

Per E-Mail

COMP-GREFFE-ANTITRUST@ec.europa.eu
COMP-ARTICLE-102-GUIDELINES@ec.europa.eu

European Commission
Directorate-General for Competition – Unit A1
Antitrust Registry
1049 Bruxelles/Brussels
Belgium

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

www.studienvereinigung.de
Benrather Straße 18-20
40213 Düsseldorf | Deutschland
Postfach 10 17 43
40008 Düsseldorf | Deutschland
Büroanschrift des Vorsitzenden:
c/o White Case
Graf-Adolf-Platz 15
40213 Düsseldorf | Deutschland
Tel: +49 211 49195-0
ingo.brinker@whitecase.com

31. Oktober 2024

HT.100055 Guidelines on exclusionary abuses

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zum Leitlinien-Entwurf der Europäischen Kommission für die Anwendung von Art. 102 AEUV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit übermittelt die Studienvereinigung Kartellrecht e.V., Benrather Straße 18-20, D-40213 Düsseldorf, Bundesrepublik Deutschland („**Studienvereinigung**“), ihre Stellungnahme zum Leitlinien-Entwurf der Europäischen Kommission („**Kommission**“) für die Anwendung von Art. 102 AEUV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen.

A. Die Studienvereinigung

- 1 Die Studienvereinigung ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und dem mehr als 1.500 Rechtsanwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz angehören. Die Mitglieder/ der Studienvereinigung beraten und vertreten regelmäßig Unternehmen in Verfahren vor der Kommission und den nationalen Kartellbehörden sowie vor nationalen und europäischen Gerichten.

B. Einleitung

I. Beitrag zur Rechtssicherheit

- 2 Die Leitlinien für die Anwendung von Art. 102 AEUV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, deren Entwurf die Kommission zur Konsultation gestellt hat („**Leitlinien**“), verfolgen den Zweck, die Rechtssicherheit für die Normadressaten, ihre Kunden und Wettbewerber zu stärken. Aus Sicht der Studienvereinigung ist diese Zielsetzung ausdrücklich zu begrüßen. Viele Unternehmen und Rechtspraktiker sehen die Kommission in diesem Punkt in einer Art Bringschuld. Der unklare Rechtscharakter der im Jahre 2009 veröffentlichten Prioritätenmitteilung¹, die Frage ihrer Fort„geltung“ in Zeiten eines graduellen Rückzuges der Generaldirektion vom *more economic approach* und einzelne Äußerungen des Juristischen Dienstes zu diesen Punkten gegenüber den Unionsgerichten haben die Normadressaten nachhaltig verunsichert. Der unglückliche Verlauf des *Intel*-Verfahrens² wird dazu beigetragen haben, bei der Rechts- und Compliance-Beratung i.S.d. Risikominimierung die nach allen denkbaren Varianten strengste Auslegung zu wählen, was wiederum zu volkswirtschaftlich unvorteilhaften Fehlern erster Art („*False Positives*“) geführt haben kann.
- 3 Die Leitlinien verschaffen einen gewissen Eindruck davon, wie die Kommission in Zukunft eine bestimmte Verhaltensweise nach Art. 102 AEUV beurteilen würde. Dieser Zugewinn an Rechtssicherheit führt aber nicht weit, weil die Leitlinien ihrerseits viele Vorbehalte und „Öffner“ („*Disclaimer*“) enthalten und – wie in dieser Stellungnahme noch gezeigt werden wird –, zum Teil auch zuungunsten der Normadressaten von der aktuellen Rechtsprechung der Unionsgerichte abweichen. Zudem binden die Leitlinien weder die Unionsgerichte noch die nationalen Gerichte und schließlich auch nicht die Wettbewerbsbehörden des European Competition Network („**ECN**“). In ihrer Stellungnahme vom 2. September 2024³ verweisen die Behörden des ECN ausdrücklich auf diesen Umstand, anstatt im Sinne eines im Binnenmarkt harmonisierten Ansatzes ihre volle – auch inhaltliche – Zustimmung zu den Auslegungsvorgaben der Kommission zu erklären. Sucht die Rechtsberatung in einem konkreten Fall nach der sichersten Lösung, führt dies dazu, dass sie sich nicht auf die in dem Fall möglicherweise günstige Beurteilung eines Sachverhaltes in den Leitlinien verlassen kann. Vielmehr muss sie außerdem berücksichtigen, dass die Kartellbehörden der Mitgliedstaaten neben der Anwendung ggf. ohnehin strengeren nationalen Rechts die Leitlinien

¹ Kommission, Mitteilung, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 v. 24.02.2009, S. 7.

² Siehe dazu zuletzt EuGH, Urt. v. 24.10.2024, C-240/22 P, ECLI:EU:C:2024:915 = BeckRS 2024, 28528 – *Intel*.

³ ECN, Joint statement by the European Competition Network (“ECN”) on the European Commission’s initiative to adopt Guidelines on abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, veröffentlicht am 02.09.2024, abrufbar unter: https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/e40591c8-bdff-4a56-be25-0b44782c0d85_en?filename=ECN%20Joint%20Statement%20on%20102%20GL%20-%202027_06_2024.pdf.

nur als Empfehlung oder Anregung betrachten. Auch das fördert Fehler erster Art („*False Positives*“).

- 4 Es ist von den Leitlinien zu erwarten, dass sie marktbeherrschenden Unternehmen eine Orientierungshilfe in Bezug auf ihre Compliance bieten. Es wäre wünschenswert, wenn die Leitlinien Hinweise enthalten, welche Verhaltensweisen und Tests durchgeführt werden sollten, um sicherzustellen, dass sich das Unternehmen nicht missbräuchlich verhält, bzw. um Geschäftsstrategien der Unternehmen auf Behinderungsmissbrauch hin zu prüfen. In diesem Bereich weisen die Leitlinien erhebliches Verbesserungspotenzial auf und sollten – wie andere Leitlinien – um praktische Beispiele ergänzt werden.
- 5 Konkret könnte bei jeder der dargestellten Verhaltensweisen ein Anwendungsfall mit einem Art. 102 AEUV-konformen Verhalten den Unternehmen als Orientierungshilfe dienen. Als Beispiel: Wie kann eine Kopplung gestaltet werden, ohne den Vorwurf einer Abweichung vom Leistungswettbewerb und einer Verdrängung zu riskieren? Welche Merkmale muss eine Selbstbevorzugung aufweisen, um nicht missbräuchlich zu sein?
- 6 Schließlich hat sich die Kommission bisher lediglich in einer Pressemitteilung zu dem „Schicksal“ der im Jahre 2009 veröffentlichten Prioritätenmitteilung geäußert.⁴ Die Prioritätenmitteilung wird in den Leitlinien anders als sonstiges *Soft Law* der Kommission noch nicht einmal erwähnt. In anderen Bereichen des *Soft-Law-Making* haben sich klare Aussagen der Kommission zu dessen zeitlicher Anwendung auch mit Rücksicht auf noch andauernde Verhaltensweisen aus der Zeit vor Veröffentlichung der neuen Leitlinien als sinnvoll erwiesen. Die alte Prioritätenmitteilung ist nach der Rechtsprechung des EuGH als jedenfalls die Kommission bindendes materielles „Recht“ anzusehen.⁵ Da die Kommission mit den Leitlinien für die Zukunft eine Veränderung des Rechtszustandes aus ihrer Sicht anstrebt, in einigen Situationen möglicherweise als Verschärfung, in anderen Situationen ggf. als Milderung des Maßstabes, regt die Studienvereinigung an, dass sich die Leitlinien im Sinne des Rechtsstaatsprinzips zum Grundsatz der *lex mitior* bekennen.
- 7 Der Gewinn an Rechtssicherheit, den die Leitlinien auch i.S.d. Vereinfachung der Rechtsberatung und der Verkürzung der Verfahren hervorbringen sollen, bleibt insgesamt gering, wobei insbesondere die Mannigfaltigkeit der an vielen Stellen eher ungewichtet präsentierten Abwägungskriterien und Varianten (*siehe* etwa Leitlinien, Rn. 55, 70, 83, 94, 145) einem echten Gewinn an Rechtssicherheit entgegensteht. Die im Endeffekt einzig gewonnene „Rechtssicherheit“ liegt in der Strenge der Vermutungen (näher dazu unten, Rn. 27 ff.), die aber allein zugunsten des *Enforcement* Rechtssicherheit bringen.

⁴ Kommission, Kommission holt Rückmeldungen zum Entwurf der kartellrechtlichen Leitlinien zum Thema „Behinderungsmissbrauch“ ein, Pressemitteilung v. 01.08.2024, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_24_3623.

⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.12.2012, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 = EuZW 2013, 113 Rn. 24 ff. – *Expedia*.

II. Stil der Leitlinien

- 8 Die Leitlinien sind erkennbar von Angehörigen der Kommission verfasst worden, die die Verteidigung der Behörde in einem Verfahren der Nichtigkeitsklage vor den Unionsgerichten vor Augen haben. Das ist verständlich, erleichtert den Normadressaten damit allerdings lediglich die Bestimmung der denkbar strengsten Auslegung. Da die Leitlinien die gesamte Rechtsöffentlichkeit erreichen sollen, wäre es hilfreich, wenn die Generaldirektion im Stile der Horizontal-Leitlinien⁶ oder gar der Leitlinien zu Art. 210a GMO⁷ Fallbeispiele bilden würde, anhand derer die betroffenen Unternehmen ihr Verhalten messen und beurteilen können. Die Abweichung der Leitlinien zu Art. 102 AEUV von diesen Vorbildern der Kommission aus jüngster Zeit ist umso erstaunlicher, als es zu Art. 102 AEUV viel Fallpraxis gibt, zu nicht im *Hard-Core*-Bereich liegenden Kooperationen – noch dazu im ESG-Bereich – dagegen so gut wie nichts.

III. Unbestimmte Rechtsbegriffe

- 9 Die Leitlinien verwenden notwendigerweise unbestimmte Rechtsbegriffe, ähnlich wie sie auch von den Unionsgerichten angewandt werden. Viele dieser Begriffe, wie z.B. der des Leistungswettbewerbes oder die Frage effizienten Wirtschaftens, sind entscheidend dafür, ob ein bestimmtes Verhalten möglicherweise mit einer Milliarden-Geldbuße bestraft wird. Die Leitlinien tragen zur Klärung dieser Begrifflichkeiten wenig bei. Der ehemalige Unionsrichter Prof. Dr. *Nils Wahl* hat seine fast zwanzigjährige Tätigkeit am EuG und EuGH kürzlich sinngemäß mit der Aussage resümiert, was Leistungswettbewerb sei, könne er inzwischen auch kaum noch definieren.⁸ Diese Aussage ist geeignet, die Normadressaten stark zu verunsichern. In Zeiten, in denen die Unionsgrundrechte – und damit auch die Justizgrundrechte – stärker in den Lichtkegel der Kartellrechtspraxis treten, sollte die Kommission überlegen, ob es unter diesen Voraussetzungen mit dem Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar ist, in *Novelty*-Fällen sehr hohe Geldbußen zu verhängen. Die der Studienvereinigung vom Bundeskartellamt bekannte Praxis, in solchen Fällen bewusst nur Verwaltungs- und gerade keine Bußgeldverfahren zu führen,⁹ ist demgegenüber deutlich vorzuziehen. Immerhin hat die Kommission in der Vergangenheit bei neuartigen Fällen einige Zurückhaltung in der Sanktionierung geübt.¹⁰ Die Zahl von Fehlern erster Art („*False Positives*“) dürfte im Angesicht der deutschen Behördenpraxis deutlich geringer sein.

⁶ Kommission, Mitteilung, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 259 v. 21.07.2023.

⁷ Kommission, Mitteilung, Leitlinien der Kommission zur Ausnahme von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Bezug auf Nachhaltigkeitsvereinbarungen für landwirtschaftliche Erzeuger gemäß Artikel 210a der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013, ABl. C 1446 v. 08.12.2023.

⁸ *Nicholas Hirst*, Wahl warns of EU court's 'slippery slope' on antitrust abuses and effects, MLex, veröffentlicht am 12.09.2024, abrufbar unter: <https://mlexmarketinsight.com/news/insight/wahl-warns-of-eu-court-s-slippery-slope-on-antitrust-abuses-effects>.

⁹ Siehe etwa Bundeskartellamt, Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmittel Einzelhandels, Juli 2017, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Hinweispapier%20Preisbindung%20im%20Lebensmitteleinzelhandel.pdf?__blob=publicationFile&v=8, Rn. 107.

¹⁰ Vgl. Kommission, Entsch. v. 20.03.2001, ABl. EG L 125, S. 27 – *Deutsche Post AG*; Entsch. v. 21.05.2003, COMP/C-1/37.451, 37.578 – *Deutsche Telekom AG*; vgl. auch Kommission, Mitteilung, Bekanntmachung

IV. Investment und Innovation

- 10 In früheren Zeiten gab es einen Konsens darüber, dass marktstarke Unternehmen bei aller Kritik an ihrem Auftreten gegenüber Kunden und Wettbewerber durch Investitionen und Innovation einen bedeutenden und zum Teil überdurchschnittlichen Beitrag zu Wachstum und Verbraucherwohlstand leisten. Die Regeln über den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen z.B. sind aus diesem Grund jedenfalls zunächst zurückhaltend angewandt worden. Diese Diskussion hat sich weitgehend verloren. Auch in den Leitlinien findet sich hierzu nahezu nichts. Der Begriff der Innovation wird an wenigen Stellen nur *en passant* genannt. Der Begriff der Investition fällt so gut wie nicht, schon gar nicht mit Rücksicht auf die Anreize der Normadressaten. Es fragt sich, ob dieser Ansatz angesichts der in dem *Draghi*-Bericht¹¹ sehr plastisch dargestellten Investitions- und Wachstumschwäche der europäischen Unternehmen die richtigen Signale an den Markt sendet.

C. Zu den Inhalten der Leitlinien

I. 2. Abschnitt der Leitlinien (Rn. 17–42): Allgemeine Grundsätze für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung

1. Allgemeine Bemerkungen zur Bedeutung der Methoden der Marktabgrenzung

- 11 Aufgrund der Bedeutung der Marktabgrenzung für die Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung im Rahmen von Art. 102 AEUV ist eine präzisere Ausarbeitung in den Leitlinien notwendig. Der Verweis auf die neue Bekanntmachung zur Marktabgrenzung von 2024¹² in Rn. 14 bietet zwar eine gute Grundlage, insbesondere da diese digitale Märkte, Netzwerkeffekte und neue Ansätze berücksichtigt. Jedoch reicht dies nicht aus, um die speziellen Verhaltensweisen und Dynamiken im Rahmen von Art. 102 AEUV vollständig zu erfassen. Für die Abgrenzung dynamischer Märkte sollte darauf geachtet werden, dass die Marktabgrenzung aktuell ist.
- 12 In bestimmten Konstellationen, die die Leitlinien aufgreifen, ist es daher angezeigt, die Marktabgrenzung explizit zu diskutieren oder ggf. spezifisch und passgenau auf die Bekanntmachung zur Marktabgrenzung zu verweisen. Hierbei sollten die Leitlinien Methoden wie etwa die Diversionsanalyse oder Innovations- und Marktdynamik-Analysen integrieren und die oft allgemeinen Ausführungen der Bekanntmachung zur Marktabgrenzung (insbesondere aus deren Abschnitt 4) konkretisieren. Der Verweis auf die eingeschränkte Anwendbarkeit des SSNIP-Tests in Fn. 32 der

der Kommission über informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu den Artikeln 81 und 82 des Vertrages, die in Einzelfällen auftreten (Beratungsschreiben), ABl. C 101 v. 27.04.2004, S. 78, Rn. 4 a.E.

¹¹ Mario Draghi, Draghi-Bericht zur Zukunft der Wettbewerbsfähigkeit der EU, veröffentlicht am 09.09.2024, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Infografiken/Schlaglichter-der-Wirtschaftspolitik/2024/10/04-download.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

¹² Kommission, Mitteilung, Bekanntmachung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union, ABl. C 1645 v. 22.02.2024.

Leitlinien ist notwendig, sollte jedoch durch positive Aussagen zur Eignung von alternativen Methoden – je nach Fallkonstellation – begleitet werden. Außerdem sollten die Leitlinien etwa auf die Unterschiede zwischen ex-ante-Verfahren (für die Fusionskontrolle) und ex-post-Verfahren zur Marktabgrenzung in Art. 102 AEUV-Konstellationen hinweisen. Moderne Ansätze der Marktabgrenzung können zudem die Möglichkeit bieten, Aspekte zu erfassen, die im deutschen Kartellrecht vom Konzept der relativen Marktmacht abgedeckt werden.

- 13 Insgesamt besteht insbesondere aus ökonomischer Sicht Konkretisierungsbedarf bezüglich der Marktabgrenzung für die spezifischen Konstellationen im Rahmen von Art. 102 AEUV.

