



# Preisbezogener Behinderungsmissbrauch:

## Was können und sollen die Kartellbehörden leisten?

Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht

Bundeskartellamt, Bonn, 4. Oktober 2018

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

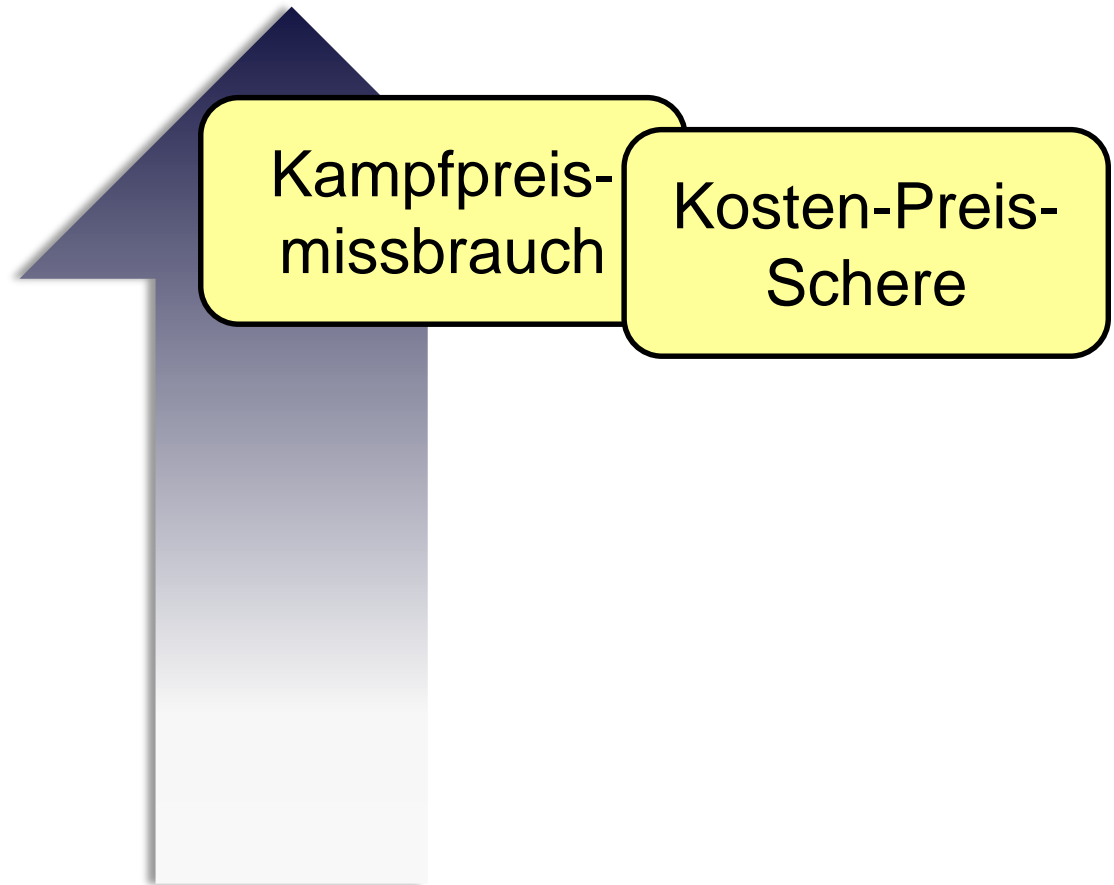
## Thesen

- Faktische Aufgabe (“Konkretisierung”) der Hoffmann-La Roche-Rechtsprechung. Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls auch bei Ausschließlichkeitsrabatten erforderlich.
- Behörde muss keinen Kosten-Preis-Vergleich (AEC-Test) durchführen. Widerlegung eines etwaigen AEC-Tests ist aber faktisch erforderlich.
- Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls grundsätzlich auch bei Ausschließlichkeitsbindungen erforderlich.

