

MISSBRAUCHSKONTROLLE

Inhaltsübersicht

Seite

A. Begriff der Marktbeherrschung	1
B. Missbrauchsverbot (Sonderregeln nur für dominante Unternehmen).....	7
1. § 5 KartG	8
2. Art 102 AEUV (und Art 54 EWR-Vertrag) ex Art 82 EG	9
C. Fallbeispiele für missbräuchliche Verhaltensweisen.....	10
1. Typologie	10
2. Einzelfälle.....	11
3. Abhilfe	36
D. Missbrauchsverbot bei Machtgefälle: §§ 5a ff FWBG (gem UTP-RL)	38
E. Missbrauchsverbot auch ohne Marktbeherrschung: §§ 1–3 FWBG	40
F. Missbrauchsverbot nach der P2B-VO	42
G. Fragen.....	42

Terminologischer Hinweis: Hier behandelt wird der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung, auch **Marktmachtmissbrauch** genannt.

Davon zu unterscheiden ist der (hier nicht zu behandelnde Begriff) **Marktmissbrauch**, ein Begriff aus dem Kapitalmarktrecht, um ein reibungsloses Funktionieren der Finanzmärkte zu gewährleisten (gemeint ist damit ein verbotener Missbrauch des Kapitalmarktes durch Ausnützung einer Insider-Information, durch Marktmanipulation, Scalping usw).

A. Begriff der Marktbeherrschung

Der EuGH setzte für die Annahme einer beherrschenden Stellung zunächst die Fähigkeit des Unternehmens voraus, einen wirksamen Wettbewerb auf dem fraglichen Markt zu verhindern. In der Rechtssache "*United Brands (Chiquita)*"¹ definiert das Gericht die beherrschende Stellung als "**wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens (...), die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern,**

¹ EuGH 14. 2. 1978, 27/6, *United Brands (Chiquita)*; weiters die Folgejud ua EuGH 13. 2. 1979, 85/76, *Hoffmann-LaRoche/Kommission*, Rz 38; 9. 11. 1983, 322/81, *Michelin/Kommission*. EuG 30. 1. 2007, T-340/03, *France Télécom SA/Kommission*.

indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten." Diese Formulierung ist zur *Standardformel* der Gerichte und der Kommission geworden. Sie vereinigt beide Aspekte (Marktbeherrschung und SLC-Test, dazu siehe 8. Doppelstunde) in einer Definition.

Ein beherrschendes Unternehmen mit einer derartigen Marktmacht könnte die Preise über dem Wettbewerbsniveau festlegen, Produkte von minderwertiger Qualität verkaufen oder seine Innovationsrate unter das Niveau absinken lassen, das auf einem wettbewerbsbestimmten Markt vorhanden wäre. Nach dem Wettbewerbsrecht der EU ist eine beherrschende Stellung nicht verboten, da sie mit legitimen Mitteln des Wettbewerbs erreicht werden kann, zum Beispiel durch das Erfinden und Verkaufen eines besseren Produkts. Die Wettbewerbsregeln gestatten Unternehmen hingegen keinen Missbrauch ihrer beherrschenden Stellung. Das europäische System der Fusionskontrolle (Fusionskontrollverfahren) weicht von diesem Grundsatz insofern ab, als es nicht zulässt, dass fusionierte Einheiten durch den Zusammenschluss eine beherrschende Stellung erreichen oder festigen. Zwei oder mehr eigenständige Wirtschaftseinheiten, die durch eine wirtschaftliche Verbindung auf einem bestimmten Markt zusammenhängen, können ebenfalls gemeinsam eine beherrschende Stellung innehaben. Diese Situation wird als kollektive (gemeinsame oder oligopolistische) beherrschende Stellung bezeichnet. Wie das Gericht in seinem Urteil in der Rechtssache *Gencor* festgestellt hat, besteht rechtlich oder wirtschaftlich gesehen kein Grund, in den Begriff der wirtschaftlichen Verbindung nicht auch die Wechselbeziehung zwischen den Mitgliedern eines beschränkten Oligopols mit einzubeziehen, in dessen Rahmen diese in der Lage sind, ihre jeweiligen Verhaltensweisen vorherzusehen, und daher unter einem starken Druck stehen, ihr Marktverhalten einander anzupassen.

In Österreich gibt es eine Legaldefinition in **§ 4 KartG**:

Die **Generalklausel** (mit abstrakten qualitativen Kriterien) lautet:

§ 4. (1) Marktbeherrschend im Sinn dieses Bundesgesetzes ist ein Unternehmer, der als Anbieter oder Nachfrager

1. keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist oder
2. eine im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; dabei sind insbesondere die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmern, die Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, die Bedeutung seiner Vermittlungsleistungen für den Zugang anderer Unternehmer zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, der Zugang zu wettbewerblich relevanten Daten, der aus Netzwerkeffekten gezogene Nutzen sowie die Umstände zu berücksichtigen, die den Marktzutritt für andere Unternehmer beschränken.²

(1a) Zwei oder mehr Unternehmer sind marktbeherrschend, wenn zwischen ihnen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen.

Die **Vermutung** des § 4 Abs 2 und 2a KartG mit konkreten quantitativen, messbaren Kriterien als widerlegbare gesetzliche Vermutung (Beweislastregel³) lauten:

(2) Wenn ein Unternehmer als Anbieter oder Nachfrager am relevanten Markt

1. einen Anteil von mindestens 30% hat oder
2. einen Anteil von mehr als 5% hat und dem Wettbewerb von höchstens zwei Unternehmern ausgesetzt ist oder
3. einen Anteil von mehr als 5% hat und zu den vier größten Unternehmern auf diesem Markt gehört, die zusammen einen Anteil von mindestens 80% haben,

dann trifft ihn die Beweislast, dass die Voraussetzungen nach Abs. 1 nicht vorliegen.

(2a) Wenn eine Gesamtheit von Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager am relevanten Markt zusammen

1. einen Anteil von mindestens 50% hat und aus drei oder weniger Unternehmern besteht oder
 2. einen Anteil von mindestens zwei Dritteln hat und aus fünf oder weniger Unternehmern besteht,
- dann trifft die beteiligten Unternehmer die Beweislast, dass die Voraussetzungen nach Abs. 1a nicht bestehen.

Ergänzend bestimmt § 4a KartG (ab 10. 9. 2021):

² Neufassung des § 4 Abs 1 Z 2 („die Bedeutung seiner Vermittlungsleistungen für den Zugang anderer Unternehmer“) KartG per 10. 9. 2021.

³ OGH 14. 7. 2009, 4 Ob 60/09s, *Rechtsanwaltssoftware, ACP IT Solutions* gegen *ADVOKAT* wegen *Marktmachtmissbrauchs* – siehe auch 9. Doppelstunde.

Relative Marktmacht

§ 4a. Als marktbeherrschend gilt auch ein Unternehmer, der eine im Verhältnis zu seinen Abnehmern oder Lieferanten überragende Marktstellung hat; eine solche liegt insbesondere vor, wenn diese zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung angewiesen sind. Ein Unternehmer, der als Vermittler auf einem mehrseitigen digitalen Markt tätig ist, gilt auch als marktbeherrschend, wenn die Nachfrager seiner Vermittlungsleistungen auf die Begründung einer Geschäftsbeziehung zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile angewiesen sind.

OGH 16. 7. 2008, 16 Ok 4/08, *D gegen Oberösterreich Tourismus*: Zentrales und in jedem Kommentar zur Marktbeherrschung behandeltes Element der Marktbeherrschung ist die Abgrenzung des relevanten Marktes sowohl in sachlicher als auch in räumlicher, gegebenenfalls auch in zeitlicher Hinsicht, um überhaupt prüfen zu können, ob ein Unternehmen keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist.⁴

Der sachlich relevante Markt wird nach dem sogenannten Bedarfsmarktkonzept ermittelt. Dieses sieht als maßgebliches Kriterium die Substituierbarkeit der Waren bzw. Dienstleistungen untereinander vor, die immer aus Sicht der Marktgegenseite zu ermitteln ist.⁵ Produkte, die aus Sicht der Marktgegenseite nicht der Deckung desselben Bedarfs dienen, gehören nicht demselben sachlich relevanten Markt an. Derselbe Markt liegt vor, wenn sich die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen in ihrem für die Deckung desselben Bedarfs wesentlichen Eigenschaften von anderen wenig unterscheiden, sich also - aus Sicht des Bedarfsträgers der Marktgegenseite - beliebig gegeneinander austauschen lassen.⁶ Entscheidend ist die funktionelle Austauschbarkeit der Waren.⁷

In räumlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.⁸

Als marktbeherrschend ist ein Unternehmen dann anzusehen, wenn es in der Lage ist, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem es die Möglichkeit hat, sich in nennenswertem Umfang unabhängig von seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und von den Verbrauchern zu verhalten.⁹

Marktanteils Grenzen (market share) in der Jud des EuGH:

- (i) Der Inhaber eines rechtlichen oder faktischen **Monopols** auf dem relevanten Markt ist marktbeherrschend. Gleichgestellt sind Quasi-Monopole. Marktanteile von über 75% gelten als "besonders hoch" im dargelegten Sinne, so dass in diesen Fällen - von atypischen Konstellationen abgesehen - eine Marktbeherrschung gegeben ist. In der Spruchpraxis der Kommission lässt sich dessen ungeachtet die Tendenz feststellen, auch in diesem Bereich die Feststellung der Marktbeherrschung mit zusätzlichen Argumenten zu untermauern. In den nachfolgenden Fällen wurde aufgrund des Marktanteils ohne weiteres auf eine beherrschende Stellung geschlossen: bei einem Anteil von 86% auf dem Markt für die Vitamingruppe B2, bei einem Anteil von 79% auf dem Markt für Bauglas, bei einem Anteil von 85% auf einem Zuckermarkt, einem Anteil von 70-80% auf dem Markt für Bolzen für Befestigungsgeräte sowie 90% auf dem Markt für aseptische Verpackungen. Im *AKZO*-Urteil könnte sich die Tendenz andeuten, sogar bei wesentlich geringeren Marktanteilen ohne weiteres eine beherrschende Stellung anzunehmen. Solche Interpretation erscheint indes als zu weitgehend. Marktanteile von unter 50% sind für sich allein nicht aussagekräftig genug. Eine beherrschende Stellung kann aus vielfältigen Gründen entfallen. Auf die Analyse weiterer Indizien kann daher nicht verzichtet werden.

Duopol

⁴ *Vartian* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz § 4 Rz 11 ff, *Hoffer*, Kartellgesetz Kommentar § 4 Punkt 1.4.; *Reidlinger/Hartung*, Das Österreichische Kartellrecht 108 ff.

⁵ 16 Ok 9/01; RIS-Justiz RS0116046; *Hoffer*, Kartellgesetz Kommentar § 4 Punkt 1.4.1.

⁶ 16 Ok 20/04 - Multiplex I, 16 Ok 14/04, Postzeitungsversand; 16 Ok 11/04 - TickTack Freiminuten uva

⁷ 16 Ok 9/01, W-Beteiligungsgesellschaft I; 4 Ob 90/99k, Jahresbonus; 4 Ob 165/98p - Reparatur von Leasingfahrzeugen uva; RIS-Justiz RS0116046; Einzelfälle und Beispiele der sachlichen Marktabgrenzung siehe zB *Hoffer*, Kartellgesetz Kommentar § 4 Punkt 1.4.1; *Reidlinger/Hartung*, Das neue österreichische Kartellrecht, 111; *Gruber*, Österreichisches Kartellrecht § 4 Kartellgesetz 2005 E 40 ff.

⁸ *Reidlinger/Hartung*, Das neue österreichische Kartellrecht, 113; *Hoffer*, Kartellgesetz Kommentar § 4 Punkt 1.4.2. mit Beispielen; Einzelfälle in *Gruber*, Österreichisches Kartellrecht § 4 KartG 2005 E 92 ff.

⁹ OGH als KOG 16 Ok 46/05; OGH 4 Ob 165/98p, *Reparatur von Leasingfahrzeugen*; 4 Ob 90/99k, *Jahresbonus*; *Gruber*, Österreichisches Kartellrecht § 4 KartG 2005 E 140 ff.

Sonderfall des Oligopols: Marktform mit zwei Verkäufern. Im Wettbewerbsrecht wird dieser Begriff häufig auch für Fälle verwendet, in denen zwei Hauptanbieter die Wettbewerbsstruktur beherrschen und sich eine Reihe kleinerer Anbieter an ihr Verhalten anpasst. Die beiden großen Anbieter werden hier als die Duopolisten bezeichnet.

Oligopol

Eine Marktstruktur mit wenigen Anbietern, die ihre Wechselbeziehung bei strategischen Entscheidungen, zum Beispiel über Preise, Produktionsvolumen und Qualität, berücksichtigen. In einem Oligopol ist sich jedes Unternehmen bewusst, dass sich sein Marktverhalten auf die anderen Anbieter und ihr Marktverhalten deutlich auswirkt. Daher werden alle Firmen die möglichen Reaktionen der anderen Akteure ausdrücklich in Betracht ziehen. Im Wettbewerbsrecht wird dieser Begriff häufig auch für Fälle verwendet, in denen ein paar große Anbieter die Wettbewerbsstruktur gemeinsam beherrschen und eine Reihe kleinerer Anbieter sich an ihr Verhalten anpassen. Die großen Anbieter werden hier als die Oligopolisten bezeichnet. Unter gewissen Umständen kann diese Lage als eine kollektive (auch gemeinsame oder oligopolistische) beherrschende Stellung betrachtet werden.

- (ii) Bei Marktanteilen **zwischen 75% und 40% besteht regelmäßig eine beherrschende Stellung**, wenn gleichzeitig weitere Faktoren vorliegen. Es gilt eine Art Verhältnismäßigkeit. Je niedriger der Marktanteil, desto weniger reicht dieser alleine zum Nachweis einer beherrschenden Stellung aus, desto stärker müssen die übrigen Kriterien ins Gewicht fallen. Eine beherrschende Stellung ist zu bejahen bei einem Anteil von 60% und mehr, wenn die nächsten Wettbewerber jeweils nur ein Drittel dieser Größe erreichen. Eine Marktbeherrschung wurde festgestellt bei einem Marktanteil von rund 45%, der ein Mehrfaches des Marktanteils der zweitstärksten Konkurrenten betrug, während die übrigen Wettbewerber im weiten Abstand folgten. Zusätzlich verfügte der Marktführer über umfangreiche Ressourcen und hatte seinen Marktanteil gegenüber aggressiven Angriffen von Konkurrenten verteidigen können. Die Kommission bejahte eine beherrschende Stellung bei einem Anteil von 40-50% auf dem Markt der automatischen Reservierungsdienste für Reisebüros, als die übrigen fünf Wettbewerber jeweils nur etwa 10% der Reisebüros versorgten, ebenso bei einem Anteil von 55% auf dem Biermarkt bei hohen Marktzutrittsschranken und hohem Konzentrationsgrad. Der EuGH erachtete indes einen Marktanteil von 51% für nicht ausreichend, als der nächste Wettbewerber über 30% verfügte und auch sonst keine Indizien für eine Beherrschung sprachen.

Marktmacht

Stärke eines Unternehmens auf einem bestimmten Markt. In ökonomischen Begriffen versteht man vereinfacht gesagt unter Marktmacht, dass Unternehmen in der Lage sind, ihre Preise gewinnbringend über den Grenzkosten festzusetzen. In der wettbewerblichen Analyse wird die Marktmacht mit Hilfe einer Untersuchung der Marktstruktur, insbesondere der Berechnung von Marktanteilen, bestimmt, weshalb man prüfen muss, ob dasselbe oder substituierbare Erzeugnisse noch von anderen Produzenten hergestellt werden (Substituierbarkeit). Die Beurteilung der Marktmacht muss auch die Bewertung der Hindernisse für das Wachstum oder den Zutritt (Zutrittsschranken) sowie der Innovationsgeschwindigkeit berücksichtigen. Ferner kann sie qualitative Kriterien umfassen, zum Beispiel die Finanzressourcen, die vertikale Integration oder die Produktpalette des betroffenen Unternehmens.

- (iii) Bei Marktanteilen **zwischen 40% und 25% ist eine beherrschende Stellung zwar wenig wahrscheinlich**, aber nicht endgültig ausgeschlossen. Es müssen allerdings gewichtige Gründe für die Annahme einer Einzelmarktbeherrschung sprechen. Auch hier sind die oben genannten Kriterien maßgeblich, allen voran der Abstand zu den nächsten Wettbewerbern, deren Anzahl sowie eine wirtschaftliche oder technische Überlegenheit des Marktführers. Die Kommission hat bei einem Anteil von etwa 25% auf dem Markt für Photokopiermaschinen mangels weiterer Indizien ohne weiteres eine Marktbeherrschung abgelehnt. Der EuGH hat eine marktbeherrschende Stellung bei Marktanteilen zwischen 19-29% zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen, diese im konkreten Fall indes in Ermangelung weiterer Indizien verneint. **Das Unionsrecht ist also weniger streng als die österr Marktbeherrschungsvermutung (schon ab 30% bzw 5%).**

- (iv) *Marktanteile unter 25%* dürften im Zusammenhang des Missbrauchsverbotes regelmäßig zu niedrig sein, um eine marktmächtige Stellung begründen zu können. Ausnahmen sind in atypischen Fallkonstellationen denkbar. Aus der Entscheidungspraxis zu Art 102 AEUV finden sich keine einschlägigen Fälle. Der EuGH meinte, ein Marktanteil von weniger als 10% auf dem Markt für Fernsehgeräte, die aus der Sicht der Käufer ein leicht austauschbares Erzeugnis darstellten, schließe eine beherrschende Stellung aus, wenn nicht besondere Gründe vorlägen. In einer Entscheidung zu Art 101 Abs 3 AEUV stellte die Kommission fest, dass bei einem Marktanteil von rund 20% und etwa gleichstarken Wettbewerbern kein entscheidender Einfluss auf den Wettbewerb möglich sei.

Faktoren für die Beurteilung der Marktbeherrschung (dominance)

Die **Marktabgrenzung** beim **Marktmachtmissbrauch** wird nach überwiegender Meinung in einem **Doppelschritt** durchgeführt. Zuerst wird der **relevante Markt** in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abgegrenzt und auf dem so ermittelten Markt der **Beherrschungsgrad** des Unternehmens festgestellt. Dabei greift die Praxis im Wesentlichen auf eine Kombination von Marktstruktur- und Marktverhaltenskriterien zurück.¹⁰

- (v) Marktanteil (siehe oben; zur Marktabgrenzung vgl bereits 5. Doppelstunde)
- (vi) Marktposition der Wettbewerber
- (vii) Marktzutrittsschranken – potentieller Wettbewerb

Potenzieller Wettbewerb

Druck, der auf etablierte Unternehmen durch die Möglichkeit eines Markteintritts von neuen oder bestehenden Firmen ausgeübt wird (potenzieller Wettbewerber). Neue Anbieter können durch überdurchschnittliche Gewinne angezogen werden, die etablierte Unternehmen – eventuell aufgrund eines schwachen Wettbewerbs – auf diesem Markt erzielen. Durch den Marktzutritt zusätzlicher Firmen wird die Gesamtmenge des Angebots steigen, wodurch die Preise fallen und die überdurchschnittlichen Gewinne wegfallen werden. Daher hat die Möglichkeit des Marktzutritts eine gewisse „disziplinierende Wirkung“ auf das Verhalten der etablierten Anbieter. Der vom potenziellen Wettbewerb ausgehende Wettbewerbsdruck ist jedoch relativ gering, wenn die Zutrittsschranken hoch sind.

Potenzieller Wettbewerber

Ein Unternehmen wird als potenzieller Wettbewerber angesehen, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass es die notwendigen zusätzlichen Investitionen und andere erforderliche Umstellungskosten auf sich nehmen könnte und wahrscheinlich auch würde, um als Reaktion auf eine geringfügige, aber dauerhafte Heraufsetzung der Preise gegebenenfalls in den relevanten Markt einzutreten. Dieser Befund muss auf realistischen Annahmen beruhen: Die rein theoretische Möglichkeit eines Markteintritts reicht nicht aus. Ein Marktzutritt muss so schnell erfolgen können, dass diese Drohung das Verhalten der Marktteilnehmer diszipliniert. Dies bedeutet in der Regel, dass der Eintritt innerhalb einer kurzen Frist erfolgen muss, die zum Beispiel in der Gruppenfreistellung für vertikale Beschränkungen auf höchstens ein Jahr veranschlagt wird. In Einzelfällen können jedoch auch längere Zeiträume berücksichtigt werden. Zur Ermittlung des jeweiligen Zeitraums können die Zeitspannen als Anhaltspunkt herangezogen werden, die von den in dem betreffenden Markt bereits tätigen Unternehmen benötigt werden, um ihre Kapazitäten anzupassen. Siehe: Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, Randnummer 24.

- (viii) Sonderfall **kollektive Marktbeherrschung**:

"Konzernprivileg": Konzerninterne Vereinbarungen verstoßen **nicht** gegen Art 102 AEUV, wenn Mutter- und Tochtergesellschaften eine wirtschaftliche Einheit bilden, in deren Rahmen die einzelnen Tochtergesellschaften ihr Marktverhalten nicht wirklich autonom bestimmen können.¹¹ Sie gelten als "ein" Unternehmen(sgruppe) → Marktbeherrschungsprüfung als einzelnes Unternehmen.

¹⁰ Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁴ EG/Teil 1, Art 82 EG Rz 38.

¹¹ EuGH 24. 10. 1996, *Viho/Kommission*, Rz 16.

Selbständige Unternehmen (unabhängige wirtschaftliche Einheiten) sind hingegen uU erst gemeinsam stark genug, um als marktbeherrschend angesehen zu werden. Sie werden dann als gemeinsam marktbeherrschend betrachtet, wenn sie als kollektive Einheit auftreten oder handeln¹² → "kollektive Marktbeherrschung" im Verhältnis zu anderen Unternehmen aufgrund oligopolistischen Parallelverhaltens (allenfalls noch begleitet von Gruppeneffekten).¹³ Dann ist zwar nicht die marktbeherrschende Stellung als solche, wohl aber der Missbrauch der Marktmacht verboten (Art 102 AEUV). Der Begriff der kollektiven Marktbeherrschung ist im öR nun in § 4 Abs 1a und 2a KartG geregelt.

Beachte im Übrigen die Abgrenzung zu Art 101 AEUV: Art 101 AEUV verbietet nicht ein Parallelverhalten (Reaktion auf Verhalten der Mitbewerber, intelligentes und rationales Anpassungsverhalten¹⁴), sondern nur eine Fühlungnahme (Absprache) mit dem Mitbewerber, wobei ein Parallelverhalten höchstens ein Indiz für Absprachen sein kann.¹⁵ Ein Parallelverhalten im Oligopol ist aufgrund der Reaktionsverbundenheit geradezu typisch¹⁶ (und – wenn keine wechselseitige Abstimmung geschieht – von Art 101 AEUV nicht verboten).

Ein auf einem Markt beherrschendes Unternehmen kann auch auf einem anderen, nicht beherrschten - aber verbundenen oder benachbarten - Markt gegen das Marktmachtmissbrauchsverbot verstoßen ("Missbrauchstransfer infolge Marktverbundenheit trotz Marktdivergenz").¹⁷

Wird der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung auf einem Markt ausgenutzt, um selbige auf einen anderen Markt auszudehnen, spricht man von "Hebelwirkung" (leveraging).¹⁸

Hauptproblem: Marktabgrenzung (liegt Marktbeherrschung vor?)

Die BWB hatte in einem Antrag vom 13. 12. 2010 die preisliche Diskriminierung bei den Frachten für Containertransporte im Vor-/Nachlauf als Verstoß gegen das Missbrauchsverbot angeführt. Je nachdem, ob der Transport im Hauptlauf ebenfalls mit den beschuldigten Unternehmen durchgeführt wird, wird ein teurerer Tarif verrechnet als für jene, die nicht mit dem Unternehmen im Hauptlauf zusammenarbeiten und ein günstigerer Tarif für die Kunden, die beide Frachten von diesem Unternehmen befördern lassen. Den Vor- und Nachlauf bietet momentan nur die beschuldigte AG als einziges Unternehmen in Österreich flächendeckend an. Die BWB hält in ihrem Antrag den Nach- und Vorlauf auf der Schiene für einen separaten Markt, der aus logistischen Gründen explizit nachgefragt wird.

Andererseits wurde im Verfahren angeführt, dass die Preiserhöhungen (85% von 2010 auf 2011) notwendig waren, um die Kostenunterdeckung zu stoppen, also kein Missbrauch vorliege. Konsequenz der Kostenerhöhung war der Kundenwechsel von der Schiene zum LKW.

