

---

# Relative Marktmacht

---

Gutachten zu  
Grundlagen,  
Bedeutung,  
Wirkung und Praxis  
der deutschen  
Missbrauchsverbote  
gegenüber relativ  
marktmächtigen  
Unternehmen

---

Jörg Nothdurft

17. Januar 2015

---

### **Auftraggeber und Zweck des Gutachtens:**

Das Gutachten wurde erstellt im Auftrag des KMU-Komitees für faire Importpreise, c/o Herrn Maurus Ebnetter, Vorstandsdelegierter des Wirtverbandes Basel-Stadt, Hasenrain 96, CH-4102 Binningen, Schweiz.

**Das Gutachten dient der wissenschaftlichen Begleitung der parlamentarischen Initiative von Herrn Ständerat Altherr zur Aufnahme einer Bestimmung über „relative Marktmacht“ ins schweizerische Kartellgesetz (Pa.Iv. Altherr, Curia-Vista-Nr. 14.449).**

### **Autor:**

Jörg Nothdurft kommentiert die Regelungen des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) über die Ausnutzung wirtschaftlicher Macht im Kommentar von Langen/Bunte im Luchterhand-Verlag, dessen 12. Auflage im Jahre 2014 erschienen ist, einschließlich der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber Unternehmen mit relativer Marktmacht. Der Autor kommentiert weiterhin die Regelungen des deutschen GWB über das Rechtsbeschwerdeverfahren im Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht und ist Autor einer Reihe weiterer Veröffentlichungen zu kartellrechtlichen Themen. Ferner ist er als Lehrbeauftragter an den Universitäten Speyer und Lüneburg tätig.

Im Hauptamt ist Jörg Nothdurft Mitarbeiter des deutschen Bundeskartellamts. Im Range eines Direktors leitet er dort die Abteilung Prozessführung und Recht. **Die in diesem Gutachten enthaltenen rechtlichen und rechtspolitischen Auffassungen und Bewertungen sind persönlicher Natur und damit allein solche des Autors, nicht solche des Bundeskartellamts, seiner Spruchkörper oder anderer öffentlicher Stellen der Bundesrepublik Deutschland.**



# Relative Marktmacht

## Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen (§ 20 GWB)

### Zusammenfassung der Ergebnisse

Das Gutachten dient der wissenschaftlichen Begleitung der parlamentarischen Initiative von Herrn Ständerat Altherr zur Aufnahme einer Bestimmung über „relative Marktmacht“ ins schweizerische Kartellgesetz (Pa.Iv. Altherr, Curia-Vista-Nr. 14.449). Mit dieser Initiative wird zum einen vorgeschlagen, die Regelungen in Art. 7 des schweizerischen Kartellgesetzes<sup>1</sup> (im Folgenden: **KG**) über unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in ihrem persönlichen Anwendungsbereich auszudehnen auf „relativ marktmächtige Unternehmen“ (Art. 7 Abs. 1<sup>neu</sup> KG). Zum anderen wird eine gesetzliche Definition für in diesem Sinne „relativ marktmächtige Unternehmen“ vorgeschlagen (Art. 4 Abs. 2bis<sup>neu</sup> KG). Dieser Vorschlag lehnt sich an den Wortlaut des § 20 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen<sup>2</sup> (im Folgenden: **GWB**) an, der bereits seit 1973 seinerseits ebenfalls in gewissem Umfang die deutschen Missbrauchsverbote für marktbeherrschende Unternehmen auf relativ marktmächtige Unternehmen erstreckt.

### Teil A.: Aussagefähigkeit des deutschen Rechts – Vergleich mit den Vorschlägen der Pa. Iv. Altherr

Vor diesem Hintergrund betrachtet diese Untersuchung in Teil A. die Aussagefähigkeit des deutschen Rechts und der mit ihm gesammelten Erfahrungen für die parlamentarische Diskussion der Pa.Iv. Altherr. Zu diesem Zwecke werden die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen dem schweizerischen Recht – bei einer Umsetzung der Pa.Iv. Altherr – und der Rechtslage in Deutschland herausgearbeitet und bewertet.

Dabei tritt hervor, dass sowohl im Hinblick auf die Anwendungsvoraussetzungen als auch im Hinblick auf die an ihr Vorliegen anknüpfenden materiellen Verbotsnormen ein hoher Grad an Übereinstimmung zwischen den von der Pa.Iv. Altherr vorgeschlagenen Ergän-

---

<sup>1</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen Nr. 251 vom 06.10.1995 in der Fassung vom 01.05.2013.

<sup>2</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.06.2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066).

zungen des schweizerischen Kartellgesetzes und den Regelungen des deutschen GWB besteht.

Bezüglich der **Anwendungsvoraussetzungen** stimmen die Regelungen bis in den Wortlaut hinein überein, wobei die Anlehnung an den deutschen Rechtszustand bewusst erfolgt. Bei einer Übernahme der Pa.Iv. Altherr durch den schweizerischen Gesetzgeber müsste daher die schweizerische Anwendungspraxis bezüglich der zentralen Definition der Normadressatenstellung nicht gleichsam bei Null anfangen, sondern könnte auf etwa vier Jahrzehnte Konkretisierungsarbeit durch die deutsche Literatur, Gerichts- und Behördenpraxis zurückgreifen, was deren nähere Betrachtung im weiteren Gesetzgebungsverfahren nahelegt.

Eine Abweichung zum deutschen GWB liegt insofern vor, als dass § 20 Abs. 1 GWB eine Einschränkung des persönlichen Schutzbereichs in Fällen relativer Marktmacht auf „**kleine oder mittlere** Unternehmen“ enthält, die Art. 4 Abs. 2 bis<sup>neu</sup> KG fehlt. Diese KMU-Klausel fehlt jedoch auch in § 20 Abs. 2 GWB für den Bereich der Begrenzung von relativer Nachfragemacht. Zudem ist die Begrenzung des Schutzbereichs in § 20 Abs. 1 GWB rechtspolitisch fragwürdig (hierzu noch die Ausführungen zu Teil D).