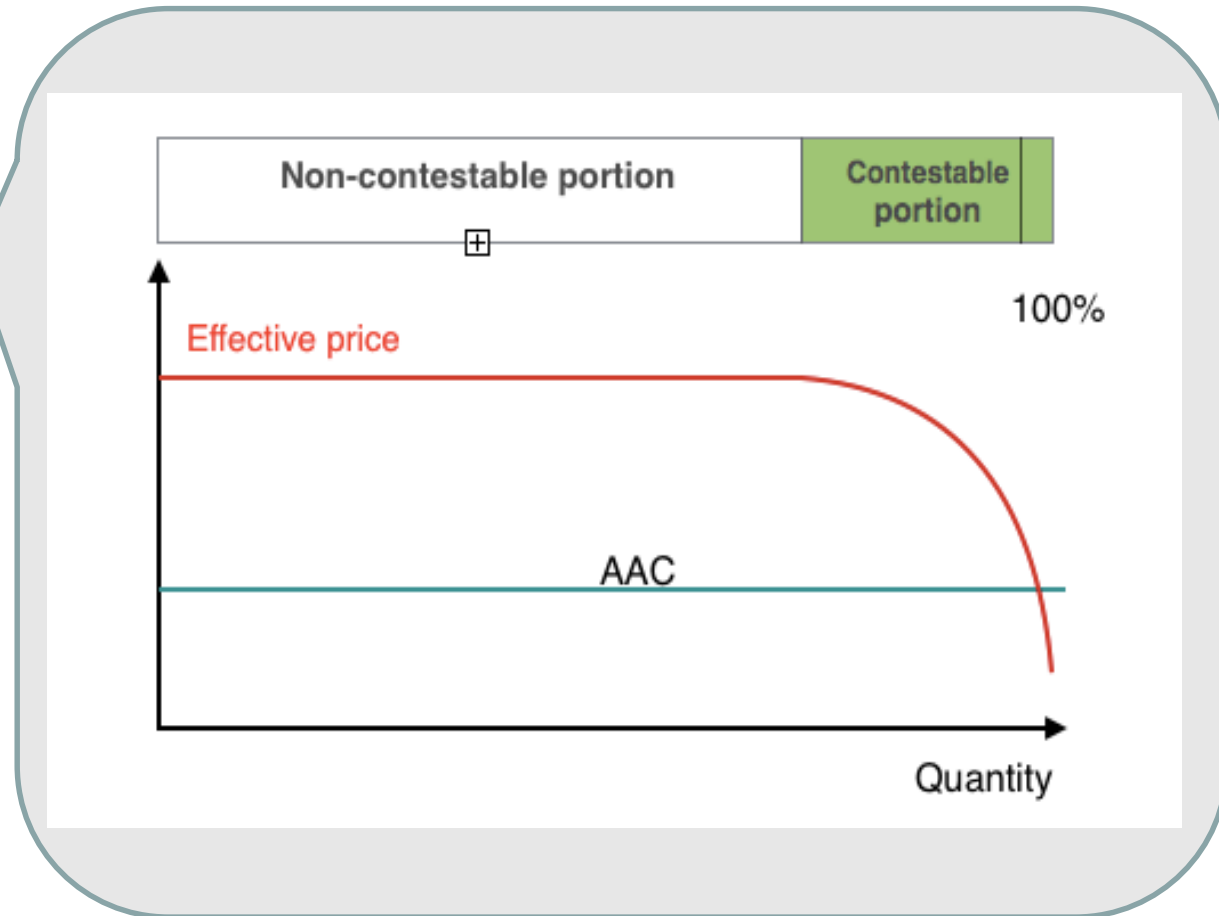
- **Quantitative Analyse  
(AEC-Test)**
- **Qualitative Analyse  
(„alle Umstände des  
Einzelfalls“)**
  - **Per-se-Illegalität**



- **Quantitative Analyse  
(AEC-Test)**
- **Qualitative Analyse  
(„alle Umstände des  
Einzelfalls“)**
  - **Per-se-Illegalität**