Der vom Gericht beauftragte Gutachter stellte fest, dass zum sachlich relevanten Markt nicht nur der Vor- und Nachlauf auf der Schiene gehört, sondern ebenso jener des LKW-Transportes. Auf diesem so abgegrenzten Markt hält das beschuldigte Unternehmen 35% Marktanteil, wodurch es keine Marktmacht besitzt, die es missbrauchen könnte. Das Kartellgericht hat am 5.12.2012 den Antrag der BWB auf Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Schienengüterverkehr und einer damit verbundenen Geldbuße abgewiesen.

OGH 23. 4. 2015, 1 Ob 60/15b: Ein Versorgungsunternehmen muss (selbst wenn es Monopolstellung hat) die Versorgung aufgrund der Altverträge nicht fortsetzen, wenn das gesamte Unternehmen aus diesem Grund nur mehr defizitär geführt werden kann; selbst vorwerfbare, weil vorhersehbare Fehleinschätzungen (Kalkulationsfehler), die dazu führen, dass für einen kostendeckenden Betrieb zu geringe Entgelte angesetzt wurden, berechtigen zu einer Änderungskündigung durch den Monopolisten, wenn andernfalls die Insolvenz droht.

¹² EuGH 16. 3. 2000 – *Compagnie maritime belge* – Rz 36.

¹³ Ausf *Böni/Palzer*, Kollektive Marktbeherrschung – Sinnbild für "Des Kaisers neue Kleider"? WuW 2009, 477 (482) mwN.

¹⁴ *Haupt*, EWS 2002, 361 (363) mwN.

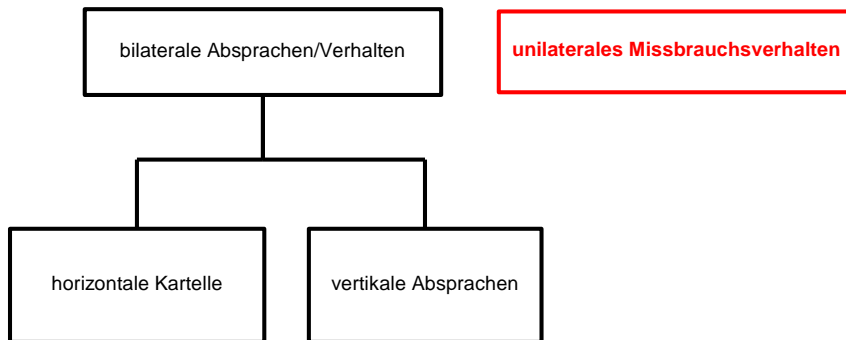
¹⁵ EuGH 31. 3. 1993 – *Ahlström/Kommission* – Rz 63.

¹⁶ EuGH 31. 3. 1993 – *Ahlström/Kommission* – Rz 126.

¹⁷ Herrschende Ansicht, vgl *Christian Feltl*, Marktmachtmissbrauch und Marktdivergenz, RdW 2011, 383 mwN.

¹⁸ *Isabelle Pellech*, Grundsätze und Meinungsstand nach der Europäischen Rechtsprechung zum Leveraging, ÖZK 2011, 105.

B. Missbrauchsverbot (Sonderregeln nur für dominante Unternehmen)



Abuse of dominant position: Erfasst ist unilaterales Verhalten (bei Kartellen hingegen idR nicht unilaterales Verhalten, ausgenommen beim Empfehlungskartell). Auch gemeinnützige Organisationen oder staatliche Unternehmen müssen sich als Marktteilnehmer an die Wettbewerbsregeln halten, wenn sie unternehmerisch tätig sind (sonst ist das Missbrauchsverbot unanwendbar, vgl *österr Firmenbuch*¹⁹).

"per-se-Verbot", horizontaler und vertikaler Schutz des Missbrauchsverbots.

Nicht die Marktbeherrschung als solche ist verwerflich, selbst wenn sie durch gesetzliche Regeln entsteht,²⁰ sondern deren Missbrauch (ein Kausalzusammenhang zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch ist aber nicht erforderlich).

Weitgehend parallele Tatbestände in § 5 KartG und Art 102 AEUV:

Art 102 AEUV (ex Art 82 ex Art 86 EGV)	§ 5 KartG
Abs 1: Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und	
verboten ist	Abs 1: Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist verboten.
die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.	
Abs 2: Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen:	Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen:
a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbe-	1. der Forderung nach Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder nach sonstigen Geschäftsbedingungen, die von denjenigen abweichen,

¹⁹ EuGH 12. 7. 2012, C-138/11, *Compass*-Datenbank (über Vorabentscheidungsersuchen des OGH als KOG 28. 2. 2011, 16 Ok 4/10): Der österreichische Staat wird nicht als "wirtschaftliches Unternehmen" tätig und unterliegt daher nicht Art 102 AEUV, wenn er die Weiterverwendung bzw Vermarktung der im Firmenbuch enthaltenen Daten zur Bildung eines umfassenderen Wirtschaftsinformationsdienstes untersagt (dem folgte OGH 22. 10. 2012, 16 Ok 4/12).

²⁰ Schaffung einer beherrschenden Stellung durch Gewährung ausschließlicher Rechte per Gesetz in Italien betreffend Apotheken: EuGH 2. 7. 2015, C-497/12, *Italienische Apothekenlizenz*.

dingungen;	die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, wobei insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen sind,
b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;	2. der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher,
c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;	3. der Benachteiligung von Vertragspartnern im Wettbewerb durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen,
d) der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.	4. der an die Vertragsschließung geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen,
	5. dem sachlich nicht gerechtfertigten Verkauf von Waren unter dem Einstandspreis. Abs 2: Im Fall des Abs 1 Z 5 trifft den marktbeherrschenden Unternehmer die Beweislast für die Widerlegung des Anscheins eines Verkaufs unter dem Einstandspreis sowie für die sachliche Rechtfertigung eines solchen Verkaufs.
	§ 6: Ein Verfahren zur Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§ 26) oder eine darauf gerichtete Beschwerde an eine Amtspartei (§ 40) darf vom marktbeherrschenden Unternehmer nicht zum Anlass genommen werden, den durch den Missbrauch unmittelbar betroffenen Unternehmer von einer weiteren Belieferung oder Abnahme zu angemessenen Bedingungen auszuschießen.

1. § 5 KartG

Grund für die Missbrauchsaufsicht ist der fehlende oder unzureichende Wettbewerb, der marktbeherrschende Unternehmer der Kontrolle durch die Konkurrenz entzieht, wodurch die Interessen anderer Marktteilnehmer benachteiligt werden. Durch die Missbrauchsaufsicht soll verhindert werden, dass auf Märkten, die von einem Monopolisten oder von Oligopolisten beherrscht werden, die Marktgegenseite wirtschaftlich ausgebeutet wird.²¹

Der Missbrauchsbegriff des § 5 KartG, der anhand einer beispielhaften Aufzählung durch den Gesetzgeber verdeutlicht wird, erfasst Verhaltensweisen eines beherrschenden Unternehmens, welche die Strukturen des von ihm beherrschten und in seinem Wettbewerb beeinträchtigten Marktes dahin beeinflussen, dass der dennoch bestehende Wettbewerb oder dessen Entwicklung durch Verwendung von Mitteln, die von den Mitteln eines normalen Wettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen, beeinträchtigt wird.²² Die Missbräuchlichkeit eines Marktverhaltens beruht vor allem auf Folgenerwägungen. Anzulegen ist ein objektiver, am Kriterium der Unverfälschtheit und Wirksamkeit des Wettbewerbs orientierter Maßstab. Bei der Prüfung, ob eine missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt, ist stets eine sorgfältige Abwägung der einander widerstreitenden Interessen vorzunehmen.²³

Ein Missbrauch der Marktmacht ist etwa dann anzunehmen, wenn die vom marktbeherrschenden Unternehmer als Voraussetzung für den Vertragsabschluss genannten Bedingungen ihrem Inhalt nach nicht gerechtfertigt sind, weil sie volkswirtschaftlich als Missbrauch der Stellung im Markt zu bloßem unternehmenseigenen Nutzen des marktbeherrschenden Unternehmers zu qualifizieren sind²⁴ oder wenn der Marktbeherrscher dem Vertragspartner Verpflichtungen auferlegt, die für die Verwirklichung eines an sich legitimen Ziels entbehrlich sind und die Freiheit des Vertragspartners unbillig beschränkt.²⁵ Geschäftsbedingungen werden regelmäßig dann missbilligt, wenn sie die Vorteile und Risiken eines Rechtsgeschäfts einseitig zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmers verteilen und so entweder mit wettbewerblichen Schutzzwecken oder mit der Sicherung individueller Belange vor Ausbeutung in Konflikt geraten.²⁶

Auch im Bereich des (mit § 5 KartG nahezu inhaltsgleichen) Art 102 AEUV (ex-Art 82 EG, ex-Art 86 EGV) gelten ähnliche Maßstäbe: Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegt demnach jedenfalls dann vor, wenn die erzwungenen Konditionen offensichtlich unbillig sind. Regelmäßig wird die Angemessenheit von Geschäftsbedingungen unter Abwägung der Interessen der Beteiligten beurteilt. Orientierung gibt dabei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er verbietet einem Marktbeherrscher nicht nur die Verfolgung eines grund-

²¹ KOG ÖBI 1993, 271, *FIAT-Vertriebsbindung* mwN.

²² OGH 15. 5. 2000, 16 Ok 2/00, ÖBI 2001, 174, *Flughafenfunktaxizentrale* mwN.

²³ OGH ÖBI 1999, 297, *One*.

²⁴ KOG FN 21.

²⁵ KOG ÖBI 2001, 131, *Wiener Zeitung* mwN.

²⁶ *Tahedl* aaO 147 mwN.

sätzlich legitimen unternehmerischen Zwecks mit unlauteren Mitteln, sondern darüber hinaus auch alles, was den Vertragspartner in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit mehr als erforderlich einschränkt.²⁷

Kein Tatbestandselement ist es dabei, dass der Marktbeherrscher, um sein Verhalten umzusetzen, auf andere Marktteilnehmer aktiv Druck ausübt. Es genügt, dass der Marktbeherrscher seinen aus der Abhängigkeit des Partners resultierenden Handlungsspielraum "wahrnimmt".²⁸ Wenn ein Unternehmen wegen seiner Marktbeherrschung in der Lage ist, unangemessene Geschäftsbedingungen anzuwenden, erzwingt es sie eben auch iSd § 5 Abs 1 Z 1 KartG.²⁹

2. Art 102 AEUV (und Art 54 EWR-Vertrag) ex Art 82 EG

Missbrauch einer beherrschenden Stellung
Wettbewerbsfeindliche Geschäftspraktiken (einschließlich einer unzulässigen Ausnutzung der Verbraucher oder des Ausschlusses von Wettbewerbern), die ein marktbeherrschendes Unternehmen anwenden könnte, um seine Stellung auf dem Markt zu wahren oder auszubauen. Das Wettbewerbsrecht verbietet solche Verhaltensweisen, da sie den echten Wettbewerb zwischen Unternehmen beeinträchtigen, die Verbraucher ausnutzen und es für das marktbeherrschende Unternehmen unnötig machen, sich dem Leistungswettbewerb mit anderen Unternehmen zu stellen. In Artikel 102 AEUV werden einige Beispiele für derartigen Missbrauch angeführt, nämlich unangemessene Preisgestaltung, Einschränkung der Erzeugung und Anwendung unterschiedlicher oder sachlich unbegründeter Bedingungen gegenüber Handelspartnern.

Politische Schwerpunktsetzung der EK³⁰ ("entirely in line with the **effects-based** philosophy which has underpinned its thinking since the launching of the policy review") wie folgt (vgl MEA³¹):

- Hauptanliegen der Durchsetzungspolitik der EK sollte es sein, im **Interesse der Verbraucher und des Wettbewerbsprozesses**, nicht aber einzelner Wettbewerber zu handeln.
- Die EK braucht nicht nachzuweisen, dass das Verhalten des Marktbeherrschers den Wettbewerb tatsächlich beeinträchtigt hat, sondern muss nur stichhaltige Beweise dafür erbringen, dass eine Beeinträchtigung wahrscheinlich ist.
- Da sich die EK vor allem auf Verhaltensweisen konzentriert, die den Wettbewerbsprozess – und nicht einzelne Wettbewerber – schädigen, prüft sie im Falle von Kampfpreisen, ob die Wahrscheinlichkeit besteht, dass das Verhalten des Marktbeherrschers Wettbewerber, die ebenso effizient wie der Marktbeherrscher sind, daran hindern könnte, auf dem Markt zu expandieren oder neu in den Markt einzutreten, denn dies dürfte für die Verbraucherwohlfahrt besonders relevant sein.
- Da für die EK die Auswirkungen des Verhaltens des Marktbeherrschers auf die Verbraucher im Mittelpunkt stehen, wird sie – wie bereits bei der Durchsetzung von Art 101 AEUV und in der Fusionskontrolle der Fall – bei der Durchsetzung von Art 102 AEUV ebenfalls die Argumente prüfen, mit denen das jeweilige marktbeherrschende Unternehmen zu belegen versucht, dass sein Verhalten aus **Effizienzgründen** gerechtfertigt ist. (Aus der ökonomischen Wirkungsanalyse ergibt sich aber ein erhöhtes Prozessrisiko der Unternehmen!)

Die EK konzentriert sich dabei auf: Exclusive Dealing; Tying and Bundling; Predation; Refusal to supply and margin squeeze.

Zusätzlich ist infolge der Liberalisierung mancher Märkte (zB Energie, Telekom) das Regulierungsrecht zu berücksichtigen.³²

²⁷ *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht Art 86 Rz 148; *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht 9 Art 82 Rz 105, *Schröter* in *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art 86 Rz 155 und 158 je mit Nachweisen zur Rsp des EuGH,

²⁸ OGH FN 23.

²⁹ *Tahedl* aaO 153 mwN; idS auch *Immenga/Mestmäcker* aaO Art 86 Rz 137.

³⁰ Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der EK bei der Anwendung von Art 82 EG auf Fälle des Behinderungsmisbrauchs, ABl C 2009/45, 7. Vorausgegangen war dem ein Discussion Paper vom Dezember 2005. Mitteilung der Kommission vom 3. 12. 2008 auch online: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009XC0224\(01\):DE:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009XC0224(01):DE:HTML) ; dazu auch Q&A-Memo: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/761&format>

³¹ Dazu *Schoisswohl*, "More Economic Approach" im Vollzug des Art 82 EG, *ecolx* 2009, 334; *Albers*, Der "more economic approach" bei Verdrängungsmisbräuchen, <http://ec.europa.eu/comm/competition/anti-trust/art82/albers.pdf> .

³² *Jan Liewehr*, Das Verhältnis zwischen Wettbewerbs- und Regulierungsrecht in der europäischen Elektrizitätswirtschaft, *ÖZK* 2011, 17.

C. Fallbeispiele für missbräuchliche Verhaltensweisen

1. Typologie

Im Rahmen dieser Beurteilung wird die tatsächliche bzw voraussichtliche künftige Situation auf dem relevanten Markt (mit dem fraglichen Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmen) unter Berücksichtigung einschlägiger Geschäftspraktiken mit einer geeigneten **kontrafaktischen Fallkonstellation**,³³ in der das marktbeherrschende Unternehmen nicht auf die fragliche Verhaltensweise zurückgreift, oder mit einem anderen realistischen Szenario verglichen.³⁴

a) Ausbeutungsmisbrauch (exploitative conduct):

Das marktbeherrschende Unternehmen setzt seine Machtposition gegen Handels- oder Vertragspartner ein, um Vorteile zu erzielen, die es bei funktionsfähigem Wettbewerb nicht erzielen könnte (zB unangemessene Ankaufs- oder Verkaufspreise).³⁵

b) Behinderungsmisbrauch (exclusionary conduct):

Dabei richtet sich das inkriminierte Verhalten gegen Mitbewerber, denen durch gezieltes Angriffsverhalten des Marktbeherrschers das Verbleiben auf dem Markt oder das Eindringen in den Markt erschwert oder unmöglich gemacht werden soll (zB Unterbietung von Konkurrenten mit Kampfpreisen, Liefersperren für Konkurrenten, Diskriminierung von Lieferanten und Abnehmern, Koppelungsverträgen, Ausschließlichkeitsbindungen, Treuerabattsysteme).

c) Marktstrukturmissbrauch:

Das marktbeherrschende Unternehmen schwächt die ohnedies bereits beeinträchtigten Wettbewerbsverhältnisse durch weitere Unternehmensakquisitionen; diese Fallgruppe wird nicht von Art 102 AEUV (ex 82 EG, ex 86 EGV) erfasst, sondern von der FKVO (dazu 8. Doppelstunde).

³³ Vgl diesen Begriff auch schon in der 2. Doppelstunde.

³⁴ Mitteilung der Kommission 3. 12. 2008 — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Rn 21.

³⁵ Vgl die Fallbeispiele bei *K W Gladt*, Zur Marktbeherrschung im österreichischen Lebensmitteleinzelhandel, wbl 2009, 157.

2. Einzelfälle

Hinweis: In der Praxis können manche Fälle durchaus auch strafrechtlich relevant sein,³⁶ zB als Nötigung (§ 105 StGB), Sachwucher (§ 155 StGB), seltener: Erpressung (§ 144 StGB); diesfalls Problem der Doppelbestrafung (vgl selbes Problem schon in 4. Doppelstunde).

a) **Kampfpreise, "Verkauf unter Einstandspreis" ("Predation")**

Das dominante Unternehmen bringt ein kurzfristiges "Kosten- und Gewinnopfer",³⁷ um später – nachdem kleinere Mitbewerber vom Markt verdrängt worden sind – die Preise ohne Wettbewerbsrücksichten anheben zu können (es reicht eine solche Gefahr; ein Recouperment Test ist für die Behörde nicht nötig). Es wird der As-Efficient-Competitor-Test (AEC-Test) angewendet,³⁸ freilich nicht immer.³⁹

Verdrängungspreise

Eine (vorsätzliche) Strategie, die in der Regel von einem marktbeherrschenden Unternehmen angewandt wird, um Wettbewerber durch Preise, die unterhalb der Gestehungskosten liegen, vom Markt zu verdrängen. Wenn es dem „Verdränger“ gelingt, bestehende Wettbewerber vom Markt zu verdrängen und neue Anbieter von einem Marktzutritt in der Zukunft abzuschrecken, kann er danach die Preise anheben und höhere Gewinne erzielen. Die Anwendung von Verdrängungspreisen durch beherrschende Unternehmen ist im Wettbewerbsrecht der EU als Missbrauch einer beherrschenden Stellung verboten. Liegen die Preise unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten, so kann man davon ausgehen, dass es sich um Verdrängungspreise handelt, da es für sie keine andere wirtschaftliche Begründung als die Verdrängung von Wettbewerbern gibt, zumal es vernünftiger wäre, die Produktion und den Verkauf eines Produkts einzustellen, dessen Preise nicht oberhalb der durchschnittlichen variablen Kosten festgesetzt werden können. Wenn die Preise unterhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten (aber über den variablen Kosten) liegen, müssen einige zusätzliche Faktoren zum Nachweis der Verdrängungsabsicht vorliegen, da die Preispolitik auch auf andere wirtschaftliche Überlegungen wie die Notwendigkeit, das Lager zu räumen, zurückzuführen sein kann.

Variable Kosten

Kosten, die sich in Abhängigkeit von der Produktionsmenge verändern. Beispiele dafür sind die Kosten des Materials und der Energie, die für den Produktionsprozess anfallen.

Fixkosten

Kosten, die sich nicht in Abhängigkeit von der Menge der hergestellten Waren oder Dienstleistungen verändern. Beispiele dafür sind Zinsen für aufgelaufene Schulden, Grundsteuern und Mieten.

Grenzkosten

Kosten, die einem Unternehmen entstehen, wenn es eine zusätzliche Produktionseinheit erzeugt. Die Grenzkosten werden nur von den variablen Kosten bestimmt, da sich die Fixkosten nicht in Abhängigkeit von der Produktion verändern.

³⁶ *Glaser/Pirko*, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung aus strafrechtlicher Sicht, ÖZK 2010, 20 und 59.

³⁷ Zum sacrifice test und zum As-Efficient-Competitor-Test vgl *Hans Lommler*, Das Verhältnis des kartellrechtlichen Verbots der Kosten-Preis-Schere zum Verbot der Kampfpreisunterbietung, WuW 2011, 244.

³⁸ Dazu *Stefan Fröbing/Arno Rasek*, Der As-Efficient-Competitor-Test, WuW 2019, 569.

Unterscheide: Predatory Pricing (unangemessene Preise oder Bedingungen gem Generalklausel des § 5 Abs 1 Satz 1 KartG betrifft alle, auch Dienstleistungen) und den Sonderfall des **Verkaufs unter dem Einstandspreis** (§ 5 Abs 1 Z 5 KartG betrifft nur Handelsware⁴⁰)

Anmerkung: In § 3a NahVG gab es eine Bestimmung, nach der der Verkauf unter dem Einstandspreis generell (also nicht nur für marktbeherrschende Unternehmen) verboten war; diese Bestimmung wurde schon 1990 vom VfGH wegen Verfassungswidrigkeit (Verstoß gegen die verfassungsrechtlich gewährleistete Erwerbsfreiheit) aufgehoben.⁴¹

- Die "AKZO-Formel":⁴² **Preise unter den durchschnittlichen variablen Kosten** sind ein Indiz für missbräuchliches Verhalten: Das eine solche Preispolitik verfolgende Unternehmen verlöre mit jedem Verkauf den gesamten auf das Produkt entfallenden Fixkostenanteil sowie einen Teil der variablen Kosten und könne daher nur das Ziel verfolgen, einen Konkurrenten auszuschalten, um danach unter Ausnutzung seiner Monopolstellung seine Preise wieder anzuheben.
- USA Supreme Court 1993 *Brooke vs. Brown*: Im Jahr 1993 wandte der US Supreme Court einen von den Professoren *Philip Areeda und Donald Turner* in *Brooke Group vs. Brown & Williamson* entwickelten Standardtest an; der Fall behandelte verbilligte generische Zigaretten. Nach der Meinung von **Areeda-Turner** nähern sich in jeder Industrie die Preise durch den Wettbewerb den Grenzkosten an (das sind die Kosten von Material und Arbeit für die Erzeugung einer zusätzlichen Produktionseinheit, exklusive der Gründungskosten für die Produktionsfabrik). **Preise unter den Grenzkosten**, mit Verlust, dienen keinem anderen Zweck als der Ausschaltung von Mitbewerbern und sind demnach Verdrängung (predatory). Sobald Mitbewerber vom Markt verdrängt sind, kann ein verdrängender Monopolist seine Verluste durch Preise oberhalb des Wettbewerbsniveaus wettmachen, was schlussendlich zum Nachteil der Verbraucher geschieht.

OGH 16. 12. 2002, 16 Ok 11/02 (*P gegen Billa*): Art 82 EG verbietet ebenso wie § 35 KartG einem beherrschenden Unternehmen, einen Mitbewerber durch gezielte Kampfpreisunterbietung ("predatory pricing") zu verdrängen. Dies ist insbesondere dann indiziert, wenn der Verkaufspreis die eigenen durchschnittlichen variablen Kosten (Kosten, die je nach produzierten Mengen variieren) nicht erreicht. Aber auch dann, wenn die Preise unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (Fixkosten plus variable Kosten), aber über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, kann ein Missbrauch vorliegen, wenn der Antragsteller zusätzlich bescheinigt, dass die Preisfestsetzung im Rahmen einer Gesamtstrategie mit dem Ziel erfolgt, den Konkurrenten auszuschalten.

OGH 14. 7. 2009, 4 Ob 60/09s, *ACP IT Solutions gegen ADVOKAT* wegen *Marktmachtmissbrauchs*:⁴³ Unzulässig ist das sogenannte "predatory pricing" im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zu Art 82 EG. Darunter fällt der **Verkauf unter den eigenen durchschnittlichen variablen Kosten oder, jedoch nur bei Verdrängungsabsicht, der Verkauf unter den eigenen Vollkosten**.⁴⁴ § 5 Abs 1 Z 5 KartG ordnet eine "schematische", sehr hoch angesetzte Grenze an, die zum allgemeinen, in der Rechtsprechung zur Generalklausel des § 5 KartG begründeten Verbot des predatory pricing hinzutritt. Zum gleichen Ergebnis gelangt – bei vergleichbarer gesetzlicher Regelung – auch die deutsche Lehre: das "Regelbeispiel" des Verkaufs unter dem Einstandspreis (§ 20 Abs 4 Z 1 und 2 dGWB) sei auf Handelsunternehmen be-

³⁹ So war im Fall OGH als KOG 17. 2. 2021, 16 Ok 4/20d, *Büchl/Peugeot*, der AEC-Test laut OGH obsolet.