Gegenüber den deutschen Regelungen in § 20 Abs. 1 und 2 GWB enthält Art. 4 Abs. 2 bis<sup>neu</sup> KG seinerseits eine Einschränkung insofern, als dass abhängige Anbieter und Nachfrager von der Regelung nur hinsichtlich des Absatzes oder Bezugs von solchen Waren oder Leistungen geschützt werden sollen, die sie **hauptsächlich produzieren oder für ihren Betrieb benötigen**. Ob ein praktischer Bedarf für diese zusätzliche tatbestandliche Einschränkung besteht, bleibt im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu diskutieren. Soweit mit ihr eventuelle Überreichweiten der Norm verhindert werden sollen, hat sich jedenfalls in der deutschen Fallpraxis ein entsprechendes rechtspolitisches Bedürfnis in den zurückliegenden vier Jahrzehnten nicht ergeben. Zudem könnte der Passus bei weiter Auslegung den praktischen Anwendungsbereich der Regelungen ganz wesentlich reduzieren, was im Interesse der Ziele der Gesetzesinitiative seine Streichung nahe legen mag.

Bezüglich der an das Vorliegen relativer Marktmacht anknüpfenden **materiellen Verbotsnormen** besteht ebenfalls ein hoher Grad an Übereinstimmung: Zwar bleibt die deutsche Verweisung auf § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 5 GWB eklektisch, indem sie nur einen Teil der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen auf relativ marktmächtige Unternehmen erstreckt. Sie erfasst jedoch mit § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ein Regelbeispiel, das als Sitz des allgemeinen Behinderungs- und Diskriminierungsverbots seinerseits wiederum als Generalklausel ausgestaltet ist. Diese Generalklausel adressiert von den drei Grundtypen des Missbrauchs direkt den Behinderungsmissbrauch und die Diskriminierung, zudem erfasst sie darüber hinaus zumindest mittelbar auch Fallgruppen des Ausbeutungsmissbrauchs. Damit haben die deutschen Regelungen für relativ marktmächtige Unternehmen ebenso wie die von der Pa.Iv. Altherr vorgeschlagenen Regelungen einen überaus breiten materiellen Anwendungsbereich. Um-

gekehrt werden alle von § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB erfassten Fälle auch von Art. 7 KG erfasst, dessen Tatbestand im Wortlaut der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG und des Regelbeispiels des Art. 7 Abs. 2 lit. b KG Entsprechungen findet.

Damit besteht auch hinsichtlich der Art und der Relevanz der an das Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen anknüpfenden materiellen Verbotsnormen ein so hoher Grad an Übereinstimmung zwischen den von der Pa.Iv. Altherr vorgeschlagenen Ergänzungen des schweizerischen Kartellgesetzes und den Regelungen des deutschen GWB, dass auch insofern die nähere Betrachtung der deutschen Fallpraxis für die wettbewerbspolitische Bewertung der Pa.Iv. Altherr Aussagekraft besitzt.

## **Teil B.: Grundlagen der deutschen Regelungen – Verfassungsrecht, Ermessen des Gesetzgebers, Systematik und Verhältnis zum EU-Recht**

In Teil B. werden dann – um die Hintergründe und den Normkontext der deutschen Verbote gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen darzustellen – die Grundlagen und das System aller Missbrauchsverbote des deutschen GWB insgesamt betrachtet.

Dabei zeigt sich zunächst, dass der deutsche Gesetzgeber mit den Missbrauchsverboten des GWB einem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag nachkommt, der sich zum einen aus den Wirtschaftsgrundrechten (allgemeine Handlungsfreiheit, Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie) herleiten lässt, zum anderen aus dem der Kompetenznorm des Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG impliziten Schutzversprechen, Regelungen zur „Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht“ zu treffen. Weder die Grundrechte noch die Kompetenznorm differenzieren dabei zwischen absoluter Marktmacht erga omnes im Sinne einer Marktbeherrschung und relativer Marktmacht inter partes. Weiter stehen nach der deutschen Gesetzgebungsgeschichte die machtbegrenzenden Regelungen der Missbrauchsverbote im Dienste der Sicherung der allgemeinen Akzeptanz der Rechts- und Wirtschaftsordnung, des Verbraucherschutzes und der volkswirtschaftlichen Optimierung der Faktorallokation. Ein vergleichbarer Schutzauftrag wird sich aus den Art. 26 Abs. 1, Art. 27, Art. 35, Art. 96 und Art. 97 der Schweizerischen Bundesverfassung herleiten lassen, zumal insbesondere Art. 96 und Art. 97 gegenüber dem Wortlaut des deutschen Grundgesetzes die Problematik noch sehr viel direkter adressieren.

Bei der Umsetzung des verfassungsrechtlichen Auftrags, Regelungen zur Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht zu treffen, hat der deutsche Gesetzgeber im Einzelnen ein weites Ermessen. Dieses hat er durch die als Generalklauseln ausgestalteten Missbrauchsverbote genutzt, in deren Kern jeweils eine Abwägung der Interessen unter dem Leitstern der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes steht. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat diesen Regelungsansatz sowohl unter dem Aspekt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als auch unter dem Aspekt des Be-

stimmtheitsgrundsatzes akzeptiert.

Nach einer kurzen Darstellung der Systematik der deutschen Missbrauchsverbote insgesamt, betrachtet die Untersuchung in Teil B. dann noch eingehender das Verhältnis der Missbrauchsverbote im Bereich der relativen Marktmacht zum Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, das sich für einseitige Verhaltensweisen von Unternehmen auf das allgemeine Missbrauchsverbot gegenüber Marktbeherrschern in Art. 102 AEUV beschränkt.

Die Betrachtung zeigt, dass das Unionsrecht für solche weitergehenden Regelungen ausdrücklich Raum bietet. Ihre Zulässigkeit wird abgesichert durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 EU-Kartellverfahrensverordnung Nr. 1/2003, welcher lautet:

„Den Mitgliedstaaten wird durch diese Verordnung nicht verwehrt, in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden.“

Diese Regelung ist genetisch auf die direkte Einflussnahme der Bundesrepublik Deutschland im Zuge der Verabschiedung der Verordnung zurückzuführen, weswegen sie in der kartellrechtlichen Literatur auch als „Deutsche Klausel“ bezeichnet wird. Grund für das starke Engagement der Bundesrepublik Deutschland war das Bestreben, die deutschen Regelungen und die deutsche Fallpraxis hinsichtlich der Missbrauchsverbote gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen beibehalten zu können. Genutzt wird der unionsrechtliche Spielraum dabei nicht nur von der Bundesrepublik Deutschland, sondern etwa auch von den EU-Mitgliedstaaten Österreich und Italien (*Gesetzestexte* auf Seite **Fehler! Textmarke nicht definiert.**).

