

**Stellungnahme**

**Entwurf der Leitlinien der  
EU-Kommission zum  
Behinderungsmissbrauch**

**Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.**

Stand: 30.10.2024

## I. Allgemeines

Die Europäische Kommission hat am 01.08.2024 den Entwurf von Leitlinien zu Art. 102 AEUV über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Behinderungsmissbrauch veröffentlicht. Die Zielsetzung der Europäischen Kommission, die Rechtssicherheit bei der Rechtsanwendung zu erhöhen und die Rechtsprechung der EU-Gerichte sowie die umfangreichen Erfahrungen der Kommission integrieren, ist äußerst unterstützenswert. Leitlinien, die die bisherige Rechtsprechung und Fallpraxis akkurat und präzise wiedergeben, könnten einen wertvollen Beitrag zur Selbstveranlagung seitens der Unternehmen geben.

Der Entwurf wird insoweit begrüßt, als

- neue Rechtsprechung der EU-Gerichte zusammengefasst und kategorisiert wird;
- durch ausführliche Darstellung der unterschiedlichen Tatbestände von Behinderungsmissbrauch die Selbsteinschätzung der Marktteilnehmer erleichtert werden soll;
- Verfahrensbeschleunigungen angestrebt werden. Dies darf allerdings nicht mit einer unverhältnismäßigen Verlagerung der Beweislast auf die betroffenen Unternehmen einhergehen (siehe dazu unten).

Allerdings ist auffallend, dass die Kommission an einige Stellen die Rechtsprechung der Unionsgerichte zu Art. 102 AEUV in einer Weise auslegt, die über den Aussagegehalt der Gerichtsentscheidungen hinausgeht. In dieser Hinsicht betreibt die Kommission Rechtsfortbildung was zu einem Weniger an Rechtssicherheit führen würde. Jedenfalls wäre unklar, ob die Gerichte der teilweise von der bisherigen Rechtsprechung abweichenden Auslegung durch die Kommission in den nächsten Jahren Folge leisten würden.

Wünschenswert wäre neben einer akkuraten Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechung auch eine weiterführende Orientierung für die Unternehmen, z. B. in Form von Fallbeispielen. Auch wäre die Einführung von Safe Harbours, der sich bei den Gruppenfreistellungen im Kartellrecht bewährt hat, in diesem Zusammenhang überlegens- und wünschenswert.

Es ist auffallend, dass die Europäische Kommission in ihrem Leitlinienentwurf eine Abkehr bzw. eine Abschwächung des bisherigen auswirkungsbaasierten Ansatzes (*more economic approach*) und eine Hinwendung zu einem eher formalen oder legalistischen Ansatz vorschlägt, der sich auch auf Vermutungen stützt, dass verschiedene Verhaltensweisen einen

**Bundesverband der  
Deutschen Industrie e.V.**

*Lobbyregisternummer*  
R000534

*Hausanschrift*  
Breite Straße 29  
10178 Berlin  
*Postanschrift*  
11053 Berlin

*Ansprechpartner*  
Dr. Ulrike Suchsland  
T: +49 30 2028-1408  
F: +49 30 2028-2408

*E-Mail*  
u.suchsland@bdi.eu  
*Internet*  
www.bdi.eu

Behinderungsmissbrauch darstellen. Dadurch wird die Beweislast auf die marktbeherrschenden Unternehmen verlagert. Das steht im Gegensatz zum aktuellen Trend in der Rechtsprechung der EU-Gerichte, die sich von einem formellen Ansatz bei Art.102 AEUV entfernt haben.

Die Abschwächung des *more economic approach* heißt der BDI nicht gut. Im Kern enthält er die Mutmaßung, dass eine starke Ökonomisierung die Effektivität der Missbrauchsaufsicht übermäßig einschränkt und zu längeren Verfahren führt.

Den zweistufigen neuen Ansatz der Kommission, nach Leistungswettbewerb und Verdrängungswirkung zu differenzieren und neue Fallgruppen zu schaffen, bei denen eine Vermutungswirkung mal mehr und mal weniger greift, hält der BDI nicht für förderlich, mehr Rechtsklarheit und eine größere Anwenderfreundlichkeit herzustellen. Es handelt sich teilweise um neue Auslegungsansätze, die von der Rechtsprechung nicht abgedeckt werden.

In Verbindung mit neuen und geänderten Vermutungsregelungen, z. B. auch in Bezug auf eine marktbeherrschende Stellung, und einer Beweislastumkehr könnten die Verteidigungsmöglichkeiten der Unternehmen verkürzt werden.

