

sachlich zu rechtfertigen.²⁴³ *Zetzsche* differenziert dabei zwischen „organrelevanten Informationen“ innerhalb des Subsystems Verband, auf die er auch die verbandsrechtlichen Rechtfertigungskriterien übertragen will, und „anlagebezogenen Informationen“, für die gesetzliche Informationsprivilegien Rechtfertigungsmaßstäbe lieferten.²⁴⁴ Kann eine Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt werden, sei der Normadressat ohne weiteres verpflichtet, allen Anlegern den gleichen Informationszugang einzuräumen.²⁴⁵ Interessant – aber mit Blick auf die gesetzlichen Grundlagen²⁴⁶ konsequent – ist die Differenzierung bei den Rechtsfolgen: Ein subjektives Recht auf Durchsetzung des Informationsanspruchs gewähre das Gesetz nur dem Aktionär.²⁴⁷ Für den potentiellen Anleger handle es sich lediglich um eine objektiv wirkende Gleichbehandlungspflicht.²⁴⁸

IV. Gleichbehandlungspflichten im Wettbewerbsrecht

1. Gleichbehandlungspflichten und Wettbewerb – Ein exemplarisches Spannungsverhältnis

Gleichbehandlungspflichten im Wettbewerb – das scheint sich auf den ersten Blick zu widersprechen. Die Behinderung der Konkurrenten und die Ungleichbehandlung privater Akteure sind im Grundsatz wettbewerbsimmanente Methoden, um seine eigene Leistung am Markt durchzusetzen.¹ Jedenfalls „sind diese Verhaltensweisen, auch wenn sie von marktmächtigen Unternehmen mit einer starken Marktstellung angewendet werden, häufig in ihren wettbewerbslichen Auswirkungen ambivalent und können deshalb nicht ohne weiteres als wettbewerbschädlich angesehen werden.“² Ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot für Unternehmen – so die allgemeine Auffassung³ – sei daher nicht wettbewerbskonform:

„Ein solches Verbot würde der Natur des Wettbewerbs widersprechen, dem Differenzierung und nicht Gleichbehandlung eigen ist. Auszugehen ist vielmehr vom Grundsatz der Vertragsfreiheit. Jedem Unternehmen steht es frei, mit wem und mit welchem Inhalt es Verträge abschließt. Die Grenze der Vertragsfreiheit ist erreicht, wenn ein Unternehmen

243 *Zetzsche*, Aktionärsinformation, 2006, 327 ff.

244 Dazu *Zetzsche*, Aktionärsinformation, 2006, 327 ff.

245 *Zetzsche*, Aktionärsinformation, 2006, 336 ff.

246 Dazu oben § 5 III 3.

247 Im Einzelnen *Zetzsche*, Aktionärsinformation, 2006, 346 ff, 355 f.

248 *Zetzsche*, Aktionärsinformation, 2006, 353 f, 356.

1 Statt vieler *Loewenheim* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, KartR, § 20 GWB Rn. 2.

2 *Markert* in: *Immenga/Mestmäcker*, § 20 GWB Rn. 8.

3 *Eilmannsberger* in: *MünchKomm-KartR*, Art. 82 EG Rn. 264; *Loewenheim* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, KartR, § 20 GWB Rn. 2; *Bunte* in: *Langen/Bunte*, Art. 82 Rn. 210; jüngst eingehend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2.

*Marktmacht besitzt und die Marktpartner daher nicht auf andere Wettbewerber ausweichen können.*⁴

Grundsätzlich gilt also Vertragsfreiheit. Daher hat jedes Unternehmen das Recht, seine Handelspartner frei zu wählen und frei über den Einsatz seines (geistigen) Eigentums zu entscheiden.⁵ Seit *Ludwig Raiser*⁶ und *Franz Böhm*⁷ wissen wir aber, dass „private Macht“ einzelner Marktakteure dazu führen kann, dass „der freie Wettbewerb seine ordnende Kraft“⁸ einbüßt. Wegen der Marktmacht der agierenden Unternehmen kann man nicht mehr ohne weiteres davon ausgehen, dass der Wettbewerb und die ihm inhärente „Entmachtungsfunktion“⁹ die Voraussetzungen für eine sachgemäße Ausübung der Vertragsfreiheit herstellen.¹⁰ Marktbeherrschende oder marktmächtige Stellungen können die betreffenden Unternehmen dazu verleiten, ihre wirtschaftliche Macht als entscheidenden Transaktionsfaktor einzusetzen. Sie gefährden daher *per se* die intendierte Wettbewerbsordnung im europäischen Mehrebenensystem.¹¹ Darauf reagiert das moderne Wettbewerbsrecht mit Missbrauchs- (Art. 102 S. 1 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB), Behinderungs- und Diskriminierungsverboten (§ 20 Abs. 1, 2 GWB). Darin weist es dem Unternehmen mit einer marktbeherrschenden¹² Stellung eine besondere Verantwortung für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu.¹³ Eine „besondere Verantwortung“ bedeutet, dass marktbeherrschenden Unternehmen bestimmte Verhaltensweisen, die anderen Unternehmen erlaubt sind, verschlossen werden.¹⁴ Das Unternehmen darf seine eigenen geschäftlichen Interessen nur „in vernünftigen Maße“ am Markt durchsetzen und seine Maßnahmen müssen in einem angemessenen Verhältnis zu den eigenen wirtschaftlichen Interessen stehen.¹⁵ Anders formuliert: Marktbeherrschende Unternehmen können ihre Entscheidungen am Markt nicht schlechthin unter Berufung auf die Privatautonomie

4 Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 UWG Rn. 10.211.

5 EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands Co. v. Komm.* = Slg. 1978, 207; EuG, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04 – *Microsoft v. Komm.* = Slg. 2007, II-3601 Rn. 319; Mitteilung der Kommission: Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABL Nr. C 45 v. 24.2.2009, 7 [im Folgenden: Kommission, Erläuterungen zu Art. 82], Rn. 75.

6 Eingehend oben § 4 I 1.

7 Eingehend oben § 4 I 4.

8 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 93 (dazu bereits oben § 4 I 1).

9 *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 20.

10 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 445.

11 So zum AEUV *Jung* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 AEUV Rn. 6.

12 § 20 Abs. 1 und 2 GWB erweitern den Adressatenkreis erheblich.

13 Vgl. EuGH, Urt. v. 9.11.1983, Rs. 322/81 – *Michelin v. Komm.* = Slg. 1983, 3461 Rn. 57.

14 EuG, Urt. v. 30.9.2003, Rs. T-191/98 – *Atlantic Container Line v. Komm.* = Slg. 2003, II-3275 Rn. 1460; EuG, Urt. v. 30.1.2007, T-340/03 – *France Télécom v. Komm.* = Slg. 2007, II-107 Rn. 186 (bestätigt von EuGH, Urt. v. 24.2.2009, Rs. C-202/07 P – *France Télécom SA v. Komm.* = Slg. 2009, I-2369 Rn. 105).

15 EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands Co. v. Komm.* = Slg. 1978, 207 Rn. 183 ff; EuGH, Urt. v. 16.9.2008, Verb. Rs. C-468/06 bis C-478/06 – *Sot. Lelos kai Sia EE ua v. GlaxoSmith-Kline AVE Farmakeftikon Proionton* = Slg. 2008, I-7139 Rn. 50.

legitimieren. Unter bestimmten Umständen müssen sie ihre Maßnahmen grundsätzlich objektiv (sachlich) rechtfertigen.¹⁶ Konsequenz der „besonderen Verantwortung“ ist es, dass die Vertragsabschluss- und -inhaltsfreiheit des marktbeherrschenden Unternehmens im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs eingeschränkt werden. Die marktbeherrschende Stellung bzw. die relative Marktmacht (§ 20 Abs. 2 GWB) alleine genügen allerdings nicht, um vom Grundsatz der Vertragsbegründungsfreiheit abzuweichen. Es muss ein verschärfendes Moment hinzutreten, das mit „Missbrauch“ (Art. 102 S. 1 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB), „unbilliger Behinderung“ (§ 20 Abs. 1 Var. 1 GWB) oder „ungleicher Behandlung“ (§ 20 Abs. 1 Var. 2 GWB) umschrieben wird.¹⁷

Ein Beispiel dafür ist die rechtliche Behandlung der *de novo*-Lieferverweigerung.¹⁸ Weigert sich ein marktbeherrschendes Unternehmen, in geschäftliche Beziehungen mit einem anderen Unternehmen zu treten, müssen nach der bisherigen Rechtsprechung „außergewöhnliche Umstände“ vorliegen, um einen Missbrauch zu begründen.¹⁹ Betrachtet man allerdings die europäische Entscheidungspraxis²⁰ genauer, kommt man zu einem Kontrahierungszwang des marktbeherrschenden Unternehmens, *soweit* es die begehrte Leistung bereits am Markt vergleichbaren Dritten anbietet und die Ablehnung des Zugangsprätendenten nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen kann.²¹ Weniger Begründungsaufwand erfordern die Fälle des Geschäftsabbruchs bzw. der Nichtverlängerung²² eines bestehenden Vertrags.²³ Beendet das marktbeherrschende Unternehmen eine bestehende Geschäftsbeziehung, obwohl das Geschäftsgebarren seines Vertragspartners den Handelsgebräuchen entspricht und sich dessen Bestellung im Rahmen des Üblichen hält,²⁴ muss es sich dafür *grundsätzlich* rechtfertigen.²⁵ Die

16 Vgl. EuG, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04 – *Microsoft v. Komm.* = Slg. 2007, II-3601 Rn. 331, 333.

17 Vgl. *Raiser*, Kontrahierungszwang und Monopolrecht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht, Univ. Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 523, 534.

18 Zur Einschätzung der Kommission siehe Erläuterungen zu Art. 82 (Fn. 837), Rn. 84; vgl. dazu vertiefend *Brand* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, Art. 102 AEUV Rn. 375 ff.

19 Siehe EuGH, Urt. v. 30.4.1974, Rs. 155/73 – *Giuseppe Sacchi* = Slg. 1974, 409 Rn. 17; EuGH, Urt. v. 2.3.1983, Rs. 7/82 – *GVL v. Komm.* = Slg. 1983, 483 Rn. 41 ff; EuGH, Urt. v. 16.11.1998, Rs. C-7/97 – *Oscar Bronner GmbH & Co KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG ua* = Slg. 1998, I-7791 Rn. 41.

20 Zum deutschen Recht näher unten § 5 IV 3.

21 Eingehend dazu *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 321 ff; vgl. dazu auch *Schröter* in: von der Groeben/Schwarze, Art. 82 EGV Rn. 267; *Eilmannsberger* in: MünchKommKartR, Art. 82 EG Rn. 269.

22 Zur Vergleichbarkeit beider Konstellationen *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 311.

23 *Brand* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, Art. 102 AEUV Rn. 365, 375.

24 Grundlegend EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands Co. v. Komm.* = Slg. 1978, 207 Rn. 182 f.

25 Grundlegend EuGH, Urt. v. 6.3.1974, Rs. 6 und 7/73 – *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. und Commercial Solvents Corporation v. Komm.* = Slg. 1974, 223 Rn. 25; EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands Co. v. Komm.* = Slg. 1978, 207 Rn. 183 ff; EuGH, Urt. v. 16.9.2008, Verb. Rs. C-468/06 bis C-478/06 – *Sot. Lelos kai Sia EE ua v. GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proïonton* = Slg. 2008, I-7139 Rn. 34.

Lieferverweigerung würde nämlich die Absatzmöglichkeiten zum Nachteil der Verbraucher beschränken und „eine *Diskriminierung* schaffen, die bis zur Ausschaltung eines Geschäftspartners vom relevanten Markt gehen könnte“. ²⁶ Das Unionsrecht verbietet es also marktbeherrschenden Unternehmen, eine bestehende Geschäftsbeziehung üblichen Umfangs gleichheitswidrig abubrechen, es sei denn, der Abbruch oder die Reduktion sind objektiv gerechtfertigt und verhältnismäßig. ²⁷ Dasselbe gilt im Kern auch, wenn die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung gleichheitswidrig versagt wird. ²⁸ Die Ungleichbehandlung der Marktakteure wird in dieser Konzeption zum Indiz missbräuchlichen Verhaltens. ²⁹ Darin sehe ich eine Ausprägung des „Prinzips der Gleichbehandlung“ im Wettbewerbsrecht.

Damit negiere ich nicht die vertrags- und wettbewerbstheoretischen Unterschiede beider Konstellationen. Es spricht nämlich einiges dafür, „dass sich die Beendigung einer bestehenden Lieferbeziehung eher als missbräuchlich erweist als eine *de novo*-Lieferverweigerung.“ ³⁰ Immerhin hat das marktbeherrschende Unternehmen mit der Aufnahme von Vertragsbeziehungen eine Abhängigkeits- und Gefährdungssituation des anderen Unternehmens begründet. ³¹ Die deshalb sinnvolle Differenzierung beider Fallgruppen kann man durchaus auch auf Rechtfertigungsebene vornehmen. Dafür kommt es entscheidend darauf an, ob die Maßnahme mit dem Ziel vereinbar ist, Verfälschung im Wettbewerb zu vermeiden. Bei einem gleichbehandlungswidrigen Lieferabbruch ist von einem strengen Prüfungsmaßstab auszugehen. Sachlich gerechtfertigt war beispielsweise die Entscheidung eines Mineralölunternehmens während der Ölkrise in den 1970er Jahren, zwischen Vertragsabnehmern und Gelegenheitskunden zu differenzieren. Eine gleiche Lieferung an die Gelegenheitsabnehmer würde seine vertraglichen Bindungen zur Stammkundschaft unzumutbar beeinträchtigen. ³² Insgesamt gewährleistet Art. 102 AEUV eine weitreichende Gleichbehandlungs-

26 Dazu jetzt EuGH, Urt. v. 16.9.2008, Verb. Rs. C-468/06 bis C-478/06 – *Sot. Lelos kai Sia EE ua v. GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proionton* = Slg. 2008, I-7139 Rn. 34, 49 unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands Co. v. Komm.* = Slg. 1978, 207 Rn. 182 f (Hervorhebung hinzugefügt).

27 EuGH, Urt. v. 6.3.1974, Rs. 6 und 7/73 – *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. und Commercial Solvents Corporation v. Komm.* = Slg. 1974, 223 Rn. 25; EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands Co. v. Komm.* = Slg. 1978, 207 Rn. 182 f; EuGH, Urt. v. 16.9.2008, Verb. Rs. C-468/06 bis C-478/06 – *Sot. Lelos kai Sia EE ua v. GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proionton* = Slg. 2008, I-7139 Rn. 34, 39, 50.

28 Für eine im Ausgangspunkt identische Behandlung beider Fallgruppen auch die Kommission, Erläuterungen zu Art. 82 (Fn. 837), Rn. 84; dazu *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 344.

29 Mit anderem Begründungsansatz auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 a) bb).

30 Kommission, Erläuterungen zu Art. 82 (Fn. 837), Rn. 84; dazu *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 349; auf die bestehenden Unterschiede hinweisend auch *Brand* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, Art. 102 AEUV Rn. 374.

31 *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 312.

32 EuGH, Urt. v. 29.6.1978, Rs. 77/77 – *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV v. Komm.* = Slg. 1978, 1513 Rn. 29 ff.

pfligt marktbeherrschender Unternehmen: Innerhalb einer bestehenden Geschäftsbeziehung ist es zur gleichen Behandlung — sprich: zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung! — seiner Geschäftspartner verpflichtet. Soweit es um die Konditionen geht, folgt diese Pflicht aus Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV,³³ soweit es um die Fortsetzung der Geschäftsbeziehung geht, aus der Generalklausel, und gegenüber potentiellen Handelspartnern insgesamt auf Grundlage der Generalklausel.

Das „Prinzip der Gleichbehandlung“ durchzieht das europäische und nationale Wettbewerbsrecht. Beide Regelungsbereiche kennen eine Reihe von ausdrücklichen Gleichbehandlungspflichten.³⁴ In der wettbewerbsrechtlichen Literatur werden diese Bestimmungen üblicherweise als „Diskriminierungsverbote“ bezeichnet. Das ist unschädlich.³⁵ In der Sache handelt es sich um klassische Gleichbehandlungspflichten, also rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlungen vergleichbarer Sachverhalte. Ihre Existenz zeigt, dass das Recht Ungleichbehandlungen im Wettbewerb als Indikatoren für eine Gefährdung der Freiheit des Wettbewerbs wahrnimmt. Für das Recht bedeutet „Freiheit des Wettbewerbs“, die wettbewerbslichen Entfaltungsmöglichkeiten für alle Marktbeteiligten zu gewährleisten. Der Schutz des Wettbewerbs als Institution zwingt zum Schutz der einzelnen Marktbeteiligten vor Wettbewerbsbeschränkungen.³⁶ Es wird sich zeigen, dass die wichtigste Funktion der kartellrechtlichen Gleichbehandlungsgebote darin liegt, diese wettbewerbsliche Entfaltungsfreiheit zu sichern.³⁷ Zentrale Aufgabe der Ausgestaltung kartellrechtlicher Gleichbehandlungsgebote ist es, die wettbewerbskonforme Ungleichbehandlung von der Ungleichbehandlung zu unterscheiden, die auf wettbewerbsfremden Faktoren beruht und zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führt. Das geltende Recht löst die damit einhergehende Abgrenzung von wettbewerbskonformer und wettbewerbsfeindlicher Freiheitsausübung auf zwei Ebenen: (1.) Das Wettbewerbsrecht beschränkt den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich von Gleichbehandlungsgeboten auf bestimmte Konstellationen, bei denen es typisierend von einer Gefährdung des Wettbewerbs ausgeht. (2.) Eine Ungleichbehandlung kann grundsätzlich vom ungleich behandelnden Akteur gerechtfertigt werden. Damit öffnet sich das Recht erneut der Eigenrationalität der Wirtschaft, um die im Einzelfall zugunsten der

33 Dazu gleich unter § 5 IV 2.

34 Art. 101 Abs. 1 lit. d) AEUV, Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV sowie § 19 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 und § 20 Abs. 1 Var. 2, Abs. 3 und Abs. 6 GWB.

35 Anders aber Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II, nach dem eine falsche Nähe zu den angeblich völlig unterschiedlich strukturierten Diskriminierungsverboten des AGG evoziert werde.

36 Zum Stand der Schutzobjektdiskussion Schmidt, AcP 206 (2006), 169, 187 f; vertiefend Busche, Privatautonomie, 1999, 315 ff.

37 So auch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 a) aa), wenn auch mit stärkerer Akzentuierung der institutionellen Funktion wettbewerbsrechtlicher Gleichbehandlungsgebote.

Wettbewerbskonformität des Verhaltens vorgebrachten Gründe adäquat verarbeiten zu können.

2. Das „Prinzip der Gleichbehandlung“ am Beispiel der Preis- und Konditionenspaltung

Die Ungleichbehandlung ist Voraussetzung eines funktionsfähigen Wettbewerbs und zugleich potentielle Störung dieses Wettbewerbs.³⁸ Das erzeugt ein Spannungsfeld, dessen rechtliche Auflösung ich exemplarisch anhand der Preis- und Konditionenspaltung skizzieren möchte.

a) Geltungsgrund

Die Preis- und Konditionenungleichbehandlung ist sowohl unionsrechtlich (Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV)³⁹ als auch im nationalen Recht (§ 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB) ein nicht abschließendes Regelbeispiel einer missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 S. 1 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB). Strukturell handelt es sich bei beiden Regelungen um besondere Gleichbehandlungsgebote zugunsten der jeweiligen Marktgegensseite.⁴⁰ Der deutsche Rechtsanwender ist verpflichtet, bei Verhaltensweisen, die sich auf den zwischenstaatlichen Handel auswirken können (Art. 102 S. 1 AEUV), neben § 19 GWB zugleich auch Art. 102 AEUV parallel anzuwenden (Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003).⁴¹ Soweit es sich dabei um einseitige Maßnahmen eines Unternehmens handelt, können die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte auch ein gegenüber Art. 102 AEUV strengeres nationales Recht (Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003) anwenden. Das gilt in Deutschland für die Missbrauchskontrolle nach § 19 GWB und für das Verbot wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens von marktbeherrschenden und marktstarken Unternehmen gem. §§ 20, 21 GWB.⁴² Der Missbrauchsbegriff wird kraft nationalen Rechts weitgehend übereinstimmend mit Art. 102 AEUV ausgelegt.⁴³ In der Praxis spielen die vier in § 19 Abs. 4 GWB genannten Regelbeispiele eines Missbrauchs die weitaus größte Rolle.⁴⁴ Zwischen

38 Dazu jetzt eingehend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) aa) mwN.

39 Siehe EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72 – *Europemballage & Continental Can Co. Inc. v. Komm.* = Slg. 1976, 215 Rn. 26; EuGH, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04 P – *British Airways Plc v. Komm.* = Slg. 2007, I-2331 Rn. 57 f.