Die Untersuchung behandelt an dieser Stelle auch die Frage des materiellen Verhältnisses der Regelungen über relative Marktmacht zum EU-Kartellrecht, insbesondere zum Kartellverbot des Art. 101 AEUV, das nach EU-Recht gegenüber dem nationalen Kartellrecht der Mitgliedsstaaten grundsätzlich mit positivem und negativem Anwendungsvorrang ausgestattet ist. Wie eventuelle Konflikte aufzulösen sind, ist im deutschen Recht noch nicht vollständig geklärt. Schon rein faktisch wird in den allermeisten Fällen die Vereinbarung und Durchsetzung eines unter dem Aspekt des Kartellverbots freigestellten Vertriebssystems auch der Interessenabwägung bei der Anwendung der Missbrauchsverbote standhalten, weil in ihrem Rahmen die Wertungen von Art. 101 Abs. 1 und (insbesondere) Abs. 3 AEUV von hoher Bedeutung sind. Das Potential für Konflikte ist dadurch in der Praxis sehr begrenzt, weswegen die Frage auch noch nicht höchstrichterlich geklärt werden musste.

## **Teil C.: Bedeutung und Wirkung von § 20 GWB – für die deutsche Wettbewerbspolitik und für die Rechtspraxis**

Darauf aufbauend wird dann in Teil C. – ausgehend von einer Darstellung der Gesetzgebungsgeschichte der Missbrauchsverbote – die spezifische Bedeutung und Wirkung von § 20 GWB im System der Missbrauchsverbote des deutschen GWB herausgearbeitet.

Dabei zeigt sich an der Zahl und der Begründung der Gesetzesinitiativen deutlich die **hohe Bedeutung des Instruments des § 20 GWB für die deutsche Wettbewerbspolitik.** Denn die Normgeschichte belegt eindrucksvoll, dass der deutsche Gesetzgeber keine Scheu an den Tag gelegt hat, den ihm von der Verfassung erteilten Schutzauftrag und Freiraum zu nutzen, wann immer er dies zur Lösung neuauftretender wettbewerbspolitischer Problemstellungen für sachdienlich hielt.

Die Regelungen über das Verbot des Missbrauchs relativer Marktmacht in § 20 Abs. 1 und 2 GWB wurden zum einen als Reaktion auf den externen Schock der Ölkrise 1973 zum Schutz der inländischen Marktstrukturen erlassen, zum anderen flankierten sie die Aufhebung der Freistellung der Preisbindung von Markenartikeln vom Kartellverbot. Die damit einhergehende Verschiebung wirtschaftlicher Macht von der Herstellerebene auf die Handelsebene schuf das neue wettbewerbliche Problem der Nachfragemacht des Handels, auf das der Gesetzgeber danach in mehreren Novellierungsrunden reagieren musste. Gleichwohl sorgte die Aufhebung der Preisbindung für einen Modernisierungsschub in der Handelslandschaft und das Entstehen neuer Vertriebs- und Handelsformen, deren wohlfahrtssteigernde Wirkungen für die allgemeine volkswirtschaftliche Effizienz wie auch für den Verbraucher außer Frage stehen. Eine vergleichbare wirtschaftliche Umbruchsituation mit einer neuen Austarierung des Kräfteverhältnisses zwischen Handel und Industrie bewirkt nunmehr die stetige Zunahme des Online-Handels seit Mitte des letzten Jahrzehnts. In dieser Situation stellt sich gleichfalls das Problem, inwiefern selektive Vertriebssysteme von den Herstellern dazu genutzt werden können, den Marktprozess in ihrem Sinne und im Sinne der etablierten Handelsformen zu steuern. Auch hier spielen – neben dem EU-Kartellverbot des Art. 101 AEUV – auch die Regelungen des § 20 Abs. 1 und 2 GWB erneut eine wichtige flankierende Rolle.

Anhand der – inhaltlich nicht im Fokus dieser Untersuchung stehenden – Regelungen über das Verbot des horizontalen Missbrauchs überlegener Marktmacht in § 20 Abs. 3 und 4 GWB lässt sich weiterhin zeigen, dass § 20 GWB dem Gesetzgeber auch in anderen Fällen als Instrument dafür diente, wettbewerbspolitische Einzelprobleme anzugehen wie das Problem des Angebots unter Einstandspreis und das Problem der Preis-Kosten-Scheren im Mineralölvertrieb, auch wenn die Regelungen die in sie gesetzten Erwartungen z.T. nicht erfüllen konnten. Gleichwohl zeigt sich an diesen Regelungen gegenüber Unternehmen mit überlegener Marktmacht ebenso deutlich wie an den Regelungen zu Unternehmen mit relativer Marktmacht der Wille des deutschen Gesetzgebers, auch unterhalb der Ebene der Marktbeherrschung steuernd einzugreifen, wo ihm dies wettbe-



werbspolitisch geboten erscheint.

Die z.T. heftige Kritik, die die Verbotsregelungen zu Lasten nicht-marktbeherrschender Unternehmen in Deutschland von Seiten der Wissenschaft erfahren haben, richtet sich schwerpunktmäßig gegen bestimmte Einzelverbote wie das des Angebots unter Einstandspreis oder das Anzapfverbot, die nicht Gegenstand der Pa.Iv. Altherr sind. Soweit dabei auch die Notwendigkeit von Regelungen bezüglich relativ marktmächtiger Unternehmen bezweifelt wird, ist diese Kritik indes auf die Prämisse gegründet, dass sich entstehende Schutzlücken durch eine weitherzigere Bejahung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung wieder schließen lassen. Dass die Möglichkeit einer Flexibilisierung des Marktbeherrschungsbegriffs im schweizerischen Recht nach der gegenwärtigen Fassung des Art. 4 Abs. 2 KG nicht mit hinreichender Sicherheit besteht, ist indes gerade einer der Auslöser der Pa.Iv. Altherr, so dass sie von dieser grundlegenden Kritik an den deutschen Regelungen zur relativen Marktmacht nicht erfasst werden kann.