Es fehlt auch an tragbaren Ansätzen, wie die lange Verfahrensdauer von Missbrauchsverfahren verkürzt werden könnte. Eine Verfahrensbeschleunigung durch eine Beweislastumkehr herbeiführen zu wollen, steht zum einen unter dem Vorbehalt der Praktikabilität und zum anderen unter dem Vorbehalt der gerichtlichen Überprüfung. Ob die Verfahren dadurch kürzer werden, dass der Hauptumfang der Prüfung infolge der Vermutungswirkungen auf die Rechtfertigungsebene verlagert werden würde, mag bezweifelt werden. Eine Beschleunigung der Verfahren müsste auf andere Weise erfolgen .

Auch bei einer schnelleren und effektiveren Durchsetzung von Art. 102 AEUV sollte man auf eine Auswirkungsanalyse nicht verzichten. Es sollte geprüft werden, ob sich Fallgruppen identifizieren ließen, bei denen auf eine eingehende Untersuchung verzichtet werden kann.

Der BDI hatte sich in der Vergangenheit für den *more economic approach* im Wettbewerbsrecht ausgesprochen, da er zu einer größeren Einzelfallgerechtigkeit führt. Der *more economic approach* steht für eine auswirkungs-basierte Kartellrechtsanwendung, die ihre Eingriffe am Maßstab der Konsumentenwohlfahrt orientiert, wobei der Schutz des Wettbewerbs nicht als Selbstzweck, sondern als Mittel zum Zweck erachtet wird. Anstelle des

Schutzes des Wettbewerbs (einschließlich der Konsumentenwohlfahrt) soll jetzt anscheinend der „Schutz des Wettbewerbers“ in den Mittelpunkt der Betrachtung rücken. Jedenfalls will die Kommission den AEC-Test jetzt nur noch optional und durch die Einbeziehung „noch nicht so effizienter“ oder potentieller Wettbewerber anwenden.

Die Vorschläge der Europäischen Kommission verlagern den wettbewerbspolitischen Schwerpunkt der Kartellrechtsanwendung weg von der Verbraucherwohlfahrt, indem eine Verdrängungswirkung bestimmter Verhaltensweisen und eine direkte Schädigung der Verbraucher nicht mehr nachgewiesen werden müsste. Eine Aufgabe oder Reduzierung der auswirkungsbasierten Analyse und die Einführung von Vermutungsregeln für bestimmte Praktiken sowie die Verlagerung der Beweislast in bestimmten Fällen mögen zwar für die Kommission eine gewisse Arbeitserleichterung in der ersten Phase des Verfahrens bedeuten. Allerdings wäre dieser Ansatz mit einer größeren Fehleranfälligkeit behaftet und hat die Konsumentenwohlfahrt nicht im Blick. Der BDI kann nicht dazu raten. Der Leitlinienentwurf sollte gründlich überarbeitet werden.

Sollte es im Ergebnis nicht zu einer grundlegenden Überarbeitung kommen, sollten sich bei einem weniger auswirkungsbasierten Ansatz etwaige Fehleranfälligkeiten zu Lasten der Unternehmen zumindest ggf. in einem geänderten Sanktionsrahmen widerspiegeln.

## **II. Im Einzelnen**

Der Entwurf wird insgesamt kritisch gesehen und bedarf einer grundlegenden Überarbeitung. Die Europäische Kommission nimmt für sich in Anspruch, die Leitlinien vorhersehbar und transparent zu gestalten (Rn.4), also Rechtssicherheit in einem funktionierenden Wettbewerb erzeugen zu wollen. Dieses Ziel sollte nicht aus den Augen gelassen werden.

Der Entwurf der Leitlinien ist ein Überblick über die (selektive) Auslegung von mehr als 100 Fällen durch die Kommission, mit 367 Fußnoten und fast keinen praktischen Hinweisen, wie die Unternehmen die (teilweise von der Rechtsprechung abweichenden) Anforderungen erfüllen sollen.

Der Entwurf ist unter anderem in folgenden Punkten verbesserungsfähig (ohne Anspruch auf Vollständigkeit):

## Fälle der Digitalökonomie

Die in der Online-Welt gerichtlich festgestellten Fälle von Behinderungsmissbrauch lassen sich nicht ohne Weiteres auf die Offline-Welt übertragen. Hier muss genau hingesehen werden, um nicht Regeln zu verallgemeinern, die nicht verallgemeinerungsfähig sind. Der Kommission ist bereits mit dem DMA ein wirksames Werkzeug an die Hand gegeben, um Missbrauch durch Gatekeeper zu begegnen. Ein Beispiel könnte ggf. Self-Preferencing On- und Offline sein. So scheinen die Fälle von Selbstbevorzugung („self-preferencing“) in der Online-Welt recht klare Missbrauchsfälle zu sein, z.B. Google-Shopping. In der Offline-Welt ist das nicht der Fall. Wie weit das Verbot der Selbstbevorzugung in der Offline-Welt geht, ist unseres Erachtens nicht umfassend geklärt. Es sollte jedenfalls nicht so weit gehen, dass der Marktherrscher sich selbst benachteiligen müsste, z.B. durch das Bereitstellen von Entwicklungskapazitäten, die dann im Innovationswettbewerb fehlen würden.

## Marktbeherrschung

Zunächst sollte klargestellt werden, dass Märkte einzelfallbezogen definiert werden müssen. Marktdefinitionen können sich je nach betrachtetem Zeitraum oder zu überprüfendem Verhalten unterscheiden.

Weitere Rechtsunsicherheit entsteht durch die Ausführungen zur Einzelmarktbeherrschung (Rn 25 ff). Die Schwelle für die Marktbeherrschung von 40 % wird verwischt, indem eine Marktbeherrschung auch bei Marktanteilen zwischen 10 und 50 % in Aussicht gestellt wird. Ab einem Marktanteil von 10 % gibt es damit keinen sicheren Hafen mehr.

Bei Marktanteilen von weniger als 10 % soll das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ausgeschlossen sein, es sei denn, es liegen außergewöhnliche Umstände vor. Das bedeutet, selbst unter 10 % Marktanteil soll in Ausnahmefällen eine Marktbeherrschung angenommen werden können (FN 41).

In den Leitlinien von 2008 hieß es noch, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung unterhalb von 40 % Marktanteil unwahrscheinlich sei. In den nach 2008 bearbeiteten Fällen lagen die Fälle, in denen eine

marktbeherrschende Stellung angenommen worden ist, nicht bei Marktanteilen unter 50 %. In den meisten Fällen lagen die Marktanteile über 70 %.

Bei Rn 70 werden im Rahmen der Beurteilung eines missbräuchlichen Verhaltens (das Verdrängungswirkungen entfaltet) auch die Merkmale der Marktbeherrschung herangezogen, eine Art Doppelverwertung: Ist der Anwender „superdominant“ oder „überaus marktmächtig“ (Termini aus der Rechtsprechung) „, ist ein Missbrauch umso wahrscheinlicher, s. Rn 70 a, b, c, e. Davon abweichend wird in der Rechtsprechung konstatiert, dass der Grad der Marktmacht sich jedoch grundsätzlich eher auf die Tragweite der Auswirkungen des Verhaltens des fraglichen Unternehmens als auf das Vorliegen eines Missbrauchs als solchen auswirkt (vgl. Fn 165, Rechtssachen TOMRA, dort Rn 39, TeliaSonera Sverige, dort Rn 81). Sollten die Leitlinien weiterhin ein missbräuchliches Verhalten aufgrund der besonderen Marktdominanz für wahrscheinlicher halten, sollte dann auch konkreter benannt werden, wo die Kommission eine „Superdominanz“ beginnen lässt, z. B. ab einem Marktanteil von 70% oder höher.

Aus Sicht des BDI wäre es sinnvoll, wenn die Leitlinien einen „soft safe harbour“ von in der Regel weniger als 50 % Marktanteil vorsehen würden; Ausnahmen könnten auf der Basis einer Einzelfallanalyse avisiert werden.

### Neuer zweistufiger Test: Leistungswettbewerb und Verdrängungswirkungen

Die EU-Gerichte haben Verdrängungsmissbrauch als ein Verhalten definiert, das vom Leistungswettbewerb abweicht und Verdrängungswirkungen haben kann. Der Leitlinienentwurf strukturiert diese Rechtsprechung in Form eines allgemeinen zweistufigen Tests, um festzustellen, ob das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen einen Behinderungsmissbrauch darstellen kann.

Der Ansatz der Kommission, nach Leistungswettbewerb und Verdrängungswirkung zu differenzieren (Rn 45) und neue Fallgruppen zu schaffen, ist alles andere als vorhersehbar. Während die Rechtsprechung den Schwerpunkt der Feststellung des Missbrauchs in der Feststellung wahrscheinlicher oder tatsächlicher Verdrängungswirkungen sieht, will die Kommission jetzt zunächst eine unabhängige Feststellung durchführen, ob ein bestimmtes Verhalten vom Leistungswettbewerb abweicht (Rn 45 und 49ff). Der Begriff des Leistungswettbewerbs nimmt im Entwurf eine zentrale Rolle ein, ohne dass er näher definiert wird (Rn 49-58).

Es fällt auf, dass die Kommission bei der Feststellung des Leistungswettbewerbs die Messlatte sehr niedrig ansetzt und sich das Recht vorbehält, alles unter Missbrauchsgesichtspunkten zu prüfen, was nicht als „Leistungswettbewerb“ gilt. Wenn der Leitlinienentwurf unter Rn 49 ausführt: „Ein (marktbeherrschendes) Unternehmen kann angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen ergreifen, die es für geeignet hält, um seine geschäftlichen Interessen zu wahren, sofern es nicht darauf abzielt, seine marktbeherrschende Stellung zu verstärken **ODER** zu missbrauchen“ ist dies zumindest missverständlich. Einem marktbeherrschenden Unternehmen ist es verwehrt, seine marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen, nicht aber sie missbrauchsfrei auszubauen. Die Rechtsprechung scheint hier – anders als der Leitlinienentwurf – einen kumulativen Maßstab anzulegen (vgl. *United Brands*, Rn 189: “ (...) jedoch ist ein derartiges Verhalten nicht zulässig, wenn es gerade auf eine Verstärkung dieser beherrschenden Stellung **UND** ihren Mißbrauch abzielt“). Das bedarf der Klarstellung.

Die Ausführungen der Kommission in den Rn 49-58 (Verhaltensweisen, die von einem Leistungswettbewerb abweichen), legen die Vermutung nahe, dass die Kommission versucht, den auf den wirtschaftlichen Auswirkungen basierenden Ansatz der Gerichte (seit *Post Danmark I*) teilweise rückgängig zu machen, indem sie die Beweislast reduzieren möchte, sowie ein Verhalten als vom Leistungswettbewerb abweichend beschrieben werden kann.

Steht fest, dass das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens nicht unter den Leistungswettbewerb fällt, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob dieses Verhalten Verdrängungswirkungen haben kann.

Die Beweislast für die Kommission, dass ein Verhalten zumindest geeignet ist, eine Verdrängungswirkung zu bewirken, soll dabei variieren (Rn 59ff). Diese Wirkung muss mehr als nur hypothetisch sein, muss allerdings keine tatsächlichen Verdrängungswirkungen entfalten (Rn 61). Es reicht aus, dass das Verhalten geeignet ist, die wirtschaftliche Unsicherheit in Bezug auf den Markteintritt/die Expansion von Wettbewerbern zu beseitigen (Rn 147 m.w.N). Allerdings scheint diese Aussage weiter als die Rechtsprechung (Lundbeck) zu gehen. Der Gerichtshof in der Rechtssache Lundbeck (T-472/13, Urteil v. 2016, Rn 363) hat erst in einem Verhalten, das den gesamten Wettbewerb, auch den potenziellen, auf dem Markt ausschaltet, ein Verhalten gesehen, das geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Nach Meinung der Kommission kommt es für den Nachweis einer Verdrängungswirkung auch nicht auf die tatsächliche Wettbewerbsbeeinträchtigung (Rn 32) oder einen unmittelbaren Schaden für den Verbraucher (Rn 72) oder darauf an,

dass die tatsächlichen/potentiellen Wettbewerber ebenso effizient sind (Rn 73).

Hinsichtlich der Vermutungswirkung sollen verschiedene Abstufungen gelten. Für sechs Kategorien von Verhaltensweisen (Ausschließlichkeitsbindungen, Kopplungen und Bündelungen, Lieferverweigerungen, Kampfpreise, Kosten-Preis-Scheren, reine Beschränkungen) soll bereits davon ausgegangen werden, dass es sich nicht um Leistungswettbewerb handelt (Rn 53, 54). Vermutlich wird damit eine unwiderlegliche Vermutung angedeutet.

Für einen enger formulierten Katalog von Verhaltensweisen (u. a. nur bestimmte Kosten-Preis-Scheren und Kopplungen und nicht für Lieferverweigerungen) soll außerdem „vermutet“ werden, dass sie geeignet sind, Verdrängungswirkungen herbeizuführen (Rn 60 lit. b)). Diese Vermutung soll das marktbeherrschende Unternehmen widerlegen können.

Für reine Beschränkungen soll eine besonders strenge Vermutung gelten, die nur in „sehr außergewöhnlichen Fällen“ widerlegt werden kann (Rn 60 lit. c)).

Darauf aufbauend formuliert die Kommission drei Fallgruppen, in denen die Beweislast unterschiedlich ausformuliert wird, und zwar für (i) reine Beschränkungen (Rn 60c) (ii) Verhaltensweisen mit speziellen rechtlichen Tests (Rn 77-136) und (iii) Verhaltensweisen ohne rechtliche Tests (Rn 138-166). Offenbar sind diese Fallgruppen in ihrer Reihenfolge als ansteigend hinsichtlich der Beweislast zu sehen, also im Sinne von (i) geringe Beweislast bis zu (iii) hohe Beweislast. Hier arbeitet die Kommission darauf hin, in den Fallgruppen (i) und (ii) zu Per-Se-Verletzungen zu gelangen, in denen die Verdrängungswirkung als zweites Tatbestandsmerkmal entweder gar nicht mehr nachzuweisen ist, oder in dem es dem Verletzer aufgebürdet wird, die fehlende Verdrängungswirkung nachzuweisen. Das gilt etwa für den Fall der Zerstörung essentieller Infrastruktur („Litauischer Schienenfall“ - Rn 60c) oder auch bei Exklusivitätsvereinbarungen (siehe „Intel“ und „Qualcomm“).

Mag die erste Fallgruppe noch eine Ausnahmeerscheinung sein, begegnet ein Per-Se-Ansatz bei Exklusivitätsvereinbarungen großen Bedenken, da sich dies direkt gegen die vom EuGH in „Intel“ und „Qualcomm“ formulierten Anforderungen an den Beweis der Verdrängungswirkung mittels des AEC-Tests wendet.



Die Beweisanforderungen verschwimmen und verschieben sich weiter, wenn man sieht, dass die Kommission selbst zwischen den Fallgruppen oben (ii) und (iii) die Grenzen verwischt, indem sie bei sonstigen Bündelungen und Lieferverweigerungen die Verdrängungswirkung erst einmal annimmt, während das für die bedingten Rabatte und die Eigenbevorzugung nicht gelten soll. Allerdings gibt es bei den bedingten Rabatten wiederum keinen sicheren Hafen für Preise über den Kosten, was im Widerspruch zur zentralen Rolle des AEC-Tests in der Rechtsprechung zum Preisverhalten steht. Im Ergebnis dehnt sich damit die Beweislastumkehr bei den bedingten Rabatten auch weit in den Bereich oben (iii) aus, womit sie fast umfassend wird. Das ist in keiner Weise mit der Rechtsprechung vereinbar.

### Einordnung der Vermutungsregelungen und Verschiebung der Beweislast

Der Entwurf erweckt den Eindruck, dass die Kommission mit neuen Vermutungsregelungen die Agenda verfolgt, graduell die Koordinaten der Beweislast zu ihren Gunsten zu verschieben. Dies geschieht vor dem Hintergrund der Entscheidungen „Intel“ (EuG nach Zurückverweisung durch EuGH) und „Qualcomm“ (EuG) aus dem Jahr 2022 sowie „Unilever Italia“ (EuGH) aus 2023, in denen die Beweislast zu Ungunsten der Kommission neu justiert wurde, siehe hierzu auch aktuell „Google Shopping“ und „Google AdSense“. Entscheidend sind die Aussagen zur Beweislastverteilung bzw. den Vermutungen (s. Rn 47, 53 ff., 60. S. oben).

Die vorgeschlagenen (nur teilweise) widerlegbaren rechtlichen Vermutungen geben der Kommission nun einen großen Ermessensspielraum. Dies kann zu Rechtsunsicherheit und vor allem zu einer Regulierung durch die Hintertür führen.

Es ist auch zu bedenken, dass der EuGH der Kommission umfangreiche Ermittlungspflichten aufgegeben hat, die mit einer starken bzw. sehr starken Vermutungswirkung in Konflikt stehen (in Unilever Italia, Rn 42, 45). Auch Ausschließlichkeitsbindungen sind nach diesem Urteil „nicht automatisch geeignet, Wettbewerber zu verdrängen“ (s. unten). Auch das Intel-Verfahren legt der Kommission höhere Nachweisanforderungen auf. Und in „Google Shopping“ gibt der EUGH der Kommission auf, dass diese stets alles relevanten tatsächlichen Umstände würdigen und diese sich auf genaue konkrete Analyse- und Beweiselemente stützen müsse.

Der Entwurf begnügt sich zudem nur mit wenigen oder gar keinen Anleitungen, wie die weitreichenden Vermutungen zu widerlegen sind. Es fehlt an klaren Formulierungen der Vermutungen sowie an Aussagen, inwieweit diese auf wirtschaftlichen Analysen und Erfahrungen beruhen und mit einem symmetrischen Standard widerlegt werden können. Es ist auch nicht Sache der Kommission, zu entscheiden, welche Vermutungen leicht zu widerlegen sind, sondern es kommt auf den spezifischen Sachverhalt an. Ohne nähere Hinweise besteht die Gefahr, dass die Kommission in der Praxis unangemessene Anforderungen an die Widerlegung der Tatsachen stellt. Der Entwurf der Leitlinien sollte darstellen, wie der Gegenbeweis und eine Effizienzverteidigung eines Unternehmens gegen solche Vermutungen aussehen können.

### As-efficient-competitor-Test

Darüber hinaus wird in Rn 73 der AEC-Test (*As Efficient Competitor*-Test), der sich für den Nachweis eines Missbrauchs in Bezug auf Preispraktiken als nützlich erwiesen hat, erheblich relativiert (s. o.). Die Kommission schlägt vor, dass sie nicht nachweisen muss, dass die tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber, die von dem Verhalten betroffen sind, „ebenso effizient“ sind wie das marktbeherrschende Unternehmen. Dies ist eine bedauerliche Abkehr von einem eher „effizienzorientierten“ Ansatz.

Bereits im März hatte die Europäische Kommission in einer Mitteilung avisiert, dass sie in Märkten, die durch Netzeffekte oder andere hohe Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, Praktiken eines marktbeherrschenden Unternehmens untersuchen kann, die geeignet sind, Wettbewerber, die (noch) nicht so effizient sind wie das marktbeherrschende Unternehmen, vom Markt auszuschließen. Das kündigte bereits eine Änderung des Anwendungsmaßstabs des „*As Efficient Competitor*“-Test (AEC-Test) unter Einbeziehung potenzieller Wettbewerber an. Den AEC-Test sieht die Kommission nach dem Leitlinienentwurf anscheinend nur noch dann als erforderlich an, um festzustellen, ob ein Verhalten vom Leistungswettbewerb abweicht, wenn es sich um Verdrängungspreise und Kosten-Preis-Scheren handelt, und bei bedingten Rabattsystemen (Fn 127 m.w.N.), nicht aber bei der Beurteilung von nicht-preisbezogenen Verhaltensweisen.

Bei Anwendung des AEC-Tests versucht die Kommission auch die Grenzen weiter zu verschieben, indem sie nicht nur auf Verdrängungswirkungen im direkten Markt schaut, sondern auch Nachbarmärkte und Ökosysteme in die Betrachtung einbezieht.

Es scheint zwar zutreffend zu sein, dass die Europäische Kommission nicht verpflichtet ist, stets einen AEC-Test durchzuführen, doch bleibt dieser ein wichtiges Instrument, das nach der Rechtsprechung der EU-Gerichte die Europäische Kommission in (fast) allen Fällen von Behinderungsmissbrauch leiten muss. Wenn die Unternehmen Anhaltspunkte und die Ergebnisse eines AEC-Testes vorlegen, wäre auch dessen Beweiswert zu prüfen (Rn 60). Damit verlagert sich die Prüfung der Kommission von der Tatbestandsebene auf die Rechtfertigungsebene. Ob dadurch die Verfahren beschleunigt werden können, darf man in Zweifel ziehen. Denn die Kommission ist nach der Rechtsprechung weiterhin gehalten, alle Beweise zu berücksichtigen, die vorgelegt werden.

Indem der AEC-Test auch auf (noch) „nicht so effiziente Wettbewerber“ und damit auch auf potenzielle Wettbewerber abstellt, senkt die Kommission den Standard der Verdrängungswirkung im Vergleich zur Gerichtsbarkeit noch weiter ab und rückt anstelle der Verbraucherwohlfahrt und des Schutzes des Wettbewerbs nun vermehrt den Schutz des Wettbewerbers in den Mittelpunkt (Rn 144b, Fn 325). Die Unternehmen können diesen Maßstab kaum prüfen. Die Kommission sollte mehr Leitlinien zu diesen Aspekten geben, anstatt den Test abzuschwächen.

Der Anwendungsumfang des „*As Efficient Competitor*“-Tests sollte in jedem Fall beibehalten werden und auch nicht auf wenige Anwendungsfälle reduziert werden. Artikel 102 AEUV dient nicht dazu sicherzustellen, dass weniger effiziente Wettbewerber als das marktbeherrschende Unternehmen auf dem Markt bleiben (EuGH in *Superleague*, Rn 126f). Wenn der Test durchgeführt wird, sollten seine Ergebnisse auf jeden Fall zusammen mit allen anderen relevanten Beweisen bewertet werden.

## Verschiedene Verhaltensweisen – Ausschließlichkeitsbindungen

Die Leitlinien behandeln Alleinbezug und Alleinbelieferung in Rn 80 ff. gleich. Der BDI ist der Ansicht, dass die Unterscheidung zwischen Alleinbezug und Alleinbelieferung beibehalten werden sollte. Nach der Vertikal-GVO unterliegen Alleinbelieferungsverpflichtungen der Gruppenfreistellungsverordnung und haben geringere negative Auswirkungen auf den Wettbewerb als Alleinbezugsverpflichtungen.

Eine Alleinbelieferungsverpflichtung hat keine Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit eines Wettbewerbers, wenn dieser in der Lage ist, ähnliche Vorleistungen anderweitig zu beziehen. Dies ist ein entscheidender

Unterschied zur Alleinbezugsverpflichtung, bei der jede Ausschließlichkeitsbindung, die ein marktbeherrschendes Unternehmen einem Kunden auferlegt, die Größe des für seine Konkurrenten zugänglichen Marktes verringert und damit immer zu einer gewissen Abschottung der Kunden führt.

Außerdem findet in modernen Lieferketten in der Regel ein erheblicher Know-how-Transfer von einem Abnehmer zu seinem Lieferanten statt, um die Herstellung fortgeschrittener, auf das Geschäft des Abnehmers zugeschnittener Vorleistungen zu ermöglichen. Ausschließliche Lieferverpflichtungen sind eine natürliche Folge eines solchen Austauschs. Dies gilt insbesondere dann, wenn der vorgelagerte Hersteller vor dem Know-how-Transfer keine ähnlichen Produkte hergestellt hat (vgl. Vertikal-Leitlinien, Ziff. 16 Buchstaben e-f und die Bekanntmachung über die Vergabe von Unteraufträgen, Absatz 2). Unserer Ansicht nach ist eine solche verstärkte technologische Zusammenarbeit mit Zulieferern in Verbindung mit ausschließlichen Lieferverpflichtungen im Allgemeinen wettbewerbsfördernd und sollte gefördert werden, solange sie nicht zu echten Beschaffungsproblemen für Wettbewerber führt.

Der BDI meint, dass eine Gleichbehandlung der Ausschließlichkeitsbindungen Innovation und Wissenstransfer in Unternehmen unnötig behindern könnte. So werden beispielsweise große Unternehmen davon abgehalten, qualitätssteigerndes Know-how mit ihren Zulieferern zu teilen, und stattdessen Anreize haben, einen möglichst großen Teil der Lieferkette auszulagern.

Um die Rechtssicherheit weiter zu erhöhen, schlägt der BDI vor, dass die Leitlinien klare Beispiele für missbräuchliches Verhalten und für die in Betracht kommenden Effizienzgewinne enthalten. Darüber hinaus sollte die Kommission für bestimmte Verhaltensweisen „safe harbours“ vorsehen. Beispiele dafür könnten sein (nicht abschließend):

- Rabattstufen (Vorschlag: 5%), bei denen inkrementelle Rabatte per se nicht problematisch sind; oder
- eine Aussage, dass ein Marktbeherrscher mit Liefer-/Kapazitätsengpässen dann nicht missbräuchlich handelt, wenn er knappe Mengen nach einem objektiven Maßstab aufteilt oder nach zeitlichem Orderzugang zuteilt; oder
- Hinweise zur Selbstbevorzugung („self-preferencing“): Nach unserer Auffassung sollte auch ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht

verpflichtet sein, fremden Wettbewerb zu fördern, indem es z.B. für den Support von Wettbewerbern Kapazitäten einsetzen müsste, die ihm dann im eigenen (Innovations-)Wettbewerb fehlen (z.B. Entwicklungskapazitäten). Hier wäre es überdies interessant, wo die Kommission die Grenze zwischen der grundsätzlich anerkannten Bevorzugung des eigenen Vertriebs und dem DMA / Google Shopping-Fall zieht (s. auch oben bei „Fälle der Digital-Ökonomie“).

### Objektive Rechtfertigung – keine Verschärfung

Die sehr generischen und wenig konkreten Ausführungen zu den allgemeinen Grundsätzen für Rechtfertigungsgründe deuten darauf hin, dass es unwahrscheinlich ist, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen sich erfolgreich auf eine objektive Rechtfertigung berufen kann, sobald ein Behinderungsmissbrauch festgestellt wurde (Rn 167 ff). Das gilt insbesondere für reine Beschränkungen und Verhaltensweisen, bei denen davon ausgegangen wird, dass sie zu einer Verdrängung führen. Der Entwurf sollte darstellen, wie eine objektive Rechtfertigung und eine Effizienzverteidigung eines Unternehmens gegen Annahmen eines missbräuchlichen Verhaltens gelingen können.

Nicht hilfreich ist, dass die Kommission nach unserem Eindruck versucht, die Rechtfertigungsgründe im Hinblick auf Sicherheitsbedenken sogar noch weiter einzuschränken. In Rn 168 des LL-E schränkt die Kommission die mögliche Rechtfertigung der Maßnahmen des Marktbeherrschers weiter ein, indem sie ein Vorgehen gegen gefährliche Produkte als potentiell missbräuchlich einstuft. In eben dieser Rn heißt es nämlich:

*„[...] haben die Unionsgerichte bestätigt, dass es einem marktbeherrschenden Unternehmen eindeutig weder zukommt, aus eigener Initiative Maßnahmen zu ergreifen, um Produkte zu eliminieren, die es zu Recht oder zu Unrecht im Vergleich zu eigenen Erzeugnissen für gefährlich oder qualitativ minderwertig hält“ (Fn 356).*

Die Fn 356 verweist auf die Urteile Hilti/Kommission und Tetra Pak/Kommission. Bei Hilti heißt es in Rn 118:

*„Wie die Kommission dargetan hat, gelten im Vereinigten Königreich Rechtsvorschriften, nach denen der Verkauf gefährlicher Erzeugnisse sowie falsche Behauptungen über Eigenschaften eines bestimmten Erzeugnisses*

*geahndet werden können. Auch gibt es Behörden, die für die Anwendung dieser Gesetze zuständig sind. Unter diesen Umständen kommt es einem Unternehmen in beherrschender Stellung eindeutig nicht zu, aus eigener Initiative Maßnahmen zu ergreifen, um Produkte zu eliminieren, die es zu Recht oder zu Unrecht im Vergleich zu eigenen Erzeugnissen für qualitativ [!] minderwertig hält.“ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:61989TJ0030> (Hervorhebungen durch den Verf.)*

Im Urteil Tetra Pak/Kommission wird wiederum Hilti/Kommission ohne inhaltliche Änderungen zitiert.

Hier wird zum einen auf die rechtliche Lage im Vereinigten Königreich Bezug genommen. In Deutschland und anderen Ländern der Europäischen Union dürfte diese eine andere sein, zumal nach nationalen Vorschriften auch Rechtsverstöße durch Wettbewerber geahndet werden dürfen (in Deutschland z. B. nach § 3a UWG). Es müssten also jedenfalls noch weitere Schritte dazu kommen, damit eine im Ausgangspunkt legitime private Durchsetzung des Rechts einen Missbrauch i. S. d. Art. 102 AEUV darstellt. Zum anderen wird bei Hilti auf „qualitativ minderwertig[e]“ keineswegs aber auf „gefährlich[e]“ Produkte Bezug genommen wie in Rn 168 LL-E. Diese Erweiterung ist also gerade nicht von den Unionsgerichten bestätigt. Es mag dahinstehen, ob dies ein redaktioneller Fehler war, oder ob dies ein Versuch ist, mögliche Rechtfertigungsgründe weiter einzuschränken. Beides wird abgelehnt.

---

Der Entwurf der Leitlinien sollte nach den oben dargestellten kritischen Maßstäben gründlich überarbeitet werden. Obwohl die Leitlinien nicht verbindlich sein werden, ist zu erwarten, dass die endgültige Fassung die Geschäftspraktiken innerhalb der EU in nicht unerheblichem Maße beeinflussen wird. Sie werden nicht nur die Durchsetzung von Artikel 102 AEUV durch die Europäische Kommission prägen, sondern, wie die Erfahrung gezeigt hat, wahrscheinlich auch als Bezugsrahmen für die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte dienen. In erster Linie entstünden aber Wettbewerbsnachteile für Unternehmen, die sich aus Vorsicht der strengeren Kommissionsansicht anschließen.

## Über den BDI

Der BDI transportiert die Interessen der deutschen Industrie an die politisch Verantwortlichen. Damit unterstützt er die Unternehmen im globalen Wettbewerb. Er verfügt über ein weit verzweigtes Netzwerk in Deutschland und Europa, auf allen wichtigen Märkten und in internationalen Organisationen. Der BDI sorgt für die politische Flankierung internationaler Markterschließung. Und er bietet Informationen und wirtschaftspolitische Beratung für alle industrierelevanten Themen. Der BDI ist die Spitzenorganisation der deutschen Industrie und der industrienahen Dienstleister. Er spricht für 40 Branchenverbände und mehr als 100.000 Unternehmen mit rund acht Mio. Beschäftigten. Die Mitgliedschaft ist freiwillig. 15 Landesvertretungen vertreten die Interessen der Wirtschaft auf regionaler Ebene.

## Impressum

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI)

Breite Straße 29, 10178 Berlin

[www.bdi.eu](http://www.bdi.eu)

T: +49 30 2028-0

Lobbyregisternummer: R000534

## Ansprechpartner

Dr. Ulrike Suchsland

Abteilung Recht, Wettbewerb und Verbraucherpolitik

T: +49302028-1408

[U.Suchsland@bdi.eu](mailto:U.Suchsland@bdi.eu)

Nadine Rossmann

Abteilung Recht, Wettbewerb und Verbraucherpolitik

T: +3227921005

[N.Rossmann@bdi.eu](mailto:N.Rossmann@bdi.eu)

BDI Dokumentennummer: **D2004**