40 Siehe Brand in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, Art. 102 AEUV Rn. 463.

41 VO (EG) 1/2003 v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L Nr. 1 v. 4.1.2003, 1 (KartellVerf-VO).

42 Vgl. dazu Bericht über das Funktionieren der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates, KOM(2009) 206 endg., Rn. 21.

43 Säcker/Gosse/Wolf in: MünchKomm-KartellR, § 19 GWB Rn. 62; Weyer in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 19 GWB Rn. 817 f.

44 Bechtold, GWB, § 19 Rn. 75.

den Regelbeispielen in § 19 Abs. 4 GWB und Art. 102 AEUV bestehen im Ergebnis aber keine wesentlichen Unterschiede.⁴⁵

b) Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung

(1) Eingeschränkter Adressatenkreis: marktbeherrschende Unternehmen

Normadressaten der unionsrechtlichen Gleichbehandlungspflicht sind nur Unternehmen mit „einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt“ (Art. 102 S. 1 AEUV). Damit ist die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses (1.) in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm (2.) die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.⁴⁶ Auch der persönliche Anwendungsbereich des § 19 GWB beschränkt sich auf Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung. Das ist keine feststehende Eigenschaft eines Unternehmens.⁴⁷ Sie wird nach allgemeiner Ansicht mit einem zweistufigen Verfahren ermittelt:⁴⁸ Zunächst wird der sachlich, räumlich und gelegentlich auch zeitlich relevante Markt abgegrenzt (vgl. § 19 Abs. 2 S. 1 GWB). Auf dem so definierten Markt ist dann anhand von Marktstruktur- und Marktverhaltenskriterien der Grad der Marktbeherrschung zu ermitteln. Nach dem Gesetz ist ein Unternehmen marktbeherrschend, wenn es eines von vier Kriterien erfüllt (§ 19 Abs. 2 GWB).

Art. 102 AEUV soll den wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt vor Verfälschungen schützen.⁴⁹ Daher verbietet die Norm Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann.⁵⁰ Daraus ergeben sich die zwei Regelungsziele des Art. 102 AEUV: Das Verbot schützt primär den (Rest-) Wettbewerb als Institution.⁵¹ Zu-

45 Begr. RegE 6. GWB-Novelle, BT-Drs. 13/97209, S. 36.

46 St. Rspr. des EuGH, vgl. EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands Co. v. Komm.* = Slg. 1978, 207 Rn. 63 ff; EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76 – *Hoffmann-La Roche v. Komm.* = Slg. 1979, 461 Rn. 38; zuletzt EuGH, Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07 P – *France Télécom SA v. Komm.* = Slg. 2009, I-2369 Rn. 103; siehe dazu jetzt auch Erläuterungen zu Art. 82 (oben Fn. 5). Zum Verhältnis beider Kriterien zueinander siehe *Eilmannsberger* in: MünchKomm-KartR, Art. 82 EG Rn. 72 f; *Bergmann* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, Art. 82 EG Rn. 94.

47 *Ruppelt* in: Langen/Bunte, § 19 Rn. 15.

48 Dazu statt aller *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, § 19 GWB Rn. 18 ff; *Bechtold*, GWB, § 19 Rn. 3 f.

49 EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76 – *Hoffmann-La Roche v. Komm.* = Slg. 1979, 461 Rn. 132.

50 Grundlegend EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72 – *Europemballage & Continental Can Co. Inc. v. Komm.* = Slg. 1976, 215 Rn. 26; zuletzt EuGH, Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07 P – *France Télécom SA v. Komm.* = Slg. 2009, I-2369 Rn. 105.

51 *Schröter* in: von der Groeben/Schwarze, Art. 82 EGV Rn. 23; *Eilmannsberger* in: MünchKomm-KartR, Art. 82 EGV Rn. 6; *Bulst* in: Langen/Bunte, Art. 82 Rn. 10; *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 5.

gleich schützt es die Marktgegenseite.⁵² Das besondere Gleichbehandlungsverbot des Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV ist Bestandteil dieses Systems:⁵³ Das Geschäftsverhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung darf den Wettbewerb auf einem vor- oder nachgelagerten Markt, also zwischen Zulieferern oder Abnehmern, nicht verzerren. Im Wettbewerb untereinander sollen die Vertragspartner dieses Unternehmens nicht bevorzugt oder benachteiligt werden. Das marktbeherrschende Unternehmen trägt eine „besondere Verantwortung“ dafür, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt nicht beeinträchtigt.⁵⁴

Wie bei Art. 102 AEUV ist es Ziel des Verbotstatbestandes in § 19 GWB, Missbräuchen wirtschaftlicher Macht, die mit dem Fehlen wirksamen Wettbewerbs zusammenhängen, zu begegnen. § 19 GWB schützt Dritte in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit⁵⁵ und damit das „Entdeckungsverfahren Wettbewerb“ insgesamt.⁵⁶ Das Recht begrenzt den Handlungsspielraum des marktbeherrschenden Unternehmens, um Handlungsspielräume anderer Marktteilnehmer zu eröffnen.⁵⁷ An die Stelle einer als unbegrenzt konzipierten Privatautonomie tritt eine Konzeption der beschränkten Vertragsfreiheit, deren Ziel es ist, die Voraussetzungen der Privatautonomie aller Marktteilnehmer zu verwirklichen. Die Herstellung von Wettbewerb bedeutet also zugleich Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit.⁵⁸ Zur Lösung entscheidet sich das deutsche Recht ebenfalls für das „Prinzip Gleichbehandlung“. Die Preis- und Konditionenspaltung ist im Ausgangspunkt ein Anwendungsfall des Ausbeutungsmissbrauchs.⁵⁹ Das Gesetz unterstellt, dass ein höherer Preis nur deshalb auf dem beherrschten Markt zu Lasten der Kunden durchgesetzt werden kann, weil die Wettbewerbskräfte versagen, während das Unternehmen auf einem vergleichbaren Markt wegen des dort bestehenden Wettbewerbsdrucks zur Zurückhaltung bei der Ausübung seiner Marktmacht gezwungen ist.⁶⁰ Während im Normalfall eines Ausbeutungsmissbrauchs eine hypothetische „als-ob-Betrachtung“ notwendig ist (§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB), verweist § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB auf einen einfacher zu ermittelnden Vergleichsmaßstab: die vom Unternehmen selbst auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Abnehmern geforderten Konditionen.

52 *Eilmannsberger* in: MünchKomm-KartR, Art. 82 EG Rn. 5 f; *Bulst* in: Langen/Bunte, Art. 82 Rn. 10 f; *Brand* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, Art. 102 AEUV Rn. 463.

53 EuGH, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04 P – *British Airways Plc v. Komm.* = Slg. 2007, I-2331 Rn. 143.

54 EuGH, Urt. v. 9.11.1983, Rs. 322/81 – *Michelin v. Komm.* = Slg. 1983, 3461 Rn. 57; EuGH, Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07 P – *France Télécom SA v. Komm.* = Slg. 2009, I-2369 Rn. 105.

55 Grundlegend dazu *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 252.

56 Dazu vertiefend *Busche*, Privatautonomie, 1999, 312 ff.

57 *Paschke* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 19 Rn. 9; vgl. dazu das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundeswirtschaftsministerium v. 24.6.1962 zur Reform des GWB, BT-Drs-IV/617, S. 96 f.

58 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 318.

59 BGHZ 142, 239, 247 – *Flugpreisspaltung*; kritisch dazu *Bechtold*, NJW 2001, 3159, 3162.

60 BGHZ 142, 239, 246 – *Flugpreisspaltung*.

Ausgangspunkt der Missbrauchskontrolle sind also die eigenen Präferenzen des Unternehmens, an die es im Interesse des funktionsfähigen Wettbewerbs gebunden wird.⁶¹ Das Unternehmen wird deshalb zur Gleichbehandlung seiner Abnehmer verpflichtet.

Das Prinzip der Gleichbehandlung schlägt sich im Aufbau beider Regelbeispiele nieder: (1.) Das marktbeherrschende Unternehmen muss (a) auf vergleichbaren Märkten (b) eine Gruppe von Handelspartnern/Abnehmern anders behandeln als (c) vergleichbare Handelspartner/Abnehmer; (2.) diese ungleiche Behandlung darf nicht sachlich gerechtfertigt sein und sie muss – im Unionsrecht – (3.) zusätzlich eine Wettbewerbsverfälschung bewirken.

(2) Deskriptive Konzeption der Ungleichbehandlung

Das marktbeherrschende Unternehmen muss seine Handelspartner trotz gleichwertiger Leistungen ungleich behandeln (Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV). Handelspartner sind Unternehmen, die im Verhältnis zum Marktbeherrscher auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem bereits in geschäftlichem Kontakt sind⁶² und in einem Konkurrenzverhältnis zu anderen Handelspartnern des Marktbeherrschers stehen⁶³. Alle übrigen Marktakteure (potentielle Handelspartner⁶⁴ und Endverbraucher⁶⁵) sind nicht erfasst. Sie fallen jedoch in den Anwendungsbereich des allgemeinen Missbrauchsverbots (Art. 102 S. 1 AEUV).⁶⁶ Das Regelbeispiel ist also ein „besonderes Gleichbehandlungsgebot“. Es verdichtet die allgemeine Verantwortung des marktbeherrschenden Unternehmens bei bestehenden Vertragsbeziehungen ohne weiteres zur Gleichbehand-

61 So auch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) bb).

62 Bunte in: Langen/Bunte, Art. 82 Rn. 214.

63 EuGH, Urt. v. 16.12.1975, Rs. 40/73 – *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie ua v. Komm.* = Slg. 1975, 1663 Rn. 525; näher Brand in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, Art. 102 AEUV Rn. 481.

64 Siehe Brand in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, Art. 102 AEUV Rn. 483. Anders entschied die Kommission noch im GVL-Fall (Entscheidung v. 29.10.1981 betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 des EWG-Vertrags (IV/29.839 – GVL), ABl. L 370 v. 28.12.1981, S. 49, Rn. 51 f.). Der Gerichtshof ist dem Ansatz dort nicht gefolgt, vgl. EuGH, Urt. v. 2.3.1983, Rs. 7/82 – *GVL v. Komm.* = Slg. 1983, 483 Rn. 56. Mittlerweile scheint die Kommission davon auch wieder abgerückt zu sein, vgl. ihre Stellungnahme in der Rs. Bronner, EuGH, Urt. v. 16.11.1998, Rs. C-7/97 – *Oscar Bronner GmbH & Co KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG ua* = Slg. 1998, I-7791 Rn. 30; mit guten Gründen für die Berücksichtigung auch potentieller Handelspartner: Weiß in: EUV/AEUV, Art. 102 AEUV Rn. 56.

65 Schröter in: von der Groeben/Schwarze, Art. 82 Rn. 249; Bulst in: Langen/Bunte, Art. 82 Rn. 215; Brand in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, Art. 102 AEUV Rn. 482; anders auch hier Weiß in: EUV/AEUV, Art. 102 AEUV Rn. 56.

66 Zu den potentiellen Handelspartnern vgl. Bunte in: Langen/Bunte, Art. 82 Rn. 214; Deselaers in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 AEUV Rn. 425; Fuchs/Möschel in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 377; zu den Endverbrauchern siehe Entscheidung der Kommission vom 20. Juli 1999 in einem Verfahren gemäß Artikel 82 EG-Vertrag und Artikel 54 EWR-Abkommen (Sache IV/36.888 – Fußball-Weltmeisterschaft 1998), ABl. L 5 v. 8.1.2000, 55, Rn. 88 ff und die Erläuterungen zu Art. 82, ABl. C 45 v. 24.2.2009, 7 Rn. 7; de Bronett in: Wiedemann, Hd. KartellR, § 22 Rn. 70; Fuchs/Möschel in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 375.

lungspflicht. Fehlt es daran, bedarf es dafür zusätzlicher Umstände. Damit wird ein abgestuftes Gleichbehandlungssystem im Unionsrecht sichtbar. Im deutschen Wettbewerbsrecht kommt es dagegen zu einer kreuzweisen Überschneidung des besonderen Gleichbehandlungsgebots in § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot aus § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB:⁶⁷ Der sachliche Anwendungsbereich des § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB beschränkt sich einerseits auf die Fälle von Angebotsmacht, verbietet andererseits aber auch die Konditionendiskriminierung privater Endverbraucher.⁶⁸

Vergleichsmaßstab der Ungleichbehandlung in Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV sind die gleichwertigen Leistungen⁶⁹ auf demselben räumlichen und sachlichen Markt.⁷⁰ Tritt der Marktbeherrscher als Nachfrager auf, sind die Leistungen der verschiedenen Anbieter miteinander zu vergleichen. Wird er dagegen als Lieferant tätig, so bilden seine Leistungen gegenüber den verschiedenen Abnehmern den Vergleichsgegenstand.⁷¹ Die Leistungen sind vergleichbar, wenn auch die transaktionsrelevanten wirtschaftlichen Faktoren im Wesentlichen gleichwertig sind.⁷² Notwendig ist damit ein deskriptiver Gleichheitsmaßstab, der es ermöglicht, die objektiven Eigenarten der in Frage stehenden Leistungen unter Berücksichtigung der Marktbesonderheiten miteinander in Verhältnis zu setzen. Dazu zählt beispielsweise die Größe der ungleich behandelten Unternehmen.⁷³ Dagegen zählen mögliche objektive wirtschaftliche Gründe für ungleiche (Preis-) Bedingungen nicht mehr zur Ermittlung der Vergleichbarkeit, sondern zur Prüfung der sachlichen Rechtfertigung.⁷⁴

Im deutschen Recht hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den rein deskriptiven Ansatz der Vergleichbarkeitsprüfung deutlich herausgearbeitet. Das gilt zunächst für das Vergleichsmarktkonzept: Soweit aufgrund objektiver Gegebenheiten Unterschiede bestehen, sind diese Gesichtspunkte ausschließlich bei der Prüfung der sachlichen Rechtfertigung zu berücksichtigen.⁷⁵ Es gilt auch für die Gleichartigkeit der ungleich behandelten Abnehmer. Diesem Tatbestandsmerkmal kommt – hier wie bei § 20 Abs. 1 GWB⁷⁶ – nur die Funktion zu, eine

67 Möschel in: Immenga/Mestmäcker, § 19 GWB Rn. 170.

68 Siehe BGHZ 142, 239 – *Flugpreisspaltung*, wo es unerheblich war, dass die Fluggäste der Lufthansa auf den Linien Berlin-Frankfurt und Berlin-München Unternehmen oder private Endverbraucher waren.

69 Fuchs/Möschel in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 379 (dort auch zur Streitfrage, ob man lediglich die Leistungen des Handelspartners bzw. des Normadressaten berücksichtigen darf).

70 Allg. Ansicht, statt vieler *de Bronett* in: Wiedemann, Hd. KartellR, § 22 Rn. 72; *Deselaers* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 AEUV Rn. 425 ff.

71 *Schröter* in: von der Groeben/Schwarze, Art. 82 EGV Rn. 225; *Eilmannsberger* in: MünchKommKartR, Art. 82 EG Rn. 275; *Bunte* in: Langen/Bunte, Art. 82 Rn. 216.

72 *Deselaers* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 AEUV Rn. 428.

73 Vgl. EuGH, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86 – *Akzo Chemie BV v. Komm.* = Slg. 1991, I-3359, Rn. 113.

74 Zutreffend *de Bronett* in: Wiedemann, Hd. KartellR, § 33 Rn. 72; nicht ganz trennscharf dagegen *Weiß* in: EUV/AEUV, Art. 102 AEUV Rn. 60.

75 BGHZ 142, 239, 245 – *Flugpreisspaltung*.

76 Dazu unten § 5 IV 3 c) (2).

„grobe Sichtung“ unter den als Abnehmer in Betracht kommenden Marktakteuren zu ermöglichen. Es ist erfüllt, wenn die zu vergleichenden Abnehmer nach unternehmerischer Tätigkeit und wirtschaftlicher Funktion im Verhältnis zum Unternehmen dieselben Anforderungen erfüllen.⁷⁷ Als allgemeine Richtlinie ist davon auszugehen, dass Unternehmen, die als Anbieter (§ 20 Abs. 1 GWB) oder Nachfrager (§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB) einer bestimmten Art von Waren oder Dienstleistungen auf derselben Wirtschaftsstufe tätig sind (Hersteller, Großhändler, Einzelhändler, gewerblicher Verbraucher), idR gleichartig sind.⁷⁸ Nur wenn die Abnehmer sich schon auf erste Sicht so signifikant unterscheiden, dass sich ihre Einordnung als gleichartig von vornherein verbietet, ist es dem betroffenen marktbeherrschenden Unternehmen nicht zumutbar, nachweisen zu müssen, dass seine höheren Preise oder sonstigen abweichenden Konditionen gerechtfertigt sind.⁷⁹

Die gleichartigen Handelspartner bzw. Abnehmer müssen ungleich behandelt werden. Das marktbeherrschende Unternehmen behandelt nur ungleich, wenn es unterschiedliche Bedingungen verlangt. Die ungleiche Behandlung kann darin liegen, dass sie ungünstigere Entgelte für dieselbe Leistung entrichten müssen. Das Unternehmen darf daher keine künstlichen Preisunterschiede herbeiführen.⁸⁰ Eine ungleiche Behandlung liegt auch vor, wenn das Unternehmen ungünstigere sonstige Geschäftsbedingungen fordert.⁸¹ Es kommt dabei aber jeweils auf den gesamten Inhalt des Leistungsaustausches an.⁸² Besondere Bedeutung kommt diesem Aspekt bei Rabattsystemen zu.⁸³

(3) Sachliche Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung ist nach Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV nur dann missbräuchlich, wenn sie nicht sachlich gerechtfertigt werden kann. Sachliche Gründe sind „legitime geschäftliche Erwägungen“⁸⁴, die eine ungleiche Behandlung im Lichte der besonderen Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen erklä-

77 Vgl. BGHZ 160, 67, 74 f – *Standard-Spundfass*; BGH GRUR 2004, 351, 352 mwN – *Depotkosmetik im Internet*; BGH GRUR-RR 2008, 181, Rn. 11 – *Autoruf-Genossenschaft II*; weitere Nachweise zur Rechtsprechung bei *Loewenheim* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, KartR, § 20 GWB Rn. 61.

78 *Markert* in: *Immenga/Mestmäcker*, § 20 GWB Rn. 102.

79 BGH WRP 2010, 553 Rn. 29 – *Wasserversorgung Wetzlar* (zu § 103 GWB 1990).

80 EuG, Urt. v. 9.9.2009, Rs. T-301/04 – *Clearstream Banking AG & Clearstream International SA v. Komm.* = Slg. 2009, II-3155 Rn. 170 mwN; vgl. auch BGHZ 142, 239, 251 f – *Flugpreisspaltung*, wonach ein „Sicherheitszuschlag“ zu berücksichtigen sei. Dieser lag im Beispielsfall vor, weil die Lufthansa von den Abnehmern der Fluglinie Berlin-Frankfurt 250 bzw. 220 DM mehr verlangte als auf der vergleichbaren Fluglinie Berlin-München.

81 *Bechtold*, GWB, § 19 Rn. 94.

82 *de Bronett* in: *Wiedemann, Hd. KartellR*, § 22 Rn. 73; BGHZ 142, 239, 241 – *Flugpreisspaltung*.

83 Dazu der gute Überblick über die Rechtsprechung und neue Kommissionspraxis bei *Bulst* in: *Langen/Bunte*, Art. 82 Rn. 341 ff, 352 ff, 357 ff.