⁴⁰ So auch OGH 17. 7. 2014, 4 Ob 113/14t, *Koppelung des Verkaufs einer Tageszeitung mit der kostenlosen Abgabe von Bildern für ein Fußballerstickeralbum*.

⁴¹ VfGH 15. 10. 1990, G 56/89.

⁴² EuGH 3. 7. 1991, C 62/86, *Akzo*; ebenso EuGH 14. 11. 1996, C 333/94, *TetraPak*.

⁴³ Dazu aus *Hummer/Meingast*, Anwaltssoftware: Einzelne Aspekte hinsichtlich Schnittstellen des KartG mit anderen Rechtsvorschriften, ÖZK 2010, 98.

⁴⁴ EuGH C-62/86, Slg 1991 I 3359, *AKZO*; C-333/94P, *Tetra Pack II*; C-202/07P, *France Télécom; Bechtold/Brinker/Bosch/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht² [2009] Art 82 Rz 37 mwN, zuletzt etwa *Schumacher*, *Predatory Pricing und Verlustausgleich*, wbl 2009, 273; aus der österreichischen Rsp 16 Ok 5/98 = SZ 71/103, *Power Pack II*; 16 Ok 6/00; 16 Ok 11/02, 16 Ok 43/05.

schränkt;⁴⁵ der Verkauf unter den Selbstkosten könne jedoch unter die Generalklausel des § 20 Abs 4 GWB fallen (*Westermann* aaO Rz 151). [...] Dabei wird in der Sache die **Generalklausel** des § 5 Abs 1 Satz 1 KartG angewendet. Maßgebend ist daher nicht der "Einstandspreis", der ein Sonderfall des nicht kostendeckenden Verkaufs ist, sondern (allgemein) das Erbringen einer Leistung mit (mehr oder weniger) Verlust. Bei einer Gesamtbetrachtung ergibt sich aber aus den (wenngleich beträchtlichen) Rabatten von bis 90% bei der Lieferung noch nicht der Anschein, dass die Beklagte auch insgesamt nicht kostendeckend anbiete. Denn der zunächst hoch scheinende Rabatt wird deutlich geringer, wenn man den Erwerb und die mehrjährige Wartung als Einheit betrachtet.

EuGH 2. 4. 2009, C-202/07P, bestätigte EuG 30. 1. 2007, T-340/03 (bestätigte EK 16. 7. 2003, COMP/38.233): *France Telecom* hatte durch ihre *Tochtergesellschaft Wanadoo Interactive* in Bezug auf das Angebot ihres High-Speed-Internetzuganges Verdrängungspreise eingeführt). Der Gerichtshof hat ausgeführt, dass Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, grundsätzlich als missbräuchlich anzusehen sind, und dass Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten, jedoch über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, dann als missbräuchlich anzusehen sind, wenn sie im Rahmen eines Plans zur Verdrängung eines Mitbewerbers festgesetzt werden. Im Zentrum des Verfahrens stand die umstrittene Frage, ob der Missbrauch den Nachweis eines zukünftigen Verlustausgleichs (**recoupment**) voraussetzt. Der EuGH hält entgegen dem Schlussantrag des Generalanwalts an der bisherigen Rechtsprechung fest und verneint die Frage.⁴⁶

- EuGH 27. 3. 2012, C-209/10, *Post Danmark*: Preise **unter den** durchschnittlichen **Gesamtkosten, aber über den** durchschnittlichen **inkrementellen Kosten** sind zulässig. Selektive Preispolitik ist nicht per se ein Missbrauch. Eine Verdrängungswirkung kann uU durch Effizienzvorteile gerechtfertigt werden. Für die Beurteilung sind nicht ausschließlich einzelne Aktionspreise, sondern das Preisniveau insgesamt entscheidend.

Aber strenger: EuGH 6. 10. 2015, C-23/14, *Post Danmark II*: Die wettbewerbsschädigende Wirkung eines von einem marktbeherrschenden Unternehmen angewandten **rückwirkenden Rabattsystems** (nicht als Treuerabatt ausgestaltet) fällt unter Art 102 AEUV, wenn sie wahrscheinlich ist, ohne dass nachgewiesen werden müsste, dass sie schwerwiegend oder bedeutend ist (Auswirkungsprüfung). – *Unterscheide davon den unproblematischen Mengenrabatt und den auch ohne Notwendigkeit einer Auswirkungsprüfung problematischen Treuerabatt (vgl Seite 30).*

- OGH als KOG 8. 10. 2015, 16 Ok 9/15g, *Private Enforcement-Verfahren der Antragstellerin R GmbH gegen Altstoff Recycling Austria AG (ARA)* wegen Abstellung und Feststellung von gezielter Kampfpriisunterbietung („predatory pricing“): ARA senkte ab Oktober 2012 als Monopolist bei Haushaltsmüll die Preise, um den ab 2015 möglichen Eintritt von Wettbewerbern zu erschweren. Der OGH bezog sich auf die Prioritätenmitteilung der EK47 und zog wie die EK und der EuGH (in *Post Danmark*) statt der variablen Kosten (vgl EuGH *Akzo, Tetra Pak II*) die **langfristigen durchschnittlichen Grenzkosten (long run average incremental costs, LRAIC)**⁴⁸ des Marktbeherrschers heran, die hier dessen **durchschnittlichen vermeidbaren Kosten (average avoidable costs, AAC)**⁴⁹ im Wesentlichen entsprechen.

Anmerkung: Die beiden Varianten unterscheiden sich dadurch, dass im erstgenannten Fall vermutet wird, dass der Preis Mitbewerber verdrängt und somit von einem

⁴⁵ *Westermann* in MüKo Wettbewerbsrecht [2008], § 20 GWB Rz 153; ebenso zur früheren Fassung dieser Bestimmung *Schultz* in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht10 [2006] § 20 GWB Rz 250, und *Loewenheim* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht [2006] § 20 GWB Rz 137 f

⁴⁶ Zustimmend *Schuhmacher*, *Predatory Pricing und Verlustausgleich*, wbl 2009, 273.

⁴⁷ Mitteilung der EK, ABl 24. 2. 2009, C 45 S 7 Rz 23–27 und insb Rz 63–74.

⁴⁸ Bei den LRAIC handelt es sich um das Mittel aller (variablen und fixen) Kosten, die einem Unternehmen bei der Herstellung eines bestimmten Produkts entstehen. LRAIC und durchschnittliche Gesamtkosten (average total costs – ATC) sind gute Anhaltspunkte für einander und im Falle von Unternehmen, die nur ein Produkt herstellen, identisch. Im Falle von Mehrproduktunternehmen, die Verbundvorteile nutzen können, würden für jedes einzelne Produkt die LRAIC unter den ATC liegen, da echte Gemeinkosten nicht in den LRAIC berücksichtigt werden. Stellt ein Unternehmen verschiedene Produkte her, werden etwaige Kosten, die hätten vermieden werden können, wenn auf die Produktion einer bestimmten Ware verzichtet worden wäre, nicht als Gemeinkosten betrachtet.

⁴⁹ Die AAC sind das Mittel aus den Kosten, die ein Unternehmen hätte vermeiden können, wenn es darauf verzichtet hätte, eine abgesonderte Menge an (zusätzlichem) Output zu produzieren; in diesem Falle wäre dies die Menge, die mutmaßlich Gegenstand missbräuchlichen Verhaltens ist. In den meisten Fällen stimmen die durchschnittlichen variablen Kosten (AVC) mit den AAC überein, weil oft nur die variablen Kosten vermieden werden können.

Per-se-Missbrauch ausgegangen wird.⁵⁰ Deckt nämlich ein marktbeherrschendes Unternehmen seine AAC nicht, so macht es mit jeder verkauften Einheit Verluste. Dies deutet darauf hin, dass das Unternehmen kurzfristig bewusst Gewinneinbußen hin nimmt und dass ein ebenso effizienter Wettbewerber die Zielkunden nur verlustbringend bedienen kann.⁵¹

Im zweiten Fall (Preis oberhalb der AAC, aber unterhalb der LRAIC) ist zwar der Grenzertrag jeder verkauften Einheit positiv, leistet aber nur einen unzureichenden Beitrag zu den mit der Herstellung verbundenen Fixkosten. Solche Preise gelten grundsätzlich nur dann als missbräuchlich und somit verboten, wenn sie im Rahmen eines Plans zur Ausschaltung eines Konkurrenten festgesetzt werden; es bedarf somit des (zusätzlichen) Nachweises einer Verdrängungsabsicht.⁵² Der Nachweis der Verdrängungsabsicht erfordert seitens der Wettbewerbsbehörden "gewichtige übereinstimmende Anhaltspunkte".⁵³ Der EuGH führte in *Post Danmark I* aus, dass eine Preispolitik nur dann als missbräuchlich qualifiziert werden kann, wenn die betroffenen Preise bei einer Gesamtbeurteilung aller Umstände eine tatsächliche oder potentielle Verdrängungswirkung entfalten.⁵⁴

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Preispolitik eines marktbeherrschenden Unternehmens ist daher (i) für jedes Produkt der relevante Markt zu bestimmen, und (ii) der tatsächliche (rabattierte) Verkaufspreis mit den produktspezifischen AAC und LRAIC zu vergleichen. Sind die LRAIC durch den tatsächlichen Verkaufspreis gedeckt, ist dieser zulässig. Sind nur die AAC, nicht jedoch die LRAIC gedeckt, so spricht dies zunächst für die Zulässigkeit des Verkaufspreises, außer es finden sich Argumente, die auf eine Verdrängungsabsicht bzw. eine potentielle Verdrängungswirkung hindeuten. Liegt der tatsächliche Verkaufspreis unter den AAC, so ist er als grundsätzlich als missbräuchlich einzustufen. Eine erfolgreiche Rechtfertigung von Kampfpreisen unter Berufung auf Effizienzvorteile – obwohl nicht ausgeschlossen – ist unwahrscheinlich.⁵⁵

Im Einzelnen ist die Ermittlung des Einstandspreises und überhaupt das Verbot des predatory pricing umstritten.⁵⁶

b) **exzessive Preise**

Preismissbrauch liegt insb dann vor, wenn der Gesamtpreis (nicht nur einzelne Entgeltbestandteile) nicht nur den wettbewerbsanalogen Preis überschreitet,⁵⁷ sondern eine erhebliche Überschreitung vorliegt.⁵⁸

- Fall EuG 10. 4. 2008, T-271/03 (bestätigt durch EuGH 14. 10. 2010, C-280/08P), *Deutsche Telekom*: vertikal integriertes Unternehmen kann zweifachen Preisdruck durch "**Kosten-Preis-Schere**" (**Margenbeschneidung, margin squeeze**)⁵⁹ ausüben, etwa beim Ortsnetzzugang (= Großhandelsmonopol). Es geht um die

⁵⁰ EuG 30.1.2007, T-343/03. *Deutsche Post*, Rn 227.

⁵¹ Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel [102] des E[U]-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen ("Prioritätenmitteilung").

⁵² EuGH 14.11.1996, C-333/94. *Tetra Pak*, Rn 4; EuG 30.1.2007, T-343/03 – *Deutsche Post*, Rn 195.

⁵³ EuGH 30.1.2007, T-343/03, *Deutsche Post*, Rn 197.

⁵⁴ EuGH 27.3.2012, C-209/10, *Post Danmark I*, Rn 44; siehe dazu auch *Fritzsche*, EuZW 2012, 536 der daraus ableitet, dass fortan von einem dreistufigen Prüfungsansatz auszugehen ist.

⁵⁵ Vgl EK, Prioritätenmitteilung, Rn 74.

⁵⁶ Übersichtlich dazu *J P Gruber*, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, ÖZK 2008, 137.

⁵⁷ Nach der Rsp begründet die Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises für sich noch nicht die Annahme eines missbräuchlichen Preises; ein solcher ist nur gegeben, wenn eine erhebliche Überschreitung vorliegt, enthält doch der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ein Unwerturteil; OGH als KOG 12. 3. 2020, 16 Ok 1/20p.

⁵⁸ OGH als KOG 16. 9. 2014, 16 Ok 13/13, *Erdgas*.

⁵⁹ Zum margin squeeze im Unterschied zum predatory pricing vgl auf *Hans Lommler*, Das Verhältnis des kartellrechtlichen Verbots der Kosten-Preis-Schere zum Verbot der Kampfpreisunterbietung, WuW 2011, 244.

Schere zwischen Preis des Vorleistungsproduktes am vorgelagerten Markt und dem Endkundenmarktpreis des Marktbeherrschers⁶⁰.

Ähnlich OGH 19. 1. 2009, 16 Ok 13/08, *Telekom Austria Kombi-Paket*⁶¹

und EuGH 2011, *TeliaSonera Sverige AB*,⁶² *Telefonica SA*⁶³

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) 10. 5. 2013 (nicht rk), *Telecom Italia s.p.a.*, Geldbuße EUR 103,7 Mio (Diskriminierung durch margin squeeze)
Dazu auch U.S. Supreme Court decision in *Pacific Bell Telephone Co v linkLine Communications, Inc.*⁶⁴

- Sonstige überhöhte Preise

Leitentscheidung EuGH *United Brands*:⁶⁵ a price is unlawfully excessive where "it has no reasonable relation to the economic value of the product supplied".

Wegen des Verdachts überhöhter Preise für fünf lebenswichtige Krebsmedikamente (Wirkstoffe Chlorambucil, Melphalan, Mercaptopurin, Tioguanin und Busulfan, die zur Behandlung bestimmter Krebsarten wie Blutkrebs eingesetzt werden) hat die EK 2017 eine offizielle Untersuchung gegen den südafrikanischen Hersteller *Aspen Pharma* eingeleitet.⁶⁶ Man habe Hinweise auf plötzliche Preiserhöhungen von zum Teil mehreren hundert Prozent. *Aspen* konnte diese Preiserhöhungen durchsetzen, weil Patienten sowie Ärztinnen und Ärzten in den meisten Fällen keine geeigneten Alternativprodukte zu diesen speziellen Krebsarzneimitteln zur Verfügung standen. Um die Aufschläge durchzusetzen, soll *Aspen* in einigen EU-Ländern gedroht haben, die Mittel vom Markt zu nehmen. In bestimmten Fällen habe sie das sogar getan. Italien hatte bereits im September 2016 kartellrechtliche Sanktionen in der Sache verhängt. Die EK akzeptiert Verpflichtungszusagen von *Aspen*, Preise für sechs patentfreie Krebsarzneimittel um 73% zu senken, als Abhilfemaßnahme gegen exzessiv überhöhte Preise.⁶⁷

Die Preispraktiken einer Verwertungsgesellschaft, die in ihrem Mitgliedstaat ein Monopol hat und dort die Rechte sowohl inländischer als auch ausländischer Rechteinhaber verwertet, können sich tatsächlich auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken; Art 102 AEUV findet daher Anwendung (hier: lettische AKKA/LAA, eine Verwertungsgesellschaft für Urheberrechte an musikalischen Werken; zu ihren Lizenznehmern gehören Geschäfte und Dienstleistungszentren, die die urheberrechtlich geschützten Werke nutzen); bestehen Anzeichen dafür, dass nur in einzelnen Segmenten möglicherweise überhöhte Gebühren verlangt werden, kann der Vergleich der Tarife auch nur in Bezug auf ein oder mehrere spezifische Segmente vorgenommen

⁶⁰ Oder es können als Vergleichsmaßstab auch die Kosten und Entgelte eines konkreten ebenso effizienten Mitbewerbers ("as efficient competitor") herangezogen werden; dazu oben in FN 37 und 38; weiters *Maritzen/Ondrejka*, EuGH: Kosten-Preis-Schere nach *TeliaSonera*, RdW 2011, 727

⁶¹ Es ging um Fälle, in denen die Wettbewerber durch Behinderungsmissbrauch im Wege langfristiger Verträge der TA (als marktbeherrschendes Unternehmen) einer Preis-Kosten-Schere ausgesetzt werden.

⁶² EuGH 17. 2. 2011, C-52/09: Nach Ansicht der Konkurrensverk (Wettbewerbsbehörde Schweden) und des EuGH missbrauchte *TeliaSonera Sverige AB* (Schweden) in der Zeit von April 2000 bis Januar 2003 ihre marktbeherrschende Stellung durch eine Preisgestaltung, bei der die Spanne zwischen dem Preis für ADSL-Vorleistungsprodukte und dem Endkundenpreis für die angebotenen Dienste nicht ausreichend gewesen sei, um ihre eigenen Kosten für die Erbringung dieser Dienste an die genannten Endkunden zu decken. Dazu *Pellech*, Zu Fragen des Margin Squeeze unter Berücksichtigung der Entscheidung in Sachen *TeliaSonera*, ÖZK 2011, 60.

⁶³ EuGH 10. 7. 2014, C-295/12P, *Telefonica*.

⁶⁴ 129 S Ct 1109 (2009); online at www.supremecourtus.gov/opinions/08pdf/07-512.pdf. Die *linkLine*-Entscheidung führte zu einer Einschränkung von kartellrechtlichen Klagen auf Grund des Vorwurfs von Margenbeschneidung. Eine Margenbeschneidung setzt ein Unternehmen voraus, das ein Monopol auf den Zugang zu einem bestimmten Produkt hat und liegt dann vor, wenn das Unternehmen den Preis für den Zugang gegenüber Mitbewerbern höher als den eigenen Einzelhandelspreis für das Endprodukt ansetzt. Damit wird es für Mitbewerber erschwert, wenn nicht sogar unmöglich gemacht, zum Preis des Monopolunternehmens anzubieten. Der Supreme Court hielt fest, dass derartige Vorwürfe keine Klage rechtfertigen, wenn für das Unternehmen von vornherein keine Verpflichtung besteht, den Mitbewerbern den Zugang zu verkaufen (und ein Verkauf unter dem Einstandspreis hinsichtlich des Endproduktes nicht vorgeworfen wird). Der Supreme Court kam zum Ergebnis, dass ohne die Verpflichtung einen Zugang bereitzustellen und zu verkaufen keine Verantwortung des Unternehmens begründet werden kann, wenn es sich in der Folge entschließt, den Zugang - wenn auch zu einem vorgeblich exzessiven Preis - zu verkaufen.

⁶⁵ EuGH 14. 2. 1978, 27/1976, *United Brands*, Rn 248/257.

⁶⁶ EK 15. 5. 2017, IP/17/1323.

⁶⁷ EK 10. 2. 2021, IP/21/524.

werden.⁶⁸

In January 2018 the Competition Council found that Swedish pharmaceutical distributor *CD Pharma AB* had abused its dominant position in Denmark by charging excessive prices (ie, a price increase of 2,000%). *CD Pharma* was the only supplier able to supply the drug in question to Danish hospitals for a certain period and was therefore considered dominant. The Competition Appeals Tribunal decided the case on 29 November 2018. *CD Pharma* argued before the Competition Appeals Tribunal that the company was not dominant, because there had been only a very short period where another supplier (*Orifarm*) was unable to distribute the drug. *CD Pharma* also argued that it was necessary to raise prices in order not to end up with a large stockpile. The Competition Appeals Tribunal concluded that *CD Pharma* was dominant. The tribunal emphasised:

- the market's competitive structure;
- *CD Pharma's* exclusive distribution rights on the drug (*Orifarm* was a parallel importer); and
- the demand which was not dependent on price.

With regard to abuse, the Competition Appeals Tribunal rejected *CD Pharma's* argument regarding the reason for the significant price increase.

c) **diskriminierende Preise** (EuGH 14. 2. 1978, 27/1976, *United Brands*):

Der Marktbeherrscher verlangt von seinen Abnehmern für gleichwertige Leistungen ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedliche Preise (zulässig wäre aber die Berücksichtigung unterschiedlicher Absatz- und Marktverhältnisse, wie Transportkosten, Vermarktungskosten, Mengenrabatte).

Die "Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen" (Art 102 lit c AEUV, § 5 Abs 1 Z 3 KartG) betrifft den Fall, dass dieses Verhalten eine Wettbewerbsverzerrung zwischen den Handelspartnern bewirken kann. Nicht erforderlich ist aber der Nachweis einer tatsächlichen und messbaren Verschlechterung der Wettbewerbsposition, sondern der Nachweis ist auf eine Analyse aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu stützen, die den Schluss zulässt, dass dieses Verhalten einen Einfluss auf die Kosten, auf die Gewinne oder auf ein anderes maßgebliches Interesse eines oder mehrerer dieser Partner hat, so dass dieses Verhalten geeignet ist, diese Position zu beeinträchtigen.⁶⁹

d) **Erzwingung von Konditionen**

- OGH 15. 10. 2002, 4 Ob 187/02g: Ein vom Marktbeherrscher gegenüber seinen Vertragspartnern erzwungenes vertragliches Aufrechnungsverbot ist jedenfalls insoweit missbräuchlich im Sinne des § 35 Abs 1 Z 1 KartG 1988 und daher nichtig (§ 879 Abs 1 ABGB), als damit Gegenforderungen ausgeschlossen werden, die im rechtlichen Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Marktbeherrschers stehen. Missbräuchlich ist es unter solchen Marktverhältnissen dann aber auch, wenn der Gebietshändler nicht mit eigenen Schadenersatzforderungen infolge einer Vertragsverletzung des Generalimporteurs gegen dessen Lieferforderungen aus dem verletzten Vertrag aufrechnen könnte.
- OGH 17. 11. 2003, 16 Ok 14/03: Die *Österreichische Post AG* (Marktbeherrscherin auf dem Markt der Postwertzeichen) kürzte 2001 einseitig gegenüber den Trafikanten die

⁶⁸ EuGH 14. 9. 2017, C-177/16, *AKKA/LAA*. The ECJ held:

- Lower prices in other member states may indicate excess. There is no minimum number of countries that must be surveyed.
- International prices must be adjusted by purchasing power parity (PPP), making it more likely that high rates in low-income countries will be excessive.
- Price comparison can be selective (eg, the parts of a rate card that target specific groups of customers with high rates rather than applying an average). It is therefore not possible to defend an excessive price for some customers by arguing that others get a better deal and that the average is fair.
- Persistently and significantly higher prices may be abusive. There is no minimum threshold above which a price must be regarded as 'appreciably higher' to qualify as indicative of abuse.
- The ECJ shifts the burden to the dominant company once an appreciably higher price is identified. The dominant undertaking must provide an objective justification of that difference.

⁶⁹ EuGH 10. 4. 2018, C-525/16, *MEO v Autoridade da Concorrência, GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executantes CRL* (Vewertungsgesellschaft in Portugal). Dazu *Johannes Safron*, Zum Begriff der Wettbewerbsbenachteiligung bei Diskriminierungen unter Artikel 102 AEUV, *ÖZK* 2018, 128.

Verschleißprovision von 7% auf 2% (also um 70%); das Kartellgericht trug über Antrag des *Bundesgremiums der Tabaktrafikanter* auf, den Missbrauch abzustellen.

Bekannter Fall aus Italien:⁷⁰ Die *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato* (nachfolgend: *AAMS*) habe sich unter Ausnutzung ihrer beherrschenden Stellung auf dem italienischen Markt für den Zigaretten Großhandel mit dem Ziel missbräuchlich verhalten, unter Zuwiderhandlung gegen Artikel 102 AEUV durch Auferlegung von Klauseln in den Vertriebsverträgen und durch einseitige Maßnahmen ihre Stellung auf dem italienischen Zigarettenmarkt zu schützen. Über *AAMS* wurde eine Geldbuße von ECU 6 Mio verhängt.

Slowenien:⁷¹ Das in der Naturgasproduktion führende Unternehmen *Geoplin* missbrauchte seit zumindest 2007 seine Marktmacht dahingehend, dass es von Industriekunden Langfristverträge mit Mindestabnahmepflichten (und sonstiger Pönalepflicht) und das vertragliche Verbot der Weiterveräußerung von Überschussmengen erzwingt. Eine Geldbußenverhängung ist noch ausständig (zuvor wurde aber *Geoplin* wegen Obstruktion bei der Hausdurchsuchung schon mit EUR 1 Mio bestraft).

2016 leitete das dt BKartA ein Verfahren gegen *Facebook* ein wegen des Verdachtes, dass *Facebook* bei den Vertragsbestimmungen zur Verwendung von Nutzerdaten seine mögliche marktbeherrschende Stellung (90% Marktanteil bei den sozialen Netzwerken in Deutschland) missbrauche.⁷² 2019 untersagte das BKartA⁷³ die Sammlung von Nutzerdaten aus anderen Quellen als Ausbeutungsmissbrauch, weil Nutzerdaten (Bewegungsdaten, Netzverhalten) der verschiedenen Tochterunternehmen (zB *WhatsApp*, *Instagram*) und Nebendienste sowie von Dritt-Websites (über Facebook-Login oder Gefällt-mir-Button) zusammengeführt werden ohne dass eine "freiwillige Einwilligung" des Nutzers vorliegt. Freiwillige Einwilligung heißt, dass die Nutzung der Facebook-Dienste nicht von der Einwilligung abhängig gemacht werden darf.

