



Effects and Causality in Abuse Control - A European Perspective

ascola swiss chapter

THIRD ANNUAL CONFERENCE

CH-EU COMPETITION LAW '24

Prof. Dr. Florian Bien, Maître en Droit (Aix-Marseille III)

Chair for International Business Law, International Arbitration and Private Law

I. Grundsätzliche Orientierung des Schweizer am unionalen Kartellrecht

Nach der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts bieten Praxis und Literatur zu Art. 102 AEUV eine Auslegungshilfe:

Bundesgericht, Urt. v. 29.6.2012, 2C 484/2010, ATF 139 I 72- Publigroupe SA und Mitb. gegen Wettbewerbskommission (Diskriminierung)

*„Da das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 471, 494, insbes. 531 [„Parallelen bestehen beispielsweise bei der Formulierung der Tatbestände des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung“]), ist auch die **Praxis zu Art. 102 [AEUV]** zu berücksichtigen.“*

I. Grundsätzliche Orientierung des Schweizer am unionalen Kartellrechts:

Nach der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts bieten Praxis und Literatur zu Art. 102 AEUV eine Auslegungshilfe:

Bundesgericht, Urt. v. 9.12.2019, 2C 985/2015, ATF 146 II 217 - Swisscom AG gegen Wettbewerbskommission (Kosten-Preis-Schere)

*„Für die Auslegung von Art. 7 KG kann auf die **Literatur und Praxis zu Art. 102 [AEUV]** [...] gegriffen werden [...]: Da die unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG im Wesentlichen parallel zu Art. 102 AEUV geregelt sind, kann für die Auslegung und Praxis des Art. 7 KG ohne Weiteres auch die **Auslegung und Praxis zu Art. 102 AEUV** berücksichtigt werden. Liegen also gleiche Sachlagen vor, so kann primär davon ausgegangen werden, dass sie gleich beurteilt werden sollen.“*

I. Grundsätzliche Orientierung des Schweizer am unionalen Kartellrechts:

Nach der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts bieten Praxis und Literatur zu Art. 102 AEUV eine Auslegungshilfe:

Bundesgericht, Urt. v. 2.11.2022, 2C 596/2019, ATF 146 II 217 – A. AG, B. AG gegen Wettbewerbskommission (SIX-DCC, Kopplung)

*„[.] kann für die Auslegung und Praxis des Art. 7 KG ohne Weiteres auch die **Auslegung und Praxis** zu Art. 102 [AEUV] berücksichtigt werden.“*

Art. 102 AEUV

Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten ist 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.

Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen:

- a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- b) 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;
- 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.

Art. 7 KartG Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativ marktmächtiger Unternehmen

Marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht:

- a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre);
- b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;
- d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;
- f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen;

II. Ähnlichkeiten und Unterschiede zwischen Art. 102 AEUV und Art. 7 KartG

- Art. 102 AEUV und Art. 7 KartG: Generalklausel in Abs. 1, Regelbeispiele in Abs. 2
- Anders als Art. 102 AEUV erfasst Art. 7 KartG auch die Variante des Missbrauchs relativer Marktmacht. Der deutsche Gesetzgeber hat hierfür in § 20 GWB eine spezifische Vorschrift mit eigenen Verhaltensvergaben geschaffen.
- Die vier Regelbeispiele des Art. 102 Abs. 2 AEUV finden sich – in veränderter Reihenfolge – auch in Art. 7 Abs. 2 KartG.
- Zusätzliche Regelbeispiele enthält Art. 7 Abs. 2 lit. a (Geschäftsverweigerung) und lit. d (Unterbietung). Erstere Variante fällt nach EU-Recht unter die Generalklausel in Abs. 2, die zweite in der Variante des Kampfpreismissbrauchs (Erforderlichkeit eines Kosten-Preis-Vergleichs!) ebenfalls.
- Einzelne Regelbeispiele in Art. 7 Abs. 2, z. B. lit. f (Kopplung) haben einen weiteren Tatbestand („Erbringen“ von Leistungen) als das entsprechende Regelbeispiel des EU-Rechts (z. B. lit. d)
- Einzelne Regelbeispiele in Art. 102 Abs. 2 AEUV weisen einschränkende Tatbestandsmerkmale auf, z. B. lit. d („sachlicher Zusammenhang“, „Handelsbrauch“) oder lit. b („zum Schaden der Verbraucher“).

III. „Duales Prüfungsmuster“ bei der Anwendung des Missbrauchsverbots

Der in der Schweizer Lehre verwendete Terminus des dualen Prüfungsmusters verweist auf die Notwendigkeit eines zweiseitigen Vorgehens bei der Prüfung von Art. 7 KartG: (1) Wettbewerbsverfälschung und (2) Prüfung etwaiger Rechtfertigungsgründe:

Bundesgericht, Ur. v. 2.11.2022, 2C 596/2019, ATF 146 II 217 – A. AG, B. AG gegen Wettbewerbskommission (Dynamische Währungsumrechnung, Koppelung)

*„In einem ersten Schritt sind die **Wettbewerbsverfälschungen** (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche **Rechtfertigungsgründe** ("legitimate business reasons") zu prüfen.“*

(Alle Hervorhebungen sind hinzugefügt.)

