

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 286

# Privater Rechtsschutz gegen den Missbrauch von Marktmacht

Eine Untersuchung zu zivilrechtlichen Rechtsfolgen  
bei Verstoß gegen Artikel 102 AEUV, §§ 19 Abs. 1, 2  
und 20 Abs. 1, 3 GWB

Von

Sven Thonig



Duncker & Humblot · Berlin

SVEN THONIG

Privater Rechtsschutz gegen den Missbrauch  
von Marktmacht

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 286

# Privater Rechtsschutz gegen den Missbrauch von Marktmacht

Eine Untersuchung zu zivilrechtlichen Rechtsfolgen  
bei Verstoß gegen Artikel 102 AEUV, §§ 19 Abs. 1, 2  
und 20 Abs. 1, 3 GWB

Von

Sven Thonig



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Leipzig hat diese Arbeit  
im Jahre 2015 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 978-3-428-14967-4 (Print)

ISBN 978-3-428-54967-2 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84967-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/2016 von der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten für die Drucklegung im Wesentlichen bis Ende 2015 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Justus Meyer für die Anregung des Themas, die Betreuung der Arbeit und die stete Unterstützung. Dank gebührt zudem Herrn Professor Dr. Lutz Haertlein für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Poing, im Juni 2016

*Sven Thonig*



# Inhaltsverzeichnis

## *Teil I*

### **Grundlagen**

25

A. Einleitung .....	25
B. Zweck der Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen .....	29
I. Gang der Untersuchung .....	29
II. Kartellverwaltungsrecht und Kartellprivatrecht .....	30
1. Gesetzeskonzeption und Entwicklung des GWB .....	30
2. Gesetzeskonzeption und Entwicklung im europäischen Recht .....	33
3. Die Auswirkungen von Kartellrechtsreformen auf den Privatrechtsschutz ....	36
a) Die Sechste GWB Novelle .....	36
b) Die Verordnung Nr. 1/2003 .....	38
aa) Das Verhältnis vom deutschen zum europäischen Recht .....	38
bb) Das System der Legalausnahme .....	40
cc) Verfahrensrecht und Sanktionen .....	41
c) Die Siebente GWB Novelle .....	42
aa) Wettbewerbsbeschränkende Vertikalvereinbarungen und die Abgrenzung zwischen abgestimmten und missbräuchlichen Verhaltensweisen	42
bb) Verhältnis des Art. 102 AEUV zu § 19 Abs. 1, 2 GWB .....	43
cc) Die Änderung des § 33 GWB .....	44
d) Das Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmitteleinzelhandels und die 8. GWB Novelle	45
4. Die Initiative der Kommission zur Stärkung des privaten Rechtsschutzes ....	47
III. Die Zielsetzung der Verbote des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen	50
1. Wettbewerbsfreiheit .....	50
2. Das Problem der wirtschaftlichen Macht .....	52
3. Der Normzweck der Missbrauchsverbote .....	52
4. Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine ökonomische Analyse des Missbrauches von Marktmacht nach Art. 102 AEUV .....	54
IV. Die Anwendung der Missbrauchsverbote und individueller Rechtsschutz .....	61
1. Die Konkretisierung von Generalklauseln .....	61
2. Individueller Rechtsschutz und Wettbewerb als Institution .....	62
a) Das Verhältnis von Individual- und Institutionenschutz .....	62

b) Die Feststellung des Missbrauchs in der Entwicklung des § 19 Abs. 1, 2 GWB .....	63
c) Auslegung des § 19 Abs. 1, 2 GWB und 6. GWB Novelle .....	66
d) Die Rechtsprechung zum Privatrechtsschutz bei Behinderung und Diskriminierung .....	67
e) Individual- und Institutionenschutz im Europäischen Recht .....	68
3. Stellungnahme zum Verhältnis von individuellem Rechtsschutz und der Anforderung an Marktstrukturwirkungen missbräuchlichen Verhaltens .....	69
V. Privater Rechtsschutz im Verhältnis zu verwaltungsrechtlicher Kontrolle .....	71
C. Zusammenfassung .....	75

## *Teil 2*

<b>Grundlagen des Zusammenhanges zwischen Verbotsgesetz und zivilrechtlichen Sanktionen</b>	77
A. § 19 Abs. 1, 2 GWB und Art. 102 AEUV als Verbotsgesetze i. S. v. § 134 BGB .....	77
I. § 19 Abs. 1, 2 GWB als Verbotsgesetz .....	77
1. Streitstand .....	77
2. Ein- und zweiseitige Verbotsnormen und der Zweck des Verbotsgesetzes .....	78
3. Deliktischer Rechtsschutz .....	80
4. Das Argument der Rechtsunsicherheit .....	81
5. Der Wille des Reformgesetzgebers und die Angleichung an das Europarecht .....	82
II. Art. 102 AEUV als Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB .....	83
III. Ergebnis .....	85
B. Verbot und Nichtigkeit nach Art. 101 Abs. 1, 2 AEUV und § 1 GWB sowie Abgrenzung zu Art. 102 AEUV und § 19 Abs. 1, 2 GWB .....	86
I. Die Abgrenzung von Art. 101 zu 102 AEUV und die Bedeutung für die Rechtsfolgenbestimmung .....	86
II. Die Kriterien für die Abgrenzung von Art. 101 und Art. 102 AEUV .....	87
III. Das Verhältnis von Art. 101 AEUV zu § 1 GWB .....	88
IV. Abgrenzung zwischen § 1 und §§ 19 Abs. 1, 2 und 20 Abs. 1 bis 3 GWB und Rechtsfolgenbestimmung .....	90
V. Reichweite der Nichtigkeit und Teilnichtigkeit .....	90
VI. Zusammenfassung .....	92
C. Rechtsgeschäft und Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot .....	93
I. Die Funktion des § 134 BGB und des Art. 101 Abs. 2 AEUV .....	93
II. Vornahme eines Rechtsgeschäfts und Verbotverstoß .....	94
III. Fallgruppen .....	94
IV. Das Verhältnis zum Deliktsrecht .....	96