84 EuGH, Urt. v. 9.11.1983, Rs. 322/81 – *Michelin v. Komm.* = Slg. 1983, 3461 Rn. 90.

ren können. Das sind beispielsweise unterschiedliche Produktions-, Transport- und Vermarktungskosten.⁸⁵ Die Entscheidungspraxis erlaubt einen Rückschluss auf einen flexiblen Rechtfertigungsmaßstab.⁸⁶ Passt das Unternehmen beispielsweise seine Preise an konkurrierende Angebote der Wettbewerber an, um seine Kunden zu behalten, ist die ungleiche Behandlung der vom Wettbewerber angesprochenen Altkunden und der sonstigen Kunden gerechtfertigt.⁸⁷ Erheblich strengere Rechtfertigungsanforderungen bestehen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen systematisch die Preise der Wettbewerber unterbietet.⁸⁸ Damit erhöht sich die Gefahr, den Restwettbewerb auszuschalten. Beispielsweise konnte die *Deutsche Bahn AG* die ungleichen Tarifbedingungen auf den Weststrecken (Richtung Rotterdam) im Vergleich zu den Nordstrecken (Richtung Hamburg) nicht damit rechtfertigen, dass die Kosten der Leistungen auf den Weststrecken höher und die Beförderung auf den Weststrecken einem stärkeren Wettbewerb durch andere Verkehrsträger ausgesetzt seien.⁸⁹ Die Kostenstruktur der Weststrecken gehe, so das Gericht, auf eine autonome Entscheidung der Bahn selbst zurück. Zugleich zeigt die Rechtfertigungsprüfung ihr rationalisierendes Potential:

„[S]elbst wenn es zuträfe, daß der stärkere Wettbewerb zwischen verschiedenen Verkehrsträgern auf den Weststrecken einen Preisunterschied zu rechtfertigen vermag, könnte daraus kaufmännisch gesehen logischerweise nur ein Unterschied zugunsten der auf den Weststrecken angewandten Tarife resultieren.“⁹⁰

Darüber hinausgehend vermutet⁹¹ § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB sogar die missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung, sofern es keine sachlich gerechtfertigten Gründe für den Preis- oder Konditionenunterschied gibt.⁹² Ob der vorgebrachte Grund rechtfertigend wirkt, ist aufgrund einer Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu beurteilen.

85 Schröter in: von der Groeben/Schwarze, Art. 82 EGV Rn. 231; de Bronett in: Wiedemann, Hd. KartellR, § 22 Rn. 78.

86 Zum Folgenden näher Deselaers in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 AEUV Rn. 430 ff.

87 Siehe EuGH, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86 – *Akzo Chemie BV v. Komm.* = Slg. 1991, I-3359, Rn. 156.

88 Vgl. EuGH, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86 – *Akzo Chemie BV v. Komm.* = Slg. 1991, I-3359, Rn. 115.

89 EuG, Urt. v. 21.10.1997, T-229/94 – *Deutsche Bahn AG v. Komm.* = Slg. 1997, II-1689 Rn. 85 ff.

90 EuG, Urt. v. 21.10.1997, T-229/94 – *Deutsche Bahn AG v. Komm.* = Slg. 1997, II-1689 Rn. 91 (Hervorhebung hinzugefügt).

91 Es handelt sich um eine Vermutung iSv § 292 ZPO; BT-Drs. 13/9720, S. 79 f; Bechtold, GWB, § 19 Rn. 96.

92 BGHZ 142, 239, 246 – *Flugpreisspaltung*.

(4) Wettbewerbsverfälschung

Aufgrund der Diskriminierung müssen die Handelspartner im Wettbewerb benachteiligt werden.⁹³ In aller Regel folgt bereits aus der sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung, dass die Wettbewerbsposition der Handelspartner des Unternehmens beeinträchtigt ist.⁹⁴ Die Ungleichbehandlung indiziert also die Freiheitsbeeinträchtigung. Insoweit geht das Tatbestandsmerkmal in der Prüfung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf.

c) Legitimation des Prinzips Gleichbehandlung

Das „Prinzip Gleichbehandlung“ ist in einer Rechtsordnung, die von der „Präponderanz der Freiheit“ (Günter Dürig) ausgeht und die Privatautonomie als zentrales Verteilungsinstrument der „Privatrechtsgesellschaft“ (Franz Böhm) institutionalisiert, gerechtfertigt. Das „Entmachtungsinstrument“ Wettbewerb⁹⁵ funktioniert in diesen Fällen nicht mehr richtig. Der Wettbewerb kann den Verhaltensspielraum des Unternehmens aufgrund seiner Marktbeherrschung nicht mehr oder nur mehr unzureichend beschränken.⁹⁶ Es kommt zum systeminternen Wettbewerbsversagen. Das Recht sensibilisiert sich für dieses Versagen in seiner Umwelt durch ein strikt objektives Verständnis des Tatbestandsmerkmals der „missbräuchlichen Ausnutzung“. ⁹⁷ Kontrollbegründend sind damit alle Verhaltensweisen, (1.) welche die Struktur eines Markts beeinflussen können, (2.) auf dem der Wettbewerb wegen der Anwesenheit des marktbeherrschenden Unternehmens bereits geschwächt ist, und die (3.) dafür sorgen, dass der auf dem Markt noch bestehende Wettbewerb nicht aufrechterhalten oder weiterentwickelt wird, indem das Unternehmen (4.) Mittel einsetzt, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs abweichen.⁹⁸ Der gefährdete Wettbewerb kann nur dadurch wieder hergestellt werden, indem das Recht seinen, dem einzelnen Unternehmen grundsätzlich gewährten Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit wieder einschränkt.⁹⁹ Das ist notwendig, um die

93 EuGH, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04 P – *British Airways Plc v. Komm.* = Slg. 2007, I-2331 Rn. 144.

94 Vgl. EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands Co. v. Komm.* = Slg. 1978, 207 Rn. 233 f.; weitere Nachweise dazu bei *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 382.

95 Dazu Böhm, ORDO 22 (1971), 11, 20 (zum Kontext näher oben § 4 I 4).

96 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2004, § 15 Rn. 3.

97 Grundlegend EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76 – *Hoffmann-La Roche v. Komm.* = Slg. 1979, 461 Rn. 91.

98 EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76 – *Hoffmann-La Roche v. Komm.* = Slg. 1979, 461 Rn. 91; EuGH, Urt. v. 9.11.1983, Rs. 322/81 – *Michelin v. Komm.* = Slg. 1983, 3461 Rn. 70; EuGH, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86 – *Akzo Chemie BV v. Komm.* = Slg. 1991, I-3359 Rn. 69; EuGH, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04 P – *British Airways Plc v. Komm.* = Slg. 2007, I-2331 Rn. 66; EuGH, Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07 P – *France Télécom SA v. Komm.* = Slg. 2009, I-2369 Rn. 104. Zur Auffassung der Kommission vgl. die Erläuterungen zu Art. 82 EG, Abl. C 45 v. 24.2.2009, S. 7, Rn. 19.

99 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 318 (zu § 20 GWB).

wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten der Marktgegenseite zu gewährleisten, damit der Wettbewerb seine Funktion als Instrument zur Selbstregulierung der Marktkräfte wieder erfüllen kann.¹⁰⁰ Das spezifische Gleichbehandlungsverbot in Art. 102 S. 1 lit. c) AEUV bzw. § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB sichert damit die wettbewerblichen Handlungsfreiheiten der Marktgegenseite. Sein Ziel ist es, einen wirksamen Wettbewerb (im Binnenmarkt) aufrecht zu erhalten.¹⁰¹ Das wird in klassisch ordnungspolitischer Tradition erreicht, indem das Recht sicherstellt, dass seine Institutionen (Privatautonomie und subjektives Recht) nicht dazu „missbraucht“ werden können, den Wettbewerb ganz auszuschalten.¹⁰² Inwiefern sich die vor allem von der Kommission vorangetriebene Ökonomisierung des europäischen Wettbewerbsrechts („*more economic approach*“) mit den Leitzielen Effizienzsteigerung und Verbraucherwohlfahrt¹⁰³ auf die praktische Anwendung und theoretische Konzeption der Gleichbehandlungsgebote auswirken wird, ist dagegen noch unklar.¹⁰⁴

3. Das Diskriminierungsverbot in § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB als allgemeines wettbewerbsrechtliches Gleichbehandlungsgebot

Nach meiner These ist das sog. Diskriminierungsverbot¹⁰⁵ in § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB der zentrale Baustein des allgemeinen kartellrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im nationalen Recht. In der Sache ist es ein Gleichbehandlungsgebot. § 20 Abs. 1 GWB verbietet marktbeherrschenden Unternehmen, Unternehmensvereinigungen und preisbindenden Unternehmen, andere Unternehmen unbillig zu behindern oder unterschiedlich zu behandeln; § 20 Abs. 2 GWB dehnt das Verbot auf relativ marktmächtige Unternehmen aus. Damit sollen Störungen des freien Wettbewerbs durch marktstarke Unternehmen verhindert werden, soweit sie auf einem Missbrauch der wirtschaftlichen Macht beruhen.¹⁰⁶ Die Handlungs- und Vertragsfreiheit der Normadressaten wird zum Schutz der Institution „Wettbewerb“ und zum Schutz der individuellen Wettbewerbsfreiheit der ande-

100 Busche, Privatautonomie, 1999, 320 f. (zum deutschen Kartellrecht).

101 Grundlegend EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72 – *Europemballage & Continental Can Co. Inc. v. Komm.* = Slg. 1976, 215 Rn. 25.

102 EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72 – *Europemballage & Continental Can Co. Inc. v. Komm.* = Slg. 1976, 215 Rn. 24.

103 Siehe dazu statt vieler Schmidtchen, WuW 2006, 6 ff.; Drexl, Wettbewerbsverfassung, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 905, 918 ff., 933 ff.

104 In den „Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung des Art. 82 des EG-Vertrages auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen“ ABl. C Nr. 45 v. 24.2.2009, S. 7 fehlen konkrete Aussagen zum Gleichbehandlungsgebot. Im Überblick Maier-Rigaud/Adam, ZWeR 2009, 131 ff.; Petit, World Competition (32) 2009, 503 ff.; Bulst in: Langen/Bunte, Art. 82 Rn. 22 ff.; kritisch zur Anwendungspraxis Akmar, World Competition 32 (2009), 71 ff.

105 Vgl. die gesetzliche Überschrift zu § 20 GWB.

106 BGHZ 49, 90, 96 – Jägermeister; BGH NJW 1976, 801, 802 – *Rossignol*.

ren Unternehmen beschränkt.¹⁰⁷ § 20 GWB sichert die von Dritten unbeeinflusste Freiheit aller unternehmerischen Marktakteure zur wettbewerblichen Entfaltung.¹⁰⁸ Die Normadressaten sollen über § 20 GWB zur Respektierung der Wettbewerbsfreiheit und Chancengleichheit gezwungen werden.¹⁰⁹

a) *Verhältnis von Missbrauchs- und „Diskriminierungsverbot“*

Das in § 19 GWB verankerte Missbrauchsverbot marktbeherrschender Unternehmen ist das nationale Äquivalent zu Art. 102 AEUV. Daneben gibt es eine Reihe ausdrücklicher Gleichbehandlungspflichten in § 20 GWB: Herausragende praktische Bedeutung hat das Behinderungs- und *Diskriminierungsverbot* für marktmächtige Unternehmen in § 20 Abs. 1 und 2 GWB.¹¹⁰ Bestimmte Vereinigungen dürfen die Aufnahme eines Unternehmens nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund ablehnen, § 20 Abs. 6 GWB. Das Verhältnis von § 19 GWB und § 20 Abs. 1 GWB ist nicht ganz unproblematisch, weil sich der Anwendungsbereich beider Normen seit der 6. GWB-Novelle von 1999¹¹¹ fast vollständig überschneidet.¹¹² Mit der Reform wollte man den Missbrauchstatbestand inhaltlich und konzeptionell an das unionsrechtliche Vorbild des Art. 102 AEUV anlehnen.¹¹³ Aus einem lediglich aufsichtsrechtlich sanktionierbaren Verbot wurde ein unmittelbar wirkendes und im Zivilrechtsweg verfolgbares Handlungsverbot. Mit der Novellierung kam es zum „System der überschneidenden Tatbestände“:¹¹⁴ § 19 GWB erfasst alle Fälle eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens, und ist insoweit weiter als § 20 GWB, der sich auf die unbillige Behinderung und ungleiche Behandlung beschränkt. Insoweit könnte man § 19 GWB als den Grundtatbestand und § 20 GWB als seine gesetzliche Konkretisierung verstehen.¹¹⁵ Allerdings hat § 20 GWB einen größeren persönlichen Anwendungsbereich, weil er nicht nur an marktbeherrschende Unternehmen, sondern auch an Unternehmen mit Marktmacht adressiert ist. Diese Erweiterung ist unionsrechtlich zulässig (Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003).

107 *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 14 f.

108 Ausführlich dazu *Busche*, Privatautonomie, 1999, 320 ff.

109 *Koller*, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 49.

110 *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 Rn. 2.

111 BGBl. I S. 2521.

112 *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 239; weitergehend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) bb) (vollständige Überschneidung).

113 Vgl. Begr. RegE zur 6. GWB-Novelle, BT-Drs. 13/9720, S. 35 f, 51 f.

114 *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 Rn. 14.

115 Siehe *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 252.

b) Gleichbehandlung als Grundsatz

Das Gesetz geht in § 20 Abs. 1 GWB offensichtlich davon aus, dass Behinderung und Ungleichbehandlung alternative Regelungsvarianten sind. Der Bundesgerichtshof hat zunächst versucht, den Schutz der Konkurrenten des diskriminierenden Unternehmens der Behinderung zuzuordnen und die Ungleichbehandlung auf den Schutz von Unternehmen auf nachfolgenden oder vorangehenden Handelsstufen zu beschränken.¹¹⁶ Das hat sich in der Praxis als untauglich erwiesen. Indem man eigene Wettbewerber diskriminiert, kann man damit die eigenen Handelspartner im Wettbewerb behindern.¹¹⁷ Daher überwiegt heute die Auffassung, dass man zwischen beiden Alternativen keine scharfe Trennlinie ziehen könne.¹¹⁸ Konsequenter geht man daher von einem einheitlichen Behinderungs- und Diskriminierungsverbot aus.¹¹⁹ Durchbrochen wird dieser einheitliche Ansatz in prozessualer Hinsicht:¹²⁰ Nach ebenfalls ganz allgemeiner Meinung ist das diskriminierende Unternehmen darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt ist.¹²¹ Dagegen muss das Unternehmen, das seine Behinderung geltend macht, darlegen und beweisen, dass diese unbillig ist.¹²² Während die Ungleichbehandlung die Rechtswidrigkeit indiziert, ist das bei der Behinderung nicht der Fall.¹²³ Diese Differenzierung ist für das Verständnis des Diskriminierungsverbots (§ 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB) zentral.

Beide Varianten des § 20 Abs. 1 GWB verfolgen das Ziel, die wirtschaftliche Handlungsfreiheit aller Unternehmen am Markt zu gewährleisten. Dabei gehen sie allerdings unterschiedliche Wege: Das Behinderungsverbot adressiert unmittelbar den freiheitsrechtlichen Aspekt des Marktversagens. Allerdings „behindert“ jedes im funktionierenden Wettbewerb erfolgreiche Unternehmen zwangsläufig andere Marktakteure. Die Behinderung in § 20 Abs. 1 Alt. 1 GWB wird folgerichtig weit verstanden. Erfasst wird jedes Marktverhalten, das objektiv nachteilige Auswirkungen für den Betroffenen hat.¹²⁴ Wettbewerb ist Freiheitsbeschränkung anderer durch eigene Freiheitsausübung. Rechtlich relevant wird der Vorgang erst, wenn die Spielräume der wettbewerbsinhärenten Behinderung ver-

116 Vgl. BGH BGHZ 38, 90, 100 f – *Grote Revers*; näher zu diesem Ansatz *Koller*, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 169 ff.

117 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 303.

118 Grundlegend BGHZ 49, 90, 93 – *Jägermeister*; aus der Literatur statt aller *Markert* in: Immengal/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 115.

119 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 302 f; *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 144; *Nothdurft* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 109 f.

120 Deutlich formuliert von BGHZ 116, 47, 57 – *Amtsanzeiger*.

121 BGH NJW 1976, 801, 803 – *Rossignol*; BGH GRUR 1981, 610, 611 – *SB-Verbrauchermarkt*.

122 Grundlegend BGHZ 116, 47, 56 f – *Amtsanzeiger*; zuletzt BGHZ 180, 312 Rn. 38 f – *Orange-Book-Standard*; zu Beweiserleichterungen bei rein unternehmensinternen Umständen siehe BGHZ 134, 1, 8 f – *Stromeinspeisung II*.

123 BGHZ 116, 47, 56 f – *Amtsanzeiger*.

124 BGHZ 81, 222, 227 – *Original-VW-Ersatzteile II*; BGHZ 116, 47, 57 – *Amtsanzeiger*.

lassen werden und die wettbewerbliche Handlungsfreiheit unbillig beschränkt wird.¹²⁵ Dieser Konflikt zwischen konkurrierenden Freiheitssphären kann nur im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung aufgelöst werden.

Das „Diskriminierungsverbot“ operiert dagegen primär gleichheitsrechtlich: Es zwingt die Normadressaten unmittelbar dazu, die Chancengleichheit aller anderen unternehmerischen Marktakteure zu respektieren, um damit mittelbar deren Wettbewerbsfreiheit zu garantieren.¹²⁶ Im Konflikt stehen hier nicht nur konkurrierende Freiheitspositionen. Die zugleich gegebene Ungleichbehandlung kommt als „verschärfendes Moment“¹²⁷ hinzu und verstärkt die rechtliche Position des betroffenen Unternehmens.¹²⁸ Jede sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung ist eine unbillige Behinderung.¹²⁹ Darin liegt das charakteristische Element des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots: Die vom marktmächtigen Unternehmen ausgehende Ungleichbehandlung gleichartiger Unternehmen indiziert die Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit. Ungleichbehandlung ist damit prinzipiell rechtfertigungsbedürftig. Darauf stütze ich meine These: *Für marktmächtige Unternehmen ist Gleichbehandlung der Grundsatz und Ungleichbehandlung die Ausnahme*. Der Grundsatz der Gleichbehandlung schafft also erst die Voraussetzungen, unter denen freier Tausch möglich ist. Gleichbehandlung gestaltet insoweit den institutionellen Rahmen der Vertragsfreiheit. Dieses Zusammenspiel von Gleichbehandlungsgrundsatz und Rechtfertigungspflicht von Ungleichbehandlungen manifestiert ein egalitäres Prinzip im Wettbewerbsrecht.¹³⁰ Damit plädiere ich nicht für eine ergebnisorientierte *par condicio concurrentium*¹³¹ oder eine Pflicht zur Herstellung material gleicher Ausgangslagen im Wettbewerbsrecht¹³². Es geht mir nur darum, das gleichheitsrechtliche Verständnis des § 20 Abs. 1 GWB hervorzuheben. Das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB ist die spezifisch wettbewerbsrechtliche Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem.¹³³ Nach *Wolfgang Kilian* ist es sogar eine „besondere

125 BGHZ 81, 222, 227 – *Original-VW-Ersatzteile II*.

126 Vgl. *Koller*, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 49.

127 *Raiser*, Kontrahierungszwang und Monopolrecht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht, Univ. Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 523, 534.

128 So jetzt auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) bb).

129 Vgl. BGHZ 49, 90, 99 – *Jägermeister*; *Koller*, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 171.

130 AA *Koller*, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 35; *Bechtold*, GWB, § 20 Rn. 4.

131 Dagegen bereits *Meyer-Cording*, FS Nipperdey, 1965, 537, 547 ff.

132 Dagegen auch *Busche*, Privatautonomie, 1999, 321, allerdings mit dem nicht ganz zutreffenden Begriff der „formal gleichen Ausgangslagen“. Formale Gleichheit der Marktakteure wird bereits über die gleiche Rechtsfähigkeit hergestellt, vgl. dazu oben § 2 III 1.