2021 entschied der OGH⁷⁴ in einem Gutteil der strittigen Punkte aus dem Neuwagenvertrieb und dem Werkstattbetrieb zugunsten des oberösterreichischen *Peugeot*-Händlers *Büchl*. Der OGH bestätigte die **marktbeherrschende Stellung des Importeurs im Verhältnis zum Kfz-Betrieb**, also Handel und Werkstätte. Er setzte dem Kfz-Hersteller eine Frist von drei Monaten, um unter anderem Prämienzahlungen an den Händler von Umfragen zur Kundenzufriedenheit zu entkoppeln. Auch dürfe er nicht weiter die Handelsspanne der Händler verringern, wenn diese von *PSA* bewusst überhöhte Verkaufsziele nicht erreichen. Der OGH bestätigte auch, dass der Kfz-Hersteller die Freiheit des Händlers beschränkt, Preise festzusetzen, indem er ihn wirtschaftlich zwingt, an Aktionen teilzunehmen. Der OGH macht in seinem Beschluss klar, dass dieser nicht nur für den Anlassfall *Büchl*, sondern für alle Vertragsverhältnisse gilt, bei denen ähnliche Abhängigkeiten bestehen. *Peugeot Austria* muss also sein Vergütungssystem umstellen, wohl auch bei den im Urteil genannten Marken *Citroën* und *Opel*.

⁷⁰ EuGH 22. 11. 2001, T-139/98, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS)*.

⁷¹ Javna agencija Republike Slovenije za varstvo konkurence (Slovenian Competition Protection Agency) 5. 1. 2015, *Geoplin*. Ein zuvor durchgeführtes Verfahren gegen 16 Gasproduzenten wegen angeblicher Preis- und Konditionenabsprachen gegenüber Verbrauchern wurde im Juli 2014 ohne Entscheidung eingestellt.

⁷² Pressemeldung BKartA 2.3.2016.

⁷³ BKartA 6. 2. 2019, B6-22/16, *Facebook*.

⁷⁴ OGH als KOG 17. 2. 2021, 16 Ok 4/20d zu OLG Wien als KG 12. 5. 2020, 27 Kt 5/18i-43, *Büchl/PSA, Peugeot*.

e) **Abbruch und Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen (Diskriminierung, Boykott):**

Allgemein gibt es **keinen Kontrahierungszwang**, sondern Privatautonomie,⁷⁵ angenommen

- wenn ein Mitbewerber durch Testkäufe Verletzungen des UWG nachweisen und dann einklagen will,⁷⁶
- sowie der Fall des Missbrauches einer marktbeherrschenden Stellung, insbesondere bei Monopolstellung; *Jud* siehe wie folgt:

- EuGH im Fall *Oskar Bronner (Der Standard)/Mediaprint* (kein Missbrauch).

Vgl den nicht ganz vergleichbaren Fall OGH 15. 7. 2009, 16 Ok 6/09, *Pressegrosso/Heinrich Bauer, Bazar*, wonach das Pressegrosso⁷⁷ Elemente eines natürlichen Monopols habe.⁷⁸

- OGH als KOG 4. 4. 2005, 16 Ok 20/04 *Multiplex (Megaplex) Shopping City Nord und Gasometer (BWB) gg Constantin Filmverleih*⁷⁹ (Marktbeherrschung am Markt der Blockbuster, das sind Kinofilme, die österreichweit mit zumindest 50 Filmkopien starten; Constantin belieferte nur eigene (Cineplexx-, Donauplexx-, Apollo- und sonstige) Kinos und verweigert Belieferung anderer Kinos – Lieferpflicht ausgesprochen; dann Geldbuße:⁸⁰ EUR 150.000,-. Der Rechtsstreit ging weiter (vgl OGH 22. 3. 2011, 16 Ok 1/11 zu OLG Wien 26 Kt 2/08), worauf das KG mit Beschluss 9. 5. 2011 (26 Kt 2/08; M-216) gem § 27 KartG Verpflichtungserklärungen für zwei Jahre für verbindlich erklärte, die die Modalitäten der Vergabe von Filmkopien an Kinos durch den Constantin Filmverleih festlegen, wonach künftig jedes Kinounternehmen bestellte Filmkopien für Uraufführungen des Constantin Filmverleihs erhalten soll.

⁷⁵ OGH 14. 10. 1990, 3 Ob 603/90: Der als "Pornojäger" bekannte Mann hatte eine Videothek nur betreten, um dort Vergehen nach dem PornoG auszuforschen; er hatte nicht beabsichtigt, Videokassetten zu kaufen oder auszuleihen (Lokalverbot gerechtfertigt). OGH 23. 4. 2014, 4 Ob 48/14h: Lokalverbot und Ablehnung der Kontrahierung gerechtfertigt, wenn eine Person das Lokal als "Rauchersheriff" aufgesucht hat, um die Einhaltung der Nichtrauchererschutzzvorschriften zu kontrollieren und gegebenenfalls Anzeige zu erstatten, selbst wenn die Person Speisen und Getränke konsumiert hat, um für ihre Kontrollen eine gewisse Zeit im Lokal bleiben zu können. OGH 7 Ob 524/88: Der Monopolist unterliegt nach österr Zivilrecht einem Kontrahierungszwang zu angemessenen Bedingungen, wobei ihm unsachliche Differenzierungen verwehrt sind. OGH 14. 9. 2010, 1 Ob 143/10a: ZB ist ein Wasserversorger in seinem Versorgungsgebiet ein Monopolist. OGH 23. 4. 2015, 1 Ob 601/15b: Wenn ein Dauerschuldverhältnis (Wasserbezugsvertrag) so unwirtschaftlich geworden ist, dass das gesamte Unternehmen nur mehr defizitär geführt werden kann, ist selbst ein Monopolist zu einer Änderungskündigung berechtigt. OGH 12. 4. 2011, 4 Ob 222/10s: Auch ein Monopolist (zB *Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger (A.K.M.) reg.Gen.m.b.H.*) kann nicht gezwungen werden, jeden von einem Dritten gewünschten Vertrag abzuschließen, sondern kann aus sachlich gerechtfertigten Gründen (zB erheblicher Zahlungsrückstand) einen Vertragsabschluss ablehnen.

⁷⁶ OGH 18. 5. 1993, 4 Ob 28/93.

⁷⁷ Diese Entscheidung siehe auch in der 2. Doppelstunde (beim Handelsvertreterproblem). Zum Pressegrosso vgl auch OLG Celle 11.2.2010, 13 U 92/09 (insb zur Marktabgrenzung).

⁷⁸ Zur Lage in Deutschland vgl *Albrecht Bach*, Gescheiterte Selbstregulierung im Pressegrosso, NJW 2012, 728; und BGH 24. 10. 2011, KZR 7/10 – der Belieferungsanspruch von *Grade KG* gegen *Bauer Vertriebs-KG* (wegen Übergangs zum Dualvertrieb "Doppelgrosso") wurde verneint.

⁷⁹ Zuvor wurden schon 3 Verfahren für bzw gegen *Constantin* in folgenden Fällen entschieden: OGH 9.9.1997, **4 Ob 214/97t** (sprach Kontrahierungszwang des Monopolisten aus); OGH 18.7.2000, **4 Ob 114/00v** (Provisorialverfahren: Kontrahierungszwang angenommen) und 18.2.2003, 4 Ob 293/02 (Hauptverfahren ebenso); OGH als KOG 1.7.2002, **16 Ok 5/02** (kein Kontrahierungszwang mangels Marktbeherrschung). Dann weiteres Verfahren in diesem Kontext: OGH 16.7.2008, **16 Ok 6/08**: "Bei einem besonders erfolgversprechenden Film („Blockbuster“) handelt es sich jeweils um einen eigenen Markt. [...] **Auch ein Monopolist kann die Belieferung von Nachfragern ablehnen, dies setzt jedoch das Vorliegen eines wichtigen (sachlichen) Grundes voraus. Die Bewertungskriterien des Monopolisten müssen dem Transparenzgebot und dem Sachlichkeitsgebot entsprechen.** Auch das Angebot statt des familientauglichen Films 'Asterix bei den Olympischen Spielen' einen Horrorfilm zu verleihen ist unzureichend."

⁸⁰ OGH als KOG 26.6.2006, 16 Ok 3/06.

- Der in Österreich viel beachtete Fall *REWE* (Missbrauch der Nachfragemacht⁸¹): *Rewe* erwarb (1996) *Billa/Merkur/Emma/Mondo/Libro* und (1998/99) 162 *Meinl*-Filialen⁸² und (2007) die *Adeg*-Märkte⁸³. Die durch diese Zusammenschlüsse (dazu 7. Doppelstunde) geschaffene Marktkonzentration (2008: Rewe-Marktanteil über 35%) ist – naturgemäß – missbrauchsgeneigt. Eine Sektoruntersuchung durch die BWB verlief erfolglos.⁸⁴ Anfang Juni 2004 griff die BWB amtswegig (aufgrund einer Zeitungsmeldung) den Missbrauchsverdacht auf, dass *REWE* den Wursterzeuger und Leberkäs-Lieferanten *Neuburger* ausgelistet hat, weil dieser auf (unangemessene, vgl § 5 Abs 1 Z 1 KartG = Art 82 Abs 2 lit a EG) Forderungen von *REWE* nicht eingegangen sei. Im Ermittlungsverfahren der BWB verweigerten 30 von der BWB angefragte (aber wirtschaftlich von *REWE* abhängige) Lieferanten Informationen aus Angst vor Repressalien⁸⁵ (formal unter Berufung auf Geschäftsgeheimnisse, was aber keine Auskunftsverweigerung rechtfertigt). Das KG verhängte über Antrag der BWB (Februar 2005) Geldbußen wegen Auskunftsverweigerung; das Verfahren musste über Auftrag des mit Rekurs des angerufenen KOG⁸⁶ erneuert werden. Schließlich wurde über ein weiterhin widerspenstiges Unternehmen, nämlich *Manner AG*,

⁸¹ *Inderst*, Die Ökonomische Analyse der Nachfragemacht in der Wettbewerbspolitik, WuW 2008, 1261; *Lukaschek*, Nachfragemacht, ÖZK 2008, 163.

⁸² Pressemitteilung EK 3.2.1999, IP/99/83.

⁸³ Fall COMP/M.5047, vgl ABI 2008 C 112/36: Genehmigung mit Auflagen.

⁸⁴ Vgl BWB-Veröffentlichung 30.8.2007: Ende des Jahres 2003 begann die BWB eine Sektorenuntersuchung zur Analyse nachfrageseitiger Marktmacht der großen Supermarktketten am österreichischen Markt. Die Untersuchung wurde ausgelöst durch anonyme Beschwerden und Medienberichte zu vorgeblich marktmissbräuchlichem Verhalten von Handelsunternehmen. Zur Beschaffung der erforderlichen Informationen richtete die BWB ein Auskunftsverlangen an 180 Marktteilnehmer auf Angebots- und Nachfrageseite (Handels- und Beschaffungsmarkt). Da eine bedeutende Anzahl der Unternehmen die Bereitstellung von Informationen zu ihren Geschäftsbedingungen verweigerte, beantragte die BWB (zur Durchsetzung der Verpflichtung der Unternehmen, die entsprechenden Auskünfte zu erteilen, und zur Vollendung der Untersuchung) Ermittlungen vor dem KG, welche sich von Februar 2005 bis Ende 2006 erstreckten. Auf Grund der prozeduralen Schwierigkeiten bei der Auskunftserlangung nahm die BWB von weiteren Datenerhebungen Abstand und schloss die Untersuchung im Juni 2007 mit den folgenden Hauptresultaten ab: Der Lebensmittelhandel in Österreich weist einen - auch im gesamteuropäischen Vergleich - sehr hohen Konzentrationsgrad auf. Die Hauptbeschränkung des Wettbewerbs ergibt sich primär aus dem Diskonhandel. Die Marktzutrittsschranken sind als hoch einzustufen, wie sich durch die geringe Anzahl von Marktneueintritten in den vergangenen Jahren zeigte. Die Untersuchung, die sich auf spezifische Beschaffungsmärkte konzentrierte, lieferte einen klaren Beweis für das Bestehen von Nachfragemacht. Eine genaue Untersuchung der einzelnen Beschaffungsmärkte ist nötig, um den jeweiligen Grad an Nachfragemacht auf jedem von ihnen zu beurteilen. Es besteht eine evident starke wirtschaftliche Abhängigkeit der Erzeuger, einerseits verursacht durch die von den Supermärkten bereitgestellten hohen Quantitäten, andererseits durch die fehlende Möglichkeit, auf alternative Absatzkanäle auszuweichen. Das Ersetzen bedeutsamer Verkaufsquantitäten etwa durch ein Ausweichen auf den Absatzkanal des Exports ist demnach oftmals keine realisierbare Option. Der Verlust eines großen Abnehmers birgt für Erzeuger die Gefahr schwerwiegender wirtschaftlicher Nachteile. Wenn starke Herstellermarken fehlen und die Angebotsseite wenig konzentriert ist, sind der Nachfragemacht kaum Grenzen gesetzt. Je größer die Anzahl der Anbieter, je geringer die Ausweichmöglichkeiten und je geringer die Bedeutung von Marken bzw je größer die Bedeutung von Eigenmarken, desto stärker ist die Nachfragemacht des Handels. Es sind allerdings auch die möglichen positiven Auswirkungen von Nachfragemacht, wie Effizienzgewinne, zu berücksichtigen, sofern sie sich positiv auf die Konsumentenwohl-fahrt auswirken. Die Effekte von Konsumentenwohl-fahrt hängen vom Wettbewerbsniveau auf den Verkaufsmärkten ab. Den positiven Auswirkungen stehen mögliche negative Auswirkungen, wie insbesondere der Rückgang von Innovation und Produktvielfalt verursacht durch Investitionsrückgang, gegenüber. Derartiger Investitionsrückgang kann in unsicheren Geschäftsbeziehungen begründet sein. Die Untersuchung hat gezeigt, dass es Verträgen zwischen Lieferanten und Abnehmern oft an Klarheit und Beständigkeit fehlt. Nachträgliche Rabatte etwa mindern die Planungssicherheit von Erzeugern in erheblichem Maße, was einen Innovations- und Investitionsrückgang zur Folge haben kann. Die Beurteilung von marktmissbräuchlichem Verhalten bedarf eines aufwendigen Beweisverfahrens in faktischer und wirtschaftlicher Hinsicht. Auf Grund der oben beschriebenen Situation wird der Lebensmittelhandel mit Sicherheit weiterhin einer strikten Beobachtung und Überprüfung durch die BWB unterzogen werden. Demgemäß wird jeder begründete Verdacht vorgeblich missbräuchlicher Handlungsweisen auf diesem Sektor einer gründlichen Untersuchung unterzogen werden. Die Ermittlungen im Zuge der Sektorenuntersuchung haben ergeben, dass Erzeuger die Bereitstellung von Informationen aus Angst vor Vergeltungsmaßnahmen (wie der Auslistung von Produkten) nur sehr widerstrebend vornehmen. Durch zunehmende Nachfragemacht besteht auch die Gefahr der fortschreitenden Verschlechterung der Wettbewerbsfähigkeit jener Marktteilnehmer, die über keine vergleichbaren Größenvorteile verfügen. Außerdem wird dadurch der Neueintritt von Wettbewerbern behindert. Im Ergebnis könnte dies die Konzentration und infolgedessen die Nachfragemacht weiterhin erhöhen. Die Bedeutung des Wettbewerbs gerade im Lebensmitteleinzelhandel zum Vorteil des Konsumenten und der Nahversorgung erfordert eine intensive Überwachung durch die BWB, insbesondere betreffend jene Beschaffungsmärkte, hinsichtlich derer Anzeichen für das Bestehen signifikanter Nachfragemacht vorliegen.

⁸⁵ Vgl Die Presse 24. 9. 2008, 27.

⁸⁶ OGH als KOG 30. 5. 2005, 16 Ok 10/05.

eine Geldbuße verhängt (vom angerufenen KOG als zweite Instanz 2008 Geldbuße erhöht).⁸⁷

- In 2006 listete REWE den Gemüsehändler *Karl Wais Kartoffelhandel GmbH*⁸⁸ - obwohl angeblich sogar Bestbieter - aus unsachlichen Gründen aus, der folglich am 9. 11. 2006 in Konkurs⁸⁹ ging. 2008 beantragte die BWB beim KG eine Geldbuße gegen REWE wegen sachlich nicht gerechtfertigten Lieferabbruchs. Das OLG Wien wies den BWB-Antrag rechtskräftig mangels ausreichender Beweise für einen Missbrauch ab.⁹⁰

Wenn eine marktbeherrschende Bank (*Sparkasse Ingolstadt*) ihre Geldautomaten für von konkurrierenden Banken (zB die Direktbanken *ING-DiBa*, *Volkswagen Bank* und *Targobank*) ausgegebene VISA-Karten sperrt, ist das eine unsachliche Diskriminierung und Behinderung.⁹¹

Oder: Nichtzulassung der *Morgan Stanley Bank* durch Visa zum Visa-Karten-Zahlungsverkehr.⁹²

- Antrag der AUA vom 23. 7. 2007 beim Kartellgericht auf Abstellung der nach Auffassung der AUA missbräuchlichen Verhaltensweisen der OMV bei Jet Fuel (am Flughafen Wien). Die BWB hatte bereits vorher in Bezug auf denselben Markt ein Verfahren wegen des möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung geführt. Dieses Verfahren war mit Beschluss des Kartellgerichts vom 3. 4. 2008 beendet worden, als das Gericht die zwischen OMV und BWB vereinbarten Auflagen für verbindlich erklärte. Kern dieser Auflagen war die Gewährleistung eines transparenten und diskriminierungsfreien Zugangs der Konkurrenten zur Bahnentladestation der OMV (und den daran angeschlossenen Transport- und Lagereinrichtungen, einschl. der Pipeline zum Flughafen). Die Anlieferung von Jet Fuel auf der Eisenbahn (mittels Kesselwagenzuges) stellt nämlich die einzige - ökonomisch relevante - Alternative zum Bezug des Jet Fuels von der Raffinerie Schwechat dar.⁹³ Diese rechtliche Absicherung eines diskriminierungsfreien Marktzugangs durch die erwähnten Auflagen schränkt den Preissetzungsspielraum der OMV auf dem Flughafen Wien-Schwechat erheblich ein. Die AUA zog am 18. 2. 2010 ihren Antrag gegen die OMV vollständig zurück, womit das von ihr initiierte Kartellverfahren beendet wurde.

Oder: Lieferstopp durch deutsche Milchbauern (45% der deutschen Rohmilchproduktion) im Sommer 2008 zur Erzwungung höherer Preise,⁹⁴

⁸⁷ Die erstinstanzliche Geldbuße wurde verdoppelt: OGH als KOG 21. 1. 2008, 16 Ok 8/07, *Auftrag zur Beantwortung eines BWB-Auskunftsverlangens bei der Branchenuntersuchung Lebensmitteleinzelhandel* (Geldbuße gg *Manner AG*).

⁸⁸ FN 71440i

⁸⁹ LG Korneuburg, 36 S 127/06b.

⁹⁰ OLG Wien als KG 6. 11. 2009, 29 Kt 13, 14/08 und 29 Kt 28, 29/08 (rk).

⁹¹ OLG München 17. 6. 2010, U (K) 1607/10.

⁹² Ger 14. 4. 2011, T-461/07, *Visa/Kommission*. (Die EK hatte am 3. 10. 2007 eine Geldbuße von EUR 10,2 Mio verhängt).

⁹³ Hinsichtlich aller Details und des Textes der Auflagen wird auf die Homepagemeldung der BWB vom 4. April 2008 verwiesen: http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/Archiv2008/vie_omv_04042008.htm

⁹⁴ BGH 8. 6. 2010, KVZ 46/09, *Milchpreis*.

Diskriminierung bei der Zulassung eines Ausstellers zu einer Fachmesse.⁹⁵

- Die *ÖBB-Personenverkehr AG* als Fahrplanmedieninhaberin weigerte sich (zunächst⁹⁶), die Züge des Konkurrenten *Westbahn* in die gedruckte (Kursbuch) und elektronische (Scotty) Fahrplanübersicht aufzunehmen. Vgl auch EuGH 22. 11. 2012, C-136/11.⁹⁷

Lieferboykott einiger österr Brauereien gegen den Großhandel (Cash & Carry Märkte, die überregional tätig sind) betr Fassbier.⁹⁸

EK Geldbuße EUR 6 Mio gegen *Altstoff Recycling Austria (ARA)* wegen Verdachts auf Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung in der Abfallwirtschaft (*ARA* hinderte Konkurrenten daran, auf diesem Markt Fuß zu fassen oder zu expandieren).⁹⁹

Gegenbeispiel: Ein Generalimporteur für Neufahrzeuge und Originalersatzteile einer bestimmten Marke verstößt nicht gegen das Behinderungsverbot oder das Verbot der sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung, wenn er Unternehmen außerhalb seines Vertriebsnetzes keine Direktbelieferung anbietet, sondern sie auf einen Bezug über das Netz seiner Vertragswerkstätten verweist. Umso weniger kann ein Unternehmen außerhalb des betreffenden Vertriebsnetzes verlangen, von der Generalimporteurin über ihr Werkstättenetz vertriebene Ersatzteile zu Preisen beziehen zu können, die Vertragswerkstätten zu zahlen haben.¹⁰⁰

Die Litauische Eisenbahn (*Lietuvos geležinkeliai*) ist die etablierte staatseigene Eisenbahngesellschaft in Litauen und betreibt als vertikal integriertes Unternehmen sowohl die Eisenbahninfrastruktur und als auch Schienenverkehrsleistungen. Im Jahr 2008 erwog *Orlen*, ein wichtiger Kunde der Litauischen Eisenbahn, seinen Frachtverkehr von Litauen nach Lettland zu verlagern und dafür die Dienste eines anderen (!) Eisenbahnunternehmens in Anspruch zu nehmen. Daraufhin entfernte die Litauische Eisenbahn im Oktober 2008 in der Nähe der Raffinerie von *Orlen* einen 19 km langen Gleisabschnitt an der Grenze von Litauen nach Lettland. Daher hätte *Orlen* seinen Frachtverkehr über eine viel längere Strecke durch Litauen führen müssen, um Lettland zu erreichen. Die EK verhängte am 2. 10. 2017 gegen das staatliche Eisenbahnunternehmen Litauens (*Lietuvos geležinkeliai*) eine Geldbuße von EUR 27,8 Mio, weil es durch den Abbau eines Gleisabschnitts an der Grenze von Litauen nach Lettland den Wettbewerb auf dem Schienengüterverkehrsmarkt behindert hat.¹⁰¹



⁹⁵ Kai-Thorsten Zwecker/Michael Berghofer, Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des § 20 Abs 1 GWB bei Messezulassungen im Lichte der Fachdental-Rechtsprechung, WuW 2011, 257.

⁹⁶ Bis zu Einstweiligen Verfügung des OLG Wien als KG 28. 11. 2011, 26 Kt 70-72/11-21, bestätigt von OGH als KOG 11. 10. 2012, 16 Ok 1/12; abgewiesen wurde aber der *Westbahn*-Antrag darauf, ihre 14 Züge auch in die in den ÖBB-Schnellzügen verteilten Zuginformationsfolder aufzunehmen. Das Verf wurde im Februar 2013 durch Vergleich beendet.

⁹⁷ EuGH 22. 11. 2012, C-136/11, *Westbahn Management GmbH/ÖBB-Infrastruktur AG*, entschied, gestützt auf VO 1371/2007 und RL 2001/14, dass *Westbahn* Anspruch auch Echtzeitdaten der anderen Züge hat, um ihre Fahrgäste über Verspätungen und Anschlusszüge zu informieren.

⁹⁸ OLG Wien als KG März 2012, Geldbuße (nach Einvernehmen mit BWB) insg EUR 1,1 Mio.

⁹⁹ EK 20. 9. 2016, IP/16/3116 (der Festsetzung der Höhe der Geldbuße hat die EK der Tatsache, dass *ARA* umfassend kooperiert hat, Rechnung getragen und die Geldbuße um 30% herabgesetzt). Zuvor SO: EK 18. 7. 2013, IP/13/711.

¹⁰⁰ OGH als KOG 8. 10. 2015, 16 Ok 1/15f, *Kfz-Originalersatzteile (Antrag einer freien Werkstätte gegen den Generalimporteur für Neufahrzeuge der Marke Kia)*.

¹⁰¹ EK 2. 10. 2017, IP/17/3622; danach EuGH 12. 1. 2023, C-42/21 PO, *Baltic Railway*.

