

Stellungnahme des Österreichischen Bundesministeriums für Arbeit und Wirtschaft

zum Entwurf einer Mitteilung der Europäischen Kommission

„Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen“

I Grundlegende Anmerkungen

Das Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft begrüßt, dass die Europäische Kommission (EK) Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen erlassen möchte. Zu betonen ist, dass ein verstärkter Vollzug von Marktmachtmissbrauchsfällen von enormer Wichtigkeit und daher jedenfalls zu begrüßen ist. Mit derartigen Leitlinien können Grundprinzipien bei der Ausgestaltung der Missbrauchsaufsicht durch die EK geklärt werden. Dadurch können die Leitlinien zu mehr Rechtssicherheit für Unternehmen und Verbraucher:innen beitragen und sind alternativen Instrumenten einer Reform der Missbrauchsaufsicht, wie beispielsweise der Einführung eines New Competition Tools, vorzuziehen.

Aktuell sind Missbrauchsverfahren durch eine lange Verfahrensdauer geprägt, was einerseits den effektiven Wettbewerbsschutz gefährden und andererseits einen negativen Einfluss auf Innovation haben kann. Die Klarstellungen in den Leitlinien können zu einer Verkürzung der Verfahrensdauer beitragen. Gleichzeitig ist jedoch darauf zu achten, dass die EK in ihren Klarstellungen nicht rechtsfortbildend über die Rechtsprechung der Unionsgerichte hinausgeht, unklare Konzepte einführt und beispielsweise eine Beweislastumkehr zugunsten der Wettbewerbsbehörden mittels soft-law implementiert. Dies würde nicht zu der mit den Leitlinien beabsichtigten Rechtssicherheit und Transparenz beitragen. Daher sind einige Aspekte weiter klarzustellen und noch deutlicher darzustellen.

II Wesentliche Aspekte des Wettbewerbsvollzugs mit Fokus auf die Intention von Art. 102 AEUV

Wirksame Wettbewerbsrechtsvollziehung ist kein Selbstzweck. Gerade die aktuellen Diskussionen um den Wirtschaftsstandort Europa zeigen, dass es auch um längerfristige Aspekte gehen muss und nicht nur kurzfristige Effekte von niedrigen Preisen im Fokus stehen können. Größere Produktauswahl, bessere Qualität sowie mehr Innovationen und Auswahlvielfalt sollen durch die Einhaltung der Wettbewerbsregeln sichergestellt werden. Diese Aspekte müssen beim Vollzug wieder eine größere Rolle spielen. Daher wird begrüßt, dass an vielen Stellen in den Leitlinien darauf Bezug genommen wird (zB Rz 1 „...Auswahl, Qualität und Innovation...“; Rz 2 „...Qualität von Waren und Dienstleistungen, ...InnovationWahlmöglichkeiten der Verbraucher“; Rz 51 „Der Begriff

des Leistungswettbewerbs bezeichnet das Verhalten im Rahmen des normalen Wettbewerbs auf der Grundlage der Leistung der Wirtschaftsteilnehmer und bezieht sich grundsätzlich auf eine Wettbewerbssituation, die den Verbrauchern durch niedrigere Preise, eine bessere Qualität und eine breitere Auswahl neuer oder leistungsfähigerer Waren und Dienstleistungen zugutekommt.“ etc.)

Begrüßt wird auch, dass hinsichtlich des Begriffes „Qualität“ auf die Bekanntmachung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union verwiesen wird, dies dient der einheitlichen Rechtsanwendung (FN 4 zu Rz 2: *„Der Begriff „Qualität“ in diesen Leitlinien umfasst alle verschiedenen Aspekte im Zusammenhang mit der Qualität eines bestimmten Produkts – etwa seine Nachhaltigkeit, Ressourceneffizienz, Langlebigkeit, den Wert und die Vielfalt der durch das Produkt gebotenen Nutzungsmöglichkeiten, die Möglichkeit, das Produkt in andere Produkte zu integrieren, das vermittelte Bild oder die gebotene Sicherheit und den gebotenen Schutz der Privatsphäre durch das Produkt sowie seine Verfügbarkeit, auch in Bezug auf Vorlaufzeiten, Widerstandsfähigkeit der Lieferketten, Zuverlässigkeit der Lieferung und Transportkosten. Siehe Bekanntmachung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union, Rn. 15 (ABl. C, 2024/1645, 22.2.2024).* Es wird vorgeschlagen, diese Definition aus der Fußnote in den Leitlinientext zu ziehen.