133 Siehe dazu oben § 2 III 3.

Ausprägung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes¹³⁴. Gleichbehandlung ist doch ein Wettbewerbsprinzip.¹³⁵

Das Diskriminierungsverbot ist eine *politische* Reaktion auf die mit der Marktmacht einhergehende Gefahr des Marktversagens.¹³⁶ Es ist die Kehrseite des erweiterten Verhaltensspielraums, der sich aus der Marktmacht des Normadressaten ergibt.¹³⁷ Keine Einigkeit besteht über ihre vertragstheoretische Verankerung. Klassisch ist die Position *Ernst-Joachim Mestmäcker*: Er maß dem (einheitlich konzipierten) Diskriminierungsverbot des § 20 GWB eine vertragsrechtsimmanente Wirkung zu, weil „es versucht einen Zustand zu schaffen, in dem frei ausgehandelte privatrechtliche Verträge als Mittel rechtlicher Gestaltung möglich bleiben oder wieder möglich werden.“¹³⁸ *Jan Busche* rekonstruiert das – ebenfalls weit verstandene – Diskriminierungsverbot dagegen als eine „Indienstnahme des Vertragsrechts für gemeinwohlorientierte Lenkungsziele“. ¹³⁹ Er kontrastiert diesen wirtschaftspolitisch motivierten Eingriff¹⁴⁰ mit dem allgemeinen Kontrahierungszwang, den er als „ungeschriebene immanente Bindung der Vertragsbegründungsfreiheit“¹⁴¹ „allein aus dem Selbstbestimmungsprinzip“¹⁴² ableitet. Es gelingt *Busche* am Ende aber nicht, diese vermeintliche Dichotomie von „inneren Bindungen der Vertragsfreiheit und [...] ihr durch andere Rechtsprinzipien vermittelten äußeren Schranken“¹⁴³ überzeugend herauszuarbeiten. In beiden Fällen legitimiert *Busche* die Schranken nämlich sachlich übereinstimmend mit der „Einbindung des Individuums in den Sozialverband mit anderen Individuen“¹⁴⁴ bzw. der „Sicherung des Zusammenlebens in der Sozietät“¹⁴⁵. Die Unterscheidung zwischen immanenten und externen Schranken ist letztlich beliebig austauschbar. Es geht in beiden Fällen um die soziale Funktion des Vertrags.¹⁴⁶ Das ist der jeweils maßgebliche Gesichtspunkt. Mich

134 *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 60; dagegen *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) aa); *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 19.

135 Dezidiert aA *Bechtold*, GWB, § 20 Rn. 4. Dagegen teilt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) bb) in der Sache – wenn auch nicht in der Terminologie – meine Auffassung, weil die Ungleichbehandlung des marktmächtigen Unternehmens „in gesteigertem Maße Ausdruck wettbewerbs-schädlichen Verhaltens sein kann“ und „die Richtigkeitsvermutung privatautonomer Vereinbarungen umkehrt“.

136 Vgl. zur Natur solcher Korrekturen fehlerhafter Marktabläufe *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 18 (zu *Böhm* ausführlich oben § 4 I 4).

137 Vgl. *Schultz* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 6.

138 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 445.

139 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 597.

140 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 579 f.

141 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 273.

142 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 126.

143 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 126.

144 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 273 (Hervorhebung hinzugefügt) zur Begründung immanenter Schranken.

145 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 597 f (Hervorhebung hinzugefügt) zur Begründung externer Schranken.

146 Dazu unten § 8 II 3.

kann deshalb auch der Versuch *Friedemann Kainers* nicht überzeugen, das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot auf die ausgleichende Gerechtigkeit zurückzuführen.¹⁴⁷ Der kartellrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz bindet die Unternehmen in den sozialen Kontext des Wettbewerbs ein, der aus Kooperation und Abgrenzung mit anderen Unternehmen entsteht und sichert so die Kooperation freier und gleicher Akteure im Wirtschaftssystem. Das Diskriminierungsverbot ist insofern das Freiheitsrecht der vom marktmächtigen Unternehmen *abhängigen* Unternehmen.

c) *Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung*

(1) Persönlicher Anwendungsbereich

Das Gesetz bestimmt vier Gruppen zu den Adressaten des Gleichbehandlungsverbots:¹⁴⁸ (1.) marktbeherrschende Unternehmen (§ 20 Abs. 1 GWB),¹⁴⁹ (2.) freigestellte horizontale¹⁵⁰ Kartelle (§ 20 Abs. 1 GWB), (3.) bestimmte preisbindende Unternehmen (§ 20 Abs. 1 GWB)¹⁵¹ und¹⁵² (4.) Unternehmen mit „relativer Marktmacht“ (§ 20 Abs. 2 GWB).¹⁵³ Störungen des freien Wettbewerbs können nicht nur von marktbeherrschenden, sondern auch anderen marktstarken Unternehmen ausgehen. § 20 Abs. 2 GWB erfasst daher Unternehmen, die zwar nicht marktbeherrschend sind, deren wirtschaftliche Stellung im Einzelfall gegenüber einem Unternehmen aber so stark ist, dass ihre Maßnahmen dieselben Auswirkungen für abhängige Unternehmen haben, als ob sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgingen. Ihnen werden daher dieselben Beschränkungen in der Ausübung ihrer Privatautonomie auferlegt.¹⁵⁴

Wenn es sich dabei tatsächlich um „einen Schritt in Richtung auf ein allgemeines, d.h. für alle Unternehmen geltendes Behinderungs- und Diskriminierungsverbot“¹⁵⁵ handelt, dann hat das Gesetz allerdings einen sehr zaghaften Schritt unternommen. Nach § 20 Abs. 2 S. 1 GWB müssen vier Voraussetzungen vorliegen, bevor sich das Unternehmen für eine Ungleichbehandlung rechtfertigen muss. Der persönliche Anwendungsbereich kanalisiert insoweit den Zugang zum Diskriminierungsverbot und seinem Rechtfertigungsdiskurs ganz erheblich: (1.)

147 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) cc); eingehend dazu unten § 8 II 2.

148 Eingehend dazu *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 a).

149 Dazu oben § 5 IV 2 b) (1).

150 Begr. RegE 7. GWB-Novelle, BT-Drs. 15/3640, S. 45 f.

151 Zur Erklärung dieser Bindung vgl. BGHZ 49, 90, 96 – *Jägermeister*.

152 BGH NJW 1976, 801, 802 – *Rossignol*.

153 Zum Begriff *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 Rn. 44 ff; kritisch dazu *Busche*, Privatautonomie, 1999, 333 f.

154 BGH NJW 1976, 801, 802 – *Rossignol*.

155 *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 42.

Kleine oder mittlere Unternehmen sind (2.) als Anbieter oder Nachfrager von (3.) einem anderen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen (4.) abhängig. Nach Auffassung des Gesetzgebers sind große Unternehmen auf den Schutz des § 20 Abs. 2 GWB nicht angewiesen.¹⁵⁶ Die kleinen und mittleren Unternehmen müssen zudem als Anbieter oder Nachfrager des Normadressaten auftreten. Damit ist das Konzept der relativen Marktmacht auf vertikale Wettbewerbsverhältnisse beschränkt.¹⁵⁷ Zentrales Merkmal ist die Abhängigkeit. Kleine und mittlere Unternehmen sind abhängig, wenn keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen (§ 20 Abs. 2 S. 1 GWB). Das Gesetz geht zunächst davon aus, dass am Markt Ausweichmöglichkeiten bestehen. Auf diese verweist es die betroffenen Unternehmen. Allerdings ist nicht jede tatsächlich vorhandene Ausweichmöglichkeit auch ausreichend.¹⁵⁸ Ob die Marktsituation im Einzelfall ausreichende und zumutbare¹⁵⁹ Alternativen bereithält, bestimmt sich nach den individuellen Besonderheiten des als abhängig in Betracht kommenden Unternehmens und den konkreten Wettbewerbsbedingungen auf dem zu untersuchenden Markt.¹⁶⁰ Die Ausweichmöglichkeit ist – generell gesprochen – „dann nicht ausreichend, wenn die Alternative nicht in derselben Weise geeignet ist, die wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten des betroffenen Unternehmens zu gewährleisten.“¹⁶¹ Die Alternative ist zumutbar, wenn sich die Wettbewerbschancen des betroffenen Unternehmens dadurch nicht verschlechtern. Weil es sich nicht um eine vorweggenommene Rechtfertigungsprüfung handelt, kommt es auf die Interessen des marktmächtigen Unternehmens nicht an.¹⁶²

In der Praxis haben sich vier Fallgruppen herausgebildet:¹⁶³ (1.) Eine sortimentsbedingte Abhängigkeit liegt vor, wenn der nachfragende Händler auf die Ware, deren Lieferung er verlangt, angewiesen ist, um ein angemessenes zur Herstellung und Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit erforderliches Sortiment anbieten zu können, weil keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen.¹⁶⁴ Im Einzelnen wird dabei noch weiter unterschieden zwischen der

156 BT-Drs. 11/4610, S. 21; BGH GRUR 1993, 592, 593 – Herstellerleasing; zur zutreffenden Kritik daran vgl. *Busche*, Privatautonomie, 1999, 349 f mwN.

157 *Loewenheim* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, KartR, § 20 GWB Rn. 22.

158 BGH NJW 1976, 801, 802 – *Rossignol*.

159 Siehe zu den Voraussetzungen BGH GRUR 1988, 642, 644 – *Opel-Blitz*.

160 BGHZ 129, 53, 59 – *Importarzneimittel*; vertiefend zur konkret-individuellen Betrachtung der Abhängigkeit *Busche*, Privatautonomie, 1999, 335 ff; anders im Ausgangspunkt *Markert* in: *Immenga/Mestmäcker*, § 20 GWB Rn. 55 f (objektiv-generalisierende Betrachtungsweise), wobei sich die Ergebnisse beider Ansätze im Wesentlichen decken; vgl. *Nothdurft* in: *Langen/Bunte*, § 20 GWB Rn. 55 f (generalisierend-individuelle Betrachtungsweise).

161 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 a).

162 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 a) mwN.

163 Grundlegend *Fischötter*, WuW 1974, 379, 381 ff; statt vieler *Nothdurft* in: *Langen/Bunte*, § 20 GWB Rn. 60-78; *Markert* in: *Immenga/Mestmäcker*, § 20 GWB Rn. 62-82 und jetzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 b).

164 BGH NJW 1976, 801, 803 – *Rossignol*; BGH GRUR 1979, 731, 732 – *Markt-Renner*.

sog. Spitzenstellungs-¹⁶⁵ und Spitzengruppenabhängigkeit¹⁶⁶. (2.) Eine unternehmensbedingte Abhängigkeit setzt voraus, dass das kleine oder mittlere Unternehmen seinen Geschäftsbetrieb so stark auf die Produkte des anderen Unternehmens ausgerichtet hat, dass es nur unter Inkaufnahme erheblicher Wettbewerbsnachteile auf die Vertretung eines anderen Herstellers überwechseln kann.¹⁶⁷ (3.) Eine knappheits- oder mangelbedingte Abhängigkeit liegt vor, wenn dem Unternehmen aufgrund einer plötzlich auftretenden Güterverknappung die bisherigen Bezugswege verschlossen werden und es mangels Angebots auch nicht auf andere ausweichen kann.¹⁶⁸ (4.) Bei der nachfragebedingten Abhängigkeit ist der Anbieter bestimmter Waren oder Dienstleistungen von einem Nachfrager dieser Güter abhängig.¹⁶⁹ Für diese Fälle sieht § 20 Abs. 2 S. 2 GWB eine umstrittene¹⁷⁰ „Abhängigkeitsvermutung“ vor, die auch im Zivilverfahren greift.¹⁷¹

(2) Sachlicher Anwendungsbereich

§ 20 Abs. 1 Var. 2 GWB verbietet die unterschiedliche Behandlung von Unternehmen „in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist“. Private Endverbraucher scheiden damit als Schutzobjekte aus.¹⁷²

Die Unternehmen müssen „gleichartig“ und damit objektiv vergleichbar sein. Nach ständiger Rechtsprechung dient das Merkmal der Gleichartigkeit nur einer verhältnismäßig groben Sichtung.¹⁷³ Das ist sinnvoll, damit man der Markttöffnungsfunction des § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB gerecht wird.¹⁷⁴ Es genügt, wenn die zu vergleichenden Unternehmen nach unternehmerischer Tätigkeit und wirtschaftlicher Funktion im Verhältnis zur Marktgegenseite dieselben Anforderungen erfüllen.¹⁷⁵ Dieses Tatbestandsmerkmal gilt sowohl für das Behinderungs- als auch das Diskriminierungsverbot. Man muss daher auf die Marktgegenseite abstellen. Der Normzweck besteht darin, die Wettbewerbsfähigkeit der Unterneh-

165 BGH GRUR 2000, 1108, 1109 – *Designer-Polstermöbel* mwN.

166 BGH GRUR 2000, 1108, 1110 – *Designer-Polstermöbel* mwN.

167 BGH GRUR 1988, 642, 643 – *Opel-Blitz*.

168 *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 75; *Loewenheim* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 44.

169 *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 94.

170 Siehe *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 48 („allenfalls schwachen ersten Anschein einer Machtstellung“); dagegen *Westermann* in: MünchKomm-KartR, § 20 Rn. 56; *Lübbert* in: Wiedemann, Hd. KartellR, § 35 Rn. 25 (jeweils Regelung der formellen und materiellen Beweislast); vermittelnd *Bechtold*, GWB, § 20 Rn. 28 f; *Loewenheim* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 52 (Regelung der sekundären Darlegungslast).

171 Vgl. Begr. RegE zur 5. GWB-Novelle, BT-Drs. 11/4610, S. 22.

172 *Nothdurft* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 90.

173 Siehe BGH GRUR-RR 2008, 181 Rn. 10 – *Autoruf-Genossenschaft II*.

174 *Nothdurft* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 96.

175 BGH GRUR 1998, 1049, 1050 – *Bahnhofsbuchhandel*; BGH GRUR 2004, 351, 352 – *Depotkosmetik im Internet* mwN; BGH GRUR-RR 2008, 181 Rn. 11 – *Autoruf-Genossenschaft II*.

men auf dem von ihnen gewählten Markt zu erhalten.¹⁷⁶ Bietet beispielsweise ein Unternehmen wie seine Wettbewerber ein auch für Endverbraucher bestimmtes Fernsehprogramm an, sind diese Unternehmen vergleichbar. Die Tatsache, dass es sein Angebot verschlüsselt und zusammen mit einem Decodersignal ausstrahlt, ist demgegenüber unerheblich.¹⁷⁷ In der Sache ist dieses Merkmal beim Diskriminierungsverbot überflüssig, da es ohnehin Tatbestandsmerkmal der Ungleichbehandlung ist.¹⁷⁸

§ 20 Abs. 1 GWB grenzt den sachlichen Anwendungsbereich noch weiter ein. Geschützt sind nur gleichartige Unternehmen, denen der Geschäftsverkehr üblicherweise zugänglich ist. Geschäftsverkehr ist jeder privatrechtlich geregelte Verkehr mit Waren und gewerblichen Dienstleistungen.¹⁷⁹ Der Geschäftsverkehr ist üblicherweise zugänglich, wenn (andere) Unternehmen die Möglichkeit zum Zugang zu dem Markt haben. Ob der angestrebte Geschäftsverkehr gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, kann sich zwangsläufig nicht nach der zu prüfenden tatsächlichen Geschäftspraxis des Normadressaten richten.¹⁸⁰ Maßgeblich ist die objektive Marktsituation. Das sind alle Kriterien, die sich bei der wirtschaftlichen Entwicklung der in Betracht kommenden Verkehrskreise allgemein eingeübt haben und die von den Beteiligten als angemessen empfunden werden.¹⁸¹ Damit berücksichtigt das Recht die jeweilige Eigenrationalität des von ihm zu regelnden sozialen Kontexts.¹⁸² Diese objektive Bestimmung ist unproblematisch, sofern der Normadressat tatsächlich einen Zugang zum Geschäftsverkehr eröffnet hat.¹⁸³ Das ist beim Diskriminierungsverbot zwangsläufig der Fall. Gibt der Hersteller von Feuerwehrausrüstungen seine Ersatzteile an selektierte Wiederverkäufer oder gewerbliche Verwender ab, hat er tatsächlich einen Zugang zum Geschäftsverkehr eröffnet.¹⁸⁴ Lizenzierte der Inhaber sein Patent an Standard-Spundfässern, ist *dieser* Geschäftsverkehr ebenfalls zugänglich.¹⁸⁵ Das gilt auch, wenn das Unternehmen den Zugang von bestimmten Zulassungsbedingungen abhängig macht.¹⁸⁶

176 Insoweit zutreffend *Busche*, Privatautonomie, 1999, 353 ff.

177 BGH GRUR 1996, 808 – *Pay-TV-Durchleitung*.

178 Zutreffend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 b) bb).

179 *Nothdurft* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 93; *Loewenheim* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 64; *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 123.

180 Siehe BGH GRUR 2000, 95, 96 – *Feuerwehrgeräte*.

181 BGH GRUR 1979, 792, 794 – *Modellbauartikel*; BGHZ 119, 335, 338 f – *Stromeinspeisung I*; vgl. näher *Nothdurft* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 102 f.

182 Kritisch dazu jetzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 b) aa).

183 Dazu und zum Folgenden *Busche*, Privatautonomie, 1999, 358 ff; vgl. dazu auch *Koller*, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 92 ff.

184 BGH GRUR 2000, 95, 96 – *Feuerwehrgeräte*.

185 BGHZ 160, 67, 74 f – *Standard-Spundfass*.

186 *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 138.

Die Funktion beider Kriterien des Tatbestandsmerkmals „gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich“ besteht im Kern darin, als „Filter“ die nachfolgende Prüfung der Behinderung und Ungleichbehandlung zu entlasten. Das ist rechts- und wettbewerbspolitisch problematisch.¹⁸⁷ Bei einer strikten Auslegung hätten sie das Potential, den Zugang zum Diskriminierungsverbot (§ 20 Abs. 1 Var. 2 GWB) empfindlich zu beschränken. Das würde dem Zweck der Gleichbehandlungsprüfung widersprechen. Diese könnte nicht mehr ihrer Aufgabe nachkommen, den Missbrauchstatbestand zu konkretisieren.¹⁸⁸ Die kurze Analyse zeigt, dass die Praxis dieser Gefahr mit einer weiten Auslegung beider Begrenzungsvarianten entgegentritt. Konsequenter wäre es, den Wortlaut des § 20 Abs. 1 GWB insoweit für das Diskriminierungsverbot teleologisch auf „null“ zu reduzieren.

(3) Tatbestandliche Ungleichbehandlung

Der Normadressat muss das Unternehmen im Vergleich zu anderen gleichartigen Unternehmen aus der Vergleichsgruppe unterschiedlich behandeln. Nach dem Wortlaut („*gegenüber* gleichartigen Unternehmen“)¹⁸⁹ und dem Zweck des Diskriminierungsverbots kommt es an dieser Stelle des Tatbestandes auf die Vergleichbarkeit des Zugangsprätendenten und der dritten Unternehmen im Verhältnis zum Normadressaten an.¹⁹⁰ Weil den Normadressaten aus § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB *prima facie* eine Gleichbehandlungspflicht trifft, müssen die gleich zu behandelnden Unternehmen gerade vom Standpunkt eines wettbewerbskonform handelnden Normadressaten vergleichbar sein. Damit wird ein deskriptives Verständnis von Vergleichbarkeit vorausgesetzt.¹⁹¹ „Behandlung“ ist weit zu verstehen und meint jedes Verhalten (Tun oder Unterlassen) des Normadressaten, das sich auf seine geschäftliche Beziehung auswirkt.¹⁹² Sie kann also im Eingehen, Fortsetzen oder Abbruch¹⁹³ einer Geschäftsbeziehung bestehen oder alle sonstigen, im Wettbewerb eingesetzten Parameter (Preis, Rabatte, Qualität, Mengen) betreffen.¹⁹⁴ Ein klassisches Beispiel ist die Weigerung eines Herstellers von Original-Ersatzteilen, einen Reparaturbetrieb zu beliefern, obwohl er Drittunternehmen, sog. „Servicepartner“, beliefert.¹⁹⁵ Ist das Gut beschränkt, beinhaltet die

187 Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 92 mwN.

188 Überzeugend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 b).

189 So auch Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 99.

190 BGHZ 52, 65, 59 – Sportartikelmesse II; BGHZ 160, 67, 75 – Standard-Spundfass.

191 Siehe Nothdurft in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 108, der zwischen dem deskriptiven (Ungleichbehandlung) und normativen (Rechtfertigung) Element unterscheidet.

192 Loewenheim in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 85.

193 Vgl. BGH GRUR 1995, 765, 767 f – Kfz-Vertragshändler (zur ordentlichen Kündigung eines Vertragshändlerverhältnisses).

194 Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 153.

