

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

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

Grundlagen des Zusammenhanges zwischen Verbotsgesetz und zivilrechtlichen Sanktionen	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 Verbotsverstoß	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 verbotenem 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 Vertrags-	
auslegung	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 Zweikondiktionentheorie	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. Marktmachtmisbrauch durch wettbewerbswidrige Rabatte und Boni	223
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 Drittmarkten	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) Marktgegensenseite	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) Marktgegensenseite	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) Schadensersatz	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. Verbotsziele	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. Preissmissbrauch	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) Nachfragemachtmisbrauch	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

- Zusammenfassung** 565
- Literaturverzeichnis** 583
- Stichwortverzeichnis** 599