2. Zur Gefahr der Verallgemeinerung spezifischer Phänomene aus Einzelfällen

- 14 Die Ausführungen der Kommission zu allgemeinen Grundsätzen für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung folgen in Systematik und Inhalt den verbreiteten dogmatischen Darstellungen zu diesem Themenbereich, wobei – wie in den Leitlinien im Allgemeinen – die gefestigte Rechtsprechung der Unionsgerichte textlich abgebildet werden soll. Die Studienvereinigung begrüßt diesen Ansatz ausdrücklich, erkennt darin im Zusammenhang mit neueren Entwicklungen auf (insbesondere) digitalen Märkten aber auch die latente Gefahr, dass anhand von Einzelfällen Konzepte Eingang in die Systematik finden, die in ihrer allgemeinen Bedeutung für die Rechtsentwicklung noch nicht hinreichend gesichert erscheinen. Als Beispiel dafür mag die Erwähnung des Grades der Marktbeherrschung (Stichwort: „superdominante Stellung“) in Rn. 21 der Leitlinien dienen, welche sich laut Fn. 33 maßgeblich auf die Entscheidung des Gerichts im Fall *Google Shopping* bezieht¹³. Den – nach der Vorlage der Leitlinien – ergangenen Ausführungen des EuGH zu dieser Frage ist allerdings nach Ansicht der Studienvereinigung keine explizite Zustimmung zu dieser neuartigen Klassifizierung zu entnehmen¹⁴.
- 15 Die Gefahr der Verallgemeinerung spezifischer Phänomene aus Einzelfällen – insbesondere aus der Entscheidung des Gerichts im Fall *Google Shopping* – sieht die Studienvereinigung im Übrigen nicht nur im Hinblick auf die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, sondern auch an anderen Stellen der Leitlinien (etwa in Rn. 55 lit. e) oder Rn. 166 lit. d)).

3. Zur praktischen Bedeutung von Marktanteilen für die Beurteilung von Marktmacht

- 16 Aus Sicht der Studienvereinigung sind Marktanteile bei der Einschätzung von Marktmacht in der Beratungspraxis von erheblicher praktischer Bedeutung. Im Unterschied zur Prioritätenmitteilung¹⁵ lässt die Kommission nach unserem Verständnis durch die Formulierungen in den Rn. 25

¹³ EuG, Urt. v. 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 = GRUR-RS 2021, 33726 Rn. 183 – *Google Shopping*.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 10.09.2024, C-48/22 P, ECLI:EU:C:2024:726 = GRUR-RS 2024, 23156 Rn. 175 ff. – *Google Shopping*.

¹⁵ Kommission, Mitteilung, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 v. 24.02.2009, S. 7, Rn. 14.

und 26 der Leitlinien erkennen, dass sie geringeren Marktanteilen (unter 50 %) in Zukunft weniger Indizwirkung für die Abwesenheit von (erheblicher) Marktmacht zuzuerkennen beabsichtigt als in der Vergangenheit. Während Rn. 14 der Prioritätenmitteilung (ohne spezifische Ausnahmen auszuschließen) noch davon sprach, dass „eine Marktbeherrschung unwahrscheinlich [ist], wenn ein Unternehmen weniger als 40 % des relevanten Marktes einnimmt“, wählt der Text der Leitlinien in Rn. 16 den umgekehrten Zugang und hält fest, dass „eine Marktbeherrschung auch in Fällen festgestellt werden [kann], in denen ein Unternehmen einen Marktanteil von weniger als 50 % hat“. Durch die veränderte Formulierung für Fälle unterhalb der 50%-Schwelle wird nicht die Unwahrscheinlichkeit von Marktbeherrschung, sondern vielmehr die dennoch bestehende Möglichkeit derselben betont, ohne dass sich die Rechtsprechung geändert hätte. Aus Sicht der Studienvereinigung könnte der Ausnahmecharakter durch Hinzufügen des Wortes „ausnahmsweise“ noch stärker verdeutlicht werden.

- 17 Laut Fn. 41 soll die Marktanteilsschwelle, unter der das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung „ausgeschlossen“ werden kann (wenngleich wieder mit Ausnahme „außergewöhnlicher Umstände“), nun bei 10 % liegen. Wenngleich seit Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung maßgebliche Veränderungen in der Rechtsprechung zu dieser Thematik nicht zu erkennen sind und etwa auch die FKVO für die Fusionskontrolle mit 25 % eine deutlich höhere indizielle Schwelle vorgibt¹⁶, eröffnen die Formulierungen der Leitlinien also größere Deutungsspielräume für die Vollzugspraxis. Dadurch wird die Selbsteinschätzung betroffener Unternehmen hinsichtlich der Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV auf ihr Marktverhalten tendenziell erschwert und der diesbezügliche Aufwand (insbesondere hinsichtlich rechtlicher und ökonomischer Beratung) erhöht.

II. 3. Abschnitt der Leitlinien (Rn. 43–75): Allgemeine Grundsätze für die Feststellung, ob Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen missbräuchlich sein können, insbesondere:

1. Der Test zur Feststellung von einem Behinderungsmissbrauch

- 18 Die Kommission schlägt zur Identifikation von Behinderungsmissbrauch einen Test mit zwei voneinander getrennt zu betrachtenden Kriterien (im Folgenden: „zweistufiger Test“) vor: die Abweichung vom Leistungswettbewerb und die Eignung, eine Verdrängungswirkung zu entfalten (Rn. 45). Die Studienvereinigung erkennt darin das Bestreben der Kommission, die aktuelle Rechtsprechung der Unionsgerichte widerzuspiegeln und gleichzeitig den Aufwand der Durchsetzung durch die Verwendung von Vermutungen zu begrenzen. Die in den Leitlinien vorgeschlagene Methodik hat jedoch, wie im Folgenden erläutert wird, Verbesserungspotenzial, ohne den pragmatischen Ansatz der Kommission zur Begrenzung des Durchführungsaufwands aufzugeben.

¹⁶ Siehe Erwägungsgrund 32 zur FKVO i.V.m. Art. 2 Abs. 2 FKVO.

- 19 Im ersten Testschritt werden die Formen der Verhaltensweisen abgegrenzt, die keinen Leistungswettbewerb darstellen (Rn. 49 ff.). Bereits hier stößt das Verfahren an Grenzen, denn der Leistungswettbewerb ist kein gut definierter Begriff und es existiert keine in der Industrieökonomik anerkannte Liste von Verhaltensformen auf der einen Seite, die dem Leistungswettbewerb in allen möglichen Marktsituationen entsprechen, und von Leistungswettbewerb abweichendem Verhaltensformen auf der anderen Seite. Missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen kann verschiedene Formen annehmen. Gemeinsam ist (behinderungs-)missbräuchlichen Verhaltensweisen nur deren verdrängende Wirkung, die folglich den Verbrauchern schadet. Diese spezifische Wirkung, welche erst legitime oder jedenfalls unproblematische von wettbewerbsmäßig problematischen und deswegen missbräuchlichen Verhaltensweisen abgrenzt, wird erst in der zweiten Teststufe geprüft und zwar nur im Sinne einer Verdrängungswirkung auf die Wettbewerber, nicht im Sinne eines Schadens für die Verbraucher (*siehe* dazu im folgenden Abschnitt). Der erste Prüfungsschritt ist daher konzeptionell nur mittelbar mit dem eigentlichen Ziel der Kommissionsintervention (dem Verbraucherwohl) verbunden und könnte besser im Rahmen der Folgenabschätzung auf der zweiten Stufe geprüft werden.
- 20 Die Studienvereinigung stellt fest, dass sich nach den Leitlinien die zweite Prüfungsstufe ausschließlich mit den Auswirkungen auf die Wettbewerber befasst, während die Verbraucher außen vor bleiben. Die Unterscheidung zwischen wettbewerbsfördernder und wettbewerbswidriger (d.h. verbraucherschädigender) Verdrängung wird nicht thematisiert, obwohl das Wohl der Verbraucher das Ziel der Wettbewerbspolitik der Kommission ist (*siehe* Leitlinien, Rn. 1). Verdrängung kann, wie die Leitlinien in Rn. 51 a.E. unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH im Ausgangspunkt auch zutreffend andeuten (*siehe* auch unten, Rn. 38), durchaus prokompetitiv sein, wenn sie weniger effiziente Wettbewerber betrifft, die teurere und/oder schlechtere Produkte oder Dienstleistungen anbieten. Die Trennlinie für missbräuchliches Verhalten ist der Schaden für die Verbraucher. Eine ernsthafte Prüfung des Verbraucherschadens fehlt jedoch im zweistufigen Test, so dass die Gefahr besteht, dass Missbrauchsverfahren eher zum Schutz der Wettbewerber als zum Schutz der Verbraucher eingesetzt werden. Zwar hat der EuGH in *Servizio Elettrico Nazionale* entschieden, dass die Wettbewerbsbehörde einen unmittelbaren Schaden gegenüber dem Verbraucher nicht nachweisen muss. Er hat zugleich aber ausgeführt, dass die von dem Verhalten des Normadressaten ausgehende Verdrängungswirkung legitimiert sein kann, wenn die negativen durch positive, für die Verbraucher wirksame Auswirkungen kompensiert würden.¹⁷ Die Studienvereinigung würde es daher für zielführend halten, eine Prüfung des Verbraucherschadens in den Test aufzunehmen. Dies steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH, nach der Art. 102 AEUV

„verhindern [soll], dass der Wettbewerb zulasten des Allgemeininteresses, der einzelnen Unternehmen und der Verbraucher beeinträchtigt wird, indem Verhaltensweisen von Unternehmen in beherrschender Stellung geahndet werden, die den Leistungswettbewerb beschränken und somit geeignet sind, den Verbrauchern einen unmittelbaren

¹⁷ EuGH, Urt. v. 12.05.2022, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379 = EuZW 2022, 749 Rn. 41 ff., 47 f. – *Servizio Elettrico*.

Schaden zuzufügen, oder die diesen Wettbewerb verhindern oder verfälschen und somit geeignet sind, ihnen einen mittelbaren Schaden zuzufügen.“¹⁸

- 21 Die Studienvereinigung regt daher an, die Trennung der beiden Teststufen aufzuheben und stattdessen in einem Schritt zu prüfen, ob ein Verhalten, das geeignet ist, zu einer Verdrängungswirkung auf Wettbewerber zu führen, gleichzeitig den Verbrauchern schaden kann.

2. Zu dem ersten Schritt: „Leistungswettbewerb“ (Rn. 49–58)

- 22 Die Studienvereinigung räumt ein, dass eine vorgegebene Liste von Verhaltensweisen, die vom Leistungswettbewerb abweichen (wie reine Beschränkungen und Verhaltensweisen, die einem spezifischen Test unterliegen), den Aufwand für die Wirkungsabschätzung durch die Kommission verringern kann. Entsprechend könnte eine in den Leitlinien verankerte Liste von Verhaltensweisen, bei denen ein Schaden für die Verbraucher als besonders wahrscheinlich gilt, als hilfreiche praktische Orientierungshilfe dienen. Die Orientierungshilfe ließe sich noch erheblich vertiefen, wenn neben der reinen Aufzählung (vgl. Rn. 53 f.) auch detailliert erläutert würde, warum diese Verhaltensweisen als für die Verbraucher schädlich gelten. Problematisch erscheint hier, dass Verhaltensweisen als per se vom Leistungswettbewerb abweichend charakterisiert werden, obwohl sie in spezifischen oder gar ganz allgemeinen Kontexten als prokompetitiv bewerten werden können. So sind Ausschließlichkeitsbindungen im Anwendungsbereich der Vertikal-GVO unstreitig „*competition on the merits*“, da vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen Effizienzvorteile zugeschrieben werden (*siehe* noch unten, Rn. 54 ff.). Die Leitlinien erläutern nicht, weshalb derartige Verhaltensweisen dennoch der Vermutung des Nicht-Leistungswettbewerbs unterworfen werden.
- 23 Im gegenwärtigen Stand der Leitlinien erscheint die in Rn. 55 enthaltene Aufzählung der „anderen“ nach Ansicht der Kommission vom Leistungswettbewerb abweichenden Verhaltensweisen punktuell und beliebig, da Verhaltensweisen ganz unterschiedlicher Art und Relevanz genannt werden, ohne dass der Versuch der Formulierung eines übergreifenden Orientierungssatzes oder Leitbildes unternommen wird, der oder das den Rechtsanwendern die Möglichkeit gäbe, Verhaltensweisen zu überprüfen, die keiner der in der Aufzählung genannten Varianten entsprechen. Die Studienvereinigung regt an, hier „die Spreu vom Weizen zu trennen“ und sich auf einen Leitsatz und sodann aussagekräftige Beispiele zu beschränken, anstatt Sonderkonstellationen, die sachgerecht nur im Einzelfall beurteilt werden können (*siehe* insbesondere Rn. 55 lit. b), e)), in Form allgemeiner Leitlinien zu „kodifizieren“ (*siehe* auch oben, Rn. 14 f.).
- 24 Die Rn. 57 gibt der Kommission eine Möglichkeit, jede Verhaltensform auf eine Abweichung vom Leistungswettbewerb zu untersuchen. Damit entfällt die Rechtssicherheit für Verhaltensweisen, die auf den ersten Blick dem Leistungswettbewerb entsprechen, bei denen die Kommission unter „*bestimmten Umständen*“ auch eingreifen kann. Allerdings erklärt die Rn. 57 nicht, wonach die Kommission suchen wird. Vermutlich handelt sich um eine Feststellung, dass das Verhalten den

¹⁸ EuGH, Urt. v. 10.09.2024, C-48/22 P, ECLI:EU:C:2024:726 = GRUR-RS 2024, 23156 Rn. 87 – *Google Shopping*.

Verbrauchern nicht zugutekommt (vgl. Rn. 51). Eine solche Untersuchung müsste eine Verdrängungswirkung voraussetzen, die zu einem Verbraucherschaden führen könnte. Dies macht deutlich, dass die Abweichung vom Leistungswettbewerb (im Sinne von: Verbrauchern nicht zugutekommend) konzeptionell in einem Schritt mit der Verdrängungswirkung zu prüfen ist, weshalb die Studienvereinigung, wie erwähnt, vorschlägt, die zwei Stufen des Tests zusammenzuführen. Dies ist in den Leitlinien in Rn. 55 lit. a) auch durchaus angelegt („*Hindert das marktbeherrschende Unternehmen die Verbraucher daran, ihre Wahl auf Grundlage der Vorzüge der Produkte, einschließlich der Produktqualität, zu treffen?*“). Die Auswirkungen der Verhaltensweisen auf Preise, Auswahl, Qualität und Innovation bei Produkten, die für die Verbraucher von Bedeutung sind, stellen jedoch noch kein übergreifendes Kriterium dar, um ein Verhalten als Leistungswettbewerb anzuerkennen. Selbst das *As-efficient-competitor*-Prinzip in Rn. 55 lit. f) bezieht sich auf die Wirkung auf den hypothetischen, ebenso effizienten, aber nicht marktbeherrschenden Wettbewerber. Die Studienvereinigung sieht hier einen Ergänzungsbedarf. Erläutert werden sollte, wie vom Leistungswettbewerb abweichende Verhaltensweisen den Verbrauchern schaden können. Diese Ergänzung würde den Nutzen der Leitlinien als Orientierungshilfe steigern.

3. Zu dem zweiten Schritt: „Verdrängungswirkungen“ (Rn. 59–75)

- 25 Die Leitlinien setzen eine niedrige Schwelle für die Nachweise der Verdrängungswirkungen, die die Kommission vorlegen muss: Verdrängungseffekte müssen lediglich mehr als hypothetisch sein (Rn. 61), aber nicht tatsächlich eintreten (Rn. 71); es genügt, wenn sie eine Unsicherheit über den Markteintritt beseitigen (Rn. 62) oder die Wahrscheinlichkeit eines Verdrängungseffekts durch das Verhalten erhöht wird (Rn. 65). Die Verdrängungswirkung muss auch nicht spürbar sein (Rn. 75). Diese Merkmale erhöhen die Gefahr der Fehler erster Art („*False Positives*“) und das Risiko, dass sich die Kommission nun auch mit lediglich möglichen, aber nicht wahrscheinlichen und nicht wesentlichen Verhaltensweisen befassen wird. Dies überrascht insbesondere vor dem Hintergrund des Versuchs, die Arbeitsbelastung der Kommission zu reduzieren und den Einsatz der Verwaltungsressourcen der Kommission effizienter zu gestalten. Die Studienvereinigung regt daher an, die Spürbarkeit als notwendiges Kriterium für eine missbräuchliche Verdrängungswirkung wieder einzuführen. Jedenfalls wäre es aus Sicht der Studienvereinigung vorzugswürdig, ein Spürbarkeitskriterium zumindest im Sinne einer formellen Aufgreifschwelle der Kartellbehörden einzuführen (das – sofern die Spürbarkeit nicht schon als notwendiges Kriterium für eine missbräuchliche Verdrängungswirkung wieder eingeführt wird – den materiellen Gehalt des Missbrauchsverbots unberührt lässt, aber der Tatsache Rechnung trägt, dass die Ressourcen der Kartellbehörden naturgemäß beschränkt sind).
- 26 Der EuGH betont in den nach Beginn der Konsultation veröffentlichten Urteilen in den Rechtssachen *Google Shopping* und *Intel* (2024), dass die Feststellung des Missbrauchs „*stets unter Würdigung aller relevanten tatsächlichen Umstände*“ erfolgen und sich auf „*genaue und konkrete Analyse- und Beweiselemente*“ stützen muss.¹⁹ Die Studienvereinigung würde es deshalb begrüßen,

¹⁹ EuGH, Urt v. 10.09.2024, C-48/22 P, ECLI:EU:C:2024:726 = GRUR-RS 2024, 23156, Rn. 166 – *Google Shopping*; Urt. v. 24.10.2024, C-240/22 P, ECLI:EU:C:2024:915 = BeckRS 2024, 28528 Rn. 179 – *Intel*.

wenn die Kommission die Leitlinien in Bezug auf die Feststellung von Verdrängungswirkungen kritisch überprüft. Dies betrifft insbesondere die aus Sicht der Studienvereinigung so nicht haltbaren Ausführungen zu den Vermutungen (dazu sogleich, Rn. 27 ff.).