195 BGH GRUR 2000, 95, 96 – Feuerwehrrgeräte.

Entscheidung für einen oder einige Abnehmer ohne Weiteres die spiegelbildliche Diskriminierung ihrer Wettbewerber.¹⁹⁶ In solchen Fällen ist ein sachgerechtes Auswahlverfahren erforderlich, um die Ungleichbehandlung auszuschließen.¹⁹⁷ Bezugspunkt dieser Behandlung müssen die gleichen oder vergleichbaren Waren und Dienstleistungen des Normadressaten sein.¹⁹⁸ Ob die Unternehmen vom Normadressaten ungleich behandelt werden, soll nach überwiegender Meinung anhand eines „formalen“ Gleichheitsmaßstabes zu beurteilen sein.¹⁹⁹ Daher liegt eine Ungleichbehandlung vor, wenn ein Unternehmen im Unterschied zu anderen V.A.G.-Einzelhändlern bestimmte Rückvergütungen nicht erhält.²⁰⁰ Der Inhaber eines Patents behandelt einen Lizenzsucher ungleich, wenn er ihm im Unterschied zu anderen Unternehmen keine Lizenz am Patent einräumt.²⁰¹ Wertungen spielen auf dieser Ebene keine Rolle. Sie sind erst im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung zu berücksichtigen.²⁰² Dagegen plädiert *Friedemann Kainer* jetzt für eine „Materialisierung des Gleichbehandlungsmaßstabes“.²⁰³ Der Tatbestand der Gleichbehandlung komme nämlich nicht ohne Wertungen aus. Das trifft zu. Ironischerweise ist der von *Kainer* damit angegriffene „formale Gleichbehandlungsmaßstab“ seinerseits nichts anderes als das Ergebnis einer Wertung. Indem sich das Recht für eine strikt deskriptive Konzeption der Vergleichbarkeit entscheidet, ermöglicht es den übrigen Marktakteuren, das Verhalten des marktbeherrschenden bzw. relativ marktstarken Unternehmens auf den Prüfstand zu stellen. Das Recht weist diesen Marktakteuren eine besondere Verantwortung für das Funktionieren des Wettbewerbs zu. Diese Verantwortung aktualisiert sich, sobald ein Marktakteur eine Ungleichbehandlung erfolgreich geltend machen kann. *Kainers* Vorschlag, die Vergleichbarkeit von Waren und Dienstleistungen „durch ihre funktionelle Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite“ zu bestimmen, erschwert diese Überprüfung. Noch dazu wird der Vorschlag mit einer vorrangig greifenden Vermutung für die Vergleichbarkeit bei „technisch-physischer Identität“ unnötig kompliziert. *Kainer* hat sicherlich Recht, dass die Zuweisung an die Rechtfertigungsstufe selbst eine wertende Entscheidung ist, weil sie aufgrund der unterschiedlichen Darlegungs- und Beweislast streitentscheidend sein könne. Diese Wertung ist nach meiner Auffassung die beste Interpretation des geltenden Rechts. Darin realisiert sich die besondere Verantwortung des marktstarken Un-

196 *Martin-Ehlers*, ZWeR 2005, 163, 171 f.

197 Vgl. OLG Rostock WRP 1996, 465, 466 f – *Kfz-Zulassungsstelle*.

198 *Koller*, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 98 ff.

199 *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 123; *Loewenheim* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 85; *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 155.

200 BGH GRUR 1990, 1047, 1049 – *Nora-Kunden-Rückvergütung*.

201 BGHZ 160, 67, 75 – *Standard-Spundfass*.

202 BGH GRUR 1990, 1047, 1049 – *Nora-Kunden-Rückvergütung*; weitere Nachweise bei *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 c) cc).

203 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 c) cc).

ternehmens. Kann es die auf deskriptiver Basis ermittelte Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen, muss es gleich behandeln. Keine unterschiedliche Behandlung ist die Gleichbehandlung ungleichartiger Unternehmen.²⁰⁴ Nach dem Wortlaut genügt auch eine sog. „mittelbare“ ungleiche Behandlung für den Diskriminierungstatbestand. Diese soll vorliegen, wenn der Normadressat, beispielsweise ein Hersteller, seine Abnehmer (Großhändler) dazu auffordert, ihre Abnehmer ungleich zu behandeln.²⁰⁵ In der Sache liegt darin eine Ausdehnung des Gleichbehandlungskonzepts auf Beeinträchtigungen, die im Verhältnis Normadressat – ungleich Behandelte ansonsten nur freiheitsrechtlich als Behinderung erfasst werden könnten.

(4) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

aa) Grundlagen

Dem Normadressaten ist die unterschiedliche Behandlung nicht verboten, wenn es dafür einen „sachlich gerechtfertigten Grund“ gibt. Damit wird jede Ungleichbehandlung rechtfertigungsbedürftig. Das Gesetz enthält selbst keine Rechtfertigungsmaßstäbe.²⁰⁶ Darin kommt sein Charakter als Gleichbehandlungsrecht zum Ausdruck. In der Praxis hat sich die Formel durchgesetzt, dass es auf eine Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB ankommt.²⁰⁷ Verfolgt der Normadressat mit der von ihm vorgenommenen Differenzierung Interessen, die mit dieser Zielsetzung des GWB unvereinbar sind, weil sie im konkreten Fall zu einer unangemessenen Einschränkung der Handlungsfreiheit des diskriminierten Unternehmens führen, ist die Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt.²⁰⁸ Der Rechtfertigungsvorgang besteht aus drei Stufen:²⁰⁹

Auf erster Stufe geht es darum, die abwägungsfähigen Interessen zu ermitteln. Dabei wird nicht immer ausreichend scharf zwischen dem Behinderungsverbot und dem Diskriminierungsverbot differenziert. Während bei einer Behinderung

204 Siehe BGHZ 38, 90, 100 – *Treuhandbüro*; *Nothdurft* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 113; *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 122; *Bechtold*, GWB, § 20 Rn. 53; *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 150; anders jetzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 c) dd) auf Grundlage des von ihm postulierten „materialisierten“ Gleichbehandlungsmaßstabes.

205 *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 125; *Loewenheim* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 87.

206 *Schockenhoff*, FS Bechtold, 2006, 419, 420 ff.

207 Grundlegend BGHZ 38, 90, 102 – *Treuhandbüro*; BGHZ 52, 65, 71 – *Sportartikelmesse II*; in jüngerer Zeit BGH GRUR 1996, 808, 810 – *Pay-TV-Durchleitung*; BGH GRUR 1998, 1049, 1050 – *Bahnhofsbuchhandel*; BGH GRUR 2005, 177, 178 – *Sparberaterin*.

208 BGH GRUR 1989, 220, 222 – *Lüsterbehangsteine*.

209 Zum Folgenden näher *Busche*, Privatautonomie, 1999, 372 ff und aus der Kommentarliteratur statt aller *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 129 ff.

die freiheitsrechtlichen Interessen des behinderten Unternehmens zu ermitteln sind, erübrigt sich dieser Schritt beim Diskriminierungsverbot. Bereits die ungleiche Behandlung verletzt das *prima facie* Recht auf Gleichbehandlung. Die umstrittene Frage, ob im Rahmen der Interessenabwägung auch Interessen Dritter oder der Allgemeinheit zu berücksichtigen sind,²¹⁰ erübrigt sich mangels Gleichbehandlungsrelevanz für das Diskriminierungsverbot.²¹¹ Daher konzentriert sich die Interessenermittlung ganz auf den Normadressaten. Dagegen verlangt *Friedemann Kainer*, dass „die Ungleichbehandlung zusätzlich wettbewerbsschädliche Wirkungen entfaltet“.²¹² Das Merkmal kennen wir aus Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV und dort hat es sich als überflüssig herausgestellt.²¹³ Wenn ein Marktakteur erfolgreich eine Ungleichbehandlung geltend macht, zeigt bereits dieser Vorgang zwangsläufig, dass die Handlung eine wettbewerbsschädliche Wirkung entfaltet. Weil § 20 Abs. 1 GWB von einem Handlungsspielraum des Normadressaten ausgeht und diesem Grenzen setzt, sind dessen Interessen in die Abwägung grundsätzlich einzustellen.²¹⁴ Dazu zählt vor allem, sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie er dies für wirtschaftlich richtig und sinnvoll hält, Art sowie Umfang des Vertriebs seiner Waren oder Leistungen nach seinen Vorstellungen zu organisieren und dabei auch die Vertriebspartner auszuwählen.²¹⁵ Als nicht abwägungsfähig scheiden die Interessen aus, die schon im Ausgangspunkt gegen die Wertungen des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts²¹⁶ oder gegen gesetzliche Verbote²¹⁷ verstoßen. Auf zweiter Stufe ist zu untersuchen, ob die Interessen des Normadressaten die Ungleichbehandlung aufwiegen können. Dabei sind die Interessen der Normadressaten und der Abnehmer gleichberechtigt.²¹⁸ Auf dritter Stufe wird abgewogen, ob die Pflicht zur Gleichbehandlung im konkreten Fall auch verhältnismäßig ist.²¹⁹ Hier kommt es insbesondere darauf an, ob die konkrete Einschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit des Normadressaten mit Blick auf die über die Gleichbehandlung zu sichernde Entfaltungsfreiheit der anderen Unternehmen geeignet, erfor-

210 Verneinend BGHZ 114, 218, 232 – *Einzelkostenerstattung*; näher dazu *Busche*, Privatautonomie, 1999, 372; *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 166.

211 AA BGH GRUR 1998, 1049, 1050 – *Bahnhofsbuchhandel*, der auf die Versorgung der Bevölkerung mit Reiseproviand abstellt.

212 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 d aa).

213 Siehe oben § 5 IV 2 b) (4).

214 *Koller*, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 77; *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 164.

215 Ständige Rspr., vgl. nur BGH GRUR 1998, 1049, 1051 – *Bahnhofsbuchhandel*; BGH GRUR 2000, 95, 96 – *Feuerwehrgeräte*.

216 BGH GRUR 1999, 276, 278 – *Depotkosmetik*; näher *Nothdurft* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 135 ff, 140 ff.

217 Vgl. BGH GRUR 1996, 808, 811 – *Pay-TV-Durchleitung*; BGH GRUR-RR 2008, 181 Rn. 18 f – *Autorufgenossenschaft II*; *Nothdurft* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 126 ff, 138 f.

218 *Koller*, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 77 f.

219 Zur Verteidigung der Verhältnismäßigkeitsprüfung zuletzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 d aa).

derlich und angemessen ist. An dieser Stelle sind insbesondere zumutbare Ausweichmöglichkeiten der diskriminierten Unternehmen zu prüfen, sofern diese nicht bereits im Rahmen von § 20 Abs. 2 S. 1 GWB anzusprechen waren. Das hat besondere Relevanz, wenn über einen Kontrahierungszwang des Normadressaten gestritten wird.²²⁰ Dieser setzt voraus, dass zur Beseitigung gleich geeignete, die rechtliche und wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit des Normadressaten aber weniger beschränkende Verhaltenspflichten nicht in Betracht kommen.²²¹ Dieser Rechtfertigungsmaßstab hat „Biss“. Den marktbeherrschenden und relativ marktstarken Unternehmen wird „ein höherer Grad an Rücksichtnahme für das Funktionieren des Wettbewerbs auferlegt, weil ihre Marktstärke potenziell marktstörend ist“.²²² Damit erklärt sich die Kontrolldichte der Rechtfertigungsprüfung.

bb) Rechtfertigungsgrund: Privatautonomie

In der Praxis haben sich verschiedene Fallgruppen herausgebildet,²²³ von denen der Geschäftsverweigerung eine intensive gleichbehandlungsrechtliche Relevanz zukommt.²²⁴ Die Bandbreite der davon erfassten Verhaltensweisen reicht von der einseitigen Beendigung bestehender Vertragsbeziehungen²²⁵ über die Ablehnung, eine in der Vergangenheit bestandene Vertragsbeziehung fortzusetzen, bis hin zur Weigerung, mit potentiellen Geschäftspartnern erstmals zu kontrahieren;²²⁶ und dies innerhalb wie außerhalb selektiver Vertriebssysteme²²⁷. Dazu zählen auch die Fälle der Nichtaufnahme in Verbände und Vereinigungen,²²⁸ wobei § 20 Abs. 6 GWB für bestimmte Vereinigungen spezieller ist.²²⁹ Als Rechtsfolge dieser Ungleichbehandlung kann nach ständiger Rechtsprechung ein Kontrahierungszwang aus § 33 GWB iVm § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB folgen.²³⁰ Gemeinsam ist diesen Konstellationen, dass sich hier der Konflikt zwischen Vertragsfreiheit und Gleichbehandlung zuspitzt. Es verwundert dann nicht, dass damit erneut die Vorrangfrage gestellt wird: Kommt der Vertragsfreiheit ein Vorrang zu oder setzt

220 Lübbert in: Wiedemann, Hd. KartellR, § 29 Rn. 35.

221 BGH NJW-RR 1991, 825, 826 – *Zuckerrübenanlieferungsrecht*.

222 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 d aa).

223 Statt vieler *Notdurft* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 144 ff; *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 149; *Bunte*, Kartellrecht, 2008, 314 ff.

224 Siehe dazu bereits oben § 5 IV 1.

225 Vgl. statt vieler Beispiele BGH GRUR 1995, 765 – *Kfz-Vertragshändler*; BGH GRUR 2005, 177 – *Sparberaterin*.

226 Vgl. BGHZ 160, 67 – *Standard-Spundfass*.

227 Die unionsrechtlichen Grundsätze zur Beurteilung selektiver Vertriebssysteme sind auch für die Auslegung des § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB von Bedeutung, zu den Einzelheiten siehe *Pischel*, GRUR 2008, 1066 ff; *Ruess/Slopek*, WRP 2009, 1021 ff.

228 Grundlegend BGH WuW/E BGH 1496 – *Autorufgenossenschaft*; BGHZ 33, 259, 262 ff – *Molkereigenossenschaft II*; in jüngerer Zeit BGH GRUR-RR 2008, 181, 182 f – *Autorufgenossenschaft II*.

229 Dazu unten § 5 IV 4.

230 Dazu gleich unten § 5 IV 4 a).

sich die Freiheit des gleichen Marktzugangs durch?²³¹ § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB gibt darauf eine für die Konzeption von Freiheit und Gleichheit im Privatrecht generell aufschlussreiche Antwort: Innerhalb seines Anwendungsbereichs kommt dem Grundsatz der Gleichbehandlung ein *methodischer* Vorrang zu. Dazu der Bundesgerichtshof:

„Der Umstand, dass es der [...] Patentinhaberin grundsätzlich freisteht, ob sie überhaupt Lizenzen am Klagepatent vergibt und gegebenenfalls an wen, entbindet sie nicht von der Beachtung des Diskriminierungsverbots und enthebt demgemäß nicht von der Prüfung der Frage, ob die Lizenzverweigerung gegenüber [dem Lizenzsucher] eines sachlich gerechtfertigten Grundes entbehrt.“²³²

Aus der Normstruktur folgt, dass Gleichbehandlung gleichartiger Unternehmen der Grundsatz und Ungleichbehandlung die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme ist. Das Interesse des Normadressaten am ungestörten Fortbestand seiner wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit muss *überwiegen*.²³³ Innerhalb dieser Struktur ist die Ausübung von Privatautonomie auf der Rechtfertigungsebene angesiedelt. Zugespißt formuliert, ist Vertragsfreiheit im System des § 20 GWB also ein Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung. Aufgrund dieser elementaren methodischen Weichenstellung konzentriert sich die Prüfung maßgeblich auf die im Einzelfall notwendigen Anforderungen an den Rechtfertigungsmaßstab.

Untersucht man die Anwendungsfälle aus der Praxis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, kann man feststellen, dass die Prüfungsmaßstäbe erheblich variieren. Am unteren Ende stehen die Fälle, in denen es genügt, dass sich der Normadressat auf seine Vertragsfreiheit beruft, ohne dafür weitere Gründe nennen zu müssen. Exemplarisch dafür ist die Entscheidung *Kfz-Vertragshändler*. Der Bundesgerichtshof ging davon aus, dass der Hersteller, der von der vertraglich vereinbarten Kündigungsmöglichkeit Gebrauch macht, *keine* näheren Gründe angeben muss, die das Gericht auf ihre Berechtigung und ihr Gewicht, zumal unter betrieblichen und unternehmerischen Gesichtspunkten, zu prüfen hätte.²³⁴ Wörtlich heißt es:

„Die Ausübung einer vertraglich vereinbarten ordentlichen Kündigung – sofern sie durch eine angemessene Kündigungsfrist dem abhängigen Vertragspartner eine ausreichende Umstellungsfrist gewährt – ist aber, wenn keine besonderen Umstände hinzutreten, kein Mißbrauch von Marktmacht. Sie bedarf daher außer dem Hinweis auf die wirksame vertragliche Vereinbarung grundsätzlich keiner weiteren sachlichen Rechtfertigung.“²³⁵

231 Zur Debatte näher *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 193 ff.

232 BGHZ 160, 67, 75 – *Standard-Spundfass*.

233 BGH GRUR 2000, 95, 96 – *Feuerwehrgeräte*.

234 BGH GRUR 1995, 765, 768 – *Kfz-Vertragshändler*; ähnlich schon BGHZ 107, 273, 279 – *Staatslotterie*.

235 BGH GRUR 1995, 765, 768 – *Kfz-Vertragshändler* (Hervorhebung hinzugefügt).

Derselben Konzeption folgt das Gericht in der Entscheidung *Standard-Spundfass*.²³⁶ Die unterschiedliche Behandlung von Interessenten bei der Entscheidung, ein geschütztes Immaterialgut verwerten zu dürfen, ist ein wesentliches Element der Ausschließungswirkung des Schutzrechts selbst.²³⁷ Die Ausschließungsbefugnis beinhaltet gerade das Recht, nicht jedem Interessenten, sondern anstelle oder neben einer Eigennutzung nur einzelnen Bewerbern eine Lizenz zur Nutzung des Schutzrechts zu erteilen. Für die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung von Lizenzinteressenten besteht daher grundsätzlich ein weiter Spielraum.²³⁸ Anders ausgedrückt: Die aus dem Ausschließlichkeitsrecht folgende Vertragsbegründungsfreiheit des Schutzrechtinhabers kann als solche die Ungleichbehandlung einer Lizenzvergabe grundsätzlich rechtfertigen.

Die Rechtfertigungsanforderungen steigen, wenn zu der schlichten Vertragsverweigerung zusätzliche oder besondere Umstände hinzutreten, angesichts derer die Ungleichbehandlung die zu sichernde Freiheit des Wettbewerbs gefährdet.²³⁹ Diese „besonderen Umstände“ führen also dazu, dass die schlichte Berufung auf die Ausübung von Privatautonomie die Ungleichbehandlung nicht mehr rechtfertigen kann. Ein solcher Umstand liegt vor, wenn die Marktgegenseite von dem Angebot des Normadressaten abhängig ist: Mit zunehmender Abhängigkeit steigen die Anforderungen an die Rechtfertigung und daher an die Schutzwürdigkeit der vom Normadressaten verfolgten Belange.²⁴⁰ Allein die Berufung auf die freie Wahl der Vertragspartner kann die Ungleichbehandlung daher nicht rechtfertigen, wenn sein Angebot auf dem sachlich relevanten Markt nicht zu substituieren ist.²⁴¹ Die Privatautonomie versagt hier als Rechtfertigungsgrund, weil sie dazu eingesetzt werden kann, den Markt für Wartungs- und Reparaturarbeiten zu schließen. Das ist mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes unvereinbar.²⁴² Der Normadressat ist dann gezwungen, seine Entscheidung mit konkreten Gründen zu rechtfertigen, die vom Gericht vollumfänglich auf ihre inhaltliche Überzeugungskraft überprüft werden. Die Entscheidung *Feuerwehrgeräte* ist dafür ein gutes Beispiel.²⁴³

Der marktbeherrschende Hersteller von Feuerwehrtechnikgeräten konnte die Verweigerung der Lieferung von Ersatzteilen an einen Reparaturbetrieb nicht sachlich rechtfertigen: Der hohe Standard bei Wartung und Reparatur blieb dem Hersteller und seinen „Service-Partnern“ unbenommen. Die Gefahr der unsachgemäßen Verwendung konnte er nicht mit hinreichend großer Wahrscheinlichkeit darlegen. Die mit einer unsachgemäßen Reparatur einhergehende Rufgefährdung war eine zu abstrakte Gefahr, um die Lieferver-

236 BGHZ 160, 67, 75 ff – *Standard-Spundfass*.

237 Dazu näher Ullrich/Heinemann in: Immenga/Mestmäcker, VII Abschnitt, GRUR B Rn. 21 ff.

238 BGHZ 160, 67, 75 f – *Standard-Spundfass*.

239 Vgl. BGH GRUR 1995, 765, 768 – *Kfz-Vertragshändler*; BGHZ 160, 67, 76 – *Standard-Spundfass*.

240 BGH GRUR 2000, 95, 96 – *Feuerwehrgeräte*.

241 BGH GRUR 2000, 95, 96 – *Feuerwehrgeräte*.

242 BGH GRUR 2000, 95, 96 – *Feuerwehrgeräte*.

243 BGH GRUR 2000, 95, 96 f – *Feuerwehrgeräte*.

weigerung rechtfertigen zu können. Die Lieferung hat auch keinen negativen Einfluss auf die vom Hersteller erhaltene Zertifizierung seiner Produkte, weil Verbraucher nicht erwarten können, dass ein Hersteller für Arbeiten, die nicht seiner Kontrolle unterliegen, einstehen wird. Daher komme auch eine mögliche Produkthaftung des Herstellers nicht in Betracht. Die Lieferpflicht greift auch nicht in Geschäftsgeheimnisse ein, weil die Teile der Öffentlichkeit zugänglich sind.