Soweit gegen Verbotsregelungen zu Lasten nicht-marktbeherrschender Unternehmen eingewandt wird, dass damit meist ein nationaler Sonderweg beschritten wird, ist dies zutreffend. An allen Formen internationaler „soft convergence“ im Kartellrecht durch Gremien wie das International Competition Network oder durch internationale Organisationen wie die OECD oder die UNCTAD wie auch an der zunehmenden ökonomischen Fundierung der praktischen Missbrauchsaufsicht im Einzelfall haben die nationalen Regelungen zu Lasten nicht-marktbeherrschender Unternehmen allenfalls am Rande und damit sehr viel weniger Anteil, als die nationalen Regelungen zu Lasten von Marktbeherrschern. Gleichwohl bleiben selbst in diesem internationalisierteren Bereich substantielle und ergebnisrelevante Unterschiede zwischen den verschiedenen Jurisdiktionen erhalten, die ihre Wurzeln ebenso in unterschiedlichen Rechts- und Anwendungstraditionen haben, wie in unterschiedlichen volkswirtschaftlichen Rahmenbedingungen und unterschiedlichen wettbewerbspolitischen Wertvorstellungen.

Vor diesem Hintergrund betrachtet auch der deutsche Gesetzgeber die Regelungen zu Lasten marktbeherrschender Unternehmen in § 19 GWB der Sache nach eher als eine Art Mindest-Acquis des Schutzes vor Ausnützung wirtschaftlicher Macht, der aber nach wie vor der Ergänzung nach unten fähig und bedürftig ist. Insofern unterstreicht gerade der Einsatz der Bundesrepublik Deutschland zum Schutz der Regelungen im Bereich der relativen Marktmacht gegenüber dem Vorrang des EU-Rechts die hohe wettbewerbspolitische Bedeutung, die der deutsche Gesetzgeber der Möglichkeit zumisst, weitergehenden bzw. komplementären Schutz vor dem Missbrauch von Marktmacht auch unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung erga omnes gewähren zu können. Dass dieser Schutz vor dem Missbrauch relativer Marktmacht auch vierzig Jahre nach Einführung der ersten entsprechenden Regelungen ein prominentes Anliegen deutscher Wettbewerbspolitik bleibt, hat die Regierungsbegründung zur letzten GWB-Novelle im Jahre 2013 noch einmal bekräftigt (*Zitat* in Teil C. III. a.E., Seite **Fehler! Textmarke nicht definiert.**).

Ob vor diesem Hintergrund der deutsche Gesetzgeber auch auf eine „Hochpreis-“ oder

„Hochkosteninsel“-Problematik, wie sie der Pa.Iv. Altherr zugrunde liegt und wie sie sich nach Aufhebung der Euroungrenze durch die Schweizerische Nationalbank noch verschärfen dürfte, wettbewerbspolitisch durch eine Anpassung des geltenden Rechts reagieren würde – etwa durch eine Ausweitung der Verweisung in § 20 Abs. 1 GWB auf das Preisspaltungsverbot des § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 GWB –, lässt sich nicht prognostizieren, eine vergleichbare Problematik hat sich in Deutschland bislang noch nicht gestellt. Sicher ist aber, dass der deutsche Gesetzgeber sich ausweislich der Regelungen des § 20 GWB einschließlich der Verbote des Missbrauchs relativer Marktmacht in der Vergangenheit willens gezeigt hat, durch die Weiterentwicklung des Kartellrechts wettbewerbspolitische Antworten auf sich aus dem Wandel der Wettbewerbsverhältnisse ergebende Problemstellungen zu geben.

Das hohe rechtspolitische Interesse des deutschen Gesetzgebers insbesondere an den Regelungen gegenüber Unternehmen mit relativer Marktmacht erklärt sich auch aus der **hohen praktischen Bedeutung** dieser Regelungen.

Die praktische Bedeutung der Regelungen des deutschen GWB gegenüber Unternehmen mit relativer Marktmacht (d.h. der heutigen § 20 Abs. 1 und 2 GWB) lässt sich indikativ zunächst daran ablesen, dass hierzu seit ihrer Einführung 1973 mehr als 50 Entscheidungen allein des letztinstanzlich entscheidenden Bundesgerichtshofs ergangen sind. Für die unteren Instanzen lassen sich lediglich Näherungswerte anhand der Trefferzahlen der Juris-Rechtsprechungsdatenbank bilden: Insgesamt listet Juris für die Zeit seit 1973 für das allgemeine Behinderungs- und Diskriminierungsverbot und dessen Vorläufernormen 835 Entscheidungen auf, was in einer ähnlichen Größenordnung liegt, wie die Trefferzahl für das Kartellverbot des § 1 GWB von mehr als 600 Entscheidungen. Welcher Anteil an den Treffern zum allgemeinen Behinderungs- und Diskriminierungsverbot dabei auf Entscheidungen zu relativ marktmächtigen Unternehmen entfällt und welcher Anteil auf marktbeherrschende Unternehmen, lässt sich der Datenbank nicht genau entnehmen. Dass die zum allgemeinen Behinderungs- und Diskriminierungsverbot ergangenen Gerichtsentscheidungen zum weit überwiegenden Teil Zivilverfahren und damit den Bereich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung betrafen, lässt sich aber daran ablesen, dass von den 835 Entscheidungen lediglich 23 auf das deutsche Bundeskartellamt und eine auf die Kartellbehörden der deutschen Bundesländer entfallen.

Belastbar ist daraufhin zunächst der Schluss, dass die 835 in Deutschland ergangenen Entscheidungen zum allgemeinen Behinderungs- und Diskriminierungsverbot insgesamt – d.h. sowohl gegenüber marktbeherrschenden wie gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen – zum weit überwiegenden Teil auf dem Zivilrechtsweg ergangen sind. Nahe liegend ist zudem der Schluss, dass die Mehrzahl dieser Entscheidungen jedenfalls auch die Frage des Bestehens oder Nicht-Bestehens relativer Marktmacht behandelte, da die Anforderungen an den Nachweis relativer Marktmacht inter partes tendenziell geringer und in Ansehung der zivilprozessualen Beweislastregelungen für den Zivilkläger leichter zu erfüllen sind, als die Anforderungen an den Nachweis einer marktbeherrschenden Stel-

lung erga omnes.