4. „Vermutungen“ (insbesondere Rn. 60 lit. b))

- 27 Die Leitlinien kündigen ein Novum im Behinderungsmissbrauchsverfahren an: die Verwendung widerlegbarer Vermutungen von Verdrängungseffekten, wodurch für die entsprechenden Verhaltensweisen die Beweislast für das Gegenteil den Normadressaten auferlegt wird. Durch die Annahme widerlegbarer Vermutungen ließe sich in den entsprechenden Fällen auf Seiten der Kommission der Aufwand für die Durchsetzung von Art. 102 AEUV verringern.
- 28 Grundsätzlich begrüßt die Studienvereinigung den Versuch, die Behinderungsmissbrauchsverfahren zu beschleunigen. Den Ansatz der Kommission, im Weg von Leitlinien Vermutungsregeln einzuführen, sieht die Studienvereinigung jedoch kritisch, und zwar aus wettbewerbsökonomischen wie auch aus rechtlichen Gründen.
- a) Wettbewerbsökonomische Erwägungen
- 29 Aus wettbewerbsökonomischer Sicht müssen derartige Vermutungen mit Vorsicht verwendet werden, denn sie können zu Fehlern in der Entscheidungspraxis der Kommission führen, deren Kosten höher als der Nutzen der Vermutung sind.
- 30 Aus der wettbewerbsökonomischen Sicht bezieht sich eine hilfreiche Vermutung auf den Verbraucherschaden, der aus der Verdrängungswirkung folgt. Eine Vermutung einer Verdrängungswirkung allein reicht hingegen nicht für eine Feststellung von Behinderungsmissbrauch.
- 31 Es wurden in der ökonomischen Forschung nur wenige Verhaltensformen identifiziert, die unter allen Umständen ein missbräuchliches Behinderungsverhalten mit hoher Wahrscheinlichkeit darstellen. Dies sind Verhaltensformen, die sich auf Wettbewerber beziehen (vgl. reine Beschränkungen), Ausschließlichkeitsbindungen und Ausschließlichkeitsrabatte unter bestimmten Marktverhältnissen, Kampfpreise unter Durchschnittskostenniveau und Kosten-Preis-Scheren mit negativer Spanne. Bei diesen Verhaltensweisen ist es nicht unplausibel, behindernde Wirkungen als wahrscheinlich einzustufen. Bei anderen Verhaltensweisen bringt die Anwendung von Vermutungen das Risiko vermehrter Fehler erster Art („False Positives“) mit sich. Beispielsweise bergen Koppelung und Bündelung nach den Leitlinien die Gefahr einer Verdrängungswirkung, obwohl sie häufig Strategien sind, die Innovationen fördern und die Qualität für die Verbraucher verbessern können. Diese Strategien können von den Unternehmen in Zukunft vermieden werden, sodass weniger zum Wohl der Verbraucher beigetragen wird. Selbst eine Ausschließlichkeitsbindung, für die eine Verdrängungsvermutung ökonomisch plausibel erscheint, wird nicht missbräuchlich sein, wenn sie nur einen kleinen Teil des nachgelagerten Marktes betrifft oder für eine kurze Zeitperiode gilt oder

mit einer Investition in die Infrastruktur bei dem Abnehmer einhergeht (s.u., Rn. 54 ff.). Das Missbrauchspotenzial hängt von den tatsächlichen Umständen und nicht nur von der Form der Verhaltensweise ab.

- 32 Zusätzlich können die Marktdynamik und allgemeine Entwicklungen zu Fehlern bei der Anwendung der Vermutungen führen, wenn die Leitlinien nicht auf diese Entwicklungen eingehen oder nicht entsprechend flexibel sind. Vermutungen sind eine Methode, um eine Wirkungsanalyse bei der Kommission in ausgewählten Verfahren zu vermeiden. Eine derartige Vereinfachung kann aber nicht sämtliche möglichen Komplexitäten jeder Marktsituation berücksichtigen, insbesondere in sich schnell entwickelnden Märkten. Beispielsweise stellte die Selbstbevorzugung vor 15 Jahren noch kein im Kontext des Behinderungsmissbrauchs relevantes Verhalten dar, während sie heute in digitalen Märkten ein weithin diskutiertes Phänomen ist und viele (pro- wie auch antikompetitive) Wirkungen haben kann.
- 33 Im Falle der Vermutung müssen die Unternehmen eine besonders stichhaltige Rechtfertigung vorlegen (Rn. 60 lit. b)). Praktisch besteht das Risiko, dass Unternehmen von Verhaltensweisen, bei denen eine Verdrängungsvermutung besteht, abgeschreckt oder für ein Verhalten sanktioniert werden, das nicht die unterstellten Wirkungen hat.

b) Rechtliche Erwägungen

- 34 Die in den Leitlinien vorgesehene Vermutung der Eignung zur Verdrängungswirkung für bestimmte Verhaltensweisen ist nach dem Dafürhalten der Studienvereinigung mit dem Primärrecht und mit der Rechtsprechung des EuGH nicht vereinbar.
- 35 Die Eignung zur Verdrängungswirkung soll nach den von den Leitlinien identifizierten Fallgruppen der „spezifischen rechtlichen Tests“ und der reinen Beschränkungen einer starken bis sehr starken Vermutungswirkung unterliegen. Zwar soll es nach Rn. 60 der Leitlinien möglich sein, „die Beweiskraft der Vermutung unter den konkreten Umständen zu widerlegen“. Diese Prüfung soll jedoch „der Beweiskraft einer Vermutung gebührend Rechnung tragen und den Umstand widerspiegeln, dass das fragliche Verhalten ein hohes Potenzial hat, Verdrängungswirkungen zu entfalten“ (Rn. 60 lit. b)). Evident ist, dass die Kommission es anstrebt, in den Leitlinien einen möglichst strengen Standard zu verankern, der – auch im Falle der Verteidigung ihrer Entscheidungen vor den Unionsgerichten – das Gewicht in der Darlegungslast zu ihren Gunsten verschiebt. Dies ist jedoch nicht die Aufgabe von Leitlinien, die auch den Normadressaten und der Beratungspraxis und damit mittelbar auch dem Funktionieren des Binnenmarktes zugutekommen sollen.
- 36 Der EuGH hat in einer Reihe von jüngeren Urteilen zudem bekräftigt, dass es der Kartellbehörde obliegt, das Vorliegen der Eignung zur Verdrängungswirkung zu belegen. Im Urteil *Unilever Italia* heißt es dazu ausdrücklich, dass (sogar) Ausschließlichkeitsbindungen „nicht automatisch geeig-

net sind, Wettbewerber zu verdrängen“. Es obliege der Kartellbehörde, die Eignung zur Verdrängungswirkung zu belegen, bevor sie die Verhaltensweise als Zuwiderhandlung einstufen dürfe.²⁰ Dies hat der EuGH in *European Superleague* und *Intel* bekräftigt. Es müsse „gestützt auf genaue und konkrete Analyse- und Beweiselemente, der Nachweis dafür erbracht werden, dass das Verhalten zumindest geeignet ist, Verdrängungswirkungen zu erzeugen“.²¹ Zwar könne die Art des Nachweises von der in Rede stehenden Verhaltensweise abhängen, aber der Nachweis selbst müsse stets erbracht werden:

„[T]he demonstration that conduct has the actual or potential effect of restricting competition, which may entail the use of different analytical templates depending on the type of conduct at issue in a given case, must be made, in all cases, in the light of all the relevant factual circumstances, irrespective of whether they concern the conduct itself, the market or markets in question or the functioning of competition on that market or those markets.“²²

- 37 Vor diesem Hintergrund regt die Studienvereinigung an, dass die Kommission die Leitlinien unter dem Aspekt der Vermutung des Vorliegens einer Eignung zur Verdrängungswirkung kritisch würdigt und überarbeitet.

5. „Ebenso effiziente“ und „weniger effiziente“ Wettbewerber

a) Rechtliche Erwägungen

- 38 Hinsichtlich des „As-efficient-competitor-Tests“ („AEC-Test“) setzt sich die insofern in jüngerer Zeit erfolgte „Neuausrichtung“ der Kommission²³ in den Leitlinien fort, wenngleich der EuGH sich von diesem Test keinesfalls verabschiedet hat, was sich in den Leitlinien nach Auffassung der Studienvereinigung entsprechend widerspiegeln sollte.
- 39 An zwei Stellen diskutieren die Leitlinien die Rolle und etwaige Schutzbedürftigkeit (auch) des „weniger effizienten“ Wettbewerbers, zum einen in Rn. 51:

„Art. 102 AEUV schließt nicht aus, dass der Leistungswettbewerb dazu führt, dass Wettbewerber, die weniger effizient sind als das marktbeherrschende Unternehmen und daher für die Verbraucher im Hinblick auf Preise, Auswahl, Qualität oder Innovation weniger interessant sind, vom Markt verschwinden oder bedeutungslos werden.“

²⁰ EuGH, Urt. v. 19.01.2023, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33 = EuZW 2023, 372 Rn. 51 f. – *Unilever Italia*.

²¹ EuGH, Urt. v. 21.12.2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 = GRUR-RS 2023, 36928 Rn. 130 – *European Superleague* (Hervorhebung nur hier).

²² EuGH, Urt. v. 24.10.2024, C-240/22 P, ECLI:EU:C:2024:915 = BeckRS 2024, 28528 Rn. 179 – *Intel*.

²³ Siehe etwa Kommission, Mitteilung, Anhang der Änderung der Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 116 v. 27.03.2023, S. 3, Nr. 2 lit. a); Kommission, A dynamic and workable effects-based approach to abuse of Dominance, Competition Policy Brief v. März 2023, abrufbar unter: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/kdak23001enn_competition_policy_brief_1_2023_Article102_0.pdf.

- 40 Dies ist der Standpunkt, der sich im Anschluss an die Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung im Jahre 2009 auch in der Rechtsprechung der Unionsgerichte etabliert hat.
- 41 Art. 102 AEUV ist demnach kein Instrument des Schutzes aller Arten von Wettbewerbern, sondern vielmehr schützt das Missbrauchsverbot das Interesse der Verbraucher an mindestens so effizienten Angeboten auf dem Markt, wie diese der marktbeherrschende Anbieter hervorbringt.
- 42 Eine Einschränkung dieser klaren Regel findet sich allerdings sodann in Rn. 144 lit. b) der Leitlinien, in der die Leitlinien zum anderen die Rolle und etwaige Schutzbedürftigkeit (auch) des „weniger effizienten“ Wettbewerbers diskutieren. Dort heißt es zum Anwendungsbereich des sog. „Preis-Kosten-Tests“, bei „Vorhandensein erheblicher Markteintritts- oder Expansionshindernisse oder des Bestehens regulatorischer Beschränkungen“ könne „auch ein weniger effizienter Wettbewerber einen echten Wettbewerbsdruck auf das marktbeherrschende Unternehmen ausüben“.
- 43 Für diesen Einschub bezieht sich die Kommission auf eine Textstelle in der Rechtsprechung des EuGH, nämlich die Rn. 59 und 60 des Urteils im Fall *Post Danmark II*²⁴.
- 44 Die vom EuGH in diesem Fall dort auch nicht näher definierte Figur des „weniger effizienten“ Wettbewerbers, der insoweit schutzbedürftig sein könne, als seine Funktionalität im Ausüben „echten Wettbewerbsdrucks auf das marktbeherrschende Unternehmen“ gefährdet sei, ist in der Rechtsprechung jedoch vereinzelt geblieben.
- 45 Jedenfalls wird diese Subkategorie in richtungsweisenden Urteilen des EuGH in den Fällen *Servizio Elettrico*²⁵ und *Unilever Italia*²⁶ nicht aufgegriffen, obwohl das Urteil *Post Danmark II* in diesen Rechtssachen mehrfach zitiert wird. In gleichem Sinne verhält sich dies in den Urteilen *European Superleague*²⁷ und *Google Shopping*²⁸.
- 46 Insofern mag es etwas verfrüht erscheinen, aus dieser einen Urteils Passage eine neue Rechtsfigur abzuleiten, die von der Kommission in den Leitlinien nunmehr als neue allgemein gültige Regel präsentiert wird. Die *Post Danmark II* folgende Rechtsprechung könnte vielmehr auch so verstanden werden, dass der EuGH zwar von der zwingenden Notwendigkeit eines AEC-Testes abgerückt ist, dessen Reichweite aber im Fall *Unilever Italia* auch auf Fälle nicht tarifärer (möglicherweise behindernder) Praktiken erweitert hat.²⁹

²⁴ EuGH, Urt. v. 06.10.2015, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651 = NZKart 2015, 476 – *Post Danmark II*.

²⁵ EuGH, Urt. v. 12.05.2022, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379 = EuZW 2022, 749 Rn. 71–82 – *Servizio Elettrico*.

²⁶ EuGH, Urt. v. 19.01.2023, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33 = EuZW 2023, 372 Rn. 37 – *Unilever Italia*.

²⁷ EuGH, Urt. v. 21.12.2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 = GRUR-RS 2023, 36928 Rn. 126 f. – *European Superleague*.

²⁸ EuGH, Urt. v. 10.09.2024, C-48/22 P, ECLI:EU:C:2024:726 = GRUR-RS 2024, 23156 Rn. 164 – *Google Shopping*.

²⁹ EuGH, Urt. v. 19.01.2023, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33 = EuZW 2023, 372 Rn. 59 – *Unilever Italia*.

- 47 Auch stellt sich die Frage, ob gerade der Fall *Post Danmark II* den nötigen sachverhaltlichen Hintergrund für die so weitreichende Verwässerung einer etablierten Kategorie bildet. Immerhin ergibt sich aus dem Tatbestand in Rn. 10 f. des Urteils, dass der dort auf dem dänischen Postdienstemarkt neu auftretende norwegische Wettbewerber innerhalb weniger Jahre rund 40 % des Marktes im Großraum Kopenhagen für sich gewinnen konnte. Dieser wettbewerbliche Vorstoß war zwar nicht nachhaltig, der durchaus über einige Jahre manifeste Erfolg des Newcomers spricht jedoch dafür, dass erhebliche Marktzutrittsschranken wohl nicht bestanden haben werden und dass das Geschäftsmodell des Newcomers jedenfalls nicht an mangelnden Skaleneffekten gescheitert ist.
- 48 Im gleichen Sinne lohnt auch ein Blick auf den zugrundeliegenden Sachverhalt im Fall *Unilever Italia*: Wie sich aus Rn. 280 der zugrundeliegenden Bußgeldentscheidung der italienischen Kartellbehörde aus dem Jahre 2017 ergibt, ist es dem dort auftretenden Wettbewerber während der Zeit der von der italienischen Kartellbehörde beanstandeten Missbrauchspraktiken gelungen, seinen Umsatz um 300 % zu steigern, während gleichzeitig in dem dort relevanten regionalen Markt mehrere Marktzutritte festzustellen waren.³⁰ Bezeichnenderweise taucht die Figur des ausnahmsweise schutzwürdigen („weniger effizienten“) Wettbewerbers in dem Urteil des EuGH auch nicht mehr auf. Insofern mag es hilfreich sein, die genauen sachverhaltlichen Hintergründe der wenigen Verfahren zu untersuchen, in denen eine solche Konstellation möglicherweise relevant gewesen wäre.
- 49 Insofern ist fraglich, ob der Zugewinn an Interventionsmöglichkeiten für die Kommission, der durch diese neue Subkategorie entsteht, auf ausreichend etablierten mikroökonomischen Erfahrungswerten beruht. Nach Einschätzung der Studienvereinigung ist dies zu bezweifeln. Zugleich ist der Nachteil für die von den Leitlinien an sich angestrebte erhöhte Rechtssicherheit hoch, weil die Kommission und auch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten durch diese neue Kategorie die Gelegenheit erhalten, Fälle in den Anwendungsbereich von Art. 102 AEUV zu bringen, die an sich – auch unter dem expliziten Aspekt des Wettbewerberschutzes – bisher dem Recht einzelner Mitgliedstaaten (wie z.B. Deutschland und Österreich) vorbehalten waren, die auch die Position kleiner und mittlerer Unternehmen in Fällen der Abhängigkeit schützen. Die bisherige klare Trennung zwischen dem effizienzorientierten Wettbewerbsrecht der Union und den stärker KMU-orientierten Wettbewerbsrechtsordnungen einzelner Mitgliedstaaten wäre dann verwischt.
- 50 Hinzu kommt auch, dass – wie nicht nur das oben angeführte Zitat des ehemaligen Unionsrichters Prof. Dr. Nils Wahl illustriert (s.o., Rn. 9) – wesentliche Grundbegriffe, die für diese neue Subkategorie relevant wären (Leistungswettbewerb, Effizienz), in der rechtswissenschaftlichen und ökonomischen Lehre ungeklärt, jedenfalls aber umstritten sind. Die Frage der Effizienz in der Anwendung eines Preis-Kosten-Tests scheint überdies zugeschnitten zu sein auf Fälle – wie *Akzo* – in denen die betreffenden Unternehmen *Commodities* ohne wesentliche Differenzierungsmerkmale herstellen. In Märkten, in denen auf der Ebene des Qualitäts- oder auch des Imagewettbewerbes

³⁰ AGCM, Entsch. v. 31.10.2017, A484 – *Unilever*.

erhebliche Unterschiede und Differenzierungsmöglichkeiten (gerade auch für den wettbewerblichen Angreifer) bestehen, erweist sich dieser Test als wenig aussagekräftig.

