Relative Marktmacht im D-A-CH-Rechtsraum: Rechtsvergleichung, Ökonomie und Digitalisierung

Bueren, Eckart ; Picht, Peter Georg ; Wolf-Posch, Anna

Abstract: Die deutschen, österreichischen und schweizerischen Verhaltenskontrollregeln für relativ marktmächtige Unternehmen basieren auf einem ähnlichen Grundkonzept der relativen Marktmacht, das auf bilaterale Abhängigkeiten infolge fehlender Ausweichoptionen abstellt und rechtsökonomisch betrachtet zwischen Vertragstheorie und Wettbewerbspolitik steht. Rechtspolitischer Hintergrund, (zu erwartende) Durchsetzungsintensität sowie Struktur und Dogmatik der Missbrauchstatbestände weisen hingegen Unterschiede auf, wie etwa die Flankierung des Missbrauchs relativer Marktmacht durch ergänzende Gesetze oder das schweizspezifische Vorgehen gegen hohe Inlandspreise. In allen drei Rechtsordnungen bringt die digitale Transformation von Wirtschaft und Gesellschaft neue Wettbewerbsgefährdungen (z.B. Tipping), möglicherweise eine Anwendungsintensivierung für das Konzept der relativen Marktmacht und sogar dessen freundlichere Bewertung aus der traditionell eher skeptischen ökonomischen Perspektive. Die herkömmliche Mittelstandsorientierung tritt dahinter zurück. Deutschland hat für den Digitalbereich schon neue Regeln gesetzt, in Österreich werden solche diskutiert. Zugleich zeigt der EU Digital Markets Act Parallelen zum Konzept der relativen Marktmacht, sodass sich diese beiden Rechtsinstrumente zu einem Wettbewerbsschutzrahmen unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle zusammenfügen könnten. Ihre Abstimmung mit nicht-wettbewerbsrechtlichen Regelsystemen bleibt eine Aufgabe für die Zukunft. Legal rules for controlling the conduct of undertakings with “relative” market power used to be a phenomenon limited to a few European jurisdictions – including Germany, Austria and France – and meeting criticism, especially by economists, even there. Against the background of globalization and digitalization, however, things are changing: Switzerland is introducing the concept of relative market power, Austria is extending the scope of its provisions, Germany has already adapted them to the digital context, even the EU draft Digital Markets Act contains related elements. It seemed thus apposite to make relative market power the topic of the first annual conference of the D-A-CH Competition Law Forum. Relative market power can be defined as a dependence of certain suppliers or buyers resulting from their inability to switch to other business partners. This relative power is, thus, present only vis-à-vis certain companies but not market-wide, as in situations of market dominance. Nonetheless, the objectives of protecting dependent undertakings and of preventing distortions of competition which can emanate even from such limited market power justify legal intervention. If a company holds relative market power, it is prohibited from unfairly impeding its dependent business partners, from discriminating against them or forcing them to grant unjustified advantages. The focus of the case law, usually generated by litigation in the civil courts, not by investigations of the competition authority, is on actions for the continuation or commencement of a business relationship. In Germany, the 10th GWB amendment already extends the scope of relative market power rules to digital intermediaries, data access, and tipping-prone network markets. In Austria, the Local Supply Act (“NVG”) complements the general competition law rules, with a focus on protecting SME distributors. Overall, Austrian courts have interpreted the provisions on relative market power much more restrictively than the German courts. A catalogue on fair business conduct by the Austrian competition watchdog, the implementation of the EU UTP Directive, and an upcoming competition law reform are, however, likely to intensify law enforcement. The new Swiss law rules on rel-at-ive market power go farther than German and Austrian law by subjecting companies with relative market power to all conduct rules in place for dominant undertakings. Furthermore, Swiss law

establishes – in the attempt to fight the comparatively high level of prices in the country – a specific prohibition of measures that restrict the possibility for customers to purchase goods or services offered in Switzerland and abroad at the market prices and conditions applied outside Switzerland. In its draft Digital Markets Act, the European Union regulates digital gatekeepers not based on their market dominance but based on their users' dependence. Just as the concept of relative market power, the DMA is, thus, concerned with providing remedies for severe bargaining imbalances that lead to unfair practices or conditions. If it proves true that the draft DMA aims at the GAFAM companies in a first phase but will cover a broader range of gatekeepers later on, it could become a regulatory instrument that functionally overlaps with the concept of relative market power in the platform sector.

DOI: <https://doi.org/10.15375/zwer-2021-0204>

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-208048>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Bueren, Eckart; Picht, Peter Georg; Wolf-Posch, Anna (2021). Relative Marktmacht im D-A-CH-Rechtsraum: Rechtsvergleichung, Ökonomie und Digitalisierung. Zeitschrift für Wettbewerbsrecht : ZWeR = Journal of competition law, 19(2):173-216.

DOI: <https://doi.org/10.15375/zwer-2021-0204>

Eckart Bueren^{*)}/Anna Wolf-Posch^{**)}/Peter Georg Picht^{***)}

Relative Marktmacht im D-A-CH-Rechtsraum: Rechtsvergleichung, Ökonomie und Digitalisierung

Die deutschen, österreichischen und schweizerischen Verhaltenskontrollregeln für relativ marktmächtige Unternehmen basieren auf einem ähnlichen Grundkonzept der relativen Marktmacht, das auf bilaterale Abhängigkeiten infolge fehlender Ausweichoptionen abstellt und rechtsökonomisch betrachtet zwischen Vertragstheorie und Wettbewerbspolitik steht. Rechtspolitischer Hintergrund, (zu erwartende) Durchsetzungsintensität sowie Struktur und Dogmatik der Missbrauchstatbestände weisen hingegen Unterschiede auf, wie etwa die Flankierung des Missbrauchs relativer Marktmacht durch ergänzende Gesetze oder das schweizspezifische Vorgehen gegen hohe Inlandspreise. In allen drei Rechtsordnungen bringt die digitale Transformation von Wirtschaft und Gesellschaft neue Wettbewerbsgefährdungen (z. B. Tipping), möglicherweise eine Anwendungsintensivierung für das Konzept der relativen Marktmacht und sogar dessen freundlichere Bewertung aus der traditionell eher skeptischen ökonomischen Perspektive. Die herkömmliche Mittelstandsorientierung tritt dahinter zurück. Deutschland hat für den Digitalbereich schon neue Regeln gesetzt, in Österreich werden solche diskutiert. Zugleich zeigt der EU Digital Markets Act Parallelen zum Konzept der relativen Marktmacht, sodass sich diese beiden Rechtsinstrumente zu einem Wettbewerbschutzrahmen unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle zusammenfügen könnten. Ihre Abstimmung mit nicht-wettbewerbsrechtlichen Regelsystemen bleibt eine Aufgabe für die Zukunft.

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Rechtsvergleichung
 1. Deutschland
 - 1.1 Rechtsentwicklung bis zur 10. GWB-Novelle
 - 1.1.1 Schutzbereich und Einordnung
 - 1.1.2 Bestimmung relativer Marktmacht
 - 1.1.3 Relativität der Machtposition
 - 1.1.4 Fallgruppen relativer Angebotsmacht
 - 1.1.5 Relative Nachfragemacht
 - 1.1.6 Interessenabwägung und Kasuistik
 - 1.2 Neuerungen der 10. GWB-Novelle
 - 1.2.1 § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB – Streichung des KMU-Kriteriums
 - 1.2.2 § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB – relative Intermediationsmacht
 - 1.2.3 § 20 Abs. 1a GWB – relative Datenabhängigkeit
 - 1.2.4 § 20 Abs. 3a GWB – überlegene Marktmacht
 2. Österreich
 - 2.1 Übersicht und Rechtsentwicklung
 - 2.2 KartG und NVG in der Anwendungspraxis
 - 2.2.1 Auslegung von § 4 Abs. 3 KartG
 - 2.2.2 Auslegung der Eingriffstatbestände des NVG
 - 2.2.3 Zusammenspiel von § 4 Abs. 3 KartG und NVG
 - 2.2.4 Relative Marktmacht in der individuellen Durchsetzung
 - 2.2.5 Rückbesinnung auf Ungleichgewichte in Vertragsverhältnissen
 - 2.2.6 Umsetzung der UTP-Richtlinie (2021)
 - 2.2.7 Durchsetzung der P2B-Verordnung über das NVG
 - 2.2.8 Änderungen durch das KaWeRÄG 2021

^{*)} Prof. Dr. iur., Dipl.-Volksk., Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Göttingen

^{**)} Dr. iur., LL.M. (Columbia), Rechtsanwältin und Partnerin, Cerba Hempel, Wien

^{***)} Prof. Dr. iur., LL.M. (Yale), Universität Zürich

3. Schweiz
 - 3.1 Fair-Preis-Initiative und Kartellgesetzrevision
 - 3.2 Zentralelemente der neuen Rechtslage
 - 3.3 GWB und KG neu: ungleiche Geschwister
- III. Relative Marktmacht, Ökonomik und Digitalisierung
 1. Marktmacht in Ökonomie und Recht
 2. Grenzziehung zwischen absoluter und relativer Marktmacht
 3. Ökonomischer Handlungsbedarf bei bilateralen Ungleichgewichtslagen
 - 3.1 Vertragstheorie
 - 3.2 Strukturpolitik
 - 3.3 Adressierung durch Kartellrecht?
 - 3.3.1 Ökonomischer Ausgangspunkt
 - 3.3.2 Rechtssystematische Einordnung
 - 3.3.3 Rechtsökonomische Wirkung
 - 3.4 Beurteilung des deutschen Rechts
 - 3.4.1 Teleologischer Ausgangspunkt
 - 3.4.2 Ökonomische Vertragstheorie
 - 3.4.3 Theorie der property rights
 - 3.4.4 Beurteilung nach moderner Wettbewerbsökonomie
 4. Relative Marktmacht als Vorfeldtatbestand, insb.: Ökonomik der Digitalisierung
- IV. Ergebnisse und Perspektiven
 1. Parallelen und Unterschiede in den nationalen Rechtsrahmen
 2. Rechtspolitik und Rechtsdurchsetzung im Vergleich
 3. Relative Marktmacht und Fairness
 4. Digitalisierungs- und EU-Perspektive
 - 4.1 Gatekeeper-Designation und relative Marktmacht
 - 4.2 Gatekeeper-Pflichten und relative Marktmacht
 - 4.3 Kombiniertes Vorfeldschutz?

I. Einführung

Marktverhaltenskontrolle für Unternehmen, die nur über „relative“ Marktmacht verfügen – ein ursprünglich eminent kontingentes Konzept, geboren aus der Ölkrise des vergangenen Jahrhunderts, von Ökonomen traditionell kritisch beäugt, in nur manchen Kartellrechtsordnungen implementiert, und selbst dort teils über Jahrzehnte in selten gestörtem Dornröschenschlaf. Und doch erweist sich das Konzept, getrieben von Globalisierung und digitaler Transformation, nicht als Auslaufmodell, sondern als Exportschlager mit neu belebter Relevanz: Die Schweiz führt erstmals – und durchaus nicht nur Bestehendes kopierend – Kartellrechtsregeln zur Kontrolle relativer Marktmacht ein, Belgien hat dies Mitte 2020 getan,¹⁾ Österreich treibt einen Prozess zur Reform der seinigen voran, Deutschland hat seinen Rechtsrahmen bereits erweitert und für die Digitalwirtschaft ertüchtigt, das Rechtssetzungspaket der EU für Daten- und Digitalmärkte enthält – beispielsweise im Digital Markets Act – verwandte Ansätze.

Entwicklungen bemerkenswert genug also, um sie zum Gegenstand wissenschaftlichen Austausches zu machen, und gerade auch eines grenzüberschreitenden österreichisch-schweizerisch-deutschen Diskurses zwischen zwei Ursprungsrechtsordnungen des relativen Marktmachtkonzepts und einer Rechtsordnung, die sich dieses gerade nutzbar macht. Das von den *Verfassern* dieses Beitrags gegründete DACH-Kartellrechtsforum (<https://dach-kartellrechtsforum.ch/>) setzte sich denn auch für seine Jahrestagung 2020 die relative Marktmacht als Thema und konnte ihre vielfältigen Fa-

1) *Blockx*, JECLAP 12 (2021), 321, inspiriert vorrangig vom französischen und ferner vom deutschen Recht.

cetten eingehend beleuchten, unter anderem mit den Referent*innen *Natalie Harsdorf* (Bundeswettbewerbsbehörde), *Andreas Heinemann* (Wettbewerbskommission/Universität Zürich), *David Mamane* (Schellenberg Wittmer, Zürich), *Philip Marsden* (Bank of England/College of Europe), *Rainer Nitsche* (E.CA Economics), *Jörg Nothdurft* (Bundeskartellamt), *Stephanie Pautke* (Commeo, Frankfurt), *Richard Stäuber* (Homburger, Zürich) und *Roger Zäch* (Universität Zürich).

Das vorliegende Heft der ZWeR spiegelt die Konferenz in mehreren Aufsätzen. Der folgende Beitrag will hierzu seinen Beitrag leisten, indem er die Rechtslage in der Schweiz, Österreich und Deutschland vergleichend untersucht, mit Bezügen auch zu anderen Rechtsordnungen (insbes. Frankreich, Italien, Belgien, USA) den ökonomischen Diskurs kritisch nachzeichnet und die (digitale) Zukunft der relativen Marktmachtregeln auf nationaler und EU-Ebene beleuchtet.

II. Rechtsvergleichung

1. Deutschland

1.1 Rechtsentwicklung bis zur 10. GWB-Novelle

1.1.1 Schutzbereich und Einordnung

Sedes materiae für die in Deutschland geltenden Regeln zur Kontrolle einseitiger Verhaltensweisen von Unternehmen, die zwar über Marktmacht, nicht aber über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, ist § 20 GWB. Als Besonderheit zum Beispiel gegenüber dem schweizerischen Recht adressiert diese Vorschrift neben der relativen (§ 20 Abs. 1, 1a, 2 GWB) noch eine weitere Form der Marktmacht, nämlich die „überlegene“ Marktmacht gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern (§ 20 Abs. 3, 3a, 4 GWB). Neben dem Schutz der Institution Wettbewerb entfaltet sie auch Individualschutz für die vom relativ marktmächtigen Unternehmen abhängigen Unternehmen sowie für Wettbewerber des relativ Marktmächtigen.²⁾ Obgleich die GWB-Missbrauchskontrolle damit weiter reicht als die nur auf Marktbeherrscher anwendbare Vorschrift des Art. 102 AEUV, besteht – schon angesichts der Regelung in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der VO 1/2003 – weithin Konsens über die Europarechtskonformität der deutschen Regelung.³⁾

1.1.2 Bestimmung relativer Marktmacht

Im Zuge ihrer änderungsreichen Historie⁴⁾ haben die Normen zur relativen und überlegenen Marktmacht einige Ausdifferenzierung erfahren. Fokussiert man auf die relative Marktmacht und lässt zunächst die Änderungen durch die 10. GWB-Novelle beiseite (zu diesen sogleich), definiert § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB die relative Marktmacht als Abhängigkeit von Anbietern oder Nachfragern infolge ihrer fehlenden Ausweichmöglichkeit auf andere Geschäftspartner, die Vorschrift erfasst also insbesondere auch Konstellationen der Nachfragemacht. Als weitgehend gefestigt präsentiert sich die Rechtslage zum Bestehen relativer Marktmacht dahingehend, dass für die „ausreichende“ Ausweichmöglichkeit eher objektivierend danach zu fragen ist, ob für die Bedarfsdeckung des potentiell abhängigen Unternehmens gleichwertige alternative Anbieter bzw. Nachfrager

2) BGH WuW/E BGH 2875, 2878 – Herstellerleasing; WuW/E BGH 1629 – Modellbau-Artikel; WuW/E BGH 1829, 1832 – Original VW-Ersatzteile II; MünchKomm-Westermann, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., 2020, § 20 GWB Rz. 3 m. w. N., auch zur Berücksichtigung des Institutionenschutzes i. R. d. Abwägung unternehmensindividueller Interessen.

3) S. etwa Immenga/Mestmäcker/Markert, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., 2020, § 20 GWB Rz. 1.

4) Überblick bei MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 4.

überhaupt existieren.⁵⁾ Für die „Zumutbarkeit“ der Ausweichmöglichkeit kommt es hingegen – ohne dass eine scharfe Trennung zwischen beiden Tatbestandskomponenten gängig oder erforderlich wäre⁶⁾ – eher subjektivierend darauf an, ob ein Umsteigen auf die existierenden Ausweichmöglichkeiten mit den Interessen des individuellen, potentiell abhängigen Unternehmens hinreichen kompatibel wäre.⁷⁾ Hieran kann es insbesondere fehlen, wenn durch den Wechsel des Geschäftspartners die Wettbewerbsfähigkeit des potentiell abhängigen Unternehmens im Verhältnis zu seinen Konkurrenten gefährdet wäre.⁸⁾ Strittig ist hingegen, ob es schon im Rahmen der Unzumutbarkeit (und damit für das Bestehen relativer Marktmacht)⁹⁾ oder erst im Rahmen der Interessenabwägung (und damit für die Feststellung eines Missbrauchs)¹⁰⁾ Berücksichtigung finden sollte, wenn Wettbewerbsnachteile durch einen Wechsel des Transaktionspartners auch auf eigene, vom potentiell relativ Marktmächtigen nicht erzwungene Geschäfts(fehl-)entscheidungen des potentiell abhängigen Unternehmens zurückzuführen wären. Ein Blick auf die Rechtsprechung, etwa zur Konzentration der Geschäftstätigkeit auf bestimmte Marktsegmente,¹¹⁾ zur Wahl des Unternehmenssitzes¹²⁾ oder zum Abschluss langlaufender Lieferverträge mit bzw. ohne genügende Kündigungsfrist,¹³⁾ verdeutlicht die Praxisrelevanz dieser Frage. Schon weil sich die Eigenständigkeit und die zu vertretende Fehlsamkeit einer Geschäftsentscheidung vielfach einer binären Beurteilung entziehen, die Würdigung ihrer graduellen Abstufungen vielmehr eine Wertungskomponente enthält, passt dieser Gesichtspunkt besser in die Interessenabwägung auf Ebene des Missbrauchsverhaltens.

1.1.3 Relativität der Machtposition

Relativer Angebots- und Nachfragemacht ist gleichermaßen eigen, dass machtbedingte Verhaltensspielräume für nicht-wettbewerbskonformes Verhalten nur gegenüber bestimmten Unternehmen bestehen, aber nicht marktweit, wie in Marktbeherrschungssituationen.¹⁴⁾ Daher schließt es sich auch keineswegs aus, dass ein Unternehmen einerseits unter intensivem Wettbewerbsdruck seiner Konkurrenten steht, andererseits aber über relative Marktmacht verfügt,¹⁵⁾ etwa gegenüber Abnehmern, die die Produkte des Unternehmens als einen der Bestandteile eines attraktiven Sortiments

5) BGH, Urt. v. 24. 9. 1979 – KZR 20/78, GRUR 1980, 125, 127 – Modellbauartikel II; MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 24.

6) MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 24.

7) MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 25.

8) Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht – Kommentar, 14. Aufl., 2021, § 20 GWB Rz. 30; MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 25, 35. Während die Rechtsprechung teils eher dahin geht, schon eine Beeinträchtigung im Wettbewerb ausreichen zu lassen (s. etwa BGH, Beschl. v. 21. 2. 1995 – KVR 10/94 (KG), GRUR 1995, 618, 619 – Importarzneimittel), stellen andere Entscheidungen darauf ab, ob das betroffene Unternehmen letztlich noch erfolgreich im Wettbewerb bestehen kann (s. etwa BGH, Urt. v. 30. 3. 2011 – KZR 6/09, NJW 2011, 2730, 2732 – MAN-Vertragswerkstatt).

9) BGH WuW/E BGH 1805, 1807 – Privatgleisanschluss; BGH WuW/E BGH 2855, 2857 – Flaschenkästen; Hefermehl, GRUR 1975, 275, 279; GK/Benisch, Gemeinschaftskomentar, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 5. Aufl., 1999 ff., § 26 Abs. 2 u. 3 Rz. 34.

10) Nothdurft (Fußn. 8), § 20 GWB Rz. 38; LMRKM/Loewenheim, Kartellrecht, Kommentar zum deutschen und europäischen Recht, 4. Aufl., 2020, § 20 GWB Rz. 19; MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 26.

11) OLG Celle WuW/E DE-R 327 – Unfallersatzwagen.

12) BGH WuW/E BGH 1805, 1807 – Privatgleisanschluss.

13) BGH WuW/E BGH 2855, 2857 – Flaschenkästen.

14) MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 12.

15) BGH, Urt. v. 17. 1. 1979 – KZR 1/78, GRUR 1979, 560, 561 – Nordmende; MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 21.

benötigen¹⁶⁾ (zur Fallgruppe der Spitzenstellungs- und -gruppenabhängigkeit sogleich). Neben dem Ziel des wettbewerbskonformen Individualschutzes (s. hierzu oben) rechtfertigt dennoch die Störung des Marktgeschehens¹⁷⁾ einen Eingriff, welcher auch von dem Missbrauch solcher partieller Verhaltensspielräume ausgehen kann. Die marktbasierende Betrachtungsweise jedenfalls des traditionellen Kartellrechts überträgt sich auch in den § 20 Abs. 1, Abs. 2 GWB.¹⁸⁾ Eine intensivierte Verhaltenskontrolle unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle bezieht ihre Rechtfertigung gerade aus dem Marktstörungspotential bilateraler Machtspielräume. Daher genügt es einerseits für eine tatbestandsrelevante Abhängigkeit, wenn nur auf einem spezifischen Markt die zumutbare Ausweichmöglichkeit fehlt, ohne dass das betroffene Unternehmen insgesamt, in allen von ihm bedienten Märkten oder in der Summe seiner Marktaktivitäten eine Gefährdung oder Beeinträchtigung seiner Wettbewerbsfähigkeit erleiden müsste.¹⁹⁾ Andererseits darf aus dem Bestehen relativer Abhängigkeitsverhältnisse mit bestimmten Unternehmen in bestimmten Märkten keine generalisierende Erstreckung einer Machtstellung auf andere Unternehmen oder Märkte abgeleitet werden.

1.1.4 Fallgruppen relativer Angebotsmacht

Eine gegenüber Marktbeherrschungskonstellationen charakteristische Ausprägung hat dieses Normgerüst vor allem durch die Ausprägung bestimmter Fallgruppen in der Rechtsprechung erfahren, wobei diese Fallgruppen in erster Linie Formen der relativen Abhängigkeit typisieren. Als ganz knappe Skizzierung der Abhängigkeitsfallgruppen sei gesagt, dass ein Distributor in sortimentsbedingter Abhängigkeit von einem Anbieter steht, wenn sein Wettbewerbserfolg in einem bestimmten Markt maßgeblich davon abhängt, dass er das zu diesem Markt gehörende Produkt des Anbieters im Sortiment führt.²⁰⁾ Um den Unterfall der Spitzenstellungsabhängigkeit handelt es sich, wenn das Produkt des Anbieters in jedem Fall zu einem wettbewerbsfähigen Sortiment gehören muss, gleichgültig welche sonstigen Produkte sich dort wiederfinden.²¹⁾ In Form der Spitzengruppenabhängigkeit liegt eine sortimentsbedingte Abhängigkeit hingegen vor, wenn die Produkte mehrerer Anbieter zu einer Spitzengruppe besonders attraktiver Produkte gehören, ein konkurrenzfähiges Sortiment einen bestimmten Anteil dieser Produkte enthalten muss und so viele andere Anbieter die Belieferung mit ihren Produkten verweigern, dass der Distributor für die Wettbewerbsfähigkeit seines Sortiments einer Belieferung gerade durch den Anbieter bedarf, dessen relative Marktmacht festgestellt werden soll.²²⁾ Bemerkenswerte Konsequenz der Spitzengruppenabhän-

16) BGH, Urt. v. 17. 1. 1979 – KZR 1/78, GRUR 1979, 560, 561 – Fernsehgeräte.

17) BGH, Beschl. v. 22. 9. 1981 – KVR 8/80, NJW 1982, 46 m. w. N. – Original-VW-Ersatzteile II.

18) BGH, Urt. v. 13. 11. 1990 – KZR 25/89, NJW-RR 1991, 825 – Zuckerrübenanlieferungsrecht; MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 22, auch mit Überblick zu bisher fallrelevant gewordenen Märkten. Besondere Relevanz gerade für Konstellationen der unternehmensbedingten Abhängigkeit haben Sekundärmärkte für Produkte oder Dienstleistungen, die im Nachgang zum Erwerb eines Primärprodukts nachgefragt werden, s. etwa BGH, Urt. v. 27. 4. 1999 – KZR 35/97, GRUR 2000, 95 – Feuerwehrgeräte (Ersatzteile); OLG München WuW/E DE-R 251, 252 – Fahrzeugdaten (Schnittstellen).

19) BGH, Urt. v. 13. 11. 1990 – KZR 25/89, NJW-RR 1991, 825 – Zuckerrübenanlieferungsrecht, m. w. N. für diese ständige Rechtsprechung; *Nothdurft* (Fußn. 8), § 20 GWB Rz. 24.

20) S. aus der reichhaltigen Rechtsprechung etwa BGH, Urt. v. 20. 11. 1975 – KZR 1/75, GRUR 1976, 206, 208 – Rossignol; BGH, Beschl. v. 21. 2. 1995 – KVR 10/94 (KG), GRUR 1995, 618, 619 – Importarzneimittel; BGH, Urt. v. 9. 5. 2000 – KZR 28/98, GRUR 2000, 1108, 1109 f. – Designer-Polstermöbel; BGH, Urt. v. 12. 12. 2017 – KZR 50/15, NJW-RR 2018, 441, 442 f. – Rimowa. Überblick zur Fallgruppe etwa bei MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 29 ff. m. w. N., auch zu den Kriterien für die Feststellung einer sortimentsbedingten Abhängigkeit.

21) BGH, Urt. v. 12. 12. 2017 – KZR 50/15, NJW-RR 2018, 441, 442 f. – Rimowa.

22) BGH, Urt. v. 9. 5. 2000 – KZR 28/98, GRUR 2000, 1108, 1109 f. – Designer-Polstermöbel.

gigkeit ist es damit auch, dass das Vorliegen relativer Marktmacht eines bestimmten Anbieters von der Belieferungsbereitschaft durch andere Spitzengruppen-Anbieter sowie davon abhängen kann, in welcher Reihenfolge der Distributor einen Belieferungsanspruch gegen mehrere lieferunwillige Anbieter durchsetzt.²³⁾

Eine unternehmensbedingte Abhängigkeit liegt dann vor, wenn das abhängige Unternehmen seine Marktaktivität so stark auf einen bestimmten Geschäftspartner ausgerichtet hat, dass der Wechsel zu einem anderen Geschäftspartner mit erheblichen Wettbewerbsnachteilen verbunden wäre.²⁴⁾ Ein solcher lock-in kann aus vielfältigen Faktoren resultieren, etwa langfristigen Verträgen mit Alleinbezugsverpflichtung; bindenden Vorgaben des Geschäftspartners für die Geschäftstätigkeit des Abhängigen (etwa in Franchisesystemen), welche parallele Geschäftsbeziehungen mit weiteren Partnern erschweren; umfangreichen Investitionen in den Vertrieb der betreffenden Produkte, die beim Umstieg auf andere Produkte frustriert würden; oder auch einem Identifikationseffekt, demzufolge die Kunden des abhängigen Unternehmens dieses gerade als Absatzmittler des relativ marktmächtigen Geschäftspartners frequentieren, so dass mit einer Sortimentsumgestaltung auch die Kundenbasis wegbräche.²⁵⁾ Wurde die Abhängigkeit nicht durch den Geschäftspartner – sei es rechtsgeschäftlich oder faktisch-ökonomisch – erzwungen, sondern als „autonome Bezugskonzentration“ vom abhängigen Unternehmen im Wesentlichen aus eigenem Antrieb herbeigeführt, bringt dies nach herrschender Auffassung nicht die relative Marktmacht in Wegfall, ist aber im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen.²⁶⁾ Auch die Gewährung von Fristen zur Umstellung auf andere Geschäftspartner ändert als solches – nach überzeugender, wenngleich bestrittener Praxis – nichts am Bestehen einer unternehmensbedingten Abhängigkeit, kann aber im Rahmen der Interessenabwägung die Rechtswidrigkeit einer Beendigung der Geschäftsbeziehung entfallen lassen.²⁷⁾

Obgleich die gegenwärtige Corona-Pandemie wieder stärker zu Bewusstsein bringt, dass auch in reichen, hochentwickelten Volkswirtschaften marktweite Knappheit an intensiv nachgefragten Gütern eintreten kann, hat die solchen Situationen korrespondierende Fallgruppe der mangelbedingten Abhängigkeit doch – und das gilt hoffentlich auch für die Zukunft – nur geringe Praxisrelevanz entfaltet.²⁸⁾ Begründen eine allgemeine Mangellage oder eine unternehmensindividuelle Kapazitätsbegrenzung relative Marktmacht eines Unternehmens, weil dieses über Bestände des knappen Gutes verfügt, kann das Unternehmen insbesondere zu sachgerecht verteilter Abgabe seiner Bestände (Repartierung) bzw. zur sachgerechten Verteilung seiner Transaktionen verpflichtet sein,²⁹⁾

23) MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 32 m. w. N.

24) So die ständige Rechtsprechung des BGH, s. etwa Urt. v. 26. 1. 2016 – KZR 41/14, NZKart 2016, 285, 286 – Jaguar-Vertragswerkstatt mit den dortigen w. N.; Immenga/Mestmäcker/Markert (Fußn. 3), § 20 GWB Rz. 38.

25) S. zum Ganzen MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 36 f. mit den dortigen w. N.

26) BGH, Urt. v. 6. 10. 2015 – KZR 87/13, NZKart 2015, 535, 537 – Porsche-Tuning; BGH, Urt. v. 26. 1. 2016 – KZR 41/14, NZKart 2016, 285, 286 – Jaguar-Vertragswerkstatt; Nothdurft (Fußn. 8), § 20 GWB Rz. 38, 52; MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 36.

27) Die Berücksichtigung i. R. d. Interessenabwägung entspricht ständiger BGH-Rechtsprechung, s. etwa BGH, Urt. v. 31. 1. 2012 – KZR 65/10, NJW 2012, 2110, 2112 – Werbeanzeigen mit den dortigen w. N.; ferner MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 39; wohl auch Immenga/Mestmäcker/Markert (Fußn. 3) bzw. (§ 19 GWB) Markert/Fuchs, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., 2020, § 19 GWB Rz. 148, § 20 GWB Rz. 38 ff. Für den Wegfall unternehmensbedingter Abhängigkeit hingegen LMRKM/Loewenheim (Fußn. 10), § 20 GWB Rz. 32; FK-KartellR/Grave, 99. Lfg., 2021, § 20 GWB Rz. 52; Bechtold/Bosch, GWB, 9. Aufl., 2018, § 20 GWB Rz. 18.

28) Hierzu und allgemein zur Fallgruppe Nothdurft (Fußn. 8), § 20 GWB Rz. 50; MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 40.

29) BGH, Urt. v. 13. 11. 1990 – KZR 25/89, NJW-RR 1991, 825, 826 – Zuckerrübenanlieferungsrecht; KG, Urt. v. 4. 7. 1974, WuW/E OLG 1499, 1502 – AGIP II; näher Lübbert/Schöner, in: Wiedemann, KartellR-HdB, 4. Aufl., 2020, § 24 Rz. 26.

nach herrschender Auffassung indes nicht zu einer Kapazitätsausweitung.³⁰⁾ Über die traditionellen Fallgestaltungen hinaus entwickeln sich aber auch neuartige Konstellationen der relativen Marktmacht, etwa die Abhängigkeit kleiner oder mittlerer Hotelunternehmen von online-Buchungsplattformen.³¹⁾

1.1.5 Relative Nachfragemacht

Ebenso wie das Rechtsinstitut der Verhaltenskontrolle für relativ Marktmächtige als Ganzes erstrecken sich auch die vorbeschriebenen Fallgruppen nicht nur auf die Angebots-, sondern auch auf die Nachfragemacht. Für eine „nachfragebedingte Abhängigkeit“³²⁾ können dabei allerdings, je nach Fallgruppe, etwas andere Gesichtspunkte den Ausschlag geben als für eine Angebotsmacht, etwa die Anpassung von Produkten an die spezifischen Bedürfnisse des Abnehmers,³³⁾ dessen Anteil am Gesamtabsatz des potentiell abhängigen Anbieters³⁴⁾ oder die Reputationsrelevanz seiner Zugehörigkeit zum Abnehmerkreis.³⁵⁾ Ausschließlich für die nachfragebedingte Abhängigkeit gilt die Regelung des § 20 Abs. 1 Satz 3 GWB, welche die Vermutung einer Nachfragemacht an die Gewährung besonderer, nicht verkehrsüblicher und anderen Nachfragern nicht eingeräumter Vergünstigungen durch einen (relativ abhängigen) Anbieter knüpft. Eingeführt, um die als unzureichend erachtete Rechtsdurchsetzung gegenüber nachfragemächtigen Unternehmen zu intensivieren, wird die Regelung allerdings mit Nachdruck kritisiert, vor allem wegen einer ungenügenden Indizwirkung von Sondervergünstigungen für das Bestehen von Nachfragemacht, und praktisch nicht angewandt.³⁶⁾

1.1.6 Interessenabwägung und Kasuistik

Seit der 8. GWB-Novelle von 2013 enthält § 20 Abs. 1 GWB das Verbot bestimmter Missbrauchsverhaltensweisen nicht mehr selbst, sondern § 20 Abs. 1, Abs. 2 GWB verweisen hierfür auf § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Nr. 5 GWB, also auf das Verbot gegenüber Marktbeherrschern, andere Unternehmen unbillig zu behindern, zu diskriminieren oder sie zu ungerechtfertigter Vorteilsgewährung aufzufordern. Den Schwerpunkt der Kasuistik bilden hierbei Klagen auf Fortführung bzw. Aufnahme einer Geschäftsbeziehung.³⁷⁾ Unterschiede zur Anwendung von § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Nr. 5 GWB auf Marktbeherrscher zeigen sich in den Gesichtspunkten, die für die

30) Hirsch, GRUR 1987, 490, 491; MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 40.

31) BKartA, Beschl. v. 20. 12. 2013 – B 9-66/10, BeckRS 2014, 4343, Rz. 236 ff. – HRS.

32) Überblick hierzu etwa bei MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 42 ff.

33) Lübbert/Schöner (Fußn. 29), § 24 Rz. 23.

34) BGH, Urt. v. 22. 3. 1994, GRUR 1994, 526 – orthopädisches Schuhwerk.

35) OLG Düsseldorf, Urt. v. 14. 4. 1981 – U (Kart) 31/80, WuW/E OLG 2495-2497 – Polizei-Abschleppdienst.

36) Immenga/Mestmäcker/Markert (Fußn. 3), § 20 GWB Rz. 51. Eingehende Auseinandersetzungen mit der Norm bei Köhler, DB 1982, 313; Meier, ZHR 145 (1981), 394; Ittner, Die Vermutungen des GWB, 1998, 142 ff., 258 ff.

37) S. aus dem reichhaltigen Fallrecht etwa BGH, Urt. v. 12. 12. 2017 – KZR 50/15, NJW-RR 2018, 441, 442 f. – Rimowa; BGH, Urt. v. 26. 1. 2016 – KZR 41/14, NZKart 2016, 285, 286 – Jaguar-Vertragswerkstatt; BGH, Urt. v. 6. 10. 2015 – KZR 87/13, NZKart 2015, 535, 537 – Porsche-Tuning; BGH, Urt. v. 30. 3. 2011 – KZR 6/09, NJW 2011, 2730, 2732 – MAN-Vertragswerkstatt; BGH, Urt. v. 9. 5. 2000 – KZR 28/98, GRUR 2000, 1108, 1109 f. – Designer-Polstermöbel; BGH, Urt. v. 27. 4. 1999 – KZR 35/97, GRUR 2000, 95 – Feuerwehrgeräte (Ersatzteile); BGH, Beschl. v. 21. 2. 1995 – KVR 10/94 (KG), GRUR 1995, 618, 619 – Importarzneimittel; BGH, Urt. v. 13. 11. 1990 – KZR 25/89, NJW-RR 1991, 825 – Zuckerrübenanlieferungsrecht; BGH, Urt. v. 24. 9. 1979 – KZR 20/78, GRUR 1980, 125, 127 – Modellbauartikel II; BGH, Urt. v. 17. 1. 1979 – KZR 1/78, GRUR 1979, 560, 561 – Fernsehgeräte; BGH, Urt. v. 20. 11. 1975 – KZR 1/75, GRUR 1976, 206, 208 – Rossignol.

Interessenabwägung Berücksichtigung finden (etwa: Stärke der relativen Marktmacht).³⁸⁾ Ferner besteht bei Erfüllung eines Rechtfertigungstatbestandes aus den Kartellverböten (§ 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB) eher Raum dafür, auch einen einseitigen Missbrauch relativer Marktmacht zu verneinen.³⁹⁾ Eine weitere charakteristische Fragestellung liegt darin, ob die Verweigerung (weiterer) Geschäftsbeziehungen nur gegenüber bestehenden Geschäftspartnern missbräuchlich sein kann, oder auch gegenüber Unternehmen, die eine solche Geschäftsbeziehung erstmals aufnehmen möchten, etwa weil sie neu in den Markt eintreten, bzw. mithilfe der begehrten Geschäftsbeziehung eintreten würden. Die Antwort dürfte sich dahingehend skizzieren lassen, dass zwar auch die Verweigerung einer Neuaufnahme von Geschäftsbeziehungen tatbestandsmäßig sein kann,⁴⁰⁾ der Schutz solcher Neupetenten aber weniger weit reicht als derjenige von etablierten Geschäftspartnern, zum Beispiel weil Neupetenten noch keine unternehmensbedingte Abhängigkeit geltend machen können⁴¹⁾ und ihr Interesse an einer Belieferung in Mangelkonstellationen zurücktreten muss^{42),43)} Insbesondere das Verbot, sich vom abhängigen Unternehmen sachlich nicht gerechtfertigte Vorteile gewähren zu lassen (Verbot passiver Diskriminierung – Anzapfverbot, §§ 20 Abs. 2, 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 GWB) kommt bei relativer Nachfragemacht zur Anwendung⁴⁴⁾ und gibt § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB insoweit ein spezifisches Gepräge.

Ein weiteres Charakteristikum der Verhaltensvorgaben für relativ Marktmächtige liegt schließlich darin, dass für ihre Durchsetzung der Zivilrechtsweg eine zentrale Rolle spielt.⁴⁵⁾ Die Klage des konkurrierenden oder abhängigen Marktteilnehmers, insbesondere auf Abstellung des Missbrauchs etwa durch Belieferung, dominiert gegenüber der behördlichen (Bußgeld-)Verfügung.⁴⁶⁾

1.2 Neuerungen der 10. GWB-Novelle

1.2.1 § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB – Streichung des KMU-Kriteriums

Die 10. GWB-Novelle hat § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB in zweierlei Hinsicht geändert: Das KMU-Kriterium, welches den Anwendungsbereich des § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB auf kleine und mittlere Unternehmen beschränkte, ist entfallen. Stattdessen verlangt § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB nun zur Beschränkung des Anwendungsbereichs in einem zweiten Halbsatz neben der Abhängigkeit „ein deutliches Ungleichgewicht zur Gegenmacht der anderen Unternehmen“. Die Formulierung des

38) Immenga/Mestmäcker/*Markert* (Fußn. 3) bzw. (§ 19 GWB) *Markert/Fuchs* (Fußn. 27), § 19 GWB Rz. 120, § 20 GWB Rz. 57.

39) BGH, Urt. v. 6. 10. 2015 – KZR 87/13, NZKart 2015, 535, 540 – Porsche-Tuning, wenngleich eine Rechtfertigung durch die Vertikal-GVO *in casu* verneinend; Immenga/Mestmäcker/*Markert* (Fußn. 3) bzw. (§ 19 GWB) *Markert/Fuchs* (Fußn. 27), § 19 GWB Rz. 122 f., § 20 GWB Rz. 57.

40) BGH, Urt. v. 26. 6. 1979 – KZR 7/78, NJW 1979, 2154, 2155 – Revell Plastic; BGH, Beschl. v. 21. 2. 1995 – KVR 10/94 (KG), GRUR 1995, 618, 619 – Importarzneimittel; *Lübbert/Schöner* (Fußn. 29), § 24 Rz. 16; Immenga/Mestmäcker/*Markert* (Fußn. 3), § 20 GWB Rz. 25.

41) *Fischötter*, WuW 1974, 379, 386; FK-KartellR/*Grave* (Fußn. 27), § 20 GWB Rz. 132.

42) KG, Urt. v. 4. 7. 1974, WuW/E OLG 1499, 1502 – AGIP II; MünchKomm-*Westermann* (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 41 m. w. N. zum Meinungsstand.

43) S. etwa auch BGH, Urt. v. 26. 6. 1979 – KZR 7/78, NJW 1979, 2154, 2155 – Revell Plastic zum Fehlen eines Belieferungsanspruchs, wenn ein Marktneuling von vornherein nur ein Sortiment von Spitzenstellungsprodukten anstrebt.

44) MünchKomm-*Westermann* (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 52.

45) Zu normhistorischen Gründen MünchKomm-*Westermann* (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 11.

46) *Nothdurft*, Relative Marktmacht, Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen, 2015, S. VIII, 29 (verfügbar unter: <https://www.faireimportpreise.ch/pdf/gutachten.pdf>, zuletzt aufgerufen am 27. 4. 2021).

§ 20 Abs. 1 Satz 1 GWB ist im Laufe des Gesetzgebungsprozesses ohne inhaltliche Veränderungsabsicht mehrfach angepasst worden.⁴⁷⁾

Infolge der Ersetzung des KMU-Kriteriums kann relative Marktmacht nun auch gegenüber großen Unternehmen bestehen,⁴⁸⁾ die ebenso vor der unberechtigten Ausübung relativer Marktmacht geschützt werden wie kleine und mittlere.⁴⁹⁾ Diese Erweiterung geht auf die Studie zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht zurück, die mit einer verbreiteten Ansicht in der Literatur annimmt, dass sich auch große Unternehmen nicht zwangsläufig einer Abhängigkeit erwehren können.⁵⁰⁾ Die Ausdehnung des Schutzbereiches erstreckt sich auf alle Wirtschaftsbereiche.⁵¹⁾ Dass der Gesetzgeber insoweit bewusst⁵²⁾ nicht zwischen digitaler und analoger Wirtschaft differenziert hat, ist vereinzelt in Frage gestellt worden,⁵³⁾ erscheint aber in Zeiten der Industrie 4.0 sachgerecht.⁵⁴⁾

Das neue Kriterium des deutlichen Ungleichgewichts vermeidet eine allzu breite Anwendung des § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB, indem es Fälle ausschließt, in denen zwischen gleichrangigen Partnern keine deutliche Machtdisparität besteht.⁵⁵⁾ Das Bundeskartellamt sieht hierin im Lichte der neueren Rechtsprechung eine deklaratorische Regelung.⁵⁶⁾ An einem deutlichen Machtungleichgewicht kann es fehlen, wenn die abhängigen Unternehmen im Hinblick auf die jeweilige konkrete Abhängigkeitslage über eine entsprechende Gegenmacht verfügen, z. B. wenn das relativ marktstarke Unternehmen ebenfalls von Anspruchsberechtigten abhängig ist.⁵⁷⁾ Allerdings lässt nicht jede wechselseitige Abhängigkeit die Normadressatenschaft entfallen, etwa bei deutlicher Asymmetrie der wechselseitigen Abhängigkeiten.⁵⁸⁾ Insgesamt hat diese Änderung in der Literatur breite Zustimmung gefunden.⁵⁹⁾ Sie könnte § 20 Abs. 1 GWB zugleich zu einer häufigeren Durchsetzung verhelfen, wenn man davon ausgeht, dass große Unternehmen weniger konfliktscheu sind als kleine.⁶⁰⁾

47) Vgl. dazu *Murza*, in: Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, Die 10. GWB Novelle, 2021, Kap. 1 Rz. 294 f.

48) RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, S. 78.

49) RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, S. 79.

50) *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, 73 ff.; kritisch zum Erfordernis des KMU-Kriteriums bereits *Nothdurft* (Fußn. 46), 59 ff.

51) RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, S. 78.

52) RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, S. 78. Laut Regierungsentwurf wird die analoge Wirtschaft bewusst aufgegriffen, auch wenn insbesondere in der digitalen Wirtschaft ein besonders großer Nutzen für den Wettbewerb erwartet wird.

53) *Galle*, DB 2020, 1274, 1278; *Bitkom*, Stellungnahme zur 10. GWB-Novelle, 23. 3. 2020, 18 f. (verfügbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Stellungnahmen/Stellungnahmen-GWB-Digitalisierungsgesetz/Verbaende-und-Unternehmen/bitkom.pdf?__blob=publicationFile&v=4, zuletzt aufgerufen am 27. 4. 2021); für eine Differenzierung auch BT-Drucks. 19/23688, S. 3.

54) Zustimmung auch *Murza* (Fußn. 47), Kap. 1 Rz. 298, die eine Einordnung als sektorübergreifendes Problem vornimmt und sich dabei auf den BGH, Beschl. v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17 bezieht; gleichsinnig auch *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fußn. 50), S. 74 f.

55) RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, S. 79.

56) Mit Blick auf BGH, Beschl. v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17, sei es, so das Bundeskartellamt, eigentlich nicht unbedingt erforderlich, dieses Tatbestandsmerkmal gesetzlich zu regeln, siehe Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle, 25. 2. 2020, S. 6 (verfügbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Stellungnahmen/Referentenentwurf_10_GWB_Novelle.html, zuletzt aufgerufen am 27. 4. 2021).

57) RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, S. 79.

58) RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, S. 79.

59) *Höppner/Weber*, K&R 2020, 24, 49; *Kerber*, WuW 2020, 249, 254; Monopolkommission, Policy Brief, 10. GWB-Novelle – Herausforderungen auf digitalen und regionalen Märkten begegnen!, Januar 2020, S. 4 (verfügbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/Policy_Brief/MK_Policy_Brief_4.pdf, zuletzt aufgerufen am 27. 4. 2021); *Steinberg/Wirtz*, WuW 2019, 606, 609.

60) *Murza* (Fußn. 47), Kap. 1 Rz. 319; *Podszun/Kersting*, ZRP 2019, 34, 36.

1.2.2 § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB – relative Intermediationsmacht

Der neue § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB erstreckt die Verweisung auf § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 GWB auch auf „Unternehmen, die als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig sind, soweit andere Unternehmen mit Blick auf den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten von ihrer Vermittlungsleistung in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten nicht bestehen“. Diese Neuerung setzt die von der Studie zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht empfohlene Einführung des Konzepts der Intermediationsmacht um.⁶¹⁾ Da die Abhängigkeit nicht notwendigerweise gegenüber allen Anbietern bestehen muss, kann, so meint der Gesetzgeber, Intermediationsmacht eine relevante Rolle bei der Anwendung von § 20 Abs. 1 GWB spielen.⁶²⁾

Bei Intermediationsmacht i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB ist, anders als bei relativer Marktmacht i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB, die Abhängigkeitsbeziehung zwischen dem Intermediär und dem anderen Unternehmen in einer Dreieckskonstellation angesiedelt.⁶³⁾ Das abhängige Unternehmen steht sowohl in einer Abhängigkeitsbeziehung zum Intermediär hinsichtlich der Vermittlungsleistung insb. als Beschaffungs- oder Absatzkanal als auch in einer Marktbeziehung zu potenziellen Nachfragern oder Anbietern bezüglich der von ihm angebotenen oder nachgefragten Waren oder Dienstleistung.⁶⁴⁾ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob über die Marktbeziehung des abhängigen Unternehmens zu den Nachfragern bzw. Anbietern hinaus auch die Abhängigkeitsbeziehung zum Intermediär marktförmig ausgestaltet sein muss.⁶⁵⁾ Eine andernfalls drohende Schutzlücke bei Such- und Vergleichsplattformen spricht dafür, dass die Abhängigkeitsbeziehung unabhängig von einer geschäftlichen Beziehung zwischen Intermediär und abhängigem Unternehmen ist.⁶⁶⁾ Einwenden kann man indes, dass nur § 20 Abs. 1a Satz 3 GWB ausdrücklich auf eine bestehende rechtliche oder faktische Verbindung verzichtet. Folgt man gleichwohl der weiten Auslegung, stellt § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB insoweit bezüglich der Abhängigkeit von Informationsintermediären eine echte Neuerung dar.⁶⁷⁾ Im Übrigen wird § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB mit Recht eine rein klarstellende Funktion zugesprochen.⁶⁸⁾

1.2.3 § 20 Abs. 1a GWB – relative Datenabhängigkeit

Gemäß dem ebenfalls neuen § 20 Abs. 1a GWB kann sich eine Abhängigkeit nach § 20 Abs. 1 GWB auch daraus ergeben, dass ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden. § 20 Abs. 1a Satz 2, 3 GWB normiert darauf aufbauend einen Datenzugangsanspruch.

Die Regelung in § 20 Abs. 1a GWB ist laut der Regierungsbegründung bewusst offen gehalten, um auch neuartige, vergleichbare Konstellationen erfassen zu können.⁶⁹⁾ Durch den Bezug zu § 20 Abs. 1 GWB soll aber ein Rückgriff auf die bisherige Rechtsprechung zu § 20 Abs. 1 GWB mög-

61) RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, S. 79.

62) RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, S. 79.

63) Ackermann, in: Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, Die 10. GWB Novelle, 2021, Kap. 1 Rz. 335.

64) Ackermann (Fußn. 63), 2021, Kap. 1 Rz. 335.

65) Ackermann (Fußn. 63), Kap. 1 Rz. 336; Höppner/Weber, K&R 2020, 24, 43.

66) Ebda.

67) Ackermann (Fußn. 63), Kap. 1 Rz. 349.

68) Ackermann (Fußn. 63), Kap. 1 Rz. 348 f.; Körber, MMR 2020, 290, 293; Lettl, WRP 2/2020 Editorial.

69) BT-Drucks. 19/23492, S. 80.

lich sein.⁷⁰⁾ Zudem stellt der Verweis auf § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB klar, dass auch eine Abhängigkeit von Intermediären bestehen kann.⁷¹⁾

Während der Datenzugangsanspruch in dieser Form neu ist und entsprechend viele Detailfragen aufwirft, hat die in § 20 Abs. 1a Satz 1 GWB normierte Fallgruppe der relativen Datenabhängigkeit zunächst eine klarstellende Funktion als Fortentwicklung der bekannten unternehmens- bzw. nachfragebedingten Abhängigkeit.⁷²⁾ Insofern war bereits die in § 20 Abs. 1 GWB geregelte relative Marktmacht geeignet, verschiedene Konstellationen der Datenabhängigkeit aufzugreifen.⁷³⁾ Soweit es an einer belastbaren und ausdifferenzierten Rechtsprechung für datenspezifische Konstellationen fehlt, erweitert § 20 Abs. 1a GWB aber den bisherigen Abhängigkeitsbegriff.⁷⁴⁾ Insbesondere stellt § 20 Abs. 1a Satz 3 GWB klar, dass es für eine datenbedingte Abhängigkeit keiner faktischen oder vertraglichen Beziehung bedarf.⁷⁵⁾ Dies führt zu der Frage, inwieweit dann überhaupt eine relative Marktmacht i. S. d. § 20 Abs. 1 GWB erforderlich ist.⁷⁶⁾ Im Ergebnis wird man die dortigen Kriterien teilweise modifiziert anwenden müssen.⁷⁷⁾

1.2.4 § 20 Abs. 3a GWB – überlegene Marktmacht

§ 20 Abs. 3a GWB erweitert den Tatbestand der unbilligen Behinderung aus § 20 Abs. 3 Satz 1 GWB um Fälle, in denen ein Unternehmen mit überlegener Marktmacht auf einem Markt i. S. d. § 18 Abs. 3a GWB die eigenständige Erzielung von Netzwerkeffekten durch Wettbewerber behindert und hierdurch die ernstliche Gefahr begründet, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird. Dieser Gefährdungstatbestand soll dem Problem des „Tipping“ von Märkten frühzeitig und effektiv entgegentreten.⁷⁸⁾

Die Norm knüpft systematisch an § 20 Abs. 3 GWB an, welcher Unternehmen mit überlegener Marktmacht adressiert. Im Vergleich zu § 20 Abs. 3 GWB fehlt in § 20 Abs. 3a GWB das KMU-Kriterium als Einschränkung des Schutzbereichs. Der RegE begründet dies damit, dass in Netzwerkmärkten eine überlegene Marktmacht auch gegenüber großen Unternehmen bestehen kann.⁷⁹⁾ Unklar bleibt, ob die überlegene Marktmacht eines Unternehmens im Vergleich zu allen anderen Unternehmen auf einem Markt bestehen muss,⁸⁰⁾ oder ob infolge der systematischen Anknüpfung an § 20 Abs. 3 GWB eine bilaterale Überlegenheit oder eine Überlegenheit gegenüber einem kleinen Kreis von Wettbewerbern, insbesondere gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen

70) Brenner, in: Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rz. 129; BT-Drucks. 19/23492, S. 80.

71) Schweda/von Schreitter, WuW 2021, 145, 146.

72) RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, S. 80.

73) Körber, MMR 2020, 290, 292, welcher die Neuregelung in § 20 Abs. 1a Satz 1 GWB aus diesem Grunde als klarstellend einordnet; Nagel/Hillmer, DB 2021, 327, 331.

74) RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, S. 80.

75) BT-Drucks. 19/23492, S. 80; zuvor zur faktischen Beziehung BGH, Urt. v. 6. 10. 2015 – KZR 87/13, NZKart 2015, 535, 537.

76) Schweda/von Schreitter, WuW 2021, 145, 147.

77) Ausführlich hierzu Schweda/von Schreitter, WuW 2021, 145, 152 f.

78) RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, S. 82 f.

79) RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, S. 83.

80) So Esser, in: Festschrift für Gerhard Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2020, S. 285, 296.

genügt.⁸¹⁾ Folgt man der – überzeugenden – zweiten Ansicht, können auf dem gleichen Markt im Prinzip mehrere Plattform- oder Netzbetreiber jeweils überlegene Marktmacht innehaben.⁸²⁾ In diesem Zusammenhang wird auch vertreten, dass der Anspruch aus § 20 Abs. 3a GWB zwar an den Behinderungsgedanken i. S. d. § 20 Abs. 3 GWB anknüpft, die überlegene Marktmacht im Ergebnis jedoch wie in § 20 Abs. 1 GWB bestimmt.⁸³⁾

Um auch derzeit noch nicht bekannte Maßnahmen zur Behinderung bei der Erzielung von Netzwerkeffekten zu erfassen, ist die Norm offen formuliert und verzichtet auf die Nennung von Regelbeispielen.⁸⁴⁾ Diese Regelungstechnik überzeugt nicht. Eine Aufnahme von Regelbeispielen wäre *per definitionem* nicht abschließend und hätte daher dem Offenhalten der Norm nicht entgegengestanden.⁸⁵⁾

2. Österreich

2.1 Übersicht und Rechtsentwicklung

Die relative Marktmacht ist in Österreich in § 4 Abs. 3 KartG⁸⁶⁾ geregelt. Als relativ marktbeherrschend gilt gem. § 4 Abs. 3 Halbs. 1 KartG ein Unternehmen, das eine „im Verhältnis zu seinen Abnehmern oder Lieferanten überragende Marktstellung hat“. Die Begrifflichkeit weicht also von jener in Deutschland ab. Eine überragende Marktstellung liegt gem. § 4 Abs. 3 Halbs. 2 KartG insbesondere vor, wenn einzelne Abnehmer oder Lieferanten zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung angewiesen sind. § 4 Abs. 3 KartG ist im Zusammenhang mit § 5 KartG zu lesen, der den Missbrauch einer objektiv oder relativ marktbeherrschenden Stellung verbietet. Die dort aufgeführten Tatbestände finden insgesamt im Fall relativer Marktmacht Anwendung. Bei objektiver Marktbeherrschung und relativer Marktmacht gelten also die gleichen Missbrauchstatbestände. In der Praxis sind allerdings im Zusammenhang mit der Ausnutzung relativer Marktmacht vor allem Konditionenmissbräuche relevant. Die nicht abschließende Aufzählung in § 5 KartG („insbesondere“) nennt dazu beispielhaft zwei Unterarten: die Forderung nicht wettbewerbskonformer Preise oder Bedingungen (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 KartG) sowie eine Kopplung (§ 5 Abs. 1 Nr. 4 KartG). Darüber hinaus ist im Zusammenhang mit der Ausnutzung einer relativ marktbeherrschenden Stellung der Verstoß gegen das in § 5 Abs. 1 Nr. 3 KartG festgelegte Diskriminierungsverbot von Bedeutung.

Zusätzlich zu § 4 Abs. 3 KartG i. V. m. § 5 KartG enthält das österreichische Recht mit dem Nahversorgungsgesetz („NVG“) quasi-kartellrechtliche Eingriffstatbestände, die dazu dienen, die Chancengleichheit zwischen Handelsunternehmen verschiedener Größe zu gewährleisten und einen Wettbewerbsbestand von kleinen und mittleren Unternehmen zu erhalten.⁸⁷⁾ Die drei wesentlichen Eingriffstatbestände des NVG sind §§ 1 Abs. 1, 2 und 4 Abs. 1 Satz 2 NVG. Sie adressieren unterschiedliche Folgen von Ungleichgewichten in Lieferbeziehungen:

81) Dafür *Ackermann* (Fußn. 63), Kap. 1 Rz. 357; *Cetintas*, WuW 2020, 446, 448; *Höppner/Weber*, K&R 2020, 24, 37, welche sich für eine Aufnahme des KMU-Kriteriums in § 20 Abs. 3a GWB aussprechen.

82) *Ackermann* (Fußn. 63), Kap. 1 Rz. 357; *Cetintas*, WuW 2020, 446, 448; *Höppner/Weber*, K&R 2020, 24, 38.

83) *Mäger/Budde*, DB 2020, 378, 385.

84) RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, S. 83.

85) *Ackermann* (Fußn. 63), Kap. 1 Rz. 354; *Esser* (Fußn. 80), S. 285, 297; befürwortend ebenfalls *Cetintas*, WuW 2020, 446, 452; *Körber*, MMR 2020, 290, 293.

86) Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005), BGBl I Nr. 61/2005.

87) *Ditz*, in: Petsche, KartellG, 2. Aufl., 2016, Einleitung zum NVG, Rz. 4 – 5.

- Gem. § 1 Abs. 1 NVG können Verhaltensweisen von Unternehmern im geschäftlichen Verkehr untersagt werden, die geeignet sind, den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden. § 1 Abs. 2 NVG zählt beispielhaft („insbesondere“) auf: das sachlich nicht gerechtfertigte Anbieten und Fordern, Gewähren oder Annehmen von Geld oder sonstigen Leistungen, darunter auch Haftungsübernahmen, zwischen Lieferanten und Wiederverkäufern, vor allem, wenn den zusätzlichen angebotenen oder geforderten Leistungen „keine entsprechenden Gegenleistungen“ gegenüberstehen.
- Gem. § 2 Abs. 1 NVG können Lieferanten, die gewerberechtlich befugten Wiederverkäufern bei Vorliegen gleicher Voraussetzungen ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedliche Bedingungen gewähren oder anbieten, auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. In gleicher Weise kann gem. § 2 Abs. 2 NVG ein Wiederverkäufer in Anspruch genommen werden, der von Lieferanten sachlich nicht gerechtfertigte Bedingungen fordert oder annimmt.
- Gem. § 4 Abs. 1 Satz 2 NVG können Unternehmer, die üblicherweise an Letztverkäufer liefern, zum Vertragsabschluss verpflichtet werden, wenn durch die Nichtbelieferung eines Letztverkäufers die Nahversorgung gefährdet oder die Wettbewerbsfähigkeit des Letztverkäufers bei der Warengattung, zu der die nicht gelieferte Ware gehört, wesentlich beeinträchtigt wird.

In der COVID-19-Krise erlangte für essentielle Drogeriewaren, Atemschutzmasken und Desinfektionsmittel eine lange Zeit bedeutungslose Vorschrift praktische Relevanz:⁸⁸⁾ § 5 NVG sieht eine Versorgungspflicht gewerblicher Letztverkäufer in Bezug auf Waren vor, die den notwendigen Bedürfnissen des täglichen Lebens dienen. Gewerbliche Letztverkäufer dürfen ihre Vorräte an solchen Waren gem. § 5 Abs. 1 NVG nicht verheimlichen („Hortungsverbot“) und sind verpflichtet, Verbrauchern aus ihren Vorräten jeweils übliche Mengen zu verkaufen. § 5 Abs. 2 NVG enthält Kontroll- und Besichtigungsrechte der Bezirksverwaltungsbehörden und Auskunftspflichten der gewerblichen Letztverkäufer.

Hilfreich für das Verständnis der aktuellen österreichischen Regeln zur relativen Marktmacht im Kartellgesetz und im NVG ist ein Rückblick auf das stärker auf den Schutz kleinerer Wettbewerber und Ungleichgewichte in Vertragsbeziehungen ausgerichtete Kartellrecht der 1970er und 1980er Jahre.

§ 4 Abs. 3 KartG wurde vom KartG 2005 unverändert aus § 34 Abs. 2 des Kartellgesetzes 1988⁸⁹⁾ übernommen. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum KartG 1988 zeigen, dass die bis dahin an rein quantitativen Merkmalen ausgerichtete Regelung der marktbeherrschenden Stellung als nicht zufriedenstellend betrachtet wurde und vor allem die aufgrund des Strukturwandels auf der Nachfrageseite im Bereich des Handels entstandenen großen Abnehmer stärker der Missbrauchskontrolle unterworfen werden sollten. Die Regelung erfasste von Anfang an Fälle von Nachfrage- und Angebotsmacht und war nicht auf nachfrageseitige Marktmacht beschränkt.⁹⁰⁾

88) Vgl. trend.at, „Corona-Preise“: Bestimmungen zur Preisgestaltung (verfügbar unter: <https://www.trend.at/branchen/rechtsschutz/corona-preise-bestimmungen-preisgestaltung-11433596>, zuletzt aufgerufen am 23. 5. 2021).

89) Bundesgesetz v. 19. 10. 1988 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 1988 – KartG 1988), BGBl Nr. 600/1988.

90) Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen und die Änderung des Urhebergesetzes, 633 der Beilagen XVII. GP, Abschnitt IV.1. Vgl. auch *ibid.*, zu § 34: „So hat sich gezeigt, dass unter bestimmten Machtverhältnissen am Markt Druck ausgeübt wird, bestehende vertragliche Verpflichtungen nicht einzuhalten; so werden z. B. geringere als vereinbarte Preise gezahlt oder andere als die vereinbarten Konditionen verrechnet. Die benachteiligten Unternehmer verzichten wegen des gegebenen Abhängigkeitsverhältnisses in der Regel auf die gerichtliche Geltendmachung ihrer Ansprüche. Die neue Regelung ermöglicht den nach § 37 Antragsberechtigten, solche Fälle im Rahmen der Missbrauchsaufsicht aufzugreifen.“

Das NVG ist im Grunde ein echtes Austriakum. Uralt, nämlich bereits 1977 und damit noch vor dem § 34 Abs. 2 KartG 1988 eingeführt, waren die Regeln als Ergänzung zum Kartellgesetz gedacht, das Fälle der Nachfragemacht aus Sicht des Gesetzgebers mit seinen objektiven Tatbeständen nur unzulänglich erfasste. Das NVG war damit die erste (quasi-)kartellrechtliche Regelung im österreichischen Recht, die speziell Fälle der Nachfragemacht und Ungleichgewichte in Vertragsverhältnissen erfassen sollte, dies auch vor dem Hintergrund eines bereits einsetzenden „Greislersterbens“, also eines Rückgangs kleiner Einzelhändler.⁹¹⁾ Der Fokus lag entsprechend auf Fällen unausgeglichener Machtgefüge in Vertragsverhältnissen und damit einhergehenden, als nicht leistungsgerecht empfundenen Wettbewerbspraktiken, ihrer Folge – dem Ausscheiden an sich leistungsfähiger Handelsbetriebe aus dem Wettbewerb – und den dadurch verursachten Lücken im Güterverteilungsnetz sowie der Bildung örtlicher Monopolstellungen.⁹²⁾ Die in § 4 Abs. 1 Satz 2 NVG vorgesehene Lieferverpflichtung schließlich sollte zum einen der Aufrechterhaltung der Nahversorgung mit Waren zur Befriedigung der Bedürfnisse des täglichen Lebens dienen und gleichzeitig zur Sicherung eines Mindestmaßes an Wettbewerbsfähigkeit von Letztverkäufern beitragen. Letztverkäufer sollten ein erforderliches Mindestsortiment geliefert bekommen, ohne daraus aber ein Recht auf Vollsortimentierung ableiten zu können.⁹³⁾

Politisch ist das Zustandekommen des NVG bemerkenswert: Die Sozialdemokratische Partei Österreichs (SPÖ) wollte ein Gesetz zum Schutz der Nahversorgung. Die Österreichische Volkspartei (ÖVP) wollte ein Gesetz zum Schutz des leistungsgerechten Wettbewerbs. Im Geiste der, wie in Österreich so oft, regierenden großen Koalition einigte man sich auf ein „Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen“. Das NVG wurde also aus einem Blumenstrauß an Zielsetzungen geboren und hat nach einem kurzen Hype in den 1970er Jahren im Wesentlichen einen Dornröschenschlaf geführt. Das Gesetz ist älter als die Dienstzeit der meisten praktizierenden Rechtsanwälte in Österreich, hat aber dennoch bisher kaum und vor allem wenig aktuelle Kasuistik ausgebildet. Teilweise wurde seine Abschaffung gefordert.⁹⁴⁾ Statt abgeschafft zu werden, erlebt das NVG jetzt möglicherweise eine Renaissance, angetrieben durch den aktuellen, stärkeren Fokus auf Ungleichgewichte in Vertragsbeziehungen (online und offline), der geplanten Umsetzung der UTP-Richtlinie⁹⁵⁾ im NVG und der möglichen Durchsetzung der P2B-VO⁹⁶⁾ durch die BWB über das NVG.

2.2 KartG und NVG in der Anwendungspraxis

2.2.1 Auslegung von § 4 Abs. 3 KartG

Die relative Marktmacht gem. § 4 Abs. 3 KartG ist kein zusätzlicher Marktbeherrschungstatbestand, sondern eine Konkretisierung des in § 4 Abs. 1 Nr. 1 KartG geregelten Grundsatzes des fehlenden wirksamen Wettbewerbs. Entscheidend für das Vorliegen relativer Marktmacht i. S. v. § 4 Abs. 3 KartG ist ein Mangel an zumutbaren Ausweich- oder Substitutionsmöglichkeiten.⁹⁷⁾

91) Bericht des Handelsausschusses, 565 der Beilagen XIV. GP – Ausschussbericht NR, S. 1.

92) Bericht des Handelsausschusses, *ibid.*, zu §§ 1 und 2, S. 1 – 2.

93) Bericht des Handelsausschusses, *ibid.*, zu § 4, S. 2.

94) *Reidlinger/Nageler*, ÖZK 2009, 47.

95) RL (EU) 2019/633 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 4. 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette, Abl L 111, 25. 4. 2019, S. 59 – 72.

96) VO (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 6. 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, OJ L 186, 11. 7. 2019, 57 – 79.

97) Vgl. u. a. OGH 4 Ob 66/14 f.

Der Wortlaut „schwerwiegende betriebswirtschaftliche Nachteile“ (oben II 2.1) stellt hohe Anforderungen und wird von der Rechtsprechung restriktiv ausgelegt.⁹⁸⁾ Die Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Lieferanten oder Abnehmers ist der offensichtlichste und extremste Anwendungsfall.⁹⁹⁾ Unterhalb dieser Schwelle müssen dem Wortlaut von § 4 Abs. 3 KartG folgend auch Fälle von Sortimentsabhängigkeit („must stock items“) und andere nachhaltige und schwerwiegende Verschlechterungen der Wettbewerbsfähigkeit tatbestandsmäßig sein. So sieht das auch die BWB in ihrem 2018 veröffentlichten „Fairnesskatalog“¹⁰⁰⁾ (dazu im Detail in Abschnitt II 2.2.5). Der OGH stellt allerdings an die Sortimentsabhängigkeit äußerst hohe Anforderungen.¹⁰¹⁾ Darüber hinaus sind dem Wortlaut von § 4 Abs. 3 KartG folgend wohl auch ein drohender, vorübergehender und für den Unternehmer mit schwerwiegenden wirtschaftlichen Nachteilen verbundener Produktionsstopp aufgrund einer kurzfristig erklärten Lieferverweigerung und Fälle, in denen der Anbieter- oder Abnehmerwechsel für das geschädigte Unternehmen wesentliche „sunk costs“ verursacht, tatbestandsmäßig. Im Fall des Produktionsstopps sind die Ausweichmöglichkeiten auf der Zeitleiste zu betrachten: Ein Produktionsunternehmen ist unter Umständen nicht in der Lage, kurzfristig auf einen anderen Lieferanten umzusteigen. Deshalb kommt eine relativ marktbeherrschende Stellung des Lieferanten hier nur für den kurzen Zeitraum der mangelnden Umstellungsflexibilität in Betracht. Entsprechend könnte eine Weiterbelieferung hier auch nur für einen kurzen Zeitraum verlangt werden. Gleichzeitig wird man vom Abnehmer erwarten können, dass er sich aktiv um (durchaus auch für ihn wirtschaftlich weniger attraktive) Alternativen bemüht.

Im Rahmen von § 4 Abs. 3 KartG ist nicht erforderlich, dass es sich bei dem benachteiligten Lieferanten oder Abnehmer um ein Unternehmen kleiner oder mittlerer Größe handelt. Auch ein großes Unternehmen kann relativer Marktmacht ausgesetzt sein, wenn es auf die Belieferung mit einer bestimmten Ware oder auf eine bestimmte Dienstleistung angewiesen ist und ihm keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen oder ein großes Unternehmen, dass auf die Vermittlungsleistung eines Internetintermediärs angewiesen ist.

§ 4 Abs. 3 KartG soll in seiner aktuellen Fassung die Ausnutzung von Abhängigkeiten in bestehenden Vertragsverhältnissen vermeiden. Er dient nicht dazu, einen Vertragsabschluss zu erzwingen.¹⁰²⁾ Das ist insbesondere mit Blick auf die sogleich noch näher dargelegten, derzeit im Begut-

98) So unter anderem in der Sports Direct-Entscheidung des OGH 16 Ok 12/13.

99) Vgl. OGH 16 Ok 12/13.

100) BWB, Fairnesskatalog für Unternehmen – Standpunkt für unternehmerisches Wohlverhalten, Oktober 2018 (verfügbar unter: https://www.bwb.gv.at/news/news_2018/detail/news/bwb_veroeffentlicht_fairnesskatalog_fuer_unternehmen/, zuletzt aufgerufen am 9. 5. 2021).

101) So hat der OGH in 16 Ok 20/04 und 16 Ok 6/08 entschieden, dass die betroffenen Filmverleiher den betroffenen Multiplex-Kinos gegenüber relativ marktmächtig waren, weil der wirtschaftliche Erfolg der Multiplex-Kinos von der Breite des Filmangebots abhängig war, sodass sie unter Berücksichtigung des Besucherverhaltens bei der Programmgestaltung zumindest auf jeden Film angewiesen waren, der in Österreich neu auf den Markt kam und nicht zu einem absoluten Minderheitenprogramm zählte. Ein Multiplex könne auf längere Sicht nur mit einem ausgewogenen Filmmix überleben und brauche pro Jahr 180 bis 200 neue Filme. Deshalb sprach der OGH als Kartellobergericht („KOG“) aus, dass die betroffenen Multiplex-Kinos zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung zu den Filmverleihern angewiesen waren. Zur jüngeren Entscheidungspraxis des OGH zur Sortimentsabhängigkeit gehören die Sporteinzelhandelsentscheidung (2014), 16 Ok 12/13, und die Peugeot-Vertragshändler-Entscheidung (2021), 16 Ok 4/20d. Letztere lässt eine mögliche Lockerung der strengen, auf Existenzgefährdung ausgerichteten Entscheidungspraxis zur Sortimentsabhängigkeit erkennen.

102) Siehe aber die vorgeschlagene Ergänzung des Wortlauts des neuen § 4a KartG im Begutachtungsentwurf des KaWeRÄG 2021, der dazu dient, die Angewiesenheit auf die Begründung einer Vertragsbeziehung im Fall sonst drohender schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile dem Tatbestand der relativen Marktmacht zu unterwerfen. Vgl. dazu im Detail Abschnitt II 2.2.8. Die bisherige ständige Rechtsprechung sah einen auf § 4 Abs. 3 KartG i. V. m. § 5 KartG gestützten Anspruch auf Vertragsabschluss stets kritisch – allerdings auch i. R. v. § 4 Abs. 1 KartG bei objektiv marktbeherrschenden Unternehmen und sogar bei Monopolisten. Vgl. OGH in 16 Ok 20/04, 16 Ok 6/08, 16 Ok 23/04, 16 Ok 12/13. Der Vertragsabschluss kann demnach stets abgelehnt werden, sofern die Ablehnung objektiv gerechtfertigt ist.

achtungsentwurf des KaWeRÄG 2021 angedachten Änderungen von Bedeutung. Der Begutachtungsentwurf schlägt vor, den Wortlaut der relativen Marktmacht im KartG auch auf die Begründung von Vertragsverhältnissen auszudehnen (dazu im Detail in Abschnitt II 2.2.8).

2.2.2 Auslegung der Eingriffstatbestände des NVG

Das NVG verlangt – anders als § 4 Abs. 3 KartG – keine Angebots- oder Nachfragemacht.¹⁰³⁾ Die Vorschriften des NVG dienen der Sicherstellung von Chancengleichheit in vertikalen Vertragsbeziehungen. Entsprechend reicht ein Ungleichgewicht oder Machtgefälle zwischen den Vertragspartnern i. R. d. NVG aus. Zwischen dem NVG und dem KartG besteht der Rechtsprechung zufolge ein Stufenverhältnis.¹⁰⁴⁾ Die Normen des NVG ergänzen das Kartellgesetz: Sofern eine relative marktbeherrschende Stellung gem. § 4 Abs. 3 KartG vorliegt, scheidet eine Anwendung des NVG aus. In diesem Fall ist das Verhalten des relativ marktbeherrschenden Unternehmens nur an § 4 Abs. 3 KartG i. V. m. den in § 5 KartG aufgezählten missbräuchlichen Verhaltensweisen zu messen. Nur wenn ein Ungleichgewicht zwischen Anbieter und Nachfrager unterhalb der Schwelle der relativen Marktmacht i. S. d. § 4 Abs. 3 KartG vorliegt, kommt eine Anwendung des NVG in Betracht. Das NVG erweitert damit den Schutz des schwächeren Vertragspartners vor als nicht leistungsgerecht empfundenen Verhaltensweisen über den in Österreich äußerst restriktiv interpretierten Sachverhalt der relativen Marktmacht gem. § 4 Abs. 3 KartG hinaus.¹⁰⁵⁾ In dem Zusammenhang ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass „schwerwiegende wirtschaftliche Nachteile“ gem. § 4 Abs. 3 KartG, wenn nicht eine Existenzgefährdung, dann zumindest eine schwerwiegende und nachhaltige Schädigung der Wettbewerbsposition voraussetzen. Der Anwendungsbereich von § 4 Abs. 3 KartG ist zumindest in der aktuellen Rechtsprechung des OGH enger als der seines deutschen Pendant. Nicht zuletzt daraus ergibt sich der theoretische Anwendungsbe- reich für die ergänzenden Regeln des NVG.

Dabei wird die Ausdehnung der (quasi-)kartellrechtlichen Eingriffstatbestände durch das NVG in Österreich zum Teil äußerst kritisch gesehen – insbesondere der als allgemeines Diskriminierungsverbot unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung ausgestaltete § 2 NVG. Nachdem der OGH in der Entscheidung „Bayrisches Rundholz“ den in § 2 NVG enthaltenen Begriff des „Wiederverkäufers“ so interpretierte, dass davon alle Unternehmen erfasst werden, die keine Letztverbraucher sind, sondern eingekaufte Waren ggf. in be- oder verarbeiteter Form weiterverkaufen, wurde die Vorschrift als „beliebig einsetzbarer Torpedo“ und „Spielwiese für all jene Unternehmen“ kritisiert, „die sich durch Verträge zwischen Dritten irgendwie kommerziell benachteiligt fühlen“.¹⁰⁶⁾ In dem Zusammenhang haben Literaturstimmen dem Nahversorgungsgesetz insgesamt seine Legitimation in einer modernen Kartellrechtsordnung abgesprochen.¹⁰⁷⁾

Der Schutzzweck des NVG richtet sich grundsätzlich an kleinere und mittlere Unternehmen.¹⁰⁸⁾ Den Geist des NVG verkörpert der in § 1 NVG verwendete Begriff des „leistungsgerechten Wettbewerbs“. Dieser wird von der Rechtsprechung definiert als die Erhaltung eines bestimmten Wettbewerbsbestands, der durch die Existenz vieler mittlerer und kleinerer Unternehmen gekenn-

103) OGH 16 Ok 3/08.

104) Vgl. OLG Wien 27 Kt 13/16p.

105) So zuletzt eindeutig OLG Wien 27 Kt 13/16p.

106) *Reidlinger/Nageler*, ÖZK 2009, 47, 49.

107) Vgl. z. B. *Reidlinger/Nageler*, ÖZK 2009, 47.

108) Bericht des Handelsausschusses, 565 der Beilagen XIV. GP – Ausschussbericht NR, S. 1.

zeichnet ist.¹⁰⁹⁾ Allerdings hat es der Gesetzgeber versäumt, den Anwendungsbereich des NVG auf kleine und mittlere Unternehmen zu beschränken. Dadurch besteht ein Missverhältnis zwischen der in den Erläuterungen zum NVG ausgedrückten Zielsetzung und dem Gesetzeswortlaut.

§ 1 Abs. 2 NVG enthält eine beispielhafte Aufzählung nicht leistungsgerechten Verhaltens. Die Vorschrift stellt insbesondere auf das Fehlen einer angemessenen Gegenleistung ab. So wurde z. B. die Subsumption von Sonderzahlungen, Eintrittsgeldern, Hochzeitsrabatten oder Investitionsboni i. S. d. deutschen Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu Hochzeitsrabatten¹¹⁰⁾ unter § 1 NVG diskutiert.¹¹¹⁾

2.2.3 Zusammenspiel von § 4 Abs. 3 KartG und NVG

In der Praxis werden die Eingriffstatbestände des NVG schon aufgrund des beschriebenen Stufenverhältnisses zwischen KartG und NVG hilfsweise und nachgeordnet zum KartG vorgebracht. Das ist zusätzlich zu der auf den Schutz von Marktstrukturen fokussierten Kartellrechtsdurchsetzung der letzten Jahrzehnte ein weiterer Grund, warum sich letztlich keine umfangreiche Kasuistik zu den Tatbeständen des NVG herausgebildet hat.

Sowohl die relative Marktmacht gem. § 4 Abs. 3 KartG i. V. m. § 5 KartG als auch das NVG wurden vor allem durch Individualklagen von Unternehmen gem. §§ 26 ff. KartG vor dem Kartellgericht durchgesetzt. Gemäß § 36 Abs. 4 Nr. 4 KartG und § 7 Abs. 3 NVG ist jeder Unternehmer und jede Unternehmensvereinigung, der oder die ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung hat (§ 36 Abs. 4 Nr. 4 KartG) und jeder Unternehmer, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch den Gegenstand des Verfahrens berührt werden (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 NVG) berechtigt, einen Antrag beim Kartellgericht auf Abstellung, Verbindlicherklärung von Verpflichtungszusagen oder Feststellung gem. §§ 26 – 28 KartG zu stellen.¹¹²⁾ In Individualklageverfahren kann das Kartellgericht kein Bußgeld wegen eines Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot gem. § 4 Abs. 3 KartG i. V. m. § 5 KartG verhängen. Die Vorschriften des NVG sind ohnehin nicht bußgeldbewehrt. Das Kartellgericht wird bei Individualklagen, anders als bei Anträgen von BWB und/oder Bundeskartellanwalt gem. § 36 Abs. 1a-3 KartG, nicht als Wettbewerbsbehörde, sondern als Gericht tätig. Bei Individualklagen von Unternehmen und Unternehmern haben die BWB und der Bundeskartellanwalt als Amtsparteien allerdings automatisch Parteistellung (§ 40 KartG). In der Praxis beobachten die Amtsparteien durch Individualklage angestrengte kartellgerichtliche Verfahren, geben Stellungnahmen ab und nehmen an den Hauptverhandlungen teil.

Die BWB und der Bundeskartellanwalt sind zur Durchsetzung des § 4 Abs. 3 KartG i. V. m. § 5 KartG und auch zur Durchsetzung des NVG zuständig (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 1 NVG).¹¹³⁾ Bisher

109) So richtig *Ditz* (Fußn. 87), § 1 NVG Rz. 15, mit Verweis auf die relevante Rechtsprechung: OGH 4 Ob 210/02 i; 16 Ok 3/08.

110) BGH v. 23. 1. 2018 – KVR 3/17.

111) Vgl. *Ditz* (Fußn. 87), § 1 NVG Rz. 27.

112) Zu den weiteren Antragsberechtigten gehören die BWB und der Bundeskartellanwalt, durch bundesgesetzliche Vorschriften zur Regulierung bestimmter Wirtschaftszweige eingerichtete Behörden (Regulatoren), die Wirtschaftskammer Österreich, die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs (§ 36 Abs. 4 Nr. 1 – 3 KartG).

113) Zur Antragsstellung sind auch befugt die Wirtschaftskammer Österreichs, die Bundesarbeitskammer und die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs. Wie BWB und Bundeskartellanwalt haben diese auch ohne Antragstellung in den Verfahren auf der Grundlage von §§ 1 – 4 NVG als Amtsparteien Parteistellung. Vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 1 NVG.

haben beide versucht, sich (abgesehen von ihrer Parteistellung bei kartellgerichtlichen Individualklagen) aus Streitigkeiten in bilateralen Vertragsverhältnissen herauszuhalten. Entsprechend haben die relative Marktmacht und die Regeln des NVG in der behördlichen Durchsetzung bisher keine wesentliche Rolle gespielt.

Ansprüche gem. § 4 Abs. 3 KartG i. V. m. § 5 KartG und §§ 1, 2, 4 NVG können über § 1 UWG (Rechtsbruch) auch beim zuständigen Zivilgericht als Handelsgericht geltend gemacht werden. § 9 NVG legt die Anwendung des NVG neben dem UWG ausdrücklich fest. Der auf Rechtsbruch i. S. d. § 1 UWG gestützte Anspruch kann sogar parallel zum kartellgerichtlichen Verfahren anhängig gemacht werden. Das zuständige Landesgericht wird dann ggf. das Verfahren bis zur Entscheidung des Kartellgerichts aussetzen.

2.2.4 Relative Marktmacht in der individuellen Durchsetzung

Auch wenn die Durchsetzung der relativen Marktmacht und des NVG vor allem durch Individualklagen von Unternehmen erfolgt, werden die wenigsten der auf diese Vorschriften gestützten Streitigkeiten letztlich vor dem Kartellgericht verhandelt: Ihren stillen und außerhalb der anwaltlichen Praxis wenig beachteten Hauptanwendungsbereich haben die relative Marktmacht und das NVG als Argumentationshilfe in Vertragsverhandlungen. In den wenigsten Fällen entsteht daraus ein kartellgerichtliches oder handelsgerichtliches Verfahren, weil sich die Vertragspartner vorher einigen, nicht zuletzt wegen des Aufwands, der Dauer und den Beweisschwierigkeiten eines gerichtlichen Verfahrens. Der Rechtsschutz in der Hauptsache kommt für die beteiligten Parteien oftmals zu spät und das kartellgerichtliche Hauptsacheverfahren belastet die Vertragsbeziehung der Parteien über einen zu langen Zeitraum. Zwar hat der Antragssteller bzw. Kläger im kartellgerichtlichen (und im zivilgerichtlichen) Verfahren die Möglichkeit, zusätzlich zum Antrag in der Hauptsache, einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu stellen (§ 48 KartG, § 7 Abs. 4 NVG). Der Nachweis relativer Marktmacht ist im Provisorialverfahren vor dem Kartellgericht allerdings schwierig: Das kartellgerichtliche Verfahren kennt keine Ersatzpflicht für den Fall, dass eine einstweilige Verfügung ergeht und der Abstellungsantrag dann in der Hauptsache zurückgewiesen wird. Entsprechend zurückhaltend ist das Kartellgericht mit dem Erlass einstweiliger Verfügungen. Außerhalb der Situation einer klaren Existenzgefährdung ist der Nachweis einer nachhaltigen und für den strengen Ansatz der österreichischen Entscheidungspraxis ausreichend schwerwiegenden Schädigung der Wettbewerbsposition i. S. d. § 4 Abs. 3 KartG etwa in Fällen der Sortimentsabhängigkeit mit paraten Beweismitteln (d. h. ohne Sachverständigengutachten, Marktanalyse etc.) kaum zu erbringen.

Das hat nicht zuletzt die *Sporteinzelhandels-Entscheidung* (2014)¹¹⁴⁾ eindrücklich gezeigt. Der OGH lehnte relative Marktmacht in Form einer Sortimentsabhängigkeit des damals größten österreichischen Sportartikelhändlers vom Sportbekleidungshersteller Asics mit knappen Ausführungen ab: Eine Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz sei abzulehnen, wenn nur 10 % des Laufschuhangebots zur betroffenen Marke gehören. Ein schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteil sei bei einem derart geringen Anteil am Gesamtangebot in der betroffenen Produktkategorie auszuschließen. Mit der gleichen Begründung lehnte der OGH auch einen Anspruch auf Weiterbelieferung gem. § 4 Abs. 1 Satz 2 NVG ab. Die Lieferverweigerung führe nicht zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit des Sporteinzelhändlers. Die nicht gelieferte

114) OGH als KOG 16 Ok 12/13. Vgl. i. Z. m. der Entscheidung auch *Wolf-Posch/Liertzer*, ÖZK 2014, 213; *Robertson*, ÖBl 2015, 75; Vorinstanz OLG Wien, 24 Kt 98, 99, 100/13-10.

Ware habe nur einen geringen Anteil am Umsatz des Antragsstellers mit der betroffenen Waren-gattung. § 4 Abs. 1 NVG verschaffe kein Recht auf Vollsortimentierung. Der Kontrahierungszwang des § 4 Abs. 1 Satz 2 NVG müsse restriktiv gehandhabt werden.¹¹⁵⁾

Eine derart kursorische Befassung überrascht, hängen doch die Auswirkungen der Nichtbeliefe-rung nicht zwangsläufig damit zusammen, wie viel Prozent des Angebots des Einzelhändlers zur betroffenen Marke gehören, sondern von der Erwartungshaltung der Kunden an die Sortiments-vollständigkeit. Die Entscheidung wird allerdings verständlicher, wenn man berücksichtigt, dass sie im Provisorialverfahren erging und damit ohne Befassung des Gerichts mit Sachverständigen-gutachten oder Marktstudien zur Bedeutung der betroffenen Markenprodukte für das Sortiment. Praxiserfahrungen wie diese zeigen, warum das Konzept der relativen Marktmacht nur äußerst selten gerichtlich durchgefochten wird und der Rechtsschutz, der diesem Instrument eigentlich innewohnt, in der Praxis nur unzureichend umgesetzt wird.

Die *Lufthansa-Entscheidung* des Kartellgerichts (2017)¹¹⁶⁾ ist einer der seltenen Fälle, in denen eine auf Verletzung des § 4 Abs. 3 KartG i. V. m. § 5 KartG und hilfsweise der Vorschriften des NVG gestützte kartellgerichtliche Individualklage erfolgreich war. Das Kartellgericht kam zu dem Er-gebnis, dass die Deutsche Lufthansa AG den betroffenen Reisebüros gegenüber relativ markt-mächtig sei. Rund 70 % der über Reisebüros in Österreich gebuchten Flüge im Passagierverkehr seien Flüge der Deutschen Lufthansa. Die Reisebüros seien daher zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung zur Deut-schen Lufthansa AG angewiesen.¹¹⁷⁾

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass § 4 Abs. 3 KartG i. V. m. § 5 KartG vor allem durch In-dividualklagen vor dem Kartellgericht und den Zivilgerichten (bei letzteren über § 1 UWG) durch-gesetzt werden, der Nachweis der relativen Marktmacht für die Unternehmen in der Praxis aber eine hohe Hürde darstellt. Im einstweiligen Rechtsschutz war diese Hürde insbesondere in Fällen der geltend gemachten Sortimentsabhängigkeit unterhalb der Existenzgefährdung bisher nur schwer zu überspringen. Das Verfahren in der Hauptsache ist in der Praxis häufig zu langwierig. Die Parteien haben kein Interesse daran, ihre Vertragsbeziehungen über Monate bzw. Jahre mit einem kartellgerichtlichen Verfahren zu belasten. Entsprechend erfüllen § 4 Abs. 3 KartG i. V. m. § 5 KartG und auch die Regeln des NVG ihren Schutzzweck nur in unzureichendem Umfang, sofern sie ausschließlich über Individualklagen durchgesetzt werden.

2.2.5 Rückbesinnung auf Ungleichgewichte in Vertragsverhältnissen

Angesichts der spärlichen privaten Durchsetzung sind Ungleichgewichte in Vertragsverhandlungen in den letzten Jahren wieder verstärkt in den Fokus der behördlichen österreichischen Kartell-rechtsdurchsetzung gerückt. Entsprechend enthält gerade die jüngere behördliche Praxis interes-sante Anwendungsfälle des Konzepts der relativen Marktmacht. Auch der von der BWB 2018 veröffentlichte, bereits angesprochene Fairnesskatalog für Unternehmen¹¹⁸⁾ und die erwartete Um-

115) OGH 16 Ok 12/13 m. w. N.

116) OLG Wien 27 Kt 13/16p.

117) OLG Wien 27 Kt 13/16p.

118) BWB, Fairnesskatalog für Unternehmen – Standpunkt für Unternehmerisches Wohlverhalten, Okt. 2018 (verfügbar unter: https://www.bwb.gv.at/news/news_2018/detail/news/bwb_veroeffentlicht_fairnesskatalog_fuer_unternehmen/, zuletzt aufgerufen am 8. 5. 2021).

setzung der UTP-Richtlinie¹¹⁹⁾ im NVG und die Zuständigkeit der BWB für die Antragsstellung bei Verstößen gegen die P2B-Verordnung¹²⁰⁾ über das NVG lassen eine verstärkte Bedeutung des Konzepts der relativen Marktmacht und des NVG in der kartellbehördlichen Durchsetzung erwarten.

Der „Fairnesskatalog für Unternehmen“¹²¹⁾ ist ein Standpunkt der BWB (die BWB bezeichnet ihre veröffentlichten Stellungnahmen zu einzelnen Themengebieten als „Standpunkte“) und damit „soft law“. Die BWB hat den Fairnesskatalog 2018 als Reaktion auf vermehrte Beschwerden von Unternehmen im Zusammenhang mit benachteiligenden Geschäftspraktiken publiziert, die das Resultat eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts von Vertragspartnern in der Lieferkette sind, vor allem im Zusammenhang mit der Gestaltung von Konditionen.¹²²⁾ Der Katalog zählt Geschäftspraktiken auf, die aus Sicht der BWB jedenfalls unvereinbar mit unternehmerischem Wohlverhalten sind und liefert eine Tour de Force durch die relevanten Anspruchsgrundlagen im und außerhalb des Kompetenzbereichs der BWB im Kartellgesetz, NVG, UWG, ABGB und UGB. Er soll damit auch eine Grundlage für Compliance-Schulungen in Unternehmen liefern und Handlungsmöglichkeiten gegen dem unternehmerischen Wohlverhalten zuwiderlaufende Praktiken aufzeigen.¹²³⁾

Im Zusammenhang mit der relativen Marktmacht nennt der Fairnesskatalog zum einen Fälle der Sortimentsabhängigkeit und der unternehmensbedingten Abhängigkeit.¹²⁴⁾ Nachfrageseitige Sortimentsabhängigkeit liegt vor allem vor, wenn die Ware oder Leistung des Lieferanten eine Spitzenstellung unter den Waren oder Leistungen des jeweiligen Produktmarkts einnimmt („must-stock item“). Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des deutschen BGH von 1975¹²⁵⁾ wird beispielhaft die Abhängigkeit eines Sportartikelfachgeschäfts von der Belieferung durch den Hersteller einer Skimarke mit einem Marktanteil von nur 8 % genannt, wenn andere bekannte Marken keine hinreichende Alternative darstellen. Dies steht auf den ersten Blick im Widerspruch zur Spoteinzelhändlerentscheidung des OGH aus dem Jahr 2014.¹²⁶⁾ Im Weiteren wird auch die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2000¹²⁷⁾ zu Design-Polstermöbeln referenziert.

Im Zusammenhang mit Nachfragemacht liegt sortimentsbezogene Abhängig dem Fairnesskatalog zufolge vor, wenn der Anbieter einen bestimmten Nachfrager als Absatzkanal benötigt, um

119) RL (EU) 2019/633 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 4. 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette, Abl. L 111, 25. 4. 2019, S. 59 – 72.

120) VO (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 6. 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, OJ L 186, 11. 7. 2019, 57 – 79.

121) BWB, Fairnesskatalog für Unternehmen – Standpunkt für Unternehmerisches Wohlverhalten, Okt. 2018 (verfügbar unter: https://www.bwb.gv.at/news/news_2018/detail/news/bwb_veroeffentlicht_fairnesskatalog_fuer_unternehmen/, zuletzt aufgerufen am 8. 5. 2021).

122) BWB, Fairnesskatalog für Unternehmen – Standpunkt für unternehmerisches Wohlverhalten, Oktober 2018 (verfügbar unter: https://www.bwb.gv.at/news/news_2018/detail/news/bwb_veroeffentlicht_fairnesskatalog_fuer_unternehmen/, zuletzt aufgerufen am 8. 5. 2021).

123) Vgl. u. a. BWB, Fairnesskatalog für Unternehmen – Standpunkt für Unternehmerisches Wohlverhalten, Okt. 2018 (verfügbar unter: https://www.bwb.gv.at/news/news_2018/detail/news/bwb_veroeffentlicht_fairnesskatalog_fuer_unternehmen/, zuletzt aufgerufen am 8. 5. 2021, S. 5).

124) BWB, Fairnesskatalog für Unternehmen – Standpunkt für Unternehmerisches Wohlverhalten, Okt. 2018 (verfügbar unter: https://www.bwb.gv.at/news/news_2018/detail/news/bwb_veroeffentlicht_fairnesskatalog_fuer_unternehmen/, zuletzt aufgerufen am 8. 5. 2021, S. 19).

125) BGH v. 20. 11. 1975 – KZR 1/75.

126) OGH 16 Ok 12/13.

127) BGH v. 9. 5. 2000 – KZR 28/98.

sein Produkt erfolgreich am Markt zu platzieren („Gatekeeper-Situation“). Als Beispiel für diese Fallgruppe nennt der Fairnesskatalog unter Verweis auf eine Entscheidung des BGH aus 1995¹²⁸⁾ die Spitzengruppenabhängigkeit eines Importeurs von Arzneimitteln von einem Pharmagroßhandelsunternehmen mit 14 % Marktanteil, sofern kein anderer Großhändler zur Abnahme bereit ist und der Direktvertrieb an Apotheken keine ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeit darstellt.

Fälle der unternehmensbedingten Abhängigkeit sind vor allem „Lock-in-Effekte“ aufgrund vorangegangener eigener Entscheidungen des Nachfragers, die sich im Nachhinein nicht mehr ohne weiteres korrigieren lassen. Auch hierfür liefert der Fairnesskatalog ein Beispiel, ohne Stellung zu beziehen, inwiefern der Umstand zu berücksichtigen ist, dass die Abhängigkeit unter Umständen durch schlechte unternehmerische Entscheidungen selbst geschaffen wurde. Diese Überlegungen wären wohl im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen.

Auch wenn der Fairnesskatalog lediglich „soft law“ darstellt, hat er in der unternehmerischen Praxis doch erhebliche Bedeutung. Zwar lässt sich die Einschätzung der BWB nicht immer klar unter die vorhandenen gesetzlichen Regeln und erst recht nicht unter die geltenden (quasi-)kartellrechtlichen Regeln subsumieren. Die Tatsache, dass die im Katalog aufgeführten Verhaltensweisen von der Wettbewerbsbehörde als nicht „fair“ beurteilt werden, führt aber dazu, dass in Compliance-Veranstaltungen und der anwaltlichen Praxis von derartigem Verhalten in der Regel abgeraten wird und die Marktteilnehmer davon ausgehen, dass ein behördlicher Fokus in der Verhinderung dieses Verhaltens liegen könnte.

Schon vor der Veröffentlichung des Fairnesskatalogs hatte die BWB einen Fokus auf Ungleichgewichten speziell im Kfz-Vertrieb. Dazu hat die BWB 2016 einen Standpunkt zum Kfz-Vertrieb veröffentlicht, der verschiedene Fallkonstellationen im Verhältnis Händler und Generalimporteur kritisch analysiert.¹²⁹⁾ In dem Zusammenhang ist auch die erst kürzlich unter Beteiligung der BWB als Amtspartei ergangene höchstgerichtliche Entscheidung *Peugeot Vertragshändler* zu nennen.¹³⁰⁾ Sie ist bemerkenswert, weil der OGH darin die äußerst strenge, auf Existenzgefährdung ausgerichtete Interpretation von § 4 Abs. 3 KartG im Zusammenhang mit Warensortimenten anscheinend zumindest etwas gelockert hat. Der OGH stellte klar, dass schwerwiegende betriebswirtschaftliche Nachteile gem. § 4 Abs. 3 KartG nicht nur bei Existenzgefährdung, sondern auch schon unterhalb dieser Schwelle, bei massiven Umsatzeinbußen oder Verlust eines erheblichen Teils der Kundschaft bestehen – z. B. wenn der Händler von der Belieferung mit einem bestimmten Warensortiment oder bestimmten Markenartikeln abhängig sei und dafür keine alternativen Bezugsmöglichkeiten hat. Letztlich kam es darauf aber nicht an, weil der OGH aufgrund der Bedeutung der Vertragsbeziehung mit Peugeot für den Gesamtumsatz, der jahrzehntelangen Vertragsbeziehung und Identifikation des Händlers mit der Marke „Peugeot“ zu der Überzeugung gelangte, dass der Verlust des Vertrags mit dem Generalimporteur für den Händler sogar existenzbedrohend war.¹³¹⁾

Auch die Fallpraxis der BWB zeigt den verstärkten Fokus auf der Durchsetzung des Kartellrechts in Vertragsbeziehungen: Zu nennen ist hier zum einen die Amazon-Untersuchung der BWB

128) BGH v. 21. 2. 1995 – KVR 10/94.

129) BWB, Standpunkt zum KFZ-Vertrieb, 2016 (verfügbar unter: https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/PDFs/BWB%20Standpunkt%20KFZ-Vertrieb.pdf, zuletzt aufgerufen am 26. 5. 2021).

130) Der Generalimporteur war innerhalb der Vertriebsorganisation von Peugeot ausschließlich zuständig, in Österreich Neuwagen- und Werkstättenverträge abzuschließen.

131) 16 Ok 4/20d, Rz. 162 mit Verweis auf 4 Ob 187/02g und 4 Ob 2014/97t.

(2019),¹³²⁾ die auf Händlerbeschwerden gegen Geschäftspraktiken von Amazon Services Europe S.à.r.l. („Amazon“) auf dem Amazon.de Marktplatz und eine entsprechende Klage des Österreichischen Handelsverbands zurückging. Sie lief parallel zur Amazon-Untersuchung des deutschen Bundeskartellamts und wurde zwischen Bundeskartellamt und BWB eng koordiniert.¹³³⁾ Die Beschwerden betrafen diverse Praktiken, die auch andernorts in der Kritik standen und stehen.¹³⁴⁾ Die BWB stellte ihre Ermittlungen wegen des Verdachts des Marktmachtmisbrauchs (insb. Konditionenmissbrauchs)¹³⁵⁾ ein, nachdem Amazon sich bereit erklärte, seine Geschäftsbedingungen zu ändern.¹³⁶⁾ Aufgrund des großen allgemeinen Interesses an dem Verfahren veröffentlichte die BWB aber eine ausführliche Pressemitteilung und einen Fallbericht.¹³⁷⁾

Obwohl der Fokus auf objektiver Marktbeherrschung lag, sah die BWB auch Indizien für relative Marktbeherrschung. Von den befragten Marktplatzhändlern gaben 56 % an, keine Alternative zur Nutzung des Amazon.de Marktplatzes zu haben, um österreichische Kunden zu erreichen. In Bezug auf ausländische Kunden sahen 58 % der befragten Händler keine Alternative. Marktplatzhändler, die angaben, über keine relevante Alternative zum Amazon.de Marktplatz zu verfügen, erzielten im Durchschnitt 70 % ihres Umsatzes mit Verkäufen über den Amazon.de Marktplatz. Marktplatzhändler, die angaben, über Alternativen zu verfügen, erzielten immerhin noch über die Hälfte ihres Umsatzes (57 %) mit Verkäufen über Amazon.de. Die einzigen wesentlichen Alternativen waren Ebay und der eigene Webshop.¹³⁸⁾ Der Fallbericht enthält leider keine Überlegungen zu den Anforderungen an die relative Marktmacht im Verhältnis zu Online-Intermediären und nimmt zur relativen Marktmacht von Amazon auch nicht abschließend Stellung. Das NVG dürfte in den Überlegungen der BWB eine Rolle gespielt haben, wird im Fallbericht aber ebenfalls nicht thematisiert.¹³⁹⁾

132) Vgl. BWB, Fallbericht Amazon.de Marktplatz (verfügbar unter: https://www.bwb.gv.at/news/detail/news/bwb_informiert_amazon_aendert_geschaeftsbedingungen/, zuletzt aufgerufen am 2. 5. 2021).

133) Zur deutschen Amazon-Untersuchung, vgl. Fallbericht des BKartA, 17. 7. 2019, B2 – 88/18 (verfügbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/17_07_2019_Amazon.html, zuletzt aufgerufen am 9. 5. 2021).

134) BWB, Fallbericht Amazon.de Marktplatz (verfügbar unter: https://www.bwb.gv.at/news/detail/news/bwb_informiert_amazon_aendert_geschaeftsbedingungen/, zuletzt aufgerufen am 2. 5. 2021), Rz. 2: vor allem die ungerechtfertigte Sperrung und Schließung von Marktplatzhändlerkonten, die Einbehaltung von Guthaben gesperrter Marktplatzhändler, mangelhafte Kommunikationsmöglichkeiten, weitreichende Nutzungsrechte an Materialien der Marktplatzhändler, weitreichende Haftungsausschlüsse und Freistellungsvereinbarungen, willkürliches Hinaufsetzen von Lieferzeiten durch Amazon, die Ungleichbehandlung von Händlern, die nicht den Amazon-Logistik-Service nutzen, die Offenlegung von Einkaufspreisen der Marktplatzhändler gegenüber Amazon, Beschränkungen des Produktvertriebs, Erstattungen im Zusammenhang mit ungerechtfertigten Kundenzurücksendungen, die Intransparenz bei Rankings von Produkten und Marktplatzhändlern und den Druck, weitere Amazon Services zu nutzen.

135) BWB, Fallbericht Amazon.de Marktplatz (verfügbar unter: https://www.bwb.gv.at/news/detail/news/bwb_informiert_amazon_aendert_geschaeftsbedingungen/, zuletzt aufgerufen am 2. 5. 2021), Rz. 6.

136) Vgl. BWB, Pressemitteilung v. 17. 7. 2019, BWB informiert: Amazon ändert Geschäftsbedingungen (verfügbar unter: https://www.bwb.gv.at/news/detail/news/bwb_informiert_amazon_aendert_geschaeftsbedingungen/, zuletzt aufgerufen am 2. 5. 2021).

137) Zur Pressemitteilung und Fallbericht jeweils a. a. O.

138) BWB, Fallbericht Amazon.de Marktplatz (verfügbar unter: https://www.bwb.gv.at/news/detail/news/bwb_informiert_amazon_aendert_geschaeftsbedingungen/, zuletzt aufgerufen am 2. 5. 2021), Rz. 20, 25.

139) Zur parallelen deutschen Amazon-Untersuchung, vgl. BKartA, Fallbericht zu B2 -88/18, 17. 7. 2019 (verfügbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-88-18.html;jsessionid=0EC59E797536CE92107407C2238BFDE6.2_cid387?nn=3591568, zuletzt aufgerufen am 2. 5. 2021). Das Bundeskartellamt sah aufgrund der großen Bedeutung von Amazon für Online-Händler beim Kundenzugang Anzeichen für eine Abhängigkeit der Händler vom Amazon.de Marktplatz i. S. einer relativen Marktmacht. Die Frage nach der relativen Marktmacht wurde aber letztlich mangels Entscheidungserheblichkeit offengelassen.

2.2.6 Umsetzung der UTP-Richtlinie (2021)¹⁴⁰⁾

Die Umsetzung der UTP-Richtlinie über unlautere Handelspraktiken wird in Österreich mit Spannung erwartet. Die Umsetzungsfrist ist am 1. 5. 2021 abgelaufen. Die Richtlinie soll Ungleichgewichte in Bezug auf die Verhandlungsmacht von Lieferanten und Käufern von Agrar- und Lebensmittelzeugnissen adressieren und einen unionsweiten Mindeststandard zum Schutz vor unlauteren Handelspraktiken einführen.¹⁴¹⁾ Die Richtlinie trägt den Mitgliedstaaten in ihrem Art. 3 Abs. 1 auf, innerhalb der Umsetzungsfrist bestimmte unlautere Handelspraktiken zu verbieten. Dazu gehören unter anderem zu lange Zahlungsfristen für Agrar- und Lebensmittelzeugnisse, kurzfristige Stornierungen, einseitige Änderungen der Bedingungen einer Liefervereinbarung oder das Fordern nicht im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar- oder Lebensmittelzeugnissen stehender Zahlungen. Weitere, in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie aufgeführte Handelspraktiken, sollen nur zulässig sein, wenn sie vorher klar und eindeutig in der Liefervereinbarung oder in einer Folgevereinbarung mit dem Lieferanten und dem Käufer vereinbart werden. Dazu gehören beispielsweise Rücksendungen nicht verkaufter Agrar- und Lebensmittelzeugnisse durch den Händler ohne Bezahlung derselben, Erhebung von Listungsgebühren oder die Beteiligung des Lieferanten an Vermarktungskosten.

Die dem Vernehmen nach geplante Umsetzung der UTP-Richtlinie im NVG wird die Bedeutung des NVG stärken. Das NVG wird dadurch erstmals durch Einfügung neuer Tatbestände oder Ausgestaltung der bestehenden Tatbestände zur Aufnahme aktueller Fallgestaltungen ergänzt.

2.2.7 Durchsetzung der P2B-Verordnung über das NVG

Die Plattform-to-Business-Verordnung¹⁴²⁾ („P2B-Verordnung“) ist am 12. 7. 2020 in der EU in Kraft getreten. Die Verordnung legt Vorschriften für Online-Vermittlungsdienste und Online-Suchmaschinen fest, die einen Mindestgrad an Transparenz, Fairness und Abhilfemöglichkeiten für gewerbliche Nutzer solcher Dienste sicherstellen sollen (vgl. Art. 1 Abs. 1, 2 der Verordnung). Dazu gehören zum Beispiel die klare und verständliche Formulierung und leichte Verfügbarkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen des Online-Vermittlungsdienstes (Art. 3 Abs. 1 P2B-Verordnung), die Übermittlung von Gründen für die Einschränkung, Aussetzung und Beendigung der Geschäftsbeziehung durch den Anbieter des Online-Vermittlungsdienstes auf einem dauerhaften Datenträger (Art. 4 Abs. 1 P2B-Verordnung) und die Darstellung der Hauptparameter für das Ranking in den allgemeinen Geschäftsbedingungen (Art. 5 Abs. 1 P2B-Verordnung).

Die BWB ist neben der Wirtschaftskammer Österreich und dem Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb als öffentliche Stelle gem. Art. 14 Abs. 5 b, Abs. 1 der P2B-Verordnung zur Durchsetzung der P2B-Verordnung in Österreich berechtigt.¹⁴³⁾ Im Fall der Nichteinhaltung der in der P2B-Verordnung festgelegten Bestimmungen kann die BWB vor dem zuständigen nationalen

140) RL (EU) 2019/633 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 4. 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette, Abl L 111, 25. 4. 2019, S. 59 – 72.

141) RL (EU) 2019/633 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 4. 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette, Abl L 111, 25. 4. 2019, S. 59 – 72, Präambel, Rz. 1.

142) VO (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 6. 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, OJ L 186, 11. 7. 2019, 57 – 79.

143) Vgl. Verzeichnis der benannten Organisationen, Verbände und öffentlichen Stellen, aufgestellt und veröffentlicht gem. Artikel 14 Absatz 6 der Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und Rates zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, OJ C 300, 10. 9. 2020, 2-2.

Gericht eine Klage gegen den Anbieter des Online-Vermittlungsdienstes oder der Online-Suchmaschine wegen Nichteinhaltung der einschlägigen Bestimmungen der P2B-Verordnung einbringen, mit dem Ziel, die Nichteinhaltung beenden oder untersagen zu lassen. Derzeit ist noch unklar, wie diese neuen Befugnisse im nationalen Recht verfahrensmäßig ausgestaltet werden. Möglich ist, dass das NVG angepasst und als „Trägerrakete“ zur Durchsetzung der P2B-Verordnung durch die BWB verwendet wird. Eine solche Anpassung würde die Aktualität und Bedeutung des NVG weiter stärken.

2.2.8 Änderungen durch das KaWeRÄG 2021

Am 23. 5. 2021 ist der Entwurf des Bundesgesetzes, mit dem das Kartellgesetz 2005 und das Wettbewerbsgesetz geändert werden (Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021 – KaWeRÄG 2021) in Begutachtung gegangen. Hauptzweck des KaWeRÄG 2021 ist nicht nur die Umsetzung der „ECN+-Richtlinie“.¹⁴⁴⁾ Das KaWeRÄG bezweckt seinen Erläuterungen zufolge auch eine Modernisierung des Kartellgesetzes, unter anderem durch Stärkung und Erweiterung des Konzepts der relativen Marktmacht. Demnach soll zukünftig ein mit relativer Marktmacht ausgestatteter Unternehmer einen Vertragsabschluss nicht verweigern können, wenn der Vertragspartner zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Geschäftsbeziehung angewiesen ist.¹⁴⁵⁾ Den Erläuterungen zufolge sollen sich vor allem Unternehmer auf diese Bestimmung berufen können, die auf die Intermediationsleistung einer Plattform angewiesen sind, die ihnen in diskriminierender Weise den Zugang zur Plattform verweigert.¹⁴⁶⁾

Der Begutachtungsentwurf schlägt auch vor, den § 4 Abs. 3 KartG, der die relative Marktbeherrschung regelt, in einen eigenständigen § 4a KartG zu überführen. Damit soll gesetzlich klargestellt werden, dass die relative Marktmacht ein eigenständiger Tatbestand ist und kein Unterfall der objektiven Marktbeherrschung i. S. d. § 4 Abs. 1 Nr. 2 KartG („im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung“).¹⁴⁷⁾

Als weitere Änderung wird der Wortlaut von § 4a KartG gegenüber der geltenden Fassung von § 4 Abs. 3 KartG ausgedehnt: Während § 4 Abs. 3 KartG geltende Fassung eine im Verhältnis zu „Abnehmern und Lieferanten“ überragende Marktstellung erfasst, spricht § 4a KartG von „Anbieter und Nachfrager“. Dadurch soll klargestellt werden, dass die relative Marktmacht nicht nur auf Fälle der Lieferung oder Abnahme von Waren, sondern auch im Zusammenhang mit Dienstleistungen anwendbar ist.¹⁴⁸⁾

Die Begutachtungsfrist für das KaWeRÄG 2021 läuft bis zum 17. 5. 2021. Bereits jetzt zeichnet sich eine rege Beteiligung in Gestalt zahlreicher Stellungnahmen ab. Es bleibt abzuwarten, in welchem Umfang und in welcher Ausgestaltung die im KaWeRÄG vorgeschlagenen, über eine Richtlinienumsetzung hinausgehenden, Änderungen letztlich in Kraft treten.

144) RL (EU) 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, OJ L 11, 14. 1. 2019, S. 3 – 33.

145) Vgl. Erläuterungen zum KaWeRÄG 2021, S. 1 (Hauptgesichtspunkte des Entwurfs, 1c)).

146) Vgl. Erläuterungen zum KaWeRÄG 2021, S. 10 (zu § 4a).

147) Vgl. Erläuterungen zum KaWeRÄG 2021, S. 10 (zu § 4a).

148) Vgl. Erläuterungen zum KaWeRÄG 2021, S. 10 (zu § 4a).

3. Schweiz

3.1 Fair-Preis-Initiative und Kartellgesetzrevision

Die Rechtslage in der Schweiz, vor allem natürlich die dort anstehende Rechtsänderung in unserem Themenbereich, wird durch ein Beitragspaar in diesem Heft¹⁴⁹⁾ eingehend beleuchtet. Hier sei daher nur in aller Kürze festgehalten: Bisher kennt das schweizerische Kartellrecht – nach herrschender, wenngleich nicht unbestrittener Meinung, und vor allem auch Praxis¹⁵⁰⁾ – weder die Rechtsfigur der relativen Marktmacht noch spezielle Regeln für das unilaterale¹⁵¹⁾ Verhalten von Unternehmen mit einer derartigen Marktposition. Dass sich dies nun ändert, liegt ganz wesentlich an der sogenannten „Fair-Preis-Volksinitiative“, die – aufbauend auf vorangegangenen Vorschlägen – dem schweizerischen Stimmvolk ein Regelpaket vorlegen wollte, das auf die Einführung der Rechtsfigur, aber auch auf ein Geoblocking-Verbot gezielt hätte.¹⁵²⁾ Die Regierung (Bundesrat) unterbreitete den beiden Kammern des Parlaments (Nationalrat und Ständerat) daraufhin einen weniger weitreichenden Gegenvorschlag (sogenannter „indirekter Gegenvorschlag“). Nach einigem Entwurfs-Pingpong verabschiedete das Parlament dann aber eine Fassung, die erheblich näher bei der Volksinitiative liegt als der Regierungsvorschlag. Daraufhin wurde die Initiative zurückgezogen, ein (grundsätzlich mögliches) Referendum gegen den Parlamentsbeschluss steht wohl nicht zu erwarten, die Revision wird also in der Parlamentsfassung 2021 oder 2022 Gesetz werden.¹⁵³⁾

3.2 Zentralelemente der neuen Rechtslage

Die schweizerischen Wettbewerbsrechtsgesetze ändern sich mit der jetzigen Revision vor allem in fünf Punkten: Erstens kodifiziert ein neuer Art. 4 Abs. 2^{bis} KG eine Definition der relativen Marktmacht. Hiermit wird ein frühzeitiger Wettbewerbsschutz angestrebt, der in Teilen der Literatur auf Vorbehalte trifft. Zur Einschränkung wird namentlich eine Schwelle von 15 % Marktanteil des abhängigen Unternehmens vorgeschlagen,¹⁵⁴⁾ ab der erst eine Verhaltenskontrolle des relativ Marktmächtigen greifen soll. Dies findet sich im Gesetzestext allerdings nicht wieder und erscheint – jedenfalls, wenn als kategorische Schranke verstanden – auch nicht ohne Weiteres mit dem Zweck der Regelung kompatibel. Inwiefern die Tatsache, dass eine unternehmensbedingte Abhängigkeit von dem abhängigen Unternehmen selbst freiwillig geschaffen wurde, kartellrecht-

149) Zäch/Tuchschnid, ZWeR 2021, 217; Stäuber/Burger, ZWeR 2021, 235, beide in diesem Heft.

150) Der Gesetzgeber hatte im Jahre 2003 Art. 4 Abs. 2 KG um den folgenden Klammerzusatz ergänzt: „Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (*Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern*) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Aus Gesetzesmaterialien und Gesetzgebungsgeschichte geht nicht klar hervor, dass durch diese reichlich limitierte Wortlautverschiebung tatsächlich das weitreichende Konzept relativer Marktmachtmissbrauchskontrolle eingeführt werden sollte. In der Literatur blieb dieser Punkt daher auch bis heute umstritten, höchststrichterliche Klärung fehlt, die Behördenpraxis hat relative Marktmacht bisher nicht klar und tragend zur Basis ihrer Rechtsdurchsetzung gemacht. S. zum Ganzen näher BSK KG-Reinert/Bloch, Basler Kommentar Kartellgesetz, 1. Aufl., 2010, Art. 4 Abs. 2 N 23 ff. m. w. N.; Roger Zäch, Aspekte der Fair-Preis-Initiative?, in: Notter/Weber/Heinemann/Baumgartner, Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei?, Liber Amicorum Andreas Kellerhals, 2018, S. 407 m. w. N.

151) Hingegen ist eine – auch im Vergleich zum EU-Recht – verhältnismäßig strenge Kontrolle von wettbewerbsbeschränkenden Abreden bereits Praxis, nicht zuletzt im Hinblick auf vertikale Gebietsschutzabreden, die Bedeutung für die „Hochpreisinsel“-Problematik (dazu sogleich) haben; s. Stäuber/Burger, ZWeR 2021, 235, 236 ff.; Zäch/Tuchschnid, ZWeR 2021, 217 ff.

152) Näher hierzu Picht, WuW 2021, 337, auch zum „Umweg“ über einen Verfassungsänderungsvorschlag, den die basisdemokratischen Mechanismen der Schweiz erfordert hätten.

153) Stäuber/Burger, ZWeR 2021, 235, 241.

154) Stäuber/Burger, ZWeR 2021, 235, 254.

lichen Verhaltensvorgaben entgegensteht (im deutschen Recht ist dies nicht kategorisch so), wird zu klären sein.¹⁵⁵⁾ Zweitens erstreckt Art. 7 Abs. 1 KG den Missbrauchsartikel des Kartellgesetzes *in toto* auf relativ marktmächtige Unternehmen. Drittens schafft Art. 7 Abs. 2 lit. g KG einen neuen Missbrauchstatbestand, den man als territoriale Konditionenspaltung bezeichnen kann. Er verbietet es relativ marktmächtigen und marktbeherrschenden Unternehmen gleichermaßen, die „Möglichkeit für Nachfrager [einzuschränken], Waren oder Dienstleistungen, die in der Schweiz und im Ausland angeboten werden, im Ausland zu den dortigen Marktpreisen und branchenüblichen Bedingungen zu beziehen“. Viertens stellt die Neufassung von Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG klar, dass erstmalige Verstöße relativ marktmächtiger Unternehmen gegen Art. 7 KG nicht zu Bußgeldern führen. Und fünftens enthält der neue Art. 3a UWG ein Geoblocking-Verbot. Unlauter handelt demnach, wer einen Kunden in der Schweiz aufgrund seiner Nationalität, seines Wohnsitzes, des Ortes seiner Niederlassung, des Sitzes seines Zahlungsdienstleisters oder des Ausgabeorts seines Zahlungsmittels beim Preis oder bei den Zahlungsbedingungen diskriminiert, seinen Zugang zu einem Online-Portal blockiert bzw. beschränkt oder ihn ohne sein Einverständnis zu einer anderen als der ursprünglich aufgesuchten Version des Online-Portals weiterleitet. Allerdings sieht die Vorschrift die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung sowie verschiedene Bereichsausnahmen vor.

3.3 GWB und KG neu: ungleiche Geschwister

Auch wenn die EU-Geoblocking-VO Pate für das schweizerische Geoblocking-Verbot stand, ebenso wie vor allem das deutsche Recht für die relativen Marktmachtvorschriften, gilt es auf der Hut zu sein gegenüber vorschneller Übertragung des Heimisch-Vertrauten. Um hier nur zwei Unterschiede zum deutschen § 20 GWB zu unterstreichen, wird die schweizerische Regelung – wie auch die österreichische – alle Missbrauchstatbestände, die für Marktbeherrscher gelten, auch auf relativ marktmächtige Unternehmen erstrecken, obgleich eine Reihe dieser Tatbestände für den relativen Marktmachtkontext eigentlich schlecht passt,¹⁵⁶⁾ zum Beispiel das predatory pricing oder der Ausbeutungsmissbrauch gegenüber Privaten. Hingegen ist es richtig, dass ungerechtfertigte Diskriminierungen (wohl einschließlich einer auf Wettbewerbsschädigung gerichteten Selbstbegünstigung vertikal integrierter Marktmachtinhaber) und nicht (unmittelbar) preisbezogene Verhaltensweisen¹⁵⁷⁾ grundsätzlich auch dann kartellrechtlicher Kontrolle unterfallen, wenn sie von einem relativ marktmächtigen Unternehmen ausgehen.¹⁵⁸⁾ Das Kartellrecht darf hierbei zwar nicht zu einer Erstarrung der Märkte führen, indem es gewachsene Strukturen um jeden Preis konserviert und hartes Verhandeln verbietet. Indes bietet die kartellrechtliche Verhaltenskontrolle genügende Flexibilität, um Wandel zuzulassen. Zu Recht verweisen erste Stimmen¹⁵⁹⁾ darauf, dass bei der Entscheidung, ob im konkreten Falle Schutz gewährt oder versagt wird, Verhaltensregeln für marktbeherrschende keinesfalls unbesehen auf nur relativ marktmächtige Unternehmen übertragen werden dürfen.

Zweitens scheint in dem neuen Missbrauchstatbestand der territorialen Konditionenspaltung eine zentrale, den deutschen Regeln zur relativen Marktmacht so nicht eigene Stoßrichtung des ge-

155) S. hierzu näher Picht, WuW 2021, 337, 341.

156) Näher hierzu und zum Folgenden Picht, WuW 2021, 337, 340 f.; Stäuber/Burger, ZWeR 2021, 235, 256 ff.

157) Etwa die Beendigung einer Lieferbeziehung aus anderen Gründen als unerwünschtem Preiswettbewerb durch das abhängige Unternehmen.

158) Teils a. A. Stäuber/Burger, ZWeR 2021, 235, 257 ff.

159) Stäuber/Burger, ZWeR 2021, 235, 256 ff., insbes. 260.

samen Reformvorhabens auf, nämlich der Kampf gegen das Phänomen der „Hochpreisinsel Schweiz“, also die im Vergleich zu den europäischen Nachbarländern notorisch (erheblich) höheren Preise für Güter in bestimmten Marktsektoren.¹⁶⁰⁾ Da solche Preisunterschiede nicht automatisch auf kartellrechtswidriges Verhalten zurückzuführen sind und das Eingreifen des Verbots der territorialen Konditionenspaltung voraussetzt, dass der Verkäufer über relative Marktmacht gerade gegenüber dem Nachfrager, oder gar über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, wird man abwarten müssen, wie flächendeckend die jetzige Rechts- auch zu einer Absatzpreisänderung in der Schweiz führt. Vorschläge, gerade solche territorialen Konditionenspaltungen als gerechtfertigt anzusehen, bei denen der Unterschied zwischen den Absatzkonditionen in der Schweiz und im Ausland besonders groß sind (also z. B. der Auslandspreis weit unter dem Schweizer Preis liegt),¹⁶¹⁾ würden die Auswirkungen des neuen Tatbestandes weiter verringern, dürften aber zumindest nicht der Intention der Fair-Preis-Initianten entsprechen.

Zumindest eine gewisse Praxisbedeutung dürfte das neue Recht aber auch für die – gleichfalls erfassten¹⁶²⁾ – reinen Inlandsbeziehungen zwischen abhängigen und relativ marktmächtigen Schweizer Unternehmen entfalten. Hier erscheint es durchaus möglich, dass die aus der deutschen Praxis bekannten Geschäftsgewährungsansprüche und Fallgruppen zumindest anfangs einen Orientierungspunkt bilden.¹⁶³⁾ Daneben wird zu Recht auf das Potential des Rechtsrahmens für neuartige Fallgestaltungen verwiesen, etwa den Zugang zu Daten.¹⁶⁴⁾

Für die Normauswirkungen im nationalen wie im grenzüberschreitenden Kontext wird es gleichermaßen eine Rolle spielen, ob sich eine deutlich einschränkende Lesart der neuen Gesetzesbestimmungen durchsetzen kann, wie sie auch in diesem Heft vorgeschlagen wird,¹⁶⁵⁾ oder ob die Behörden- und Gerichtspraxis eher den Eingriffsspielraum des weit gehaltenen Normwortlauts nutzt.

III. Relative Marktmacht, Ökonomik und Digitalisierung

1. Marktmacht in Ökonomie und Recht

In Zeiten, in denen der „more economic approach“ bei der Anwendung des Kartellrechts im Mainstream angekommen ist, erscheint es naheliegend, auch den kartellrechtlichen Tatbestand der relativen Marktmacht am Prüfstein der Ökonomie zu messen. Blickt man in gängige Standardwerke zur Wettbewerbspolitik und Industrieökonomik, bietet sich indes zumindest auf den ersten Blick ein ernüchterndes Bild: Relative Marktmacht kommt (auch) in Standardwerken aus dem deutschen oder europäischen Raum nicht als eigenständiges Konzept vor.¹⁶⁶⁾ Näher besehen

160) Für differenzierendes Zahlenmaterial, s. Botschaft zur Volksinitiative „Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)“ und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes) vom 29. 5. 2019, BGBl 2019, 4877, S. 10 ff.; *Stäuber/Burger*, ZWeR 2021, 235, 236 f.

161) So *Stäuber/Burger*, ZWeR 2021, 235, 268.

162) *Stäuber/Burger*, ZWeR 2021, 235, 243.

163) Mit Differenzierungen *Stäuber/Burger*, ZWeR 2021, 235, 254 ff.; *Picht*, WuW 2021, 337, 341.

164) *Züch/Tüchschmid*, ZWeR 2021, 217, 225.

165) *Stäuber/Burger*, ZWeR 2021, 235.

166) Siehe die Gliederungen von *van den Bergh/Camesasca/Giannaccari*, *Comparative competition law and economics*, 2017; *Schmidt/Haucap*, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 10. Aufl., 2013 (relative Marktmacht wird nur sehr kurz auf S. 316 angesprochen); *Motta*, *Competition Policy*, 2004; *Bester*, *Theorie der Industrieökonomik*, 7. Aufl., 2017; *Hüschelrath*, *Competition Policy Analysis*, 2009; *Tirole*, *Theory of Industrial Organization*, 1988; bei *Schwalbe/Zimmer*, *Kartellrecht und Ökonomie*, 3. Aufl., 2021 erklärt es sich aus dem Fokus auf die Fusionskontrolle.

erklärt sich dies aus einer grundlegenden begrifflichen Divergenz, die den rechtsökonomischen Zugriff auf relative Marktmacht als wettbewerbspolitisches Konzept erschwert:

Aus juristischer Perspektive ist Marktmacht im Bereich der Missbrauchskontrolle für die Rechtspraxis letztlich ein binäres Konzept: Ein Unternehmen erfüllt entweder die Voraussetzungen der Marktbeherrschung i. S. v. § 19 GWB/Art. 102 AEUV bzw. jene der relativen oder überlegenen Marktmacht i. S. v. § 20 Abs. 1, 3 GWB oder es erfüllt sie nicht.¹⁶⁷⁾ Die Subsumtion unter das jeweilige Tatbestandsmerkmal bestimmt im Sinne einer „Alles-oder-nichts-Entscheidung“, ob eine kartellrechtliche Marktverhaltenskontrolle stattfindet.

Aus angewandter ökonomischer Perspektive ist Marktmacht hingegen ein graduelles Konzept: Definiert man Marktmacht ökonomisch mit einer verbreiteten Sichtweise als die Fähigkeit, den Preis über das Niveau des perfekten Wettbewerbs, mithin die Grenzkosten, anzuheben,¹⁶⁸⁾ bleiben Unternehmen ohne jede Marktmacht der weitgehend rein theoretischen Modellwelt des perfekten Wettbewerbs bzw. dem Bertrand-Modell mit homogenen Gütern und perfekt symmetrischen Unternehmen vorbehalten.¹⁶⁹⁾ In der Realität wird ökonomisch gesehen nahezu jedes Unternehmen über einen gewissen Grad von Marktmacht im vorgenannten Sinne verfügen, weil nur selten *alle* Konsumenten funktional austauschbare Produkte auch als perfekte Substitute ansehen werden und weil Fixkosten zu bedenken sind.¹⁷⁰⁾

2. Grenzziehung zwischen absoluter und relativer Marktmacht

Dem ökonomisch gesehen graduellen Charakter von Marktmacht entspricht es, dass zu ihrer kartellrechtlichen Bestimmung üblicherweise nicht nur marktweite „absolute“ Faktoren betrachtet werden (Marktanteile, Produktionskapazitäten im Markt, die Wahrscheinlichkeit von Markteintritten), sondern auch die (relative) Verhandlungsmacht der Marktgegenseite¹⁷¹⁾ – § 18 Abs. 3 Nr. 9 GWB deutet das mindestens an. Nachfragemacht wird von der heute herrschenden Sichtweise sogar in erster Linie als bilaterale Verhandlungsmacht verstanden und untersucht.¹⁷²⁾

Das führt zu der Frage, wie die Eingriffsschwelle festgesetzt werden sollte, ab der ein Unternehmen genug Macht hat, damit die Schutzzwecke des Kartellrechts betroffen und somit kartellrechtliche

167) Dies gilt unbeschadet des Umstands, dass Marktbeherrschung ihrerseits eine Maß- und Gradfrage ist (dazu *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., 2020, § 18 GWB Rz. 25 zum deutschen Recht; *Schwalbe/Zimmer* (Fußn. 166), S. 81 zum Unionsrecht), ebenso wie relative Marktmacht (dazu *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht – Kommentar, 13. Aufl., 2018, § 20 GWB Rz. 4).

168) *Motta* (Fußn. 166), S. 115; *Bester* (Fußn. 166), S. 15; *Stühmeier*, WuW 2021, 223; MünchKomm-Kerber/*Schwalbe*, Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., 2020, grdl. Rz. 210; *van den Bergh/Camesasca/Giannaccari* (Fußn. 166), S. 124; *Schwalbe/Zimmer* (Fußn. 166), S. 65; eingehend, auch zu nötigen Verfeinerungen und Problemen *Wingterter*, Abgrenzung des relevanten Marktes: notwendig, nützlich, überflüssig?, 2016, S. 95 – 118.

169) *Motta* (Fußn. 166), S. 115; zudem MünchKomm-Kerber/*Schwalbe* (Fußn. 168), grdl. Rz. 150, 190; krit. zu diesem irrealen Zustand als Maßstab als realen Wettbewerb *Wingterter*, WuW 2018, 199, 201; zur Begründung seiner Verwendung *Schwalbe/Zimmer* (Fußn. 166), S. 19 f.; *van den Bergh/Camesasca/Giannaccari* (Fußn. 166), S. 22 f.

170) *Motta* (Fußn. 166), S. 115 f.; *Stühmeier*, WuW 2021, 223; leicht einschränkend *Wingterter* (Fußn. 168), S. 118 – 120; zum dahinterstehenden Modell der monopolistischen Konkurrenz *Bester* (Fußn. 166), S. 132 ff.; MünchKomm-Kerber/*Schwalbe* (Fußn. 168), grdl. Rz. 180 f.

171) *Motta* (Fußn. 166), S. 117 – 123; zu letzterem näher *Schwalbe/Zimmer* (Fußn. 166), S. 264 – 268, mit Einschränkung für die deutsche Gerichtspraxis ebd. S. 269 f.; für das Unionsrecht *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 3. Aufl., 2020, S. 215 – 220.

172) *Inderst*, WuW 2008, 1261, 1264 f.; *Thomas*, ZWvR 2015, 210, 215 – 217; *Latzel*, ZWvR 2018, 86, 93; *Wingterter*, WuW 2020, 387, 388; MünchKomm-Kerber/*Schwalbe* (Fußn. 168), grdl. Rz. 207 f.

Tatbestände anwendbar sind. Die genaue Grenzziehung ist letztlich arbiträr (normativ)¹⁷³⁾ und wird in verschiedenen Rechtsordnungen¹⁷⁴⁾ und Kontexten¹⁷⁵⁾ unterschiedlich gezogen.

Hierbei ist zu beachten, dass eine Ablehnung des Kartellrechts nicht mit fehlendem rechtlichem Eingreifen gleichzusetzen ist.¹⁷⁶⁾ Rechtsordnungen kennen zahlreiche weitere, insb. zivil- und vertragsrechtliche Instrumente zur Korrektur bilateraler Ungleichgewichtslagen, unter anderem in vertikalen Beziehungen.¹⁷⁷⁾ Diese bilden gleichsam ein allgemeines Kontrollnetz, um unerwünschte Austauschverträge herauszufiltern, zu dem das Kartellrecht als weitere Schicht mit anderen Maschinen hinzutreten kann. Verschiedene Rechtsmaterien können demnach dieselben Konstellationen adressieren. Das ist bei relativer Marktmacht besonders augenfällig, da hier nicht auf das Machtverhältnis gegenüber allen aktuellen und potentiellen Geschäftspartnern auf dem Markt abgestellt wird, sondern – wenngleich typisierend – auf die bilaterale Beziehung zu einzelnen Anbietern und Nachfragern,¹⁷⁸⁾ einen Beziehungstypus also, auf den gerade auch das Vertragsrecht zugeschnitten ist.

Die entscheidenden institutionenökonomischen Fragen lauten insofern, wann bilaterale Ungleichgewichte korrekturbedürftig sind und wann die Korrektur nicht nur durch das Vertragsrecht, sondern (auch) durch das Kartellrecht erfolgen soll(te) (unten 3). Die Antwort auf diese Abgrenzungsfragen hängt wiederum von Ausgestaltung und Verhältnis der rechtlichen Kontrollnetze ab: Ceteris paribus mag eine Rechtsordnung mit weitgehenden vertragsrechtlichen Abhilfemöglichkeiten eher auf einen Tatbestand der relativen Marktmacht verzichten, es also bei der kartellrechtlichen Kontrolle von Marktbeherrschung belassen. Fehlt, wie im Unionsrecht, ein breiter zivilrechtlicher Unterbau, mag Marktmacht großzügiger definiert werden.¹⁷⁹⁾ Umgekehrt kann eine Rechtsordnung, die Eingriffsschwellen unterhalb der Marktbeherrschung vorsieht – in Deutschland und Österreich relative Marktmacht im Vertikalverhältnis (§ 20 Abs. 1, 1a GWB; § 4 Abs. 3 KartG) sowie überlegene Marktmacht in Horizontalverhältnis (§ 20 Abs. 3, 3a GWB; § 4 Abs. 1 Nr. 2 KartG) – ceteris paribus die kartellrechtliche Marktbeherrschung und/oder vertragliche Abhilfemöglichkeiten enger ausgestalten. Soweit, wie im US-Antitrustrecht, auch Monopolisierung adressiert wird, kann dies ebenfalls partiell Interventionsbedarf abdecken.¹⁸⁰⁾ Im Übrigen sind naturgemäß die wirtschaftlichen Gegebenheiten sowie die gesellschaftlichen Präferenzen entscheidend.

3. Ökonomischer Handlungsbedarf bei bilateralen Ungleichgewichtslagen

3.1 Vertragstheorie

Die Frage, wann bilaterale Ungleichgewichte korrekturbedürftig sind, führt zunächst zur ökonomischen Vertragstheorie. Diese kann wesentlich dazu beitragen, die ökonomische Rationalität

173) Näher, auch zu denkbaren Differenzierungen *Schwalbe/Zimmer* (Fußn. 166), S. 77 f.

174) *Gerber*, Competition Law and Antitrust, 2020, S. 69; *Motta* (Fußn. 166), S. 116.

175) Dazu *Fuchs* (Fußn. 167), § 18 GWB Rz. 27: Relativität der Marktbeherrschungsbegriffe bei der Anwendung im Einzelfall.

176) Enger wohl *Fuchs* (Fußn. 167), § 18 GWB Rz. 25.

177) Hierher gehören insb. eine zivilrechtliche Ausbeutungskontrolle (Wucher, Sittenwidrigkeit), das Verbraucherschutzrecht sowie die Kontrolle einseitig gestellter Vertragsbedingungen (AGB-Recht), siehe exemplarisch rechtsvergleichend *Dorn*, Die Kontrolle vertraglicher Ungleichgewichte zwischen Unternehmen, 2021.

178) *Market* (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 6, 22 f.; *Nothdurft* (Fußn. 167), § 20 GWB Rz. 2 („bilateraler Grundansatz“).

179) Hierfür sprechen Überschneidungsbereiche zwischen § 20 GWB und Art. 102 AEUV, dazu BGH, Urt. v. 3. 3. 2009 – KZR 82/07, NJW-RR 2010, 392, 394, Rz. 32; *Nothdurft* (Fußn. 167), § 20 GWB Rz. 7; eingehend *Taube*, Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot für relativ marktstarke Unternehmen, 2006, S. 109 – 143; siehe zudem ebd. S. 63 – 87 zu möglichen Überschneidungen zwischen § 20 Abs. 2 GWB und Art. 101 AEUV.

180) Ablehnend zu einer Vorbildfunktion für Deutschland *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fußn. 50), S. 60 f.

vertraglicher Arrangements bei horizontalen und vertikalen Vereinbarungen zwischen Unternehmen zu verstehen, insbesondere inwieweit solche Vereinbarungen wettbewerbsbeschränkend oder effizienz erhöhend sind. Diese Theorien werden auch zunehmend, in Verbindung mit Modellen der theoretischen Industrieökonomik, auf wettbewerbspolitische Fragestellungen angewendet.¹⁸¹⁾ Sie stehen zugleich in enger gedanklicher Beziehung zum Transaktionskostenansatz, der beleuchtet, wann und warum Transaktionen besser in Unternehmen (mittels Hierarchie) und wann besser über den Markt (mittels vertraglicher Koordination) abgewickelt werden.¹⁸²⁾

Eine jüngst erschienene Dissertation arbeitet dies exemplarisch, rechtsvergleichend und rechtsökonomisch, für die Governance von Zulieferverträgen mit Fokus auf die Automobilindustrie auf,¹⁸³⁾ mithin einen Bereich, in dem oft große, relativ marktmächtige Hersteller mit kleinen Zulieferern interagieren. Hier bedingt die Outsourcing-Strategie der Automobilindustrie transaktionspezifische Investitionen auf beiden Seiten, die einen vorzeitigen Austritt kostspielig machen. Dies erzeugt hold-up- und Opportunismusrisiken, die auch aus (makro-)ökonomischer Perspektive ungünstig sind, weil sie dazu führen können, dass Ressourcen nicht effizient genutzt werden.¹⁸⁴⁾ Vertragliche Regelungen können dieses Konfliktpotential ex ante nicht vollständig beseitigen, weil künftige Entwicklungen unsicher sind und (all-)umfassende Vertragswerke ihrerseits mit hohen Transaktionskosten behaftet wären.¹⁸⁵⁾

Hier können die kartellrechtlichen Regelungen der relativen Marktmacht Abhilfe schaffen, soweit es gelingt, Potentiale für Hold-up und Opportunismus, etwa in Form einer Lieferverweigerung, zu verringern. Gelingt dies, nutzt das der Gesamtwirtschaft, weil ein Vertrauensbruch¹⁸⁶⁾ in einer Beziehung ex ante abschreckend auf andere Parteien wirken kann, die Vertragsspezifische Investitionen geplant haben – in diesem Fall verstärkt sich der Ineffizienzeffekt.¹⁸⁷⁾ Gerade im Bereich der Automobilindustrie wird dies deutlich: Hier spielt das kartellrechtliche Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV derzeit nur eine untergeordnete Rolle, da einzelne Automobilhersteller in der Regel nicht marktbeherrschend sind.¹⁸⁸⁾ Mit der herabgesetzten Eingriffsschwelle relativer Marktmacht kommt eine unternehmensbedingte oder eine nachfragebedingte Abhängigkeit in Betracht, die die entsprechenden Tatbestände zum Schutz der Zulieferer eröffnet.¹⁸⁹⁾ Dass von diesen Regelungen in der Praxis selten Gebrauch gemacht wird,¹⁹⁰⁾ spricht unbeschadet regelmäßiger Kritik an harten Bandagen im Geschäftsgebaren nicht notwendig gegen ihre verhaltenssteuernde und kooperationsfördernde Funktion ex ante. Sie sind aber in jedem Fall im Zusammenspiel mit anderen zivilrechtlichen Schutzmechanismen zu sehen, insbesondere dem AGB-Recht.¹⁹¹⁾ Darauf ist zurückzukommen (III 3.3).

181) MünchKomm-Kerber/Schwalbe (Fußn. 168), grdl. Rz. 118.

182) Zu diesem Ansatz sowie seiner Bedeutung für das Wettbewerbsrecht *van den Bergh/Camesasca/Giannaccari* (Fußn. 166), S. 61 – 65.

183) *Bremenkamp*, Die rechtliche Governance von Zulieferverträgen, 2021.

184) Siehe *Klein*, *Economic Inquiry* 34 (1996) 444, 446 f., der auch Ressourcenverschwendung während des Hold-up-Prozesses betont.

185) *Bremenkamp* (Fußn. 183), S. 26.

186) Zur Bedeutung gegenseitigen Vertrauens exemplarisch *Bremenkamp* (Fußn. 183), S. 37 mit Blick auf japanische Keiretsu.

187) Zu dieser Breach-of-Trust-Hypothese in anderem Kontext *Shleifer/Summers*, in: Auerbach, *Corporate Takeovers: Causes and Consequences*, 1988, S. 33 ff.

188) LG Dortmund, Urt. v. 27. 2. 2019 – 8 O 19/18 Kart, juris Rz. 100 – 102 – *MQB-Hintersitzlehnen*; *Bremenkamp* (Fußn. 183), S. 44.

189) *Bremenkamp* (Fußn. 183), S. 55, zu denkbaren Tatbeständen S. 57 f.

190) *Bremenkamp* (Fußn. 183), S. 59, 60.

191) Dazu *Bremenkamp* (Fußn. 183), S. 50 ff.

3.2 Strukturpolitik

§ 20 Abs. 1 GWB beschränkte sich bis zur 10. GWB-Novelle auf den Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen. Damit erhielt die Norm einen besonderen Mittelstandsschutzeffekt, auch wenn ein einseitiger Mittelstandsschutz abgelehnt wurde.¹⁹²⁾ Dieser Schutzzweck begegnet im GWB auch an anderen Stellen, insb. in § 3 GWB, ebenso wie im europäischen Kartellrecht,¹⁹³⁾ im österreichischen NVG sowie in anderen Kartellrechtsordnungen.¹⁹⁴⁾

Dass die Regelungen der relativen Marktmacht in Deutschland herkömmlich speziell auf den Schutz von KMU zugeschnitten gewesen sind, entspricht einer in den 1990er Jahren verbreiteten Wahrnehmung, dass die Vielzahl kleiner Zulieferer¹⁹⁵⁾ gegenüber global agierenden großen Partnern schutzbedürftig ist – ein Bild, das für den Regelfall weiterhin stimmen dürfte, sich aber umdrehen kann, wenn Hersteller ihrerseits von spezialisierten Zulieferern mit einzigartigem Know-How abhängig werden.¹⁹⁶⁾ Im Schrifttum wird ein spezifischer kartellrechtlicher Mittelstandsschutz dessen ungeachtet wettbewerbspolitisch ganz überwiegend kritisch gesehen. Dementsprechend war bzw. ist die Literatur ganz überwiegend der Meinung, dass die bis zur 10. GWB-Novelle in Deutschland bestehende Einschränkung des Schutzes in Vertikalverhältnissen auf KMU nicht sachgerecht war.¹⁹⁷⁾ Ähnliche Kritik richtete sich prononciert gegen § 20 Abs. 3 GWB.¹⁹⁸⁾ Auch wenn man einräumt, dass aus ökonomischer Perspektive sowohl die Gründung neuer Unternehmen als auch die Existenz kleiner und mittlerer Unternehmen positiv für die wirtschaftliche Entwicklung sein können, falle es schwer, überzeugende Gründe dafür anzuführen, weshalb die Wettbewerbspolitik diese Unternehmen jenseits des allgemeinen Schutzes aller Wettbewerber vor der Marktmacht anderer schützen sollte.¹⁹⁹⁾

3.3 Adressierung durch Kartellrecht?

3.3.1 Ökonomischer Ausgangspunkt

Die verhandlungstheoretischen Ansätze aus der ökonomischen Vertragstheorie beantworten nicht unmittelbar, ob und inwieweit die Ausnutzung einer bilateralen Verhandlungsmacht (auch) ein wettbewerbspolitisches Problem darstellt.²⁰⁰⁾ Kurzfristig und isoliert betrachtet wird es zumindest im Vertikalverhältnis (relative Marktmacht; anders: überlegene Marktmacht im Horizontalverhältnis) primär um Umverteilung gehen. Allerdings könnte sich die Ausnutzung bilateraler Macht, wie gezeigt, langfristig negativ auf die Investitions- und Innovationsanreize der benachteiligten Seite auswirken. Wenn diese ihre Übervorteilung antizipiert, wird sie künftig womöglich von an

192) Siehe nur MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 3, 5, 16; Zenker, Kartellrecht und Rechtsmissbrauch, 2019, S. 208.

193) Art. 11 Abs. 2 RL 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABL L 349 v. 5. 12. 2014, S. 1.

194) Siehe zum US-Antitrustrecht bis zum Aufstieg der Chicago School *van den Bergh/Camesasca/Giannaccari* (Fußn. 166), S. 101 – 103, 114 f. sowie ebd. S. 115 zum EU-Kartellrecht.

195) Dazu, dass die allermeisten Zulieferer KMU sind *Brenenkamp* (Fußn. 183), S. 56.

196) Bezogen auf Automobilzulieferer *Brenenkamp* (Fußn. 183), S. 16.

197) Siehe nur *Market* (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 10; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fußn. 50), S. 74 f.; ebenso allg. *van den Bergh/Camesasca/Giannaccari* (Fußn. 166), S. 115 („shaky foundations“).

198) *Nothdurft* (Fußn. 167), § 20 GWB Rz. 92; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fußn. 50), S. 71.

199) MünchKomm-Kerber/Schwalbe (Fußn. 168), grdl. Rz. 144.

200) Vgl. zur Nachfragemacht MünchKomm-Kerber/Schwalbe (Fußn. 168), grdl. Rz. 208.

sich wohlfahrtsförderlichen transaktionsspezifischen Investitionen absehen. Zudem sind bei relativer Nachfragemacht Gefahren für den Wettbewerb durch den sog. Spiral- und Wasserbetteffekt denkbar. Hierbei geht es darum, dass verhandlungsstarke Nachfrager Preisdiskriminierungen zwischen Nachfragern auslösen können, die den Wettbewerb zu Gunsten der „Großen“ verzerren und womöglich langfristig negative Wirkungen auf die Konsumenten erzeugen.²⁰¹⁾ Relevanz und Ausmaß dieser Effekte sind allerdings stark umstritten.²⁰²⁾ Insbesondere kann keineswegs pauschal ein Hold-up-Problem mit Nachteilen für spezifische Investitionen angenommen werden.²⁰³⁾

Daneben kann man die Regeln zur Kontrolle von relativer wie überlegener Marktmacht als Vorfeldtatbestand begreifen, der bilateral starke Unternehmen daran hindert, kleine aktuelle oder potentielle Wettbewerber zu schwächen.²⁰⁴⁾

In der Sache treffen hier zwei Probleme zusammen: Die Frage der rechtssystematischen Einordnung sowie jene der rechtsökonomisch effektivsten und effizientesten Regelung. Beides bedingt sich gegenseitig.

3.3.2 Rechtssystematische Einordnung

Rechtssystematisch ist zu fragen, wann die Korrektur einer bilateralen Ungleichgewichtslage (auch) in das Kartellrecht und wann sie (nur) in das Vertragsrecht gehört. Rechtsvergleichend oszillieren Regelungen relativer Marktmacht oft zwischen beiden Gebieten. Dies illustriert das italienische Recht. Es kennt seit 1999 ein Verbot des Missbrauchs wirtschaftlicher Abhängigkeit, welches unter anderem von den deutschen und französischen Regelungen relativer Marktmacht inspiriert ist.²⁰⁵⁾ Vor seiner Einführung war umstritten, ob eine solche Regelung im Kartellrecht oder als Teil eines eigenen Gesetzes eingeführt werden sollte. Man entschied sich für letzteres, auch weil die Autorità garante della concorrenza e del mercato der Ansicht war, die Regelung betreffe vor allem das vertragliche Gleichgewicht, nicht den Wettbewerb. Nachdem aber angesichts eines Umsetzungsdefizits 2011 eine Vollzugs- und Sanktionskompetenz der Kartellbehörde eingefügt wurde, steht die Regelung nun zwischen allgemeinem Zivilrecht und Kartellrecht.²⁰⁶⁾

Auch das französische Recht verdeutlicht den schillernden Charakter relativer Marktmacht mit zwei getrennten Tatbeständen: Der kartellrechtliche²⁰⁷⁾ Art. L420-2 Code de Commerce untersagt in Absatz 1 die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, in Absatz 2 die missbräuchliche Ausnutzung wirtschaftlicher Abhängigkeit, sofern sie geeignet ist, Funktionsweise oder Struktur des Wettbewerbs zu beeinträchtigen.²⁰⁸⁾ Der eher lauterkeitsrechtliche²⁰⁹⁾ Art. L442-1

201) Thomas, ZWeR 2015, 210, 212, 218 – 220.

202) MünchKomm-Kerber/Schwalbe (Fußn. 168), grdl. Rz. 208; Inderst, WuW 2008, 1261, 1269 – 1271; Thomas, ZWeR 2015, 210, 230 ff.

203) Inderst, WuW 2008, 1261, 1271 f.

204) In diesem Sinne Gerber (Fußn. 174), S. 73.

205) Art. 9 Legge 192/98 vom 19. 6. 1998 (*Dicplina della subfornitura nelle attività produttive*), in deutscher Übersetzung abgedruckt bei Bremenkamp (Fußn. 183), S. 293 – 296; zur Inspiration auch durch die deutsche und französische Regelung relativer Marktmacht Bremenkamp (Fußn. 183), S. 66 Fußn. 345 und S. 67; an dieser orientiert sich auch teilweise die Anwendung, ebd., S. 199.

206) Bremenkamp (Fußn. 183), S. 67.

207) Dies verdeutlicht die systematische Stellung in Livre IV, Titre II: Les pratiques anticoncurrentielles.

208) Ähnlich ist die insoweit am französischen Recht orientierte belgische Verhaltensregulierung relativer Marktmacht formuliert, Blockx, JECLAP 12 (2021), 321, 323.

209) Stellung in Livre IV, Titre IV, Chapitre II: Des pratiques commerciales déloyales entre entreprises.

Code de Commerce²¹⁰⁾ statuiert eine Haftung zwischen Unternehmen für die Erlangung evident unverhältnismäßiger vertraglicher Vorteile sowie für abrupte Vertragsabbrüche. Nach herkömmlichem französischem Verständnis handelt es sich bei letzterem um einen deliktischen Anspruch.²¹¹⁾ Diese Einordnung ist allerdings in die Diskussion geraten, nachdem der EuGH²¹²⁾ den Anspruch in Bezug auf die Brüssel-I-VO vertragsrechtlich qualifiziert hat.²¹³⁾ Die Cour de Cassation hat dies nachfolgend für die Bestimmung des zuständigen Gerichts übernommen,²¹⁴⁾ ohne dass die Debatte dadurch abgeschlossen ist.²¹⁵⁾

In Deutschland ist die Korrektur bilateraler Ungleichgewichtslagen trotz des Tatbestands relativer Marktmacht ebenfalls kein Proprium des Kartellrechts. Dieses steht insoweit neben den allgemeinen zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 138, 242, 307 ff., 315 BGB), die zum Ausgleich gestörter Vertragsparität (auch) unterhalb der kartellrechtlichen Aufgreifschwelen für (relative) Marktmacht herangezogen werden und dabei nach umstrittener Ansicht kartellrechtliche Wertungen einbeziehen können.²¹⁶⁾

3.3.3 Rechtsökonomische Wirkung

Rechtsökonomisch kommt es vorrangig auf Ob, Inhalt und Wirkung einer Regelung an. Mit Blick auf den Inhalt erlauben zivilrechtliche Generalklauseln tendenziell eine noch flexiblere Anpassung an den Einzelfall als (ihrerseits generalklauselartige) kartellrechtliche Tatbestände relativer Marktmacht. Hinsichtlich der Wirkung ist zu bedenken, dass kartellrechtliche Schranken relativer Marktmacht mit deutlich weitergehenden Vollzugsinstrumenten bewehrt sind als Generalklauseln des allgemeinen Zivilrechts. Wie die Beispiele Österreichs, Italiens und Frankreichs zeigen, ist das rechtsökonomisch *ceteris paribus* vorzugswürdig, wenn bilaterale Abhängigkeitsverhältnisse den Schwächeren aus Angst vor Repressalien von einer Durchsetzung abhalten.²¹⁷⁾ Schließlich ist zu bedenken, dass bei kartellrechtlicher statt zivilrechtlicher Verortung eine sachkundige, auf Wettbewerbsschutz spezialisierte Behörde sowie spezialisierte Spruchkörper die Entscheidungspraxis prägen können.

Bei alledem kann es keinen allgemeingültigen Standard geben. Die optimale Regelung hängt von den wirtschaftlichen Gegebenheiten sowie den gesellschaftlichen Präferenzen ab. Die Rechtsver-

210) Bis 2019 enthalten in Art. L442-6 Abs. 1 Code de Commerce a. F.; Überblick über die materiellen Änderungen im Zuge der Reform bei *Le Bescond de Coatpont*, in: *JurisClasseur Contracts – Distribution*, Fasc. 262: *rupture brutale de relations commerciales établies* (Stand 18. 2. 2020), Rz. 3.

211) Etwa *Cour de cassation*, Chambre commerciale, 1 octobre 2013, n° 12-23.456, *JurisData* n° 2013-021278, m. Anmerkung *Matbey*, *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. 42.

212) EuGH, Urt. v. 14. 7. 2016 – Rs C-196/15, ECLI:EU:C:2016:559 – Granarolo SpA, mit Anmerkung etwa von *Idot*, Europa – *Revue mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur*, 2016, comm. 375.

213) Dazu *Le Bescond de Coatpont*, in: *JurisClasseur Contracts – Distribution*, Fasc. 262: *rupture brutale de relations commerciales établies* (Stand 18. 2. 2020), Rz. 6, 76.

214) *Cour de cassation*, Chambre commerciale, 20 Septembre 2017 – n° 16-14.812, *JurisData* n° 2017-018227, m. Anmerkung *Matbey*, *Contrats, conc. consom.* 2017, comm. 246 und *D. de Lammerville/L. Marion*, *JCP E* 2018, 1190.

215) Siehe *Symrek/Kuhn*, Neueste französische Rechtsprechung zum missbräuchlichen Abbruch von Geschäftsbeziehungen – eine vertragliche oder deliktische Anspruchsgrundlage? (verfügbar unter: <https://www.alexander-partner.com/fileadmin/downloads/missbr%C3%A4uchlicher-abbruch-von-gesch%C3%A4ftsbeziehungen-30.3.2020.pdf>, zuletzt aufgerufen am 15. 5. 2021).

216) In diesem Sinne eingehend *Zenker* (Fußn. 192); *Mestmäcker*, *AcP* 168 (1968) 235, 254 (zu § 138 BGB); krit. *Reinhart*, *GRUR* 1976, 517 ff.

217) Zu Italien siehe oben III 3.3.2; zu Frankreich mit Blick auf Art. L 420-2 Abs. 2 Code de Commerce *Vogel*, *Französisches Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 2015, S. 394.

gleichung zeigt, dass unterschiedliche Rechtsordnungen Schutz in vertikalen Abhängigkeitsbeziehungen mit unterschiedlichen zivil- und/oder kartellrechtlichen Instrumenten teils in ähnlicher Weise, aber auch unterschiedlich weitgehend verwirklichen.²¹⁸⁾

3.4 Beurteilung des deutschen Rechts

3.4.1 Teleologischer Ausgangspunkt

Wann bilaterale Ungleichgewichtslagen durch kartellrechtliche Tatbestände relativer (Vertikalverhältnis) bzw. überlegener Marktmacht (Horizontalverhältnis) und wann sie durch Vertragsrecht oder andere Schutzmechanismen kontrolliert werden sollten, ist ökonomisch bisher soweit ersichtlich kaum beleuchtet worden. Die Literatur konstatiert entsprechende Begründungsdefizite bei § 20 GWB.²¹⁹⁾ Klar scheint – nur, aber immerhin – der bestimmende Gedanke für die Einbeziehung von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen mit relativer Marktmacht i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 in das Missbrauchsverbot: Er bestand und besteht darin, dass, so die These, Beeinträchtigungen des Marktzugangs und der wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf den verschiedenen Marktstufen und daraus resultierende nachteilige Wirkungen für den Wettbewerbsprozess von der Art, wie sie das Missbrauchsverbot verhindern soll, nicht nur von Marktbeherrschern, sondern auch von Unternehmen mit geringerer Marktmacht ausgehen können. Die hieraus resultierenden Beeinträchtigungen der Wettbewerbsfreiheit anderer Unternehmen und Störungen des Marktgeschehens sollen unterbunden werden.²²⁰⁾ Die Regelung vereint damit eine individualschützende mit einer institutionenschützenden Zielsetzung.²²¹⁾ Überlegene Marktmacht im Horizontalverhältnis i. S. v. § 20 Abs. 3 GWB ist zwar strikt von § 20 Abs. 1 GWB zu unterscheiden,²²²⁾ dessen ungeachtet gilt dort insoweit Ähnliches.²²³⁾

Danach müsste also eine ökonomische Ineffizienz in einer bilateralen Ungleichgewichtslage (*Individualschutz*) mit qualifizierter (über den Einzelfall hinausweisender) Wirkung auf den Wettbewerb vorliegen (*Institutionenschutz*). Anders als im französischen²²⁴⁾ und belgischen²²⁵⁾ Recht ist eine Eignung, Funktionsfähigkeit oder Struktur des Wettbewerbs zu beeinträchtigen, in § 20 Abs. 1, 1a GWB aber kein explizites Tatbestandsmerkmal, ebenso wenig wie im österreichischen oder schweizerischen Recht. Das erleichtert eine breitere Anwendung der Norm,²²⁶⁾ kann aber dazu verleiten, wettbewerbliche Aspekte in den Hintergrund zu rücken, weil sie „nur“ einzelfallab-

218) Zusammenfassend *Bremenkamp* (Fußn. 183), S. 288 – 291 zum englischen, deutschen und italienischen Recht.

219) *Market* (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 73, zu § 20 Abs. 3 GWB; ebenso schon zu § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB a. F. *Heuchert*, Die Normadressaten des § 26 II 2 GWB – Eine ökonomische Analyse des Rechts, 1987, S. 23 – 27.

220) *Market* (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 7 f.; *Lübbert/Schöner* (Fußn. 29), § 24 Rz. 1; *Taube* (Fußn. 179), S. 31 f.

221) MünchKomm-Westermann (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 3; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fußn. 50), S. 65 f.

222) *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fußn. 50), S. 71.

223) Vgl. *Market* (Fußn. 2), § 20 GWB Rz. 73, 75.

224) Art. L420-2 Abs. 2 Code de Commerce: « Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L.442-1 à L.442-3 ou en accords de gamme. » [Hervorhebung der Verf.].

Zu dieser Voraussetzung *Vogel* (Fußn. 217), S. 394 f., *Taube* (Fußn. 179), S. 169 f., beide auch zu der Abschwächung des Erfordernisses im Sinne einer potentiellen Auswirkung, nachdem die ursprüngliche, strengere Fassung kaum Anwendung gefunden hatte.

225) *Blockx*, JECLAP 12 (2021), 321, 323 f., insoweit nach französischem Vorbild.

226) Siehe das Beispiel des französischen Rechts, Fußn. 224.

hängig in die Abwägung gem. §§ 20 Abs. 1, 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB einfließen, ob ein Verhalten eine unbillige Behinderung darstellt. Die Entwicklung eines auf „Fairness“ ausgerichteten „soft laws“ durch die BWB („Fairnesskatalog“)²²⁷⁾ zeigt dies anschaulich. Das Beispiel des italienischen Rechts verdeutlicht den damit verbundenen rechtspolitischen Spielraum bei der Einordnung. Für § 20 Abs. 3 Satz 1 GWB hat der BGH zwar ein strenges wettbewerbsbezogenes Kriterium per Auslegung geschaffen.²²⁸⁾ Dessen Fortbestand steht nach der 10. GWB-Novelle allerdings in Frage.

3.4.2 Ökonomische Vertragstheorie

Die wenigen Stimmen, die für das deutsche Recht zumindest auch aus (rechts-)ökonomischer Perspektive untersuchen, inwieweit die Vorschriften relativer Marktmacht sachgerecht zugeschnitten sind, gelangen ausgehend von unterschiedlichen theoretischen Konzepten zumeist zu negativen Ergebnissen.

Immerhin *Bremenkamp* sieht in ihrer Dissertation zur Governance von Zulieferverträgen in der Automobilindustrie die kartellrechtlichen Vorschriften zur relativen Marktmacht mit Blick auf die unter anderem rechtsökonomisch herausgearbeiteten Regelungsbedarfe nicht negativ, spricht ihnen aber in Deutschland, anders als der hybriden Regelung in Italien, nur eine geringe praktische Bedeutung zu.²²⁹⁾

3.4.3 Theorie der property rights

Eine breiter und rechtsökonomisch angelegte Untersuchung aus dem Jahr 1987 zu § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB a. F., die den Adressatenkreis der Norm beleuchtet, gelangt hingegen zu einem vernichtenden Urteil: Der Norm fehle ungeachtet gewisser Anleihen u. a. bei der Theorie der monopolistischen Konkurrenz ein geschlossenes wettbewerbstheoretisches und -politisches Konzept.²³⁰⁾ Ausgehend von einer ökonomischen Analyse basierend auf der Theorie der Property Rights seien weder die sortimentsbedingte, die unternehmensbedingte, die mangelbedingte noch die nachfragebedingte Abhängigkeit ökonomisch legitimiert.²³¹⁾ Soweit bei der unternehmensbedingten Abhängigkeit Härten beim Abbruch von Lieferbeziehungen entstehen, könne dies nicht eine an der Effizienz des Wettbewerbsprozesses orientierte Betrachtung beeinflussen. Vielmehr sei es Sache des Zivilrechts, solche Härten auszugleichen.²³²⁾ Im Übrigen liege es an Händlern bzw. Zulieferern, insbesondere der Automobilindustrie, sich bei einseitiger Ausrichtung auf einen Hersteller bzw. Abnehmer gegen Risiken dieser Spezialisierung vertraglich abzusichern, zumal sie auch alleine die Gewinne einer solchen Strategie vereinnahmten.²³³⁾

227) BWB, Fairnesskatalog für Unternehmen – Standpunkt für unternehmerisches Wohilverhalten, Oktober 2018 (verfügbar unter: https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/BWB_Fairnesskatalog_final.pdf, zuletzt aufgerufen am 8. 5. 2021).

228) BGH, Urt. v. 4. 4. 1995 – KZR 34/93, GRUR 1995, 690, *Hitlisten-Platten* verlangt, dass in (wettbewerbswideriger) Verdrängungsabsicht gehandelt wird oder dass die getroffenen Maßnahmen geeignet sind, „durch Behinderung kleiner oder mittlerer Wettbewerber die strukturellen Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb – einschließlich eines Wettbewerbs durch kleine oder mittlere Unternehmen – nachhaltig zu beeinträchtigen.“ (BGH GRUR 1995, 690, 692); dazu *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fußn. 50), S. 71 f.; krit. etwa *Cetintas*, WuW 2020, 446, 452.

229) Zusammenfassend *Bremenkamp* (Fußn. 183), S. 288 f.

230) *Heuchert* (Fußn. 219), S. 23 – 27.

231) *Heuchert* (Fußn. 219), zusammenfassend jeweils S. 94 – 96, 110 f., 125, 145.

232) *Heuchert* (Fußn. 219), S. 111.

233) *Heuchert* (Fußn. 219), S. 111, 145.

3.4.4 Beurteilung nach moderner Wettbewerbsökonomie

Die Praxis des Bundeskartellamts scheint ebenfalls von gewisser Skepsis geprägt: Zumindest wertet die Literatur die relativ wenigen behördlichen Entscheidungen zu § 20 GWB als Anzeichen dafür, dass die Wirkungen entsprechender Streitfälle auf das bilaterale Verhältnis zwischen den beiden Parteien beschränkt sind. Die Kartellbehörde habe daher wenig Anlass, ein öffentliches Interesse am Einschreiten zu bejahen. Die Funktion des Anspruchstellers sei wohl für den Wettbewerb fraglich.²³⁴⁾ Auch die österreichische BWB und der österreichische Bundeskartellanwalt sind offenbar bestrebt, sich aus rein bilateralen Fällen herauszuhalten.

In eine ähnliche Richtung geht die von *Rainer Nitsche* in seinem Vortrag auf dem DACH-Kartellrechtsforum 2020 geäußerte Kritik:²³⁵⁾ Aus ökonomischer Sicht sollten Marktmachtkonzepte idealerweise einen Bezug zu möglichen volkswirtschaftlich relevanten Bedenken haben. Dies erfordert letztlich einen Bezug zu einem Wohlfahrtskriterium sowie zu einer entsprechenden Schadenstheorie. Stelle man, wie in der Wettbewerbsökonomie verbreitet, auf Verbraucherwohlfahrt (nicht: Gesamtwohlfahrt) ab, wirke sich eine Umverteilung zwischen Unternehmen und damit ein asymmetrisches Verhandlungsergebnis zwischen diesen indes nicht ohne weiteres auf den Wohlfahrtsstandard aus. Marktbeherrschung könne wettbewerbsökonomisch an Schadenstheorien insbesondere basierend auf Oligopolmodellen angebunden werden. Die vielfältigen Definitionen relativer Marktmacht in einzelnen Rechtsordnungen wählten hingegen häufig Maße für Abhängigkeit, die nicht auf sorgfältig begründeten und in ihrer empirischen Relevanz belegten Schadenstheorien fußten und somit nicht wohlfahrtsökonomisch verankert seien. Als ein Beispiel verweist *Rainer Nitsche* auf relative Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel, bei der eine Verbraucherschädigung keinesfalls klar sei. Die vielfältigen juristischen Kriterien (Messkonzepte) für relative Marktmacht (insb.: relative Unternehmensgröße (herkömmlich: KMU-Kriterium), Absatzanteil, Ausweichmöglichkeiten etc.) könnten dem Ökonomen geradezu beliebig im Sinne eines „almost anything goes“ scheinen. Statistisch gesprochen: Eine hinreichend gute Spezifität des Test-Kriteriums „relative Marktmacht“, also die Wahrscheinlichkeit, mit der wettbewerbsökonomisch unproblematische Fälle aus dem Anwendungsbereich ausgesondert werden, scheint vielen Ökonomen allzu unsicher. Dadurch könnten insbesondere bei der Anwendung durch nicht spezialisierte Entscheider viele Typ-II-Fehler (Falsch-positiv-Fehler) drohen. Der obige Befund, dass Tatbestände und Kontrolle relativer Marktmacht rechtsvergleichend zwischen Vertrags-, Lauterkeits- und Kartellrecht changieren, bestätigt diese Perspektive bis zu einem gewissen Grad.

4. Relative Marktmacht als Vorfeldtatbestand, insb.: Ökonomik der Digitalisierung

Nach dem Vorstehenden fällt der wettbewerbsökonomische Befund zu relativer Marktmacht in herkömmlichen Anwendungsfällen bilateraler Ungleichgewichtssituationen kritisch aus: Zwar lässt sich ökonomischer Handlungsbedarf ggf. begründen. Der Interventionstatbestand ist aber nicht klar und spezifisch darauf ausgerichtet, nur solche Fälle zu adressieren, in denen eine Schadenstheorie gerade (auch) bezogen auf funktionsfähigen Wettbewerb besteht. Letztlich ist man damit auf einen behördlichen self-restraint und eine ökonomisch passgenaue gerichtliche Ausformung angewiesen.

234) FK/*Graue*, 90. Lfg. 4.2018, § 20 GWB Rz. 28; zustimmend *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fußn. 50), S. 64.

235) https://drive.switch.ch/index.php/s/7sP2pgaDvt15Soz#/files_mediamviewer/DACH-Nitsche%20und%20Diskussion.mov (zuletzt aufgerufen am 15. 5. 2021).

Positiver könnte die Beurteilung allerdings mit Blick auf Wettbewerbsschutz in digitalen Plattformmärkten ausfallen. Soweit diese aufgrund starker positiver Netzwerkeffekte besonders konzentrationsgeneigt und somit anfällig für ein Tipping sind, käme eine Kontrolle nach Überschreiten der Marktbeherrschungsschwelle oft zu spät. Relative wie überlegene Marktmacht könnten als Vorfeldtatbestände bilateral starke Unternehmen unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung daran hindern, ein Tipping mit Mitteln abseits des Leistungswettbewerbs zu befördern. Die Tatbestände erhielten so mit Blick auf die neuartigen Wettbewerbsgefährdungen in der Digitalwirtschaft eine erhöhte systemische Bedeutung für den Schutz eines funktionsfähigen Wettbewerbsystems.²³⁶⁾

Die Modernisierungsstudie zur 10. GWB-Novelle hat dies eingehend untersucht und entsprechend des Potential sowohl für § 20 Abs. 1 GWB²³⁷⁾ als auch für § 20 Abs. 3 GWB (bezogen auf aggressive Verdrängungspraktiken) bejaht, wobei bei letzterem eine erhöhte Gefahr von false positives eingeräumt wird.²³⁸⁾ Bei § 20 Abs. 3 GWB müssten dazu die strengen Kriterien des Hitlisten-Urteils zu einem Faktor der Interessenabwägung herabgestuft werden.²³⁹⁾ Die mit diesem Befund verbundenen Empfehlungen, den Schutzbereich von § 20 Abs. 1 GWB über kleine und mittlere Unternehmen hinaus zu erweitern²⁴⁰⁾ (oben II 1.2.1), Sondertatbestände relativer Marktmacht für „faktische Austauschverhältnisse“ zwischen Anbietern und reinen Informationsintermediären (oben II 1.2.2) sowie für relative Datenmacht²⁴¹⁾ (oben II 1.2.3) und einen Sondertatbestand überlegener Marktmacht ohne KMU-Kriterium²⁴²⁾ zur Abwehr von Tipping auf mehrseitigen Märkte zu schaffen²⁴³⁾ (oben II 1.2.4), hat der Gesetzgeber vollständig umgesetzt.

In der Sache steht hinter dieser neuen, positiveren wettbewerbsökonomischen Sicht auf relative Marktmacht eine Neubewertung von Typ-I- und Typ-II-Fehlern bei der Rechtsanwendung. Oben wurde dargelegt, dass das Vertrauen auf die Spezifität des Testkriteriums relativer Marktmacht bei Ökonomen herkömmlich eher gering scheint. Die Wahrscheinlichkeit von Falsch-Positiv-Fehlern (Typ II) mutet vergleichsweise hoch an. Auf tipping-geneigten Plattformmärkten fallen aufgrund der befürchteten Irreversibilität von Tipping allerdings Typ-I-Fehler (Falsch-negativ-Fehler) stärker ins Gewicht als auf „herkömmlichen“ Märkten. Selbst wenn relative bzw. überlegene Marktmacht als Tests „zu breit“ erscheinen (geringe Spezifität), könnten ihre Trennschärfen (auch: Güte, Power, Sensitivität) doch hinreichend gut sein, um einen Zugriff auf Fälle zu sichern, die nicht nur bilaterale Konflikte, sondern auch wettbewerbsökonomische Probleme aufwerfen. Irreversible Typ-I-Fehler würden so unwahrscheinlicher.

Die Modernisierungsstudie hat diesen Nutzen höher als mögliche Irrtumskosten eingeschätzt.²⁴⁴⁾ Demgegenüber hat *Rainer Nitsche* in seinem Vortrag auf dem DACH-Kartellrechtsforum 2020²⁴⁵⁾ Bedenken angemeldet: Er betont, dass bei sehr vielen Plattformen einige Nutzer „abhängig“ sind

236) *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fußn. 50), S. 64 f.

237) *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fußn. 50), S. 64 f., 65 – 70.

238) *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fußn. 50), S. 65, 71 – 73.

239) *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fußn. 50), S. 72 f.

240) *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fußn. 50), S. 73, 76.

241) *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fußn. 50), S. 103 – 104, 112 – 115, 190 f.

242) Krit. dazu *Höppner/Wéber*, K&R 2020, 24, 37 f.

243) *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fußn. 50), S. 77 – 82.

244) *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fußn. 50), S. 82 für die Regelung des späteren § 20 Abs. 3a GWB.

245) https://drive.switch.ch/index.php/s/7sP2pgaDvt15Soz#/files_mediatviewer/DACH-Nitsche%20und%20Diskussion.mov (zuletzt aufgerufen am 15. 5. 2021).

und dass bei vielen Plattformen das „Verhalten“ gegenüber allen Teilnehmern einheitlich definiert wird. Vor diesem Hintergrund befürchtet er überschießende Verbote, die einen Plattformwettbewerb sogar beschädigen könnten, weil die bewusste Beschränkung des Wettbewerbs auf der Plattform Schlüssel zum Erfolg im Wettbewerb zwischen Plattformen sein kann. Ein Abstellen auf überragende marktübergreifende Bedeutung (§ 19a GWB) sei zielgenauer.²⁴⁶⁾

Letztlich bleibt abzuwarten, inwieweit relative bzw. überlegene Marktmacht die in sie gesetzten Hoffnungen für eine wettbewerbsökonomisch sachgerechte Kontrolle des digitalen Wettbewerbs erfüllen kann.²⁴⁷⁾

IV. Ergebnisse und Perspektiven

1. Parallelen und Unterschiede in den nationalen Rechtsrahmen

In ihrer Struktur und Dogmatik zeigen die deutschen, österreichischen und schweizerischen Verhaltenskontrollregeln für relativ marktmächtige Unternehmen markante Unterschiede. Deutschland und die Schweiz verorten sie ganz in ihren jeweiligen Kartellgesetzen, wobei Deutschland eine eigene Gesetzesbestimmung mit Vermutungselementen und selektiver Verweisung auf den allgemeinen Missbrauchstatbestand geschaffen hat, die Schweiz hingegen relative Marktmacht durch erhebliche Ausweitung des Marktbeherrscher-Missbrauchsartikels inkludiert. Österreich stützt sein Regelungsmodell auf weitere Gesetzssäulen neben dem Kartellgesetz, nämlich das quasi-kartellrechtliche NVG.

Dass sich die Gesetzesstrukturen unterschiedlich präsentieren, darf freilich nicht über weitgehende Parallelen im Konzept der relativen Marktmacht hinwegtäuschen. Die Grundformel dafür, wann relative Marktmacht vorliegt, lautet in allen drei Jurisdiktionen ähnlich, auch wenn österreichische Gerichte diese restriktiver handhaben als deutsche (für die Schweiz fehlt es naturgemäß noch an Fallrecht). Auch zentrale Fallgruppen wie die sortiments- und die unternehmensbedingte Abhängigkeit haben sich schon an zwei Uferseiten des Bodensees gleichermaßen herausgebildet (auch wenn sie in Österreich bisher strenger ausgelegt werden als in Deutschland) und werden dies an der dritten wohl möglicherweise ebenfalls tun. Eine Konvergenz lässt sich auch bei den Schutzadressaten insofern feststellen, als Deutschland die Begrenzung auf KMUs aufgegeben hat, die Schweiz eine solche nicht einführt, Österreich eine solche Einschränkung in § 4 Abs. 3 KartG niemals hatte, Italien und Frankreich das Merkmal ebenfalls nicht kennen. Mit Spannung abzuwarten bleibt, inwiefern sich statt des KMU- ein (in Deutschland schon gesetzlich normierter) „Gegenmacht“-Filter jurisdiktionsübergreifend durchsetzt.

Auf der Ebene des Missbrauchsverhaltens herrscht dann wieder weniger Gleichlauf. Das deutsche Recht kommt verhältnismäßig intensiv auf Konstellationen verweigerter bzw. beendeter Geschäftsbeziehungen in ganz verschiedenen Marktsektoren zur Anwendung. Das österreichische Recht kennt diese Anwendungsfacette auch, bilateral-ausbeuterische Konditionen spielen dort aber tendenziell eine etwas größere Rolle. Das revidierte Kartellrecht der Schweiz spannt, jedenfalls seinem Buchstaben nach, den Bogen möglichen Missbrauchsverhaltens durch relativ Marktmächtige deutlich weiter und überspannt ihn dadurch vermutlich, da das Verhalten von Marktbeherrschern und nur relativ marktmächtigen Unternehmen nicht mit gänzlich gleicher Elle gemessen

246) Differenzierend, aber ebenfalls krit. *Cetintas*, WuW 2020, 446, 451 f., 453, der die Anknüpfung an überlegene Marktmacht für sachgerecht hält, aber die Ausgestaltung als Gefährdungstatbestand für überschießend erachtet.

247) Zu diesem Problem auch *Cetintas*, WuW 2020, 446, 447.

werden sollte. Auch mit dem Missbrauchstatbestand der territorialen Konditionenspaltung geht die Schweiz eigene Wege, sein Fokus auf grenzüberschreitende Transaktionen ist dem deutschen und dem österreichischen Recht (bisher) fremd.

2. Rechtspolitik und Rechtsdurchsetzung im Vergleich

Wie alle Wettbewerbsrechtsregeln sind auch diejenigen zur Verhaltenskontrolle von relativ marktmächtigen Unternehmen Transmissionsriemen wettbewerbspolitischer Vorstellungen. Der Grad ihrer Marktauswirkungen entscheidet sich – neben Effekten der Vorfeld-Verhaltensanpassung – vor allem auch an Intensität und Art ihrer behördlichen oder gerichtlichen Durchsetzung. Rechtsordnungen, die eine derartige Verhaltenskontrolle unternehmen, müssen dabei insbesondere ihren Weg zwischen zwei jeweils berechtigten, aber gegenläufigen Erwägungen wählen: einerseits Bedenken, dass Leitplanken für relativ Marktmächtige ineffiziente Marktstrukturen konservieren und für die Vermeidung von false positives zu wenig Trennschärfe aufweisen; andererseits dem Anliegen, Markt- und Wettbewerbsstrukturgefahren – sowie, je nach Sichtweise, Fairnessverletzungen, der Schädigung berechtigter Individualunternehmensinteressen oder weiteren Nachteilen – auch dann entgegenzuwirken, wenn sie in bilateral-ungleicher Machtverteilung ihren Ursprung haben. In unmittelbarem Zusammenhang mit diesem Spannungsverhältnis steht auch die Frage, ob das Kartellrecht überhaupt – und ggf. mit welcher Aufgabenverteilung – neben anderen Rechtsinstrumenten wie beispielsweise dem Vertragsrecht zum Einsatz kommen sollte.

Aus dieser Perspektive ist ein vergleichender Blick auf die D-A-CH-Rechtsordnungen besonders spannend. Österreich zeichnet sich herkömmlich durch einen Schutzakzent auf den kleinen Händler und Dienstleistungserbringer aus, aber auch durch ausgesprochene Eingriffszurückhaltung der Gerichte und Behörden. In Deutschland hält sich das Bundeskartellamt ebenfalls sehr zurück. Dafür beweisen die Gerichte durchaus Eingriffsneigung, und zwar in vielen verschiedenen Marktsektoren sowie keineswegs nur dann, wenn dort der Wettbewerb als Ganzes, oder zumindest die wirtschaftliche Existenz des jeweils abhängigen Unternehmens akut bedroht sind. Der Rechtsdurchsetzung in der Schweiz wird das rechtspolitische Anliegen der Hochpreisinselbekämpfung ein charakteristisches Element verleihen. Die Wettbewerbskommission hat bereits angekündigt, dass sie jedenfalls in anfänglichen Leitfällen durchaus aktiv werden will.²⁴⁸⁾ Ob danach die Gerichte eine intensive, sektorübergreifende private Rechtsdurchsetzung ermöglichen, wird abzuwarten bleiben. In einigen Marktbereichen, etwa dem sehr stark konzentrierten – sicherlich Nachfragemacht aufweisenden – Lebensmitteleinzelhandel könnte man sich dies durchaus vorstellen.

3. Relative Marktmacht und Fairness

Fairness ist kein neues Element in wettbewerbsrechtlichen Regelungen – Art. 102 AEUV verwendet in der englischen Fassung seit jeher den Begriff. In neuerer Zeit erhalten Fairness-Ziele aber vor allem ausgehend von der *new brandeis school* in den USA sowie im Kontext der Bestrebungen zur Regulierung der Internetgiganten auf EU-Ebene starken Auftrieb. Damit einher geht eine Aufladung des Kartellrechts mit gesellschaftspolitischen und verteilungspolitischen Zielen. Noch relativ unproblematische Teilaspekte „fairer Wettbewerbsbedingungen“ können darin bestehen,

²⁴⁸⁾ Picht, WuW 2021, 337, 342.

dass eine durch Wettbewerbsbeschränkungen und Marktmacht bewirkte Umverteilung als ungerecht empfunden wird, dass im Wettbewerb zwischen Anbietern nur faire Mittel eingesetzt werden sollten und inwieweit Wettbewerber über gleiche Startbedingungen verfügen („Level-Playing-Field“).²⁴⁹⁾

Unabhängig davon, wie man zu den verschiedenen Fairness-Elementen in der Wettbewerbspolitik steht, scheinen Tatbestände relativer Marktmacht für solche Wertungen besonders offen: *Gerber* sieht eine grundlegende Idee hinter dem Schutz vor relativer Marktmacht aus rechtsvergleicher Perspektive darin, dass es schlicht als unfair angesehen wird, wenn große Unternehmen abhängigen Unternehmen Vorgaben diktieren können, die deren Wettbewerbsfähigkeit schmälern.²⁵⁰⁾ Das deutsche KMU-Kriterium und das österreichische NVG spiegeln diesen Gedanken. Gleiches gilt für den bereits erörterten, 2018 eingeführten „Fairnesskatalog“ der BWB.²⁵¹⁾ Die Einführung relativer Marktmacht in der Schweiz ist wesentlich von der Vorstellung getrieben, dass „Schweiz-Zuschläge“ und ein spürbar höheres Preisniveau in der Schweiz als in umliegenden Ländern unfair seien. Rechtsvergleichend zeigt sich ein Changieren von Schutznormen gegen relative Marktmacht zwischen Wettbewerbsschutz und vertraglicher Gerechtigkeitskontrolle. Die Ausbreitung relativer Marktmacht korrespondiert insofern mit der Aufwertung von Fairness-Erwägungen und einer Materialisierung des Kartellrechts. Zugleich trägt sie, wie Italien illustriert, dem Umstand Rechnung, dass rein vertragliche Kautelen in asymmetrischen Abhängigkeitslagen keine realistische Durchsetzungs- und damit Abhilfeperspektive bieten.

4. Digitalisierungs- und EU-Perspektive

In allen drei Rechtsordnungen bringt die digitale Transformation von Wirtschaft und Gesellschaft eine neue rechtspolitische Dimension und möglicherweise eine Anwendungsintensivierung für das Konzept der relativen Marktmacht. In von Netzwerkeffekten geprägten digitalen Märkten sind bilaterale Einschluss- und damit Abhängigkeitskonstellationen stark in den Fokus der Wettbewerbspolitik gerückt. Der Umstand, dass sie dort zu einem wettbewerbsschädlichen Tippen des Gesamtmarktes führen können, bewirkt sogar eine teilweise Neubewertung des Rechtsinstituts relativer Marktmacht aus der, traditionell eher skeptischen, ökonomischen Perspektive: Deutschland hat für den Digitalbereich schon neue Regeln gesetzt, in Österreich werden solche diskutiert. Zugleich setzt das Unionsrecht im Entwurf zum Digital Markets Act (DMA-E) eine kartellrechtsnahe Regulierung für große Digitalplattformen mit „Gatekeeper“-Funktion ins Werk, die näher besehen eine überraschende Verwandtschaft zum Institut der relativen Marktmacht aufweist.

4.1 Gatekeeper-Designation und relative Marktmacht

Erstens sind nämlich die im DMA-E für den ersten Anwendungszugriff quantitativ-technisch umgesetzten²⁵²⁾ Kriterien für die Gatekeeper-Designation, selbst wenn sie vielfach (nur) von Un-

249) MünchKomm-Kerber/*Schwalbe* (Fußn. 168), grdl. Rz. 143.

250) *Gerber* (Fußn. 174), S. 73.

251) BWB, Fairnesskatalog für Unternehmen – Standpunkt für unternehmerisches Wohlverhalten, Oktober 2018 (verfügbar unter: https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/BWB_Fairnesskatalog_final.pdf, zuletzt aufgerufen am 8. 5. 2021).

252) *Zimmer/Ghösl*, ZWeR 2021, 29, 37 f.

ternehmen mit marktbeherrschender Stellung erfüllt sein werden, strukturell keine Marktbeherrschungskriterien, sondern Parameter, in denen man Konzepte der relativen Marktmacht wiederfinden kann.

Dies gilt zunächst für Art. 3 Abs. 1 lit. b DMA-E, der darauf abhebt, ob ein zentraler Plattformdienst gewerblichen Nutzern als wichtiges „Zugangstor“ zu Endnutzern dient. Hiermit wird – in etwas eigentümlicher Terminologie – das „Zugangstor“ als Ressource angesprochen, die (relative) Marktmacht vermitteln kann, wenn und weil das Ausweichen auf andere Zugangstore nicht möglich ist. Ein bedeutsamer Faktor dürfte dabei sein, dass die Gleichwertigkeit von Zugangstoren nicht schon durch deren technische Gleichartigkeit begründet wird, sondern maßgeblich davon abhängt, dass mit ihnen die gleichen Nutzer-Netzwerke angesprochen werden können. Wo Nutzer nicht gruppenweise multi-homing betreiben (so dass sich ein Netzwerk auf einer anderen Plattform gleichsam repliziert), kann sich ein Zugangstor als einziges Instrument erweisen, um eine spezifisch zusammengesetzte, attraktive Nutzergruppe zu erreichen. Der DMA-E stellt dabei ganz bewusst nicht darauf ab, ob ein solches Zugangstor Marktmacht vermittelt.²⁵³⁾ Stattdessen kommt der Abhängigkeit der Nutzer zentrale Bedeutung zu. Dies zeigt sich daran, dass diese Abhängigkeit, sofern hinreichend verbreitet, bei Unterschreiten der quantitativen Schwellenwerte gem. Art. 3 Abs. 2 DMA-E zu einer Designation als Gatekeeper führen kann (Art. 3 Abs. 6 lit. b, e DMA-E). Dabei berücksichtigt die Kommission insbesondere „die Zahl der gewerblichen Nutzer, die auf den zentralen Plattformdienst angewiesen sind, um Endnutzer zu erreichen“ (lit. b) sowie „die Bindung von gewerblichen Nutzern“ (lit. e), also zwei klassische Kriterien für relative Marktmacht. In der Sache geht es darum, die oben (III 3.4.1) herausgearbeitete Abgrenzungsfrage zu bewältigen, wann bilaterale Ungleichgewichtslagen in ein Wettbewerbsproblem münden. Die Aufgriffsproblematik im DMA-E und bei relativer Marktmacht ist insofern strukturell verwandt, scheint allerdings beim DMA-E zielgenauer gelöst. Die Verwandtschaft ist dabei auch teleologisch begründet: Dem DMA-E geht es, ebenso wie Regelungen relativer Marktmacht, auch darum, Abhilfe bei schweren Verhandlungsungleichgewichten zu bieten, die zu unfairen Praktiken oder Bedingungen führen können.²⁵⁴⁾

4.2 Gatekeeper-Pflichten und relative Marktmacht

Zweitens finden sich auf der Ebene des untersagten Verhaltens Elemente, die im Kontext des Missbrauchs relativer Marktmacht wohlbekannt sind. Hierzu gehören Anforderungen an die Gewährung bzw. Aufrechterhaltung einer Geschäftsbeziehung,²⁵⁵⁾ sowie Vorgaben, in denen sich das Verbot der Ausbeutung bzw. unsachgemäßen Benachteiligung gegenüber den relativ abhängigen Unternehmen niederschlägt.²⁵⁶⁾ Besonders augenfällig ist Art. 10 Abs. 2 lit. a DMA-E, der die Einführung ergänzender Verhaltensvorgaben ermöglicht, wenn „ein Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der gewerblichen Nutzer besteht und der Gatekeeper von den gewerb-

253) Erwägungsgrund 5 DMA-E. Damit vermeidet er die schwierige Marktabgrenzung auf digitalen Märkten, *Zimmer/Gbösl*, ZWeR 2021, 29, 38.

254) Erwägungsgrund 4 DMA-E.

255) Z. B. das Kopplungsverbot in Art. 5 lit. f DMA-E oder das Gebot der Zugangsgewährung zum App-Store in Art. 6 lit. k DMA-E; krit. dazu *Polley/Konrad*, WuW 2021, 198, 204 die hier keinen Bezug zum Regelungsziel sehen, die Bestreitbarkeit von Märkten zu sichern. Versteht man den DMA indes zugleich auch als Fairnessregelung zur Korrektur bilateraler Ungleichgewichtslagen, wird das Verbot erklärlich.

256) Siehe Art. 6 lit. d (selbstbegünstigendes Ranking), lit. f DMA-E (technische Gleichbehandlung).

lichen Nutzern einen Vorteil erhält, der in Anbetracht seiner Dienstleistung für die gewerblichen Nutzer unverhältnismäßig wäre“. Hinsichtlich des Vorteilsgewährungskriteriums fühlt man sich nicht zuletzt an § 20 Abs. 1 Satz 3 GWB erinnert. Die teleologische Überschneidung von relativer Marktmacht und DMA-E wird hier erneut anschaulich, ebenso wie die beiderseitige Nähe zu Fairness-Elementen.

4.3 Kombiniertes Vorfeldschutz?

Sofern sich die Prognose bewahrheitet, dass der DMA-E zwar in einer ersten Phase auf die GAFAM-Unternehmen zielt,²⁵⁷⁾ in einer zweiten Phase aber auch breitere Kreise von Plattformunternehmen einbeziehen wird,²⁵⁸⁾ könnte daraus angesichts der aufgezeigten Parallelen ein Regulierungsinstrument werden, welches im Plattformbereich Funktionen des Konzepts relativer Marktmacht wahrnimmt. Insbesondere zeichnet sich eine Art „Vorfeldschutz-Rolle“ ab: Schon bevor Marktmacht entsteht und Art. 102 AEUV greift, können wettbewerbsgefährdende Digitalpraktiken über eine Regulierung abgewehrt werden. Art. 10 Abs. 2 lit. b DMA-E gestaltet dies entwicklungsoffen.

Allerdings wird das herkömmliche Konzept der Verhaltenskontrolle für relativ Marktmächtige dabei auch transformiert, insbesondere indem bestimmte Verhaltensweisen – zugespitzt formuliert – als Per-se-Missbrauch kategorisiert werden, so dass die für § 20 GWB charakteristische umfassende Abwägung von Umständen und Interessen entfällt. Kurzum: Es tritt zum allgemeinen Kartellrecht für relativ marktmächtige Unternehmen eine „relative Marktmachtregulierung“, die mit der Unterrichtungspflicht nach Art. 12 DMA bereits ihre Fühler in die Zusammenschlusskontrolle ausstreckt.

Eine weitere transformative Wirkung des DMA-E könnte die Rollen von Staat und Privaten im Enforcement betreffen. Die traditionellen Verhaltensvorgaben für relativ Marktmächtige werden, wie in diesem Beitrag herausgearbeitet, vorwiegend durch Private durchgesetzt. Demgegenüber ist für den DMA ungesichert, ob und wie eine private Rechtsdurchsetzung möglich sein wird.²⁵⁹⁾ Jedenfalls soll das behördliche Enforcement eine starke Rolle spielen.²⁶⁰⁾ Für Unternehmen in bilateralen Abhängigkeitsverhältnissen wird im teleologischen Überschneidungsbereich von DMA-E und relativer Marktmacht der Versuch, die behördliche Durchsetzung über den DMA-E zu aktivieren, vermutlich attraktiver sein als ein rechtliches Vorgehen auf eigene Faust.

Die regulierungstypische Starrheit des DMA ist Stärke und Schwäche zugleich: einerseits wird die Rechtsdurchsetzung erheblich vereinfacht und beschleunigt, andererseits drohen ohne Rechtfertigung

257) S. etwa *Leistner*, The Commission's vision for Europe's Digital Future: Proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the Digital Services Act – A critical primer, S. 2, 22. März 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3789041.

258) Hierzu (befürwortend) *Basedow*, Das Rad neu erfunden: Zum Vorschlag für einen Digital Markets Act, Max Planck Private Law Research Paper No. 21/2, S. 3, 29. Januar 2021, <https://ssrn.com/abstract=3773711>.

259) *Leistner*, The Commission's vision for Europe's Digital Future: Proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the Digital Services Act – A critical primer, S. 7 f., 22. März 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3789041. Speziell zur AGB-Kontrolle *Basedow*, Das Rad neu erfunden: Zum Vorschlag für einen Digital Markets Act, Max Planck Private Law Research Paper No. 21/2, S. 7, 29. Januar 2021, <https://ssrn.com/abstract=3773711>. Für eine Klarstellung der Schadensersatzberechtigung von Privaten *Podszun/Bongartz/Langenstein*, Proposals on how to improve the Digital Markets Act, S. 9, 22. März 2021, <https://ssrn.com/abstract=3788571>.

260) Ersichtlich etwa an Art. 7 Abs. 2 (Maßnahmenbeschluss der Kommission), den – Durchsetzungsmaßnahmen vorgelagerten – Marktuntersuchungskompetenzen aus Art. 14 ff. DMA-E und natürlich den Untersuchungs-, Durchsetzungs- und Überwachungsbefugnissen aus Art. 18 ff. DMA-E. Mit den dort vorgesehenen Geldbußen und Zwangsgeldern (Art. 26 f. DMA-E) entscheidet sich der DMA-E, wie das deutsche aber anders als das schweizerische Recht, für die Möglichkeit einer behördlichen Bebußung schon von Erstverstößen.

tigungsmöglichkeit überschießende Verbote²⁶¹⁾ und ohne flexible Generalklauseln Lücken sowie Umgehungstaktiken.²⁶²⁾ Das Institut relativer Marktmacht könnte, ergänzend zum DMA-E und Art. 102 AEUV, solchen Lücken und Listigkeiten vorbeugen. Hiermit ist das Verhältnis der (mitgliedstaatlichen) Kartellrechtsanwendung und -durchsetzung zum DMA-E angesprochen, welches sich schon jetzt als einer der zentral klärungsbedürftigen Aspekte in der Rechtssetzung abzeichnet.²⁶³⁾ Dieses Problemfeld erstreckt sich, ausweislich des Vorstehenden, potentiell auch auf die Anwendung der mitgliedstaatlichen Regeln zur relativen Marktmacht.²⁶⁴⁾ Art. 1 Abs. 5 bis 7 DMA schaffen hier ungenügende Klarheit²⁶⁵⁾ mit ihrem Lavieren zwischen der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Kartellrechts und dem Vorrang von Maßnahmen nach dem DMA.

In Summe: Unsere Analyse hat einen vielfältigen Bestand an Diskurs und Rechtsanwendungserfahrungen zur relativen Marktmacht in den D-A-CH-Jurisdiktionen aufgezeigt. Ihn gilt es, im länderübergreifenden Dialog, nutzbar zu machen für einen Wettbewerbsrechtsrahmen, der – stimmig in sich, mit der entstehenden EU-Regulierung und mit anderen Rechtsbereichen – die digitalen und analogen Zukunftsaufgaben in der Verhaltenskontrolle nicht-marktbeherrschender Unternehmen bewältigen kann.

261) *Zimmer/Ghösl*, ZWeR 2021, 29, 53 – 56.

262) Mit Blick auf die Aufzählung der Plattformdienste *Zimmer/Ghösl*, ZWeR 2021, 29, 39 f.

263) Hierzu eingehend *Zimmer/Ghösl*, ZWeR 2021, 29, 56 – 60; *Polley/Konrad*, WuW 2021, 198, 199; *Leistner*, The Commission's vision for Europe's Digital Future: Proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the Digital Services Act – A critical primer, S. 6 f., 22. März 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3789041; *Basedow*, Das Rad neu erfunden: Zum Vorschlag für einen Digital Markets Act, Max Planck Private Law Research Paper No. 21/2, S. 4 ff., 29. Januar 2021, <https://ssrn.com/abstract=3773711>.

264) Für parallele Anwendbarkeit von § 20 Abs. 3a GWB *Zimmer/Ghösl*, ZWeR 2021, 29, 59.

265) *Polley/Konrad*, WuW 2021, 198, 199; *Podszum/Bongartz/Langenstein*, Proposals on how to improve the Digital Markets Act, S. 11, 22. März 2021, <https://ssrn.com/abstract=3788571>. Eher für eine Separierung von DMA- und Kartellrechtsregime *Ibáñez Colomo*, The Draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis, S. 18 ff., 22. Februar 2021, <https://ssrn.com/abstract=3790276>.

Abstract

Relative Market Power in the D-A-CH Jurisdictions: Comparison, Economics, Digitalization

Legal rules for controlling the conduct of undertakings with “relative” market power used to be a phenomenon limited to a few European jurisdictions – including Germany, Austria and France – and meeting criticism, especially by economists, even there. Against the background of globalization and digitalization, however, things are changing: Switzerland is introducing the concept of relative market power, Austria is extending the scope of its provisions, Germany has already adapted them to the digital context, even the EU draft Digital Markets Act contains related elements. It seemed thus apposite to make relative market power the topic of the first annual conference of the D-A-CH Competition Law Forum.

Relative market power can be defined as a dependence of certain suppliers or buyers resulting from their inability to switch to other business partners. This relative power is, thus, present only vis-à-vis certain companies but not market-wide, as in situations of market dominance. Nonetheless, the objectives of protecting dependent undertakings and of preventing distortions of competition which can emanate even from such limited market power justify legal intervention. If a company holds relative market power, it is prohibited from unfairly impeding its dependent business partners, from discriminating against them or forcing them to grant unjustified advantages. The focus of the case law, usually generated by litigation in the civil courts, not by investigations of the competition authority, is on actions for the continuation or commencement of a business relationship. In Germany, the 10th GWB amendment already extends the scope of relative market power rules to digital intermediaries, data access, and tipping-prone network markets. In Austria, the Local Supply Act (“NVG”) complements the general competition law rules, with a focus on protecting SME distributors. Overall, Austrian courts have interpreted the provisions on relative market power much more restrictively than the German courts. A catalogue on fair business conduct by the Austrian competition watchdog, the implementation of the EU UTP Directive, and an upcoming competition law reform are, however, likely to intensify law enforcement. The new Swiss law rules on relative market power go farther than German and Austrian law by subjecting companies with relative market power to all conduct rules in place for dominant undertakings. Furthermore, Swiss law establishes – in the attempt to fight the comparatively high level of prices in the country – a specific prohibition of measures that restrict the possibility for customers to purchase goods or services offered in Switzerland and abroad at the market prices and conditions applied outside Switzerland. In its draft Digital Markets Act, the European Union regulates digital gatekeepers not based on their market dominance but based on their users’ dependence. Just as the concept of relative market power, the DMA is, thus, concerned with providing remedies for severe bargaining imbalances that lead to unfair practices or conditions. If it proves true that the draft DMA aims at the GAFAM companies in a first phase but will cover a broader range of gatekeepers later on, it could become a regulatory instrument that functionally overlaps with the concept of relative market power in the platform sector.