Entscheidet sich der Normadressat im Grundsatz dafür, seine Leistungen nicht nur selbst oder über Tochterunternehmen, sondern auch über Dritte anzubieten, trifft ihn grundsätzlich die Pflicht zur Gleichbehandlung gleichartiger Unternehmen.²⁴⁴ Er kann die potentiellen Teilnehmer seines Vertriebssystems folglich nicht mehr allein aufgrund beliebiger qualitativer oder quantitativer Kriterien „willkürlich“ auswählen.²⁴⁵ Für die Benachteiligung einzelner Abnehmer müssen dann besondere rechtfertigende Umstände geltend gemacht werden.²⁴⁶ Dabei sind im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung an den Normadressaten verschärfte Anforderungen zu stellen, wenn er als Anbieter von Waren oder gewerblichen Leistungen den Vertragsabschluss mit potentiellen Abnehmern – im Sinne einer Liefersperre – gänzlich verweigert und den betreffenden Unternehmen hierdurch den Zutritt zum Markt praktisch verwehrt.²⁴⁷ In der Entscheidung *Sparberaterin* konnte sich die Herausgeberin des Telefonverzeichnisses daher nicht auf ihre Vertragsbegründungsfreiheit stützen, um ihre Weigerung zu rechtfertigen, keine Anzeigen mehr zu schalten, die von der klagenden Werbeagentur vermittelt worden waren.²⁴⁸ Die Normadressatin begründete ihre Entscheidung damit, dass die Agentur mit einer sog. „Sparberaterin“ zusammenarbeite, die insbesondere bei bestehenden Inserenten Sparpotentiale zu Lasten der Herausgeberin und ihrer Vertriebsstruktur ermittle. Dieser Grund ist nicht mit der Zielsetzung des GWB vereinbar: die Normadressatin will damit ein bestimmtes Beratungsverhalten unterbinden, das ihren eigenen Geschäftsinteressen abträglich ist und nimmt daher Einfluss auf die Vertragsverhältnisse einer vorgelagerten Marktstufe.²⁴⁹ Entscheidet sich der Normadressat für ein qualitatives selektives Vertriebssystem, muss er rechtfertigen, warum er nicht mit einem Unternehmen kontrahiert, das die Qualifikationsvoraussetzungen erfüllt. Ein sachlicher Grund dafür ist beispielsweise die auf Tatsachen gegründete Befürchtung, das Unternehmen werde sich nicht an die vertraglichen Pflichten halten.²⁵⁰ Eine Differenzierung innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, mit der der Normadressat gesetzlichen Vorschriften nachkommt, ist ebenfalls ein geeigneter sachlicher

244 BGH GRUR 2003, 542, 543 – *Vorleistungspflicht*; BGH GRUR 2005, 177, 178 – *Sparberaterin*.

245 Zu den Einschränkungen im Einzelnen siehe *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 153 ff mwN; *Westermann* in: MünchKomm-KartR, § 20 GWB Rn. 82 ff.

246 BGH GRUR 2003, 542, 543 – *Vorleistungspflicht*; BGH GRUR 2005, 177, 178 – *Sparberaterin*.

247 BGH GRUR 2005, 177, 178 – *Sparberaterin*.

248 BGH GRUR 2005, 177 – *Sparberaterin*.

249 BGH GRUR 2005, 177, 178 – *Sparberaterin*.

250 Vgl. dazu BGH GRUR 1999, 276, 278 – *Depotkosmetik*.

Grund.²⁵¹ Etwas anders gelagert waren die „besonderen Umstände“ im *Standard-Spundfass*-Fall. Man hatte mit einem strukturellen Versagen des Immaterialgüterrechts umzugehen.²⁵² Der Zugang zum nachgelagerten Markt der Spundfassherstellung war davon abhängig, dass das Patent befolgt wurde, weil dieses den de facto-Standard bildete. Der vom Patentrechtsschutz eigentlich angestrebte Substitutionswettbewerb versagte daher. Daraus folgt, dass der Patentinhaber eine Ungleichbehandlung nur mit solchen Gründen rechtfertigen kann, die mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB vereinbar sind.²⁵³

Die Analyse dieser exemplarischen Entscheidungen weist auf einen flexiblen Rechtfertigungsmaßstab von Ungleichbehandlungen hin: Er reicht von dem schlichten Verweis auf die ausgeübte Privatautonomie bis hin zur strengen Verhältnismäßigkeitskontrolle. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. Gemeinsam ist den „besonderen“ Umständen, die zur strengeren Rechtfertigungsprüfung führen, dass es sich um Situationen handelt, in denen die „Entmachtungsfunktion“ des Wettbewerbs nicht mehr gewährleistet ist. Im Interesse der Chancengleichheit aller Unternehmen unterwirft das Gesetz Ungleichbehandlungen des Normadressaten einer strengeren Prüfung, um damit die gleiche wettbewerbliche Freiheit aller Akteure herzustellen. Darin realisiert sich die Zuweisung der „besonderen Verantwortung“ marktmächtiger bzw. relativ marktstarker Unternehmen für die Wettbewerbsstruktur.

(5) Rechtsfolgen

Wer entgegen § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB ohne sachlichen Grund ungleich behandelt, ist gegenüber dem diskriminierten Unternehmen²⁵⁴ zur Beseitigung bzw. Unterlassung verpflichtet, § 33 Abs. 1 S. 1 GWB. Bei einem schuldhaften Verstoß macht sich der Normadressat schadensersatzpflichtig, § 33 Abs. 3 GWB. Nach ständiger Rechtsprechung ist der Schadensersatzanspruch die Grundlage eines Kontrahierungszwangs des Normadressaten.²⁵⁵ Der Normadressat habe nach § 249 BGB den Zustand herzustellen, der ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand bestehen würde; er müsse dem diskriminierten Unternehmen die bisher bestellten Waren Zug-um-Zug gegen Zahlung des Kaufpreises und – soweit rele-

251 Siehe BGH GRUR 2004, 351 – *Depotkosmetik im Internet*.

252 Vgl. dazu näher *Busche*, FS Tilmann, 2003, 645, 656.

253 BGHZ 160, 67, 76 f – *Standard-Spundfass*.

254 *Bornkamm* in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 59.

255 Grundlegend BGHZ 36, 91, 100 f – *Gummistrümpfe*; BGH NJW 1976, 801, 803 – *Rossignol*; BGH GRUR 1979, 792, 794 ff – *Modellbauartikel I*; BGH GRUR 1980, 125, 127 f – *Modellbauartikel II*; offengelassen von BGH GRUR 1988, 642, 644 – *Opel-Blitz*; BGHZ 107, 273, 279 f – *Staatslotterie*; BGH GRUR 1999, 276, 278 – *Depotkosmetik*.

vant – innerhalb seiner Vertriebsbindung liefern.²⁵⁶ Dagegen werden in der Literatur seit langem Einwände erhoben: Der erstrebte Vertrag behebt keinen in der Vergangenheit herbeigeführten Schaden, sondern ist zukunftsgerichtet und kann sinnvollerweise nicht von einem Verschulden abhängen.²⁵⁷ Das diskriminierte Unternehmen beansprucht in der Sache die Beendigung eines rechtswidrigen Verhaltens, nämlich die Beseitigung der ungleichen Behandlung. Vorzugswürdig ist daher die Einordnung als Unterlassungsanspruch²⁵⁸ oder Beseitigungsanspruch,²⁵⁹ mit der die ungleiche Behandlung und ihre Folgen für die Zukunft beseitigt werden. Auch der Bundesgerichtshof geht in seiner neueren Rechtsprechung von einem verschuldensunabhängigen Beseitigungsanspruch aus, wenn die Behinderung bzw. Ungleichbehandlung sonst als rechtswidriger Störungszustand fortwirken würde.²⁶⁰ Mit der Anerkennung des Beseitigungsanspruchs wird auf die Notwendigkeit eines wirksamen Rechtsgüterschutzes reagiert.²⁶¹

Mit dem Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch kann grundsätzlich nur die Beseitigung der ungleichen Behandlung verlangt werden. Daraus folgt kein Anspruch auf Vornahme einer bestimmten Handlung.²⁶² Eine entsprechende Verurteilung, die nicht auf ein Unterlassen, sondern auf ein positives Tun gerichtet ist, setzt voraus, dass das kartellrechtswidrige Verhalten auf andere Weise nicht beseitigt werden kann.²⁶³ Verweigert etwa ein Hersteller zu Unrecht die Belieferung eines Einzelhändlers, kann er die Ungleichbehandlung nicht nur damit beseitigen, dass er die Belieferung aufnimmt, sondern auch indem er sein Angebotsverhalten gegenüber den anderen Nachfragern ändert, beispielsweise den Vertriebsweg der Direktbelieferung gänzlich aufgibt und nur noch über den Großhandel vertreibt.²⁶⁴ Diese Reaktionsmöglichkeiten sind dem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot immanent. Will man daher auf seine effektive Sanktionierung nicht verzichten, müssen nur theoretisch verfolgbare Alternativen ausscheiden, sofern sie nicht bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung tatsächlich realisiert worden sind.²⁶⁵ Der Bundesgerichtshof hat im Rahmen von Art. 101 AEUV entschieden, dass aus der Verletzung des Gleichbehandlungsan-

256 BGHZ 36, 91, 100 – *Gummistrümpfe*; BGHZ 49, 90, 98 f – *Jägermeister*; näher zu den zu stellenden Anträgen BGH GRUR 1980, 125, 128 f – *Modellbauartikel II* und *Bechtold*, GWB, § 20 Rn. 66.

257 Vgl. *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 98; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 9 ff; *Busche*, Privatautonomie, 1999, 220 ff, 396 ff; *Schmidt*, AcP 206 (2006), 169, 191 f (jeweils mwN).

258 *Bork* in: Staudinger, Vorbem zu §§ 145-146 Rn. 20; *Bornkamm* in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 95 ff; *Schmidt*, AcP 206 (2006), 169, 191 f; *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 293.

259 Näher *Busche*, Privatautonomie, 1999, 225 ff, 396 ff mwN; siehe auch *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 82; *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 231; dagegen aber *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 11 f.

260 BGHZ 119, 335, 345 f – *Stromeinspeisung I*; BGHZ 133, 177, 183 – *Kraft-Wärme-Kopplung*.

261 BGHZ 133, 177, 183 – *Kraft-Wärme-Kopplung*.

262 BGH GRUR 2008, 608, 609 – *Hinweis auf konkurrierende Schilderpräger*.

263 BGH GRUR 2008, 608, 609 – *Hinweis auf konkurrierende Schilderpräger*.

264 Zum Problem näher *Busche*, Privatautonomie, 1999, 399 ff.

265 Vgl. *Schmidt* in: Immenga/Mestmäcker, EG/2, VO 1/2003 Anh. 2 Rn. 32.

spruchs innerhalb selektiver Vertriebssysteme kein Kontrahierungszwang folgt.²⁶⁶ Diese zweifelhafte Auffassung²⁶⁷ passt jedenfalls nicht auf die Verletzung des allgemeinen Diskriminierungsverbots in § 20 GWB.²⁶⁸ Sie ist erkennbar von dem Bemühen getragen, den von Gleichbehandlungsgeboten ausgehenden Zwang zur Gleichbehandlung mit der Vertragsbegründungsfreiheit zu vereinbaren. Damit folgt sie dem alten Muster im deutschen Recht, verabsolutiert die Vertragsfreiheit und verkennet, dass das Gesetz mit der festgestellten Pflicht zur Gleichbehandlung diesen Konflikt bereits gelöst hat. Im Regelfall ist daher davon auszugehen, dass der Normadressat die ungleiche Behandlung praktisch nur damit beseitigen kann, indem er mit dem ungleich behandelten Unternehmen kontrahiert. Eine andere Möglichkeit, die verbotswidrige Vertragsverweigerung zu *beseitigen* und nicht nur zu *kompensieren*, besteht nicht.²⁶⁹ Daraus folgt noch nicht, dass er mit ihm zu denselben Bedingungen wie mit anderen zu kontrahieren hat.²⁷⁰ § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB ist keine allgemeine Meistbegünstigungsklausel, die das marktbeherrschende Unternehmen generell zwingen soll, allen die gleichen – günstigsten – Bedingungen, insbesondere Preise, einzuräumen. Ihm soll insbesondere nicht verwehrt werden, auf unterschiedliche Marktbedingungen auch differenziert reagieren zu können.²⁷¹ Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Preis- oder Konditionenspaltung ihrerseits wettbewerbskonform ist. *Jan Busche* spricht plastisch von der geschuldeten „wettbewerblichen Gleichbehandlung“ des Normadressaten.²⁷²

4. Die Aufnahmeverweigerung (§ 20 Abs. 6 GWB) als besonderes Diskriminierungsverbot

a) Grundlagen

§ 20 Abs. 6 GWB verpflichtet Wirtschaftsvereinigungen, Berufsvereinigungen und Gütezeichengemeinschaften dazu, Unternehmen aufzunehmen, wenn die Ablehnung eines Aufnahmeantrags „eine sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung“ ist. Das ist ein besonderes Diskriminierungsverbot, das über das „all-

266 BGH GRUR 1999, 276, 277 f – *Depotkosmetik*; zustimmend Traugott, WuW 1997, 486 ff; Bechtold, NJW 2003, 3729, 3732; Nolte, WRP 2005, 1124, 1125; Säcker/Jaecks in: MünchKommKartR, Art. 81 EG Rn. 911 ff; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, 2009, Art. 1 VO 2790/1999 Rn. 18; Bunte in: Langen/Bunte, Art. 81 Generelle Prinzipien Rn. 272.

267 Haslinger, WRP 1999, 161 ff; Weyer, GRUR 2000, 848 ff; Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, EG/2, VO 1/2003 Anh. 2 Rn. 33; Veelken in: Immenga/Mestmäcker, EG/1, Kfz-GVO Rn. 45; Jaeger in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, Art. 81 Abs. 2 EG Rn. 55.

268 Vgl. BGH GRUR 1999, 276, 278 – *Depotkosmetik*, worin explizit auf die unterschiedlichen gesetzgeberischen Zielsetzungen hingewiesen wird.

269 Vgl. Bachmann, ZBB 2006, 257, 265.

270 Näher Busche, Privatautonomie, 1999, 401 f.

271 BGH GRUR 1996, 808, 811 – *Pay-TV-Durchleitung*.

272 Busche, Privatautonomie, 1999, 402.

gemeine“ Diskriminierungsverbot in § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB hinausgeht.²⁷³ Das Diskriminierungsverbot greift in die von Art. 9 Abs. 1 GG und Art. 11 EMRK gewährleistete Vereinigungsfreiheit ein. Nach der Rechtsprechung ist auch die Vereinigung selbst Träger des Grundrechts.²⁷⁴ In den Schutzbereich fallen die Selbstbestimmung über die eigene Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte sowie – unbeschadet der Frage der Rechtsfähigkeit – das Recht auf Entstehen und Bestehen.²⁷⁵ Dazu zählt auch die Aufnahme und der Ausschluss von Mitgliedern.²⁷⁶ Diesen Aspekt betont der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einer jüngeren Entscheidung:

„Article 11 cannot be interpreted as imposing an obligation on associations or organisations to admit whosoever wishes to join. Where associations are formed by people, who, espousing particular values or ideals, intend to pursue common goals, it would run counter to the very effectiveness of the freedom at stake if they had no control over their membership.“²⁷⁷

Daher ist die Vereinigung kraft der auch ihr zustehenden Privatautonomie grundsätzlich frei, die Voraussetzungen für den Erwerb der Mitgliedschaft festzulegen und anzuwenden. Auch wenn die satzungsmäßigen Voraussetzungen für eine Aufnahme erfüllt sind, kann sie in der Regel frei entscheiden, ob sie einen Mitgliedschaftsbewerber aufnehmen will oder nicht.²⁷⁸ Aus Art. 9 Abs. 1 GG folgt allerdings auch eine Pflicht des Staates, die positive Vereinigungsfreiheit des Bewerbers zu schützen.²⁷⁹ Dieser kann ein schutzwürdiges Interesse daran haben, Mitglied der Vereinigung zu werden. Die aus dem Grundrecht fließende Schutzpflicht wird – soweit das Interesse einen Wettbewerbsbezug hat – mit § 20 Abs. 6 GWB erfüllt.²⁸⁰ Die Rechtsprechung ging allerdings schon früh über die Beschränkungen des sachlichen Anwendungsbereichs des § 20 Abs. 6 GWB hinaus.

In Umsetzung des staatlichen Schutzauftrages aus Art. 9 Abs. 1 GG – der BGH spricht hier noch traditionell von der „mittelbaren Drittwirkung“²⁸¹ – wurde eine Aufnahmepflicht des Vereins bejaht, „wenn die Rechtsordnung mit Rücksicht auf schwerwiegende Interessen der betroffenen Kreise die Selbstbestimmung des

273 Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 328; Dorß in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 Rn. 167.

274 BVerfGE 13, 174, 175; BVerfGE 80, 244, 253; BGHZ 140, 74, 76; kritisch zur unmittelbaren Ableitung aus Art. 9 Abs. 1 GG Höfling in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 25 f mwN.

275 BVerfGE 80, 244, 253.

276 Höfling in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 16; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 9 Rn. 8.

277 EGMR, Urt. v. 27.7.2007, App. No. 11002/05 – ASLEF v. U.K. = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 39.

278 BGHZ 140, 74, 76 f.

279 Zur dogmatischen Verankerung in der Schutzpflichtentheorie vgl. Höfling in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 29, 35; grundlegend dazu Nicklisch, JZ 1976, 105, 107 ff; zurückhaltend dagegen Bartodziej, ZGR 1991, 517, 520 f.

280 Scholz in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 96 f.

281 BGHZ 140, 74, 77; ähnlich auch OLG Stuttgart NZG 2001, 997, 998.

Vereins über die Aufnahme von Mitgliedern nicht hinnehmen kann.²⁸² Das ist ganz allgemein der Fall, wenn der Verein im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich eine überragende Machtstellung innehat und ein wesentliches oder grundlegendes Interesse an dem Erwerb der Mitgliedschaft besteht.²⁸³ Der Bundesgerichtshof hat ursprünglich nur auf die „Monopolstellung“ des Vereins oder Verbands abgestellt.²⁸⁴ Mit Ende der 1970er Jahre kam es unter dem Einfluss der Literatur²⁸⁵ zu einer Öffnung. Neben die Monopolstellung trat eine Machtstellung aufgrund der wirtschaftlichen und sozialen Funktion des Verbands gekoppelt an die Abhängigkeit des Interessenten.²⁸⁶ Im Interesse des Vereins wird dieser Aufnahmezwang dahingehend eingeschränkt, dass die Ablehnung nicht zu einer – im Verhältnis zu bereits aufgenommenen Mitgliedern – sachlich nicht gerechtfertigten ungleichen Behandlung und unbilligen Benachteiligung eines die Aufnahme beantragenden Bewerbers führen darf.²⁸⁷ Nach klassischer Auffassung bietet der damit konkurrierende Aufnahmeanspruch aus § 20 Abs. 6 GWB iVm mit § 33 Abs. 1 GWB keinen weitergehenden Schutz des Beitrittswilligen.²⁸⁸ Methodisch kann das nicht ganz überzeugen,²⁸⁹ weil § 20 Abs. 6 GWB einen spezifischen Wettbewerbsbezug hat und letztlich ein typisierter Anwendungsfall des allgemeinen Diskriminierungsverbots aus § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB ist: Er sichert die Chancengleichheit der Unternehmen im Wettbewerb.²⁹⁰ Das Gesetz geht typisierend davon aus, dass die genannten Organisationen über ausreichend Marktmacht verfügen, dass sie es sich erlauben können, Interessenten nicht aufzunehmen. § 20 Abs. 6 GWB wurde in das Gesetz aufgenommen, weil es für jedes Unternehmen von wesentlicher Bedeutung ist, ob es Mitglied einer Wirtschafts- oder Berufsvereinigung ist.²⁹¹

282 BGHZ 140, 74, 77; grundlegend BGHZ 29, 344 – *Großhändlerverband II*; näher zum „nichtkartellrechtlichen Aufnahmeanspruch“ *Traub*, WRP 1985, 591 ff; *Bartodziej*, ZGR 1991, 517 ff; *Reichert*, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 1999, Rn. 665 ff; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 707 ff; *Weick* in: Staudinger, § 35 Rn. 28 ff; *Reuter* in: MünchKomm-BGB, Vor § 21 Rn. 108.