- 51 Schließlich positioniert sich die Kommission mit dieser Subkategorie etwas defensiv im Vergleich zu der in Wachstum und Innovation erheblich erfolgreicherer Volkswirtschaft der Vereinigten Staaten von Amerika, in der jedenfalls nach der Rechtsprechung einzelner Gerichte auch der Wettbewerb „*with sharp elbows*“ durch ein marktstarkes Unternehmen regel- und leistungskonform sein kann³¹.

b) Wettbewerbsökonomische Erwägungen

- 52 Aus ökonomischer Sicht erscheint es zum Teil unklar, an welchen Stellen die Kommission den Begriff der Effizienz im Sinne der Leistungsfähigkeit der Unternehmen nutzt und an welchen Stellen sie den Begriff der Effizienz auf die Kosten reduziert. Die Rechtsprechung hat etwa in *Google Shopping* insbesondere auf die Leistungsfähigkeit der Wettbewerber abgestellt.³² Es wäre hilfreich, wenn die Kommission in den Leitlinien klarer herausstellt, wann Effizienz sich auf die Kosten bezieht und wann die Leistungsfähigkeit (insgesamt) gemeint ist.
- 53 So ist die Verwendung des AEC-Gedankens im Kontext des Preis-Kosten-Tests daraufhin ausgelegt, dass implizit angenommen werden muss, dass das marktbeherrschende Unternehmen und die Wettbewerber ansonsten ebenso leistungsfähige Angebote, mithin nahezu perfekte Substitute, anbieten. Es wäre zu begrüßen, wenn die Kommission diesen Gesichtspunkt ausdrücklich berücksichtigen würde, indem etwa die Substituierbarkeit des Angebots des Marktbeherrschers und das seiner Wettbewerber analysiert werden (*siehe* dazu auch unten, Rn. 109).

III. 4. Abschnitt der Leitlinien (Rn. 76–166): Grundsätze für die Feststellung, ob bestimmte Kategorien von Verhaltensweisen missbräuchlich sein könnten

1. Ausschließlichkeitsbindungen (Rn. 78–83)

a) Begriff

- 54 Die Leitlinien behandeln Ausschließlichkeitsbindungen als eine der Fallgruppen, für die ein „*spezifischer rechtlicher Test*“ entwickelt worden sei. Gemäß Rn. 47 und 53 sollen Ausschließlichkeitsbindungen grundsätzlich eine Abweichung vom Leistungswettbewerb darstellen; ferner soll bei Ausschließlichkeitsbindungen nach Rn. 60 lit. c) (und Rn. 47) vermutet werden, dass ihnen eine Eignung zukommt, Verdrängungswirkungen zu entfalten. Diese doppelte Vermutungswir-

³¹ FTC v. Qualcomm, 19-16122, 9th Cir. Aug 11, 2020, Ninth Circuit Opinion, S. 55.

³² EuGH, Urt. v. 10.09.2024, C-48/22 P, ECLI:EU:C:2024:726 = GRUR-RS 2024, 23156 Rn. 263 – *Google Shopping*.

kung ist bei Ausschließlichkeitsbindungen fehl am Platz. Dies gilt im Lichte der jüngeren Rechtsprechung auch dann, wenn man berücksichtigt, dass es um Ausschließlichkeitsbindungen marktbeherrschender Unternehmen geht.

- 55 Zuzustimmen ist dem Ansatz der Rn. 78, dass es für das Vorliegen einer Ausschließlichkeitsbindung im kartellrechtlichen Sinne ausreichen kann, wenn der wesentliche Teil des Bedarfs eines Abnehmers oder des Absatzes eines Anbieters gebunden wird. Eine Festlegung auf 100 % von Bedarf oder Absatz würde zu offensichtlichen Fehleinschätzungen führen. Allerdings ist nicht verständlich, warum in Fn. 184 zu Rn. 78 die Bezugsquote von 75 % angeführt wird, die im Sachverhalt der Entscheidung *Hoffmann-La Roche*³³ thematisiert wurde. Die Leitlinien sollten anerkennen, dass die Praxis seit vielen Jahren auf die Definition des Wettbewerbsverbotes nach Art. 1 lit. f) Vertikal-GVO (und den Vorgängerregelungen) – also 80 % – abstellt, wenn geprüft wird, ob eine Gesamtbedarfsdeckung oder eine Quasi-Gesamtbedarfsdeckung vorliegt. Die Leitlinien sollten an dieser Stelle Kohärenz zwischen der Würdigung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen und Art. 102 AEUV anstreben und – jedenfalls indikativ – ebenfalls die Schwelle von 80 % zugrunde legen, soweit es um die erste Einordnung eine Verhaltensweise als Ausschließlichkeitsbindung geht.
- 56 Die Vertikal-GVO sollte als kartellrechtlicher *acquis communautaire* auch unter weiteren Aspekten bei der Würdigung von Ausschließlichkeitsbindungen herangezogen werden bzw. sollten die Leitlinien eine gewisse Kohärenz mit der Vertikal-GVO herstellen. Dies gilt schon deshalb, weil die Feststellung der Voraussetzungen der Marktanteilsschwelle nach Art. 3 Vertikal-GVO und die Feststellung der Voraussetzungen von Marktbeherrschung in der Praxis jeweils mit erheblichen Bewertungsunsicherheiten verbunden sind und eine Rechtsgestaltung, die beiden Regelungsregimen gerecht wird, ohne unternehmerische Handlungsfreiheiten unnötig einzuschränken, vorzugswürdig ist. Diese Aspekte betreffen jedoch weniger den Begriff der Ausschließlichkeitsbindung, sondern ihre wettbewerbliche Würdigung (*siehe* nachfolgend, Rn. 57 ff.).
- b) Wettbewerbliche Würdigung
- aa) (Keine) Abweichung vom Leistungswettbewerb
- 57 Zunächst und auch insoweit im Sinne einer gewissen Parallelisierung mit den Wertungen des Art. 101 AEUV und der Vertikal-GVO erscheint die Zuordnung von Ausschließlichkeitsbindungen zu den „spezifischen rechtlichen Tests“ – sogar als derer ersten Fallgruppe – als eine Überzeichnung. Dieser Art der Vertragsgestaltung kann schon deswegen nicht pauschal eine Abweichung vom Leistungswettbewerb zugeschrieben werden, weil die identische Vertragsgestaltung in Fällen unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle nicht nur geduldet wird, sondern mit prokom-

³³ EuGH, Urt. v. 13.02.1979, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36 = BeckRS 1979, 109016 Rn. 83 – *Hoffmann-La Roche*.

petitiven Wirkungen verbunden und gesetzlich – für eine gewisse Dauer – ausdrücklich als sachlich gerechtfertigt angesehen und daher nach Art. 2, 5 Vertikal-GVO freigestellt wird. Die Kommission als Normgeber erkennt an, dass

„[b]estimmte Arten von vertikalen Vereinbarungen [...] die wirtschaftliche Effizienz innerhalb einer Produktions- oder Vertriebskette erhöhen [können], indem sie eine bessere Koordinierung zwischen den beteiligten Unternehmen ermöglichen. Insbesondere können sie dazu beitragen, die Transaktions- und Vertriebskosten der beteiligten Unternehmen zu verringern und deren Verkäufe und Investitionen zu optimieren.“³⁴

Zutreffend wird dabei relativiert, dass

„[d]ie Wahrscheinlichkeit, dass derartige effizienzsteigernde Auswirkungen stärker ins Gewicht fallen als etwaige von Beschränkungen in vertikalen Vereinbarungen ausgehende wettbewerbswidrige Auswirkungen, [...] von der Marktmacht der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen ab[hängt] und insbesondere von dem Maß, in dem diese Unternehmen dem Wettbewerb anderer Anbieter von Waren oder Dienstleistungen ausgesetzt sind.“³⁵

Damit ist, wie auch die Leitlinien verschiedentlich zutreffend betonen, angesprochen, dass der Grad von Marktmacht die wettbewerbliche Würdigung beeinflusst. Im Anwendungsbereich des Art. 102 AEUV greift die besondere Verantwortung des Normadressaten, was dazu führen kann, dass ein Verhalten als unzulässig zu bewerten ist, auch wenn es einem Unternehmen, das nicht marktbeherrschend ist, erlaubt bleibt. Die grundsätzliche Anerkennung einer vertikalen Beschränkung, wie es Ausschließlichkeitsbindungen typischerweise sind, als potenziell effizient und pro-kompetitiv steht jedoch der Würdigung entgegen, dass es sich bei dieser Art der Vertragsgestaltung per se um eine Abweichung vom Leistungswettbewerb handeln soll. Ein grundsätzlich leistungsgerechtes Verhalten wird nicht lediglich aufgrund des Überschreitens der Marktbeherrschungsschwelle zu einem Verhalten, das von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger *abweicht*. Im Gegenteil ist es das gleiche Verhalten, dem lediglich andere Wirkungen zukommen können. Der zweistufige Test „funktioniert“ bei Ausschließlichkeitsbindungen daher nicht.

- 58 Es ist demnach keineswegs ausgeschlossen, dass Ausschließlichkeitsbindungen im konkreten Fall wegen ihrer wettbewerbswidrigen Wirkungen zu beanstanden sein mögen. Es wäre jedoch nicht zutreffend, solche Vertragspraktiken mit dem Unwerturteil zu kennzeichnen, dass sie von den normalen Mitteln des Wettbewerbs abweichen; dies tun sie gerade nicht. Auch wenn die Kommission sich in ihren Leitlinien im Ausgangspunkt grundsätzlich zutreffend auf die Rechtsprechung des EuGH seit *Hoffmann-LaRoche*³⁶ bezieht, verkennt sie bei der Zuordnung von Ausschließlichkeitsbindungen zum „Nicht-Leistungswettbewerb“ doch die neuere Entwicklung in der Rechtsprechung.

³⁴ Erwägungsgrund 6 zur Vertikal-GVO.

³⁵ Erwägungsgrund 7 zur Vertikal-GVO.

³⁶ EuGH, Urt. v. 13.02.1979, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36 = BeckRS 1979, 109016 – *Hoffmann-La Roche*.

- 59 Im Urteil *Unilever Italia* heißt es ausdrücklich, dass der Wettbewerb nicht „durch jede Verdrängungswirkung verzerrt“ wird, sondern dass Leistungswettbewerb „definitionsgemäß dazu führen [kann], dass Wettbewerber, die weniger effizient und daher für die Verbraucher im Hinblick insbesondere auf Preise, Auswahl, Qualität oder Innovation weniger interessant sind, vom Markt verschwinden oder bedeutungslos werden“³⁷. Indem der EuGH im weiteren Verlauf des Urteils erörtert, dass auch Ausschließlichkeitsbindungen „nicht automatisch geeignet sind, Wettbewerber zu verdrängen“, und die Kartellbehörde „im Stadium der Einstufung der Zuwiderhandlung sicherstellen muss, dass diese Klauseln unter den Umständen des konkreten Falles tatsächlich geeignet waren, ebenso leistungsfähige Wettbewerber wie dieses Unternehmen vom Markt auszuschließen“³⁸, stellt er klar, dass es auch ganz unkritische Ausschließlichkeitsbindungen geben kann.
- 60 Nichts anderes stellt das EuG in *Qualcomm* fest. Gegenstand der Entscheidung der Kommission gegen Qualcomm war der Vorwurf des Marktmachtmissbrauchs in Gestalt einer durch bedingte Zahlungen herbeigeführten Ausschließlichkeitsbindung. Das EuG hob die Entscheidung auf, weil Apple als Kunde von Qualcomm bestimmte Chipsätze gar nicht bei einem anderen Hersteller hätte beziehen können und die Kommission dies nicht berücksichtigt hatte.³⁹ Es hielt fest, dass die Vertragsgestaltung und die (ausschließliche) Geschäftsbeziehung von Apple zu Qualcomm daher „nämlich auf einen Leistungswettbewerb [...] zurückzuführen sein“ könnte.⁴⁰
- 61 Der EuGH führt in *Unilever Italia* weiter aus, dass Nachteile, die Ausschließlichkeitsbindungen verursachen, durch „Effizienzvorteile ausgeglichen oder sogar übertroffen werden können, die auch dem Verbraucher zugutekommen“⁴¹. Dies belegt, dass es – jedenfalls nach der neueren Rechtsprechung – verfehlt ist, Ausschließlichkeitsbindungen als eine Abweichung vom Leistungswettbewerb zu behandeln.
- 62 Aus dem Vorstehenden folgt, dass Ausschließlichkeitsbindungen nicht das pauschale Unwerturteil einer Abweichung vom Leistungswettbewerb verdienen. Die Leitlinien sollten – sofern nicht das Konzept der „spezifischen rechtlichen Tests“ insgesamt überdacht wird – jedenfalls die Fallgruppe der Ausschließlichkeitsbindungen aus diesem Konzept herausnehmen.
- bb) Eignung zur Verdrängungswirkung
- 63 Nach dem Konzept der Leitlinien soll bei Ausschließlichkeitsbindungen eine Verdrängungswirkung vermutet werden. Demgemäß heißt es in Rn. 82, dass Ausschließlichkeitsbindungen „ein hohes Potenzial“ haben, Verdrängungswirkung zu entfalten. Das marktbeherrschende Unternehmen müsse daher Beweise vorlegen, die das Gegenteil belegen.
- 64 Die Leitlinien erwähnen in Rn. 83 lit. a) bis d) einzelne Gesichtspunkte, die bei der Würdigung der Verdrängungswirkung von Bedeutung sein sollen. Zwei sehr wesentliche Gesichtspunkte sind in

³⁷ EuGH, Urt. v. 19.01.2023, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33 = EuZW 2023, 372 Rn. 37 – *Unilever Italia*.

³⁸ EuGH, Urt. v. 19.01.2023, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33 = EuZW 2023, 372 Rn. 51 f. – *Unilever Italia*.

³⁹ EuG, Urt. v. 15.06.2022, T-235/18, ECLI:EU:T:2022:358 = BeckRS 2022, 13380 Rn. 410 – *Qualcomm*.