- **Quantitative Analyse (AEC-Test)**
- **Qualitative Analyse („alle Umstände des Einzelfalls“)**
  - **Per-se-Illegalität**



- **Quantitative Analyse  
(AEC-Test)**
- **Qualitative Analyse  
(„alle Umstände des  
Einzelfalls“)**
- **Per-se-Illegalität**

Kommission ist verpflichtet zu prüfen,  
„[1] das **Ausmaß der beherrschenden Stellung**  
des Unternehmens auf dem maßgeblichen Markt  
und  
[2] den **Umfang der Markterfassung** durch die  
beanstandete Praxis sowie  
[3] die **Bedingungen und Modalitäten** der in  
Rede stehenden Rabattgewährung, die **Dauer** und  
die **Höhe** dieser Rabatte, [...]“  
[4] das Vorliegen einer eventuellen **Strategie zur  
Verdrängung** der mindestens ebenso  
leistungsfähigen Wettbewerber.“

EuGH, Intel, Rn. 139

- **Quantitative Analyse (AEC-Test)**
- **Qualitative Analyse („alle Umstände des Einzelfalls“)**
  - **Per-se-Illegalität**

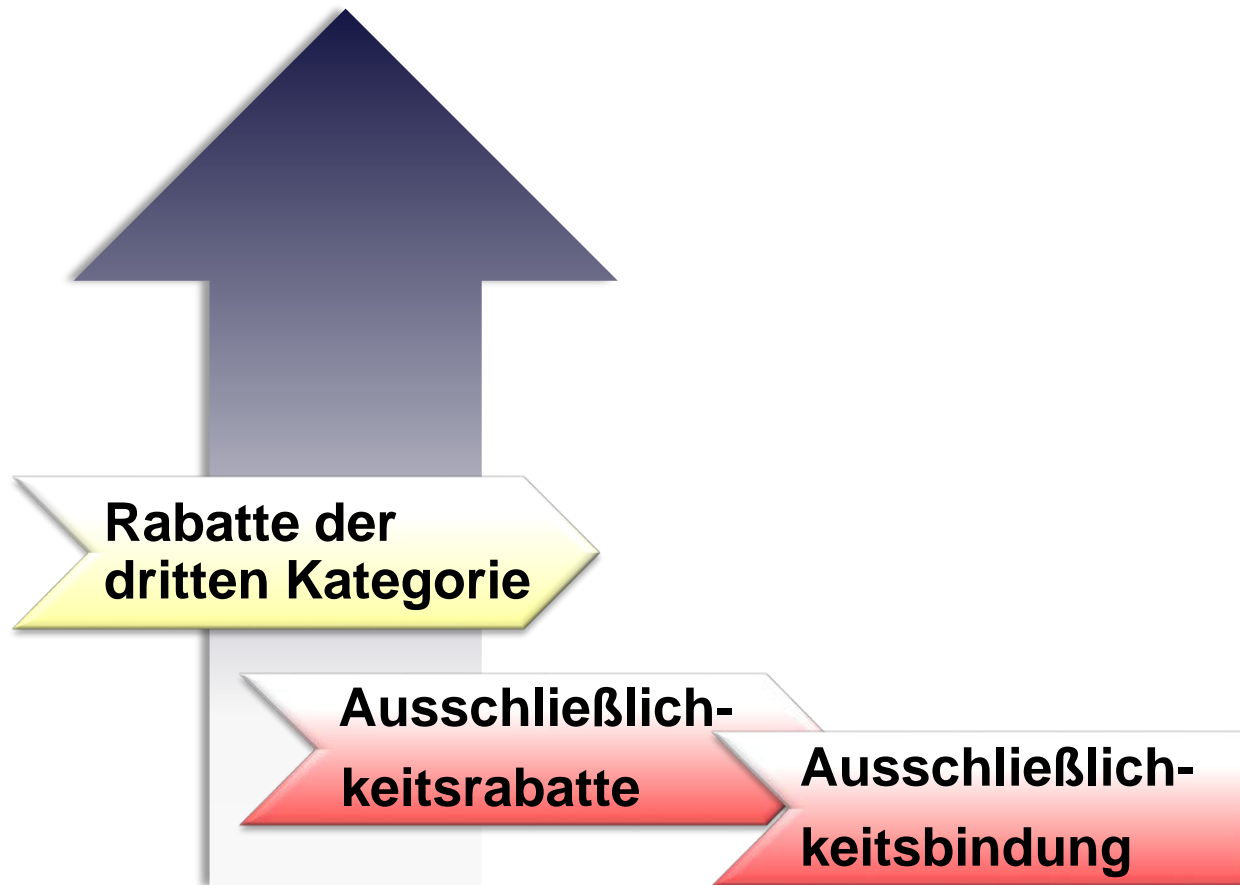
„[Es sollen] folgende Faktoren berücksichtigt werden:

- Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens;
- Bedingungen auf dem relevanten Markt;
- Stellung der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens;
- Stellung der Abnehmer bzw. der Anbieter von Inputs;
- Ausmaß des mutmaßlichen missbräuchlichen Verhaltens;
- Mögliche Beweise für eine tatsächliche Marktverschließung;
- Unmittelbare Beweise einer Behinderungsstrategie [...]

KOM, Prioritätenmitteilung (2009), Rn. 20

## Mengenrabatte

- **Quantitative Analyse (AEC-Test)**
- **Qualitative Analyse („alle Umstände des Einzelfalls“)**
  - **Per-se-Illegalität**





Menge

- Quant

„Diese Rechtsprechung [Hoffmann-La Roche] bedarf jedoch der **Konkretisierung** für den Fall, dass das betroffene Unternehmen **im Verwaltungsverfahren, gestützt auf Beweise, geltend macht**, dass sein Verhalten **nicht geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu beschränken** und insbes. die beanstandeten Verdrängungswirkungen zu erzeugen.“

„In diesem Fall ist die Kommission [...] verpflichtet, [...] eine **Analyse sämtlicher Umstände des Einzelfalls** [vorzunehmen].“

EuGH, Intel, Rn. 138, 139 und 142

- **Qualitative Analyse („alle Umstände des Einzelfalls“)**

- **Per-se-Illegalität**

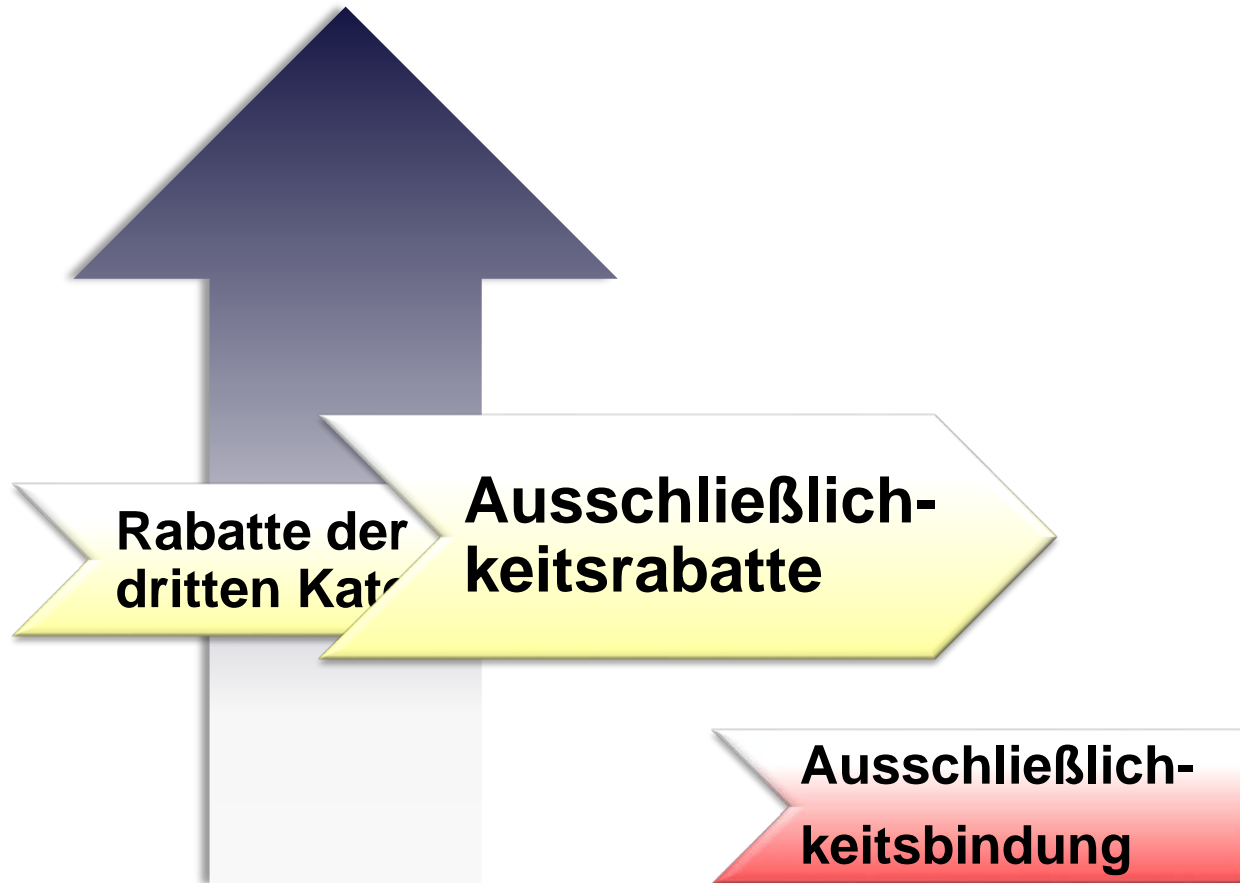
**Rabatte der dritten Kategorie**

**Ausschließlichkeitsrabatte**

**Ausschließlichkeitsbindung**

## Mengenrabatte

- **Quantitative Analyse (AEC-Test)**
- **Qualitative Analyse („alle Umstände des Einzelfalls“)**
  - **Per-se-Illegalität**



## Mengenrabatte

- **Quantitative Analyse (AEC-Test)**
- **Qualitative Analyse („alle Umstände des Einzelfalls“)**
  - **Per-se-Illegalität**

Kommission ist verpflichtet zu prüfen,  
„[1] das **Ausmaß der beherrschenden Stellung** des Unternehmens auf dem maßgeblichen Markt und  
[2] den **Umfang der Markterfassung** durch die beanstandete Praxis sowie  
[3] die **Bedingungen und Modalitäten** der in Rede stehenden Rabattgewährung, die **Dauer** und die **Höhe** dieser Rabatte zu prüfen, [...] **[4] das Vorliegen einer eventuellen Strategie zur Verdrängung** der mindestens ebenso leistungsfähigen Wettbewerber.“

