

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 Preimmissbrauch 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 Diskri- minierung | 67 |
| e) Individual- und Institutionenschutz im Europäischen Recht | 68 |
| 3. Stellungnahme zum Verhältnis von individuellem Rechtsschutz und der An- forderung an Marktstrukturwirkungen missbräuchlichen Verhaltens | 69 |
| V. Privater Rechtsschutz im Verhältnis zu verwaltungsrechtlicher Kontrolle | 71 |
| C. Zusammenfassung | 75 |

Teil 2

Grundlagen des Zusammenhangs zwischen Verbotsgesetz und zivilrechtlichen Sanktionen

| | |
|--|----|
| 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 Abgren- zung 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 Rechts- folgenbestimmung | 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 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 Marktmachtmisbrauch | 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 Marktmachtmisbrauchs 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) Rechtfertigungegründe | 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 Drittmarkten | 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) Umsatrzabatt | 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 Drittmarkten | 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 Marktbeherrschter | 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) Leistungskonditionsanspruch des Abnehmers | 306 |
| (3) Leistungskonditionsanspruch 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 Drittmarkten | 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 Parteiwilens | 346 |
| (2) Schutzbedürftigkeit des abhängigen Abnehmers | 347 |
| (3) Freiwillige Zustimmung des Abnehmers zur Bindung | 347 |
| (4) Mangelnde Praktikabilität einer Fallgruppenbildung | 347 |
| (5) Teilnichtigkeit und Kontrahierungswang | 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 Drittmarkten 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 Dritt betroffenem | 361 |
| (1) Dazwischen treten 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. Schadensersatz | 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) Nichtlieferung 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 Benachteiligtem | 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 Diskriminierungsverbot | 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) Vortüberlegung | 506 |
| b) Preimissbrauch und vertragliche Vereinbarung | 506 |
| c) Preimissbrauch 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 |
| <i>Teil 4</i> | |
| Zusammenfassung | 565 |
| Literaturverzeichnis | 583 |
| Stichwortverzeichnis | 599 |