Die Durchsetzung der Missbrauchsverbote in Fällen relativer Marktmacht auf dem Zivilrechtsweg hat sich damit in Deutschland als hinreichend effektiv erwiesen. Nach einer Umsetzung der Pa.Iv. Altherr und nach Vorliegen von ersten Leitentscheidungen der schweizerischen Wettbewerbskommission dürfte sich die Durchsetzung der Missbrauchsverbote in Fällen relativer Marktmacht auch in der Schweiz auf den Zivilrechtsweg verlagern. Hinreichend dafür erscheint ein Vorgehen der Kartellbehörde im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens zur Abstellung des Verstoßes. Ein weitergehendes Ahndungsinteresse an der Durchführung eines Bußgeldverfahrens hat sich in Deutschland – soweit ersichtlich – seit über 30 Jahren nicht ergeben, so dass diese Spielart der behördlichen Durchsetzung für eine Effektivierung der Regelungen entbehrlich erscheint.

Die Verbote des Missbrauchs relativer Marktmacht in § 20 Abs. 1 und 2 GWB leisten danach in Deutschland einen auch quantitativ wesentlichen Beitrag zur privaten Durchsetzung des Kartellrechts auf dem Zivilrechtsweg. Sie entlasten dabei die kartellbehördlichen Ressourcen, ohne dass dadurch die Rechtsschutzmöglichkeiten im Einzelfall zu weitgehend eingeschränkt würden. Die Verbote des Missbrauchs relativer Marktmacht in § 20 Abs. 1 und 2 GWB sind insofern in der deutschen Rechtspraxis eine auch quantitativ bedeutsame Voraussetzung für eine effektive Lastenverteilung zwischen öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung und damit für eine Effektivierung der Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt.

## **Teil D.: Praktische Erfahrungen mit relativer Marktmacht – Begriff, Schutzbereich, Verbotsregelungen (jew. mit Fällen)**

In Teil D. der Untersuchung wird dann ausgiebig die deutsche Praxis zur Auslegung und Anwendung des Verbots des Missbrauchs relativer Marktmacht beleuchtet.

Dabei wird im ersten Schritt in Teil D. I. die Praxis zur Bejahung oder Verneinung der Anwendungsvoraussetzungen in den Fällen relativer Marktmacht wiedergegeben und bewertet.

Im Mittelpunkt steht dort naturgemäß die Handhabung des Begriffs der relativen Marktmacht selbst. Dabei belegen die referierten Entscheidungen zur Definition der relativen Marktmacht in § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB, dass das Konzept der relativen Marktmacht erprobt und ausgereift ist und weder unter dem Aspekt der Normklarheit zu beanstanden ist, noch zu wettbewerbsspolitisch nachteiligen Überreichweiten der Verbotsnormen führt.

Hinsichtlich der **Normklarheit** ist die Definition der relativen Marktmacht im deutschen GWB durch mittlerweile vier Jahrzehnte der Rechtspraxis hinreichend konkretisiert worden. Die unbestimmten Rechtsbegriffe der „ausreichenden“ und „zumutbaren“ Ausweichmöglichkeiten wurden schon früh durch die Herausbildung der drei Fallgruppen der sorti-

mentsbedingten, der mangelbedingten und der unternehmensbedingten Abhängigkeit handhabbar gemacht. Der Großteil der Anwendungsfälle entfiel dabei auf die Fallgruppen der sortimentsbedingten Abhängigkeit und der unternehmensbedingten Abhängigkeit.

Die **sortimentsbedingte Abhängigkeit** des Nachfragers beruht in ihren beiden Spielarten der Spitzenstellungsabhängigkeit und der Spitzengruppenabhängigkeit auf der Erwartungshaltung seiner eigenen Abnehmer an das Sortiment des Nachfragers („must stock items“). Eine Spitzenstellungsabhängigkeit ist nach der deutschen Rechtsprechung anzunehmen, wenn ein Hersteller aufgrund der Qualität und Exklusivität seines Produkts ein solches Ansehen genießt und eine solche Bedeutung erlangt hat, dass der nachfragende Händler in seiner Stellung als Anbieter darauf angewiesen ist, gerade (auch) dieses Produkt in seinem Sortiment zu führen, und sich daher vorhandene Möglichkeiten, auf andere Hersteller auszuweichen, nicht als ausreichend und zumutbar erweisen. Hinweise für eine solche Stellung im Markt können sich aufgrund der hervorragenden Qualität, der einmaligen technischen Gestaltung oder der exponierten Werbung ergeben. Eine Spitzengruppenabhängigkeit liegt vor, wenn ein Handelsunternehmen eine bestimmte Anzahl allgemein anerkannter Marken aus einer Spitzengruppe im Sortiment benötigt, um wettbewerbsfähig zu sein (*Beispielsfälle* ab Seite **Fehler! Textmarke nicht definiert.**).

Der Überblick über die höchstrichterlichen Entscheidungen zeigt deutlich, dass zur sortimentsbedingten Abhängigkeit die wesentlichen Rechtsfragen bereits durch die Spruchpraxis des deutschen Bundesgerichtshofs in den 1970er und 80er Jahren geklärt wurden. Die nachgehende Rechtsprechung recurriert bis in die Gegenwart auf die in diesen Jahrzehnten gebildeten Fallgruppen und die entsprechenden Obersätze. Zudem weisen in diesen beiden Jahrzehnten die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs noch eine recht hohe Dichte auf, während die Zahl seiner Entscheidungen in den nachfolgenden Jahrzehnten deutlich zurückgeht. Dies verdeutlicht, dass ein größerer Bedarf zur höchstrichterlichen Klärung von Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung bzw. zur Rechtsfortbildung nicht mehr bestand.