- Fall *Wiener Linien*: Die Tageszeitung "Österreich" und die *Wiener Linien* haben im Konflikt¹⁰² um die Zeitungs-Entnahmeboxen im Jahre 2018 einen Vergleich geschlossen.¹⁰³ "Die *Wiener Linien* sichern zu, die Mediengruppe *Österreich* gegenüber der Tageszeitung 'Heute' oder anderen Mitbewerbern in Zukunft nicht zu diskriminieren.
- Zivilflughafen Salzburg: Die Betreiberin des Zivilflughafens hat vor dem Abfertigungsgebäude auf ihrem Privatgrundstück eine Taxizone eingerichtet. Sie unterliegt insoweit als Monopolistin¹⁰⁴ einem Kontrahierungszwang (Ausnahme nur bei sachlichen Gründen); auch bei der spiegelbildlichen Situation der Vertragsauflösung bedarf es einer sachlichen Grundes.¹⁰⁵
- Der Online-Bezug digitaler Mautprodukte ist technisch ausschließlich über den Webshop der *ASFINAG* (Monopolistin) möglich. Die dt Antragstellerin möchte in ihrem Webshop als neues Produkt sofort gültige Maut-Vignetten an ausländische Verbraucher verkaufen (nicht von vornherein verbraucherschädigend und unter gesetzeskonformer Aufklärung über den von ihr verrechneten Aufschlag auf die Mautgebühr) und begehrt mit ihrem Abstellungsantrag (ua) die Gewährung des Zugangs zum Webshop der *ASFINAG* zum Zweck der Ermöglichung dieses neuen Webshop-Angebots. Da der Online-Bezug digitaler Mautprodukte ausschließlich über den Webshop technisch möglich ist, ist der vorliegende Sachverhalt mit jenem vergleichbar, der der E des EuGH (C-241/91P und C-242/91P, *Magill*) zugrunde lag. Somit ist von einem missbräuchlichen Verhalten der *ASFINAG* auszugehen, wenn sie den diesbezüglichen Vertragsabschluss mit der Antragstellerin zur Kreation eines neuen Produkts verweigert.¹⁰⁶

Verfügt ein Unternehmen exklusiv über bestimmte Einrichtungen (Infrastruktur, Gebäude etc), die von seinen Konkurrenten für die Erbringung ihrer Konkurrenzprodukte benötigt werden, so kann auch die Beschränkung des Zugangs zu diesen Einrichtungen als miss-

¹⁰² OLG Wien als KG, 26 Kt 31/09, nv; OGH als KOG 11. 6. 2015, 16 Ok 8/14

¹⁰³ Mitteilung der BWB 9. 10. 2018: Die *Wiener Linien GmbH & Co KG* (in weiterer Folge: *Wiener Linien*) untersagte zunächst der Mediengruppe *Österreich GmbH* (in weiterer Folge: *Mediengruppe Österreich*) die Aufstellung von Zeitungsentnahmeboxen in den U-Bahnstationen. Dagegen brachte die *Mediengruppe Österreich* im Jahr 2009 einen Abstellungsantrag vor dem Kartellgericht ein. Nach einem längeren Verfahren kam es nun zu einer Einigung zwischen den Unternehmen.

¹⁰⁴ Die „Auslagerung“ Der Taxibewirtschaftung an ein anderes Unternehmen ändert lt OGH an der Monopolstellung nichts.

¹⁰⁵ OGH 20. 2. 2018, 4 Ob 13/18t.

bräuchliches Verhalten angesehen werden. Die Erfassung dieser Fälle durch Art 102 AEUV erfolgt nach verbreiteter Auffassung auf der Grundlage von Erwägungen, die im amerikanischen Antitrust-Recht unter dem Begriff der sog "**essential facilities**"-**Doktrin**¹⁰⁷ zusammengefasst werden und die letztlich zur Verpflichtung des Marktbeherrschers führen, seine Einrichtungen auch Konkurrenten zur Verfügung zu stellen.

Beispiele aus der europäischen Kartellrechtspraxis, in denen es zur Anordnung eines Kontrahierungszwanges kam, betrafen etwa

- die Verweigerung der den belgischen Markt für automatisierte Flugreservierungssysteme beherrschenden *Sabena*, einen billigeren Konkurrenten in diesem System aufzunehmen,
- die Verweigerung der auf der Flugstrecke London-Dublin marktbeherrschenden *Aer Lingus*, ihrem Konkurrenten *British Midlands* das Interlining mit den von ihr auf dieser Strecke angebotenen Flügen zu ermöglichen, oder
- die Behinderungs- und Verzögerungsstrategien der Fährhafeneigentümerin *Sealink* gegen ihre Konkurrentin *Sea Containers*, die in Konkurrenz zu *Sealink* einen eigenen Fährdienst ausgehend vom Hafen *Sealink*s anbieten wollte;
- die Preisgestaltung und Verteilung des Gases durch *Gazprom*: Die EU-Kommission hatte *Gazprom* 2015 vorgeworfen, mit seiner Gesamtstrategie zur Abschottung dieser Gasmärkte gegen EU-Kartellvorschriften zu verstoßen und unter anderem die Preise - auch für Endkunden - in die Höhe zu treiben. Sie bemängelte unter anderem, dass *Gazprom* Großhändlern und Kunden verboten habe, erworbenes Erdgas in andere Länder weiterzuverkaufen.¹⁰⁸ Nach Erteilung von Zusagen durch *Gazprom* wurde das Verfahren 2018 gütlich beigelegt.

Man spricht auch von "**natürlichen Monopolen**" (Hafen, Eisenbahnlinie, Flughafen,¹⁰⁹ städtischen Trinkwasserleitungen etc).

Auch beim Netzbetrieb im Energiebereich (Strom- und Fernwärmeanschlüsse) spricht man von "natürlichen Monopolen" (dh die Marktgegenseite kann im vom Netzbetreiber versorgten Gebiet nicht - oder nicht leicht - zu anderen "Netzanbietern" wechseln).¹¹⁰

In der Sache liegende "natürliche" Monopole gibt es in vielen Bereichen, zB Exklusivübertragungsrechte von sportlichen Großveranstaltungen.¹¹¹

Im Bestattungsgewerbe haben die Friedhöfe mit den Aufbahrungshallen ein natürliches Monopol und betreiben idR selbst auch das Bestattungsgewerbe und können daher Mitbewerber (Bestattungsunternehmen) behindern.

- Die BWB analysiert seit mehreren Jahren den **Bestattungsmarkt**¹¹² aufgrund zahlreicher Beschwerden. Bestattungsunternehmen erhielten ua zu Aufbahrungshallen nur erschwert Zugang indem von den Pächtern exzessive Preise gefordert wurden oder die Verpflichtung bestand, das Inneninventar zu stark überhöhten Preisen zu mieten.

¹⁰⁶ OGH 12. 10. 2021, 16 Ok 1/21i, *ASFINAG*.

¹⁰⁷ *David Kohl/Helmut Schmidt*, Europäisches Wettbewerbsrecht: 25 Jahre Essential Facilities Doctrine, RdW 2017, 549.

¹⁰⁸ EK 22. 4. 2015, MEMO/15/4829, *Gazprom*.

¹⁰⁹ BGH 14. 7. 2011, III ZR 200/10, *Flughafen Berlin-Tegel* darf Zugangsentgelte nur nach sachgerechten, objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien festlegen.

¹¹⁰ EK COMP/M.2947, *Verbund/Energie Allianz*, Rn 27.

¹¹¹ ZB Bundesliga, Formel 1 usw. Dazu siehe Sonderregeln im Fernseh-Exklusivrechtgesetz (FERG) basierend auf der EU-Richtlinie zu audiovisuellen Mediendiensten (AVMD).

¹¹² Die folgenden Angaben stammen aus BWB Insight Ausgabe 19: Bestattungsmarkt vom 30.10.2019 (E-Mail der BWB).

Die Pächter waren meistens selbst Bestattungsunternehmen und versuchten so, andere Wettbewerber vom Markt zu drängen. Die Wettbewerbsbehörde in Großbritannien veröffentlichte 2019 eine umfangreiche Studie zum Bestattungsmarkt. Sie kam zum Ergebnis, dass durch Angebotsvergleiche für Bestattungen, eine Kostenersparnis von bis zu 1.000 Pfund erzielt werden können. Allerdings würden nur 14 % der betroffenen Angehörigen tatsächlich Angebote vergleichen.

Seit 2014 wurden in Spanien Geldbußen in mehreren Städten und Gemeinden (ua Belalcazar, Malagga, Aracena) gegen Bestattungsunternehmen aufgrund von Marktmachtmissbrauch verhängt. Unter anderem wurde Bestattern nicht erlaubt, Aufbahrungshallen zu benutzen. In Frankreich wurde ein Unternehmen mit einer Geldbuße iHv EUR 80.000,- sanktioniert aufgrund der Forderung von diskriminierenden Gebühren. Die polnische Wettbewerbsbehörde bearbeitete in den letzten Jahren mehr als 100 Fälle im Bestattungsmarkt insbesondere aufgrund des Marktmachtmissbrauchs der Friedhofsbetreiber. Denn diese erlaubten anderen Bestattungsunternehmen nicht, Dienstleistungen auf den Friedhöfen zu erbringen. In Finnland, Kroatien und Irland kam es ebenfalls zu Ermittlungen im Bestattungsmarkt.

- **Fall Magill:**¹¹³ Die Fernseh- und Rundfunkveranstalter ITP, BBC und RTE hatten ihre Programmlisten verschiedenen Tageszeitungen zur Erstellung täglicher Vorschauen unentgeltlich zur Verfügung gestellt und weigerten sich, dem *Magill TV Guide* die Programmlisten zugänglich zu machen. Die Anstalten ITP, BBC und RTE haben nämlich jeweils für ihre eigenen Programme selbst einen solchen Wochenführer herausgegeben. Als *Magill TV Guide* die **urheberrechtlich**¹¹⁴ geschützten Programmlisten trotzdem verwenden wollte, erhoben die Veranstalter eine Unterlassungsklage. Auf Antrag der beklagten Gesellschaft *Magill TV Guide* wurde schließlich vor der Kommission ein Verfahren eingeleitet, in dem die drei Sender gezwungen wurden, das mit ihnen im Wettbewerb stehende Unternehmen durch Preisgabe von Informationen zu unterstützen, die noch dazu urheberrechtlich geschützt waren. Die Kommission und dann der EuGH entschieden, dass die Weigerung der drei Veranstalter ITB, BBC und RTE, die Veröffentlichung ihrer Programmlisten in dem wöchentlichen Führer zu gestatten, als Missbrauch iS des Art 86 EGV zu werten sei. Die Unternehmen wurden daher verpflichtet, sich gegenseitig und Dritten auf Anfrage und auf einer nicht diskriminierenden Grundlage ihre Programmlisten zur Verfügung zu stellen und ihnen die Veröffentlichung zu gestatten.

OGH 13. 7. 2010, 4 Ob 191/09f, *telegate (Betreiber von 11880.com) gegen Telekom Austria wegen Teilnehmerverzeichnis*: Wird von Betreibern öffentlicher Telefondienste nur die Führung eines betreibereigenen Verzeichnisses verlangt (§ 18 Abs 1 Z 1 TKG 2003), so kann sich auch die Verpflichtung der Zurverfügungstellung gegen kostenorientiertes Entgelt nach der Ziffer 4 dieser Bestimmung nur auf das betreibereigene Teilnehmerverzeichnis beziehen. Der Universaldienstbetreiber unterliegt beim Zugänglichmachen der Daten **anderer** Betreiber keiner Höchstpreisregelung; daher kein Missbrauch. Im vorliegenden Fall kann von einem Ausschalten des sachlich relevanten Markts der betreiberübergreifenden Telefonverzeichnisse nicht die Rede sein, weil es der Klägerin frei steht, von sämtlichen Telefondiensteanbietern deren Teilnehmerdaten zu kostenorientierten Preisen zu erlangen (§ 18 Abs 1 Z 4 TKG 2003), um sodann selbst ein betreiberübergreifendes Verzeichnis zu erstellen. Das Verhalten der

¹¹³ EuGH 6. 4. 1995, C-241/91 P und C-242/91P, *Magill TV Guide*.

¹¹⁴ Hingegen ist ein Spielplan für Fußballbegegnungen nicht urheberrechtlich iSd RL 96/9/EG geschützt, wenn seine Erstellung durch Regeln oder Zwänge bestimmt wird, die für künstlerische Freiheit keinen Raum lassen; EuGH 1. 3. 2012, C-604/10, *Football Dataco*.

Telekom Austria verhinderte somit nicht das Angebot eines neuen Produkts, nach dem potentielle Nachfrage besteht.

Der **Patentinhaber** hat einen Ausschließlichkeitsanspruch, aufgrund dessen er bei Patentverletzung auf Unterlassung, Rechnungslegung und Schadenersatz klagen kann. Wenn die Voraussetzungen der marktbeherrschenden Stellung vorliegen (§ 5 KartG, Art 102 AEUV), kann der Beklagte dagegen einwenden, der Patentinhaber müsse ihm eine Lizenz gewähren.¹¹⁵

Diese Zwangslizenz unterliegt dem "FRAND-Prinzip" (fair, reasonable and non-discriminatory; selten: "RAND").¹¹⁶ Siehe auch schon 2. Doppelstunde.

Der Patentinhaber eines "standard-essential patent" (SEP; das sind Patente, die für einen von einer Standardisierungsorganisation normierten Standard essentiell sind, so dass die darin verkörperte technische Lehre benutzt werden muss, um standardkonforme Produkte herzustellen) kann nicht auf Unterlassung, Produktrückruf oder Einstweilige Verfügung klagen, bevor er nicht eigeninitiativ auf ein FRAND-Lizenzabkommen hingearbeitet hat (sonst wäre ein solches Begehren ein Marktmachtmissbrauch).¹¹⁷

Parallel dazu gibt es übrigens nach Art 31 TRIPS-Abkommen der WTO (ähnlich: § 36 PatG¹¹⁸) die Möglichkeit einer Zwangslizenz, der es den WTO-Mitgliedsstaaten grundsätzlich freistellt, einem Dritten die Verwendung einer patentierten Erfindung auch ohne Zustimmung des Patentinhabers gegen "angemessene Vergütung" zu gestatten, "wenn ein nationaler Notstand oder sonstige Umstände von äußerster Dringlichkeit vorliegen." Zwangslizenzen dienen somit der Aushöhlung von Patentmonopolen zum Gemeinwohl.

Die Europäische Kommission hat 2009¹¹⁹ wegen eines mutmaßlichen Verstoßes gegen Art 102 AEUV ein Kartellverfahren gegen die kanadische Nachrichten- und Finanzdatengesellschaft *Thomson Reuters* eingeleitet. Untersucht wird die Vorgehensweise von *Thomson Reuters* im Bereich der Echtzeit-Marktdateneinspeisungen, und zwar zur Frage, ob die Kunden bzw. die Wettbewerber in wettbewerbsschädigender Weise daran gehindert werden, *Reuters System* zur Wertpapieridentifizierung, die sogenannten *Reuters Instrument Codes*, in die Identifizierungssysteme anderer Datenanbieter umzusetzen (sogenanntes „Mapping“).

Bei den *Reuters Instrument Codes* handelt es sich um kurze alphanumerische Codes, mit denen Wertpapiere und ihre Handelsplätze identifiziert werden. Sie werden verwendet, um Informationen aus den Echtzeit-Dateneinspeisungen von *Thomson Reuters* zu gewinnen, zum Beispiel Echtzeitinformationen über Aktienkurse an einer bestimmten Börse. Dateneinspeisungen, auch Data Feeds genannt, sind virtuelle Pipelines für elektronisch verbreitete Echtzeit-Marktdaten, mit der von Banken und Finanzinstituten entwickelte Softwareanwendungen gespeist werden.

Fraglich war, ob *Thomson Reuters* seine Kunden daran hindern darf, seine *Instrument Codes* in die Identifizierungscodes anderer Data Feed-Anbieter umzusetzen. Ist ein derartiges Mapping nicht möglich, könnten die Kunden unter Umständen zur Zusammenarbeit mit *Thomson Reuters* gezwungen sein, da der Austausch der *Reuters Instrument Codes* durch Neukonfigurierung oder Umschreiben ihrer Softwareanwendungen langwierig und kostenintensiv sein kann. Die EK hat am 20. 12. 2012¹²⁰ die von *Thomson Reuters* angebotenen Verpflichtungszusagen in einer Entscheidung für verbindlich erklärt, denen zufolge eine neue Lizenz (ERL) angeboten werden soll, die es den Kunden ermöglicht, die *Reuters Instrument Codes (RICs)* gegen eine monatliche Gebühr zur Abfrage von Daten von Wettbewerbern von *Thomson Reuters* zu verwenden.

¹¹⁵ So ausdr BGH-Kartellsenat 6. 5. 2009, KZR 39/06; dazu *De Bronett*, Gemeinschaftsrechtliche Anmerkungen zum "Orange-Book-Standard"-Urteil des BGH, WuW 2009, 899. OLG Düsseldorf 20. 1. 2011, I-2 U 92/10 sprach aus, dass für eine Zwangslizenz einräumung neben der marktbeherrschenden Stellung auch noch "außergewöhnliche Umstände" vorliegen müssen, insb dass die begehrte Rechtenutzung für die Ausübung der Tätigkeit des Benutzers derart unentbehrlich ist, dass für sie auch bei gehöriger eigener Anstrengung des Benutzers kein tatsächlicher oder realistischer potenzieller Ersatz vorhanden ist.

¹¹⁶ Rn 167 der Leitlinien über Technologietransfer-Vereinbarungen, ABI 2004, C 101, 2. Ausf *Babey/Rizvi*, Die Frand-Selbstverpflichtung, WuW 2012, 808.

¹¹⁷ EuGH 16. 7. 2015, C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp.*

¹¹⁸ Vgl BGH 6. 5. 2009, KZR 39/06, *Orange-Book-Standard* (zu § 24 dt PatG, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Verweigerung eines Frand-Lizenzvertrages).

¹¹⁹ Mitteilung EK 10. 11. 2009, IP/09/1692.

¹²⁰ EK 20. 12. 2012, IP/12/1433.

Ähnlich: ISIN von *Standard & Poor's*.¹²¹

- Schon zuvor EuGH 29.4.2004, C-418/01, *IMS Health*: IMS Health bietet Dienstleistungen für Apotheken und Pharma-Großhändler an. Die Dienstleistungen basieren auf einem komplexen Datenerfassungssystem mit Datenbank (sog. 1860-brick structure). Dieses System genießt urheberrechtlichen Schutz. *IMS* ist alleiniger Anbieter dieser Leistungen in Deutschland. Wettbewerber *NDC Health* versucht den Markteinstieg mit einem eigenen System, das aber im Markt nicht akzeptiert wird, da *IMS* sein System als Standard etablieren konnte. *NDC Health* verlangt daher eine Zwangslizenz, um die *IMS*-Struktur nutzen zu können. Die Weigerung von *IMS Health* war rechtsmissbräuchlich.¹²²
- Bekanntes Gegenbeispiel: Der Monopolist *Rambus* (Memory Chips) verheimlichte in einer Normungsvereinigung die eigenen Patentierungsinteressen (um Preis hoch zu halten); das wurde nicht als Missbrauch gewertet: Am 22. 4. 2008 hob der US Court of Appeals/D.C. Circuit nach einem langen Verfahren eine Entscheidung der Kartellbehörde (Federal Trade Commission) auf, in welcher *Rambus Inc.* die Nichtoffenlegung seines geistigen Eigentums bezüglich einer Computerchip-Speichertechnologie vorgeworfen worden war. Die Kartellbehörde hatte zuvor befunden, dass *Rambus* Art 2 des *Sherman Act* und Art 5 des *Federal Trade Commission Act* verletzt habe, indem es in einer Normungsvereinigung (für JEDEC-Standards) seine Patentierungsinteressen verschwiegen hat. Der Court of Appeals urteilte zugunsten von *Rambus* und hielt fest, dass selbst durch eine Irreführung gegenüber den Teilnehmern, höhere Lizenzgebühren zu erzielen, der *Sherman Act* nicht notwendigerweise verletzt sein muss. Der rechtmäßige Gebrauch von Verschleierungshandlungen durch einen *Monopolisten* zur Erzielung höherer Preise ist *keine* Verletzung von Kartellrecht.

Weiterer (europäischer) *Rambus*-Fall:¹²³ Die Europäische Kommission hatte zunächst Bedenken, dass *Rambus* gegen die Vorschriften der EU über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Artikel 102 AEUV) verstoßen haben könnte, indem es für die Nutzung von Patenten missbräuchliche Lizenzgebühren verlangte. Die Kommission hat per Entscheidung die Zusagen von *Rambus Inc* für rechtsverbindlich erklärt, wonach *Rambus* sich unter anderem verpflichtet, bei der Erhebung von Lizenzgebühren für bestimmte Patente auf DRAM-Chips (Dynamic Random Access Memory) Obergrenzen einzuhalten.

Die EK eröffnete 2015 zwei förmliche Prüfverfahren gegen Chipsatz-Anbieter *Qualcomm*, denen zufolge *Qualcomm* Zahlungen an *Apple* für die ausschließliche Nutzung seiner Chipsätzen geleistet und Chipsätze zu Preisen unter den Herstellungskosten verkauft hat.¹²⁴ Am 24. 1. 2018 verhängte die EK eine Geldbuße von EUR 997 Mio,¹²⁵

¹²¹ S&P vertreibt US-amerikanische ISIN an Informationsdienste und einige Finanzinstitute (direkte Nutzer). Die Mehrzahl der Finanzinstitute zieht es jedoch vor, ihre Nummern zusammen mit anderen Daten von Informationsdiensten zu beziehen (indirekte Nutzer). S&P verlangte sowohl von direkten als auch von indirekten Nutzern eine Lizenzgebühr. Die Kommission hatte in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte vom November 2009 die Auffassung vertreten, diese Gebühren seien – insbesondere angesichts des Kostendeckungsgrundsatzes der ISO – unangemessen hoch. Diesem Grundsatz zufolge, den die Kommission als Maßstab für angemessene Preise betrachtet, darf es keine Gebühren für indirekte Nutzer geben, für die die NNA keine Dienstleistung erbringt, und dürfen die Gebühren für direkte Nutzer und Informationsdienste die anfallenden Vertriebskosten nicht übersteigen. Die Europäische Kommission hat am 15. 11. 2011 die von Standard & Poor's (S&P) angebotenen Verpflichtungen zur Abschaffung der von Banken für die Verwendung US-amerikanischer ISIN im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) zu zahlenden Lizenzgebühren für verbindlich erklärt. Was direkte Nutzer, Informationsdienste (ISP) und Dienstleistungsbüros (externe Datenverwaltungsdienste) angeht, verpflichtete sich S&P ferner, den US-amerikanischen ISIN-Datensatz getrennt von anderen höherwertigen Informationen zu vertreiben, und zwar mit täglicher Frequenz und zu einem Jahrespreis von 15 000 USD (bei jährlichem Inflationsausgleich).

¹²² EuGH wörtlich: Die Weigerung eines Unternehmens, das eine beherrschende Stellung innehat und Inhaber eines Rechts des geistigen Eigentums an einer Bausteinstruktur ist, einem anderen Unternehmen eine Lizenz zur Verwendung dieser Struktur zu erteilen, stellt einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 82 EG dar, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind:

- Das Unternehmen, das um die Lizenz ersucht hat, beabsichtigt, auf dem Markt für die Lieferung der betreffenden Daten neue Erzeugnisse oder Dienstleistungen anzubieten, die der Inhaber des Rechts des geistigen Eigentums nicht anbietet und für die eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht;
- die Weigerung ist nicht aus sachlichen Gründen gerechtfertigt;
- die Weigerung ist geeignet, dem Inhaber des Rechts des geistigen Eigentums den Markt für die Lieferung der Daten über den Absatz von Arzneimitteln in dem betreffenden Mitgliedstaat vorzubehalten, indem jeglicher Wettbewerb auf diesem Markt ausgeschlossen wird.

¹²³ Mitteilung EK 9.12.2009, IP/09/1897. Entscheidung EK 9.12.2009, COMP/38.636, *Rambus*.

¹²⁴ EK 16. 7. 2015, IP/15/5383, *Qualcomm*; 8. 12. 2015, IP/15/6271: zwei Mitteilungen der Beschwerdepunkte (SO).

¹²⁵ Pressemitteilung EK 24. 1. 2018, IP/18/421, *Qualcomm*.

was das Ger 2022 aus formalen Gründen aufgehoben hat.¹²⁶

In einem anderen Verfahren verhängte die EK gegen *Qualcomm* wegen Missbrauchs seiner marktbeherrschenden Stellung bei 3G-Baseband-Chipsätzen eine Geldbuße von EUR 242 Mio. *Qualcomm* verkaufte diese Produkte zu nicht kostendeckenden Preisen, um seinen Konkurrenten *Icera* aus dem Markt zu verdrängen.¹²⁷

- Ein Missbrauch kann auch darin liegen, Patentrechte (ergänzende Schutzzertifikate – SPC) über Gebühr anzumelden ("Sperrpatente"), um Generika zu beschränken oder zu verzögern (Fall *AstraZeneca*¹²⁸; der Fall *Almirall* gegen *Boehringer Ingelheim* wurde nach einer EK-Untersuchung verglichen¹²⁹; Fall *Servier* Geldbuße EUR 427,7 Mio¹³⁰).