In diesem Zusammenhang ist zudem anzumerken, dass in den Leitlinien ein weites Verständnis des „Verbraucherbegriffs“ besser hervorgehoben werden sollte. Die Ausführung in **FN 2**, dass der Begriff „Verbraucher“ alle unmittelbaren oder mittelbaren Nutzer der vom missbräuchlichen Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens betroffenen Produkte, einschließlich zwischengeschalteter Hersteller, die die Produkte als Inputs verwenden, sowie Großhändler, Vertriebsunternehmen, Einzelhändler und Endverbraucher umfasst, sollte daher ebenso in den Text der Leitlinien aufgenommen werden und nicht bloß als Erklärung in einer Fußnote angeführt werden. Zudem bedarf es der Klarstellung im Text der Leitlinien, dass in Zusammenhang mit einem wirkungsorientierten Ansatz (effects-based approach) auf die Fähigkeit eines Verhaltens zur Beschränkung des Wettbewerbs (vgl. C-377/20, Rz 50) und nicht nur auf die Schädigung der Verbraucher abzustellen ist - auch wenn die potenziellen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb mit dem Risiko einer Schädigung der Verbraucher einhergehen können. Art. 102 AEUV betont explizit alle Ebenen einer Wertschöpfungskette und die Wettbewerbseffekte nicht nur hinsichtlich Abnehmer und Verbraucher, sondern auch auf Auswirkungen auf vorgelagerte Wirtschaftsstufen (insbes. lit. a und lit c: „Erzwingung unangemessener Einkaufs- und Verkaufspreise oder sonstige Geschäftsbedingungen; Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, ...). Die alleinige Betrachtung der Downstream-Effekte (Handel, Endabnehmer) führt nämlich zu einer unausgewogenen Betrachtung der Wettbewerbsauswirkungen und zum Nachteil der Upstream-Wertschöpfungsstufen. Ist der Preisdruck für die Produktion in Europa nämlich aufgrund der alleinigen Betrachtung der niedrigen Preise für die Endabnehmer so hoch, dass sich eine Produktion in Europa nicht mehr lohnt, wandert die Produktion von Europa weg, was insofern eine Ausschaltung des Wettbewerbs im Bereich der Produktion in der Europäischen Union bedeuten würde. Zudem stehen damit zahlreiche Arbeitsplätze auf dem Spiel, was letztlich negative Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt hat, da ohne Arbeitsplatz kein

Einkommen und ohne Einkommen kein Konsum. Auf dieses notwendige weitere Verständnis soll in den Leitlinien an den relevanten Stellen hingewiesen werden.

Wie die aktuelle Diskussion zeigt, kann der Wettbewerbsrechtsvollzug möglicherweise nur wenig für die industriepolitischen Anliegen leisten, so liegt jedoch in der Rückbesinnung der balancierten Betrachtung im Sinne des Art. 102 AEUV unter den neuen Rahmenbedingungen des globalen Wettbewerbs sowohl der **Downstream Effekte als auch der Upstream-Effekte**, die sich nicht nur auf Preise, sondern auch auf Qualität, Innovation und Vielfalt beziehen, ein zentraler Beitrag.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass beim Vollzug des Wettbewerbsrechts, insbesondere bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen, nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte stets auch die Marktgegebenheiten, iSd auf dem betreffenden Markt bestehenden tatsächlichen Bedingungen und der Struktur des jeweiligen Marktes, im Einzelfall zu berücksichtigen sind und dass die Behörde ihre Feststellungen stets auch durch die erforderlichen Nachweise zu untermauern und klarzustellen hat, inwieweit sich diese Nachweise auf die Art der festgestellten Einschränkung beziehen. (vgl. C-228/18, Rn. 43). Diese Grundsätze gilt es auch bei der Beurteilung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zu beachten und in den Leitlinien zu berücksichtigen. Denn die selbst in den Leitlinien iZm „spezifischen rechtlichen Tests“ zitierte Judikatur spricht bei den genannten Fallgruppen nicht von „per se“ Verboten oder „bezweckten“ Marktmachtmissbräuchen. Diese sind immer nur in den jeweiligen vorhandenen Marktgegebenheiten lt. Judikatur missbräuchlich. Daher sollte dies auch in den Leitlinien noch ausdrücklich klargestellt werden.