„Wettbewerbsverfälschung“

Rechtfertigungsgründe

III. „Duales Prüfungsmuster“ bei der Anwendung des Missbrauchsverbots

Die Zweischrittigkeit der Prüfung entspricht dem Vorgehen der europäischen Instanzen:

EuGH, Ur. v. 12.5.2022, C-377/20– Servizio Elettrico Nazionale

*„(85) Wenn eine **Wettbewerbsbehörde** feststellt, dass eine von einem Unternehmen in beherrschender Stellung vorgenommene Praxis **geeignet ist, einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Binnenmarkt zu beeinträchtigen**, bleibt es diesem **Unternehmen**, damit die fragliche Praxis nicht als missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung angesehen wird, unbenommen, **nachzuweisen**, dass diese Praxis entweder durch bestimmte Umstände des Einzelfalls, die insbesondere außerhalb des Einflussbereichs des betreffenden Unternehmens liegen müssen ([...]), oder, in Anbetracht des mit Art. 102 AEUV letztlich verfolgten Ziels, durch das Interesse der Verbraucher ([...]) **objektiv gerechtfertigt ist oder war.**“*

„Wettbewerbs-
beeinträchtigung“

Rechtfertigungsgründe

III. „Duales Prüfungsmuster“ bei der Anwendung des Missbrauchsverbots

Nach der Rechtsprechung des EuGH steht fest, dass das marktbeherrschende Unternehmen die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen trägt. Die vier Voraussetzungen erinnern stark an Art. 101 Abs. 3 AEUV:

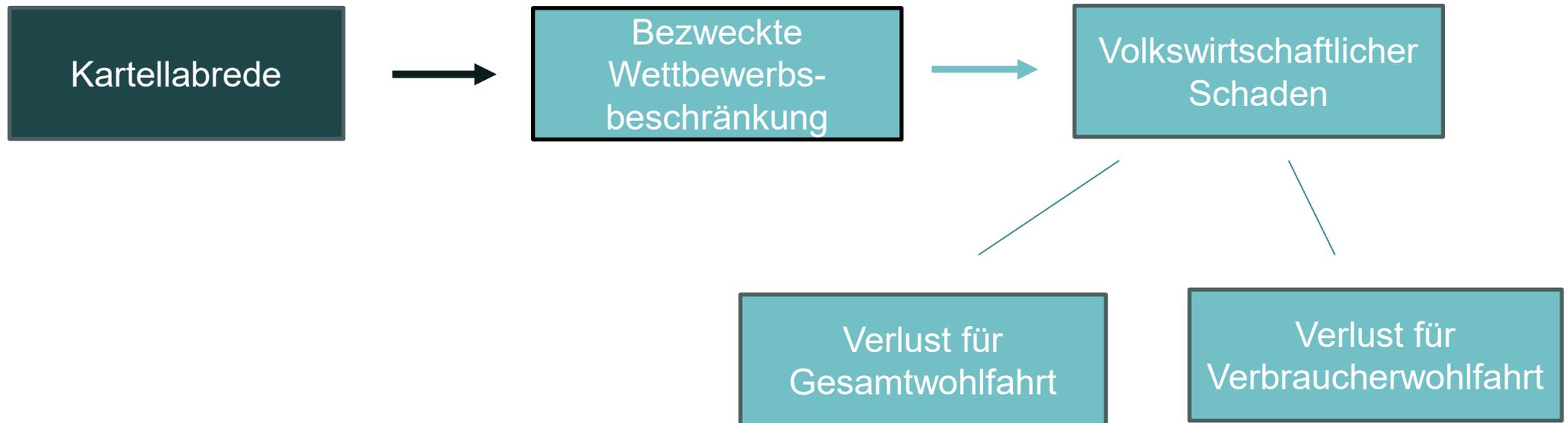
EuGH, Urt. v. 27.3.2012, C-209/10 - Post Danmark

*(42)“ In letzterer Hinsicht hat das **Unternehmen in beherrschender Stellung nachzuweisen**, dass [1] die durch das betreffende Verhalten möglicherweise eintretenden Effizienzvorteile wahrscheinlich [2] negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Interessen der Verbraucher auf den betroffenen Märkten ausgleichen, [3] dass diese Effizienzvorteile durch das genannte Verhalten erzielt worden sind oder erzielt werden können und dass dieses Verhalten für das Erreichen der Effizienzvorteile notwendig ist und [4] einen wirksamen Wettbewerb nicht ausschaltet, indem es alle oder die meisten bestehenden Quellen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs zum Versiegen bringt.”*

Beispiele einer erfolgreichen Berufung auf die Effizienzeinrede sind nicht ersichtlich.