Verfahren der EK gegen *Motorola Mobility* wegen FRAND-Lizenzverweigerung gegenüber *Microsoft* und *Apple*.¹³¹

Verfahren EK gegen *Samsung* (angeblicher Missbrauch von Patenten im Mobiltelefonbereich gegen angebliche *Apple*-Patentverletzungen).¹³²

- f) **Kopplungsgeschäfte** (tying, tied selling, bundling): Aufzwingen von nicht-gewünschten Waren oder Dienstleistungen durch den Lieferanten führt zu Wettbewerbsverfälschung (Gegenstück: Anzapfen durch den Abnehmer).

Abgrenzung zu zulässiger Kopplung bei sachlich oder nach Handelsbrauch in Verbindung stehenden Waren oder Dienstleistungen (oder bei zwingenden technisch/gesundheitslichen Überlegungen, wie etwa zulässige Ausschließlichkeitsbindung betreffend Gastankbefüllung¹³³), vgl auch den Fall *Abbott Laboratories* betr (zulässigem) "bundled discount" für *Norvir/Kaletra*.¹³⁴

¹²⁶ Ger 15. 6. 2022, T-235/18, *Qualcomm Inc.*

¹²⁷ EK 18. 7. 2019, IP/19/4350, *Qualcomm*.

¹²⁸ Fall EuG 1.7.2010, T-321/05, *AstraZeneca*: Die Verhaltensweise von *AstraZeneca* war konsistent und linear insofern, als es im Kommunikationsverhalten gegenüber den Patentbehörden irreführende Angaben zum Zweck der Erlangung eines ergänzenden Schutzzertifikates machte, für das es nicht mehr anspruchsberechtigt war. Durch sein Verhalten erreichte *AstraZeneca* in etlichen Ländern eine Verlängerung des Patentschutzes. Derartige Schutz von geistigem Eigentum schafft eine grundsätzliche Zutrittsschranke für Generika von Originalarzneimitteln. Das Gericht wies die Behauptung von *AstraZeneca* zurück, wonach diese Verhaltensweise gewöhnlichen Wettbewerb darstelle und auf Fehler oder nicht autorisiertes Verhalten von *AstraZeneca's* Patentanwälten zurückzuführen sei. Einen weiteren Missbrauch betreffend bestätigte das Gericht die Ansicht der Kommission, dass durch den Widerruf der Zulassung in verschiedenen Ländern des EWR die Vermarktung von generischen Arzneimitteln sowie Paralleleinfuhren verhindert werden sollte. Das GerI sprach aus, dass der Zweck einer Marktzulassung darin liegt, das Recht zur Vermarktung eines pharmazeutischen Produkts zu verleihen und nicht darin, Mitbewerber vom Markt auszuschließen. Die Entscheidung der Kommission wurde jedoch insofern für nichtig erklärt, als darin festgestellt wird, dass der Widerruf der Marktzulassung in zwei von drei Ländern geeignet war, Paralleleinfuhren zu beschränken.

¹²⁹ EK 6. 7. 2011, IP/11/842: *Boehringer* ist Marktführer für (COPD)-Medikamente gegen chronisch obstruktive Atemwegserkrankungen (Blockbuster-Arzneimittel *Spiriva*).

¹³⁰ Pressemitteilung EK 9. 7. 2014, IP/14/799, *Servier*.

¹³¹ EK 3. 4. 2012, IP/12/345.

¹³² EK 21. 12. 2012 Statement of Objections.

¹³³ OGH als KOG 1. 12. 2015, 16 Ok 4/15x, Abweisung des Antrags der *BWB* gegen *Flaga, Primagaz, BP*: Kopplung von Tankmiete und Alleinbezugsverpflichtung des Mieters für die Dauer des Mietverhältnisses aus Gründen der Sicherheit und aufgrund des Umstands, dass die gemieteten Gastanks im Eigentum des vermietenden Flüssiggasunternehmens stehen, ist gerechtfertigt; die Kopplung ist daher kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

¹³⁴ *Abbott Laboratories* stellt das HIV-Medikament *Norvir*, einen Protease-Hemmstoff, her und verkaufte es ursprünglich als eigenständiges Produkt, wobei sich in der Folge herausstellte, dass es in Verbindung mit einem anderen Protease-Hemmstoff eine verstärkte Wirkung ("booster") entfaltete, da *Norvir* in diesem Fall die Effektivität des zweiten Hemmstoffes steigerte. Daraufhin wurde *Norvir* in zwei Formen angeboten: (i) Als Teil einer kombinierten Tablette namens *Kaletra*, als Kombination von *Norvir* und einem von *Abbott* hergestellten Protease-Hemmstoff. (ii) Als eigenständiges Produkt für Patienten, die in der Regel *Norvir* mit einem separaten Hemmstoff einnahmen, der von einem Mitbewerber von *Abbott* hergestellt wurde.

Die Kläger behaupteten, dass *Abbott* bei der Preisgestaltung das angebliche "booster"-Monopol auf dem Markt für verstärkte Protease-Hemmstoffe fördere. Der *Court of Appeals/Ninth Circuit* hat den von der *Antitrust Modernization Commission* (<http://govinfo.library.unt.edu/amc/>) entwickelten Beurteilungsmaß zur Bewertung von Kopplungsgeschäften weitgehend übernommen (*Cascade Health Solutions v PeaceHealth*, 479 F 3d 726, 727 [9th Cir 2007]), wonach Kopplungsgeschäfte gesetzmäßig sind, wenn nach Zurechnung aller Rabatte auf das Wettbewerbsprodukt dieses noch über seinen durchschnittlichen variablen Kosten verkauft wird. Der *Court of Appeals* äußerte sich zwar nicht darüber, ob der *PeaceHealth*-Standard bei der Bemessung von Kosten im pharmazeutischen Kontext zur Anwendung komme solle, hielt aber eine Einstellung des Verfahrens für erforder-

- diverse Verfahren EK gegen *Microsoft*:
 - Arbeitsgruppenserver,
 - Media Player,¹³⁵
 - überhöhte Lizenzgebühren,¹³⁶
 - Internet Explorer,¹³⁷
 - Windows Vista¹³⁸

Fall Schnurlostelefon-Voreinstellung.¹³⁹

Telekom Austria TikTak-Tarif:¹⁴⁰

Im Juli 2003 wurde das neue Tarifsysteem der TA implementiert. Als wesentliche Änderung wurde der Minimumtarif abgeschafft, da dieser Tarif nicht mehr kostendeckend operierte. Endkunden, die bisher den MinT gewählt hatten, wurden automatisch in den Standardtarif (höhere Grundgebühr) umgestellt. Als billigste Möglichkeit, die Anschlussleistung von der TA zu beziehen, bleiben nunmehr die (auch schon bisher verfügbaren) *TikTak*-Tarife, die jeweils bestimmte Verbindungsleistungen inkludieren.

Die *Telekom Austria AG* (TA) verfügt auf den Märkten für Verbindungsleistungen über

lich, da er die Anschuldigung über eine Monopolstellung von *Norvir* einer Klage zu Verdrängungspreisen gleichstellte. Ohne den Beklagten eine Geschäftsverweigerung oder Verkäufe unter dem Einstandspreis vorgeworfen zu haben, wurde lediglich die unterschiedliche Preisgestaltung von *Norvir* bedingt durch die zwei verschiedenen Verkaufsformen angefochten. Im Ergebnis ging *Abbott* bei der Preisgestaltung so vor, dass für das finale Produkt *Kaletra* ein günstigerer Preis als für das eigenständige *Norvir* (zum Zweck der Weiterverwendung mit Konkurrenzprodukten) verlangt wurde. Ohne den Vorwurf einer missbräuchlichen Geschäftsverweigerung oder eines Verkaufs unter dem Einstandspreis kann durch derartige Behauptungen nicht an die *linkLine*-Entscheidung angeknüpft werden.

¹³⁵ Arbeitsgruppenserver und Media Player wurde entschieden von EK 24. 3. 2004, 2007/53/EC; IP/04/382 sowie MEMO/04/70; bestätigt von EuG 17.9.2007, T-201/04: **Geldbuße EUR 497 Mio.** Wegen teilw Nichtbefolgung verhängt EK 12. 7. 2006, C(2006) 3143 (vgl IP/06/979) weitere **Geldbuße EUR 280 Mio.**

¹³⁶ Überhöhte Lizenzgebühren für Interoperabilitäts-Informationen seien eine Schlechterfüllung der Entscheidung EK 24. 3. 2004. Daher EK 27. 2. 2008, COMP/C-3/34.792; vgl auch: C(2008) 764 final: weitere **Geldbuße** zunächst EUR 899 Mio und vom EuG 27. 6. 2012, T-167/08 reduziert auf **EUR 860 Mio. Das ist der erste Fall in der Geschichte der europ Wettbewerbspolitik, dass ein Zwangsgeld verhängt wurde, weil das Unternehmen einer früheren Entscheidung der EK nicht nachgekommen war.**

¹³⁷ 13. 12. 2007: Beschwerde des Softwareherstellers *Opera* bei der EK gegen *Microsoft* wegen Koppelung des *Microsoft* Internet Explorers mit dem Betriebssystem *Microsoft* Windows. Verfahrenseinleitung 14.1.2008 (MEMO/08/19) wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. 15.1.2009: Mitteilung der Beschwerdepunkte (Bündelung Web-Browser Internet Explorer mit MS Windows verstoße wegen marktbeherrschender Stellung des Betriebssystems gegen Art 102 AEUV: behindert Wettbewerb, unterläuft Produktinnovation); hierauf bietet *Microsoft* Verpflichtungszusagen (browser choice screen bis 2014) an, die die EK am 16.12.2009 gem Art 9 VO 1/2003 für verbindlich erklärt (IP/09/1941). Am 16. 7. 2012 eröffnete die EK ein Verfahren wegen Verstoßes gegen diese Verpflichtungszusagen (kein "browser choice screen" in Windows 7 SP1 von Mai 2011 bis Juli 2012); dann Statement of Objections vom 24. 10. 2012; EK 6. 3. 2013, IP13/196: Geldbuße **EUR 561 Mio. Dies war das erste Mal, dass die EK einem Unternehmen wegen Nichteinhaltung eines Verpflichtungsbeschlusses eine Geldbuße auferlegte.**

¹³⁸ März 2006: Die EK – auf Initiative des "Europäischen Interessenverbands für Interoperabilität von Systemen" (ECIS) - macht die Markteinführung von Windows Vista in Europa (geplant für Jänner 2007) von der Einhaltung europäischer Standards abhängig. Es bleibt allerdings bei einem formlosen Briefwechsel zwischen dem Vorstandsvorsitzenden von *Microsoft* und Vertretern der EK. Im Juli 2009 unterbreitete *Microsoft* auch Vorschläge über die Veröffentlichung von Informationen, durch die die Interoperabilität zwischen Produkten anderer Anbieter und mehreren *Microsoft*-Produkten einschließlich Windows, Windows Server, Office, Exchange und SharePoint verbessert würde (siehe MEMO/09/352). Nach ausführlichen Gesprächen mit der EK veröffentlicht *Microsoft* am 16.12.2009 auf seiner Website eine verbesserte Fassung der entsprechenden Selbstverpflichtung und der damit zusammenhängenden Dokumente (zum Beispiel eine Garantievereinbarung und eine Patentlizenzvereinbarung).

¹³⁹ KOG 17. 11. 2003, 16 Ok 11/03, *Telekom Austria*. Ähnlich OGH 14. 7. 2009, 4 Ob 101/09w, *Telekom Austria*: Diese Entscheidung erging nach § 1 UWG (siehe 9. Doppelstunde) und besagte ua, dass der Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften, insb gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, nur dann den Tatbestand nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG erfüllt, wenn die angeblich übertretene Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht.

¹⁴⁰ OLG Wien als KG 18. 3. 2004; bestätigt vom OGH als KOG 16 Ok 12/04.

das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten sowie auf dem diesen vorgelagerten Markt (Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten) über eine marktbeherrschende Stellung.

Den alternativen Netzbetreibern (ANB) stehen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, ihre Kunden mit Telekommunikationsdiensten zu versorgen. Sie können ihre Kunden mittels selbst errichteter Infrastruktur an ihr Netz anbinden oder als Verbindungsnetzbetreiber ihre Dienste anbieten. Dabei bleiben die Kunden der ANB weiterhin Vertragskunden der TA und beziehen von dieser die Anschlussleistung. Durch entsprechenden Vertragsabschluss mit dem ANB erhalten sie die Möglichkeit, ihre Gespräche über dessen Telekommunikationsnetz führen zu lassen. Auf diese Weise können Dienstleistungen wie dauerhafte Verbindungsnetzbetreiber-Vorauswahl (Carrier Preselection - CPS) oder Verbindungsnetzbetreiberwahl im Einzelfall (Call-by-Call - CbC) auf den Markt gebracht werden, ohne dass der ANB ein eigenes Telekommunikationsnetz bis zum Endkunden verlegen muss.

Die Anschlussleistung wird unter fast monopolartigen Marktverhältnissen erbracht (derzeit ca 95% TA). Die bereits bestehende Möglichkeit der Entbündelung hat bisher jedenfalls in der Festnetzsprachtelephonie nicht zur Verfügbarkeit von Angeboten der ANB in relevantem Ausmaß geführt. Die TA bietet den ANB auch keine Möglichkeit, die Anschlussleistung bei ihr zu- und dann an die Endkunden weiterzuverkaufen. Die ANB werden daher in absehbarer Zeit kein den von der TA angebotenen TikTak-Tarifen gleichwertiges Angebot auf dem Markt platzieren können. Auch vor diesem Hintergrund sind CbC und CPS für die Entwicklung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten von ganz wesentlicher Bedeutung.

Die Wahlmöglichkeiten der Endkunden beim Bezug der Anschlussleistung sind derzeit extrem beschränkt. Anders verhält es sich bei den Verbindungsleistungen, die Endkunden über CbC und CPS auch von zahlreichen ANB beziehen können. Für diese Endkunden der ANB, die aber die Anschlussleistung nach wie vor fast ausschließlich von der TA beziehen (vgl oben), ist es naheliegend, den günstigsten Tarif für diese Anschlussleistung der TA zu wählen. Deshalb ist zu erwarten, dass (auch) die Endkunden der ANB vermehrt einen TikTak-Tarif wählen werden, weil dieser ihnen die günstigste Möglichkeit zum notwendigen Bezug der Anschlussleistung von der TA bietet. Ebenso kann mittelfristig erwartet werden, dass die Endkunden die in den TikTak-Tarifen inkludierten Verbindungsleistungen der TA, die sie mit der Bezahlung der Anschlussleistung bereits nolens volens mitbezahlt haben, nicht verfallen lassen, sondern konsumieren werden. Unabhängig von einer tatsächlichen Konsumierung ist die Aussicht auf die kostenlose Inanspruchnahme von Verbindungsleistungen in nicht unbeachtlichem Ausmaß jedenfalls ein Anreiz für den Konsumenten. Es besteht die Möglichkeit, dass die Endkunden eine etwa schon installierte CPS kündigen werden, um bei der Konsumierung der inkludierten Verbindungsleistungen der AG nicht jedes Mal deren Vorwahl wählen zu müssen. Aus diesen Umständen ergibt sich die Eignung des aktuellen Tarifsystems der TA, die Entwicklung des Wettbewerbs zu beeinträchtigen.

Die BWB beantragte - nachdem Gespräche zur außergerichtlichen Einigung ohne Ergebnis geblieben waren - am 9. 1. 2004 beim Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht, der TA aufzutragen, diesen Missbrauch abzustellen, und über die TA ein angemessenes Bußgeld zu verhängen.

Das Kartellgericht gab am 18. 3. 2004 nach mündlicher Verhandlung diesem Antrag statt, trug der TA auf, den Missbrauch abzustellen, und verhängte eine Geldbuße von EUR 500.000,--.

- g) **"Anzapfen"** mit Nachfragemacht des Händlers ("tapping", "broaching" of suppliers); zB Anzapfen betr Werbekostenzuschuss aus Anlass "20 Jahre dm";¹⁴¹ wenn aber auch die angezapften Unternehmen ihrerseits eine erhebliche Marktstellung haben, liegt eventuell kein Missbrauch vor.¹⁴²

¹⁴¹ OGH 17. 12. 1996 4 Ob 2365/96i, 20 Jahre dm.

¹⁴² OLG Düsseldorf 18. 11. 2015, VI-Kart 6/14: Ende 2008 hatte EDEKA rund 2.300 Plus-Filialen von Tengelmann übernommen, um sie in ihr aus ca. 2.000 Filialen bestehendes Discount-Netz Netto zu integrieren. Nach dieser Übernahme verglich EDEKA die Bezugskonditionen der beiden bislang konkurrierenden Discounter und forderte von vielen Lieferanten eine Neufestsetzung („Hochzeitsrabatte“), insb mit den vier Sektkellereien Rotkäppchen-Mumm, Henkell, Freixenet und Schloss Wachenheim. Entgegen der Ansicht des BKartA meinte das OLG Düsseldorf, dass die Voraussetzungen des „Anzapfverbots“ nicht vorgelegen hätten, weil das Verhalten von EDEKA wegen der ebenfalls erheblichen Marktstellung der vier Sekthersteller gerechtfertigt sei. Das Bundeskartellamt hat Rechtsmittel zum BGH eingelegt.

- h) **Alleinbezug und Treuerabatte:** "Sogwirkung" (und Verdrängungswirkung¹⁴³) bei "loyalty or fidelity rebates", insb bei rückwirkenden Rabatten,¹⁴⁴ zwecks "single branding". Das ist ein Preisnachlass als Gegenleistung für die Verpflichtung des Kunden, seinen Gesamtbedarf oder einen beträchtlichen Teil desselben ausschließlich beim marktbeherrschenden Unternehmen zu beziehen,¹⁴⁵ insb durch rückwirkende Rabatte¹⁴⁶ oder steigende Rabatte (je höher das erreichte Ziel, desto höher der Rabatt¹⁴⁷).

Abgrenzung zum (echten) Mengenrabatt oder zu leistungsbezogenen Nachlässen.¹⁴⁸

Zweifelhaft ist, ob missbräuchliches Verhalten, das keine Auswirkungen habe, erlaubt ist; im Fall **Tomra Leergutautomaten für Getränkeverpackungen** beurteilte der EuGH¹⁴⁹ eher anhand formaler Kriterien (form-based approach unter Ablehnung des effects-based approach).¹⁵⁰

Im Fall *Hoffman La Roche* (EuGH 13. 2. 1976, Rs 85/76¹⁵¹) bot das beherrschende Unternehmen den Kunden, die die gesamte von diesem Unternehmen angebotene Auswahl an Vitaminen ebendort bezogen, Treuerabatte.

Im *Michelin*-Fall (322/81, [1983] ECR 3461) hat das beherrschende Unternehmen seine Marktposition dazu missbraucht, sich die Erneuerung von LKW- und Busbereifung durch die Zusicherung von Treueboni und Rabatten am Ende des Jahres zu sichern.

Im Fall *Irish Sugar* (T-228/97, *Irish Sugar/Kommission*) definierte das GerI eine Liste von Bedingungen, die erfüllt sein mussten bevor man die Gewährung eines Rabattes als Verstoß gegen Art 102 AEUV werten konnte. Nach dem GerI ist zu prüfen, ob der Rabatt darauf abzielt, dem Abnehmer durch die Gewährung eines Vorteils, der nicht auf einer ihn rechtfertigenden wirtschaftlichen Leistung beruht, die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren, Handelspartnern für gleichwertige Leistungen ungleiche Bedingungen aufzuerlegen oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken

Fall BPB (EuGH 1. 4. 1993, T-65/89): Ein marktbeherrschendes Unternehmen darf keinen Treuenachlass an "treue Kunden" (die nicht bei der Konkurrenz einkaufen) geben, weil dies einen diskriminierenden Zweck verfolgt und eine Verdrängungswirkung erzeugt. Dies ist ein Machtmissbrauch.

Europäische Kommission:¹⁵² Geldbuße EUR 1,06 Mrd gegen **Intel Corporation**, weil *Intel* versucht hatte, den Wettbewerber *AMD* vom Markt für CPUs mit x86-Architektur

¹⁴³ EuGH 15. 3. 2007, C-95/04P, *British Airways*, Rn 68.

¹⁴⁴ EuGH 19. 4. 2012, C-549/10P, *Tomra Systems (Leergutrücknahme)*.

¹⁴⁵ EuGH 13. 2. 1979, Rs 85/76, *Hofmann-La Roche (Vitamine)*, Rn 89.

¹⁴⁶ EuGH 9. 9. 2010, T-155/06, *Tomra*, Rn 59.

¹⁴⁷ Vgl EuGH 15. 3. 2007, C-95/04P, *British Airways*, Rn 58; EuGH 9. 11. 1983, Rs 322/82, *Michelin*, Rn 71; EuGH 13. 2. 1979, Rs 85/76, *Hofmann-La Roche (Vitamine)*, Rn 99.

¹⁴⁸ Vgl Mitteilung EK oben FN 30, Rn 37 ff.

¹⁴⁹ EuGH FN 144.

¹⁵⁰ Ablehnung des "effects-based approach" der EK; vgl *Isabelle Pellech*, Rabattsysteme unter besonderer Berücksichtigung der *Tomra*-Entscheidung T-155/06, ÖZK 2011, 23.

¹⁵¹ Zusammenfassende Darstellung dieser E bei EK 20. 3. 2001, ABI 2001/L 125/27 Rn 33, *Deutsche Post AG*.

¹⁵² EK 13. 5. 2009, Mitteilung IP/05/745; bestätigt von EuG 12. 6. 2014, T-286/09. Aber EuGH 6. 9. 2017, C-413/14P hob die die E des EuG zwecks Sachverhaltspräzisierung auf. S a EK 21. 9. 2009 MEMO 09/400 über Veröffentlichung der non-confidential Version der Entscheidung. Detaildarstellung bei *Hödlmayr/Scholz*, Die Entscheidung der Kommission im Fall Intel, ÖZK 2010, 32.

zu verdrängen; Intel war von Oktober 2002 bis Dezember 2007 mit einem Marktanteil von mind 70% Marktbeherrscher auf dem weltweiten Markt für CPUs mit x86-Architektur und gewährte Computerherstellern (*Dell, HP, NEC, Acer und Lenovo*) ganz oder teilweise versteckte Rabatte (exclusivity rebates), wenn sie alle bzw nahezu alle ihre CPUs mit x86-Architektur von Intel bezogen. Intel leistete außerdem direkte Zahlungen an einen großen Einzelhändler (*Media Saturn Holding*) mit der Auflage, dass er nur Computer am Lager führe, die eine Intel-CPU mit x86-Architektur besaßen. Im Verfahren vor dem EuGH¹⁵³ meinte dieser, es hätte genau geprüft werden müssen, **wie sich die** von der EK beanstandeten **Rabatte konkret auf Wettbewerber auswirkten**; wenn die EK einem Unternehmen den Missbrauch von Marktmacht vorwirft, muss sie künftig genauer belegen, **welche Nachteile Wettbewerbern entstehen**. Das Verfahren wurde beim EuG neu aufgerollt; das EuG entschied sodann, die von der EK verhängte Geldbuße zu annullieren.¹⁵⁴

Fall OGH als KOG 27. 6. 2013, 16 OK 7/12, *Funktaxiszentralen*: Es sei anzuerkennen, selbst unbefristete Verträge mit einer Exklusivitätsvereinbarung, die die gleichzeitige Nutzung des Taxifunks und von Taxi-Apps oder anderen Taxifunks verhindert (Verhinderung des Marktzutritts durch neue Mitbewerber), nur eine geringe Bindungs- und damit Abschottungswirkung entfalten, wenn sie ohne Einschränkung unter Einhaltung kurzer Kündigungsfristen (hier ein Monat) aufgelöst werden können. Daher liegt (entgegen der Ansicht der BWB) kein Missbrauch vor.

Fall (Deutschland) Immobilienportale: In dem Streit der Immobilienportale geht es um Rabatte, mit denen der Marktführer *Immoscout* Kunden binden und Wettbewerber schwächen will. Vereinfacht gesagt war die Botschaft von *Immoscout* an Makler: Wenn ihr nur bei uns inseriert und andere Plattformen meidet, wird es billiger. Dagegen ging die kleinere Konkurrentin *Immowelt* gerichtlich vor – und drang vor dem Landgericht Berlin durch mit der Argumentation: Die Praxis des Marktführers könnte den Markt kippen und ein Monopol entstehen lassen, weil alle Wettbewerber an die Wand gedrückt werden.¹⁵⁵

i) **Einstiegsrecht (English Clause); Meistbegünstigungsklausel**

Dem Abnehmer wird die Möglichkeit eingeräumt, von Konkurrenten zu beziehen, vorausgesetzt, dass er die angebotene Menge und den angebotenen Preis zuvor dem Vertragspartner mitteilt und ihm Gelegenheit gibt, seinen Preis entsprechend zu ermäßigen und "**einzusteigen**". Bei Marktbeherrschung führt das zu einer erzwungenen Verlagerung (und behindert die Mitbewerber, die selbst bei günstigen Angeboten nicht zum Zuge kommen; **Behinderungsmisbrauch** iSd Art 102 AEUV bzw § 5 KartG).

Dies ist auch ohne Marktbeherrschung problematisch, wenn das Unternehmen durch die Offenlegung der Konkurrenzangebote Einblick in die Geschäftsbeziehungen seiner Anbieter zu Wettbewerbern (Geschäftsgeheimnisse) erlangt und ihm die Identifizierung von Wettbewerbern erleichtert wird. So besteht selbst bei nicht marktbeherrschenden Unternehmen die Gefahr, dass die Identifizierung des günstigeren Wettbewerbers zu einer künstlichen Markttransparenz und zu einer **horizontalen Kollusion** (vgl Kartellverbot) zwischen dem Lieferanten und seinen Wettbewerbern führt.¹⁵⁶

Englische Klausel

Bestimmung im Zusammenhang mit dem Markenzwang im Vertrag zwischen einem Lieferanten und seinem Kunden (zB Einzelhändler), die es dem Kunden ermöglicht, ein Produkt von anderen Lieferanten zu besseren Bedingungen zu beziehen, sofern sich der „alleinige“ Lieferant nicht bereit erklärt, die Ware zu denselben

¹⁵³ EuGH 6. 9. 2017, C-413/14P, *Intel*.

¹⁵⁴ EuG 26. 1. 2022, T-286/09, *Intel*.

¹⁵⁵ Kammergericht Berlin 16 O 73/21 Kart und U 4/21 Kart, auf Grundlage von § 20 Abs 3a GWB. Dieser sogenannte Tipping-Paragraf besagt: Marktführer dürfen ihre Marktmacht nicht ausnutzen, um kleinere Wettbewerber daran zu hindern, sogenannte Netzwerkeffekte zu erzielen.

¹⁵⁶ *Lange/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd 2, Rz 189 zu § 82 und Rz 674 zu § 81.

günstigen Bedingungen zu verkaufen. „Englische Klauseln“ bieten zwar eine größere Vertragsfreiheit für den Kunden, sind aber geeignet, die Transparenz zwischen konkurrierenden Lieferanten zu erhöhen und somit eine Kollusion zu erleichtern. Dies gilt insbesondere, wenn der Kunde durch die Klausel dazu verpflichtet wird, seinem „alleinigen“ Lieferanten den Namen der alternativen Bezugsquelle zu nennen. Aus diesem Grund müssen „englische Klauseln“ im Lichte der Umstände jedes einzelnen Falls betrachtet werden, um ihre Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsrecht zu beurteilen.

- Fall OGH als KOG 9. 10. 2000, 16 Ok 8/00, ARA: **Meistbegünstigungsklausel** nicht tatbestandsmäßig. Achtung: *Meistbegünstigung* kann aber auf ein einheitliches Preisniveau im Groß- und Einzelhandel abzielen und dann eine *Kartellabsprache* (ähnlich einem Sternkartell) sein. Eine Meistbegünstigungsklausel kann den Verkäufer "zwingen", keinem anderen billiger zu verkaufen, was zu einer Vereinheitlichung der Konditionen führt (siehe 2. Doppelstunde).

Beispiel: Das U.S. Department of Justice (DOJ) will sog. "most favored nation" (MFN) agreements (Meistbegünstigungsklauseln) verhindern, nicht nur, aber insb wenn sie von marktbeherrschenden Unternehmen praktiziert wird. Im Gesundheitswesen zB vereinbart ein – somit durch eine MFN-Klausel "geschützter" – Sozialversicherer mit einem Lieferanten, dass der Lieferant den niedrigsten mit anderen Versicherern (Mitbewerbern) vereinbarten Vergütungsbetrag gelten lassen muss. Solche MFN-Vereinbarungen bewirken zum Schutz des einen Versicherers, dass andere Versicherer höhere (oder zumindest gleich hohe) Preise zahlen müssen (Wettbewerbsbeschränkung). Auch die EK hat Bedenken (vgl E-Books).¹⁵⁷

j) **Beschränkung von Absatzmöglichkeiten:**

Der Marktbeherrschende versucht, die Absatzmöglichkeiten anderer Unternehmer (zB Konkurrenten oder Abnehmer) einzuschränken, zB durch Verpflichtungen der Abnehmer nicht weiter zu exportieren oder bestimmte Weiterverkäufe zu unterlassen (Abnehmerkreise, Verwendungszwecke etc limitieren). Ähnlich: ausschließliche (zB Bier-)Bezugsverpflichtung (vgl die oben genannten Treuerabatte).

- Fall **Radiusklausel in Mietverträgen** des *Parndorfer Factory Outlet Centers*: 2006 brachte die BWB einen Antrag auf Abstellung gemäß § 26 KartG und auf Verhängung einer Geldbuße gemäß § 29 KartG gegen den Betreiber eines *Factory Outlet Centers* (im Folgenden "FOC") beim Kartellgericht ein. Gegenstand des Verfahrens war die Oktroyierung einer Klausel - der sogenannten Radiusklausel - des Betreibers in seinen Bestandsverträgen mit den Bestandnehmern, welche nach Ansicht der BWB zur Wettbewerbsbeschränkung unter den Betreibern von FOC in Österreich führt. Diese Klausel verbietet den Bestandnehmern, sich innerhalb eines bestimmten Radius in einem anderen FOC unter der gleichen Etablissementbezeichnung anzusiedeln und Handel zu betreiben. Dadurch missbrauchte der Antragsgegner - nach Ansicht der BWB - als Marktführer in Österreich seine marktbeherrschende Stellung. Das Verfahren wurde am 12.1.2007 durch einen gerichtlichen Vergleich beendet. Die Radiusklausel ist beseitigt worden.
- Gegenteilig:¹⁵⁸ Das *Designer Outlet Center* (Betreiber: *McArthurGlen*) in Wals bei Salzburg (auf dem Gelände des ehemaligen Einkaufszentrums *Airportcenter*) unterlag mit

¹⁵⁷ Pressemitteilung EK 13. 12. 2012, IP/12/1367, "Kommission akzeptiert rechtsverbindliche Zusagen von *Simon & Schuster, Harper Collins, Hachette, Holtzbrinck* und *Apple* zum Verkauf von E-Books"

¹⁵⁸ OGH als KOG 25. 3. 2009, 16 Ok 1/09, *Designer Outlet Center* (Betreiber: *McArthurGlen*).

der BWB bei der Bekämpfung der – somit zulässigen – Radiusklauseln von *Einkaufszentrum Europark (SPAR-Gruppe)*. (Ebenso zwei Jahre später der OGH¹⁵⁹ zu denselben Parteien; Marktbeherrschung wurde nicht bewiesen; Radiusklausel bewirke nur eine "nicht spürbare" Wettbewerbsbeschränkung). In der Folge klagte *Einkaufszentrum Europark* erfolgreich ihre Ladenmieter wegen Verletzung der vereinbarten Radiusklausel durch Filialeröffnung im Outlet-Center.¹⁶⁰

- Schon 2000:¹⁶¹ Eine Vertragsklausel, wodurch sich der Mieter verpflichtet, in einem anderen Einkaufszentrum innerhalb eines Radius von 5 km keine weitere Betriebsstätte zu unterhalten, ist nicht sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG.

k) **Liefersperre (foreclosure, exclusionary practice, refusal to supply), Bezugssperre** (Effekt: Ausschaltung eines Wettbewerbers), wenn sachlich nicht gerechtfertigt und in keinem angemessenen Verhältnis. Missbräuchlich kann sein ein Lieferstopp gegenüber Abnehmern, die auch Konkurrenzprodukte vertreiben, nicht aber ein (rechtzeitig angekündigter) Lieferstopp gegenüber Abnehmern, die hauptsächlich ein Konkurrenzprodukt fördern. Problem bei Lieferengpass: Vorrangige Belieferung von Stammkunden (geringere Belieferung von Gelegenheitskunden) scheint zulässig zu sein, nicht aber die bevorzugte Behandlung von "loyalen Kunden" (siehe Treuerabatte oben).

- Fall OLG Wien 19.3.2009 (Rechtsmittelverzicht), *Telekom Austria AG* wegen Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung durch technische Maßnahmen bei der Entbündelung¹⁶² – Geldbuße EUR 1,5 Mio.
- Ähnlich EK 22. 6. 2011:¹⁶³ Von August 2005 bis mindestens Oktober 2009 hat die *Telekomunikacja Polska S.A. (TP)* den Eintritt neuer Wettbewerber in die polnischen Breitbandmärkte verhindert oder erschwert. So schlug *TP* unannehmbare Konditionen vor, verzögerte die Verhandlungen, lehnte Bestellungen grundlos ab und weigerte sich, verlässliche und genaue Auskünfte zu geben. - Geldbuße EUR 127,5 Mio.
- Fälle *Google*:
 - 2010–2017 bei EK:¹⁶⁴ *Google* wird vorgeworfen, durch sein Rankingsystem von Internetseiten seine eigenen Produkte gegenüber Mitbewerbern zu bevorzugen.¹⁶⁵ Insb Diskriminierung von Drittangeboten durch "**Google Search Shopping**" (Preis-

¹⁵⁹ OGH als KOG 12. 12. 2011, 16 Ok 8/10, Leitsatz RIS-Justiz RS0127337: Die wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung einer "Radiusklausel" im Sinne einer Ausschließlichkeitsbindung und damit die Spürbarkeit kann ua dadurch eingeschränkt sein, dass diese von den Vertragspartner nicht akzeptiert wird bzw - insbesondere gegenüber "Ankermarken" - nicht durchgesetzt werden kann, räumlich (auf den "Radius") und zeitlich (auf die Vertragsdauer) beschränkt ist, den Marktzutritt neuer Kunden nicht hindert und ein Konkurrent aufgrund ausreichend nicht gebundener Kunden ebenfalls einen entsprechenden "Branchenmix" anbieten kann.

¹⁶⁰ OGH 9. 11. 2010, 4 Ob 183/10f; weiters OGH 18. 1. 2011, 4 Ob 202/10z: Die Nebenintervention des *Outlet-Centers* wurde zurückgewiesen.

¹⁶¹ OGH 3. 5. 2000, 4 Ob 112/00z, Klage Einkaufszentrum *UNO Shopping* in Leonding gegen *Einkaufszentrum PLUS City*.

¹⁶² Vgl *Mader*, Wirtschaftsblatt 26.3.2009.

¹⁶³ EK 22. 6. 2011, IP/11/771; bestätigt von EuGH 25. 7. 2018, C-123/16P, *Orange Polska SA*.

¹⁶⁴ EK 24.2.2010, MEMO/10/47; The Wall Street Journal 25.2.2010, Seite 32, berichtet: *Foundem*, ein britischer Internetanbieter für Preisvergleiche, erhob Beschwerde vor der EK. Auch die deutschen Behörden haben nach Beschwerden vom Landkartenanbieter *Euro-Cities AG* und von deutschen Verlegern Untersuchungen eingeleitet.

¹⁶⁵ EK 25. 4. 2013, IP/13/383 über Verfahrenseinleitung; EK 5. 2. 2014, IP/14/116 über Zusagen von *Google*.

vergleichsdienst) gegenüber eigenen Angeboten beim Preisvergleichsdienst (Suchdienst Marktanteil über 90%). 2015 SO;¹⁶⁶ ergänzendes SO 2016;¹⁶⁷ **Geldbuße EUR 2,42 Mrd.**¹⁶⁸

- 2015–2018 bei EK: getrennte kartellrechtliche Untersuchung des Verhaltens von *Google* hinsichtlich des Betriebssystems für mobile Geräte *Android* zur Frage, ob *Google* in Bezug auf Betriebssysteme, Anwendungen und Dienste wettbewerbswidrige Vereinbarungen getroffen oder eine etwaige marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt hat.¹⁶⁹ (Marktanteil ebenfalls über 90%). **Geldbuße EUR 4,34 Mrd.**¹⁷⁰

So hat *Google* insbesondere:

- von allen Herstellern als Bedingung für eine Lizenzierung des App-Store von *Google* (Play Store) verlangt, die Anwendung („App“) *Google*-Suche und die *Google*-eigene Browser-App (*Chrome*) auf ihren Geräten vorzuinstallieren,
- Zahlungen an bestimmte große Hersteller und Mobilfunknetzbetreiber geleistet, wenn diese ausschließlich die App *Google*-Suche auf ihren Geräten vorinstallierten, und
- Hersteller, die Apps von *Google* auf ihren Geräten vorinstallieren wollten, daran gehindert, auch nur ein einziges intelligentes Mobilgerät zu verkaufen, das über eine alternative, von *Google* nicht genehmigte *Android*-Version – einen sogenannten *Android*-Fork – betrieben wird.



- 2016 bei EK:¹⁷¹ *Google* platziert Suchmaschinenwerbung direkt auf der Website *Google*-Suche, aber auch als Vermittler über die Plattform „**AdSense for Search**“ auf Websites Dritter (Vermittlung von Suchmaschinenwerbung). Dazu gehören unter anderem die Websites von Online-Einzelhändlern, Telekommunikationsbetreibern und Zeitungen. Die Websites bie-

¹⁶⁶ EK 15. 4. 2015: Mitteilung der Beschwerdepunkte, in der die EK *Google* vorwirft, dass es seine beherrschende Stellung auf den Märkten für allgemeine Internet-Suchdienste missbräuchlich ausnutzt, indem es seinen eigenen Preisvergleichsdienst auf seinen allgemeinen Suchergebnisseiten systematisch bevorzugt.

¹⁶⁷ EK 14. 7. 2016, IP/16/2532.

¹⁶⁸ EK 27. 6. 2017, IP/17/1784; bestätigt von Ger 10. 11. 2021, T-612/17, *Google and Alphabet v Commission (Google Shopping)*. Dazu *Stefan Holzweber*, Bevorzugung eigener Dienste als Marktmissbrauch? ÖBl 2018, 96.

¹⁶⁹ EK 15. 4. 2015, IP/15/4780. EK 15. 4. 2015, MEMO/15/4780, *Google*. Dann EK 20. 4. 2016, MEMO/16/1484, Statement of Objections (Mitteilung der Beschwerdepunkte).

¹⁷⁰ EK 18. 7. 2018, IP/18/4581.

¹⁷¹ EK FN 167.

ten ein Suchfeld, in dem die Nutzer nach Informationen suchen können. Die EK hat Bedenken, dass *Google* mit den folgenden Bedingungen in den Vereinbarungen mit direkten Partnern gegen EU-Kartellrecht verstoßen haben könnte:

- Exklusivität: Die Dritten dürfen keine Suchmaschinenwerbung von Wettbewerbern *Googles* beziehen.
- Premium-Platzierung einer Mindestzahl von *Google*-Suchmaschinenanzeigen: Die Dritten müssen *Google* eine Mindestzahl von Suchmaschinenanzeigen abnehmen und den am besten sichtbaren Platz auf ihren Suchergebnisseiten für *Google*-Suchmaschinenwerbung reservieren. Außerdem darf konkurrierende Suchmaschinenwerbung weder über noch neben *Google*-Suchmaschinenwerbung platziert werden.
- Genehmigungsvorbehalt für konkurrierende Werbung: Die Dritten müssen die Genehmigung von *Google* einholen, bevor sie etwas an der Präsentation konkurrierender Suchmaschinenwerbung ändern.

Die EK vertrat die Auffassung, dass diese seit zehn Jahren geübte Praxis den Wettbewerb auf diesem kommerziell bedeutsamen Markt behindert. Im SO wird beanstandet, dass ab 2006 Exklusivität verlangt wurde. Ab 2009 wurde diese Klausel in den meisten Verträgen schrittweise durch die Bedingung der Premium-Platzierung einer Mindestzahl von Anzeigen und den Genehmigungsvorbehalt für konkurrierende Werbung ersetzt. Die EK verhängte **eine Geldbuße in Höhe von EUR 1,49 Mrd** gegen Google.¹⁷²

- bei Italienischer L'autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.¹⁷³ Kartellrecht schützt vor Wettbewerbsverzerrung durch Missbrauch der Marktmacht, schützt aber nicht den publizistischen Wettbewerb als solchen.¹⁷⁴
- In Russland: Aufgrund Beschwerde des russischen Suchmaschinenanbieters *Yandex*, dass *Google* mit seinem Betriebssystem *Android* die Installation von *Yandex*-Angeboten auf Mobiltelefonen behindere und *Google* auf *Android*-Smartphones als Suchmaschine voreingestellt sei, musste *Google* in Russland wegen Marktmachtmissbrauchs eine Strafe in Höhe von umgerechnet EUR 6 Mio zahlen.¹⁷⁵

Fall: Beschwerde 2004 der *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs (CEAHR)* gegen Schweizer Uhrenhersteller,¹⁷⁶ die vereinbart hatten, die unabhängigen Uhrmacher nicht mit Ersatzteilen zu beliefern.¹⁷⁷ Die EK war der Ansicht,¹⁷⁸ es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Schweizer Uhrenhersteller auf den Märkten für Reparaturleistungen und die Lieferung von Ersatzteilen eine be-

¹⁷² EK 20. 3. 2019, IP/19/1770.

¹⁷³ Die Untersuchung betrifft das *AdSense*-System, mit dem Betreiber von Webseiten durch eine *Google*-Zwischenschaltung Werberaum verkaufen können. Die damit zusammenhängende Vereinbarung "General Terms and Conditions of *Google's* Online AdSense™ Program" scheint erkennen zu lassen, dass die Berechnung der Abgeltung für die Abonnenten von *AdSense* im alleinigen Ermessen von *Google* liegen könnte, dass die Abgeltung ausschließlich auf der Grundlage von Aufzeichnungen berechnet wird, die nur von *Google* geführt werden, und dass die Änderung der zugrundeliegenden Berechnungsformeln ebenfalls in alleinigen Ermessen von *Google* liegt.

¹⁷⁴ *Burkhard Danckert/Frank Joachim Mayer*, Die vorherrschende Meinungsmacht von *Google*, MMR 2010, 219.

¹⁷⁵ <http://orf.at/stories/2353534/>

¹⁷⁶ *The Swatch Group SA, Richemont International SA, LVMHMoët Hennessy-Louis Vuitton SA, Rolex SA, Manufacture des montres Rolex SA, Société anonyme de la Manufacture d'horlogerie Audemars Piguet & Cie und Patek Philippe SA Manufacture d'Horlogerie*.

¹⁷⁷ Verfahrensgang: EK 10. 7. 2008, C(2008)3600, wies zunächst diese Beschwerde mangels Gemeinschaftsinteresses ab (dazu und zur EuG-E: *Georg-Kalus de Bronett*, Das Anti-Antitrust, WuW 2011, 441). Ger 15. 12. 2010, T-427/08r hob das auf, weil die EK die Marktanteile falsch beurteilt und deshalb einen möglichen Missbrauch nicht erkannt habe; hierauf 2011 förmliche Verfahrenseinleitung EK 5. 8. 2011, IP/11/952 und neuerliche Einstellung 2014.

¹⁷⁸ Gebilligt vom Ger 23. 10. 2017, T-712/14, *CEAHR*.

herrschende Stellung innehätten, da der Eintritt in diese Märkte wegen deren Merkmalen hohe Investitionen erfordere. Da jedoch die Schweizer Uhrenhersteller im Bereich Reparaturen selektive Systeme eingerichtet hätten, die es unabhängigen Uhrmachern erlaubten, autorisierte Uhrmacher zu werden, sofern sie bestimmte objektive Kriterien erfüllten, entschied die Kommission, dass entgegen den von der Klägerin angeführten Präzedenzfällen nicht davon ausgegangen werden könne, dass sie sich die Sekundärmärkte vorbehalten hätten, indem sie den Zugang der unabhängigen Uhrmacher zu diesen Märkten verhindert hätten. Außerdem schalteten solche Systeme den wirksamen Wettbewerb nicht aus, da dieser zwischen den autorisierten Uhrmachern weiter bestehe, zumal sie Uhren verschiedener Marken reparieren könnten

Abschottung

Strategische Verhaltensweise eines Unternehmens oder einer Gruppe von Unternehmen zur Einschränkung der Möglichkeiten für den Marktzugang potenzieller Wettbewerber entweder auf einem vorgelagerten oder nachgelagerten Markt. Für die Abschottung gibt es verschiedene Möglichkeiten, die von der absoluten Weigerung, Verträge abzuschließen, bis zu subtileren Formen der Diskriminierung wie einer schlechteren Qualität des Zugangs reichen. Ein Unternehmen kann beispielsweise wichtige Bezugsquellen für Rohstoffe und/oder Vertriebskanäle durch Exklusivverträge an sich binden und so gegen Wettbewerber abschotten.

3. Abhilfe

- a) Beschwerde bei der EK (Art 7 VO Nr 1/2003); die EK veröffentlichte Guidance Paper¹⁷⁹ über ihren Arbeitsschwerpunkt. Die EK kann das Verhalten abstellen oder Zusagen des Unternehmens mit "Zusagenentscheidung" für verbindlich erklären (auch strukturpolitisch motivierten Zusagen¹⁸⁰). Auch einstweilige Verfügungen der EK sind denkbar.¹⁸¹
- b) Anzeige bei BWB oder BKA
zwecks Antragstellung durch diese (zu Verfahren und Geldbußen vgl 4. Doppelstunde)
- c) Antrag der BWB oder eines betroffenen Unternehmens an das OLG Wien als Kartellgericht:

Abstellung des Missbrauches, Abstellung der verhängten Vergeltungsmaßnahme.

Textbeispiel bei Abstellungsauftrag "imposition of conduct remedies": "Der Antragsgegnerin wird aufgetragen, den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung abzustellen, der darin besteht, als ...".

S a oben die Verfahren gegen *Constantin*.

Kartellrechtlich angeordnete **Entflechtungen** sind bei Marktmachtmissbrauch¹⁸² möglich, aber nur als ultima ratio¹⁸³ und daher nicht von Bedeutung¹⁸⁴ (außer als Drohung der EK und demzufolge als vom Unternehmen freiwillig angebotene Com-

¹⁷⁹ S FN 30.

¹⁸⁰ *Polster/Petschko*, Nach Microsoft und E.ON: Auf dem Weg zur Strukturpolitik durch die Europäische Missbrauchskontrolle?, ÖZK 2010, 108.

¹⁸¹ Beispiel: EK 16. 10. 2019, IP/19/6109, *Broadcom* bezüglich Märkten für TV- und Modem-Chipsätze..

¹⁸² *Ulrich Ehrlicke*, Eine missbrauchsunabhängige Entflechtung ist nicht mit Grundprinzipien des Wettbewerbsrechts vereinbar, WuW 2011, 3.

¹⁸³ ErwGr 12 VO 1/2003.

¹⁸⁴ *Andrea Herzog*, Sektorspezifische Unternehmensentflechtung und Kartellrecht, *ecolex* 2010, 1201 [1204].

mitments¹⁸⁵). Anders ist das bei den Entflechtungsvorschriften zB im Telekom- und Energiesektor (Trennung von EVU und Übertragungsnetzbetreiber). In den USA hingegen sind Monopolzerschlagungen durchaus möglich (vgl Zerschlagung von *Standard Oil* 1911; Aufspaltung von AT&T in die "Baby Bells" 1982/84).

d) Geltendmachung mit Klage nach § 1 UWG (vgl 4. Doppelstunde; s a 9. + 10. Doppelstunde)

- Beispiel: OGH 14.10.1980, 4 Ob 374/80: *Gösser, Puntigamer und Reininhaus* (später alle: *Steirerbrau*, dann *Brau AG*) gewährten jenen Gastwirten, die ausschließlich (!) ihr Bier verkauften, Treue-Rabatte. Eine kleine Privatbrauerei klagte erfolgreich gegen *Gösser* auf Unterlassung nach § 1 UWG mit der Begründung, das sei ein unzulässiger Kartellrechtsverstoß (Behinderungswettbewerb).
- OGH 22.6.1999, 4 Ob 90/99k: 3% Jahresbonus unter der Voraussetzung des ausschließlichen Tondachziegelkaufs bei *Ziegelwerke Gleinstätten/Stmk* (KR *Franz Olbrich*, nun *Tondach AG*) (damals Marktanteil in Österreich 65%); erfolgreiche Unterlassungsklage eines Mitbewerbers C unter Berufung auf die kartellrechtliche Sichtweise des EuGH.

e) Geltendmachung in einem Zivilprozess über den Vertrag

Art 102 AEUV enthält (im Gegensatz zu Art 101 Abs 2 AEUV) keine Nichtigkeitssanktion. Die zivilrechtlichen Folgen von Zuwiderhandlungen gegen Art 102 AEUV sind dem nationalen Recht zu entnehmen.¹⁸⁶ Inwieweit eine Nichtigkeitssanktion dann Platz greift, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen Vertragspartnern besonders günstige Konditionen oder Preise gewährt hat und dadurch den Wettbewerb im Sinne einer Verdrängung, Disziplinierung oder Abschreckung von Mitbewerbern beeinträchtigt, ist umstritten.¹⁸⁷ Teilweise wird vertreten, dass die Nichtigkeitsfolge unangemessen sei.¹⁸⁸ Nach anderen Autoren sei mit der Auflösung dieser Verträge am besten gedient.¹⁸⁹ Nach *Eilmansberger*¹⁹⁰ sei - im Gegensatz zu bereits abgeschlossenen Einzelgeschäften - bei noch geltenden langfristigen Vereinbarungen (Dauerschuldverhältnissen) die Nichtigkeitssanktion die einzige normzweckadäquate Rechtsfolge.

f) Geltendmachung in einem Zivilprozess wegen Schadenersatzes

Beispiel: 2010 kündigten Hunderte von Kleinunternehmern an,¹⁹¹ von *Paylife* (vormals *Europay*) überhöht einbehaltene Disagio-Gebühren (tw über 1% des Umsatzes für Bankomatkartenzahlungen der Kunden) klagsweise zurückzuverlangen, weil *Paylife* ihre marktbeherrschende Stellung¹⁹² zur Verrechnung unangemessener Gebühren missbraucht habe.¹⁹³

¹⁸⁵ Siehe die Fälle *E.ON* (EK MEMO/08/396); *RWE-Gasnetzverkauf* (EK 31. 5. 2008, MEMO/08/355).

¹⁸⁶ OGH als KOG 16 Ok 46/05 - *Styria Media AG*.

¹⁸⁷ Vgl OGH als KOG 19.1.2009, 16 Ok 13/08, *Tele2* gegen *Telekom Austria* wegen *Kosten-Preis-Schere* bei KombiPaket2007, Pkt 3.5.

¹⁸⁸ Vgl *Eilmansberger* in MünchKomm, Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, Art 82 EG, Rz 604 mwN zum Diskussionsstand.

¹⁸⁹ Vgl *Eilmansberger* aaO mwN.

¹⁹⁰ aaO Rz 605.

¹⁹¹ Die Presse 29.6.2010, Seite 15 (Economist).

¹⁹² Eine solche scheint unbestreitbar zu sein und wurde in einem anderen Zusammenhang (aus Anlass eines Absichtskartells kombiniert mit Marktmachtmisbrauch) auch schon gerichtlich festgestellt; OGH als KOG 12.9.2007, 16 Ok 4/07, *Europay-Bankomatvertrag*.

¹⁹³ Klage eines Unternehmens auf EUR 406.663,- gegen *Europay* wegen überhöhter Transaktionsgebühren wurde wg Verjährung abgewiesen; Handelsgericht Wien 3.9.2009, 22 Cg 138/07y, ÖZK 2010, 116 (rechtskräftig).

d+e+f = private enforcement

D. Missbrauchsverbot bei Machtgefälle: §§ 5a ff FWBG (gem UTP-RL)

FWBG = Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (vormals Nahversorgungsgesetz – NahVG genannt)

Die UTP-RL¹⁹⁴ über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der **Agrar- und Lebensmittelversorgungskette (B2B)** verlangt von den EU-MS bis spätestens 1. 11. 2021 die Implementierung von Schutzvorschriften zugunsten der Nahrungsmittellieferanten; in Österreich ab 1.1.2022 umgesetzt im **Nahversorgungsgesetz (NahVG), das zugleich in FWBG umbenannt** worden ist.¹⁹⁵

Gewisse Vertragsklauseln sollen verboten werden (Art 3 Abs 1 UTP-RL), gewisse sind nur zulässig, wenn sie im Vorhinein klar vereinbart worden sind (Art 3 Abs 2 UTP-RL) und gewisse eiseitige Verhaltensweisen der Nahrungsmittelkäufer sind verboten (Art 3 Abs 1 lit f–h UTP-RL). Der Schutzzweck ähnelt dem bisherigen NahVG.¹⁹⁶

Das zur Anwendung der neuen Bestimmungen erforderliche **Machtgefälle** zwischen Lieferanten und Käufern bemisst sich anhand ihrer Jahresumsätze (vgl § 5a Abs 2 FWBG).

Die Bestimmungen gelten für Handelspraktiken im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen durch

1. Lieferanten, die einen Jahresumsatz von höchstens zwei Millionen Euro haben, an Käufer, die einen Jahresumsatz von mehr als zwei Millionen Euro haben;
2. Lieferanten, die einen Jahresumsatz von mehr als zwei Millionen Euro und höchstens zehn Millionen Euro haben, an Käufer, die einen Jahresumsatz von mehr als zehn Millionen Euro haben;
3. Lieferanten, die einen Jahresumsatz von mehr als zehn Millionen Euro und höchstens 50 Millionen Euro haben, an Käufer, die einen Jahresumsatz von mehr als 50 Millionen Euro haben;
4. Lieferanten, die einen Jahresumsatz von mehr als 50 Millionen Euro und höchstens 150 Millionen Euro haben, an Käufer, die einen Jahresumsatz von mehr als 150 Millionen Euro haben;
5. Lieferanten, die einen Jahresumsatz von mehr als 150 Millionen Euro und höchstens 350 Millionen Euro haben, an Käufer, die einen Jahresumsatz von mehr als 350 Millionen Euro haben,

¹⁹⁴ RL 2019/633/EU vom 17. 4. 2019.

¹⁹⁵ Johannes Peter Gruber, Das Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz, ÖZK 2022, 215.

¹⁹⁶ Hanno Wollmann, Die UTP-Richtlinie – Unterstützung on David gegen Goliath in der Lebensmittelbranche, ecolex 2019, 887.

6. Lieferanten, die einen Jahresumsatz von mehr als 350 Millionen Euro und höchstens 1 Milliarde Euro haben, an Käufer, die einen Jahresumsatz von mehr als 5 Milliarden Euro haben.

Inhaltliche Kernpunkte der Novelle sind zwei Listen mit verbotenen Handelspraktiken:

- Anhang I zum FWBG enthält die sogenannte „**schwarze Liste**“ mit zwölf Praktiken, die jedenfalls verboten sind und von den Vertragspartnern auch nicht abbedungen werden können (zB kurzfristige Stornierung, einseitige Vertragsänderung durch Käufer, Forderung von Zahlungen, die nicht in Zusammenhang mit dem Verkauf stehen).
- Anhang II enthält die Praktiken der „**grauen Liste**“, die verboten sind, wenn sie nicht zuvor ausdrücklich vereinbart wurden (zB Rücksendung nicht verkaufter Produkte ohne Zahlung, Forderung von Zahlungen für Werbung, Vermarktung).

Vertragsklauseln, die verbotene Praktiken enthalten, sind absolut nichtig. Bereits bestehende Liefervereinbarungen müssen bis 1.5.2022 an die neue Rechtslage angepasst werden.

Anhang I = Schwarze Liste

Handelspraktiken, die unter allen Umständen verboten sind:

1. Der Käufer bezahlt den Lieferanten,
 - a) wenn die Liefervereinbarung eine regelmäßige Lieferung von Erzeugnissen festlegt,
 - i) für verderbliche Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse mehr als 30 Tage nach Ablauf des vereinbarten Lieferzeitraums, in dem Lieferungen erfolgt sind, oder mehr als 30 Tage nach dem Tag der Festlegung des zu zahlenden Betrags für diesen Lieferzeitraum, je nachdem, welcher der beiden Zeitpunkte der spätere ist;
 - ii) für andere Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse mehr als 60 Tage nach Ablauf des vereinbarten Lieferzeitraums, in dem Lieferungen erfolgt sind, oder mehr als 60 Tage nach dem Tag der Festlegung des zu zahlenden Betrags für diesen Lieferzeitraum, je nachdem, welcher der beiden Zeitpunkte der spätere ist. Für die Zwecke der in dieser Ziffer genannten Zahlungsfristen ist in jedem Fall anzunehmen, dass die vereinbarten Lieferzeiträume einen Monat nicht überschreiten;
 - b) wenn die Liefervereinbarung keine regelmäßige Lieferung von Erzeugnissen festlegt,
 - i) für verderbliche Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse mehr als 30 Tage nach dem Tag der Lieferung oder mehr als 30 Tage nach dem Tag der Festlegung des zu zahlenden Betrags, je nachdem, welcher der beiden Zeitpunkte der spätere ist;
 - ii) für andere Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse mehr als 60 Tage nach dem Tag der Lieferung oder mehr als 60 Tage nach der Festlegung des zu zahlenden Betrags, je nachdem, welcher der beiden Zeitpunkte der spätere ist.

Legt der Käufer den zu zahlenden Betrag fest, so beginnt unbeschadet der lit. a und b

 - i) die in lit. a genannte Zahlungsfrist mit dem Ende des vereinbarten Lieferzeitraums, in dem Lieferungen erfolgt sind, und
 - ii) die in lit. b genannte Zahlungsfrist mit dem Tag der Lieferung.
2. Der Käufer storniert die Bestellung verderblicher Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse so kurzfristig, dass von einem Lieferanten nach vernünftigem Ermessen nicht erwartet werden kann, dass er eine alternative Vermarktungs- oder Verwendungsmöglichkeit für diese Erzeugnisse findet; eine Stornierungsfrist von weniger als 30 Tagen vor Lieferung gilt in jedem Fall als kurzfristig.
3. Der Käufer ändert einseitig die Bedingungen einer Liefervereinbarung für Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse in Bezug auf Häufigkeit, Methode, Ort, Zeitpunkt oder Umfang der Lieferung von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen, Qualitätsstandards, Zahlungsbedingungen oder Preise oder im Hinblick auf die Erbringung von Dienstleistungen, soweit diese in Anhang II ausdrücklich genannt werden.
4. Der Käufer verlangt vom Lieferanten Zahlungen, die nicht im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen des Lieferanten stehen.
5. Der Käufer verlangt vom Lieferanten, dass dieser für Qualitätsminderung oder Verlust von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen bezahlt, die in den Räumlichkeiten des Käufers auftreten oder nach Eigentumsübergang auf den Käufer, wenn die Qualitätsminderung oder der Verlust nicht durch Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Lieferanten verursacht wurden.
6. Der Käufer verweigert die schriftliche Bestätigung der Bedingungen einer Liefervereinbarung zwischen dem Käufer und dem Lieferanten, für die der Lieferant eine schriftliche Bestätigung verlangt hat. Dies gilt nicht, wenn die Liefervereinbarung sich auf Erzeugnisse bezieht, die von einem Mitglied einer Erzeugerorganisation einschließlich einer Genossenschaft an die Erzeugerorganisation, der der Lieferant angehört, geliefert werden sollen, wenn die Satzung dieser Erzeugerorganisation oder die sich aus dieser Satzung ergebenden oder darin vorgesehenen Regeln und Beschlüsse Bestimmungen enthalten, mit denen eine ähnliche Wirkung erzielt wird wie mit den Bedingungen der Liefervereinbarung.

7. Der Käufer erwirbt oder nutzt Geschäftsgeheimnisse des Lieferanten rechtswidrig im Sinne der Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. Nr. L 157 vom 15.06.2016 S. 1, oder legt diese rechtswidrig im Sinne der genannten Richtlinie offen.

8. Der Käufer droht dem Lieferanten Vergeltungsmaßnahmen kommerzieller Art an oder ergreift gegen ihn derartige Maßnahmen, wenn der Lieferant seine vertraglichen oder gesetzlichen Rechte geltend macht, auch indem er bei der Ermittlungsbehörde Beschwerde einreicht oder bei einer Ermittlung mit dieser zusammenarbeitet.

9. Der Käufer verlangt vom Lieferanten eine Entschädigung für die Kosten der Bearbeitung von Kundenbeschwerden im Zusammenhang mit dem Verkauf der Erzeugnisse des Lieferanten, obwohl weder fahrlässiges noch vorsätzliches Handeln des Lieferanten vorliegt.

10. Der Käufer gewährt dem Lieferanten bei Bestehen eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts ohne sachliche Rechtfertigung bei gleichwertiger Leistung unterschiedliche Bedingungen im Vergleich zu anderen Vertragspartnern, insbesondere im Hinblick auf die Höhe des Preises oder die Zahlungsbedingungen.

11. Der Käufer verlangt ohne sachliche Rechtfertigung vom Lieferanten verderblicher Urprodukte bei Sicherstellung der vereinbarten Liefermenge an den Käufer als Lieferbedingung, dass er seine Produkte nicht gleichzeitig in einem im Verhältnis zur Lieferung an den Käufer untergeordneten Ausmaß selbst vermarktet.

Anhang II = Graue Liste

Handelspraktiken, die verboten sind, es sei denn, diese sind zuvor klar und eindeutig in der Liefervereinbarung oder in einer Folgevereinbarung zwischen dem Lieferanten und dem Käufer vereinbart worden:

1. Der Käufer schickt nicht verkaufte Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse an den Lieferanten zurück, ohne für diese nicht verkauften Erzeugnisse oder für deren Beseitigung zu bezahlen.

2. Vom Lieferanten wird eine Zahlung dafür verlangt, dass seine Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse gelagert, zum Verkauf angeboten, gelistet oder auf dem Markt bereitgestellt werden.

3. Der Käufer verlangt vom Lieferanten, dass dieser die gesamten Kosten oder einen Teil davon für Preisnachlässe bei Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen, die der Käufer im Rahmen einer Verkaufsaktion verkauft, trägt. Ausgenommen sind Fälle, in denen der Käufer eine Verkaufsaktion veranlasst, vor deren Beginn der Käufer mitteilt, in welchem Zeitraum die Aktion laufen wird und welche Menge an Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen voraussichtlich zu dem niedrigeren Preis bestellt wird.

4. Der Käufer verlangt vom Lieferanten, dass dieser für die Werbung für Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse durch den Käufer zahlt.

5. Der Käufer verlangt vom Lieferanten, dass dieser für die Vermarktung von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen durch den Käufer zahlt.

6. Der Käufer verlangt vom Lieferanten eine Zahlung für das Personal für die Einrichtung der Räumlichkeiten, in denen die Erzeugnisse des Lieferanten verkauft werden.

Mit der **Durchsetzung** der Bestimmungen über unlautere Handelspraktiken ist die BWB betraut, der in diesem Zusammenhang weitreichende Ermittlungsbefugnisse zukommen. Sie kann Anträge auf Unterlassung sowie (ab 1.5.2022) auf Verhängung einer Geldbuße bis zu EUR 500.000,- beim KG einbringen.

Unterlassungsansprüche können darüber hinaus unter anderem vom BKA, der WKO, den Landwirtschaftskammern, der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern sowie von betroffenen Unternehmen geltend gemacht werden.

E. Missbrauchsverbot auch ohne Marktbeherrschung: §§ 1–3 FWBG

Das FWBG = Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (vormals Nahversorgungsgesetz – NahVG genannt) und der Wohlverhaltenskatalog der Wirtschaftskammer enthalten **verbotene Verhaltensweisen** (auch **ohne Marktbeherrschung**,¹⁹⁷ daher redundant mit dem obigen Missbrauchsverbot). Die BWB hat 2018 einen "Fairnesskatalog für Unter-

¹⁹⁷ So der Gesetzeswortlaut. Aber für eine teleologische Reduktion auf Fälle der Marktmacht: *Florian Schuhmacher*, Zum Wettbewerbsverständnis im österr Recht, wbl 2019, 376.

nehmen. Standpunkt für unternehmerisches Wohlverhalten"¹⁹⁸ als unverbindlichen Leitfaden publiziert, in dem sie § 5 KartG und das NVG (jeweils iVm § 1 UWG) mit Beispielen erläutert.

Kaufmännisches Wohlverhalten

§ 1. (1) Verhaltensweisen von Unternehmern im geschäftlichen Verkehr untereinander können untersagt werden, soweit sie geeignet sind, den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden.

(2) Solche Verhaltensweisen sind insbesondere das Anbieten oder Fordern, Gewähren oder Annehmen von Geld oder sonstiger Leistungen, auch von Rabatten, Sonderkonditionen, besonderen Ausstattungen, Rücknahmeverpflichtungen oder Haftungsübernahmen, zwischen Lieferanten und Wiederverkäufern, die sachlich nicht gerechtfertigt sind, vor allem, wenn zusätzlichen Leistungen keine entsprechenden Gegenleistungen gegenüberstehen.

Anmerkung

Die Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft hat hiezu einen Wohlverhaltenskatalog veröffentlicht;¹⁹⁹ diesem kommt keine normative Kraft zu.

Schlagworte: Anzapfen

§ 2. (1) Wer als Lieferant gewerberechtlich befugten Wiederverkäufern bei Vorliegen gleicher Voraussetzungen ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedliche Bedingungen gewährt oder anbietet, kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

(2) In gleicher Weise kann auch ein Wiederverkäufer in Anspruch genommen werden, der von Lieferanten sachlich nicht gerechtfertigte Bedingungen fordert oder annimmt.

Schlagworte: Diskriminierungsverbot: § 2 NahVG sieht – über die (Mindest-)Anforderungen der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen gegen Diskriminierungen (Gender-Richtlinie 76/207/EWG; Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG, Rahmenrichtlinie Beschäftigung RL2000/78/EG, Gleichbehandlungsrichtlinie Güter und Dienstleistungen 2004/113/EG) hinausgehend – ein allgemeines Diskriminierungsverbot vor.

OGH 25. 3. 2009, 16 Ok 2/09 (16 Ok 3/09), Unterlassungsantrag *Fachverband der Holzverarbeitenden Industrie gegen Bayerische Staatsforste* betreffend *Sägerundholz*: Dass die K***** gewährte Preisgarantie im Ergebnis für Bayern die Wertschöpfung im Lande erhält und Arbeitsplätze sichern mag, könne nach dem Zweck des Nahversorgungsgesetzes, Wettbewerbsverzerrungen zu unterbinden, nicht als Rechtfertigung für eine Begünstigung in der Preisbemessung herangezogen werden.

Zu berücksichtigen sei weiters, dass die vom *Fachverband der Holzverarbeitenden Industrie* vertretenen Sägewerke zumindest bezüglich des Preises nicht die Möglichkeit hätten, auf andere Lieferanten auszuweichen, da ihnen von der Antragsgegnerin ohnedies marktübliche Preise - nur solche könnten sie auch bei anderen Lieferanten erwarten - gewährt werden. Soweit bei der gebotenen Interessenabwägung auch die konkrete Marktstärke des beanstandeten Unternehmens und das mit ihr verbundene Ausmaß der Wettbewerbsbeeinträchtigung für die Betroffenen zu prüfen sei, schlage sowohl die Marktstellung der *Bayerische Staatsforste* als größte Waldbesitzerin in Bayern als auch die Stellung von K***** als Großkunde zu deren Nachteil aus: Die österreichischen Sägewerke würden in ihrer Marktstellung einerseits dadurch beeinträchtigt, dass K***** aufgrund der geringeren Einkaufspreise höhere Gewinnspannen verblieben, und andererseits dadurch, dass K***** das verarbeitete Schnittholz aufgrund des geringeren Aufwands für Material günstiger am (auch österreichischen) Markt anbieten könne. Das Ausmaß einer solchen Wettbewerbsverzerrung müsse aber umso größer ausfallen, je größer die begünstigte Liefermenge sei.

All diese Erwägungen führten dazu, dass der K***** zugesicherte Preis mit einem „Preisanpassungskorridor“ von lediglich +/- 2 EUR/Fm jährlich sachlich nicht als gerechtfertigt anzusehen sei und damit gegen § 2 Abs 1 NVG verstoße.

OGH 9.6.2010, 16 Ok 1/10, *Sägerundholz*: Bei Beurteilung der "gleichen Voraussetzungen" ist nicht nur auf kostenrelevante Unterschiede (zB Menge, Transport, Zahlungsangebote) abzustellen, sondern auch zB auch eine langfristige Abnahmesicherung zu berücksichtigen.

§ 3. Verfahren nach §§ 1 und 2 dürfen vom Antragsgegner nicht zum Anlass genommen werden, den von einer Verhaltensweise nach diesen Bestimmungen betroffenen Unternehmer von einer weiteren Belieferung oder Abnahme zu angemessenen Bedingungen auszuschließen.

Anm: entspricht § 6 KartG (Verbot von Retorsionsmaßnahmen, insbes. Vertragsperre)

¹⁹⁸ https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/BWB_Fairnesskatalog_final.pdf

¹⁹⁹ ÖBl 1977, 150.

Folgende drei Fallgruppen sind zu unterscheiden:²⁰⁰

- Verhaltensweisen, die **nur** gegen die Grundsätze des **leistungsgerechten Wettbewerbs** verstoßen und **nur vom KG** untersagt werden können. Ansonsten wären die Tatbestände des NVG überflüssig.
- Verhaltensweise, die **nur** eine **unlautere Geschäftspraktik** (früher: "gegen die guten Sitten") **isD UWG** sind, für deren Untersagung ausschließlich die Zivilgerichte berufen sind; und
- Verhaltensweisen, die sowohl sittenwidrig als auch leistungswettbewerbswidrig sind; für die daher sowohl das KG als auch die Zivilgerichte zuständig sein können. Andernfalls wäre § 9 NVG sinnlos.

Für die Vollziehung ist das Kartellgericht zuständig (§ 6 NVG). Seit 1.1.2006: Antragsrecht der BWB, des BKAnw, WKO etc. Davor geringe praktische Relevanz des NVG.²⁰¹ Durch die seit 1. 1. 2006 zusätzlichen Antragsbefugten ist ev mit einer Belegung zu rechnen.²⁰² Kritiker fordern die Abschaffung dieses Gesetzes.²⁰³

Gleichzeitig kann ein beim Zivilgericht verfolgbarer Verstoß gegen das UWG (vgl 9. Doppelstunde: "Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch" oder "sonstige unlautere Geschäftspraktik") vorliegen.

F. Missbrauchsverbot nach der P2B-VO

Die P2B-Verordnung²⁰⁴ beinhaltet unter anderem folgende Verpflichtungen für Online-Plattformbetreiber:

- Allgemeine Geschäftsbedingungen: Gewährleistung klarer, fairer und transparenter Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) und Kündigungsrechte.
- Rankings (Bewertungen): Die Rankings sollen vordefinierten Bedingungen folgen, welche in den AGBs klar und verständlich deklariert werden müssen.
- Beschwerden: Einrichtung eines internen Beschwerdemanagementsystems, welches eine rasche Prüfung von Beschwerden gewährleisten soll.
- Zugang zu Daten: Klärung der Zugriffs- und Nutzungsrechte auf die Daten der gewerblichen Nutzer und deren Nutzung für kommerzielle Zwecke.

Die BWB hat Klagebefugnis.

G. Fragen

1. Wann liegt "Marktbeherrschung" vor?
2. Was ist der wesentliche Unterschied zwischen § 5 KartG (Art 102 AEUV) einerseits und dem NVG andererseits?
3. Was sind essential facilities; Missbrauch?

²⁰⁰ Ditz in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG² (2016) Einl NVG Rz 11.

²⁰¹ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht³ [1997] § 30 Rn 7.

²⁰² Dazu und zur Auslegung von §§ 1, 2 NVG siehe *Palmstorfer*, Totgesagte leben länger: Bayerisches Sägerundholz und die österr Nahversorgung, wbl 2009, 17.

²⁰³ *Reidlinger/Nageler*, Gleichbehandlungszwang für alle? Weg mit dem Nahversorgungsgesetz! ÖZK 2009, 47. Der Autor RA *Reidlinger* hatte zuvor freilich das Verfahren 16 Ok 2/09 (Provisorialverfahren 16 Ok 3/09) – *Sägerundholz* – verloren und erst später das Verfahren gewonnen (OGH 9. 6. 2010, 16 Ok 1/10, *Sägerundholz*).

²⁰⁴ Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten.

4. Was ist die *Areeda-Turner*-Regel?
5. Was sind die Grundtypen der missbräuchlichen Verhaltensweisen?
6. Geben Sie mehrere Beispiele für missbräuchliche Verhaltensweisen!
7. Welche Rechtsbehelfe gibt es gegen missbräuchliche Verhaltensweisen?
8. Was ist predatory pricing?
9. Was ist die English clause?
10. Was ist "Anzapfen"?