Die **unternehmensbedingte Abhängigkeit** ist eine Pfadabhängigkeit, die ihre Ursache in vorangegangenen eigenen Entscheidungen des Nachfragers – oder seiner Kunden – hat, welche sich im Nachhinein nicht ohne weiteres korrigieren lassen bzw. ein Ausweichen auf im Grunde vorhandene vergleichbare Produkte anderer Anbieter erschweren („lock-in-Effekt“). Eine unternehmensbedingte Abhängigkeit kann auch dadurch eintreten, dass ein Unternehmen seinen Geschäftsbetrieb so stark auf ein anderes Unternehmen ausgerichtet hat, dass es nur unter Inkaufnahme erheblicher Wettbewerbsnachteile auf die Zusammenarbeit mit einem anderen Unternehmen überwechseln kann (*Beispielsfälle* ab Seite **Fehler! Textmarke nicht definiert.**). Solche Abhängigkeitsverhältnisse zu erfassen ist ein Hauptanliegen der Pa.Iv. Altherr.

Im Mittelpunkt der Anwendungspraxis der Regelungen über relative Marktmacht stehen in dieser Fallgruppe die **Vertragshändlerfälle**. Für diese Fälle wurde bereits durch die Leitscheidung des Bundesgerichtshofs im Fall *Opel-Blitz* im Jahre 1988 ein hinreichender

Grad an Rechtssicherheit erreicht. Auch die letzten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu dieser Fallgruppe nehmen weiterhin auf diese Leitentscheidung Bezug. Die Frage, ob eine hinreichende Ausrichtung eines Händlers oder eines Wartungsbetriebes auf einen Hersteller erfolgt ist, bereitet gerade in den praktisch im Zentrum stehenden Fällen keine Probleme, wo es sich um Mitglieder eines besonderen Anforderungen unterliegenden Netzes handelt.

Für die Fälle des Zugangs zu **Ersatzteilen** oder **Verbrauchsmaterialien** – der zweiten Unterfallgruppe der unternehmensbedingten Abhängigkeit – bereitet die Feststellung der Abhängigkeit schon deswegen in der Praxis kaum Probleme, weil in den entsprechenden Fällen bereits vor Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht im Jahre 1973 in Deutschland sogar das Vorliegen von Marktbeherrschung, d.h. absoluter Marktmacht, bejaht wurde, sofern der Hersteller den Vertrieb von Originalersatzteilen sich selbst ganz oder zum Teil vorbehielt. Nur dann, wenn zumindest theoretisch mehrere Bezugsmöglichkeiten von Ersatzteilen oder Verbrauchsmaterialien in Betracht kommen, bedarf es des Rückgriffs auf den Analyserahmen der relativen Marktmacht.

Die **mangelbedingte Abhängigkeit** beruht auf Versorgungsengpässen auf Hersteller-ebene, deren Folgen für die Struktur der nachgelagerten Marktstufen durch das Eingreifen des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots in ihren negativen Wirkungen moderiert werden sollen (Beispiel: Ölkrise). Die Fälle einer mangelbedingten Abhängigkeit sind indes so vereinzelt geblieben wie die makroökonomischen Mangellagen, denen sie ihre Existenz verdankt. Gleichwohl ergibt sich hier eine Konkretisierung der Normadressatenstellung schon aus der Natur der Sache, nämlich aus dem trotz der Mangellage bestehenden eigenen Zugang zu den betreffenden Gütern (*Beispielsfälle* ab Seite **Fehler! Textmarke nicht definiert.**).

Konzeptionelle Unklarheiten bestehen allenfalls insofern, als das Konzept der relativen Marktmacht auf den Bereich relativer **Nachfragemacht** übertragen wird: Diese Unklarheit ist jedoch der Sache nach allein darauf zurückzuführen, dass die genauen Mechanismen der Wirkung, der Bemessung und der Bewertung von Nachfragemacht von Ökonomik und Rechtswissenschaften generell noch nicht abschließend geklärt sind. Die Rechtsunsicherheit betrifft daher die marktbeherrschende absolute Nachfragemacht in gleicher Weise wie die relative Nachfragemacht. Im Übrigen sind auf die Fälle der relativen Nachfragemacht die vorstehenden Fallgruppen spiegelbildlich anzuwenden (*Beispielsfälle* ab Seite **Fehler! Textmarke nicht definiert.**).

Auch unter dem Aspekt der **Normreichweite** gibt die deutsche Entscheidungspraxis zum Umgang mit der Definition relativer Marktmacht keinen Anlass dazu, Überreichweiten bei der Anwendung der Missbrauchsverbote zu befürchten. Insbesondere lässt sich an den Einzelfällen belegen, dass eine Erweiterung der Normadressatenstellung der Missbrauchsverbote auf nur relativ marktmächtige Unternehmen nicht zu einer Erstarrung der Marktprozesse geführt hat. Dementsprechend sah sich der deutsche Gesetzgeber in den vergangenen vier Jahrzehnten auch nicht zu Änderungen an der Definition der relativen

Marktmacht veranlasst.

Im Gegenteil waren die Regelungen über relative Marktmacht eine Voraussetzung für die Öffnung des Marktes gegenüber wettbewerblichen Prozessen wie dem Aufkommen neuer Handelsformen. Die Rechtsprechung hat entsprechend betont, dass die Regelungen über die relative Marktmacht nicht nur die Fortdauer bestehender Lieferbeziehungen schützen sollen, sondern gerade auch solche Unternehmen, die neu auf den Markt kommen oder die ihr das Sortiment erweitern wollen. Gleichzeitig hat die Rechtsprechung aber auch laufend überprüft, ob eine einmal bestehende relative Marktmacht noch fortbesteht. Und schließlich hat die Rechtsprechung die Voraussetzungen relativer Marktmacht stets minutiös, am bilateralen Einzelfall und mit Bezug auf konkrete einzelne Produktgruppen geprüft. So gelangte etwa der Bundesgerichtshof Ende 1986 zu der Einschätzung, dass die Allkauf-SB-Warenhäuser von der Belieferung mit SABA-Fernsehgeräten abhängig seien, es sei aber nicht dargetan, dass dies auch bezüglich Videorecordern und anderer HiFi-Artikel der Fall sei. Kurz darauf, Anfang 1987, entschied der Bundesgerichtshof dann, dass ein Einzelwarenhaus-Betreiber in Göttingen in seinem Fall auch bezüglich SABA-Fernsehgeräten seine individuelle Abhängigkeit nicht hinreichend dargelegt habe.