283 BGHZ 93, 151, 152; BGH GRUR 1986, 332, 333 mwN aus der älteren Rechtsprechung; BGHZ 102, 265, 276; BGHZ 140, 74, 77; aus der Literatur vgl. *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181 ff.

284 BGHZ 63, 282, 284 f – *Deutscher Sportbund*.

285 *Birk*, JZ 1972, 343, 347 ff; *Nicklisch*, JZ 1976, 105, 107 ff; *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181, 203 ff.

286 Angekündigt in BGH GRUR 1979, 788 – *Anwaltsverein*; entschieden in BGHZ 93, 151, 152 f; BGH GRUR 1986, 33, 333 – *Aikido-Verband*; BGHZ 140, 74, 77; zur Entwicklung siehe auch *Bartodziej*, ZGR 1991, 517, 524 ff.

287 BGHZ 140, 74, 77.

288 BGHZ 63, 282, 286 – *Deutscher Sportbund*.

289 Vgl. dazu auch *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181, 184; *Steinbeck*, WuW 1996, 91, 94.

290 *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 418.

291 BGH NJW-RR 1986, 339, 340 – *Schwarzbuntzüchter*.

b) Persönlicher Anwendungsbereich

§ 20 Abs. 6 GWB richtet sich an drei Adressaten: Wirtschaftsvereinigungen, Berufsvereinigungen und Gütezeichengemeinschaften. Vereinigungen sind Wirtschafts- und Unternehmensvereinigungen, wenn sie zwei Eigenschaften erfüllen:²⁹² (1.) Es muss sich um eine auf privatautonomer Grundlage gestaltete Vereinigung handeln (freiwilliger Zusammenschluss). Deren Mitglieder müssen Unternehmen sein. Es ist unerheblich, ob ihr auch andere Organisationen angehören.²⁹³ Auf Rechtsform und Gewinnerzielungsabsicht der Vereinigung kommt es ebenfalls nicht an.²⁹⁴ Umstritten ist, ob Spitzen- und Dachverbände, deren Angehörige Verbände ohne eigene unternehmerische Tätigkeit sind, ebenfalls dazu zählen.²⁹⁵ (2.) Die Vereinigung muss die berufsständischen, wirtschaftlichen und sozialen Interessen ihrer Mitglieder in wirtschaftspolitischer (Wirtschaftsvereinigung) oder berufsstandspolitischer (Berufsvereinigung)²⁹⁶ Hinsicht in ihrer Gesamtheit fördern und nach außen vertreten (verbandspolitische Zielsetzung)²⁹⁷. Der Verband bildet das „Sprachrohr“ für die gemeinsamen Belange seiner Mitglieder.²⁹⁸ Diese umfassende wirtschaftspolitische Zwecksetzung unterscheidet die Wirtschafts- und Berufsvereinigung von der Unternehmens- oder Arbeitgebervereinigung.²⁹⁹ Vereinigungen, die im Wesentlichen nur selbstständige, gewerbliche Tätigkeiten für ihre Mitglieder erbringen, zählen nicht dazu.³⁰⁰ Dasselbe gilt für rein ideelle Zwecke.³⁰¹ Werden allerdings neben dem wirtschaftlichen Zweck auch ideelle oder erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgt, steht dies der Bewertung als Wirtschafts- und Berufsvereinigung nicht entgegen, solange die verfolgten wirtschaftlichen Zwecke ihn entscheidend mitprägen.³⁰² Die Gütezeichengemeinschaften sind ausdrücklich genannt, weil ihnen der umfassende verbandspolitische Zweck fehlt. Ihre Tätigkeit beschränkt sich darauf, Gütebedin-

292 Steinbeck, WuW 1996, 91, 96 f; Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 330 ff; Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 Rn. 419 ff.

293 BGH WuW/E BGH 1726 – *Deutscher Landseer-Club*.

294 BGH WuW/E BGH 1726 – *Deutscher Landseer-Club*.

295 Verneinend Westermann in: MünchKomm-KartR, § 20 GWB Rn. 178; Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 Rn. 423; bejahend Steinbeck, WuW 1996, 91, 97.

296 Zu dieser Differenzierung Dorß in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 176.

297 Ständige Rspr., vgl. nur BGH GRUR 1980, 940, 942 – *Taxi-Besitzer-Vereinigung*; tendentiell weiter dagegen Schultz in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 266 (Verzicht auf die Vertretung in der Öffentlichkeit).

298 Steinbeck, WuW 1996, 91, 97.

299 Bechtold, GWB, § 20 Rn. 103; Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 423a.

300 BGHZ 33, 259, 260 – *Molkereigenossenschaft II*; BGH NJW-RR 1986, 339, 340 – *Schwarzbuntzüchter*.

301 Vgl. BGH GRUR 1979, 788 – *Anwaltsverein*.

302 BGH WuW/E BGH 1726 – *Deutscher Landseer-Club*; BGH NJW-RR 1986, 339, 340 – *Schwarzbuntzüchter*.

gungen für Waren und Dienstleistungen aufzustellen, Unternehmen das Recht zu verleihen, diese Gütezeichen zu führen und ihre Einhaltung zu überwachen.³⁰³

c) Ungleichbehandlung

§ 20 Abs. 6 GWB verbietet es den Normadressaten, die Aufnahme eines Unternehmens abzulehnen. Normbegünstigte sind nur Unternehmen. Sie bilden die Vergleichsgruppe. Für den Tatbestand der Ungleichbehandlung kommt es nicht darauf an, ob das Unternehmen auch mit den bereits vorhandenen Mitgliedern vergleichbar ist.³⁰⁴ Das ist eine Frage der Rechtfertigung.³⁰⁵ Es gilt der allgemeine kartellrechtliche Unternehmensbegriff der §§ 19 ff GWB. Es kommt entscheidend darauf an, ob die Leistungen des Aufnahmeantragstellers insgesamt gesehen den Rahmen der privaten Tätigkeit überschreiten und als Tätigkeiten im geschäftlichen Verkehr angesehen werden müssen.³⁰⁶ Ein Hundezüchterverein, der verbindliche Regelungen für die Hundezucht aufstellte und den danach gezüchteten Hunden Abstammungsurkunden erteilte, die deren Verkehrswert steigerten, wurde als Unternehmen angesehen. Die von den privaten Mitgliedern und Nichtmitgliedern innerhalb dieses Rahmens vorgenommenen Transaktionen waren so erheblich, dass die Tätigkeiten des Vereins in der Summe den Rahmen einer privaten Tätigkeit überschritten.³⁰⁷ Das muss konsequenterweise auf Amateursportvereine übertragen werden.³⁰⁸

Die von § 20 Abs. 6 GWB verbotene Ungleichbehandlung besteht darin, dass der Normadressat ein Beitritts-gesuch eines Unternehmens ablehnt, obwohl er andere Unternehmen aufnahm.³⁰⁹ Dasselbe muss gelten, wenn ein Unternehmen ausgeschlossen wird,³¹⁰ wenn dem Antrag nicht innerhalb angemessener Frist stattgegeben wird³¹¹ oder wenn die Aufnahme von Bedingungen abhängig gemacht wird³¹². Ob diese Bedingungen ihrerseits gerechtfertigt oder unzumutbar

303 Vgl. LG Köln WuW/E DE-R 20902 - *Hundezuchtverband*; OLG Frankfurt GRUR 1986, 184 - *Entziehung des Weinsiegels*; Bechtold, GWB, § 20 Rn. 106; Dorß in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 178.

304 Zweifelnd Westermann in: MünchKomm-KartR, § 20 GWB Rn. 182.

305 Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 343; Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 444.

306 BGH WuW/E BGH 1726 - *Deutscher Landseer-Club*; näher Steinbeck, WuW 1996, 91, 95 und zu weiteren Beispielen aus der Rspr. siehe Dorß in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 180.

307 BGH WuW/E BGH 1726 - *Deutscher Landseer-Club*.

308 Steinbeck, WuW 1996, 91, 96.

309 AA Nothdurft in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 272, der nicht scharf genug zwischen der Ungleichbehandlung und der Rechtfertigung differenziert, was ihn bei der satzungsgemäßen Ablehnung einholt, vgl. Rn. 275.

310 OLG Frankfurt GRUR 1986, 184, 186 - *Entziehung des Weinsiegels*; Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 341; Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 437 ff.

311 Vgl. BGH WuW/E BGH 2269 - *Verband für Deutsches Hundewesen*; BGH GRUR 1986, 332, 335 - *Aikido-Verband*.

312 Vgl. dazu BGHZ 21, 1 - *Darmimporteure* (noch zum alliierten Dekartellierungsrecht).

sind, ist auf Rechtfertigungsebene zu prüfen.³¹³ Dasselbe gilt für die Frage, ob die satzungsgemäßen Voraussetzungen für einen Beitritt erfüllt sind.³¹⁴ Voraussetzung ist immer, dass es sich um eine endgültige verbandsrechtliche Maßnahme handelt.³¹⁵

d) Rechtfertigung

Die Aufnahmeverweigerung – oder die ihr gleichstehenden Verhaltensweisen – sind nach der Konzeption des § 20 Abs. 6 GWB grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig. Notwendig ist eine umfassende Abwägung der beiderseitigen Interessen. Abzuwägen sind die berechtigten Interessen des Bewerbers an der Mitgliedschaft und die Bedeutung der damit verbundenen Rechte und Pflichten, die ihm vorenthalten werden, mit den Interessen der Wirtschafts- oder Berufsvereinigung an der Nichtaufnahme des Bewerbers.³¹⁶ Bei der Abwägung sind nur solche Interessen anzuerkennen, die sich aus der Mitgliedschaft wegen der Tätigkeit und der Bedeutung des Verbandes als Wirtschafts- und Berufsvereinigung ergeben.³¹⁷ Es lassen sich vier Fallgruppen von möglichen Ablehnungsgründen bilden:³¹⁸ Gründe gestützt auf (1.) die Satzung, (2.) den Verbandszweck, (3.) die ständige Aufnahmepraxis³¹⁹ und (4.) Gründe in der Person des Bewerbers. Erfüllt der Bewerber nicht die generellen Aufnahmebedingungen der Satzung, ist die Ablehnung grundsätzlich sachlich gerechtfertigt.³²⁰ Das gilt insbesondere für Aufnahmebeschränkungen, die sich aus der Begrenzung des Verbandszwecks auf Unternehmen bestimmter Wirtschaftsstufen („Großhändler“ oder „Fachhändler“) oder Branchen ergeben.³²¹ Das folgt bereits daraus, dass es den Vereinigungen wegen Art. 9 Abs. 1 GG freisteht, ihren Verbandszweck und damit ihre Mitgliedschaftsstruktur festzulegen.³²² Allgemein gesprochen, ist die Verbandsautonomie daher ein prinzipieller Rechtfertigungsgrund: Bereits der Verweis auf die Satzung kann ohne Weiteres genügen, um die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Damit steht § 20 Abs. 6 GWB ganz in der Linie des § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB, der die Privatautonomie des Normadressaten ebenfalls als Rechtfertigungsgrund behandelt. Die Rechtfertigungsanforderungen können allerdings steigen. Nach ständi-

313 Siehe BGH WuW/E BGH 2269 – *Verband für Deutsches Hundewesen*.

314 *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 444.

315 *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 440 ff.

316 BGH WuW/E BGH 1726 – *Deutscher Landseer-Club*.

317 BGH NJW-RR 1986, 339, 340 – *Schwarzbuntzüchter*.

318 *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 345 ff; *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 445; anders die Einteilung bei *Steinbeck*, WuW 1996, 91, 99 f, die zwischen objektiven und subjektiven, in der Person des Bewerbers liegenden Gründen unterscheidet.

319 Vgl. dazu BGH GRUR 1986, 332, 334 f – *Aikido-Verband*.

320 LG Köln WuW/E DE-R 20902 – *Hundezuchtverband*.

321 Vertiefend *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 450 ff.

322 Vgl. BGH GRUR 1969, 242, 243 f – *Universitätssportclub*; BGH NJW-RR 1986, 339, 340 – *Schwarzbuntzüchter*.

ger Rechtsprechung ist die Ablehnung unter bestimmten Voraussetzungen nicht zu rechtfertigen, auch wenn sie sich auf eine Bestimmung der Satzung stützt.³²³ Andernfalls würde der Kontrahierungszwang nämlich zur Disposition der Vereinigung stehen.³²⁴ Das ist der Fall, wenn die Satzungsbestimmung ihrerseits gegen § 20 Abs. 6 GWB verstößt.³²⁵ Das Diskriminierungsverbot führt hier mittelbar zu einer Inhaltskontrolle der Satzung, damit das freiheitsrechtliche Interesse des Bewerbers geschützt wird. Hier kommt es entscheidend darauf an, ob die Mitgliedschaft für den Bewerber eine wesentliche Voraussetzung für die gleiche Wettbewerbsfähigkeit ist. Das ist der Fall, wenn die Zurückweisung den Bewerber im Wettbewerb unbillig benachteiligen würde.³²⁶ Eine wichtige Rolle spielt auch die bisherige Aufnahmepraxis, weil man aus ihr Schlüsse für die gleichheitswidrige Behandlung ziehen kann.³²⁷ In diesen Fällen ist der Normadressat verpflichtet, den Verbandszweck mit einer verhältnismäßigen Satzungsbestimmung zu erreichen, die dem Gebot der Gleichbehandlung stärker Rechnung trägt.³²⁸

Die praktisch wichtigsten Ablehnungsgründe außerhalb der Satzung sind Gründe in der Person des Bewerbers.³²⁹ Die Ablehnung kann mit dem Ansehen und der Vertrauenswürdigkeit des Bewerbers oder der für ihn tätig werdenden Personen zusammenhängen, wobei von besonders hohen Rechtfertigungsvoraussetzungen auszugehen ist.³³⁰ Gründe dafür sind Interessenkollisionen³³¹, Verstöße gegen Satzungsbestimmungen³³² oder eine massive, rechtswidrige Druckausübung³³³. Kritik des Mitglieds ist dagegen hinzunehmen.³³⁴ Entscheidungen, in denen die Ablehnung mit dem Namen des Bewerbers („Universitätsclub“³³⁵, „Vorspiel-Schwuler Sportverein“³³⁶, „FSC Dynamo Windrad“³³⁷) und der damit

323 BGH NJW-RR 1986, 339, 340 – *Schwarzbuntzüchter*.

324 Grunewald, AcP 182 (1982), 181, 210.

325 Vgl. BGHZ 63, 282, 285 – *Deutscher Sportbund*; KG WuW/E OLG 3159 – *Kunstversteigerer*; Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 448.

326 BGH WuW/E BGH 1726 – *Deutscher Landseer-Club*; BGHZ 63, 282, 285 f, 293 f – *Deutscher Sportbund*; BGHZ 140, 74, 82 f.

327 BGHZ 140, 74, 82 f.

328 BGH WuW/E BGH 1726 – *Deutscher Landseer-Club*; BGHZ 63, 282, 285 f, 293 f – *Deutscher Sportbund*; BGHZ 140, 74, 83.

329 Dazu näher – auch zum allgemeinen Aufnahmeanspruch – Bartodziej, ZGR 1991, 517, 543 ff.

330 LG Köln WuW/E DE-R 20902 – *Hundezuchtverband*.

331 OLG München WUW/E OLG 2781, 2783 – *Trabrennverein*; BGH WM 1970, 594 – Zeitschriften-großhandel II.

332 Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 460.

333 LG Köln WuW/E DE-R 20902 – *Hundezuchtverband*.

334 Vgl. OLG Hamburg WuW/E OLG 2775, 2779 – *Hauptverband für Traberzucht und -rennen*; näher Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 353; Dorß in: Loewenheim/Meesen/Riesen-kampff, KartR, § 20 GWB Rn. 193 mwN.

335 BGH GRUR 1969, 242 – *Universitätssportclub*.

336 KG NJW-RR 1993, 183.

337 BVerfG NJW-RR 1993, 636.

kollidierenden Neutralitätspflicht der Vereinigung gerechtfertigt wurde, können dagegen nicht mehr überzeugen.³³⁸

e) Unbillige Benachteiligung

Der Normadressat ist trotz sachlich nicht gerechtfertigter Ungleichbehandlung nur dann zur Aufnahme verpflichtet, wenn die Ablehnung zu einer unbilligen Benachteiligung des Unternehmens im Wettbewerb führt. Die Benachteiligung muss im Wettbewerb erfolgen, gesellschaftliche oder politische Nachteile alleine reichen nicht aus.³³⁹ Die Benachteiligung ist unbillig, wenn der Bewerber seine wettbewerblichen Interessen nicht auf andere, gleich geeignete Weise erreichen kann.³⁴⁰ Hat er die Möglichkeit, einem anderen Verband beizutreten, ist die Aufnahmeverweigerung nicht unbillig, wenn seine Einfluss- und Betätigungsmöglichkeiten dort gleichwertig sind.³⁴¹

Die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung und die unbillige Benachteiligung müssen kumulativ vorliegen.³⁴² Sie stehen allerdings nicht isoliert nebeneinander, sondern beeinflussen sich gegenseitig.³⁴³ So kommt der unbilligen Benachteiligung im Rahmen der Satzungskontrolle Bedeutung zu und die Benachteiligung folgt – streng genommen – bereits aus der ungleichen Behandlung des Aufnahmeantrages: Wird beispielsweise ein Verband im Gesetzgebungsverfahren angehört, hat der nicht aufgenommene Bewerber nicht die gleichen Möglichkeiten wie die anderen Verbandsmitglieder gehört zu werden.³⁴⁴ Eine Benachteiligung liegt auch vor, wenn ein nicht unerheblicher Teil der Marktgegenseite die Mitgliedschaft als wesentlich für die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen ansieht.³⁴⁵ Eine Benachteiligung liegt immer vor, wenn dem Unternehmen Leistungen vorenthalten werden, die seine Wettbewerber im Verband genießen.³⁴⁶ Weil dies bereits aus der Ungleichbehandlung folgt, besteht in der Praxis eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Benachteiligung vorliegt.³⁴⁷ Erneut stößt man auf einen wichtigen Zusammenhang von Gleichbehandlung und Ausübung

338 Näher dazu Steinbeck, WuW 1996, 91, 99 ff.

339 Vgl. BGH GRUR 1979, 788, 789 – *Anwaltsverein*; Dorß in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 198.

340 Steinbeck, WuW 1996, 91, 98.

341 Vgl. BGH GRUR 1979, 788, 789 – *Anwaltsverein*. Im Ergebnis ist die Entscheidung nicht überzeugend, weil der BGH die Mitgliedschaft in einem privatrechtlich organisierten Verein mit der Mitgliedschaft in der Rechtsanwaltskammer vergleicht. Wegen der öffentlich-rechtlichen Natur jener Mitgliedschaft ist die im Anwaltsverein nicht gleichwertig.

342 Steinbeck, WuW 1996, 91, 97; Bechtold, GWB, § 20 Rn. 110.

343 Vgl. Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 342.

344 OLG München WuW/E OLG 2781, 2782 – *Trabrennverein*.

345 Vgl. BGHZ 21, 1, 7 – *Darmimporteure*.

346 Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 467.

347 Bechtold, GWB, § 20 Rn. 110; Dorß in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 199.

wirtschaftlicher Freiheit: Der Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz indiziert die Beeinträchtigung der Entfaltung im Wettbewerb. Anders gewendet: Gleichbehandlung schützt Freiheit.

Verstößt der Normadressat gegen § 20 Abs. 6 GWB, hat der zu Unrecht abgelehnte Bewerber³⁴⁸ einen Aufnahmeanspruch. Die Rechtsprechung hat diesen Anspruch in der Vergangenheit als verschuldensunabhängigen quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch eingeordnet.³⁴⁹ Vorzugswürdig ist es, den Aufnahmewzwang als Beseitigungsanspruch aus § 33 Abs. 1 S. 1 GWB zu begründen.³⁵⁰ Verstößt der Ausschluss eines Mitgliedes gegen § 20 Abs. 6 GWB, ist die darauf gerichtete Willenserklärung des Verbandsvertreters nach § 134 BGB nichtig.³⁵¹ Die Darlegungs- und Beweislast für die sachliche Rechtfertigung trägt die Vereinigung.³⁵²

5. Gleichbehandlungspflichten im Lauterkeitsrecht

a) Ausgangspunkt

Der Begriff „Wettbewerbsrecht“ wird in Deutschland mittlerweile als der gemeinsame Oberbegriff von Kartellrecht bzw. dem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen einerseits und dem Lauterkeitsrecht andererseits verstanden.³⁵³ Dem war nicht immer so, weil Wettbewerbsrecht über einen langen Zeitraum mit dem deutlich älteren UWG gleichgesetzt wurde. Genau umgekehrt verlief die Entwicklung im Unionsrecht. Dort wird „Wettbewerbsrecht“ seit Inkrafttreten der Römischen Verträge traditionell mit dem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen gleichgesetzt.³⁵⁴ Diesem primärrechtlich verankerten Schutz gegen Wettbewerbsbeschränkungen steht kein primärrechtliches Lauterkeitsrecht gegenüber.³⁵⁵ Dort war und ist das Lauterkeitsrecht Gegenstand des an die Mitgliedstaaten adressierten Diskriminierungsverbots³⁵⁶ auf Grundlage der

348 *Bornkamm* in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 61.

349 BGHZ 29, 344, 351 f – *Großhändlerverband II*; vgl. *Bornkamm* in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 95.

350 *Bechtold*, GWB, § 20 Rn. 112.

351 *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 369.

352 *Bechtold*, GWB, § 20 Rn. 113.

353 Zur Terminologie vgl. auch *Köhler*, WRP 2005, 645 f; *Erdmann* in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Hdb. WettbewR, § 1 Rn. 1; *Ohly* in: Piper/Ohly/Sosnitzer, UWG, Einf A Rn. 2.

354 Statt aller *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2004, § 1 Rn. 1 ff.

355 *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, 2006, 217 f.

356 Dazu statt vieler *Plötscher*, Begriff der Diskriminierung, 2003, 161 ff; speziell zum lauterkeitsrechtlichen Zusammenhang *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, 2006, 81 ff; *Heermann* in: Münch-Komm-UWG, EG B Art. 28 EG Rn. 38 ff.

europäischen Grundfreiheiten.³⁵⁷ Erst in jüngerer und jüngster Zeit bildet sich auf sekundärrechtlicher Ebene³⁵⁸ ein europäisches Lauterkeitsrecht heraus.³⁵⁹

Gleichbehandlungspflichten oder Diskriminierungsverbote Privater spielen im Lauterkeitsrecht keine besondere Rolle. Das gilt insbesondere für den sog. „wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch“:³⁶⁰ Handelt ein Marktteilnehmer unlauter, wenn er einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, an die sich andere Marktteilnehmer halten? *Eugen Ulmer* (1903-1988) sah 1933 darin ein Problem des Gleichheitsgrundsatzes im Wettbewerb, der *par condicio concurrentium*.³⁶¹ Seit seinen Untersuchungen geht man im Lauterkeitsrecht davon aus, dass (1.) die Rechtsordnung die normative *par condicio concurrentium* aller Marktteilnehmer ist und (2.) ihre Missachtung es dem Marktteilnehmer erlaubt, marktleistungsfremde Einkommen durch Rechtsbruch zu erzielen, was (3.) das Lauterkeitsrecht nicht hinnehmen dürfe.³⁶² Mittlerweile haben sich die Auffassungen zu den einzelnen Voraussetzungen des Rechtsbruchtatbestandes gewandelt.³⁶³ Die Formulierung einer *par condicio concurrentium* legt es schon begrifflich nahe, dass „im Vorsprung durch Rechtsbruch nichts anderes als ein Gleichheitsrecht durchgesetzt wird.“³⁶⁴ Der Anspruch sei danach auf Abwehr „des faktischen Eingriffs durch Ungleichbehandlung in einem Wettbewerbsverhältnis“ gerichtet.³⁶⁵ Ob diese Konstruktion überzeugt, sei dahingestellt. Jedenfalls hat sie nichts mit an Privaten adressierten Gleichbehandlungspflichten gemeinsam. Das hat *Gerhard Schricker* zutreffend erkannt:

„Es geht nicht um das Prinzip der gleichen Behandlung, sondern um das der gleichen Position. Es wird nicht jemandem verboten, andere ungleich zu behandeln, sondern es wird den Wettbewerbern geboten, sich an die gesetzlich fixierte Position der Gleichheit zu halten.“³⁶⁶

357 Vgl. zu der Problematik und zu den Fallgruppen näher *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 7 Rn. 9 ff; *Müller-Graff* in: von der Groeben/Schwarze, Art. 28 EG Rn. 193 ff; *Becker* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 30 Rn. 42 ff; *Leible* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 34 AEUV Rn. 52 ff.

358 Ein knapper Überblick über die Rechtsquellen bei *Ohly* in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf C Rn. 26 ff; *Schulte-Beckhausen* in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Hdb. WettbewR, § 9 Rn. 4 ff.

359 Näher zur Entwicklung *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, 2006 und *Micklitz* in: Münch-Komm-UWG, Einl. D Rn. 1 ff; *Glöckner* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einl. B Rn. 6 ff.

360 Zum Begriff siehe *Mahlberg*, Der wettbewerbsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch, 2003, 64 ff.

361 Grundlegend *Ulmer*, Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, 1933, 22.

362 Siehe nur *Schricker*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, 1970, 265 f; *Schünemann*, WRP 2001, 466, 469.

363 Dazu näher *Doepner*, GRUR 2003, 825 ff; *Götting* in: Fezer, UWG, § 4-11 Rn. 5 ff.

364 *Mahlberg*, Der wettbewerbsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch, 2003, 68; den Bezug zum Gleichheitsgrundsatz stellte bereits *Ulmer*, Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, 1933, 22, her und er wurde von *Meyer-Cording*, FS Nipperdey, 1965, 537, 547 ff (kritisch) ausgebaut.

365 *Mahlberg*, Der wettbewerbsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch, 2003, 74.

366 *Schricker*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, 1970, 265; dagegen *Mahlberg*, Der wettbewerbsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch, 2003, 75 ff.

Der Ausdruck „wettbewerbblicher Gleichbehandlungsanspruch“ ist daher irreführend. Man sollte auf ihn im Kontext des § 4 Nr. 11 UWG vollständig verzichten.

b) Gleichbehandlung und Rechtfertigung im Lauterkeitsrecht

Stellt man die Frage nach lauterkeitsrechtlichen Gleichbehandlungspflichten oder Diskriminierungsverboten, erhält man regelmäßig eine eindeutige Antwort: Das Lauterkeitsrecht kenne kein allgemeines Gleichbehandlungsgebot.³⁶⁷ Art. 3 GG habe keine mittelbare Wirkung im Lauterkeitsrecht.³⁶⁸ Ungleichbehandlung sei ein wesentliches Element des Wettbewerbs.³⁶⁹ Die Grundsätze der Vertragsabschluss- und Vertragsinhaltsfreiheit haben danach im Lauterkeitsrecht Vorrang vor der Gleichbehandlung. Das gilt vor allem für die eigenverantwortliche Preisgestaltung der Unternehmen, weil sie einen Eckpfeiler eines marktwirtschaftlich, dezentralisiert gesteuerten Wirtschaftssystems bildet, der von Kartellrecht und Lauterkeitsrecht zu sichern ist.³⁷⁰ Daher sei es einem Unternehmen grundsätzlich unbenommen, von seinen von ihm üblicherweise geforderten Preisen bestimmten Kunden gegenüber abzugehen und einzelnen Kunden Sonderpreise zu gewähren.³⁷¹ Das Lauterkeitsrecht kenne keine Pflicht des Unternehmens, allen seinen Kunden denselben Preis für gleiche Waren zu berechnen.³⁷² Methodisch kann man dieses Ergebnis auf zwei Wegen erreichen: (1.) Man negiert bereits im Ausgangspunkt eine Pflicht zur Gleichbehandlung. (2.) Man geht davon aus, dass die Vertragsfreiheit als sachlicher Grund eine Ungleichbehandlung ohne weiteres rechtfertigen kann. Das Problem lässt sich exemplarisch anhand der Debatte um das RabattG beschreiben.

Das RabattG v. 1933,³⁷³ das in der Bundesrepublik fortgalt,³⁷⁴ gehörte zu den wettbewerbsrechtlichen Sondergesetzen und ergänzte die allgemeinen Bestimmungen des UWG.³⁷⁵ Bei der Veräußerung von Waren und gewerblichen Leistungen des täglichen Verkehrs an letzte Verbraucher durften im Wesentlichen nur ein Preisnachlass für Barzahlung (Barzahlungsnachlass) von 3 % des Preises der Ware oder Leistung oder handelsübliche Mengenrabatte gewährt werden (§§ 1 Abs. 1, 2, 7 RabattG). Das RabattG wollte verhindern, dass Unternehmer die

367 LG Frankfurt GRUR-RR 2005, 96, 97 f – *Hibu-Taler*; LG Saale WM 2009, 655; *Stuckel* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 4 Nr. 1 Rn. 141; *Köhler* in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 10.122; *Ohly* in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, § 4.10 Rn. 10/17.

368 *Sosnitza* in: MünchKomm-UWG, § 3 Rn. 70.

369 LG Saale WM 2009, 655.

370 BGH GRUR 1958, 487, 489 – *Antibiotica*; *Lehmann*, GRUR 1984, 313.

371 BGH GRUR 1958, 487, 489 – *Antibiotica*.

372 *Steinbeck*, ZIP 2001, 1741, 1747.

373 Gesetz über Preisnachlässe v. 25.11.1933, RGBl. I, S. 1011; zur Entstehungsgeschichte *Meyer*, GRUR 2001, 98, 102 ff.

374 BVerfGE 21, 292, 295 f – *Warenhaus-Rabatt*.

375 BT-Drs. 14/5441, S. 6.

Rabattgewährung dazu missbrauchen, mit übermäßigen Nachlässen Käufer anzulocken. Damit würden sie eine überhöhte Preisgestaltung verschleiern und auf diese Weise zum Nachteil der Mitbewerber und letztlich der Verbraucher den Preiswettbewerb verzerren.³⁷⁶ Zugleich sollte damit der „allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung der Käufer“ verwirklicht werden.³⁷⁷ Das Rabattgesetz wirkte im Interesse der Verhinderung einer Ungleichbehandlung des einzelnen Verbrauchers als *spezielles Diskriminierungsverbot* zugunsten der Letztverbraucher.³⁷⁸ Das Gesetz verbot dem Unternehmen grundsätzlich, einzelnen Kunden seine Waren zu einem niedrigeren als seinem Normalpreis zu verkaufen. Der diskriminierungsrechtliche Charakter des RabattG kommt besonders in § 1 Abs. 2 RabattG zum Ausdruck. Danach wurden „Sonderpreise, die wegen der Zugehörigkeit zu bestimmten Verbraucherkreisen, Berufen, Vereinen oder Gesellschaften eingeräumt werden“, als grundsätzlich verbotene Preisnachlässe behandelt, die nur unter engen Voraussetzungen (vgl. § 9 RabattG) erlaubt wurden. Damit wollte das Gesetz unterschiedliche Behandlung einzelner Käufer oder Käufergruppen verbieten.³⁷⁹ Gleichbehandlung war damit zentraler Bestandteil des lauter Wettbewerbs. Die methodische Einordnung des RabattG blieb offen. Man konnte es so verstehen, dass es die Gleichbehandlung der Letztverbraucher als solche erst anordnete. Es ist aber auch möglich, es als Rechtfertigungshürde zu interpretieren. Danach konnten Preisnachlässe nicht mehr unter Rückgriff auf die Privatautonomie gerechtfertigt werden, sondern unterlagen strengeren Anforderungen.

Das RabattG wurde zum 25.7.2001 aufgehoben.³⁸⁰ Die Rechtsordnung billigt damit dem Verbraucher zu, im Grundsatz selbst über Rabatte zu verhandeln und die wirtschaftlichen Folgen abzuschätzen, die sich aus derartigen Geschäften ergeben können.³⁸¹ Damit gilt auch für Rabatte der lauterkeitsrechtliche Grundsatz der Preisfreiheit: Unternehmen können seitdem dem einen Abnehmer andere Rabatte gewähren als dem anderen Kunden.³⁸² Ungleiche Preisnachlässe sind seit 2001 grundsätzlich erlaubt.³⁸³ Die bewusste Entscheidung des Gesetzes, Ungleichbehandlungen im Interesse der Wettbewerbsfreiheit grundsätzlich zu erlauben, wurde kritisiert: Die Freigabe von Rabatten benachteilige die Verbraucher,

376 BGH GRUR 1963, 64 – *Bonusring* mwN.

377 BGH GRUR 1983, 682, 683 – *Fach-Tonband-Kassetten*; Steinbeck, ZIP 2001, 1741, 1747; vertiefend zum Schutzzweck Gloy in: GK-UWG, RabattG, Einl. Rn. 6.

378 Piper, WRP 1994, 433; Nordemann, NJW 2001, 2505, 2507; kritisch dagegen Schricker, GRUR Int. 1994, 586, 590 wegen der tatsächlichen Ungleichheit aufgrund fehlender Normakzeptanz.

379 BGH GRUR 1987, 185, 186 f – *Rabattkarte*; Gloy in: GK-UWG, § 1 RabattG Rn. 103.

380 Vgl. Art. 1 und Art. 4 des Gesetzes zur Aufhebung der Zugabeverordnung und zur Anpassung weiterer Rechtsvorschriften v. 23.7.2001, BGBl. I 1661.

381 BT-Drs. 14/5441, S. 8.

382 Berneke, WRP 2001, 615, 619.

383 Cordes, WRP 2001, 867, 874; Meyer, GRUR 2001, 98, 110 f; Nordemann, NJW 2001, 2505, 2507 f.

die entweder nicht über die ausreichende Marktkennntnis verfügen oder nicht die psychologischen Voraussetzungen oder die Zeit für erfolgreiche Preisverhandlungen mit sich bringen; sie müssten dann die von anderen Verbrauchern erzielten Preisnachlässe mitfinanzieren.³⁸⁴ Deshalb sei das Diskriminierungsverbot aus § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB auf Verbraucher auszudehnen.³⁸⁵ Dieser Vorschlag konnte sich mit Recht nicht durchsetzen.³⁸⁶ Er basiert auf einer immer wieder anzutreffenden Verwechslung von Gleichbehandlung als Grundsatz mit Rechtfertigungsmöglichkeit und Ergebnisgleichheit. *Peter W. Heermann* hat diesen Fehler zutreffend benannt: Die ‘Gleichheit am Start’ (jeder darf verhandeln) darf nicht mit der ‘Gleichheit am Ziel’ (da manche dies besser können, darf keiner verhandeln) ersetzt werden.³⁸⁷ Das Lauterkeitsrecht geht nämlich davon aus, dass die Einräumung oder Wiedereinräumung von Freiheit zunächst denjenigen mehr nützt, die verstehen, von ihr Gebrauch zu machen.³⁸⁸

Methodisch kann man dieses Ziel wiederum über eine Negation von Gleichbehandlungspflichten generell oder auf Rechtfertigungsebene lösen. *Anja Steinbeck* sprach von der sachlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung der Verbraucher.³⁸⁹ Rechtfertigungsgrund ist die Ausübung von Freiheitsrechten.

Die Ausübung von Privatautonomie genügt dann nicht mehr, wenn zur unterschiedlichen preislichen Behandlung besonders erschwerende Begleitumstände hinzutreten.³⁹⁰ Das ist zum Beispiel der Fall, wenn die vom Unternehmen gewählten Unterscheidungskriterien gegen die zivilrechtlichen Benachteiligungsverbote aus § 19 AGG verstoßen.³⁹¹ Diskriminiert das Unternehmen anhand der dort genannten Kriterien, handelt es unlauter, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG.³⁹² Eine in den Anwendungsbereich des § 19 AGG fallende Diskriminierung ist grundsätzlich eine geschäftliche Handlung iSv § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.³⁹³ Die Entscheidung, mit jemandem nicht kontrahieren zu wollen oder ihn bei der Vertragsdurchführung zu diskriminieren, ist objektiv darauf gerichtet, eine geschäftliche Entscheidung des Vertragsinteressenten zu beeinflussen. Sie wird ihn davon abhalten, mit dem Unternehmen erstmals oder zukünftig zu kontrahieren. § 19 Abs. 1 AGG ist zudem eine gesetzliche Vorschrift, die das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer regelt. Sie begründet für den Unternehmer Verhaltenspflichten beim An-

384 Köhler, BB 2001, 265, 266.

385 Köhler, BB 2001, 265, 266.

386 Zu den Einwänden siehe *Steinbeck*, ZIP 2001, 1741, 1747.

387 *Heermann*, WRP 2001, 883, 885 f.

388 *Meyer*, GRUR 2001, 98, 111; zustimmend *Steinbeck*, ZIP 2001, 1741, 1747.

389 *Steinbeck*, ZIP 2001, 1741, 1747.

390 BGH GRUR 1958, 487, 489 – *Antibiotica*; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 10.210; *Ohly* in: Piper/Ohly/Sosnitzka, UWG, § 4.10 Rn. 10/17.

391 Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 10.210; vgl. auch *Berneke*, WRP 2001, 615, 619; *Heermann*, WRP 2001, 883, 886; *Steinbeck*, ZIP 2001, 1741, 1747.

392 Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 11.157.

393 AA Köhler, WRP 2009, 898, 905 f.

gebot von Waren und Dienstleistungen und bei der Durchführung der Verträge. Wenn ein Unternehmen bestimmte Rabatte nur für Ehen gewähren und Lebenspartnerschaften davon ausschließen würde, läge eine unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Identität nach § 19 Abs. 1 AGG vor.³⁹⁴ Bei Rabatten, die sich am Lebensalter oder am Geschlecht einer Person orientieren, hängt ihre lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit entscheidend von dem mit der Differenzierung verfolgten Zweck ab.³⁹⁵ Die Behauptung, das Lauterkeitsrecht kenne keine Diskriminierungsverbote und erlaube dem Unternehmen willkürlich zu unterscheiden, ist mittlerweile sehr brüchig geworden. Das Lauterkeitsrecht kennt zwar keine Gleichbehandlung im Ergebnis. Das wäre mit der Wettbewerbsfreiheit unvereinbar. Rechtfertigungsfähige Gleichbehandlungspflichten zählen dagegen zum lauterkeitsrechtlichen Inventar. Das ist keine neue Erkenntnis. *Wolfgang B. Schünemann* stellte noch zum alten UWG mit Blick auf Art. 3 GG zutreffend fest, dass der

„Satz, es bestehe grundsätzlich kein Verbot unterschiedlicher Behandlung im wirtschaftlichen Wettbewerb, demnach irreführend und selbstverständlich zugleich [ist]: Gleichheit etwa der Vertragskonditionen iS ihrer Identität ist gerade nicht die grundgesetzlich gemeinte Gleichheit. Nur 'willkürliches' Verfahren, nicht aber z. B. auf ökonomisch unterschiedlich starken Markt- und Verhandlungspositionen beruhende Differenzierungen würden überhaupt mit der ideellen Substanz des Gleichheitsprinzips kollidieren können.“³⁹⁶

V. Grundsatz der Gleichbehandlung im Insolvenzrecht

1. Inhalt und Konzeptionen des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes

Jedes Insolvenzrecht kennt das Prinzip der *par condicio creditorum*.¹ Der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung („par condicio creditorum“, „equal treatment of all creditors“, „pari passu“) ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs „das Kernstück des Konkurses als einer Gesamtvollstreckung“.² Er prägt daher das deutsche Insolvenzrecht,³ die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union⁴ und das Europäische Insolvenzrecht⁵. Der Grundsatz be-

394 Dazu näher *Grünberger*, FPR 2010, 203, 207 und unten § 6 III 4 c).

395 Vgl. *Köhler* in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4 Rn. 1.96; nicht ausreichend differenzierend dagegen *Steinbeck* in: *Fezer*, UWG, § 4-1 Rn. 276.

396 *Schünemann* in: GK-UWG, Ein A 69.

1 Vgl. *Fletcher*, *Insolvency in Private International Law*, 2005, Rn. 1.08 und die Nachweise bei *Mokal*, 60 Cambridge L.J. 581-82 (2001).

2 BGHZ 88, 147, 150.

3 Dazu einstweilen *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 73 ff.

4 Vgl. dazu den Überblick bei *Wiórek*, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, 2005, 99 ff.

5 Dazu *Wiórek*, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, 2005, 61 ff.