EuGH, Intel, Rn. 139

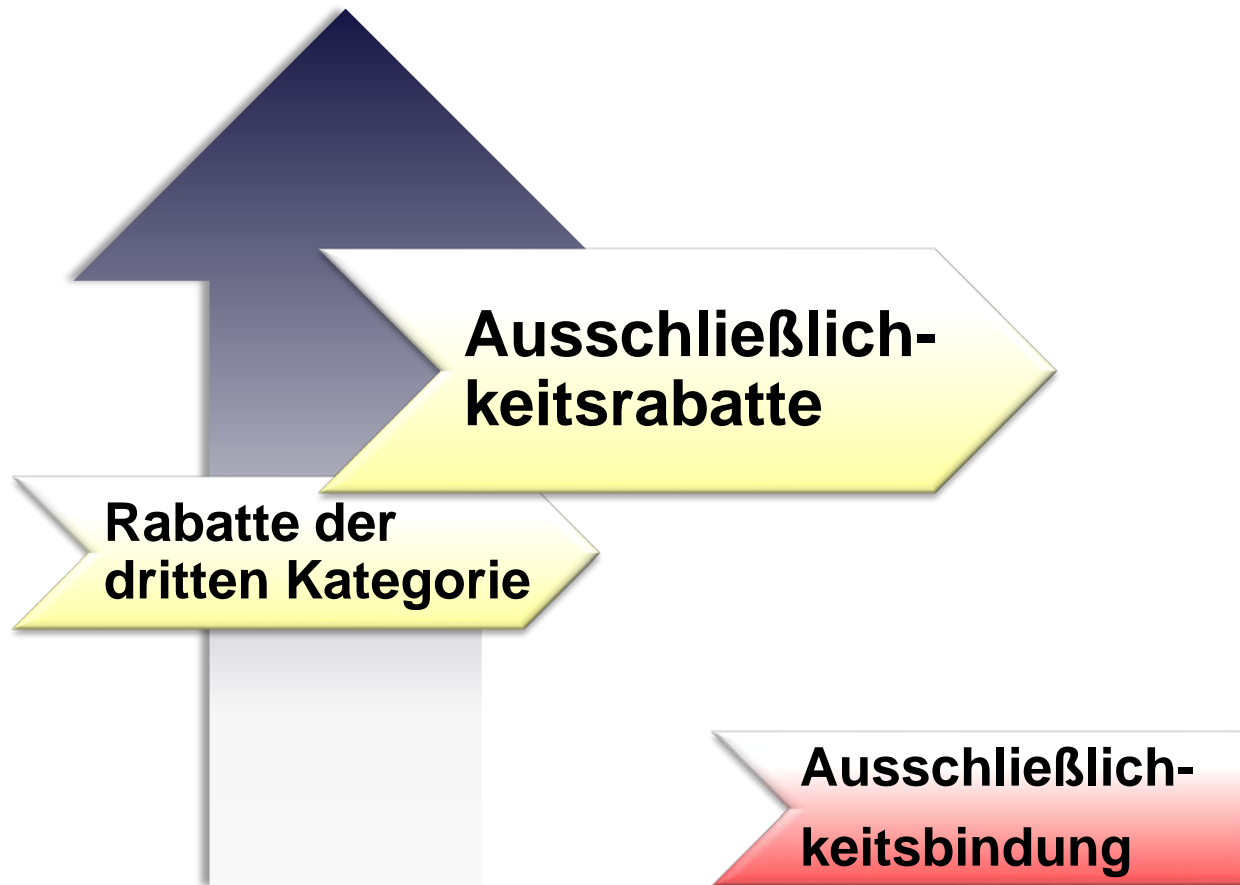
Rabatte der  
dritten Kategorie

**Ausschließlich-  
keitsrabatte**

**Ausschließlich-  
keitsbindung**

## Mengenrabatte

- **Quantitative Analyse (AEC-Test)**
  - *Widerlegung AEC-Test*
- **Qualitative Analyse („alle Umstände des Einzelfalls“)**
  - **Per-se-Illegalität**



## Mengenrabatte

- **Quantitative Analyse (AEC-Test)**
  - *Widerlegung AEC-Test*
- **Qualitative Analyse („alle Umstände des Einzelfalls“)**
  - **Per-se-Illegalität**

- Fehler im vorgelegten Kosten-Preis-Vergleich
  - Rechenfehler
  - Verwendung lediglich extrapolierter Zahlen
  - Zu groß bemessener bestreitbarer Teil d. Nachfrage
  - Unrichtige Allokation von Gemeinkosten
- Mangelnde Überzeugungskraft d. AEC-Tests, z. B.
  - auf Verdrängung gerichtete Gesamtstrategie,
  - Kombination der Rabatte mit weiteren Wettbewerbsbeschränkungen
  - REC statt AEC-Test.