⁴⁰ EuG, Urt. v. 15.06.2022, T-235/18, ECLI:EU:T:2022:358 = BeckRS 2022, 13380 Rn. 414 – *Qualcomm*.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 19.01.2023, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33 = EuZW 2023, 372 Rn. 50 – *Unilever Italia*.

diesem Teilabschnitt genannt, werden jedoch nicht mit dem ihnen jeweils zukommenden Gewicht gewürdigt. Die Leitlinien sollten an dieser Stelle überarbeitet werden:

(1) Normadressat als unvermeidbarer Handelspartner

- 65 Die Eignung zur Verdrängungswirkung kann grundsätzlich insoweit *ausgeschlossen* werden, als dass das marktbeherrschende Unternehmen ohnehin ein unvermeidbarer Handelspartner ist, d.h. seine Waren oder Dienstleistungen für den Abnehmer (oder seine Nachfrage für den Anbieter) „*must-stock*“-Qualität haben. Ein Verdrängungsmissbrauch kann nur dort gegeben sein, wo auch ein Unternehmen (aktuell oder potenziell) verdrängt werden kann. Es sollte namentlich anerkannt sein, dass eine problematische Sogwirkung bis zu der Schwelle des Bedarfs, den der Kunde ohnehin bei dem marktbeherrschenden Anbieter decken muss, nicht eintreten kann. Dies hat die Kommission in ihrem *discussion paper* zu Art. 82 EGV in Bezug auf Rabatte sehr klar herausgestellt:

„To induce such an effect it is necessary that the dominant supplier sets the threshold above the level that the buyer would purchase from the dominant company in the absence of any loyalty enhancing obligation or rebate.[...] If the threshold is only set at the level that would anyhow be purchased by the buyer from the dominant company, the rebate will not have a loyalty enhancing effect.“⁴²

- 66 Soweit also – wie im Fall *Qualcomm* – für den Abnehmer oder den Anbieter kein anderer adäquater Geschäftspartner in Betracht kommt – sei es für die in Rede stehende Leistung an sich oder deren Umfang – kann eine Ausschließlichkeitsbindung keine Verdrängungswirkung haben. Dies hat insbesondere Relevanz für Konstellationen, in denen ein Anbieter oder Nachfrager (oder ggf. eine kollektiv marktbeherrschende Gruppe von Anbietern oder Nachfragern) für einen erheblichen Teil des Bedarfs oder Angebots des gebundenen Vertragspartners steht. Nur im bestreitbaren Teil des Bedarfs oder Angebots kann eine wettbewerbswidrige Wirkung einsetzen.
- 67 Die Leitlinien sollten daher klarstellen, dass der „*must-stock*“-Bedarf aus der wettbewerblichen Würdigung „herauszurechnen“ ist, bevor über die Verdrängungswirkung geurteilt wird. Nach der jetzigen Konzeption der Leitlinien unterfällt dies wegen der Rechtsfigur des „*spezifischen rechtlichen Tests*“ der Vermutungswirkung und der Beweislast des marktbeherrschenden Unternehmens. Nach der Rechtsprechung des EuGH in *Unilever Italia* obliegt es jedoch der Kartellbehörde selbst, den Tatbestand der Eignung zur Verdrängungswirkung zu belegen. Dies muss dann auf den hier beschriebenen Fall adaptiert werden, in dem der Vertragspartner des marktbeherrschenden Unternehmens in erheblichem Umfang ohnehin auf Angebot über Nachfrage des Marktbeherrschers angewiesen ist. Die Kartellbehörde muss dann für den Beleg der Verdrängungswirkung den „*must-stock*“-Umfang ermitteln und prüfen, ob die beanstandete Verhaltensweise den bestreitbaren Bedarf überhaupt erfasst. Eine Bindung von 80 % bei einem Bedarf von 80 % täte dies beispielsweise nicht. Die gegenwärtige Formulierung in Rn. 83 lit. c) der Leitlinien reflektiert dies nicht in aus-

⁴² Kommission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Dezember 2005, Rn. 152 (Hervorhebung nur hier).

reichender Weise, sondern legt nahe, dass der Umstand, dass das marktbeherrschende Unternehmen ein unvermeidlicher Handelspartner ist, allein negativ und zulasten des Normadressaten bewertet wird.

(2) Dauer

- 68 Der zweite Gesichtspunkt, der im Zusammenhang mit der Beurteilung der Eignung zur Verdrängungswirkung überarbeitet werden sollte, betrifft die Relevanz der Dauer einer Ausschließlichkeitsbindung. Richtigerweise kann die Verdrängungswirkung einer vertraglichen Bindung stets nur als Funktion von gebundener Menge und Zeitdauer der Bindung beurteilt werden. Die in den Leitlinien angelegte formale Betrachtung würde selbst Ausschließlichkeitsbindungen von kürzester Dauer der Vermutung eines Verstoßes unterwerfen, obwohl offensichtlich ist, dass solchen Vereinbarungen entgegen Rn. 82 kein „*hohes Potenzial*“ von Verdrängungswirkung zukommt. Nach rechtsstaatlichen Grundsätzen obliegt es aber der Kartellbehörde, in Anbetracht der konkret in Rede stehenden Vertragspraxis positiv und auf Tatbestandsebene zu belegen, dass die Eignung zur Verdrängungswirkung gegeben ist. Dies hat der EuGH, wie bereits ausgeführt (s.o., Rn. 59), in *Unilever Italia* ausdrücklich festgehalten.
- 69 In diesem Sinne hat erst kürzlich das Oberlandesgericht Düsseldorf eine Entscheidung des Bundeskartellamts aufgehoben, mit der Ausschließlichkeitsbindungen in der Vertragspraxis eines Lieferanten von Elektrowerkzeugen beanstandet wurden.⁴³ Zwar betraf dies eine Prüfung am Maßstab des Kartellverbots. Das Missbrauchsverbot und das Kartellverbot sollen nach der Rechtsprechung des EuGH jedoch möglichst konsistent ausgelegt werden.⁴⁴
- 70 Die Frage der Marktabstottung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV folgt grundsätzlich den gleichen Kriterien wie die Frage der Verdrängungswirkung bei Art. 102 AEUV, insbesondere kommt es jeweils darauf an, welcher Teil des Marktes von den Bindungen erfasst wird (vgl. Rn. 83 lit. b)) und für welche Dauer dies der Fall ist (lit. c)).⁴⁵
- 71 Zur Frage der Marktabstottung bei Ausschließlichkeitsbindungen hat das Oberlandesgericht Düsseldorf in der soeben genannten Entscheidung seiner Prüfung die folgende instruktive Überlegung zugrunde gelegt:

„Eine wesentliche Beeinflussung des Marktzugangs im obengenannten Sinne ist nach der Rechtsprechung etwa dann gegeben, wenn der Marktanteil des Lieferanten 45 %, der – kumulative – Bindungsgrad im Hinblick auf den Marktanteil und die Verkaufsstellen jeweils mehr als 30 % und die Vertragsdauer zweieinhalb Jahre beträgt (vgl. EuG, Urteil vom 08.06.1995 – T-7/93, juris Tz. 103 ff. – Langnese-Iglo/Kommission), wenn der Marktanteil eines Lieferanten rund 75 % und die Vertragsdauer mehr als zwei Jahre beträgt (vgl. BGH, Beschluss vom 10.02.2009 – KVR 67/07, juris Rn. 30 ff.

⁴³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.08.2024, Kart 4/22 (V), BeckRS 2024, 22692.

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 21.12.2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 = GRUR-RS 2023, 36928 Rn. 119, 186, 201, 207 – *European Superleague*.

⁴⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 28.02.1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 = Slg. 1991, I-935 – *Delimitis/Henninger Bräu*.

– Gaslieferverträge), oder wenn der Marktanteil des Lieferanten im oberen Bereich der Spanne von 50 % bis 60 % liegt, der Bindungsgrad im Hinblick auf den Marktanteil 35 % bis 45 % und die Vertragsdauer Dauer zumeist drei Jahre mit automatischer Verlängerung um ein Jahr beträgt (vgl. Senat, Beschluss vom 03.04.2019 – VI-Kart 2/18 (V), juris Rn. 92, 127 ff., 160 – Ticketvertrieb II).⁴⁶

- 72 In einem schon länger zurück liegenden Urteil hatte das Kammergericht Berlin in ähnlicher Weise geurteilt, dass kurzfristige Bindungen am Maßstab des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots kaum zu beanstanden sind, wenn „jedenfalls in absehbarer Zeit mindestens teilweise wirtschaftlich zumutbare Umstellungsmöglichkeiten auf den Bezug anderer Konkurrenzprodukte gegeben [sind]“.⁴⁷
- 73 Der BGH hatte in einem Fall, der ebenfalls das kartellrechtliche Missbrauchsverbot betraf, die Frage aufgeworfen, ob „jederzeit mit kurzer Frist kündbare Verträge über den ausschließlichen Bezug bestimmter Dienstleistungen bei einem Anbieter überhaupt als Wettbewerbsbeschränkung anzusehen sind“.⁴⁸
- 74 Die (erhebliche) Dauer einer Ausschließlichkeitsbindung ist damit *konstitutives* Merkmal für die Eignung zur Verdrängungswirkung. Die Leitlinien in ihrer derzeitigen Ausgestaltung verkennen dies, indem sie die Dauer als ein Merkmal unter vielen behandeln und nach dem Konzept der „spezifischen rechtlichen Tests“ in die Sphäre der Beweislast des marktbeherrschenden Unternehmens verschieben. Richtigerweise haben Ausschließlichkeitsbindungen keine „automatische“ Verdrängungswirkungen; diese muss von der Kartellbehörde auf Tatbestandsebene unter Berücksichtigung auch der Dauer der vertraglichen Bindungen vielmehr begründet werden.

2. Kopplung und Bündelung (Rn. 84–95)

- a) Anerkennung legitimer technischer, sicherheits- und markenbezogener Gründe für Kopplung und Bündelung
- 75 Aus Sicht der Studienvereinigung sollten die Leitlinien anerkennen, dass Kopplungs- und Bündelungspraktiken nicht immer wettbewerbswidrig sind. Diese können vielmehr legitime Gründe haben, wie z.B.:
- Technische Integration: In vielen Fällen wird die Kopplung von Produkten durch technische Notwendigkeiten bestimmt, um die Funktionsfähigkeit oder Effizienz eines Systems zu gewährleisten. Ein Beispiel sind Software-Updates, die nur auf bestimmten Hardwareplattformen funktionieren.

⁴⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.08.2024, Kart 4/22 (V), BeckRS 2024, 22692 Rn. 114 (Hervorhebung nur hier).

⁴⁷ KG, Beschl. v. 26.11.1980, Kart 32/79, BB 1981, 1110 = WuW/E OLG 2403, 2410 – *Fertigfutter* (Hervorhebung nur hier).

⁴⁸ BGH, Urt. v. 08.04.2014, KZR 53/12, WuW/E DE-R 4261, 4267 = WuW 2014, 709 Rn. 39–43 – *VBL-Versicherungspflicht* (Hervorhebung nur hier).

- Sicherheitsbedenken: Bündelungen können notwendig sein, um Sicherheitsrisiken zu minimieren. So koppeln einige Unternehmen Sicherheitssoftware an Betriebssysteme, um eine bessere Kontrolle über potenzielle Schwachstellen zu haben.
- Marken- oder Reputationsschutz: Unternehmen könnten Produkte oder Dienstleistungen koppeln, um ihre Marke zu schützen und eine konsistente Nutzererfahrung zu gewährleisten, was insbesondere bei hochgradig differenzierten Premium-Marken wichtig sein kann.

b) Marktabgrenzung bei Kopplung und Bündelung

76 Die Kommission sollte ferner auf die Notwendigkeit einer abweichenden Marktabgrenzung eingehen, wenn Kopplungs- und Bündelungsstrategien analysiert werden. Die Märkte, in denen Produkte oder Dienstleistungen gekoppelt werden, können sich stark von den relevanten Märkten der einzelnen Produkte unterscheiden. Dies ist besonders in Fällen wichtig, in denen eine Kopplung neue Geschäftsmodelle schafft oder Märkte, die ursprünglich als getrennt betrachtet wurden, zusammenführt.

77 Beispielsweise im Technologiesektor könnten Geräte und die dazugehörigen Softwaredienste als separate Märkte betrachtet werden. Wenn ein Unternehmen jedoch seine Geräte mit exklusiven Diensten koppelt, kann es zu einer Marktabstottung führen, die eine neue Abgrenzung erfordert.

c) Die Notwendigkeit einer dynamischen Marktabgrenzung bei gekoppelten Märkten

78 Kopplung und Bündelung können missbräuchliche Praktiken im Sinne von Art. 102 AEUV darstellen, wenn sie zur dynamischen Abschottung von Märkten, also zur Abschottung von noch nicht existierenden Märkten, führen.

79 Da die Leitlinien insgesamt ohnehin flexibel und prinzipienbasiert ausgestaltet sind, wäre es aus Sicht der Studienvereinigung konsequent, eine mögliche Abschottung im Hinblick auf sich entwickelnde Märkte zu nennen.

80 Als Beispiel dient insofern Microsoft und der Internetbrowser-Markt: In den 1990er Jahren hat Microsoft den Internet Explorer zusammen mit seinem Windows-Betriebssystem gebündelt. Diese Bündelung war nach Auffassung der Kommission und der Gerichte nicht nur darauf ausgelegt, den Wettbewerb im Browsermarkt zu verdrängen (damals insbesondere Netscape Navigator), sondern es führte auch zur Abschottung eines noch entstehenden Marktes für internetbasierte Dienste. Dadurch, dass Microsoft seinen Browser als Standard-Software anbot, wurde es für andere Unternehmen schwieriger, eine gleichwertige Marktstellung zu erreichen, um zukünftige, internetbasierte Geschäftsmodelle (wie E-Commerce oder Suchmaschinen) zu entwickeln und in diesen neuen Märkten erfolgreich zu agieren.

d) Produkte und Dienstleistungen ohne monetären Preis

- 81 Die Leitlinien sollten deutlicher berücksichtigen, dass Kopplungs- und Bündelungspraktiken zunehmend auch bei Produkten oder Dienstleistungen ohne direkten Preis (z.B. kostenlose Apps, Plattformdienste, oder werbefinanzierte Produkte) relevant sind. In der digitalen Wirtschaft kommt es häufig vor, dass Unternehmen solche Produkte anbieten, um Marktanteile zu sichern und ihre Reichweite zu erweitern, was einen signifikanten Einfluss auf den Wettbewerb hat. Diese Art der Kopplung könnte andere Marktteilnehmer abschotten, indem sie auf nicht-preisliche Faktoren wie den Zugang zu Daten oder Plattformnetzwerkeffekten abzielt. Allerdings können kostenlose *Features* auch bereits Teil des Angebots und nicht ein eigenes gebündeltes Produkt sein.

3. Lieferverweigerung (Rn. 96–106)

a) Begriff

- 82 Die Leitlinien beschreiben mit dem Begriff der Lieferverweigerung eine spezifische Sachverhaltskonstellation, die deutlich enger gefasst ist, als es der Begriff der Lieferverweigerung im Übrigen nach dem allgemeinen und juristischen Sprachgebrauch erwarten lassen würde. Die Kommission hatte bis vor kurzem selbst vertreten, dass das „Konzept der Lieferverweigerung [...] eine große Bandbreite von Verhaltensweisen“ abdeckt und insbesondere die Weigerung, „bereits vorhandene“ Abnehmer zu beliefern, ebenso wie die Weigerung, den „Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung (*essential facility*) oder einem Netz zu gewähren“, gleichermaßen darunter gefasst.⁴⁹ Im Lichte dieser Herangehensweise hatte der deutsche Gesetzgeber mit der 10. GWB-Novelle im Jahre 2021 die zuvor eher eng gefasste Bestimmung über den Zugang zu Netzen und Infrastruktureinrichtungen (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB) auf eine allgemeine Belieferungsverpflichtung ausgeweitet und sich dabei auf die Praxis im Unionsrecht bezogen.⁵⁰ Insofern beschreibt die Lieferverweigerung i.S.d. Rn. 96 ff. der Leitlinien im Kern nunmehr den deutschen Rechtsstand bis Januar 2021 – soweit er in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB zum Ausdruck kam –, während die heutige deutsche Rechtslage der Lesart des Missbrauchsverbots aus Art. 102 AEUV nach der Prioritätenmitteilung in der Fassung bis März 2023 entspricht.⁵¹
- 83 Eine Rückbesinnung auf ein engeres Begriffsverständnis ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings erscheint es vorzugswürdig, den Begriff der Lieferverweigerung aufgrund der Missverständlichkeit zu ersetzen und in den von den Rn. 96 ff. erfassten Konstellationen von „Zugangsverweigerung“ zu sprechen, wie es dem kartellrechtlichen Sprachgebrauch mit Blick auf die Rezeption und

⁴⁹ Siehe Kommission, Mitteilung, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 v. 24.02.2009, S. 7, Rn. 78.

⁵⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen, Bundestags-Drucksache 19/23492, S. 72.

⁵¹ Kommission, Mitteilung, Anhang der Änderung der Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 116 v. 27.03.2023, S. 3, Nr. 5.

