³ Vgl. hierzu im Einzelnen DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Tz. 126 sowie die Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich – Rahmen, relevante Märkte und Grundsätze, ABl. 1998 C 265/2 ff.