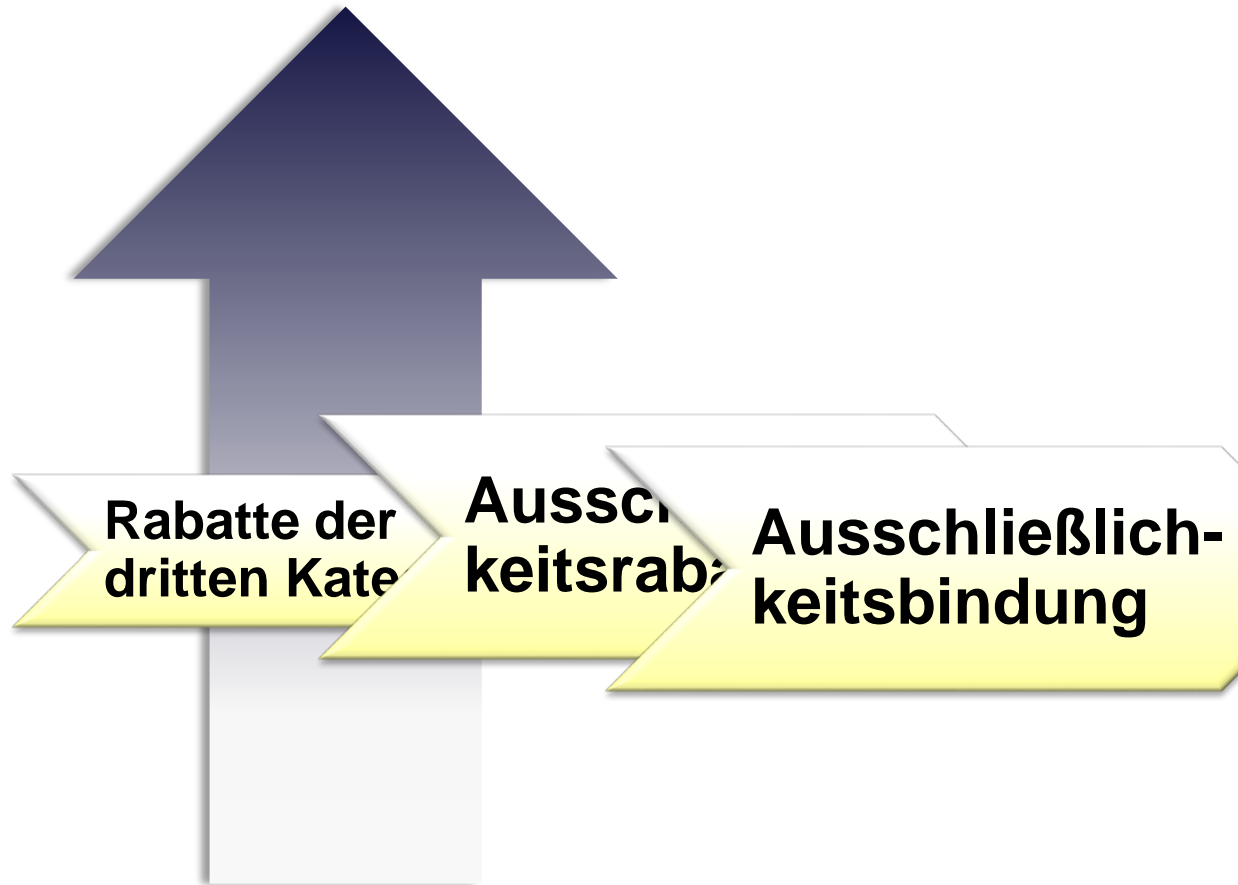
## Ausschließlichkeitsrabatte

## Rabatte der dritten Kategorie

## Ausschließlichkeitsbindung

## Mengenrabatte

- **Quantitative Analyse (AEC-Test)**
- **Qualitative Analyse („alle Umstände des Einzelfalls“)**
  - **Per-se-Illegalität**



## Argumente für Gleichbehandlung von

Ausschließlichkeitsrabatten und -bindungen :