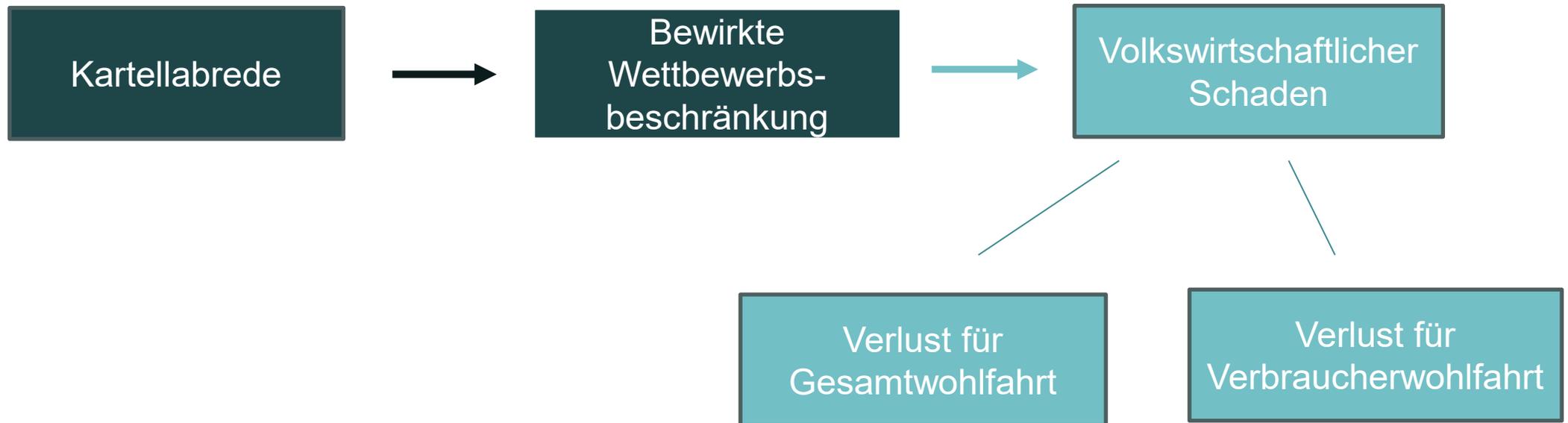
IV. Nachweisanforderungen im Überblick

Kartellverbot – Ausbeutungsmissbrauch - Behinderungsmissbrauch



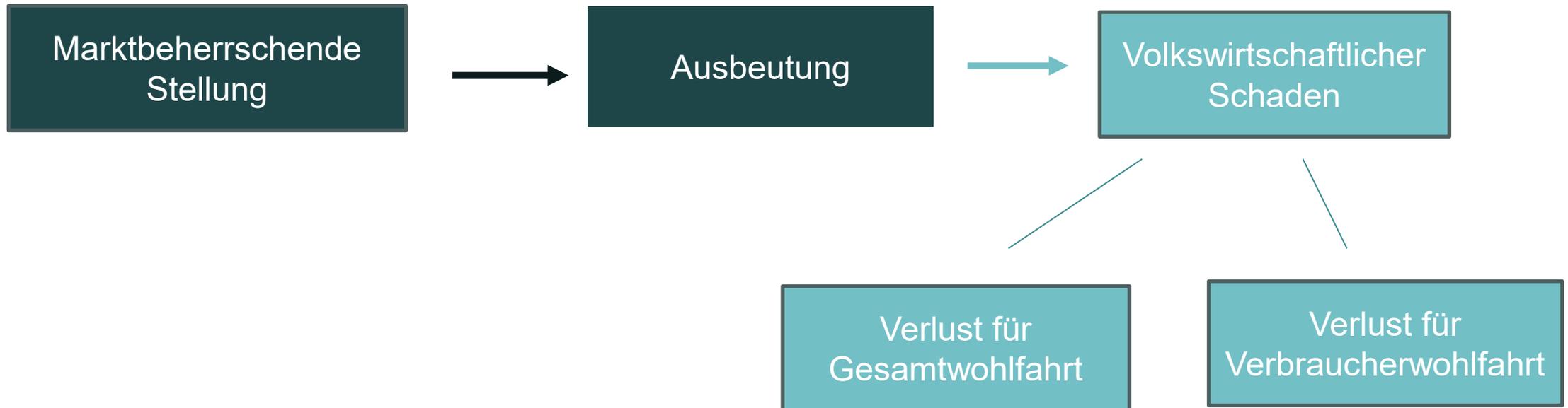
IV. Nachweisanforderungen im Überblick

Kartellverbot – Ausbeutungsmissbrauch - Behinderungsmissbrauch



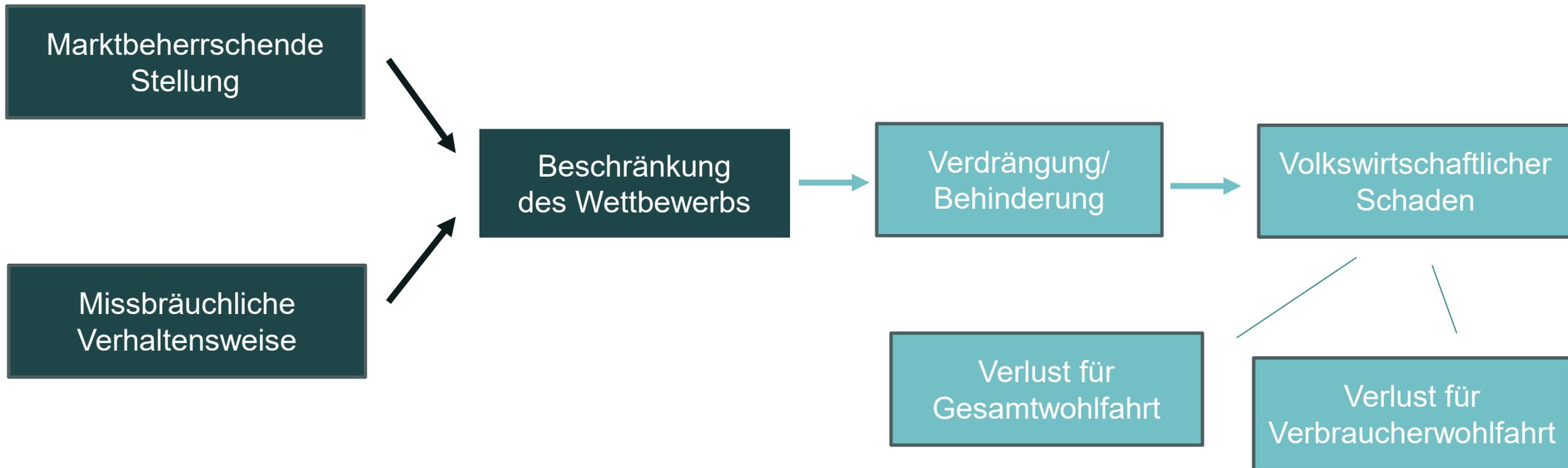
IV. Nachweisanforderungen im Überblick

Kartellverbot – Ausbeutungsmissbrauch – Behinderungsmissbrauch



IV. Nachweisanforderungen im Überblick

Kartellverbot – Ausbeutungsmissbrauch – Behinderungsmissbrauch (steht im Zentrum der Präsentation)

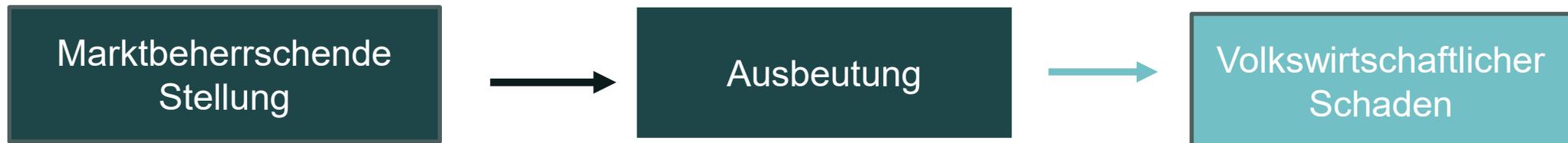


V. Vorschlag für Einfügung von Art. 7 KartG

Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates (Mehrheit)

*„3 Ein missbräuchliches Verhalten gemäss Absatz 1 und 2 liegt nur dann vor, wenn seine **Schädlichkeit** für den **wirksamen Wettbewerb** im konkreten Fall dargelegt ist.“*

Ausbeutungsmissbrauch ist Symptom eines nicht funktionierenden (beschränkten) Wettbewerbs. Der zusätzliche Nachweis einer Wettbewerbsbeschränkung erscheint nicht sinnvoll.