Anwendung der sog. *essential facilities doctrine* seit vielen Jahren entspricht. Dies würde sich auch von der in den Leitlinien separat behandelten Figur der „Zugangsbeschränkung“ abgrenzen lassen, wenn an diesem Begriff festgehalten werden soll.

b) Abgrenzung zur Zugangsbeschränkung

- 84 Als „Zugangsbeschränkungen“ bezeichnen die Leitlinien in Rn. 163 den Abnehmern auferlegte „Beschränkungen des Zugangs zu einem Input, bei denen es sich nicht um eine Lieferverweigerung handelt“. Positiv beschrieben sind dies u.a. Fälle der Belieferung „bestehender Abnehmer“, Fälle der „rechtlichen Verpflichtung zur Zugangsgewährung“ oder „unfaire Zugangsbedingungen“ (vgl. Leitlinien, Rn. 166, und noch unten, Rn. 120 ff.). Insbesondere soll nicht erforderlich sein, dass es sich bei dem Gegenstand des Zugangs um „unerlässlichen Input“ handelt (Rn. 165).
- 85 Diese Abgrenzung ist in der Sache grundsätzlich nachvollziehbar, aber doch vage. Die wettbewerbliche Würdigung ist, wie noch unten ausgeführt wird, jedoch nicht kategorial verschieden, sondern auch über eine Abstufung bei der Interessenabwägung zu lösen. Daher regt die Studienvereinigung an, die Abgrenzung der beiden Fallgruppen aufzuheben (s.u., Rn. 120 ff.).
- 86 Die relativ breit gefasste Fallgruppe der Zugangsbeschränkungen unterliegt nach dem Konzept der Rn. 163 ff. herabgesetzten Anforderungen an die Feststellung der Missbräuchlichkeit. Je weiter diese Fallgruppe definiert wird, desto eher setzen sich auch marktbeherrschende Unternehmen, die über einen unerlässlichen Input i.S.d. Rn. 96 ff. verfügen, dem Vorwurf des Missbrauchs aus, was die Wahrscheinlichkeit eines zu frühen oder zu strikten behördlichen Eingriffs im Sinne eines Fehlers erster Art („False Positives“) erhöht. Insbesondere die Fallgruppe des Bestehens einer rechtlichen Verpflichtung zur Zugangsgewährung sollte nicht als Herabsetzung der Missbrauchsschwelle interpretiert werden. Richtigerweise gehört diese Fallgruppe zur Lieferverweigerung i.S.d. Rn. 96 ff.
- 87 In diesem Zusammenhang ist die Entscheidung des BGH vom 29. Juni 2010 instruktiv, die eine solche Fallgestaltung betraf. Der BGH wandte auf einen „regulierten“ Sachverhalt die Rechtsprechung des EuGH an, wie sie sich zu der Zeit insbesondere aus den Entscheidungen *Commercial Solvents*, *Telemarketing*, *Magill*, *Bronner* und *IMS Health* ergab.⁵² Der BGH urteilte im Lichte dieser Rechtsprechung wie folgt:

„Das marktbeherrschende Unternehmen handelt daher grundsätzlich nicht missbräuchlich, wenn es anderen Unternehmen, die Zugang zu dem von ihm beherrschten Markt begehren, diesen nur unter den von der Regulierungsbehörde [...] festgesetzten Bedingungen gewährt. Wegen der bereits durch die Anordnung [der Regulierungsbehörde] bewirkten Beschränkung seines Verhaltensspielraums ist es dem marktbeherrschenden Unternehmen im Regelfall nicht zumutbar, Dritten einen alternativen, mit einer weiteren Beschränkung seiner Interessen verbundenen Zugang zu gewähren.“⁵³

⁵² BGH, Beschl. v. 29.06.2010, KZR 31/08, GRUR Int 2011, 165 Rn. 29 ff. – *GSM-Wandler*.

⁵³ BGH, Beschl. v. 29.06.2010, KZR 31/08, GRUR Int 2011, 165 Rn. 35 – *GSM-Wandler*.

88 Im Lichte dieser sorgfältig begründeten Entscheidung spricht nichts dafür, in Fällen bereits bestehender rechtlicher Verpflichtungen einen herabgesetzten Prüfstandard anzunehmen. Im Gegenteil gilt, dass dem marktbeherrschenden Unternehmen im Zweifel keine weitere Verpflichtung auferlegt werden darf, die mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründet wird. Vor diesem Hintergrund wird zur Abgrenzung von Lieferverweigerungen (Zugangsverweigerungen) und Zugangsbeschränkungen i.S.d. Leitlinien eine Überarbeitung der Abgrenzung angeregt, die klarstellt, dass Geschäftsverweigerungen in Fällen bereits eröffneten Zugangs i.S.d. Rn. 163 ff. nicht für sich genommen eher missbräuchlich sind als Zugangsverweigerungen i.S.d. Rn. 93 ff., ohne den dort formulierten Prüfungsmaßstab abzusenken (siehe zu diesem Prüfungsmaßstab nachfolgend, Rn. 89 ff.). Insbesondere die Fallgruppe der Zugangsverweigerung in Fällen, in denen bereits eine rechtliche Verpflichtung besteht, sollte für Zwecke der Anwendung des Missbrauchsverbots *neben* solchen rechtlichen Verpflichtungen der Fallgruppe der Lieferverweigerung (Zugangsverweigerung) i.S.d. Rn. 96 ff. zugeordnet werden.

c) Tatbestandsvoraussetzungen der Lieferverweigerung (Zugangsverweigerung)

89 Ausweislich Rn. 97 der Leitlinien sollen für die Bejahung eines Missbrauchs wegen einer Lieferverweigerung (Zugangsverweigerung) „*vergleichsweise strenge Voraussetzungen*“ gelten. Die nachfolgenden Randnummern der Leitlinien werden diesem Anspruch noch nicht gerecht.

aa) Nachfrage darf sich nur auf eine unerlässliche Leistung beziehen

90 Nach Rn. 98 soll es für die Frage, ob überhaupt eine am Markt verfügbare oder verfügbar zu machende Marktleistung in Rede steht, genügen, dass „*ein potenzieller Markt oder auch nur hypothetischer Markt für den Input bestimmt werden kann, was dann der Fall sein kann, wenn nach dem Input eine Nachfrage seitens potenzieller Abnehmer besteht*.“⁵⁴

91 Die für diese Aussage herangezogene Rechtsprechung des EuGH im Fall *IMS Health* hat jedoch strenger formuliert, dass es genüge, dass

*„ein potenzieller oder auch nur hypothetischer Markt bestimmt werden kann. Dies ist der Fall, sobald die Erzeugnisse oder Dienstleistungen für eine bestimmte Tätigkeit unerlässlich sind und nach ihnen eine tatsächliche Nachfrage seitens der Unternehmen besteht, für deren Tätigkeit sie unerlässlich sind.“*⁵⁵

92 Die Frage der Marktleistung ist demnach schon auf der ersten Stufe des Tatbestandes mit der Prüfung verknüpft, ob die in Rede stehende Leistung unerlässlich für die Tätigkeit der nachfragenden Unternehmen ist. Die Leitlinien sollten diesen Zusammenhang klarstellen. Die Verweigerung des Zugangs zu nicht unerlässlichen Leistungen ist damit von vornherein – jedenfalls nach diesem „spezifischen rechtlichen Test“ – des Missbrauchs unverdächtig. Insoweit handelt es sich schon nicht um eine Leistung, bezüglich derer das marktbeherrschende Unternehmen auf die Nachfrage

⁵⁴ Hervorhebung nur hier.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 29.04.2004, C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257 = BeckRS 2004, 77143 Rn. 44 – *IMS/NDC Health* (Hervorhebung nur hier).

eines Zugangspetenten eingehen muss, um einen Missbrauch zu vermeiden. Da die Leitlinien die Anwendung des Missbrauchsverbots auch im Rahmen der Selbsteinschätzung, d.h. unter Compliance-Gesichtspunkten erleichtern sollen, ist dies eine relevante Differenzierung.

bb) Objektiver Maßstab

- 93 Die Leitlinien müssen ferner klarstellen, dass für die Prüfung der Unerlässlichkeit ein *objektiver* Maßstab gilt. Rn. 99 lit. a) lässt das im Unklaren bzw. deutet einen subjektiven Maßstab an. Hier heißt es: „[D]er Input ist unerlässlich, damit das Unternehmen, das um Zugang ersucht, auf einem nachgelagerten Markt mit dem marktbeherrschenden Unternehmen konkurrieren kann“.⁵⁶
- 94 Ersichtlich kann es – auch nach der Rechtsprechung des EuGH – nicht allein auf den Zugangspetenten ankommen, denn dessen mögliche individuelle Fähigkeiten und ggf. Unzulänglichkeiten würden zu einer Ausweitung des Missbrauchsverbots führen, die die in Rn. 97 genannten negativen Anreize hätte. Daher hat der EuGH in *Bronner* entschieden, dass es auf einen objektiven Maßstab ankommt:
- „Zum anderen sind keine technischen, rechtlichen oder auch nur wirtschaftlichen Hindernisse ersichtlich, die geeignet wären, jedem anderen Verleger von Tageszeitungen – allein oder in Zusammenarbeit mit anderen Verlegern – die Errichtung eines eigenen landesweiten Hauszustellungssystems und dessen Nutzung für den Vertrieb der eigenen Tageszeitungen unmöglich zu machen oder zumindest unzumutbar zu erschweren.“*⁵⁷
- 95 Rn. 99 lit. a) muss dieser Rechtsprechung Rechnung tragen und den Maßstab klar als objektiv kennzeichnen. Die nachfolgenden Rn. 100 und 101 deuten zwar die Maßgeblichkeit eines solchen objektiven Maßstabs an, Rn. 101 lit. iii) formuliert jedoch, der Input müsse erforderlich sein, „damit das um Zugang ersuchende Unternehmen auf dem Markt überleben und wirksamen Wettbewerbsdruck ausüben kann“.⁵⁸
- 96 Damit wird nochmals nahegelegt, dass es auf den konkreten Zugangspetenten ankomme und dessen Überleben am Markt gesichert werden solle. Dies kann nicht richtig sein. Unterstellt man, dass die Schaffung und Nutzung einer wesentlichen Einrichtung („*essential facility*“), um die es in der Fallgruppe der Lieferverweigerung regelmäßig geht, leistungsgerecht geschaffen wurde, ist die bloße Verweigerung des Zugangs kein Missbrauch, auch wenn dies dem „Überleben“ eines Wettbewerbers entgegensteht. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH, dass auch das

⁵⁶ Hervorhebung nur hier.

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 26.11.1998, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569 = BeckRS 2004, 77717 Rn. 44 – *Bronner* (Hervorhebung nur hier).

⁵⁸ Hervorhebung nur hier.

Ausscheiden von Wettbewerbern aus dem Markt ein Merkmal des von Art. 102 AEUV geschützten Wettbewerbs ist.⁵⁹ Nichts anderes kann gelten, wenn ein Unternehmen eine in Aussicht genommene Markttätigkeit nicht aufnehmen kann, weil es dafür auf die Vorleistung eines anderen Unternehmens angewiesen ist, dieses Unternehmen die Vorleistung jedoch nicht erbringen möchte.

cc) Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung

- 97 Das Unwerturteil des Missbrauchs setzt bei der Lieferverweigerung (Zugangsverweigerung) weiter voraus, dass diese dem Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt in erheblicher Weise schadet. Die Leitlinien formulieren hier sowohl bei der Auslegung der Unerlässlichkeit (Rn. 101 lit. iii)) als auch bei der Definition der sog. Ausschaltung des Wettbewerbs nach Rn. 99 lit. b) in Rn. 103, dass es auf die Ausschaltung *wirksamen* Wettbewerbs ankomme. Die Referenz zu dem an dieser Stelle zitierten Urteil des EuG im Fall *Microsoft*⁶⁰ ist zwar formal zutreffend. Die Leitlinien reflektieren jedoch nicht, dass diese Einschränkung in den maßgeblichen Urteilen des EuGH keine Rolle spielt, worüber sich das EuG in *Microsoft* hinweggesetzt hat.⁶¹ Die Rechtsprechung des EuGH hat mehrfach betont bzw. bestätigt, es komme auf die Ausschaltung „jeglichen“ Wettbewerbs an.⁶²
- 98 Diese Zuspitzung ist auch nicht zufällig. Als der EuGH im Fall *Bronner* erstmals über die Anwendung der schon seinerzeit umfänglich im Schrifttum und von den Kartellbehörden erörterten *essential facilities doctrine*⁶³ zu entscheiden hatte, knüpfte er an die Entscheidung in *Magill*⁶⁴ an. Dort war es bekanntlich um die Beurteilung der Verweigerung der Herausgabe von TV-Programminformationen für die erstmalige Erstellung eines Programmführers gegangen. Die Verweigerung hatte also die Entstehung eines *neuen* Produkts verhindert, wie der EuGH in *Bronner* zutreffend in Erinnerung ruft.⁶⁵ Die Übertragung der Rechtsprechung aus *Magill* und den vorangegangenen Urteilen wollte der EuGH in *Bronner* bewusst nur zurückhaltend vornehmen („*Selbst wenn diese Rechtsprechung zur Ausübung eines gewerblichen Schutzrechts auf die Ausübung eines beliebigen Eigentumsrechts anwendbar wäre* [...]“⁶⁶). Da es in *Bronner* und anderen Fällen physi-

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 19.01.2023, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33 = EuZW 2023, 372 Rn. 37 – *Unilever Italia*; Urt. v. 21.12.2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 = GRUR-RS 2023, 36928 Rn. 127 – *European Superleague*.

⁶⁰ EuG, Urt. v. 17.09.2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 = BeckRS 2007, 70806 Rn. 563 – *Microsoft/Kommission*.

⁶¹ Dort heißt es schlicht (und unzutreffend): „*Hinzu kommt, dass nicht die Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs auf dem Markt nachgewiesen werden muss*“.

⁶² EuGH, Urt. v. 26.11.1998, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569 = BeckRS 2004, 77717 Rn. 41 – *Bronner*; Urt. v. 12.01.2023, C-42/21 P, ECLI:EU:C:2023:12 = EuZW 2023, 285 Rn. 79 – *Lietuvos geležinkeliai*; Urt. v. 10.09.2024, C-48/22 P, ECLI:EU:C:2024:726 = GRUR-RS 2024, 23156 Rn. 89 – *Google Shopping*.

⁶³ Siehe insbesondere *Temple Lang*, Defining Legitimate Competition: Companies Duties to Supply Competitors and Access To Essential Facilities, in: Hawk, Barry (Hrsg.), Annual Proceedings of the Fordham Corp. Law Institute 1994, New York/Den Haag 1995, S. 245 ff.; *Klimisch/Lange*, Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht, WuW 1998, 15 ff.

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 06.04.1995, C-241/91, ECLI:EU:C:1995:98 = BeckRS 2004, 75368 – *RTE und ITP/Kommission*.

⁶⁵ EuGH, Urt. v. 26.11.1998, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569 = BeckRS 2004, 77717 Rn. 40 – *Bronner*.

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 26.11.1998, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569 = BeckRS 2004, 77717 Rn. 41 – *Bronner*.

scher Infrastruktur grundsätzlich schwieriger ist, die tatsächlichen Voraussetzungen der „Unerlässlichkeit“ zu prüfen, als dies bei der Verweigerung einer Lizenz zur Nutzung eines immateriellen Ausschließlichkeitsrecht ist⁶⁷, war dies nur konsequent. Um die „Qualität“ der Ausschließungswirkung eines Rechts des geistigen Eigentums auf andere Ressourcen der Sache nach zu übertragen, musste der Maßstab streng sein.

- 99 Die Leitlinien sollten vor diesem Hintergrund in Rn. 100 ff. dahingehend korrigiert werden, dass die Verhaltensweise – konform mit der ständigen Rechtsprechung des EuGH in Fällen der Zugangsverweigerung – *jeglichen* Wettbewerb ausschließen muss. Nur dann ist der „Test“, dass es sich bei der fraglichen Ressource um einen unerlässlichen Input handelt, korrekt ausgeführt worden.
- 100 Zustimmung findet der Umstand, dass die Leitlinien für die Lieferverweigerung (Zugangsverweigerung) anders als für die anderen Fallgruppen, die unter einen der „spezifischen rechtlichen Tests“ fallen, keine Aussage zur Vermutung der Eignung zur Verdrängungswirkung treffen. Diese muss im Einklang mit dem vorstehend Ausgeführten insoweit positiv nachgewiesen werden, dass die Kartellbehörde feststellt, ohne den Zugang werde jeglicher Wettbewerb ausgeschaltet.

dd) Interessenabwägung

- 101 Die Leitlinien knüpfen in den Rn. 104 bis 106 sodann an die vorstehend erwähnte *Magill*-Rechtsprechung⁶⁸ an. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass das Unternehmen, welches um Zugang nachsucht, sich nicht darauf beschränken sollte, im Wesentlichen die Leistungen anzubieten, die auch das in Anspruch genommene marktbeherrschende Unternehmen auf dem abgeleiteten Markt anbietet (Rn. 106). Im Sinne einer Vorprägung der bei der Lieferverweigerung notwendigen Interessenabwägung sollte eine derartige Leitaussage auch auf die Fälle erstreckt werden, in denen Zugang zu physischer Infrastruktur oder sonstigen Ressourcen begehrt wird, die sich nicht als Input, der durch Rechte geistigen Eigentums geschützt wird, darstellen. Den Anreizen des marktbeherrschenden Unternehmens, zu investieren und zu innovieren, und damit auch den übergeordneten Wettbewerbsinteressen, wird besser gedient, wenn es für die Bejahung eines möglichen Missbrauchs nicht schon ausreicht, dass der Anspruchsteller die Leistungen des Marktbeherrschers schlichtweg kopieren möchte, um an dessen Geschäftsmodell teilzuhaben. Insofern ist auch nicht erkennbar, weshalb ein Input, der durch die Rechte des geistigen Eigentums geschützt ist, im Anwendungsbereich des Missbrauchsverbot einen stärkeren Schutz erhält als sonstiges Eigentum (vgl. Art. 345 AEUV).

⁶⁷ Hier ist per definitionem klar, dass ohne die Lizenz kein Zugriff besteht.

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 06.04.1995, C-241/91, ECLI:EU:C:1995:98 = BeckRS 2004, 75368 – *RTE und ITP/Kommission*.