- Wortlaut d. Urteils: EuGH stellt beide Varianten auf eine Stufe und will „diese“ Rechtsprechung dann konkretisieren.
- Teleologie d. Urteils:
  - Übergang zwischen einseitig angebotenenem Rabatt und vertraglicher Verpflichtung des Abnehmers ist fließend;
  - Ausschließlichkeitsbindung wird häufig finanziell entschädigt, kann jedenfalls leicht durch entsprechende finanzielle Anreize in „Rabattgewährung“ umgewandelt werden;
  - Wettbewerbsschädlichkeit einer Bindung ist bei kurzer Dauer der Verpflichtung mglw. geringer als im Fall einer Rabattgewährung mit langer Referenzperiode.

- **Qualitative Analyse** („alle Umstände des Einzelfalls“)

- **Per-se-Illegalität**

**Rabatte der dritten Kategorie**

**Ausschließlichkeitsrabatt**

**Ausschließlichkeitsbindung**

Mer

• Qu

**Argumente gegen Gleichbehandlung** von Ausschließlichkeitsrabatten und -bindungen:

- Wortlaut: Bedingungen der „Rabattgewährung“, nicht der Alleinbezugsvereinbarung sind zu prüfen (Rn. 139 f. Urteils).
- Teleologie: Abstrakt höhere Gefährlichkeit vertraglicher Verpflichtung im Vergleich zu durch Rabattsystem eingeräumter Option, vgl. auch strenges Verbot von Exklusivvereinbarungen durch Art. 101 AEUV (bloße 30 %-Schwelle in Vertikal-GVO).
- Jedenfalls keine Bindungswirkung der INTEL-Rspr. für Anwendung von § 19 GWB.

BKartA, 4. Dezember 2018, B 6 – 132/14-2, CTS EVENTIM, Rn. 250 f.

• **Qualitative Analyse** („alle Umstände des Einzelfalls“)

• **Per-se-Illegalität**

**Rabatte der dritten Kategorie**

**Ausschließlichkeitsrabatte**

**Ausschließlichkeitsbindung**



## Zusammenfassung

1. Die Kategorie der Ausschließlichkeitsrabatte wird aus kartellverwaltungsrechtlicher Entscheidungspraxis verschwinden. Faktisch ist stets Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls erforderlich. Privaten Klägern kommt Vermutungswirkung (per-se-Illegalität) aber weiterhin zugute.
2. Analyse einer insgesamt auf Verdrängung angelegten Strategie des Marktherrschers dürfte zukünftig eine (noch) größere Bedeutung zukommen.
3. Behörde ist in Rabattfällen nicht zur Durchführung eines Kosten-Preis-Vergleichs (AEC-Test) verpflichtet. Widerlegung eines etwaigen AEC-Tests wird aber faktisch erforderlich sein. In Betracht kommen u. a. der Hinweis auf Rechenfehler, auf Zweifel an den eingesetzten Variablen oder auf die mangelnde Aussagekraft des Tests im konkreten Fall (hierzu Cour d'appel de Paris, 17.5.2018, Rn. 318 ff.).
4. Meines Erachtens hat Kartellbehörde alle Umstände des Einzelfalls grundsätzlich auch bei Ausschließlichkeitsbindungen zu berücksichtigen.
5. In *Intel* hebt der EuGH die Nachweisanforderungen zwar an. Die praktischen Auswirkungen dürften aber gering sein, weil sich die Kartellbehörden ohnehin nicht auf bloße per-se-Illegalität zurückziehen, den Sachverhalt vielmehr schon jetzt umfassend analysieren.

**Danke für Ihr Interesse und Ihre  
Aufmerksamkeit!**



Prof. Dr. Florian Bien

Lehrstuhl für globales Wirtschaftsrecht,  
internationale Schiedsgerichtsbarkeit und  
Bürgerliches Recht, Universität Würzburg

[bien@jura.uni-wuerzburg.de](mailto:bien@jura.uni-wuerzburg.de)