D. Die Normstruktur des § 134 BGB	98
I. Verbotsverstoß und Sanktion	98
II. Dogmatik der Rechtsfolgenbestimmung nach § 134 2. Halbsatz BGB	99
1. Die Unterteilung in ein- und zweiseitige Verbote	99
2. Die Berufung auf den Charakter als Ordnungsnorm	100
3. Unterscheidung zwischen verbotenen Umständen und verbotenen Inhalt	101
4. Der Sinn und Zweck des Gesetzes als entscheidendes Kriterium	102
III. Der Normzweckvorbehalt des § 134 BGB	104
1. Nichtigkeitsanordnung und alternative Rechtsfolgenbestimmung	104
2. Das Festhalten am bestehenden Rechtsgeschäft trotz Verbotsverstoßes	106
3. Alternative Gestaltungsformen	107
a) Teilnichtigkeit	107
aa) Die Auslegungsregel des § 139 BGB	108
bb) Die Unangemessenheit des § 139 BGB	110
(1) Regelung der Teilnichtigkeit in § 19 GWB a. F.	110
(2) Rahmen- und Massenverträge im Rahmen vertikaler Bindungen	112
(3) Der Schutz schwächerer Vertragspartner	114
cc) Lösung auf Grundlage des § 134, 2. Halbsatz BGB	114
b) Die geltungserhaltende Reduktion	115
c) Geltungserhaltende Extension	118
d) Die halbseitige Teilnichtigkeit	118
e) Personale Nichtigkeit	119
f) Die Versagung von Erfüllungsansprüchen	120
g) Nichtigkeit ex nunc	121
h) Schwebende Unwirksamkeit	122
i) Dispositives Gesetzesrecht, Ergänzungsklauseln und ergänzende Vertragsauslegung	123
4. Das Verhältnis von § 134 BGB zu § 138 BGB	123
IV. Zusammenfassung	125
E. Rechtsschutz nach § 33 GWB	127
I. Die Normstruktur des § 33 Abs. 1 GWB	127
1. Die deliktsrechtliche Einordnung vor der 7. GWB Novelle	127
2. Die Aufgabe des Schutzgesetzprinzips in der 7. GWB Novelle	128
3. Kritik am Merkmal der Betroffenheit	131
a) Persönliche Betroffenheit	134
b) Sachliche Betroffenheit	136
II. Der Anspruch auf Unterlassung	136
1. Das Problem der Konkretisierung des Unterlassungsanspruches	137
2. Grundfragen zur Bestimmung von Unterlassungsansprüchen	138
a) Keine Verhaltenssteuerung	139

b) Wahlfreiheit der Mittel .....	140
c) Unterlassung durch aktives Tun .....	141
3. Umgehungsgefahr .....	141
4. Begehungsgefahr .....	142
5. Prüfungsschema .....	144
III. Der Anspruch auf Beseitigung .....	144
1. Dogmatische Einordnung .....	144
2. Abgrenzung zwischen Unterlassung und Beseitigung .....	144
3. Abgrenzung zwischen Beseitigung und Schadensersatz .....	145
a) Anspruch auf Störungsbeseitigung nach § 1004 BGB .....	145
b) Beseitigungsanspruch bei Marktmachtmissbrauch .....	147
aa) Übertragung der Grundsätze aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB .....	147
bb) Rechtsprechung zum Beseitigungsanspruch .....	148
(1) Die Problematik der Stromeinspeisungsfälle .....	148
(2) Zahlungsanspruch als Störungsbeseitigung .....	150
(3) Kritik an der BGH Rechtsprechung .....	151
(4) Geltungserhaltende Extension .....	152
c) Ergebnis .....	153
IV. Der Anspruch auf Schadensersatz .....	153
1. Die Rechtswidrigkeit .....	154
2. Verschulden .....	154
a) Die Sichtweise der Kommission .....	154
b) Die Vorgaben im deutschen Recht .....	155
3. Umfang des Schadensersatzanspruches .....	157
a) Die Sichtweise der Kommission .....	157
b) Grundlagen im deutschen Recht unter Beachtung europäischen Rechts .....	159
c) Mögliche Schadenspositionen .....	161
aa) Beendigung missbräuchlichen Verhaltens .....	161
bb) Der entgangene Gewinn .....	162
(1) Konkrete Berechnung des entgangenen Gewinnes .....	162
(2) Abstrakte Berechnung des entgangenen Gewinnes .....	163
(a) Beweiserleichterungen .....	163
(b) Die Gewinnberechnung bei gewöhnlichem Verlauf .....	164
(c) Die Gewinnberechnung bei besonderen Vorkehrungen .....	165
cc) Marktanteils- und Wertverlust des Unternehmens .....	166
dd) Besonderheiten bei der Schadensberechnung der Marktgegenseite .....	167
ee) Die Vorteilsausgleichung und „pass on defence“ .....	168
(1) Die Sichtweise der Kommission im Verhältnis zum deutschen Recht .....	168
(2) Die Regelung in § 33 Abs. 3 S. 2 GWB und der Grundsatz der Vorteilsausgleichung .....	171

ff) Der anteilige Gewinn ..... 174  
 4. Zusammenfassung ..... 175

*Teil 3*

**Fallgruppen des Marktmachtmissbrauchs und zivilrechtliche Sanktionen** 177

A. Kampfpreisunterbietung ..... 177  
 I. Tatbestand ..... 177  
 1. Rechtliche Grundlagen ..... 177  
 2. Unterscheidung zwischen Einstandspreis und Selbstkosten ..... 179  
 a) Zur Abgrenzung zwischen den Fallgruppen ..... 179  
 b) Verkauf unter Einstandspreis ..... 181  
 c) Angebot unter Selbstkosten ..... 182  
 3. Kampfpreisunterbietung nach europäischem Recht ..... 183  
 II. Wirkung der Behinderung und Zweck ihres Verbotes ..... 185  
 1. Wirkung gegenüber der Konkurrenz ..... 185  
 2. Wirkung gegenüber der Marktgegenseite ..... 188  
 III. Der Verstoß gegen § 134 BGB ..... 189  
 1. Die Diskussion zu Artikel 102 AEUV ..... 189  
 2. Rechtsgeschäft und gesetzliches Verbot ..... 189  
 3. Die Auslegungsregel und der Normzweckvorbehalt ..... 191  
 a) Problemaufriss ..... 191  
 b) Lösungsansätze ..... 191  
 c) Wirksamkeit der Sanktion ..... 192  
 aa) Massengeschäfte mit niedrigpreisigen Produkten ..... 192  
 bb) Höherwertige Produkte und Dienstleistungen ..... 193  
 cc) Zwischenergebnis ..... 194  
 d) Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ..... 194  
 aa) Rückabwicklung nach der Zweikonditionentheorie ..... 194  
 bb) Die Rechtsfolgen bei Anwendung von § 817 BGB ..... 195  
 e) Die Interessen der Vertragspartner ..... 197  
 f) Der Schutz der Wettbewerber ..... 198  
 g) Mangelnde Praktikabilität der Nichtigkeit ..... 200  
 h) Schlussfolgerung ..... 201  
 4. Ergebnis ..... 202  
 IV. Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz ..... 203  
 1. Persönliche Betroffenheit ..... 203  
 2. Sachliche Reichweite der Betroffenheit ..... 203

3. Inhalt und Bestimmtheit des Unterlassungsanspruchs	204
a) Verkauf unter Einstandspreis	204
aa) Der Begriff des Angebots	204
bb) Die Bezeichnung der Produkte	205
cc) Die Festlegung des Einstandspreises	207
(1) Berufung auf Einhaltung der Missbrauchsgrenze	207
(2) Die Berechnung des Einstandspreises	208
(a) Statische Preisgrenze im Unterlassungstitel	209
(b) Berechnungsschema im Unterlassungstitel	210
dd) Systematisches Angebot	211
ee) Rechtfertigungsgründe	212
ff) Werbung	214
gg) Ergebnis	214
b) Angebot unter Selbstkosten	215
aa) Bestimmung der Preisgrenze in Abhängigkeit zur Leistung	215
bb) Änderung der Marktbedingungen nach Urteilserlass	217
cc) Ergebnis	218
4. Anspruch auf Beseitigung	218
5. Anspruch auf Schadensersatz	219
a) Naturalrestitution	219
b) Der Ersatz entgangenen Gewinnes	219
c) Geldersatz für Substanzverlust des Unternehmens	220
V. Zusammenfassung	221
<b>B. Marktmachtmisbrauch durch wettbewerbswidrige Rabatte und Boni</b>	<b>223</b>
I. Überblick	223
II. Fallgruppen	224
1. Rabatte auf einzelne Geschäftsabschlüsse	224
a) Irreführung und Kampfpreise	224
b) Diskriminierung	224
2. Missbräuchliche Rabattsysteme	225
a) Gesamtumsatzrabatte	225
b) Treuerabatte	226
c) Gesamtsortimentsrabatte	227
III. Schutzzweck des Verbots von Umsatzrabattsystemen	227
1. Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem beherrschten Markt	227
2. Verfälschung des Leistungswettbewerbs auf Drittmärkten	229
3. Behinderung der Marktgegenseite	230
a) Diskriminierende Rabattgestaltung	230
b) Keine Einschränkung der Betätigungsfreiheit	231

IV. Sanktion nach § 134 BGB	232
1. Überblick	232
2. Rechtsgeschäft und gesetzliches Verbot	233
3. Auslegungsregel und Normzweckvorbehalt	233
a) Interessenlage	234
b) Gestaltungsmöglichkeiten	234
c) Wirksamkeit der Sanktion	235
aa) Die Nichtigkeit der Rabattvereinbarung	235
(1) Wirkungen vor Gewährung des Rabatts	235
(2) Auswirkungen der Nichtigkeit auf ausgezahlte Rabatte	236
(3) Zwischenergebnis	238
bb) Nichtigkeit ex nunc	238
d) Die Interessen der Vertragspartner	239
aa) Das Vertrauen auf den Erhalt des Rabattes	239
bb) Das Vertrauen auf den Erhalt der Hauptleistung	241
e) Der Schutz der Wettbewerber	242
f) Nichtigkeit nach Art. 101 Abs. 2 AEUV	243
g) Schlussfolgerung	244
4. Rechtsgeschäft als Ganzes und weitere Einzelverträge	246
a) Begrenzte Nichtigkeit	246
b) Rahmenverträge und einzelne Folgeverträge	247
aa) Aufrechterhaltung von Rahmenverträgen	247
bb) Folgeverträge	247
(1) Anwendbarkeit von § 139 BGB	248
(2) Auswirkung der Anwendung von § 139 BGB	249
c) Sukzessivlieferungsverträge	250
d) Auslobung	251
e) Vorherige Rabattgewährung	251
5. Ergebnis	253
V. Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz	253
1. Persönliche Betroffenheit	253
a) Wettbewerber auf dem beherrschten Markt	253
b) Wettbewerber auf Drittmärkten	253
c) Abnehmer des Marktbeherrschers	254
2. Sachliche Betroffenheit	255
3. Inhalt des Unterlassungsanspruchs	255
a) Tatbestand	255
b) Wettbewerber auf dem beherrschten Markt	256
aa) Umsatzrabatt	256
(1) Die Bestimmung der Leistung	256

(2) Die Referenzperiode .....	256
(3) Das Gewähren des Rabattes .....	257
bb) Treuerabatt .....	258
cc) Gesamtsortimentsrabatt .....	258
c) Wettbewerber auf Drittmärkten .....	258
d) Abnehmer auf der Marktgegenseite .....	259
4. Anspruch auf Beseitigung .....	260
5. Anspruch auf Schadensersatz .....	260
a) Wettbewerber auf dem beherrschten und dritten Markt .....	260
b) Abnehmer auf der Marktgegenseite .....	261
VI. Zusammenfassung .....	263
C. Kopplung .....	265
I. Überblick .....	265
II. Wirtschaftliche Kopplung .....	267
1. Tatbestand .....	267
a) Kostenlose Zugabe .....	267
b) Gewährung von Vorzugsbedingungen .....	267
c) Gesamtpreisbildung für verschiedene Leistungen .....	268
2. Schutzzweck .....	269
a) Die Marktgegenseite .....	269
b) Wettbewerber auf dem beherrschten Markt .....	269
c) Wettbewerber auf dem Markt der gekoppelten Leistung .....	271
3. Sanktion nach § 134 BGB .....	272
a) Vertragliche Gestaltung .....	272
b) Kopplung von Leistungen in einem Vertrag .....	274
aa) Verbot und Rechtsgeschäft .....	274
bb) Normzweckvorbehalt .....	274
(1) Problemaufriss .....	274
(2) Gestaltungsmöglichkeiten .....	275
(3) Wirksamkeit der Sanktion .....	276
(a) Entgeltliche Nebenleistung .....	276
(b) Kostenlose Zugaben .....	277
(4) Bereicherungsrechtliche Konsequenzen .....	277
(a) Die Rechtslage für den Marktbeherrscher .....	277
(b) Die Rechtslage für den Vertragspartner .....	278
(5) Interessen der Vertragspartner .....	279
(a) Anwendbarkeit von § 139 BGB und Gesamtnichtigkeit .....	279
(b) Teilnichtigkeit und Fortbestand des Hauptgeschäfts .....	280
(6) Schutz der Wettbewerber auf beherrschtem und drittem Markt .....	280

(7) Nichtigkeit nach Art. 101 Abs. 2 AEUV	282
(8) Praktikabilität der Teilnichtigkeit	284
(9) Schlussfolgerung	284
cc) Teilnichtigkeit und Vertrag im Übrigen	286
(1) Anwendbarkeit von § 139 BGB	286
(2) Rechtsfolgen der Anwendung von § 139 BGB	287
dd) Ergebnis	288
c) Kopplungsvereinbarungen	289
d) Verträge mit nur wirtschaftlichem Zusammenhang	290
4. Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz	291
a) Persönliche Betroffenheit	291
aa) Marktgegenseite	291
bb) Konkurrenten auf dem beherrschten Markt	292
cc) Wettbewerber auf dritten Märkten	292
b) Sachliche Betroffenheit	292
aa) Tatbestand	292
bb) Individuelle Betroffenheit	293
c) Inhalt des Unterlassungsanspruches	296
aa) Angebot, Werbung und Leistungsbeschreibung	296
bb) Die Kopplung	297
(1) Die Zusammenfassung der Leistungen	297
(2) Kostenlose Nebenleistungen	298
(3) Gesamtpreisbildung oder sonstige Vorzugsbedingungen	298
d) Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV	299
e) Beseitigungsanspruch	299
f) Schadensersatz	300
III. Zwangsweise Kopplung	301
1. Tatbestand	301
2. Schutzzweck	302
a) Wettbewerber auf dem beherrschten Markt	302
b) Wettbewerber auf dem Drittmarkt	303
c) Marktgegenseite	304
3. Sanktionen im Vergleich zur wirtschaftlichen Kopplung	305
a) Nichtigkeit von Kopplungen nach § 134 BGB	305
aa) Interessen der Wettbewerber	305
bb) Interessen der Vertragspartner	305
(1) Der Wegfall der Bindung	305
(2) Leistungskondiktionsanspruch des Abnehmers	306
(3) Leistungskondiktionsanspruch des Marktbeherrschers	308
(4) Zusammenfassung zur bereicherungsrechtlichen Rechtslage	309

(5) Schadenersatzansprüche .....	309
cc) Schlussfolgerung .....	310
b) Teilnichtigkeit und § 139 BGB .....	311
aa) Rechtsfolgen der Anwendung von § 139 BGB .....	311
bb) Ausschluss der Anwendbarkeit von § 139 BGB .....	312
c) Zusammenfassung .....	313
d) Unterlassung, Beseitigung, Schadenersatz .....	313
aa) Persönliche Betroffenheit .....	313
(1) Wettbewerber auf dem beherrschten Markt .....	313
(2) Wettbewerber auf Drittmärkten .....	314
(3) Unternehmen auf der Marktgegenseite .....	314
(4) Unternehmen auf nachgelagerten Marktstufen .....	314
bb) Sachliche Betroffenheit .....	315
(1) Tatbestand .....	315
(2) Individuelle Betroffenheit .....	315
cc) Inhalt des Unterlassungsanspruchs .....	316
(1) Wettbewerber des Marktbeherrschers .....	316
(2) Marktgegenseite .....	317
dd) Beseitigungsanspruch .....	318
ee) Schadenersatz .....	318
(1) Wettbewerber des Marktbeherrschers .....	318
(2) Marktgegenseite .....	319
(a) Erzwungene Abnahme der gekoppelten Leistung .....	319
(b) Der entgangene Gewinn .....	320
(c) Vorteilsausgleichung und anteiliger Gewinn .....	320
(d) Mitverschulden .....	321
IV. Zusammenfassung .....	322
D. Missbräuchliche vertikale Bindungen .....	325
I. Überblick .....	325
II. Tatbestand .....	327
1. Bezugsbindungen .....	327
2. Verwendungsbeschränkungen .....	329
3. Vertriebsbindungen .....	329
III. Schutzzweck .....	331
1. Das gebundene Unternehmen .....	331
2. Wettbewerber .....	332
3. Unternehmen auf nachfolgenden Marktstufen .....	332
4. Verbotssziele .....	333

- IV. Sanktionen nach § 134 BGB ..... 334
  - 1. Verbot und Rechtsgeschäft ..... 334
  - 2. Sanktionierung verbotener Rechtsgeschäfte ..... 335
    - a) Anordnung der Nichtigkeit und Normzweck ..... 335
    - b) Lediglich übermäßige Bindungen ..... 337
      - aa) Nichtigkeit oder geltungserhaltende Reduktion ..... 337
      - bb) Rechtliche Rahmenbedingungen und Anpassung an das Europarecht ..... 338
      - cc) Geltungserhaltende Reduktion im Rahmen von Art. 101 Abs. 2 AEUV ..... 339
        - (1) Die Stellung des gebundenen Abnehmers ..... 340
        - (2) Präventive Wirkung der Nichtigkeitssanktion ..... 341
        - (3) Auswirkungen auf die Geschäftspolitik des Bindenden ..... 341
        - (4) Interesse des Gebundenen an der Bindung ..... 342
        - (5) Ergebnis ..... 343
      - dd) Verhältnis von § 134 zu § 138 BGB ..... 343
    - c) Auswirkungen der Nichtigkeit einer Bindung auf den Vertrag im Übrigen ..... 344
      - aa) Anwendbarkeit von § 139 BGB ..... 345
      - bb) Angemessenheit der Anwendung von § 139 BGB ..... 346
        - (1) Zugrundelegung des hypothetischen Parteiwillens ..... 346
        - (2) Schutzbedürftigkeit des abhängigen Abnehmers ..... 347
        - (3) Freiwillige Zustimmung des Abnehmers zur Bindung ..... 347
        - (4) Mangelnde Praktikabilität einer Fallgruppenbildung ..... 347
        - (5) Teilnichtigkeit und Kontrahierungszwang ..... 348
        - (6) Teilnichtigkeit und ergänzende Vertragsauslegung ..... 349
        - (7) Schlussfolgerung ..... 349
      - cc) Vertragliches Synallagma zwischen vertikaler Bindung und Investitionshilfe des Marktbeherrschers ..... 350
    - d) Die Behandlung einzelner Austauschverträge bei Nichtigkeit einer Bezugsbindung ..... 352
      - aa) Problemdarstellung ..... 352
      - bb) Der rechtliche Zusammenhang zwischen Rahmen- und Einzelvertrag ..... 353
      - cc) Unangemessenheit der Nichtigkeit ..... 353
  - 3. Zusammenfassung ..... 355
- V. Unterlassung, Beseitigung, Schadenersatz ..... 356
  - 1. Persönliche Betroffenheit ..... 356
    - a) Vertragspartner auf der Marktgegenseite ..... 356
    - b) Wettbewerber auf dem beherrschten Markt ..... 357
    - c) Wettbewerber auf Drittmärkten und andere Lieferanten ..... 358
    - d) Potentielle Vertragspartner des durch Vertriebsbindung gebundenen Unternehmens auf nachfolgenden Märkten ..... 359
      - aa) Normzweck von Art. 102 S. 2 lit. b) AEUV und § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB ..... 359

bb) Abgrenzung der Anspruchsberechtigten bei mittelbarer Beeinträchtigung .....	360
cc) Konkurrenz des Rechtsschutzes von Abnehmer und Drittbetroffenem	361
(1) Dazwischentreten des Wiederverkäufers .....	361
(2) Der Sonderfall bestehender Marktmacht des Wiederverkäufers ..	362
(3) Vergleich der beeinträchtigenden Wirkungen .....	362
(4) Das Rechtsschutzinteresse des Gebundenen und des Dritten .....	363
dd) Wirtschaftliche Abhängigkeit des Gebundenen .....	364
ee) Zwischenergebnis .....	366
ff) Normzweck von Art. 101 Abs. 1 lit. b) AEUV und § 1 GWB .....	366
gg) Rechtsschutz nach § 21 Abs. 1 GWB .....	367
hh) Beurteilung bei Bezugsbindungen und Verwendungsbeschränkungen	369
2. Sachliche Betroffenheit .....	370
3. Inhalt des Unterlassungsanspruches .....	370
a) Bezugsbindungen .....	371
b) Verwendungsbeschränkungen .....	372
c) Vertriebsbindungen .....	372
4. Beseitigungsanspruch .....	373
5. Schadenersatz .....	374
a) Behinderte Wettbewerber .....	374
b) Gebundene Unternehmen .....	375
aa) Schadenersatz bei Bezugsbindung .....	375
bb) Schadenersatz bei sonstigen Bindungen .....	376
cc) Mitverschulden des Gebundenen .....	377
dd) Kein Schadenersatzanspruch aus c.i.c. ....	377
VI. Zusammenfassung .....	378
E. Geschäftsverweigerung .....	380
I. Tatbestand .....	380
1. Einordnung in das Verhältnis von §§ 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 und 20 Abs. 1 GWB	380
2. Verhältnis des deutschen zum europäischen Recht .....	381
3. Fallgruppen .....	382
a) Nichtbelieferung von Abnehmern .....	382
b) Leistungsverweigerung gegenüber Konkurrenten .....	383
c) Verweigerung des Zugangs zu knappen Ressourcen oder zu geschäftsfördernden Leistungen .....	384
d) Geschäftsverweigerung durch nachfragemächtige Unternehmen .....	386
e) Drohung mit Geschäftsverweigerung zur Durchsetzung von behindernden oder ausbeuterischen Geschäftsbedingungen und Preisen .....	387
II. Schutzzweck .....	388
1. Abnehmer und Lieferanten .....	389

2. Konkurrenten .....	390
3. Weitere Unternehmen .....	391
III. Sanktion nach § 134 BGB .....	392
1. Geschäftsverweigernde Verhaltensweisen .....	392
2. Der Abbruch von Geschäftsbeziehungen .....	392
3. Verbot und Rechtsgeschäft .....	394
4. Normzweckvorbehalt .....	395
a) Kartellrechtlich unzulässige Kündigungsklauseln .....	395
aa) Interessenlage und Lösungsmöglichkeiten .....	395
bb) Wirksamkeit der Sanktion .....	396
cc) Interessen des Vertragspartners .....	397
dd) Wettbewerbsfreiheit und Kündigung von Verträgen .....	398
ee) Schlussfolgerung .....	399
b) Kündigung als einzelnes Rechtsgeschäft .....	400
aa) Unangemessen kurze Kündigungsfrist .....	400
bb) Unzulässige Kündigung .....	401
c) Ergebnis .....	402
IV. Unterlassung, Beseitigung, Schadenersatz .....	403
1. Betroffenheit aktueller oder potentieller Geschäftspartner .....	403
2. Angehörige nachfolgender Marktstufen oder abgeleiteter Märkte .....	404
3. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch .....	406
a) Kontrahierungszwang als Grundlage .....	406
b) Ausgestaltung des Kontrahierungszwanges .....	409
aa) Anspruch auf verhandelten Vertrag .....	409
bb) Anspruch auf Vertragsschluss zu konkreten Bedingungen .....	411
cc) Die prozessuale Durchsetzung des Kontrahierungszwanges .....	413
dd) Fälle, in denen konkrete Vertragsbedingungen nicht feststehen .....	417
ee) Das Problem wiederkehrender Leistung .....	417
(1) Dauerschuldverhältnisse und Rahmenverträge .....	417
(2) Wiederkehrende Leistungen .....	418
c) Nachlieferungsanspruch als Störungsbeseitigung .....	420
4. Schadenersatz .....	422
a) Naturalrestitution .....	422
b) Der entgangene Gewinn .....	423
c) Marktanteils- und Wertverlust eines Unternehmens .....	424
V. Zusammenfassung .....	424
F. Diskriminierung .....	427
I. Überblick .....	427

II. Tatbestand .....	428
1. Diskriminierende Vertragsgestaltung .....	428
2. Diskriminierende Vertragsdurchführung .....	429
3. Diskriminierende Geschäftsverweigerung .....	430
III. Schutzzweck des Diskriminierungsverbotes .....	432
IV. Sanktion nach § 134 BGB .....	433
1. Verschiedenartige vertragliche Gestaltung .....	433
a) Verbot und Rechtsgeschäft .....	433
b) Normzweckvorbehalt .....	434
aa) Interessenlage und Lösungsmöglichkeiten .....	434
bb) Abwägung der vorgeschlagenen Varianten .....	435
(1) Gesamtnichtigkeit und Vertragsanpassung .....	435
(2) Die Interessen des Diskriminierten .....	436
(3) Die Interessen der Begünstigten .....	436
(4) Aufrechterhaltung der vertraglichen Bestimmungen .....	437
(5) Beseitigungsanspruch zur Beendigung der Diskriminierung .....	437
cc) Ergebnis .....	439
2. Diskriminierung durch Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte .....	439
a) Rechtswidrige Benachteiligung .....	439
b) Bevorzugung durch einseitige Rechtsgeschäfte .....	441
c) Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte gegenüber Begünstigtem und Be- nachteiligtem .....	443
d) Abgrenzung zu Art. 101 Abs. 1 lit. d) AEUV .....	444
3. Abschluss von Verträgen über knappe Leistungen .....	444
a) Rechtsgeschäft und Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot .....	445
aa) Die Diskussion in der Rechtsprechung .....	445
bb) Rechtswidrig begünstigender Vertrag als Verstoß gegen das Diskrimi- nierungsverbot .....	447
b) Normzweckvorbehalt .....	448
aa) Interessenlage und Lösungsmöglichkeiten .....	448
bb) Keine Anwendbarkeit des öffentlichen Vergaberechts .....	449
cc) Das Interesse des diskriminierten Unternehmens .....	450
dd) Die Stellung des Vertragspartners .....	451
(1) Vertrauensschutz und Schadenersatz .....	451
(2) Vollzogener Vertrag und Bereicherungsrecht .....	451
ee) Die Stellung des diskriminierten Unternehmens .....	452
ff) Nichtigkeit ex nunc als Lösung .....	453
c) Ergebnis .....	455
V. Unterlassung, Beseitigung, Schadenersatz .....	456
1. Persönliche Betroffenheit .....	456

- 2. Sachlicher Schutzbereich ..... 458
- 3. Inhalt des Beseitigungsanspruchs ..... 458
- 4. Verhältnis von Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch ..... 460
- 5. Schadenersatz ..... 460
  - a) Das Problem der Gleichbehandlung mit dem Begünstigten ..... 461
  - b) Der entgangene Gewinn ..... 462
- VI. Zusammenfassung ..... 463
- G. Ausbeutungsmissbrauch ..... 466
  - I. Überblick ..... 466
  - II. Preishöhenmissbrauch ..... 468
  - III. Unangemessene Geschäftsbedingungen ..... 469
  - IV. Wirkung der Ausbeutung und Schutzzweck ihres Verbots ..... 470
    - 1. Auswirkungen ..... 470
    - 2. Zweck des Verbots ..... 471
  - V. Sanktion nach § 134 BGB ..... 472
    - 1. Preismissbrauch ..... 472
      - a) Verbot und Rechtsgeschäft ..... 472
      - b) Normzweckvorbehalt ..... 473
        - aa) Interessenlage und Lösungsmöglichkeiten ..... 473
        - bb) Nichtigkeit oder geltungserhaltende Vertragsanpassung ..... 474
          - (1) Der Verweis auf Beseitigungs- oder Schadenersatzansprüche ..... 474
          - (2) Freiwilliger Vertragsschluss des Marktbeherrschers ..... 475
          - (3) Rechtsschutzverkürzung bei Nichtigkeit des Austauschvertrages ..... 475
          - (4) Vorteile einer geltungserhaltenden Vertragsanpassung ..... 476
          - (5) Nachweis missbräuchlicher Geschäftsverweigerung unnötig ..... 478
          - (6) Bereicherungsrechtliche Schwierigkeiten bei Nichtigkeit ..... 478
        - cc) Schlussfolgerung ..... 480
      - c) Umfang der geltungserhaltenden Reduktion bzw. Extension ..... 481
        - aa) Bestimmung der Missbrauchsgrenze in der Rechtsprechung ..... 481
        - bb) Ablehnung weiterer Sicherheitszuschläge ..... 482
        - cc) Ablehnung der Absenkung der Missbrauchsgrenze zur Prävention ..... 483
      - d) Ergebnis ..... 486
    - 2. Missbräuchliche Geschäftsbedingungen ..... 487
      - a) Rechtsgeschäft und Verbotsverstoß ..... 487
      - b) Normzweckvorbehalt und Vertragsanpassung ..... 487
        - aa) Vergleich mit dem Preishöhenmissbrauch ..... 487
        - bb) Recht der AGB als Beurteilungsmaßstab ..... 488
          - (1) Folgen der Anwendung ..... 488
          - (2) Prüfung der Anwendbarkeit ..... 489

cc) Vergleichsmarktkonzept als Prüfungsmaßstab .....	491
c) Rechtsfolgen nach § 134 BGB .....	492
aa) Nichtigkeit einzelner Klauseln .....	492
bb) Geltungserhaltende Reduktion .....	493
cc) Ersetzung einer missbräuchlichen Regelung .....	494
d) Ergebnis .....	495
VI. Unterlassung, Beseitigung, Schadenersatz .....	496
1. Abgrenzung der persönlichen Betroffenheit .....	496
a) Marktgegenseite .....	496
aa) Lösungsansätze .....	496
bb) Abgrenzbarkeit der Anspruchsberechtigten .....	497
cc) Kein Ausschluss der Ansprüche wegen der Vielzahl der Geschädigten .....	497
dd) Rechtsschutz trotz schwieriger Schadensberechnung .....	499
ee) Ergebnis .....	500
b) Unternehmen auf nachgelagerten Märkten .....	500
c) Ergebnis .....	505
2. Sachlicher Schutzbereich .....	506
3. Inhalt des Unterlassungsanspruches .....	506
a) Vorüberlegung .....	506
b) Preismissbrauch und vertragliche Vereinbarung .....	506
c) Preismissbrauch vor Vertragsschluss .....	507
d) Bestimmtheit des Klageantrags .....	508
e) Missbräuchliche Vertragsklauseln .....	511
f) Forderung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen vor Vertragsschluss ..	511
4. Abgrenzung von Unterlassung und Beseitigung .....	512
5. Schadenersatz .....	513
a) Preisüberhöhung und unangemessene Vertragsbedingungen .....	513
b) Vorteilsausgleichung .....	515
c) Entgangener Gewinn .....	517
d) Nachfragemachtmissbrauch .....	517
e) Sonstige Schäden .....	518
VII. Zusammenfassung .....	518
H. Preis- und Konditionenspaltung .....	520
I. Tatbestand .....	520
II. Schutzzweck .....	521
III. Rechtsfolgen .....	522
1. Parallelen zum Ausbeutungsmisbrauch .....	522
2. Sanktion nach § 134 BGB .....	522

IV. Unterlassung, Beseitigung, Schadenersatz .....	523
1. Persönliche Betroffenheit .....	523
2. Sachlicher Schutzbereich .....	524
3. Inhalt des Unterlassungsanspruches .....	524
4. Beseitigungsanspruch und Schadenersatz .....	524
J. Verweigerung des Zugangs zu Netzen und Infrastruktureinrichtungen .....	525
I. Überblick .....	525
II. Tatbestand .....	526
1. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung .....	526
2. Marktbeherrschung und Infrastruktureinrichtung .....	527
III. Schutzzweck .....	527
IV. Sanktion nach § 134 BGB .....	531
1. Verbot und Rechtsgeschäft .....	531
2. Der Abbruch der Geschäftsbeziehung .....	532
3. Die Forderung unangemessener Entgelte .....	533
a) Missbräuchliches Verhalten .....	533
b) Verstoß eines Rechtsgeschäfts gegen das Verbot der Zugangsverweigerung .....	534
c) Geltungserhaltende Reduktion zur Verwirklichung des Normzwecks .....	535
d) Umfang der geltungserhaltenden Reduktion .....	537
aa) Problemlage .....	537
bb) Das übliche Entgelt .....	538
cc) Anpassung auf das nicht missbräuchliche, angemessene Maß .....	539
e) Ergebnis .....	539
V. Unterlassung, Beseitigung, Schadenersatz .....	540
1. Dogmatische Struktur des Zugangsanspruchs .....	540
a) Der Streit um die Notwendigkeit einer vertraglichen Zugangsregelung .....	540
b) Vertrag zur Regelung der Zugangsmodalitäten .....	541
c) Parallele zur unbilligen Geschäftsverweigerung .....	542
d) Infrastrukturzugang und Vertragsfreiheit .....	542
e) Ergebnis .....	543
2. Persönliche Betroffenheit .....	543
3. Abgrenzung von Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch .....	544
4. Inhalt des Beseitigungsanspruchs .....	545
a) Geschäftsverweigerung und Vorlage eines Angebots .....	545
b) Das Problem der Festlegung des angemessenen Entgelts .....	546
aa) Die Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes .....	546
bb) Sicherung des Mitbenutzungsanspruchs durch einstweilige Verfügung .....	547
cc) Verhandlungen über die Höhe des angemessenen Entgelts .....	549
(1) Bestehender Geschäftsverkehr mit dritten Unternehmen .....	550

(2) Zugang eigener Tochterunternehmen .....	551
(3) Einräumung eines Leistungsbestimmungsrechts .....	554
(a) Problemlage .....	554
(b) Lösung über § 315 BGB .....	554
(c) Gegenauffassung für Nichtanwendung des § 315 BGB .....	556
(d) Zurückweisung der Gegenauffassung .....	556
(e) Ergebnis .....	559
c) Zusammenfassung .....	559
5. Schadensersatz .....	560
a) Zugangsverweigerung .....	560
aa) Entgangener Gewinn und Geschäftsentwicklung auf Vergleichsmärkten	560
bb) Berechnung entgangenen Gewinnes nach getätigten Investitionen	560
b) Abbruch von Geschäftsbeziehungen .....	561
c) Überhöhtes Entgelt .....	562
VI. Zusammenfassung .....	563

*Teil 4*

<b>Zusammenfassung</b>	565
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	583
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	599

## Teil 1

# Grundlagen

## A. Einleitung

Jahrzehntelang stand bei Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV<sup>1</sup> (Art. 85 und 86 EGV a. F. bzw. Art. 81 und 82 EG a. F.) und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln durch Behörden mit Mitteln des Verwaltungsrechts im Vordergrund.<sup>2</sup> Privater Rechtsschutz war zwar von Beginn an sowohl im deutschen als auch im europäischen Recht vorgesehen. Gleichwohl entwickelte sich eine nennenswerte Kasuistik nur im Bereich des Behinderungs- und Diskriminierungsverbotes des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB a. F.), während im Übrigen Privater Rechtsschutz nur eine geringe Rolle spielte.<sup>3</sup> Erst Mitte der neunziger Jahre<sup>4</sup> begann eine vertiefte Diskussion über die Möglichkeiten der wirksameren Durchsetzung des Kartellrechts mit den Mitteln des Privatrechts. Diese Diskussion hat ihren Hintergrund in der Befürchtung, dass die Behörden mit einer umfassenden Überwachung des Wettbewerbs überfordert werden könnten. Seit Beginn der neunziger Jahre wird eine zunehmende Zahl früher hoheitlich organisierter Märkte durch Deregulierung für den Wettbewerb geöffnet.<sup>5</sup> Damit einher geht nicht nur eine quantitative Steigerung der Aufgaben der Behörden. Es stellen sich auch eine Vielzahl neuer Probleme bei der Schaffung von Wettbewerbsstrukturen, die eine qualitative Weiterentwicklung des Kartellrechts und der Verwaltungspraxis erfordern. Im europäischen Recht führte die Regulierung horizontaler und vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund abgestimmten Verhaltens zu einer starken Arbeitsbelastung der Kommission. Art. 101 Abs. 1 AEUV verbietet derartige Beschränkungen. Sie können allerdings auf Grundlage von Art. 101 Abs. 3 AEUV im Wege der Einzel- oder Gruppenfreistellung erlaubt

---

<sup>1</sup> Außer Betracht bleiben im Rahmen dieser Arbeit Fragen des Beihilfen- und Vergaberights, der Fusionskontrolle, sowie Fragen eines Systemwettbewerbs zwischen den Mitgliedsstaaten.

<sup>2</sup> *Alexander*, Schadenersatz, S. 307 ff.; *Logemann*, S. 93 ff.; siehe auch S. 30 ff. und 47 ff.

<sup>3</sup> *Endter*, S. 31 ff.; *Görner*, S. 5 f.; *Krüger*, S. 32 f.; vgl. dazu, dass der private Rechtsschutz als ineffektiv bewertet wurde: *Kommission*, Weißbuch, S. 2 und Commission Staff Working Paper, S. 8 ff.

<sup>4</sup> Zur Gesamtübersicht über die Entwicklung einer Diskussion zu privaten Schadenersatzklagen seit Inkrafttreten der Römischen Verträge, *Endter*, S. 31 ff.

<sup>5</sup> Betroffen sind insbesondere – bei unterschiedlicher Weite der Deregulierung – die Märkte für Strom, Erdgas, Post- und Telekommunikation, Flughäfen und Eisenbahnen.

werden. Unter dem bis 2004 gültigen System der Administrativfreistellungen musste jede wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung der Kommission zur Genehmigung vorgelegt werden, was insbesondere wegen der Zunahme freistellungsfähiger vertikaler Vereinbarungen zu einem erheblichen Verwaltungsaufwand führte.<sup>6</sup> Schließlich ist die Kommission aufgrund der Erweiterung der EU zum 1.5.2004, zum 1.1.2007 und zum 01.07.2013<sup>7</sup> nunmehr oberste Wettbewerbsbehörde für 28 Mitgliedstaaten. Frühzeitig wurde daher die Zusammenarbeit zwischen den Behörden und den Gerichten der Mitgliedstaaten einerseits und der Kommission andererseits durch die VO 1/2003 auf eine neue Grundlage gestellt.<sup>8</sup> Die allseits für erforderlich gehaltene Entlastung der Behörden soll aber keinesfalls die effektive Durchsetzung der Artikel 101 und 102 AEUV und des GWB beeinträchtigen.<sup>9</sup> Die Kommission hat nach mehrjähriger Vorarbeit am 11.06.2013 einen Vorschlag für eine Richtlinie „über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union“ vorgestellt.<sup>10</sup> Hauptziele des Richtlinienvorschlags sind „die Optimierung der Interaktion zwischen behördlicher und privater Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts und Gewährleistung, dass Opfer von Zuwiderhandlungen gegen das EU-Wettbewerbsrecht Schadenersatz in voller Höhe erhalten können.“<sup>11</sup> Die von Wettbewerbsverstößen betroffenen Wettbewerbsteilnehmer sollen in die Lage versetzt werden, ihre individuellen Interessen mit den Mitteln des Zivilrechts eigenständig durchsetzen zu können.<sup>12</sup> Der Richtlinienvorschlag wurde begleitet von einem „Praktischen Leit-

---

<sup>6</sup> Dazu, dass es sich hierbei um ein seit langem drängendes Problem handelte: *Endter*, S. 31 ff.

<sup>7</sup> Beitritt der Republik Kroatien.

<sup>8</sup> Erwägungen des Rates der EU zur VO 1/2003, ABl. L 001 vom 04.01.2003, Ziffern 1 bis 3.

<sup>9</sup> Erwägungen des Rates der EU zur VO 1/2003, ABl. L 001 vom 04.01.2003, Ziffer 2; vgl. auch *BegrRegE* zur 7. GWB Novelle, BT-Drucks. 15/3640, A. 4. g); *Kommission*, Richtlinienvorschlag, S. 3 f. und Artikel 3 des Vorschlags; *Kommission*, Weißbuch, S. 3 f. und *Commission Staff Working Paper*, S. 10 ff.; *Alexander*, Schadenersatz, S. 312 ff.; *Endter*, S. 53 ff.; *Krüger*, S. 33 ff.

<sup>10</sup> *Kommission*, „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union“ vom 11.06.2013, COM (2013) 404.

<sup>11</sup> *Kommission*, Richtlinienvorschlag, S. 3.

<sup>12</sup> Dazu gehören nicht nur Schadenersatzklagen, sondern auch Beseitigungs- und Unterlassungsklagen und die Geltendmachung der Nichtigkeit von Vertragsbestimmungen, sowie daran anschließende Rechtsverfolgung, z. B. durch Rückforderung ungerechtfertigter Bereicherungen; vgl. auch Erwägungen des Rates der EU zur VO 1/2003, ABl. L 001 vom 04.01.2003, Ziffer 7; *Kommission*, Richtlinienvorschlag, S. 2 f.; *Kommission*, Weißbuch, S. 3 f. und *Commission Staff Working Paper*, S. 10 ff. und kommentierend aus dem Schrifttum: *De Smijter/Stropp/Woods*, *Competition Policy Newsletter* 2006, S. 1 (1 ff.); *De Smijter/O'Sullivan*, *Competition Policy Newsletter* 2006, S. 23 (23); *Monti*, IBA Conference, 17.9.04, S. 2 ff.; des Weiteren zur Sichtweise des deutschen Gesetzgebers: *BegrRegE* zur 7. GWB

faden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union.“ Ziel dieser rechtlich nicht bindenden Arbeitsunterlage der Kommission ist es, Gerichten und Verfahrensbeteiligten auf der Basis wirtschaftswissenschaftlicher und praktischer Erkenntnisse Methoden und Techniken zur Feststellung von Schäden und zur Ermittlung des Schadensumfangs zur Verfügung zu stellen.<sup>13</sup> Auf der Grundlage des Richtlinienvorschlages der Kommission hat das EU-Parlament am 17.04.2014 den Text für eine Richtlinie für Schadenersatzklagen in Kartellsachen verabschiedet, in den zwischen dem Parlament und der Kommission abgestimmte Änderungen und Ergänzungen eingearbeitet wurden.<sup>14</sup> Nach einer juristischen Überarbeitung des Textes<sup>15</sup> hat der Rat der Europäischen Union dem finalen Richtlinienentwurf am 10.11.2014 zugestimmt. Die Richtlinie ist am 26.11.2014 in Kraft getreten.<sup>16</sup> In Deutschland sind im Zuge der 6. und der 7. GWB Novelle die Möglichkeiten für die zivilrechtliche Durchsetzung privater Interessen bei Verstößen gegen das europäische und deutsche Kartellrecht deutlich verbessert worden.<sup>17</sup> Zwischenzeitlich ist festzustellen, dass die verstärkte Hinwendung zu den Möglichkeiten des „Private Enforcement“ in Gesetzgebung, Praxis und Wissenschaft zu einer spürbaren Erhöhung zivilrechtlicher Klagen geführt hat.<sup>18</sup> Die vorliegende Arbeit will die aktuelle Entwicklung des Kartellprivatrechts im deutschen und europäischen Recht anhand der Verbote des Missbrauchs von Marktmacht beleuchten. Im Mittelpunkt der Untersuchung stehen die Fallgruppen des Art. 102 AEUV und der §§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 bis 4, 20 Abs. 1 bis 3 GWB (§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 bis 4, 20 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 GWB a. F.)<sup>19</sup>, so wie sie in der bisherigen konkretisierenden Verwaltungspraxis und Rechtsprechung

---

Novelle, BT-Drucks. 15/3640, A. 4. g); vgl. darüber hinaus aus dem deutschen Schrifttum: *Alexander*, *Schadenersatz*, S. 299 ff.; *Endter*, S. 53 ff.; *Krüger*, S. 22 f., 33 ff.

<sup>13</sup> *Kommission*, „Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ vom 11.06.2013, SWD (2013) 205, S. 10, Rn. 6.

<sup>14</sup> Europäisches Parlament (EP), „Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union“, COM (2013) 0404-C7-0170/2013-2013/0185 (COD).

<sup>15</sup> Berichtigung vom 11.09.2014, verabschiedet am 21.10.2014, abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

<sup>16</sup> Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349/1 vom 05.12.2014.

<sup>17</sup> Siehe dazu S. 36 f. und S. 42 f.

<sup>18</sup> *Alexander*, *Schadenersatz*, S. 310 ff., 317 ff.; *Görner*, S. 1 ff.; *Logemann*, S. 50 ff.; *Mederer*, *EuZW* 2013, S. 847 (848).

<sup>19</sup> Alte Fassung bedeutet Fassung bis zum in Kraft treten der 8. GWB Novelle am 01.07.2013.