4. Kampfpreise (Rn. 107–120) und Kosten-Preis-Schere (Rn. 121–136)

- 102 Grundsätzlich begrüßt die Studienvereinigung die Ausführungen in den Leitlinien zu Kampfpreisen (Rn. 107–120) und zur Kosten-Preis-Schere (Rn. 121–136).
- 103 Allerdings regt die Studienvereinigung an, im Hinblick auf die Kampfpreise Einschränkungen hinsichtlich der von den Leitlinien erfassten Fälle, bei denen davon ausgegangen wird, dass sie nicht unter den Leistungswettbewerb fallen (Rn. 53), und bei denen zu vermuten sein soll, dass sie zu Verdrängungswirkungen führen (Rn. 60 lit. b)), vorzunehmen. Streng genommen sind insofern etwa auch kurzfristige Unterkostenpreise – z.B. im Rahmen von Sonderaktionen, etwa für neue Produkte, oder bei drohender Unverkäuflichkeit, etwa bei kurzfristig verderblichen Lebensmitteln – erfasst. In derartigen Fällen liegen Abweichungen Leistungswettbewerb und Verdrängungswirkungen jedoch grundsätzlich fern:
- Beispielsweise bei Sonderaktionen für neue Produkte steht nämlich die Einführung des neuen Produkts bzw. die Schaffung von Interesse an diesem klar im Vordergrund, während ein Abweichen vom Leistungswettbewerb nicht zu erkennen ist. Dementsprechend erkennt auch die Kommission etwa in den Vertikal-Leitlinien das legitime Interesse von Herstellern an speziellem Preisverhalten im Rahmen von Sonderaktionen (wie etwa zur Produkteinführung) an.⁶⁹ Verdrängungswirkungen sind bei derartigen – besonders kurzfristigen – Sonderaktionen zudem nahezu ausgeschlossen oder jedenfalls unwahrscheinlich, weshalb es nicht gerechtfertigt ist, diese von vornherein zu vermuten.
 - Entsprechendes gilt etwa auch für Kampfpreise im Zusammenhang mit drohender Unverkäuflichkeit von Produkten (z.B. bei kurzfristig verderblichen Lebensmitteln), da derartige durch den Normadressaten nicht selbst provozierten Abverkäufe keine Verdrängungszwecke, sondern andere, unternehmerisch legitime Zwecke verfolgen, die mit den Gedanken des Leistungswettbewerbs im Einklang stehen. Jedenfalls sofern es sich bei Kampfpreisen im Zusammenhang mit drohender Unverkäuflichkeit von Produkten um kurzfristige Aktionen handelt, ist es außerdem wiederum nicht gerechtfertigt, Verdrängungswirkungen von vornherein zu vermuten.
- 104 Sofern die Kommission für solche Fälle nicht schon ein Abweichen vom Leistungswettbewerb und/oder Verdrängungswirkungen (bzw. jedenfalls deren „Vermutungen“) verneint, sollte die Kommission derartige Fälle jedenfalls im 5. Abschnitt der Leitlinien zur objektiven Rechtfertigung (Rn. 167–171; näher dazu noch unten, Rn. 131) diskutieren und entsprechend würdigen.

⁶⁹ Kommission, Mitteilung, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 248 v. 30.06.2022, S. 1, Rn. 197. Siehe zu der gebotenen Herstellung von Kohärenz zwischen den Leitlinien und der Vertikal-GVO bereits oben, Rn. 55 ff. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Vertikal-Leitlinien.

5. Bedingte Rabatte (Rn. 138–151)

- 105 Aus Sicht der Studienvereinigung sind in dem Abschnitt der Leitlinien zu den bedingten Rabatten folgende Anpassungen und Ergänzungen erforderlich bzw. jedenfalls zu erwägen:
- 106 Nach Rn. 138 sind bedingte Rabatte solche, „die [...] nicht davon abhängig sind, dass die Abnehmer ihren gesamten Bedarf oder einen wesentlichen Teil desselben bei dem marktbeherrschenden Unternehmen decken“. In Rn. 140, erster Spiegelstrich, werden sodann aber auch sog. „Marktanteilsrabatte“, d.h. Rabatte abhängig vom Anteil der Bedarfsdeckung des Abnehmers, als eine Form bedingter Rabatte aufgeführt, wobei in der Fn. 309 dann auf die Ausführungen in Abschnitt 4.2.1 (Ausschließlichkeitsbindungen) verwiesen wird. Die Abgrenzung zwischen bedingten Rabatten und Ausschließlichkeitsbindungen ist somit nicht klar erkennbar und sollte eindeutiger beschrieben werden.
- 107 Bezüglich der Durchführung des Preis-Kosten-Tests wird in Rn. 144 zum einen darauf hingewiesen, dass dieser Test bei mengenbasierten inkrementellen Rabatten durchzuführen ist (lit. a)), und andererseits werden zwei Fälle benannt, in denen der Test nicht angebracht sein könnte (lit. b)). Nicht ausdrücklich thematisiert wird in Rn. 144 die Erforderlichkeit des Preis-Kosten-Tests bei mengenbasierten rückwirkenden Rabatten, obwohl dann später in Rn. 149 f. die Anwendung dieses Tests auf rückwirkende Rabatte ausführlich thematisiert wird.
- 108 Es wäre hilfreich, wenn bei den Ausführungen in Rn. 145 zu den rechtlichen und wirtschaftlichen Umständen, die bei der Bewertung einer Verdrängungswirkung von Relevanz sind, alle aufgeführten Aspekte näher erläutert würden. Die Leitlinien machen dies nur teilweise (in Rn. 145 lit. c) bis e)). Auch sollte deutlich gemacht werden, dass diese rechtlichen und wirtschaftlichen Umstände in lit. a) bis e) nur in einer Gesamtschau aussagekräftig bewertet werden können, nicht aber einzeln und für sich. In lit. f) verweisen die Leitlinien auf den *As-efficient-competitor*-Test, der die Umstände in lit. a) bis e) einer Gesamtwürdigung zuführt. Die Erwähnung des Tests als letzten Punkt der Aufzählung erscheint ungünstig. Rn. 145 könnte stattdessen wie folgt gefasst werden (Änderungsvorschlag in Rot):

Um festzustellen, ob eine bedingte Rabattregelung geeignet ist, Verdrängungswirkung zu entfalten, sind alle relevanten rechtlichen und wirtschaftlichen Umstände zu untersuchen. Neben den in Abschnitt 3.3 genannten Elementen wäre die Tatsache relevant, dass selbst ein hypothetischer ebenso effizienter Wettbewerber nicht in der Lage wäre, den Verlust der Rabatte auszugleichen, der durch einen Preis-Kosten-Test nachgewiesen wird, um festzustellen, ob das Rabattsystem von einem Leistungswettbewerb abweicht. Ein solcher Test umfasst die folgenden Erwägungen:

[Aufzählung lit. a) bis e)].

- 109 Da der Preis-Kosten-Test mittels des bestreitbaren Teils der Nachfrage durchgeführt wird (Rn. 150), wäre es hilfreich, wenn in Rn. 149 ausführlicher und möglichst anhand von Beispielen erläutert wird, wie und mit welchen Mitteln der bestreitbare Teil der Nachfrage zu bestimmen

wäre. Wenig hilfreich ist demgegenüber die recht lapidare Anmerkung in Fn. 327, wonach „*die Beurteilung des bestreitbaren Teils [...] erheblichen Einschränkungen unterliegen*“ kann.

- 110 In Rn. 151 wird zunächst im ersten Satz auf einen „*tatsächlich berechneten Preis*“ verwiesen, bei dem geprüft werden müsse, ob er unter den „AAC“ liege. Wäre dies der Fall, so liege eine Abweichung vom Leistungswettbewerb vor. Im folgenden Satz wird dann auf den „*effektiven Preis*“ verwiesen (der zuvor in Rn. 150 definiert wurde), der – sofern er unter den „AAC“ liege – auch für die Beurteilung des Vorliegens von Verdrängungswettbewerb relevant sei. Dies erscheint verwirrend und ungenau. Die Kommission meint sicherlich in beiden Sätzen jeweils den zuvor definierten „*effektiven Preis*“. Dieser wird jedoch typischerweise nicht tatsächlich berechnet. Der erste Satz in Rn. 151 sollte daher wie folgt gefasst werden (Änderungsvorschlag in Rot):

Wenn ein Preis-Kosten-Test durchgeführt wird, der zeigt, dass der von dem marktbeherrschenden Unternehmen auf dem bestreitbaren Teil seiner Nachfrage effektiv gesetzte Preis unter den AAC liegt, wird schließlich festgestellt, dass das Rabattsystem von einem Leistungswettbewerb abweicht.

6. Bündel- oder Paketrabatte (Rn. 152–155)

- 111 Im Hinblick auf den Abschnitt der Leitlinien zu den Bündel- oder Paketrabatten regt die Studienvereinigung an, Rn. 153 wie folgt zu ergänzen (Änderungsvorschlag in Rot):

Als Orientierungshilfe für die Bewertung dieser Art von Rabatten gilt entsprechend [...].

- 112 Zudem sollten die Ausführungen in Rn. 155 mittels eines Beispiels klarer erläutert werden. Die Formulierung der Leitlinien lässt im Grunde offen, wann ein Bündel- oder Paketrabatt es „ermöglicht, eine marktbeherrschende Stellung von einem Markt auf einen oder mehrere andere Märkte zu übertragen“. Ebenso erscheint zudem unklar, ob sich die Beurteilung potenzieller Verdrängungswirkungen auf einen bereits beherrschten oder einen (noch) nicht beherrschten Markt (oder beide) bezieht.

7. Selbstbevorzugung (Rn. 156–162)

- 113 Die Studienvereinigung begrüßt den Hinweis, dass Selbstbevorzugung in bestimmten Wirtschaftssektoren weitverbreitet sein kann und eine Analyse aller relevanten Umstände im Einzelfall erforderlich ist, um einen Missbrauch bejahen zu können (Rn. 157). Die Studienvereinigung regt an, zusätzlich die Klarstellung aus dem höchstgerichtlichen Urteil *Google Shopping* anzufügen, wonach „*nicht generell davon ausgegangen werden [kann], dass ein marktbeherrschendes Unterneh-*

men, das seine Waren oder Dienstleistungen günstiger behandelt als diejenigen seiner Wettbewerber, unabhängig von den Umständen des Einzelfalles ein vom Leistungswettbewerb abweichendes Verhalten an den Tag legt“⁷⁰.

- 114 Die Studienvereinigung weist darauf hin, dass der Begriff der Selbstbevorzugung in der derzeitigen Fassung der Leitlinien (Rn. 156, 158) nach seinem Wortlaut mehrere Fallgruppen vertikaler Schadenstheorien (wie z.B. Zugangsbeschränkung oder Kopplung und Bündelung) erfassen würde. In- des handelt es sich nach dem Verständnis der Studienvereinigung bei der Selbstbevorzugung um eine spezielle, eigenständige Form des Missbrauchs durch Hebelwirkung⁷¹, die Sachverhalte adressieren soll (vgl. die Beispiele in Rn. 159), die von den sonstigen Missbrauchsformen im Abschnitt 4 abzugrenzen sind. Die Studienvereinigung regt insofern an, diese Abgrenzung ausdrücklich in die Leitlinien aufzunehmen.
- 115 Überdies besagt Rn. 159 der Leitlinien, dass eine Selbstbevorzugung missbräuchlich sein kann, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Stellung dazu nutzt, um auf einem verbundenen Markt „einen Vorteil zu erlangen“. Hingegen stellt der EuGH in Rn. 187 seines Urteils zu *Google Shopping* darauf ab, dass das

„in Rede stehende Verhalten mit seinen beiden Komponenten, d.h. der Hervorhebung der eigenen Ergebnisse und der Herabstufung der Ergebnisse der konkurrierenden Betreiber, in Anbetracht der Merkmale des vorgelagerten Marktes und der festgestellten spezifischen Umstände diskriminierend sei und nicht dem Leistungswettbewerb entspreche“⁷².

Vor diesem Hintergrund regt die Studienvereinigung an, Rn. 158 der Leitlinien wie folgt umzuformulieren (Änderungsvorschlag in Rot):

*Inbesondere kann die Selbstbevorzugung missbräuchlich sein, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung auf einem bestimmten Markt (dem „Hebelwirkung ausübenden Markt“) nutzt, um auf einem verbundenen Markt (dem „Markt, auf den Hebelwirkung ausgeübt wird“) **seine Wettbewerber zu diskriminieren und einen wettbewerbswidrigen Vorteil zu erlangen.***

- 116 Die Studienvereinigung begrüßt, dass die Leitlinien in Rn. 159 konkrete Fallgruppen⁷³ und in Rn. 161 bestimmte Gesichtspunkte benennen, die darauf hindeuten, dass ein Verhalten von einem Leistungswettbewerb abweicht.

⁷⁰ EuGH, Ur. v. 10.09.2024, C-48/22 P, ECLI:EU:C:2024:726 = GRUR-RS 2024, 23156 Rn. 186 – *Google Shopping*.

⁷¹ Vgl. EuG, Ur. v. 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 = GRUR-RS 2021, 33726 Rn. 240 – *Google Shopping*.

⁷² EuGH, Ur. v. 10.09.2024, C-48/22 P, ECLI:EU:C:2024:726 = GRUR-RS 2024, 23156 Rn. 187 – *Google Shopping*.

⁷³ Die Fallgruppe der „Manipulation von Auktionen“ bezieht sich nach dem Verständnis der Studienvereinigung auf das Kommissionsverfahren AT.40670 – *Google Adtech*. Falls dies zutreffend ist, wäre folgender Zusatz der Form sinnvoll (Änderungsvorschlag in Rot): *Manipulation von Auktionen durch den Betreiber der Auktionsplattform.*

- 117 Gleichwohl stellt es Unternehmen und ihre Rechtsberater vor eine Herausforderung, im Einzelfall rechtssicher zu beurteilen, ob ein Verhalten eine zulässige Selbstbevorzugung darstellt oder als missbräuchlich zu bewerten ist.
- 118 In diesem Kontext wäre eine Aufnahme von Fallbeispielen oder Gesichtspunkten in den Leitlinien nützlich, die gegen eine Missbräuchlichkeit des Verhaltens sprechen.
- 119 Aus ökonomischer Sicht weist die Studienvereinigung darauf hin, dass Unternehmen oft vollständig von Verbundvorteilen mit ihrem bestehenden Dienstleistungsangebot abhängig sind, um als ein wettbewerbsfähiger Marktteilnehmer (und somit als neue Wettbewerbsquelle) auf angrenzenden Märkten auftreten zu können. Zudem kann eine Selbstbevorzugung, die weniger leistungsfähige Wettbewerber von einem nachgelagerten Markt verdrängt, insgesamt zu Effizienzvorteilen und einer Steigerung der Verbraucherwohlfahrt führen.

8. Zugangsbeschränkungen (Rn. 163–166)

- 120 In Abgrenzung zur Fallgruppe der Lieferverweigerung (Zugangsverweigerung) soll die Fallgruppe der Zugangsbeschränkungen die Belieferung unter wettbewerbswidrigen Zugangsbedingungen erfassen (s.o., Rn. 84 ff.). Weder aus rechtlicher noch aus ökonomischer Hinsicht erscheint diese Gruppierung sinnvoll, da Anreize und potenzielle Auswirkungen der beiden Verhaltensweisen dieselben sein dürften: Ob ein Normadressat Lieferungen komplett verweigert, oder arbiträr hohe Preise oder unzumutbare Bedingungen verlangt, ändert nichts an dem praktischen Resultat, dass keine Lieferung erfolgt und ändert damit ebenfalls nichts an den ökonomischen Ergebnissen in Form höherer Preise und/oder niedrigerer Qualität. Außerdem erscheint diese unterschiedliche Behandlung unlogisch, weil sie die Hürde für ein Eingreifen bei weniger restriktivem Verhalten niedriger setzt und die falschen Anreize schafft, da es für ein Unternehmen weniger riskant ist, den Zugang zu verweigern, als ihn zu einem hohen Preis bereitzustellen.
- 121 Die Studienvereinigung begrüßt, dass nach den Leitlinien bei Zugangsbeschränkungen im konkreten Einzelfall nachgewiesen werden muss, dass das Verhalten von einem Leistungswettbewerb abweicht und geeignet ist, Verdrängungswirkungen zu entfalten (Rn. 164). Wie ausgeführt, ist dies eine rechtliche Mindestanforderung, die nach Auffassung der Studienvereinigung ohnehin gewährleistet sein muss (s.o., Rn. 34 ff.).
- 122 Nach Auffassung der Studienvereinigung ist der entscheidende Gesichtspunkt im Rahmen der Zugangsbeschränkung, ob sich das marktbeherrschende Unternehmen selbst zur Zugangsgewährung zu einem Input entschieden hat (Rn. 166 lit. a) und c)); dem gleichzustellen ist der Umstand, dass das Unternehmen rechtlich zu dieser Zugangsgewährung verpflichtet war (Rn. 166 lit. b)).
- 123 Für die genannten Fallgruppen wurde in der Rechtsprechung die in Rn. 165 der Leitlinien genannte Betrachtung aufgestellt, dass niedrigere Hürden für die Feststellung eines Missbrauchs als bei der

Lieferverweigerung gelten sollen, da insoweit ein weniger intensiver Eingriff in die Vertragsfreiheit und die Eigentumsrechte (und damit verbundenen Innovationsanreize) des betroffenen Unternehmens vorliegen soll.