Die Betrachtung der Entscheidungspraxis der Gerichte zeigt, dass das Konzept der relativen Marktmacht eine streng bilaterale Sichtweise einnimmt, die auf die Verhältnisse im jeweiligen Entscheidungszeitpunkt Bezug nimmt und sich damit in der Lage zeigt, Entwicklungen des Marktumfelds flexibel zu folgen. Dass eine Verfestigung der Marktergebnisse damit gerade nicht eintritt, lässt sich zumindest indiziell damit belegen, dass einige Marken, deren Artikel als Spitzengruppenprodukte Gegenstand der deutschen Entscheidungspraxis waren, mittlerweile vom Markt verschwunden sind (z.B. SABA, Telefunken), während andere bis in die Gegenwart hinein erfolgreich sind (z.B. Rossignol, adidas, Carrera).

Nach dieser Betrachtung der Anwendungsvoraussetzung des Begriffs der relativen Marktmacht selbst wird noch die weitere Anwendungsvoraussetzung des deutschen Rechts betrachtet, die den persönlichen Schutzbereich der Regelungen zur relativen Marktmacht bei Angebotsmacht auf kleine und mittlere Unternehmen beschränkt (KMU-Klausel, *Beispielsfälle* ab Seite **Fehler! Textmarke nicht definiert.**). Die Untersuchung kommt dabei zu dem Ergebnis, dass die 1989 nachträglich erfolgte Einschränkung des persönlichen Schutzbereichs wettbewerbspolitisch verfehlt war und für die Ergänzung des schweizerischen KG im Zuge der Pa.IV. Altherr nicht übernommen werden sollte.

Die nachträgliche Einschränkung des persönlichen Schutzbereichs beruhte auf der schlichten Erwägung, dass Großunternehmen sich als Nachfrager gegenüber relativer Angebotsmacht allein aufgrund ihrer Größe und ihres verbesserten Zugangs zu in- und ausländischen Beschaffungsmärkten auch ohne besondere Schutznorm schon selbst zu helfen wüssten. Soweit die deutschen Gesetzesmaterialien 1989 dabei auf die Erweiterung der Bezugsmöglichkeiten für Großunternehmen auf dem europäischen Binnenmarkt Bezug nahmen, ist diese Prämisse schon deswegen nicht ohne Weiteres auf die Schweiz

zu übertragen, weil die Segmentation nationaler Märkte in Europa hinsichtlich der Schweiz nicht in gleichem Umfang durch das Unionsrecht (einschließlich des europäischen Kartellverbots in Art. 101 AEUV) und dessen Durchsetzung durch die EU-Kommission bekämpft werden kann.

Wesentlicher ist aber noch, dass bereits die Grundannahme, dass Großunternehmen sich regelmäßig selbst zu helfen wüssten, den tatbestandlichen Voraussetzungen relativer Marktmacht zuwiderläuft, von deren Vorliegen nach dem Gesetzeswortlaut nur dann auszugehen ist, wenn „ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen“. Weiß sich – im Sinne der Prämisse des Gesetzgebers – ein Großunternehmen selbst zu helfen, so ist bereits der Tatbestand der Norm nicht verwirklicht. Folglich bedarf es keiner darüber hinausgehenden Einschränkung ihres persönlichen Schutzbereichs auf KMU.

Ferner ist die – nach deutschem Recht gebotene – Bestimmung der KMU-Eigenschaft anhand eines auf den Gesamtumsatz bezogenen Größenvergleichs im Horizontalverhältnis zu anderen Nachfragern ein gänzlich untauglicher Näherungswert für die Bemessung der tatsächlichen Fähigkeit eines Nachfragers, der Ausübung relativer Marktmacht durch Anbieter zu trotzen: Denn dass ein Nachfrager an Gesamtumsatz deutlich größer ist, als andere Nachfrager, heißt noch nicht zwangsläufig, dass er für den Anbieter ein bedeutenderer Nachfrager ist. So sind zwei Nachfrager, auf die jeweils 2% des Absatzes eines Herstellers entfallen, für diesen genau gleich entbehrlich, auch wenn einer von beiden zu einem Konzern mit Milliardenumsatz in anderen Produktbereichen gehört. Gewährt man dann aber dem einen den Schutz des § 20 Abs. 1 GWB, dem anderen hingegen nicht, droht eine nicht zu rechtfertigende Verzerrung der Wettbewerbsverhältnisse, auch zu Lasten der Endverbraucher. Wettbewerbsverzerrungen drohen auch dann, wenn Großunternehmen auf ihre Lieferanten dahingehend einwirken, dass diese andere, mit ihnen im Wettbewerb stehende Großunternehmen diskriminieren, wofür die deutsche Anwendungspraxis Beispiele geliefert hat.

Weiterhin entspricht es der Zweckrichtung der Regelungen über relative Marktmacht, gerade auch neuen Vertriebsformen über Belieferungsansprüche den Weg in den Markt zu ebnen und dadurch – entsprechend dem allgemeinen Gesetzeszweck – die Märkte offen zu halten. Wettbewerbsförderliche Marktzutritte mit neuen Vertriebsformen sind aber von kapitalkräftigeren Unternehmen häufig eher zu erwarten als von kapitalschwächeren KMU, was ebenfalls wettbewerbspolitisch die Sinnhaftigkeit der Begrenzung des persönlichen Schutzbereichs in Zweifel zieht.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die deutsche Rechtspraxis die Beschränkung des persönlichen Schutzbereichs auf KMU schon in zwei wichtigen Fallgruppen wieder modifiziert bzw. aufgegeben hat: Zum einen hat die Rechtsprechung für die Fälle der unternehmensbedingten Abhängigkeit von Vertragshändlern für die KMU-Eigenschaft lediglich auf das Vertikalverhältnis zum Hersteller abgestellt und nicht auf den Horizontalvergleich mit anderen Vertragshändlern, was dazu führt, dass KMU-Eigenschaft hier faktisch stets zu

bejahen ist. Zum anderen wurde die Beschränkung des Schutzbereichs auf KMU durch den Gesetzgeber mit der Preismissbrauchs-Novelle 2007 sogar explizit aufgegeben hinsichtlich der Anwendung des sog. „Anzapfverbots“ (d.h. des Verbots des Verlangens sachlich nicht gerechtfertigter Bezugsvorteile in § 20 Abs. 2 i.V.m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB) auf relativ marktmächtige Nachfrager. Die Richtigkeit des Abrückens von der These, dass Großunternehmen allein aufgrund der Tatsache ihrer Größe des Schutzes vor dem Missbrauch relativer Marktmacht nicht bedürftig sein könnten, wurde zwischenzeitlich für den Bereich der Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel auch durch die Ergebnisse einer Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts empirisch bestätigt.