III Begriff der marktbeherrschenden Stellung - Schwellen und Definition

In **Rz 26** wird ausgeführt, dass hohe Marktanteile - von außergewöhnlichen Umständen abgesehen - ohne Weiteres den Beweis für das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung liefern, was insbesondere dann der Fall ist, wenn ein Unternehmen einen Marktanteil von 50% oder mehr hält. In einem darauffolgenden Satz heißt es, dass eine Marktbeherrschung auch in Fällen festgestellt werden kann, in denen ein Unternehmen einen Marktanteil von weniger als 50% hat. Im Text wird aber nicht näher erläutert, in welchen Fällen es zu einer solchen Feststellung von Marktbeherrschung auch bei Marktanteilen von unter 50% kommen kann. Lediglich in einer Fußnote (FN 41) wird auf das Urteil *United Brands* C-27/76, wo eine Marktbeherrschung bei einem Marktanteil von 40% bis 45% festgestellt wurde, wobei andere Faktoren wie etwa die Stärke und Zahl der Wettbewerber zu berücksichtigen waren, sowie auf das Urteil *Rs* 75/84, wonach Marktanteile von weniger als 10% das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung ausschließen, es sei denn, es liegen außergewöhnliche Umstände vor, verwiesen.

Im Hinblick auf den Zweck der Leitlinien, die Rechtssicherheit zu erhöhen und Grundsätze festzulegen, anhand deren die Missbrauchseignung des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen beurteilt werden kann, wäre es auch im Zusammenhang mit dem Begriff der marktbeherrschenden Stellung wichtig, im Text der Leitlinien die für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung relevanten Faktoren darzulegen. Mit der bloßen Ausführung in **Rz 26**, dass eine Marktbe-

herrschaft auch in Fällen festgestellt werden könne, in denen ein Unternehmen einen Marktanteil von weniger als 50% hat, ohne Klarstellung oder genauere Erklärung, wann dies der Fall sein kann, wird dem Ziel der Erhöhung der Rechtssicherheit nicht Rechnung getragen.

Aus diesem Grund wird vorgeschlagen, die Ausführungen in der FN 41 in den Text der Leitlinien in **Rz 26** aufzunehmen:

„26. [...] Eine Marktbeherrschende Stellung kann auch in Fällen festgestellt werden, in denen ein Unternehmen einen Marktanteil von weniger als 50% hat. So wurde beispielsweise eine Marktbeherrschung bei einem Marktanteil von 40% bis 45% angenommen (vgl. United Brands C-27/76). In einem solchen Szenario müssen andere Faktoren als der Marktanteil des betreffenden Unternehmens berücksichtigt werden, wie etwa die Stärke und die Zahl der Wettbewerber. Marktanteile von weniger als 10% schließen das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung aus, es sei denn, es liegen außergewöhnliche Umstände vor (vgl. Rs 75/84). Im Allgemeinen sind sowohl der Wert der Ein- oder Verkäufe als auch die Menge der Ein- oder Verkäufe nützliche Informationen für die Beurteilung der Marktmacht. [...]“

Dass die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens sowohl gegenüber Abnehmern als auch gegenüber Anbietern, beispielsweise Lieferanten, bestehen kann, wurde oben bereits dargestellt und wird auch in der Judikatur der Unionsgerichte anerkannt. Denkbar wäre eine nachfrageseitige marktbeherrschende Stellung zB bei der Beschaffung öffentlicher Monopole, bei großen Handelsunternehmen gegenüber Herstellern und bei großen Endproduktherstellern gegenüber spezialisierten Zulieferern (siehe Erharder in Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 4 KartG 2005).

In **Rz 18** des Leitlinienentwurfs ist bisher nur die Machtstellung gegenüber Abnehmern verankert. Wir schlagen daher nachstehende Ergänzung in **Rz 18** vor, um auch die Situation widerzuspiegeln, in der das **nachfragende Unternehmen** gegenüber seinen Anbietern eine marktbeherrschende Stellung einnehmen und gegebenenfalls missbräuchlich ausnutzen kann:

„18. Der Begriff „marktbeherrschende Stellung“ bezieht sich auf die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Konkurrenten, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“²⁸ Zudem sind Fälle umfasst, in denen die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Lieferanten festgestellt wird.“²⁹

FN 29: Urteil des Gerichts vom 17. Dezember 2003, British Airways/Kommission, T-219/99, ECLI:EU:T:2003:343, Rn. 101: Artikel 82 EG ist nämlich sowohl auf die Unternehmen anwendbar, deren möglicherweise beherrschende Stellung wie im vorliegenden Fall im Verhältnis zu ihren Lieferanten festgestellt wird, als auch auf die Unternehmen, die sich im Verhältnis zu ihren Kunden in einer solchen Position befinden können.“

In diesem Sinne ist auch die Definition der alleinigen Marktbeherrschung in **Rz 23** anzupassen, die bisher nur auf die Fähigkeit des Unternehmens, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten, abstellt, aber nicht die Tatsache berücksichtigt, dass die Machtstellung eines Unternehmens auch gegenüber seinen Anbietern und Lieferanten bestehen kann. Daher ist in **Rz 23** folgende Ergänzung vorzunehmen:

„23. Eine alleinige Marktbeherrschung liegt vor, wenn ein einziges Unternehmen in der Lage ist, sich auf dem relevanten Markt seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten. Eine alleinige Marktbeherrschung kann zudem dann vorliegen, wenn sich ein Unternehmen seinen Anbietern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig verhalten kann.“

Darüber hinaus möchten wir auf folgenden Aspekt hinweisen: Im deutschsprachigen Raum wird **zwischen absoluter und relativer Marktmacht** unterschieden, eine Diktion, die dem europäischen Wettbewerbsrecht in dieser Form nicht immanent ist. Dennoch zeigt die zitierte Judikatur, dass Elemente der relativen Marktmacht eine Rolle spielen. Abhängigkeitsverhältnisse auch ohne das Erreichen der genannten Schwelle von 50% Marktanteil, können bei einer Einzelfallprüfung Beachtung finden. Eine derartige wirtschaftliche Abhängigkeit kann beispielsweise bei einem Mangel an alternativen Geschäftspartnern in demselben relevanten Markt, bei Mangel an ausreichender Gegenmacht oder, wenn das relativ-marktmächtige Unternehmen über sogenannte „Must have - Produkte“ verfügt, vorliegen. Die wirtschaftliche Abhängigkeit kann auch in Form einer Intermediations- oder Datenabhängigkeit bestehen, wenn ein Unternehmen auf eine Plattformpräsenz oder -nutzung angewiesen ist oder das relativ-marktmächtige Unternehmen über einen exklusiven Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten verfügt, die anders nicht zugänglich oder reproduzierbar sind. Festzuhalten ist, dass diese Abhängigkeiten auch in beide Richtungen möglich sind - sowohl upstream als auch downstream.

Eine stärkere Berücksichtigung der „relativen“ Marktmacht könnte auch bei der Beurteilung von territorialen Lieferbeschränkungen genutzt werden, wenn internationale Lieferanten beispielsweise unterschiedliche Einkaufspreise für dieselben Produkte in mehreren Mitgliedstaaten (zB AT und DE) verlangen, der Einkauf in einem MS mit billigeren Einkaufspreisen nicht möglich ist und gerade keine „absolute“ Marktmacht mangels Erreichen der genannten Schwellenwerte des Lieferanten vorliegt.

Es könnte folgende Ergänzung in Form von **Rz 27a** in den Leitlinien diskutiert werden:

„18a. Ebenso spielt eine Rolle, inwieweit ein Unternehmen gegenüber seinen Abnehmern oder Lieferanten eine marktbeherrschende Stellung einnimmt und damit in der Lage ist, Druck auf den Vertragspartner, etwa wenn dieser auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen angewiesen ist, um schwere wirtschaftliche Nachteile zu vermeiden, auszuüben.“

Darüber hinaus könnte in den Leitlinien auch auf die **Problematik von hybriden Situation** eingegangen werden. Im Falle einer vertikalen Integration handelt ein Abnehmer gleichzeitig als Konkurrent seiner Lieferanten, indem er zB. Waren selbst produziert oder produzieren lässt.

IV Ausgleichende Marktmacht der Marktgegenseite

In **Rz 33** der Leitlinien wird ausgeführt, dass Wettbewerbsdruck nicht nur von tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbern des betreffenden Unternehmens, sondern auch von Abnehmern mit ausgleichender Nachfragemacht ausgeübt werden kann. Dabei bezieht sich die Nachfragemacht der Abnehmer auf die Fähigkeit, schnell zu konkurrierenden Anbietern zu wechseln. Der Leitlinienentwurf geht somit von der Situation aus, dass ein möglicherweise marktbeherrschendes Unternehmen seinen Abnehmern gegenübersteht, von denen ein potenzieller Wettbewerbsdruck ausgeübt werden kann.

Da, wie unter Punkt III ausgeführt und in der Judikatur anerkannt, eine wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens aber nicht bloß gegenüber seinen Abnehmern, sondern auch gegenüber seinen Anbietern und Lieferanten bestehen kann, und somit die ausgleichende Marktmacht der Marktgegenseite auch von den Lieferanten ausgehen kann, sollte bei der Prüfung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung nicht nur die Nachfragemacht der Abnehmer, sondern auch die potentielle Marktmacht der Lieferanten miteinbezogen werden. Dies sollte entsprechend in den Leitlinien klargestellt werden. Die Überschrift zu Kap. 2.2.3. könnte dementsprechend angepasst werden in „Ausgleichende Marktmacht der Marktgegenseite“.

V Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Absicht

In **Rz 44** des Leitlinienentwurfs wird unter Verweis ua auf C-549/10 P, C-377/20 und C-680/20 ausgeführt, dass es sich bei dem Begriff des Missbrauchs um einen objektiven Begriff handelt, und folglich zur Feststellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Allgemeinen keine Absicht des Unternehmens zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs nachgewiesen werden muss. An dieser Stelle fehlt jedoch der Hinweis darauf, dass - wie in der Rsp des EuGH ausgeführt - die Absicht ein Indiz für die Art und Ziele der vom Unternehmen verfolgten Strategie darstellt und als solches berücksichtigt werden kann. Zudem fehlt eine Ausführung darüber, dass das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Absicht für die Berechnung der Geldbuße von Bedeutung sein kann (vgl. Unilever, C-680/20, Rn. 45). Daher wird folgende Ergänzung in **Rz 44** der Leitlinien vorgeschlagen:

„44. [...] Da es sich bei dem Begriff des Missbrauchs um einen objektiven Begriff handelt, braucht zur Feststellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Allgemeinen nicht nachgewiesen zu werden, dass ein Unternehmen die Absicht hatte, den wirk-samen Wettbewerb zu beeinträchtigen.¹⁰⁰ Eine derartige Absicht stellt jedoch ein Indiz für die Art und die Ziele der von einem Unternehmen verfolgten Strategie dar und kann daher als solches berücksichtigt werden. Zudem kann das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen

Absicht für die Berechnung der Geldbuße von Bedeutung sein (vgl. Unilever, C-680/29, Rn. 45).“

VI Relevante Faktoren für die Feststellung, dass eine Verhaltensweise von einem Leistungswettbewerb abweicht

In **Rz 55** wird festgehalten, dass bei anderen Verhaltensweisen als reinen Beschränkungen (Rz 54) und Verhaltensweisen, die einem spezifischen rechtlichen Test unterliegen (Rz 53), auf Grundlage der besonderen Umstände des Einzelfalls nachgewiesen werden muss, dass das Verhalten von einem Leistungswettbewerb abweicht. In weiterer Folge werden sechs Fragen aufgelistet, die der Judikatur der Unionsgerichte zufolge für diese Beurteilung relevant sind. Um größtmögliche Klarheit und Rechtssicherheit sicherzustellen, sollte sich der Hinweis in **FN 118**, dass es sich dabei nicht um eine erschöpfende Liste aller Faktoren handelt, die für die Feststellung relevant sein können, dass ein bestimmtes Verhalten von einem Leistungswettbewerb abweicht, auch im Text der Leitlinien und nicht bloß als Fußnote wiederfinden.

Folgende Ergänzung sollte daher in **Rz 55** der Leitlinien vorgenommen werden:

*„55. [...] Die Unionsgerichte haben festgestellt, dass für diese Beurteilung folgende Fragen relevant sind, **die jedoch nicht als erschöpfende Liste aller Faktoren verstanden werden sollen, die für die Feststellung relevant sein können, dass ein bestimmtes Verhalten von einem Leistungswettbewerb abweicht:**“*

VII Vermutungsregelung

Wie schon einleitend erwähnt, ist bei der Aufstellung von Vermutungsregelungen darauf zu achten, dass die EK nicht rechtsfortbildend und über die EuGH Rechtsprechung hinausgehend eine Beweislastumkehr via soft-law implementiert. Die allgemeinen Regeln zur Beweislast aus Art. 2 der VO (EG) Nr. 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln gelten weiterhin und können auch durch die gegenständlichen Leitlinien nicht geändert werden. Für den Vollzug von Art. 102 AEUV bedeutet dies, dass die EK die Beweislast für eine Zuwiderhandlung trägt. Dieser Grundsatz ist insbesondere in Kapitel 3.3.1. („Beweislast für den Nachweis der Eignung eines Verhaltens, Verdrängungswirkungen zu entfalten“) zu berücksichtigen und klarzustellen, da der gewählte Begriff „Beweislast“ anderes suggeriert.

Die **Überschrift von Kapitel 3.3.1.** sowie **Rz 59** sollten daher wie folgt angepasst werden:

*„3.3.1. **Grundsätze Beweislast** für den Nachweis der Eignung eines Verhaltens, Verdrängungswirkungen zu entfalten*

*59. Die Unionsgerichte haben **Grundsätze Regeln hinsichtlich der Beweislast** für den Nachweis aufgestellt, dass ein Verhalten geeignet ist, Verdrängungswirkungen zu entfalten, die von der Art des Verhaltens, der Wahrscheinlichkeit, dass es zu Verdrängungswirkungen*

führt, und den relevanten Umständen abhängen. Die Beweislast liegt gemäß den allgemeinen Beweislastregeln in Artikel 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln jedoch weiterhin bei der Kommission.“

Zudem ist auf die Ziele der Leitlinien, auf Grundlage der Rechtsprechung der Unionsgerichte Grundsätze festzulegen, anhand deren beurteilt werden kann, ob das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen Behinderungsmissbrauch im Sinne von Art 102 AEUV darstellt (vgl. Rz 7), hinzuweisen. Aus diesem Grund ist es einerseits wichtig, dass die Ausführungen der EK in den Leitlinien auch eine entsprechende Deckung in der Rechtsprechung der Unionsgerichte finden. Andererseits müssen auch etwaige Anwendungsfälle der Vermutungsregelungen klar definiert sein, damit ein hohes Maß an Rechtssicherheit gewährleistet werden kann.

In Hinblick auf die Ziele des Leitlinienentwurfs, eine Konsolidierung und Systematisierung der Judikatur der Unionsgerichte vorzunehmen, ist ein Abweichen von bzw. eine rechtsfortbildende Auslegung dieser Judikatur, wie sie die Europäische Kommission in **FN 131** vornimmt, kritisch zu sehen. Im Sinne der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit sind solche Abweichungen von der Rechtsprechung der Unionsgerichte abzulehnen.

In **Rz 95** wird ausgeführt, dass „unter bestimmten Umständen der Schluss gezogen werden [kann], dass die Kopplung aufgrund der besonderen Merkmale der betreffenden Märkte und Produkte ein hohes Potenzial hat, Verdrängungswirkungen zu entfalten und dass solche Wirkungen vermutet werden können“. Im weiteren Text ist keine nähere Erklärung dazu zu finden, wann eine solche Vermutung greift. Lediglich in einer Fußnote (FN 233) wird ausgeführt, dass „dies insbesondere für Situationen [gilt], in denen die Unfähigkeit von Wettbewerbern, in den gekoppelten Markt einzutreten oder dort sonst zu expandieren, wahrscheinlich unmittelbar aus dem Kopplungsverhalten resultiert, da es keine klar erkennbaren Faktoren gibt, die die Verdrängungswirkungen ausgleichen könnten“. Diese vagen Annahmen führen nicht zu mehr Rechtssicherheit für Unternehmen und helfen marktbeherrschenden Unternehmen nicht dabei, selbst zu beurteilen, ob ihr Verhalten einen Behinderungsmissbrauch darstellt. Vielmehr bleibt offen, bei wem die Beweislast nun liegt.

An dieser Stelle ist zudem anzumerken, dass **Rz 60** bei der Auflistung der Verhaltensweisen, die einer Vermutung hinsichtlich ihrer Eignung, Verdrängungswirkungen zu entfalten, unterliegen, bei „bestimmten Formen der Kopplung“ in der dazugehörigen **FN 136** nach der Ausführung, dass „eine Vermutung je nach den besonderen Merkmalen der betreffenden Märkte und Produkte bestehen [kann]“ auf **Rz 95** und **FN 234** verwiesen wird. In **FN 234** wird jedoch eine Quelle dafür angeführt, dass, wie in **Rz 95** ausgeführt, „in anderen Fällen eine genaue Prüfung der tatsächlichen Marktbedingungen gerechtfertigt sein [kann]“ - und eben gerade keine Vermutung greift. Statt auf **FN 234** sollte die **FN 136** wohl eher auf **FN 233** verweisen, die nähere Ausführungen zur Vermutungsregelung enthält.

VIII Objektive Rechtfertigungsgründe

Auffällig ist, dass Kapitel 5 der Leitlinien, in dem allgemeine Grundsätze für die Beurteilung objektiver Rechtfertigungsgründe aufgestellt werden sollen, im Vergleich zu den restlichen Leitlinien verhältnismäßig kurz ausfällt. Mehr Guidance für Unternehmen wäre hier wünschenswert.

Zudem schnürt die EK die Voraussetzungen für die objektive Rechtfertigung in **Rz 167** strenger als in der Judikatur der Unionsgerichte vorausgesetzt. Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang vor allem auf das Urteil des Gerichtshofs im Fall Superleague, C-333/21, das zur objektiven Rechtfertigung in Rn 202 festhält: „Ein solches Unternehmen kann dazu *insbesondere* den Nachweis erbringen, dass sein Verhalten objektiv notwendig ist oder dass die dadurch hervorgerufene Verdrängungswirkung durch Effizienzvorteile ausgeglichen oder sogar übertroffen werden kann, die auch den Verbrauchern zugutekommen.“

Rz 167 sollte daher an die entsprechende Judikatur angepasst werden:

„167. Ein Verhalten, das missbräuchlich sein könnte, fällt jedoch möglicherweise nicht unter das Verbot des Artikels 102 AEUV, wenn das marktbeherrschende Unternehmen hinreichend nachweisen kann, dass dieses Verhalten objektiv gerechtfertigt ist. Um objektiv gerechtfertigt zu sein, kann das Unternehmen insbesondere den Nachweis erbringen, dass ~~muss~~ das Verhalten objektiv notwendig ist sein (sogenannte „Einrede der objektiven Notwendigkeit“) oder Effizienzvorteile bewirkten, die die negativen Auswirkungen des Verhaltens auf den Wettbewerb ausgleichen oder sogar übertreffen (sogenannte „Einrede der Effizienz“).“

Abschließend ist darauf zu achten, dass die in **Rz 171** genannten Negativbeispiele nicht **Rz 49** und der dazugehörigen Judikatur der Unionsgerichte widersprechen. Eine Einrede, die sich „*ausschließlich auf die eigenen geschäftlichen Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens stützen*“, scheint die EK nicht akzeptieren zu wollen. Dagegen wird allerdings in **Rz 49** richtig festgehalten, dass marktbeherrschenden Unternehmen nicht das Recht genommen werden kann, eigene geschäftliche Interessen zu wahren, wenn diese angegriffen werden, sofern angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen ergriffen werden, die nicht darauf abzielen, die marktbeherrschende Stellung zu verstärken/missbrauchen. Eine Überarbeitung von **Rz 171** wäre daher wünschenswert.