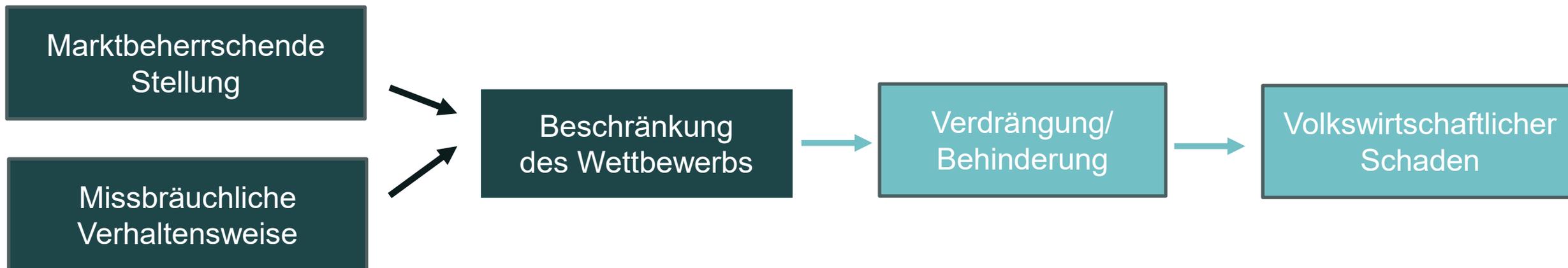
V. Vorschlag für Einfügung von Art. 7 KartG

Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates (Mehrheit)

*„3 Ein missbräuchliches Verhalten gemäss Absatz 1 und 2 liegt nur dann vor, wenn seine **Schädlichkeit** für den **wirksamen Wettbewerb** im konkreten Fall dargelegt ist.“*

Die Kombination aus „Schaden/Schädlichkeit“ und „Wettbewerb“ ist ungewöhnlich. Der Begriff Schaden lässt an Wohlfahrtseinbußen denken, die, wenn überhaupt, nur sehr schwer beweisbar sind.

Vorzugswürdig wären der Begriff „Wettbewerbsbeschränkung“ oder der Begriff „Wettbewerbsverfälschung“.

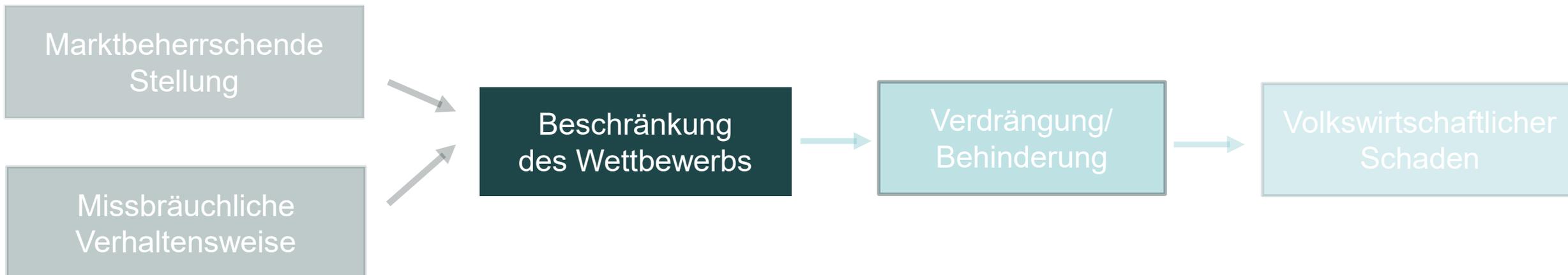


VI. Die Voraussetzung der Wettbewerbsbeschränkung

Die Praxis in der europäischen Union fokussiert das Element der **Wettbewerbsbeschränkung**.

EuG, Urt. v. 30.9.2003, T-203/01 – Michelin II

*„Angesichts des Regelungszusammenhangs wird eine Verhaltensweise jedoch nur dann als missbräuchlich im Sinne des Artikel 82 angesehen, wenn sie den **Wettbewerb beschränken** kann.“*

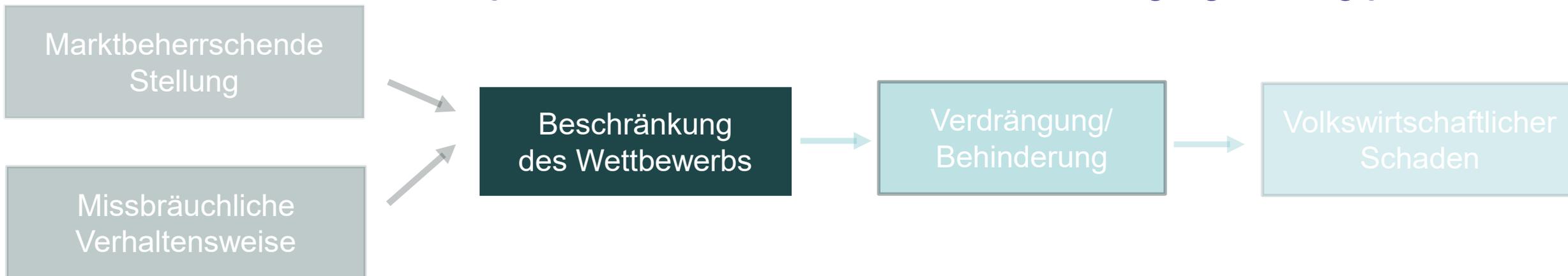


VI. Die Voraussetzung der Wettbewerbsbeschränkung

Eine **Marktverschließungswirkung** (Verdrängung oder Behinderung von Wettbewerbern) muss nicht gezeigt werden, allenfalls die Eignung dazu (siehe sogleich unten):