Abschließend wird Teil D. II. die Fallpraxis zur Anwendung der **materiellen Verbotsregelungen** auf relativ marktmächtige Unternehmen dargestellt und bewertet. Eine umfassende Bewertung der deutschen Fallpraxis zu den materiellen Verbotsregelungen ist für die Zwecke dieser Untersuchung nicht veranlasst, da die Vorschläge der Pa.IV. Altherr keine Angleichung der bestehenden Verbotsregelungen des KG an die entsprechenden deutschen Regelungen erstreben, sondern lediglich den Anwendungsbereich der bestehenden schweizerischen Regelungen auf relativ marktmächtige Unternehmen erstrecken möchten.

Die deutsche Fallpraxis zur Fallgruppe der **allgemeinen Lieferverweigerung** (*Beispielsfälle* ab Seite **Fehler! Textmarke nicht definiert.**) und ihrer Unterfallgruppe der **Belieferung zu ungünstigeren Konditionen** (*Beispielsfälle* ab Seite **Fehler! Textmarke nicht definiert.**) unterstreicht insofern lediglich, den Umstand, dass eine Ausweitung der Normadressatenstellung der Missbrauchsverbote nicht zu einer undifferenzierten Ausweitung von materiellen Ansprüchen führt. Denn ungeachtet einer bestehenden Normadressatenstellung bildet stets eine umfassende Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes den Kern der Prüfung – sowohl in Fällen der Marktbeherrschung erga omnes wie in Fällen der relativen Marktmacht inter partes. Anhand der Fallpraxis lässt sich dabei zeigen, dass die Abwägung den Raum für sehr differenzierte Ergebnisse bietet, bei denen die Freiheit des Normadressaten hinsichtlich des „Ob“ und der Preise und Konditionen einer Belieferung jeweils den Ausgangspunkt und die Grundprämisse bildet, deren Einschränkung in jedem Einzelfall anhand aller für die Beurteilung relevanten Besonderheiten zu prüfen ist.

Die Betrachtung der Fallpraxis zeigt weiter, dass die den Hintergrund der Pa.IV. Altherr bildende **„Hochpreis-“ oder „Hochkosteninsel“-Problematik** noch nicht Gegenstand der deutschen Kartellrechtsanwendung war. Der deutschen Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Preis- und Konditionendifferenzierungen ist gleichwohl mit einiger Klarheit zu entnehmen, dass diese jedenfalls dann Gefahr laufen, gegen das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB zu verstoßen, wenn die davon betroffenen Nachfrager dadurch in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten auf dem nachgelagerten Markt beeinträchtigt werden. Entsprechende Effekte können sich mit Blick auf die



Schweiz immer dort ergeben, wo schweizerische Unternehmen in der Schweiz wie im Ausland internationalem Wettbewerb ausgesetzt sind, etwa beim Wettbewerb mit ausländischen Unternehmen in der Schweiz oder auf räumlich international abzugrenzenden Produktmärkten. Wo sich eine derartige horizontale Wettbewerbsverzerrung auf den Märkten der Abnehmer nicht feststellen lässt, käme nach deutschem Recht nur der Vorwurf eines Ausbeutungsmissbrauchs in Gestalt einer nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 GWB missbräuchlichen Preisspaltung in Betracht (*Beispielsfälle* ab Seite **Fehler! Textmarke nicht definiert.**). Dabei ordnet das Gesetz explizit nur die Anwendung dieser Regelung auf marktbeherrschende Unternehmen an. Ob sie darüber hinaus im Wege der Auslegung auch gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen zur Anwendung gebracht werden könnte, ist ungewiss.

In der deutschen Praxis finden sich – soweit ersichtlich – keine direkten Anhaltspunkte zur Klärung der Frage, ob nach deutschem Recht eine Differenzierung der Preisstellung nach der Kaufkraft oder dem allgemeinen Preisniveau eines Landes im Rahmen der im Kern der Missbrauchsprüfung stehenden Interessenabwägung ein anerkannter Belang wäre. Geklärt ist lediglich durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Fall „*Hörfunkrechte*“, dass sich der Normadressat grundsätzlich in seiner Preisgestaltung daran orientieren darf, ob der Nachfrager einer Leistung diese zur weitergehenden Wertschöpfung nutzt oder zum privaten Konsum. Geklärt ist weiter durch die Entscheidung „*Pay-TV-Durchleitung*“, dass es zulässig ist, wenn der Normadressat bei seiner Preisgestaltung nach dem eigenen Nutzen der Zusammenarbeit differenziert und wenn er auch im Übrigen „günstigere Konditionen dort zu erlangen sucht, wo ihm dies durchsetzbar erscheint“, solange er dabei nicht willkürlich handelt, wettbewerbsfremden Motiven folgt oder Wettbewerbsverzerrungen – etwa des Preiswettbewerbs – auf den Märkten der Abnehmer herbeiführt. Anders als im gegenwärtigen deutschen Recht hätte jedoch die Interessenabwägung zur Klärung der Frage nach der Zulässigkeit einer Differenzierung nach Kaufkraft oder Preisniveau im Falle einer Annahme der Pa.IV. Altherr den mit dieser Gesetzesinitiative verfolgten spezifischen Gesetzeszweck zu berücksichtigen. Käme man danach im ersten Zugriff zur Missbräuchlichkeit einer Preis- oder Konditionenspaltung, so erscheint es vorstellbar, dass der Normadressat diesem Vorwurf jedenfalls dann entgehen könnte, wenn er dem Abnehmer die Möglichkeit eines Direktbezugs im Ausland zu dortigen Preisen und Konditionen eröffnete. Die abschließende Klärung dieser Fragen kann jedoch im Falle einer Annahme der Pa.IV. Altherr allein auf der Grundlage der materiellen Verbotregelungen in Art. 7 KG unter Berücksichtigung der schweizerischen Anwendungstradition, der volkswirtschaftlichen Rahmenbedingungen und des schweizerischen Normkontextes ergehen, der nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist.