

I. Hintergrund

Für den Behinderungsmissbrauch i.S. von Art. 102 AEUV gibt es Fallgruppen mit jeweils eigenen Prüfschritten. Die hierdurch vermittelte Anwendungssicherheit ist durch die Ökonomisierung des Kartellrechts erschüttert worden. Im *Intel*-Urteil aus dem Jahr 2017 (EuGH, C-413/14 P – *Intel*) hat der Gerichtshof beispielsweise die Anforderungen an die Missbräuchlichkeit von Treuerabatten erhöht. Macht das beschuldigte Unternehmen unter Vorlage entsprechender Beweise geltend, dass sein Verhalten nicht geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu beschränken, sei die Kommission verpflichtet, die Marktverhältnisse näher zu untersuchen und die konkrete Verdrängungseignung des Verhaltens nachzuweisen. In *Unilever* hat der Gerichtshof sodann geklärt, dass diese Grundsätze nicht nur für Treuerabatte, sondern auch für Ausschließlichkeitsbindungen gelten. Hinsichtlich der näheren Anforderungen liegt nun auch eine neue Sprachregelung vor: Die Durchführung eines *as efficient competitor*-Tests (AEC-Test) sei zwar "fakultativ". Legt das betreffende Unternehmen jedoch die Ergebnisse eines solchen Tests vor, sei die Wettbewerbsbehörde "verpflichtet, deren Beweiswert zu prüfen" (EuGH, C-680/20 – *Unilever*, Rn. 62).

Offen ist, inwieweit die gesteigerten Anforderungen an den Nachweis von Verdrängungswirkungen auf andere Formen des Behinderungsmissbrauchs übergreifen. Gelegenheit zu einer Standortbestimmung gibt das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *Lietuvos geležinkeliai* (im Folgenden: *LG*). Namensgebend ist das staatliche litauische Eisenbahnunternehmen, das gleichzeitig die Eisenbahninfrastruktur betreibt und Dienstleistungen für den Güter- und Personenschienenverkehr erbringt, also vertikal integriert ist. Eine wichtige Kundin ist die Ölgesellschaft *Orlen*, die Mineralölzeugnisse per Bahn von einer Raffinerie im Nordwesten Litauens in den litauischen Hafen Klaipėda transportiert. Aufgrund geschäftlicher Differenzen mit *LG* erwog *Orlen*, in Zukunft die Produkte zu Häfen in Lettland zu transportieren und für diesen Zweck die Dienste der lettischen Staatsbahn in Anspruch zu nehmen. *LG* verhinderte das, indem sie einen Teil der Bahntrasse nach Lettland zunächst sperrte und sodann demontierte. Sie machte Sicherheitsgründe geltend: Auf mehreren Dutzend Metern hatten sich auf dieser Strecke Schienen verformt. Die Europäische Kommission untersuchte dieses Vorbringen, wertete es als inkohärent und widersprüchlich und stellte den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung fest. Gericht und Gerichtshof bestätigten die Vorwürfe, setzten aber die Geldbuße von 28 auf 20 Millionen Euro herab.

II. Bewertung

Unstreitig ist die Frage der Marktbeherrschung. Die Kommission hatte beherrschende Stellungen von *LG* auf dem vorgelagerten Markt des Betriebs von Eisenbahninfrastrukturen in Litauen sowie auf dem nachgelagerten Markt der Erbringung von Schienentransportdiensten für Erdölprodukte auf den Strecken zwischen der Raffinerie von *Orlen* und den drei relevanten Seehäfen in Litauen und Lettland festgestellt. Klärungsbedarf besteht aber bei der Frage des Missbrauchs. Der Gerichtshof präzisiert erneut die Tragweite der *Bronner*-Kriterien, also der hohen Voraussetzungen an den Anspruch auf Zugang zu einer Infrastruktur (EuGH, C-7/97 – *Bronner*, Rn. 41). Bereits in *Deutsche Telekom* (C-152/19 P) und *Slovak Telekom* (C-165/19 P) hatte er entschieden, dass die *Bronner*-Rechtsprechung nicht auf die Situation einer Kosten-Preis-Schere anwendbar sei, da der Marktbeherrscher in diesen Fällen ja den Zugang zu seiner Infrastruktur durchaus gewähre, nur möglicherweise zu missbräuchlichen Bedingungen. Auch im vorliegenden Fall hatte die Marktbeherrscherin geltend gemacht, dass zur Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens die *Bronner*-Kriterien anzuwenden seien. Es müsse also der

Nachweis geführt werden, dass die betreffende Infrastruktur unentbehrlich sei, und dass das Verhalten geeignet sei, jeglichen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt auszuschalten. Der Gerichtshof verneint die Parallele: *Bronner* betreffe den Fall, dass sich der Marktbeherrscher durch eine Zugangsverweigerung die von ihm entwickelte Infrastruktur selber vorbehalte. Hier gehe es hingegen um die Zerstörung einer Infrastruktur, die dann anschließend weder den Wettbewerbern noch dem Marktbeherrscher zur Verfügung stehe. Dies könne eine eigenständige Form des Missbrauchs darstellen, auf welche die strikten *Bronner*-Anforderungen nicht passen (EuGH, C-42/21 P – *LG*, Rn. 82 ff.).

Die Einschätzung des Gerichtshofs überzeugt rechtlich und ökonomisch. In rechtlicher Hinsicht besteht im vorliegenden Fall die Besonderheit, dass sich ein Anspruch auf Zugang zur Bahninfrastruktur bereits aus dem einschlägigen Regulierungsrecht ergibt. Die Frage des Ob des Zugangs ist also spezialgesetzlich geregelt, so dass sich die in *Bronner* zentrale Frage nach Zugang zur Infrastruktur nicht stellt. In ökonomischer Hinsicht sind die Auswirkungen auf die Investitionsanreize zentral. In *Bronner* hatte die Marktbeherrscherin das Zustellungssystem für Zeitungen selber aufgebaut. Die im vorliegenden Fall relevante Eisenbahninfrastruktur ist hingegen mit öffentlichen Mitteln finanziert, so dass eine Beeinträchtigung von Investitionsanreizen von vornherein nicht in Betracht kommt. Auch insofern ist also die Distanzierung von *Bronner* überzeugend.

Schließlich ist das Urteil von Bedeutung durch das, was nicht erwähnt wird: Der AEC-Test spielt für den Gerichtshof keine Rolle. Dabei wäre es theoretisch vorstellbar, das Vorliegen eines Missbrauchs davon abhängig zu machen, dass die konkurrierende Verkehrsdienstleisterin ebenso leistungsfähig wie die Marktbeherrscherin ist. Zu Recht unterbleiben entsprechende Ausführungen. Die Demontage von Infrastruktur im Hinblick darauf, dass ein Wettbewerber am Marktzutritt gehindert wird, ist offensichtlich geeignet, den Wettbewerb zu beschränken. Generalanwalt *Rantos* rückt dieses Verhalten zu Recht in die Nähe der "reinen Beschränkungen" (*naked restrictions*; Schlussantrag, Rn. 78), bei denen ohne Folgenanalyse von Schädlichkeit ausgegangen werden kann, jedenfalls wenn keine objektive Rechtfertigung greift. Im zukünftigen Fallrecht wird zu klären sein, in welchen Fällen der "fakultative" AEC-Test zum Zug kommen soll, und wo er entbehrlich ist.

III. Praxisfolgen

Der für den Flugverkehr entwickelte O&D-Ansatz (jede Verbindung zwischen einem *point of origin* und einem *point of destination* bildet einen eigenen räumlich relevanten Markt) gilt auch für den Bahnverkehr. Die Folge ist eine atomistische Marktabgrenzung im Transportsektor, die entsprechend häufig zur Annahme von Marktbeherrschung und der damit verbundenen besonderen Verantwortung führt.

Was das Verhältnis von Regulierungs- und Kartellrecht betrifft, so wird der Grundsatz der parallelen Anwendbarkeit erneut bestätigt. Mit der Befolgung des Regulierungsrechts ist es also nicht getan. Marktbeherrscher müssen zusätzlich Art. 102 AEUV respektieren. Sind beide Rechtsmaterien verletzt, finden auch beide Sanktionssysteme Anwendung (zu den Vorgaben aus *ne bis in idem* in solchen Fällen s. EuGH, C-117/20 – *bpost*).

Das Urteil lehrt schließlich, dass in der zentralen Frage des Missbrauchs die hohen Anforderungen an den Nachweis von Verdrängungswirkungen (*foreclosure effects*) im neueren Fallrecht (z.B. *Intel* und *Unilever*) nicht generalisiert werden können. In geeigneten Fallgestaltungen erlaubt das (vom Gerichtshof immer wieder hervorgehobene) Kriterium des

"Leistungswettbewerbs", wettbewerbswidriges Verhalten ohne umfangreiche Wirkungsanalysen zu identifizieren. So verhält es sich im vorliegenden Fall: Durch die Entfernung der Bahntrasse wird auch ein Wettbewerber demontiert. Das zukünftige Fallrecht sollte danach streben, eingängige Regeln zu entwickeln, die vorhersehbare und rasche Entscheidungen ermöglichen. Es wäre wünschenswert, dass die Gerichte zu diesem Zweck insbesondere die Kategorie der "reinen Beschränkungen" konkretisieren.

Prof. Dr. Andreas Heinemann, Universität Zürich