EuGH, Ur. v. 12.5.2022, C-377/20– Servizio Elettrico Nazionale

*„(53) Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Einstufung einer Praxis eines Unternehmens in beherrschender Stellung als missbräuchlich **nicht** von dem **Nachweis** abhängt, dass, wenn die Praxis eines solchen Unternehmens auf die **Verdrängung** seiner Wettbewerber vom betreffenden Markt angelegt ist, dies auch **erreicht** worden ist und es folglich auf dem Markt zu einer **konkreten Verdrängungswirkung** gekommen ist.“*



VI. Die Voraussetzung der Wettbewerbsbeschränkung

Die Anwendung des Missbrauchsverbots ist nicht von der **Erheblichkeit** der Wettbewerbsbeschränkung abhängig. Ist der Wettbewerb geschwächt aufgrund der Anwesenheit eines marktbeherrschenden Unternehmens, genügt eine **geringfügig** verschlechterte Marktstruktur für die Annahme einer missbräuchlichen Verhaltensweise:.

EuGH, Urt. v. 19.4.2012, C-549/10 P. – Hofmann La Roche (Rabatt)

*„Da es sich zudem um das Verhalten eines Unternehmens in beherrschender Stellung auf einem hierdurch in seiner Wettbewerbsstruktur bereits geschwächten Markt handelt, kann im geltungsberiech des Artikels 86 **jede zusätzliche Beschränkung** dieser Wettbewerbsstruktur eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellen.“*

VI. Die Voraussetzung der Wettbewerbsbeschränkung

Die Anwendung des Missbrauchsverbots ist nicht von der **Erheblichkeit** der Wettbewerbsbeschränkung abhängig. Die Entscheidung, auf welchem Teil des Marktes Wettbewerb stattfinden kann, steht nicht dem marktbeherrschenden Unternehmen zu:

EuGH, Urt. v. 19.4.2012, C-549/10 P. – Tomra (Rabatt)

*„(42) Wie vom Gericht in Randnr. 241 des angefochtenen Urteils ausgeführt, kann nämlich die Abschottung eines **erheblichen Teils des Marktes** durch ein beherrschendes Unternehmen **nicht** mit dem Nachweis gerechtfertigt werden, dass der Teil des Marktes, der gewonnen werden kann, **noch ausreichend Platz** für eine begrenzte Zahl von Wettbewerbern bietet.“*

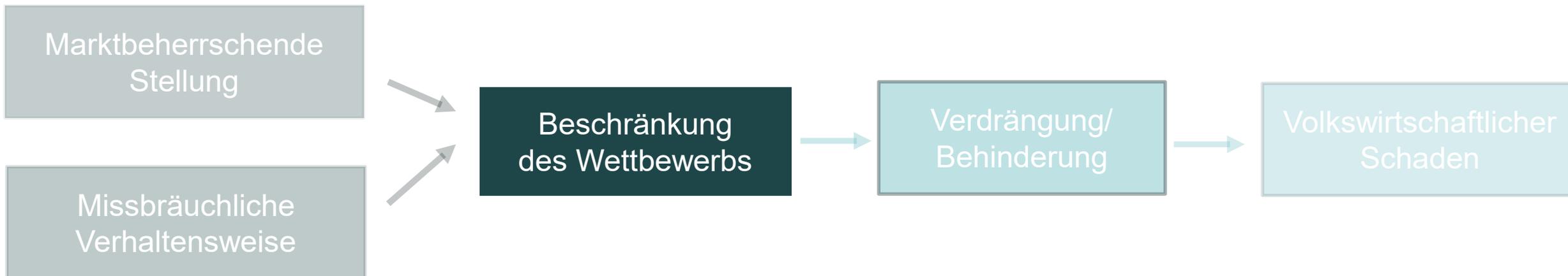
(Im zugrundeliegenden Fall hatte die Kommission allerdings eine Abdeckung des Marktes durch die wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise von immerhin 40 % festgestellt.)

VII. Eignung zur Verdrängung

Soweit teilweise auf das zusätzliche Element der Verdrängungswirkung abgestellt wird, genügt der Nachweis der entsprechenden **Eignung** (siehe schon oben):

EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20– Servizio Elettrico Nazionale

*„(69) Wie in Rn. 50 des vorliegenden Urteils ausgeführt worden ist, setzt die Missbräuchlichkeit der Praktiken, die Gegenstand der Ausgangsrechtsstreitigkeiten sind, voraus, dass sie **geeignet** waren, die **Verdrängungswirkungen** zu entfalten, auf deren Grundlage die streitige Entscheidung beruht.“*

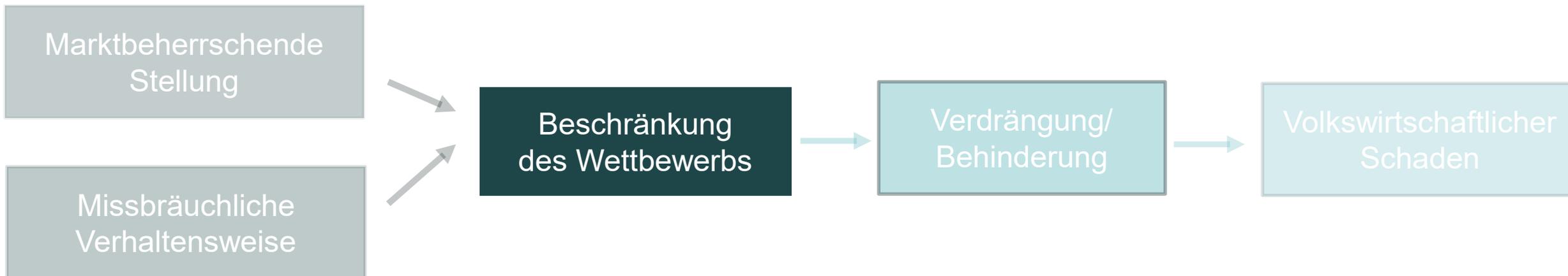


VII. Eignung zur Verdrängung

Die Eignung zur Verdrängung darf nicht nur **hypothetisch** sein. Lediglich geplante, aber nicht umgesetzte Verhaltensweisen fallen nicht unter Art. 102 AEUV:

EuGH, Ur. v. 12.5.2022, C-377/20– Servizio Elettrico Nazionale

*„(70) Allerdings dürfen solche **Wirkungen nicht rein hypothetisch sein** ([...]). Folglich kann zum einen eine Praxis nicht als missbräuchlich eingestuft werden, wenn sie **zwar geplant war, aber schließlich nicht angewandt** worden ist. [Fortsetzung nächste Folie]“*

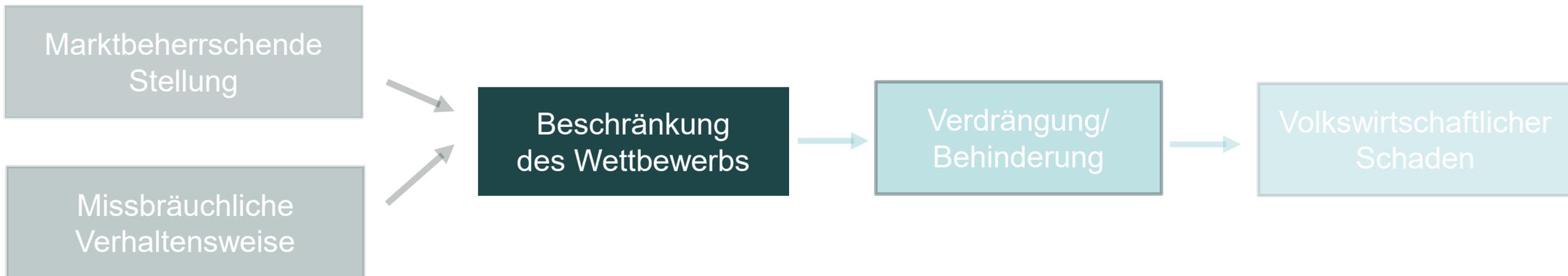


VII. Eignung zur Verdrängung

Die Eignung zur Verdrängung darf nicht nur **hypothetisch** sein. Ebenfalls irrelevant sind Wirkungen, deren Eintritt voraussetzt, dass bestimmte (aus damaliger Sicht: unwahrscheinliche) Umstände eingetreten wären:

EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20– Servizio Elettrico Nazionale

*„(70) [...] Zum anderen kann sich eine Wettbewerbsbehörde nicht auf die Wirkungen stützen, die diese Praxis haben könnte oder hätte haben können, wenn **bestimmte besondere Umstände**, die sich von den Umständen, die zum Zeitpunkt ihrer Anwendung auf dem Markt vorherrschten, unterschieden und deren Verwirklichung damals unwahrscheinlich war, eingetreten sind oder eingetreten wären.“*



VIII. Die Analyse der Eignung zur Verdrängung im Einzelfall

Während das BVGer in der Vorinstanz noch von einer per-se-Missbräuchlichkeit der in den Regel-beispielen (Art. 7 Abs. 2 KartG) ausgegangen ist, hat sich das BG vorsichtiger geäußert (näher: Vortrag S. Bangerter):

Bundesgericht, Urt. v. 2.11.2022, 2C 596/2019, ATF 146 II 217 – A. AG, B. AG gegen Wettbewerbskommission (SIX-DCC, Koppelung)

*„Die Vorinstanz ist - im Einklang mit der Rechtsprechung und Literatur betreffend das in der EU geltende Recht sowie einem gewichtigen Teil des schweizerischen Schrifttums - davon ausgegangen ([...]), dass es im Rahmen von **Art. 7 Abs. 2 lit. f KG** keines **Nachweises einer in bestimmter Weise vorliegenden Wettbewerbsschädigung oder einer Wettbewerbsverfälschung** bedarf.*

*[...], eine **auswirkungsbezogene Analyse** ist nicht erforderlich.“*

VIII. Die Analyse der Eignung zur Verdrängung im Einzelfall

Europäisches Recht: Keine grundsätzliche Unterscheidung zwischen den Regelbeispielen (Abs. 2) und der Generalklausel (Abs. 1). Siehe das Beispiel der Fallgruppe Kopplung und Bündelung:

Bien, in **Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2023, Art. 102 Rn. 631 f.:**

*„(631) Eine weitere allgemeine Voraussetzung für ein Tätigwerden der Kommission bei Kopplungsgeschäften ist, dass, in Übereinstimmung mit den anderen Formen des Behinderungsmissbrauchs, nach Abwägung aller Umstände im Einzelfall eine **wettbewerbswidrige Marktverschließung** zumindest **wahrscheinlich** ist. [...]*

*„(632) [Die Kommission] will [über die allgemeinen Kriterien] hinaus aber auch **besondere Faktoren** berücksichtigen, die einen missbräuchlichen Verschließungseffekt typischerweise fördern. Hierzu zählt sie ausdrücklich die Dauer und Intensität des Kopplungsgeschäfts, die Anzahl der Produkte, die zu einem Bündel zusammengefasst sind, die Wettbewerbsintensität im Markt der gekoppelten Leistung, Substitutionsbeziehungen zwischen Leistungen im Kopplungsmarkt und gekoppeltem Markt, etwaige Regulierungsvorgaben oder sonstige Marktzutrittsschranken.“*

VIII. Die Analyse der Eignung zur Verdrängung im Einzelfall

Den Maßstab für die Beurteilung der Eignung zur Wettbewerberverdrängung bildet häufig ein hypothetischer Wettbewerber, der ebenso effizient wie das marktbeherrschende Unternehmen ist. Praktisch wird meistens eine „Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls“ verlangt.

EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20– Servizio Elettrico Nazionale

*„(71) Für eine solche Einstufung genügt es vielmehr, dass diese Praxis in dem Zeitraum, in dem sie angewandt wurde, **geeignet** war, eine **Verdrängungswirkung** gegenüber zumindest **ebenso effizienten Wettbewerbern** wie das beherrschende Unternehmen zu entfalten [...]*

*(72) Ob dies der Fall war, ist angesichts dessen, dass die Missbräuchlichkeit einer Praxis **nicht von ihrer Form abhängt**, sondern voraussetzt, dass diese Praxis **geeignet** ist oder war, den **Wettbewerb zu beschränken** und insbesondere bei ihrer Anwendung die beanstandeten **Verdrängungswirkungen** zu entfalten, unter **Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände** zu beurteilen [...].“*

VIII. Die Analyse der Eignung zur Verdrängung im Einzelfall

Die Durchführung des as efficient competitor Tests ist aber selbst im Fall eines preisbezogenen Behinderungsmissbrauchs nicht allgemein vorgeschrieben; er bildet lediglich eine Möglichkeit:

EuGH, Urt. v. 12.5.2022, C-377/20– Servizio Elettrico Nazionale

*„(80) Was die erste dieser beiden Kategorien von Praktiken betrifft, die Treuerabatte, Niedrigpreispraktiken in Form von selektiven Preisen und Kampfpreisen sowie Margenbeschneidungen umfasst, ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass diese **in der Regel** anhand des Kriteriums des sogenannten „**ebenso effizienten Wettbewerbers**“ beurteilt werden, mit dem gerade die – abstrakt betrachtete – Fähigkeit eines solchen Wettbewerbers, das Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung nachzuahmen, beurteilt werden soll.*

*(81) Zwar ist dieses Kriterium **nur eines von mehreren** zur Feststellung, dass ein Unternehmen in beherrschender Stellung andere Mittel als die eines „normalen“ Wettbewerbs eingesetzt hat, so dass die **Wettbewerbsbehörden nicht verpflichtet** sind, die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer preisbezogenen Praxis stets auf dieses Kriterium zu stützen ([...]).“*

VIII. Die Analyse der Eignung zur Verdrängung im Einzelfall

Die Durchführung des as efficient competitor Tests ist aber selbst im Fall eines preisbezogenen Behinderungsmissbrauchs nicht allgemein vorgeschrieben; er bildet lediglich eine Möglichkeit:

EuGH, Urt. v. 6.10.2015 - C-23/14 – Post Danmark I (Rabatte)

*„1. Bei der Beurteilung, ob ein von einem Unternehmen in beherrschender Stellung angewandtes Rabattsystem [...] geeignet ist, auf dem Markt eine gegen Art. 82 EG verstoßende **Verdrängungswirkung** zu entfalten, sind **sämtliche Umstände**, insbesondere die Kriterien und Modalitäten der Rabattgewährung, der Umfang der beherrschenden Stellung des betreffenden Unternehmens und die besonderen Wettbewerbsbedingungen auf dem relevanten Markt zu prüfen. Dass dieses Rabattsystem die Mehrheit der Kunden auf dem Markt erfasst, kann einen nützlichen Hinweis auf den Umfang dieser Praxis und ihre Auswirkungen auf den Markt darstellen, der die Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbswidrigen Verdrängungswirkung erhöhen kann.*

*2. Die Anwendung des Kriteriums des „**ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers**“ stellt **keine notwendige Voraussetzung** dar, um den missbräuchlichen Charakter eines Rabattsystems im Hinblick auf Art. 82 EG festzustellen. In einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens ist die Anwendung des Kriteriums des „**ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers**“ nicht sachgerecht.“*

IX. Jüngere Entwicklungen im Überblick: Erleichterter Nachweis?

- 2021: Einfügung von § 19a GWB (Verzicht auf das Kriterium der Marktbeherrschung; explizite Verhaltensanforderungen ohne Erfordernis der Darlegung einer resultierenden Wettbewerbsbeschränkung?; Beweislastumkehr betreffend Rechtfertigung, was aber keine Besonderheit ist.)
- 2022: DMA (Verzicht auf das Kriterium der Marktbeherrschung; explizite Verhaltensanforderungen ohne Erfordernis der Darlegung einer resultierenden Wettbewerbsbeschränkung; keine Möglichkeit der Rechtfertigung)
- 2023: Neufassung des Prioritätenpapiers von 2009 (Abschwächung der Nachweisanforderungen) – siehe sogleich
- 2024: Entwurf eines Code européen des affaires (Vorschlag, die Dichotomie zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen auch iRd Missbrauchsverbots einzuführen) – siehe sogleich

IX. Jüngere Entwicklungen im Überblick: Erleichterter Nachweis?

In ihrer Prioritätenmitteilung zur Anwendung von Art. 102 AEUV stellte die Kommission noch hohe Anforderungen an den Nachweis einer „wettbewerbswidrigen Marktverschließung“:

Kommission, Prioritätenmitteilung, 2009:

*„(19) In dieser Mitteilung bezeichnet der Begriff „wettbewerbswidrige Marktverschließung“ einen Sachverhalt, in dem das marktbeherrschende Unternehmen durch sein Verhalten vorhandenen oder potenziellen Wettbewerbern den **Zugang zu Lieferquellen oder Märkten erschwert oder unmöglich macht** und **als Folge** das marktbeherrschende Unternehmen **aller Wahrscheinlichkeit nach** in der Lage ist, die **Preise zum Nachteil der Verbraucher** gewinnbringend zu erhöhen.“*

*„(20) In der Regel wird die Kommission nach Artikel 82 tätig, wenn aufgrund stichhaltiger und überzeugender Beweise der mutmaßliche Missbrauch **aller Wahrscheinlichkeit nach** zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung führen wird.“*

IX. Jüngere Entwicklungen im Überblick: Erleichterter Nachweis?

In der 2023 reformierten Fassung der Prioritätenmitteilung senkt die Kommission die Anforderungen an den Nachweis einer „wettbewerbswidrigen Marktverschließung“ erkennbar:

Kommission, Prioritätenmitteilung, 2023 (reformierte Fassung):

*„Unter Berücksichtigung der im Rahmen der Durchsetzungspraxis der Kommission gesammelten Erfahrungen und der Klarstellungen durch die Rechtsprechung der Unionsgerichte sollte deutlich gemacht werden, dass sich der Begriff „wettbewerbswidrige Marktverschließung“ ([...]) **nicht nur** auf Fälle bezieht, in denen das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens dazu führen kann, dass Wettbewerber **vollständig vom Markt verdrängt oder bedeutungslos werden**, sondern **auch auf Fälle, in denen das Verhalten den Wettbewerb schwächen kann**, wodurch die Wettbewerbsstruktur des Marktes zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmens und zum Nachteil der Verbraucher beeinträchtigt wird.“*
[Fortsetzung nächste Folie]

IX. Jüngere Entwicklungen im Überblick: Erleichterter Nachweis?

In der 2023 reformierten Fassung der Prioritätenmitteilung senkt die Kommission die Anforderungen an den Nachweis einer „wettbewerbswidrigen Marktverschließung“ erkennbar:

Kommission, Prioritätenmitteilung, 2023 (reformierte Fassung):

*„Darüber hinaus ist es mit Blick auf die Durchsetzungspraxis der Kommission und die Rechtsprechung der Unionsgerichte wichtig klarzustellen, dass es nicht angemessen ist, sich in Bezug auf das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens auf das Element der **Rentabilität** zu stützen, um die Durchsetzungsprioritäten der Kommission zu bestimmen, d. h. nur solche Fälle vorrangig zu prüfen, in denen das marktbeherrschende Unternehmen seine Preise **gewinnbringend** auf ein Niveau über dem Wettbewerbspreis halten oder gewinnbringend andere Wettbewerbsparameter wie Produktion, Innovation, Angebot oder Qualität der Waren oder Dienstleistungen beeinflussen kann.“*

IX. Jüngere Entwicklungen im Überblick: Erleichterter Nachweis?

In der 2023 reformierten Fassung der Prioritätenmitteilung senkt die Kommission die Anforderungen an den Nachweis einer „wettbewerbswidrigen Marktverschließung“ erkennbar. (1) Es geht nur noch um den Schutz der Marktstruktur. (2) Die von der Beeinträchtigung möglicherweise betroffenen Wettbewerbsparameter gehen weit über den Preis hinaus. (3) Rentabilität für das marktbeherrschende Unternehmen ist kein Kriterium mehr:

Kommission, Prioritätenmitteilung, 2023 (reformierte Fassung):

Neufassung von Rn. 19 der Prioritätenmitteilung:

*„In dieser Mitteilung bezeichnet der Begriff „wettbewerbswidrige Marktverschließung“ eine Situation, in der das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens die Aufrechterhaltung einer wirksamen Wettbewerbsstruktur **behindert** (1a), sodass das marktbeherrschende Unternehmen die verschiedenen Wettbewerbsparameter wie Preis, Produktion, Innovation, Angebot oder Qualität der Waren oder Dienstleistungen zu seinem eigenen Vorteil und zum Nachteil der Verbraucher **negativ beeinflussen kann** (1b).“*

IX. Jüngere Entwicklungen im Überblick: Erleichterter Nachweis?

Der von einer deutsch-französischen Arbeitsgruppe erarbeitete Entwurf für ein europäisches Wirtschaftsgesetzbuch enthält Vermutungsregeln und sieht die Übertragung der Dichotomie von bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen (*objet ou effet*) auch auf das Missbrauchsverbot:

Projet d'un Code européen des affaires (vorläufiger Entwurf)

- 1. L'abus de position dominante peut avoir un objet ou des effets anticoncurrentiels.*
- 2. Sont présumées constituer des abus de position dominante par l'objet, sans possibilité de preuve contraire, les pratiques tarifaires mettant en œuvre une stratégie d'éviction d'un concurrent au moins aussi efficace.*
- 3. Sont présumées constituer des abus de position dominante par l'objet, sauf à l'entreprise dominante à rapporter la preuve de l'absence d'effet anticoncurrentiel, les pratiques consistant pour une entreprise dominante :*
 - à stipuler des clauses d'exclusivité de durée excessive ;*
 - à se faire consentir des avantages sans contrepartie à l'occasion d'une révision d'un contrat ;*
 - à refuser de laisser un accès à une ressource essentielle qu'elle détient, celle-ci s'entendant comme une ressource indispensable pour accéder à un marché aval ou connexe et impossible ou déraisonnablement difficile à reproduire de manière rentable ;*
 - à se réserver, ou à réserver à ses partenaires privilégiés, un traitement plus favorable que celui accorde à ses concurrents ;*

X. Zusammenfassung

- Trotz äußerlicher Ähnlichkeiten erweist sich Art. 7 KartG als strenger im Vergleich zu Art. 102 AEUV (rel. Marktmacht; zusätzl., teilw. erweiterte Regelbeispiele mit teilw. geringeren tatbestandlichen Anforderungen).
- Das Kriterium „Schädlichkeit für den wirksamen Wettbewerb“ (Art. 7 Abs. 3 Entw.-KartG, WA-Ausschuss, Ständerat) ist missverständlich. Vorzugswürdig ist das Kriterium der „Wettbewerbsbeschränkung“.
- Es eignet sich nicht für die Beurteilung eines Ausbeutungsmisbrauchs.
- In der europäischen Entscheidungspraxis betreffend Behinderungsmissbräuche steht der Nachweis der Wettbewerbsbeschränkung im Mittelpunkt. Häufig bedarf es der „Betrachtung sämtlicher Umstände des Einzelfalls“. Eine Erheblichkeitsschwelle ist nicht anerkannt.
- Teilweise wird darüber hinausgehend der Nachweis der „Eignung zur Verdrängung“, nicht aber des tatsächlichen Eintritts der Verdrängungswirkung verlangt.
- In letzter Zeit schlägt das Pendel eher zurück: Die Neufassung der Prioritätenmitteilung (2023) sieht eine erhebliche Erleichterung des Nachweises einer „erheblichen Marktverschließung“ vor.
- Der (allein auf sog. Gatekeeper und die von ihnen betriebenen zentralen Plattformdienste anwendbare) Digital Markets Act verzichtet auf den Nachweis einer Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall und schließt die Möglichkeit der Rechtfertigung aus.

**Thank you for your interest and your
attention!**

Prof. Dr. Florian Bien



Chair for International Business Law,
International Arbitration and Private Law

florian.bien@uni-wuerzburg.de