- 124 Anders gelagert erscheint die Konstellation, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen „*einen Input mit dem erklärten Zweck entwickelt, ihn umfassend mit Dritten zu teilen, später aber keinen Zugang zu diesem Input gewährt oder den Zugang dazu beschränkt*“ (Rn. 166 lit. d).
- 125 Die in den Leitlinien zu dieser Fallgruppe zitierten Randnummern 177 bis 185 aus dem *Google Shopping*-Urteil des EuG⁷⁴ stellen vorwiegend auf den grundlegend offenen Charakter einer allgemeinen Suchmaschinen-Infrastruktur ab. Das nachfolgende EuGH-Urteil in dieser Sache bewertete diese Ausführungen indes nicht als entscheidungserheblich.⁷⁵
- 126 Bereits auf der Nachweisebene stellt sich die Frage, wie die Absichten des Unternehmens bei der Entwicklung des Inputs ermittelt werden sollen und auf welchen Zeitpunkt der Investitionsentscheidung des Unternehmens abzustellen ist. In den Schlussanträgen von Generalanwältin *Medina* im Verfahren *Google Android Auto* wird vorwiegend darauf abgestellt, dass Android Auto als offenes Ökosystem konzipiert sei und gerade ein Anreiz für unabhängige Softwareentwickler geschaffen werden sollte, damit kompatible Applikationen zu entwickeln.⁷⁶ Die Studienvereinigung regt an, abzuwarten, ob die Große Kammer des EuGH diesen Ausführungen folgen wird.
- 127 Zudem erscheint bedenklich, wie sich die unterschiedliche rechtliche Behandlung von Lieferverweigerung und Zugangsbeschränkung auf die Innovationsanreize der betroffenen Unternehmen in Fällen auswirkt, bei denen die Entwicklung des Inputs mit Ausgaben für Forschung und Entwicklung einhergeht. Bei der Fallgruppe der Lieferverweigerung erkennen die Leitlinien an, dass ein Zugang zu einem Input, der durch Rechte des geistigen Eigentums geschützt ist, nur unter besonders strengen Voraussetzungen gewährt werden darf (Rn. 105 f.).
- 128 Wenn nun im Rahmen der Zugangsbeschränkung die Hürde für ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen niedriger angelegt wird, obwohl die Zugangsbeschränkung unter Umständen ein weniger restriktives Verhalten als eine völlige Lieferverweigerung darstellt, besteht nach Ansicht der Studienvereinigung die Gefahr, dass Fehlanreize gesetzt werden. Für Unternehmen mag ein geschlossenes Entwicklungsmodell mit vollständiger Zugangsverweigerung als weniger riskante Option erscheinen, als einen von Anfang an (bedingt) offenen Zugang für Dritte bereitzustellen.
- 129 Die Studienvereinigung regt daher an, die Fallgruppe d) in Rn. 166 der Leitlinien zu streichen, da sich insoweit noch komplexe offene Fragen stellen und die Fortentwicklung der einschlägigen Rechtsprechung abgewartet werden sollte. Sie regt ferner an, die Fallgruppen der Lieferverweigerung (Zugangsverweigerung) und Zugangsbeschränkungen zusammenzuführen (s.o., Rn. 85 ff.).

⁷⁴ EuG, Urт. v. 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 = GRUR-RS 2021, 33726 – *Google Shopping*.

⁷⁵ EuGH, Urт. v. 10.09.2024, C-48/22 P, ECLI:EU:C:2024:726 = GRUR-RS 2024, 23156 Rn. 194–199 – *Google Shopping*.

⁷⁶ Schlussanträge der Generalanwältin *Laila Medina* v. 05.09.2024, C-233/23, BeckRS 2024, 22881 Rn. 34 f. – *Google Android Auto*.

Die wettbewerbliche Würdigung ist, wie ausgeführt, nicht kategorial verschieden, sondern über eine Abstufung bei der Interessenabwägung zu lösen. Einer begrifflichen Abtrennung bedarf es nicht; sie ist mit den angeführten Erwägungen auch nicht schlüssig. Die in der jüngeren Rechtsprechung angelegte Differenzierung zwischen „*Bronner-Fällen*“ und „*Nicht-Bronner-Fällen*“ erscheint aus Sicht der Studienvereinigung nicht hilfreich und sollte in den Leitlinien nicht weiterverfolgt werden.

IV. 5. Abschnitt der Leitlinien (Rn. 167–171): Allgemeine Grundsätze für die Beurteilung objektiver Rechtfertigungsgründe

- 130 Die Studienvereinigung begrüßt die Ausführungen in den Leitlinien zu der in der europäischen Rechtsprechung bereits anerkannten grundsätzlichen Parallelität der Rechtfertigungsmöglichkeiten bei Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV, auch wenn es Art. 102 AEUV an einer dem Art. 101 Abs. 3 AEUV vergleichbaren ausdrücklichen Regelung zur Rechtfertigung fehlt.
- 131 Hinsichtlich des Aufbaus des 5. Abschnitts bietet es sich aus Sicht der Studienvereinigung an, die in Rn. 170 enthaltene grundlegende Klarstellung, dass grundsätzlich jede missbräuchliche Verhaltensweise der Rechtfertigung zugänglich ist, den weiteren Ausführungen voranzustellen (z.B. an das Ende von Rn. 167). In diesem Zusammenhang wäre es begrüßenswert, auch konkrete Beispiele aufzunehmen, bei denen die objektive Rechtfertigung nicht unmittelbar auf der Hand liegen mag. Dies kann aus Sicht der Studienvereinigung beispielsweise bei bestimmten Arten von Kampfpreisen der Fall sein. Insbesondere Kampfpreise im Rahmen von Sonderaktionen können zu kurzfristigen Unterkostenpreisen führen. Gleichwohl sind Fallgestaltungen denkbar, in denen diese auch durch marktbeherrschende Unternehmen (jedenfalls) objektiv gerechtfertigt sein dürften (*siehe* hierzu auch bereits oben, Rn. 103).
- 132 Nach Rn. 169 der Leitlinien können etwaige Effizienzvorteile bei Verhaltensweisen mit Verdrängungswirkung nur im Stadium der Prüfung möglicher objektiver Rechtfertigungsgründe berücksichtigt werden. Nach Lesart der Studienvereinigung ist dies so zu deuten, dass für per se missbräuchliche Verhaltensweisen das Vorliegen von Effizienzen nicht auf Tatbestandsebene, sondern auf Ebene der Rechtfertigung zu prüfen ist (*siehe* aber unten, Rn. 136). Jedoch bleibt für die Einrede der objektiven Notwendigkeit offen, ob hier Fallgestaltungen mit tatbestandsausschließender Wirkung denkbar sind.
- 133 Im Hinblick auf den Rechtfertigungsgrund der objektiven Notwendigkeit (Rn. 168) stellen die Leitlinien klar, dass vorbehaltlich einer Angemessenheitsprüfung eine objektive Notwendigkeit sowohl aus legitimen geschäftlichen Erwägungen als auch – zumindest in gewissen Grenzen – aus Erwägungen des öffentlichen Interesses folgen kann. Die Studienvereinigung regt an, die Ausführungen zur Durchführung der Angemessenheitsprüfung näher zu konkretisieren. Rn. 168 der Leitlinien führt zur Angemessenheitsprüfung aus, dass „*die tatsächlichen oder potenziellen Verdrängungswirkungen, die sich aus dem Verhalten ergeben, in einem angemessenen Verhältnis zu dem mutmaßlich notwendigen Ziel stehen* [müssen]“. Unklar bleibt nach dem jetzigen Wortlaut, wie die

Kommission praktisch den Ausgleich zwischen und die Gewichtung von (tatsächlichen oder potenziellen) Verdrängungswirkungen und mutmaßlich notwendigem Ziel vorzunehmen gedenkt: Ist beispielsweise im Hinblick auf die notwendigen verfolgten Ziele zwischen der (zulässigen) Verfolgung legitimer geschäftlicher Erwägungen einerseits und Erwägungen des öffentlichen Interesses andererseits zu differenzieren und rechtfertigt die Verfolgung öffentlicher Ziele stärkere (tatsächliche oder potenzielle) Verdrängungswirkungen als bei der Verfolgung eigener legitimer geschäftlicher Ziele? Überdies nennen die Leitlinien in Fn. 355 lediglich die Widerstandsfähigkeit der Union (Schutz der Lieferketten) als ein Beispiel für „sonstige Erwägungen des öffentlichen Interesses“. Hier wäre – auch im Hinblick auf einen Gleichlauf mit Art. 101 Abs. 3 AEUV – eine Klarstellung dergestalt zu begrüßen, dass auch im Rahmen von Art. 102 AEUV etwa Nachhaltigkeitsaspekte als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen sind.

- 134 Die Ausführungen in Rn. 169 zum Rechtfertigungsgrund der Effizienz dürften vor dem Hintergrund des graduellen Rückzuges der Kommission vom *more economic approach* und des gleichzeitigen jedenfalls formalen Bekenntnisses zur Effizienzeinrede für Verunsicherung bei den Normanwendern führen. Es bleibt unklar, wie angesichts des Spannungsverhältnisses zwischen einer in der Praxis der Kommission verfolgten Fortentwicklung weg vom *more economic approach* einerseits und der als Reaktion der europäischen Gerichte entwickelten Effizienzeinrede, die nun in Rn. 169 der Leitlinien ihren Niederschlag findet, die Effizienzeinrede in der Praxis überhaupt erfolgreich geltend gemacht werden kann. Aufgrund dieses offensichtlichen Zielkonflikts erscheint es nicht fernliegend, dass in der Praxis die Hürden für den Nachweis der Effizienzeinrede unerfüllbar hoch liegen werden.
- 135 Die Leitlinien schließen in Rn. 171 mit Ausführungen zu Beweislast und -maßstab für den Nachweis objektiver Rechtfertigungsgründe. Aus Sicht der Studienvereinigung wäre es zu begrüßen, wenn in Rn. 171 statt einer Aufzählung unzureichender Beweise („[v]age, allgemeine und theoretische Argumente oder solche, die sich ausschließlich auf die eigenen geschäftlichen Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens stützen“) näher konkretisiert würde, welche Beweismittel die Kommission als „signifikante und überzeugende Beweismittel“ erachtet – beispielsweise interne Unternehmensdokumente, wettbewerbsökonomische Gutachten etc. Überdies regt die Studienvereinigung an, den letzten Halbsatz in Rn. 171 zum regelmäßig besseren Zugang von Unternehmen zu Beweismitteln zu streichen („was im Rahmen der Anwendung des Artikels 102 AEUV in der Regel der Fall ist“). Die Kommission liefert weder eine Begründung noch einen Beleg für diese Annahme; auch die in Fn. 367 zitierten Urteile des Gerichts sind insoweit nicht behilflich.
- 136 Die Studienvereinigung regt schließlich u.a. mit Blick auf die jüngere Rechtsprechung der europäischen Gerichte im Bereich des Sportkartellrechts⁷⁷ an, aus dogmatischer Sicht klarzustellen, ob es aus Sicht der Kommission bei dem System von Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtfertigungs-

⁷⁷ EuGH, Urt. v. 21.12.2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 = GRUR-RS 2023, 36928 – *European Superleague*; Urt. v. 21.12.2023, C-124/21 P, ECLI:EU:C:2023:1012 = NZKart 2024, 31 – *ISU*; Urt. v. 21.12.2023, C-680/21, ECLI:EU:C:2023:1010 = NZKart 2024, 27 – *Royal Antwerp Football Club*.

gründen bleibt oder ob diese Rechtsprechung Anlass dazu gibt, die Existenz (schon) *tatbestandsausschließender* „Rechtfertigungsgründe“ auch in den Leitlinien anzuerkennen. Der EuGH hat geurteilt, dass ein Verhalten, das „*möglicherweise*“ unter das Missbrauchsverbot fällt, gerechtfertigt sein kann, wenn es „*objektiv notwendig ist*“ oder wenn die „*hervorgerufene Verdrängungswirkung durch Effizienzvorteile ausgeglichen oder sogar übertroffen*“ wird.⁷⁸ Dies erlaubt das Verständnis, dass der Missbrauchsvorwurf schon auf „Tatbestandsebene“, nicht erst auf „Rechtfertigungsebene“ entfällt. Die objektive Notwendigkeit als tatbestandsausschließendes Moment ist im Anwendungsbereich des Kartellverbots mit der Figur der notwendigen Nebenabrede unstrittig. Die in den neueren Urteilen anklingende Kompensation der Verdrängungswirkung durch für den Verbraucher wirksame Vorteile lässt ebenfalls den Schluss zu, dass das Tatbestandsmerkmal der Verdrängungswirkung neutralisiert wird („*ausgeglichen*“, „*übertroffen*“) und daher schon im Ansatz kein missbräuchliches Verhalten mehr gegeben ist.

* * *

An der Erstellung dieser Stellungnahme waren die folgenden Mitglieder der Studienvereinigung beteiligt:

Thorsten Mäger (Koordinator, Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung), Mette Alfter, Niels Frank, Ela Glowicka, Florian Haus, Petra Linsmeier, Thomas Lübbig, Sarah Milde, Tobias Pesch, Stefan Sirries, Peter Stauber, Peter Thyri, Kathrin Westermann (Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung) und Ingo Brinker (Vorsitzender des Vorstands der Studienvereinigung).

⁷⁸ EuGH, Urt. v. 21.12.2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 = GRUR-RS 2023, 36928 Rn. 202 – *European Superleague*.

Inhaltsverzeichnis

A.	Die Studienvereinigung	1
B.	Einleitung.....	2
I.	Beitrag zur Rechtssicherheit	2
II.	Stil der Leitlinien	4
III.	Unbestimmte Rechtsbegriffe	4
IV.	Investment und Innovation.....	5
C.	Zu den Inhalten der Leitlinien.....	5
I.	2. Abschnitt der Leitlinien (Rn. 17–42): Allgemeine Grundsätze für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung	5
1.	Allgemeine Bemerkungen zur Bedeutung der Methoden der Marktabgrenzung	5
2.	Zur Gefahr der Verallgemeinerung spezifischer Phänomene aus Einzelfällen	6
3.	Zur praktischen Bedeutung von Marktanteilen für die Beurteilung von Marktmacht.....	6
II.	3. Abschnitt der Leitlinien (Rn. 43–75): Allgemeine Grundsätze für die Feststellung, ob Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen missbräuchlich sein können, insbesondere:	7
1.	Der Test zur Feststellung von einem Behinderungsmissbrauch.....	7
2.	Zu dem ersten Schritt: „Leistungswettbewerb“ (Rn. 49–58)	9
3.	Zu dem zweiten Schritt: „Verdrängungswirkungen“ (Rn. 59–75)	10
4.	„Vermutungen“ (insbesondere Rn. 60 lit. b)).....	11
a)	Wettbewerbsökonomische Erwägungen.....	11
b)	Rechtliche Erwägungen	12
5.	„Ebenso effiziente“ und „weniger effiziente“ Wettbewerber.....	13
a)	Rechtliche Erwägungen	13
b)	Wettbewerbsökonomische Erwägungen.....	16
III.	4. Abschnitt der Leitlinien (Rn. 76–166): Grundsätze für die Feststellung, ob bestimmte Kategorien von Verhaltensweisen missbräuchlich sein könnten .	16
1.	Ausschließlichkeitsbindungen (Rn. 78–83)	16
a)	Begriff.....	16
b)	Wettbewerbliche Würdigung.....	17
aa)	(Keine) Abweichung vom Leistungswettbewerb	17
bb)	Eignung zur Verdrängungswirkung.....	19
(1)	Normadressat als unvermeidbarer Handelspartner	20
(2)	Dauer	21
2.	Kopplung und Bündelung (Rn. 84–95)	22
a)	Anerkennung legitimer technischer, sicherheits- und markenbezogener Gründe für Kopplung und Bündelung	22
b)	Marktabgrenzung bei Kopplung und Bündelung.....	23
c)	Die Notwendigkeit einer dynamischen Marktabgrenzung bei gekoppelten Märkten	23
d)	Produkte und Dienstleistungen ohne monetären Preis	24
3.	Lieferverweigerung (Rn. 96–106).....	24

a)	Begriff.....	24
b)	Abgrenzung zur Zugangsbeschränkung.....	25
c)	Tatbestandsvoraussetzungen der Lieferverweigerung (Zugangsverweigerung)	26
aa)	Nachfrage darf sich nur auf eine unerlässliche Leistung beziehen.....	26
bb)	Objektiver Maßstab.....	27
cc)	Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung.....	28
dd)	Interessenabwägung.....	29
4.	Kampfpreise (Rn. 107–120) und Kosten-Preis-Schere (Rn. 121–136).....	30
5.	Bedingte Rabatte (Rn. 138–151)	31
6.	Bündel- oder Paketrabatte (Rn. 152–155).....	32
7.	Selbstbevorzugung (Rn. 156–162)	32
8.	Zugangsbeschränkungen (Rn. 163–166).....	34
IV.	5. Abschnitt der Leitlinien (Rn. 167–171): Allgemeine Grundsätze für die Beurteilung objektiver Rechtfertigungsgründe.....	36