



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 82/07

Verkündet am:
3. März 2009
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Reisestellenkarte

EG Art. 82

- a) Im Anwendungsbereich des Art. 82 EG reicht es für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung aus, dass ein Unternehmen aufgrund seiner Stellung auf einem vorgelagerten Markt einen wirksamen Wettbewerb auf einem nachgelagerten Markt verhindern kann.
- b) Haben mehrere Unternehmen aufgrund ihrer Stellung auf einem vorgelagerten Markt neben- und unabhängig voneinander die Möglichkeit, wirksamen Wettbewerb auf einem nachgelagerten Markt zu verhindern, kann jedes von ihnen marktbeherrschend i.S. des Art. 82 EG sein.

BGH, Urteil vom 3. März 2009 - KZR 82/07 - OLG Düsseldorf
LG Köln

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. März 2009 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Meier-Beck, Dr. Kirchhoff und Dr. Grüneberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. Dezember 2007 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, ein Kreditkartenunternehmen, bietet eine Reisestellenkarte („Lodge Card“) mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit an. Reisestellenkarten sind Unternehmenskreditkarten, die zur bargeldlosen Bezahlung von Flug- oder Bahn-

reisen bei einem Reisebüro hinterlegt werden. Reisestellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit weisen außerdem – anders als übliche Kreditkarten – auch die im jeweiligen Reisepreis enthaltene Umsatzsteuer in den Kreditkartenabrechnungen aus. Dies ermöglicht es dem Karteninhaber, den Vorsteuerabzug ohne Vorlage der einzelnen Rechnungen allein anhand der Kreditkartenabrechnung beim Finanzamt geltend zu machen. Das erleichtert insbesondere Unternehmen mit vielen innerdeutschen Geschäftsreisen den Vorsteuerabzug deutlich. Für den Umsatzsteuerausweis auf der Kartenabrechnung ist nach dem Umsatzsteuergesetz die Erlaubnis des betreffenden Leistungserbringers erforderlich.

2 Die Beklagte, die Deutsche Lufthansa AG, bietet über ihre Tochtergesellschaft AirPlus ebenfalls Reisestellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit an.

3 Nachdem die Beklagte es zunächst hingenommen hat, dass die Klägerin in ihren Kreditkartenauszügen die auf Flugreiseleistungen der Beklagten angefallene Umsatzsteuer ausweist, verweigert sie seit August 2005 die Erlaubnis dafür. Allein die Kreditkartenabrechnungen von AirPlus enthalten weiterhin den Umsatzsteuerausweis.

4 Die Klägerin ist der Auffassung, dass die Beklagte aus Art. 82 EG und nationalem Kartellrecht verpflichtet ist, ihr den Umsatzsteuerausweis zu erlauben. Mit der Klage nimmt sie die Beklagte auf entsprechende – unentgeltliche – Gestattung in Anspruch. Sie hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin die Befugnis einzuräumen, auf Rechnungen für die Reisestellenkarte „Lodge Card“ gemäß § 14 Abs. 2 Satz 5 UStG die Umsatzsteuer für Leistungen der Beklagten auszuweisen;

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den aus der Verweigerung dieser Befugnis noch entstehenden Schaden zu ersetzen.

5 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin einen Hilfsantrag gestellt, der darauf gerichtet ist, die Beklagte zur Annahme eines konkreten Vertragsangebots zu verurteilen.

6 Das Berufungsgericht (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2184) hat die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen,

dass die Klägerin die Beklagte von sämtlichen Ansprüchen – insbesondere solchen nach § 14c UStG – freizustellen hat, die gegen die Beklagte infolge eines fehlerhaften oder sonst nicht ordnungsgemäßen Umsatzsteuerausweises durch die Klägerin entstehen.

7 Mit der – vom Berufungsgericht zugelassenen – Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

8 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin könne nach § 33 Abs. 1 Satz 1 GWB i.V. mit Art. 82 Abs. 1 EG von der Beklagten verlangen, ihr den Umsatzsteuerausweis unentgeltlich zu gestatten. Es hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

9 Sachlich betroffen sei der Markt für die Erteilung der Erlaubnis an Kreditkartenunternehmen, die auf innerdeutsche Reiseleistungen anfallende Umsatzsteuer in Abrechnungen für Reisestellenkarten auszuweisen. Reisestellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit einerseits und normale Unternehmenskreditkarten andererseits deckten nicht denselben Bedarf. Die Vorsteuerabzugsmöglichkeit verschaffe dem Kunden ein signifikantes Einsparpotential. Unternehmenskreditkarten, die etwa für den Bereich des Bau- und Handwerksbedarfs

die bargeldlose Zahlung und vereinfachte Geltendmachung des Vorsteuerabzugs ermöglichten, seien mit Reisestellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit funktional nicht austauschbar.

10 In räumlicher Hinsicht umfasse der relevante Markt den Geltungsbereich des Umsatzsteuergesetzes und damit einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Markts i.S. von Art. 82 EG.

11 Die Beklagte habe auf dem so definierten relevanten Markt eine beherrschende Stellung. Gemäß § 14 Abs. 2 Satz 4 UStG könne nur der Leistungserbringer Dritten die Erlaubnis zum Umsatzsteuerausweis erteilen. Daher besitze jedes Unternehmen, das umsatzsteuerpflichtige Leistungen an Kunden einer Reisestellenkarte mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit erbringe, hinsichtlich der nachgefragten Erlaubnis in Bezug auf diese Leistungen eine Alleinstellung.

12 Die Beklagte missbrauche ihre marktbeherrschende Stellung. Alle nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften für die Annahme eines Behinderungsmissbrauchs erforderlichen Voraussetzungen seien erfüllt. Auf rechtfertigende Gründe für ihre Weigerung könne sich die Beklagte nicht berufen. Bei einem Massengeschäft der vorliegenden Art könnten gelegentlich beim Umsatzsteuerausweis vorkommende, auf Versehen beruhende Fehler keine Zweifel an der Zuverlässigkeit der Klägerin wecken; ihnen könne haftungsrechtlich begegnet werden. Die Weigerung der Beklagten begründe die konkrete und naheliegende Gefahr, dass die Klägerin aus dem Markt für Reisestellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit ausscheiden müsse. Denn ohne die Erlaubnis, in ihren Kreditkartenauszügen die bei innerdeutschen Flügen der Beklagten anfallende Umsatzsteuer auszuweisen, könne die Klägerin keine wettbewerbsfähige Reisestellenkarte mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit anbieten. Dies ergebe sich aus dem hohen Marktanteil der Beklagten

bei diesen Flügen. Es komme hinzu, dass die Klägerin auf dem Markt der Reisetellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit nur noch über einen Anteil von 5% bis 10% verfüge, während der Marktanteil von AirPlus mittlerweile auf 90% bis 95% angestiegen sei, wobei AirPlus die Umsatzsteuer in ihren Kreditkartenauszügen aufgrund entsprechender Ermächtigungen für alle innerdeutschen Bahnreisen sowie nahezu sämtliche Flugreisen ausweisen könne. Die Klägerin habe auch keine Möglichkeit, ihren Unternehmenskunden den Vorsteuerabzug auf gleichwertige Art und Weise zu erleichtern.

13 Das missbräuchliche Verhalten der Beklagten sei geeignet, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen, weil es sich auf das gesamte Hoheitsgebiet Deutschlands erstrecke und Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten von einem Eintritt in den deutschen Markt für Reisetellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit abhalte.

14 Zur Beseitigung der Zuwiderhandlung gegen Art. 82 Abs. 1 EG könne die Klägerin die Beklagte gemäß § 33 Abs. 1 GWB auf Erteilung einer unentgeltlichen Gestattung zum Umsatzsteuerausweis in Anspruch nehmen.

15 II. Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen kann nicht angenommen werden, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die begehrte Ermächtigung unentgeltlich zu erteilen.

16 1. Allerdings hat das Berufungsgericht die Beklagte im Ergebnis zu Recht als Normadressatin des Art. 82 EG angesehen.

17 a) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht angenommen, die Weigerung der Beklagten betreffe sachlich den Markt für die Gestattung des Um-

satzsteuerausweises für Reiseleistungen, die über Reisestellenkarten abgerechnet werden können.

18 Zu einem sachlichen Markt gehören alle Waren oder Dienstleistungen, die aus der Sicht der Marktgegenseite funktionell nicht mit anderen Waren oder Dienstleistungen austauschbar sind (vgl. BGHZ 67, 104, 113 – Vitamin B 12; BGH, Beschl. v. 7.3.1989 – KVR 3/88, WuW/E BGH 2575, 2576 – Kampffmeyer-Plange; EuGH, Urt. v. 11.4.1989 – 66/86, Slg. 1989, 803 = WuW/E EWG/MUV 841 Tz. 39 f. – Ahmed Säed Flugreisen; Urt. v. 14.2.1978 – 27/76, Slg. 1978, 207 = WuW/E EWG/MUV 425 Tz. 11 f. – United Brands; EuG, Urt. v. 21.10.1997 – T-229/94, Slg. 1997 II-1689 = WuW/E EU-R 1 Tz. 54 – Deutsche Bahn).

19 Zu welchem sachlichen Markt die Gestattung des Umsatzsteuerausweises gehört, um die eine Anbieterin von Reisestellenkarten bei einer Fluggesellschaft nachsucht, lässt sich nicht losgelöst von der Frage beantworten, wie der nachgelagerte Markt abzugrenzen ist, auf dem solche Reisestellenkarten angeboten werden. Gibt es für derartige Reisestellenkarten einen eigenständigen, von anderen Kreditkarten zu unterscheidenden Markt, kann der Kartenanbieter das besondere Leistungsmerkmal des Umsatzsteuerausweises nicht durch andere Leistungsmerkmale ersetzen. Auch die Revision geht davon aus, dass die Abgrenzung des relevanten Marktes in dieser Weise von der Definition des (nachgelagerten) Marktes für Reisestellenkarten abhängt.

20 Das Berufungsgericht hat angenommen, dass Reisestellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit einen eigenständigen Markt bilden, der von sonstigen Unternehmenskreditkarten und anderen Zahlungsmitteln zu unterscheiden ist. Nicht zu diesem Markt zählen nach der Beurteilung des Berufungsgerichts mangels funktionaler Austauschbarkeit zum einen andere Unternehmenskredit-

karten, die zwar die Umsatzsteuer ausweisen und daher eine vereinfachte Geltendmachung des Vorsteuerabzugs ermöglichen, die aber für den Einkauf anderer Produkte – etwa des Bau- und Handwerksbedarfs – bestimmt sind. Diese Beurteilung nimmt die Revision hin. Das Berufungsgericht ist zum anderen davon ausgegangen, dass bei Unternehmenskreditkarten für die Bezahlung von Reisedienstleistungen das Merkmal des Umsatzsteuerausweises aus der Sicht der nachfragenden Unternehmen so charakteristisch ist, dass es sich nicht durch andere Leistungsmerkmale ersetzen lässt, die – wie etwa die Einbeziehung in ein Bonusprogramm oder die Gewährung eines besonderen Versicherungsschutzes – die Attraktivität einer Kreditkarte zwar steigern mögen, letztlich aber die Austauschbarkeit der verschiedenen Kreditkartenangebote nicht berühren. Hieraus hat das Berufungsgericht für die Abgrenzung des für den Umsatzsteuerausweis maßgeblichen Beschaffungsmarkt den Schluss gezogen, dass zu diesem Markt nicht auch das Angebot anderer, die Attraktivität der Karte steigernder Leistungsmerkmale gehört.

21 Die Einwände, die die Revision gegen diese Beurteilung erhebt, sind nicht begründet. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts zählen Reisestellenkarten mit Umsatzsteuerausweis nicht zu einem Markt für Kreditkarten oder gar zu einem Markt für alle unbaren Zahlungsmittel. Entgegen der Auffassung der Revision ist der Umsatzsteuerausweis insofern nicht vergleichbar mit einem Produktattribut wie dem Duft einer Seife, dem keine Bedeutung für die Marktabgrenzung zukommt. Das Berufungsgericht hat im Einzelnen dargelegt, dass Reisestellenkarten mit Umsatzsteuerausweis den Kunden schon deswegen ein erhebliches Einsparpotenzial verschaffen, weil anstelle einer Vielzahl von Einzelrechnungen nur noch der Auszug der Reisestellenkarte kontrolliert und dokumentiert werden muss. Diese im wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet liegende Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Soweit sich das Berufungsgericht auf Äußerungen bezieht, die die

Klägerin von ihren Kunden eingeholt hat, hat die Beklagte deren Aussagekraft allerdings in Zweifel gezogen. Die Rüge der Revision, dass das entsprechende Vorbringen der Beklagten vom Berufungsgericht nicht berücksichtigt und der angeregte Sachverständigenbeweis nicht erhoben worden sei, ist gleichwohl unbegründet. Die Leistungsmerkmale von Reisestellenkarten, wie sie von der Klägerin, aber auch von AirPlus angeboten werden, sind zwischen den Parteien nicht streitig. Das Berufungsgericht hat hierzu festgestellt, dass der Umsatzsteuerausweis im Kreditkartenauszug den Vorsteuerabzug durch signifikante Zeit- und Kostenersparnis deutlich erleichtert. In diesem Zusammenhang kommt es entgegen der Auffassung der Revision nicht darauf an, ob der sonstige, davon unabhängige Buchhaltungsaufwand für Reisekosten im Unternehmen bei Reisestellenkarten mit oder ohne Ausweis der Umsatzsteuer wesentlich voneinander abweicht und ob es andere Möglichkeiten der Klägerin gibt, ihren Kunden das Reisekostenmanagement zu erleichtern.

22 Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht aufgrund eigener Sachkunde beurteilen, ob die besonderen Vorteile der Reisestellenkarten, insbesondere die damit regelmäßig verbundene Vorsteuerabzugsmöglichkeit, die Annahme rechtfertigen, dass eine solche Karte für die angesprochenen Firmenkunden mit einer normalen Kreditkarte nicht austauschbar ist. Einen Verfahrensfehler, der dem Berufungsgericht bei dieser trichterlichen Würdigung unterlaufen wäre, hat die Revision nicht aufgezeigt. Das weitere Vorbringen der Beklagten, die Unternehmenskunden der Klägerin könnten für Lufthansa-Flüge eine gesonderte Sammelrechnung erhalten und die Kreditkartenabrechnung der Klägerin für den Ausweis der Umsatzsteuer anderer Leistungserbringer nutzen, steht weder der Annahme eines Marktes für Reisestellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit noch der eines Nachfragemarktes für Gestattungen entgegen.

- 23 Demgegenüber ist die Marktabgrenzung ohne Bedeutung, die die Kommission ihrer Entscheidung vom 8. Dezember 2000 (COMP/M.2159 – Creditanstalt/Lufthansa Airplus Servicekarten/AUA Beteiligungen/Airplus) zugrunde gelegt hat. Diese Entscheidung betraf die Freigabe eines Zusammenschlusses von Kreditkartenunternehmen; die Kommission hat dementsprechend auch die Auswirkungen der Fusion auf dem Kreditkartenmarkt untersucht. Zur Frage, ob das Angebot der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auch Reisestellenkarten mit Umsatzsteuerausweis umfasste und ob es sich dabei um einen eigenständigen Produktmarkt handelt, verhält sich die Entscheidung nicht.
- 24 b) Das Berufungsgericht hat als räumlich relevanten Markt den Geltungsbereich des Umsatzsteuergesetzes und damit das Bundesgebiet angesehen. Das lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen.
- 25 c) Auf dem sachlich und räumlich relevanten Gestattungsmarkt ist die Beklagte i.S. von Art. 82 EG marktbeherrschend. Dies ergibt sich daraus, dass sie mit der Verweigerung der Gestattung wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt für Reisesstellenkarten mit Umsatzsteuerausweis verhindern kann.
- 26 aa) Der Streitfall ist insofern vergleichbar mit dem Sachverhalt, der der Magill-Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (Urt. v. 6.4.1994 – C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995 I-743 = GRUR Int. 1995, 490 Tz. 47) zugrunde lag. Dort benötigte das Unternehmen Magill von den in Irland tätigen Fernsehsendern Programminformationen, um einen wöchentlichen Fernsehprogrammführer herauszugeben. Der Gerichtshof hat eine marktbeherrschende Stellung dieser Fernsehsender damit begründet, dass jeder Sender die Möglichkeit hatte, durch Verweigerung der begehrten Programminformatio-

nen einen wirksamen Wettbewerb auf dem (nachgelagerten) Markt für Fernsehwochenzeitschriften zu verhindern.

27 bb) Die Grundsätze dieser Entscheidung sind auf den vorliegenden Fall übertragbar. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Beklagte marktbeherrschend, weil sie aufgrund ihrer Stellung auf dem Gestattungsmarkt einen wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt für Reisestellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit verhindern kann. Das Berufungsgericht hat dies mit dem sehr hohen Marktanteil der Beklagten bei innerdeutschen Flugreisen begründet, wobei es einen Marktanteil von rund 70% zugrunde gelegt hat. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

28 Reisestellenkarten werden bestimmungsgemäß vor allem für Flug- und Bahnreisen eingesetzt. Zu den jeweiligen Anteilen von Flug- und Bahnreisen an den Umsatzgeschäften mit Reisestellenkarten hat das Berufungsgericht zwar keine Feststellungen getroffen. Reisestellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit müssen aber im Hinblick auf die Bedürfnisse der Unternehmenskunden jedenfalls auch für innerdeutsche Flugreisen eingesetzt werden können. Das sind sie nur, wenn die Umsatzsteuer für Flüge der Beklagten auf der Kartenabrechnung ausgewiesen werden kann. Fehlt es daran, kann nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keine wettbewerbsfähige Reisestellenkarte mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit angeboten werden.

29 Für die Prüfung einer Marktbeherrschung der Beklagten auf dem vorgelegerten Gestattungsmarkt kommt es auf die Bedeutung ihrer Flugreiseleistungen bei der Benutzung von Reisestellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit an. Diese bestimmt sich nach ihrem Anteil am innerdeutschen Flugverkehr. Das Berufungsgericht hat erkennbar und mangels entgegenstehender Anhaltspunkte zutreffend vorausgesetzt, dass dieser Anteil am Flugverkehr demjenigen der

Beklagten als Leistungserbringer bei über Reisestellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit abgerechneten Flugleistungen entspricht. Anders als bei einem Zusammenschluss von Luftverkehrsgesellschaften ist eine streckenbezogene Betrachtung hier nicht sachgerecht. Die Kunden von Reisestellenkarten fragen jeweils in unterschiedlichem Maße Flüge auf verschiedenen Strecken nach, insgesamt das gesamte innerdeutsche Flugangebot der Beklagten.

30 cc) Das Berufungsgericht ist für die Bestimmung des Marktanteils der Beklagten zunächst von der Entscheidung des Bundeskartellamts in der Sache Lufthansa/Eurowings ausgegangen, wonach die Beklagte im Jahr 2000 im innerdeutschen Linienflugverkehr einen Marktanteil von 73,6% hatte (BKartA, Beschl. v. 19.9.2001 – B9-147/00, WuW/E DE-V 483 – Lufthansa/Eurowings). Es hat sich außerdem auf die von der Klägerin vorgelegte Studie der Airclaims International Transport and Tourism Consultancy bezogen, die für Oktober 2005 auf der Grundlage der Sitzplatzkapazität für verschiedene Kategorien von Städteverbindungen Marktanteile der Beklagten zwischen 51,1% und 81,1% ermittelt hat. Das Berufungsgericht hat schließlich berücksichtigt, dass die Beklagte Anfang 2006 die Fluggesellschaft Germanwings übernommen hat.

31 Die hiergegen von der Revision erhobenen Einwände greifen nicht durch. Soweit sich die Beklagte auf den Markteintritt und die Expansion sogenannter Billigflieger seit 2001 berufen hat, ist dies in der Studie von Airclaims jedenfalls bis Oktober 2005 berücksichtigt. Die Beklagte trägt weder konkrete Marktanteile ihrer Konkurrenten vor, noch hat sie geltend gemacht, dass sich die Marktverhältnisse zwischen Oktober 2005 und der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz Anfang Dezember 2007 signifikant verändert hätten. Entgegen der Annahme der Revision ist die Airclaims-Studie auch ohne weiteres nachvollziehbar. Die Studie gibt auf Seite 20 ihre Datenbasis (Anbieter, Strecken, Zahl der Flüge, Sitzplätze) und als Quelle den OAG (Official Airline

Guide) an. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Beklagten diese Quelle nicht zugänglich sein soll. Das Berufungsgericht hat schließlich überzeugend dargelegt, dass die Fusionskontrollentscheidung der Kommission vom 22. Dezember 2005 Lufthansa/Eurowings nicht geeignet ist, die von der Klägerin vorgetragene und mit Hilfe der Airclaims-Studie belegte sowie durch die Ermittlungen des Bundeskartellamts gestützten Marktanteile in Frage zu stellen.

32 dd) Unerheblich ist, ob möglicherweise ein weiterer Leistungserbringer wie die Deutsche Bahn AG als Anbieter der ICE-Verbindungen ebenfalls eine marktbeherrschende Stellung auf dem Gestattungsmarkt hat. Wie sich aus der Magill-Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften ergibt, erfasst Art. 82 EG auch Fälle, die im deutschen Kartellrecht als Fälle der Spitzenstellungs- oder Spitzengruppenabhängigkeit angesehen und dem Aufangtatbestand des § 20 Abs. 2 GWB zugeordnet worden sind (vgl. BGH, Urt. v. 20.11.1975 – KZR 1/75, WuW/E 1391, 1394 – Rossignol-Ski; Urt. v. 22.1.1985 – KZR 35/83, WuW/E 2125, 2127 – Technics; Urt. v. 9.5.2000 – KZR 28/98, WuW/E DE-R 481, 482 – Designer-Polstermöbel). Haben mehrere Unternehmen neben- und unabhängig voneinander die Möglichkeit, wirksamen Wettbewerb auf einem nachgelagerten Markt zu verhindern, so ist jedes von ihnen marktbeherrschend i.S. des Art. 82 EG (vgl. EuGH GRUR Int. 1995, 490 Tz. 47 – Magill; ferner de Bronett in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., § 22 Rdn. 32, der diese Fallgruppe allerdings den Fällen gemeinsamer Marktbeherrschung zuordnet).

33 ee) Da somit bereits eine marktbeherrschende Stellung der Beklagten auf dem Gestattungsmarkt für den Vorsteuerabzug bei Flug- und Bahnreisen besteht, kann dahinstehen, ob sich die Marktbeherrschung der Beklagten – wie das Berufungsgericht annimmt – auch schon daraus ableiten ließe, dass jedes Unternehmen, das gegenüber Kunden einer Reisestellenkarte mit Vorsteuerab-

zugsmöglichkeit umsatzsteuerpflichtige Leistungen erbringt, in Bezug auf diese Leistungen hinsichtlich der nachgefragten Erlaubnis eine Alleinstellung besitzt (kritisch dazu Kapp/Schumacher, WuW 2008, 662, 664 f.). Daran bestehen jedenfalls insoweit Zweifel, als keineswegs naheliegt, dass eine wettbewerbsfähige Reisestellenkarte mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit zwingend den Umsatzsteuerausweis für die Rechnungen jedes noch so unbedeutenden Erbringers relevanter Reiseleistungen voraussetzt.

34 2. Die Beklagte hat – wie das Berufungsgericht ebenfalls rechtsfehlerfrei angenommen hat – ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Gestattungsmarkt dadurch missbraucht, dass sie der Klägerin die Erlaubnis, die Umsatzsteuer in den Abrechnungen der Reisekosten aufzuführen, verwehrt hat, um ihre Tochtergesellschaft AirPlus vor wirksamem Wettbewerb auf dem von dieser beherrschten Markt für Reisestellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit zu schützen.

35 a) Der Streitfall ist der Fallgruppe des Behinderungsmissbrauchs durch Lieferverweigerung zuzuordnen. Das Berufungsgericht ist deshalb zutreffend von der dazu ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften ausgegangen (EuGH, Urt. v. 6.3.1974 – 6/73, Slg. 1974, 223 Tz. 25 – Commercial Solvents; Urt. v. 3.10.1985 – 311/84, Slg. 1985, 3261 = GRUR Int. 1986, 191 Tz. 25 f. – CBEM; Urt. v. 26.11.1998 – C-7/97, Slg. 1998 I-7791 = WuW/E EU-R 127 Tz. 38 – Bronner). Danach ist eine Lieferverweigerung missbräuchlich, wenn sie

- in der Absicht erfolgt, dem marktbeherrschenden Unternehmen einen nachgelagerten Markt vorzubehalten,
- nicht durch technische oder kommerzielle Notwendigkeiten gerechtfertigt ist

- und geeignet ist, jeglichen Wettbewerb durch das die Lieferung nachsuchende Unternehmen auszuschließen.

36 Diese Grundsätze gelten auch, wenn sich die Weigerung wie im Streitfall auf die Erbringung einer Dienstleistung (Gestattung des Umsatzsteuerausweises) bezieht (EuGH GRUR Int. 1986, 191 Tz. 25 f. – CBEM).

37 Soweit der Gerichtshof weitergehende Anforderungen an die Annahme eines missbräuchlichen Verhaltens bei einer Zugangsverweigerung infolge der Ausübung gewerblicher Schutzrechte stellt (EuGH GRUR Int. 1995, 490 Tz. 50 ff. – Magill; Urt. v. 29.4.2004 – C-418/01, Slg. 2004 I-5039 = WuW/E EU-R 804 Tz. 35 ff. – IMS Health), beruht dies auf dem mit einer Pflicht zur Lizenzerteilung verbundenen Eingriff in das Schutzrecht, dessen Substanz gerade in der Ausschließlichkeit besteht (vgl. EuGH, Urt. v. 5.10.1988 – 238/87, Slg. 1988, 6211 Tz. 8 f. = GRUR Int. 1990, 141 – Volvo/Veng). Der Gerichtshof hat zwar erwogen, diese Rechtsprechung auch auf die Ausübung beliebiger Eigentumsrechte anzuwenden (EuGH WuW/E EU-R 127 Tz. 41 – Bronner). Die Möglichkeit, den Umsatzsteuerausweis zu gestatten, beruht aber weder auf einem gewerblichen Schutzrecht noch stellt sie ein sonstiges Eigentumsrecht der Leistungserbringer dar. Sie folgt vielmehr allein aus einer Regelung des Umsatzsteuerrechts, die im Interesse von Finanzverwaltung und Steuerpflichtigen geschaffen wurde. Auf das vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften bei der Feststellung eines Missbrauchs im Zusammenhang mit gewerblichen Schutzrechten angewendete Kriterium der Verhinderung eines neuen Produkts kommt es daher entgegen der Revision nicht an.

38 b) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass alle nach den dargestellten Grundsätzen erforderlichen Voraussetzungen eines missbräuchlichen Verhaltens im Streitfall erfüllt sind.

39 aa) Die Beklagte verfolgt mit der Verweigerung der Gestattung die Absicht, ihrer Tochtergesellschaft AirPlus eine Monopolstellung auf dem Markt für Reisestellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit zu verschaffen. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass AirPlus auf diesem, dem Gestattungsmarkt nachgelagerten Markt bereits über einen Marktanteil von 90% bis 95% verfügt. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Die Beklagte hat diesen Marktanteil nicht in erheblicher Weise bestritten. Ihr Vortrag und Beweisantritt bezog sich nur auf den hier nicht relevanten Markt für Reisestellenkarten ohne Vorsteuerabzugsmöglichkeit.

40 bb) Die Weigerung der Beklagten, der Klägerin den Umsatzsteuerausweis zu gestatten, ist auch nicht sachlich gerechtfertigt. Die Beklagte hat als einzige Rechtfertigung auf ihre fortbestehende steuerrechtliche Verantwortung für den korrekten Ausweis der Steuer verwiesen. Das Berufungsgericht hat dazu rechtsfehlerfrei und von der Revision unbeanstandet angenommen, dass Zweifel an der Zuverlässigkeit der Klägerin nicht schon deswegen begründet seien, weil nach der Umsatzsteuererhöhung im Januar 2007 insgesamt 58 Vorgänge mit falschem Umsatzsteuersatz gebucht worden seien. Wie das Berufungsgericht festgestellt hat, handelte es sich dabei um ein Versehen in Einzelfällen, die in einem Massengeschäft wie der Kreditkartenabrechnung auch bei sorgfältiger Arbeitsweise nicht völlig auszuschließen sind.

41 cc) Schließlich ist die Weigerung der Beklagten geeignet, jeden Wettbewerb der Klägerin auf dem Markt der Reisestellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit auszuschließen.

42 Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften stellt in Fällen, in denen die Belieferung mit einem Rohstoff oder die Erbringung einer Dienstleistung verweigert werden und keine gewerblichen Schutz-

rechte betroffen sind, insoweit nur auf die Wettbewerbsmöglichkeiten des konkret durch die Weigerung betroffenen Unternehmens ab (vgl. EuGH Slg. 1974, 223 Tz. 25 – Commercial Solvents; GRUR Int. 1986, 191 Tz. 26 – CBEM; WuW/E EU-R 127 Tz. 38 – Bronner). Nicht erforderlich ist, dass jeglicher Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ausgeschlossen wird.

43 Das Berufungsgericht hat fehlerfrei festgestellt, dass die Klägerin ohne die Gestattung der Beklagten keine wettbewerbsfähige Reisestellenkarte mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit anbieten kann. Wie bereits dargelegt (II 1 c bb), ergibt sich dies aus der starken Marktposition der Beklagten im innerdeutschen Luftverkehr. Unternehmen, die an Reisestellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit interessiert sind, werden keine derartigen Karten erwerben, die nicht die Umsatzsteuer auf Flugleistungen der Beklagten ausweisen. Dabei ist unerheblich, ob die Kunden Sammelrechnungen mit diesem Umsatzsteuerausweis von ihrem Reisebüro oder unmittelbar von der Beklagten erhalten könnten. Entscheidend ist allein, dass das Produkt der Klägerin – wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler festgestellt hat – ohne den Umsatzsteuerausweis für Leistungen der Beklagten nicht wettbewerbsfähig ist.

44 Soweit die Beklagte geltend macht, namhafte Konkurrenten böten mit Erfolg Reisestellenkarten an, die keine Umsatzsteuer auf Lufthansaflüge ausweisen, handelt es sich um Produkte, die auch für andere Reiseleistungen keinen Vorsteuerabzug ermöglichen und die deshalb nicht dem relevanten Markt der Reisestellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit zuzurechnen sind. Die Erwägungen des Berufungsgerichts beruhen auf der rechtsfehlerfreien Annahme, dass es einen gesonderten Markt für Gestattungen des Umsatzsteuerausweises gibt, der sich wiederum daraus erklärt, dass für Reisestellenkarten mit Umsatzsteuerausweis ein eigenständiger Markt existiert, der von einem allgemeinen Kreditkartenmarkt, aber auch von einem möglicherweise bestehenden

Markt für Reisestellenkarten ohne Umsatzsteuerausweis zu unterscheiden ist (dazu oben unter II 1 a). Besteht ein gesonderter Markt für Reisestellenkarten mit Umsatzsteuerausweis kann die Beklagte den ihr vorgeworfenen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung nicht damit rechtfertigen, der Klägerin stehe es offen, auf einem anderen Markt andere Unternehmenskreditkarten anzubieten. Entsprechendes gilt für den Einwand der Revision, die Klägerin könne ihren Kunden das Reisekostenmanagement oder die Buchhaltung in anderer Weise als durch den Umsatzsteuerausweis vereinfachen. Denn derartige Verbesserungen betreffen nicht die Geltendmachung des Vorsteuerabzugs, auf die es dem Kunden nach den getroffenen Feststellungen bei einer Reisestellenkarte mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit ankommt. Die Beklagte macht nicht deutlich, wie die Klägerin für ihre Kunden etwa durch Hilfe bei der elektronischen Archivierung den Vorsteuerabzug erleichtern und insbesondere den dafür erforderlichen steuerrechtlichen Dokumentationsaufwand verringern kann.

45 c) Das Berufungsgericht hat eine spürbare Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels und erkennbar auch eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung durch das missbräuchliche Verhalten der Beklagten angenommen. Das lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen.

46 3. Aufgrund der bislang getroffenen Feststellungen kann die Klägerin von der Beklagten jedoch nicht verlangen, dass ihr die begehrte Gestattung unentgeltlich gewährt wird.

47 a) Wie das Berufungsgericht nicht verkennt, ist auch ein marktbeherrschendes Unternehmen grundsätzlich nur gegen angemessenes Entgelt verpflichtet, Zugang zu unerlässlichen Rohstoffen oder Dienstleistungen zu gewähren. Das Berufungsgericht hält die Beklagte aber nicht für berechtigt, die Ge-

stattung zum Umsatzsteuerausweis von der Zahlung einer Vergütung durch die Klägerin abhängig zu machen, weil sie AirPlus gestatte, die Umsatzsteuer für Lufthansaflüge in ihren Kreditkartenauszügen auszuweisen, ohne hierfür eine Gegenleistung zu beanspruchen (vgl. Kommission, Entsch. v. 23.10.2001, ABl. 2002 L 120/19 Rdn. 63 – La Poste/Postvorbereiter). Da für die Beklagte auch mit der Kontrolle des korrekten Umsatzsteuerausweises bei AirPlus ein nicht unerheblicher Aufwand verbunden sei, liege darin eine missbräuchliche Ungleichbehandlung. Diese Beurteilung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

48 Es begegnet Bedenken, Dritten einen Anspruch auf unentgeltlichen Zugang unter dem Aspekt der missbräuchlichen Diskriminierung nach Art. 82 EG schon deshalb zu gewähren, weil das marktbeherrschende Unternehmen eigene Tochtergesellschaften dadurch begünstigt, dass es ihnen die begehrte Leistung unentgeltlich zur Verfügung stellt (vgl. zum deutschen Kartellrecht BGH, Beschl. v. 29.6.1982 – KVR 5/81, WuW/E 1947, 1949 – Stuttgarter Wochenblatt; Urt. v. 10.2.1987 – KZR 6/86, WuW/E 2360, 2365 – Freundschaftswerbung; Urt. v. 24.9.2002 – KZR 4/01, WuW/E DE-R 1003, 1005 – Kommunalen Schilderprägebetrieb). So hat das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften einen Missbrauch allein aufgrund preislicher Besserstellung vertikal integrierter Konzerngesellschaften verneint (EuG, Urt. v. 30.11.2000 – T-5/97, Slg. 2000, II-3755 Tz. 183 – Industrie des poudres sphériques). Die Frage bedarf hier jedoch keiner Entscheidung. Denn das Berufungsgericht hat den Vortrag der Beklagten nicht beachtet, dass AirPlus ein unselbständiges Organ des umsatzsteuerrechtlichen Organkreises der Beklagten ist und deshalb – anders als die Klägerin – der Gestattung nicht bedarf. Schon aus diesem Grund fehlt es an einer unentgeltlichen Leistungserbringung der Beklagten zu Gunsten von AirPlus.

49 b) Nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG liegt eine Organschaft vor, wenn eine juristische Person nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen des Organträgers eingegliedert ist. Rechtsfolge der Organschaft ist nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 UStG, dass Organ und Organträger umsatzsteuerrechtlich als ein Unternehmen zu behandeln sind.

50 Die Klägerin ist dem Vortrag zu der Organstellung von AirPlus nicht entgegengetreten. Die tatsächlichen Voraussetzungen der Organschaft waren zwischen den Parteien nicht streitig. Daher ist auch für das Revisionsverfahren davon auszugehen, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Als Organ der Beklagten ist AirPlus nicht Dritter i.S. von § 14 Abs. 2 Satz 4 UStG. Alle Handlungen von AirPlus werden umsatzsteuerlich der Beklagten als Organträger zugeordnet (vgl. Heidner in Bunjes/Geist, UStG, 8. Aufl., § 2 Rdn. 111; Scharpenberg in Hartmann/Metzenmacher, UStG, § 2 Rdn. 280; Stadie in Rau/Dürnwächter/Flick/Geist, UStG (Stand Mai 2008), § 2 Rdn. 664). Die Ausstellung von Rechnungen der Beklagten durch AirPlus ist danach umsatzsteuerrechtlich nicht anders zu behandeln als eine Ausstellung durch die Beklagte selbst. Einer Gestattung, als Dritter i.S. von § 14 Abs. 2 Satz 4 UStG Rechnungen der Beklagten ausstellen zu können, bedarf AirPlus nicht.

51 Benötigt die Tochtergesellschaft des Marktbeherrschers die von einem Dritten begehrte Leistung nicht, fehlt von vornherein die Grundlage für die Annahme einer diskriminierenden Ungleichbehandlung bei der Leistungsgewährung zwischen Tochtergesellschaft und Drittem. Damit erweist sich die Begründung, die das Berufungsgericht für die Verpflichtung zur unentgeltlichen Gestattung gegeben hat, als nicht tragfähig.

52 c) Eine Ungleichbehandlung ergibt sich auch nicht daraus, dass der Beklagten – ungeachtet der Organstellung – im Verhältnis zu AirPlus derselbe Kontrollaufwand für die umsatzsteuerliche Richtigkeit der Rechnungen entstünde wie im Falle einer Gestattung zu Gunsten der Klägerin. Das Berufungsgericht hat dies nicht ohne Rechtsfehler festgestellt. Es kann daher dahinstehen, ob die Beklagte in diesem Fall von der Klägerin nur dann ein Entgelt verlangen könnte, wenn sie es auch – entgegen ihrer Absicht – von AirPlus täte.

53 Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, die Beklagte habe eingeräumt, die von ihr gegenüber der Klägerin für erforderlich befundenen Vorkehrungen seien auch im Verhältnis zu AirPlus vorzunehmen. Die Beklagte verweist dagegen zu Recht auf ihren Vortrag, die von ihr geltend gemachten Mehrkosten einer der Klägerin erteilten Gestattung fielen bei AirPlus wegen deren Organstellung nicht oder in wesentlich geringerem Umfang an. Das Berufungsgericht hatte deshalb keine Grundlage für die Annahme, die Beklagte habe eingeräumt, die Vorkehrungen seien auch gegenüber AirPlus erforderlich.

54 d) Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

55 Allerdings kommt ein Anspruch der Klägerin auf unentgeltliche Gestattung nicht nur aufgrund einer Diskriminierung, sondern unter dem Aspekt der unbilligen Behinderung auch dann in Betracht, wenn jede Entgeltforderung der Beklagten missbräuchlich wäre. Hiervon kann jedoch nicht ohne weiteres ausgegangen werden.

56 Die Beklagte ist nach § 33 Abs. 1 GWB i.V. mit Art. 82 EG dazu verpflichtet, die missbräuchliche Behinderung der Klägerin zu beseitigen, die sich aus

der Verweigerung der Gestattung zum Zweck der Absicherung der marktbeherrschenden Stellung von AirPlus auf dem Markt für Reisesstellenkarten mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit ergibt. Diese Beseitigung ist grundsätzlich unentgeltlich zu gewähren. Das gilt indessen nicht, wenn die Beseitigung der Behinderung durch eine geldwerte Leistung erfolgt, für die ein Marktpreis besteht oder bestimmt werden kann. So verhält es sich in den typischen Fällen der Weigerung, einen Rohstoff zu liefern, eine Dienstleistung zu erbringen oder Zugang zu einem Netz oder einer anderen Infrastruktureinrichtung zu gewähren (vgl. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB).

57 Im Streitfall kann es der Beklagten nicht verwehrt werden, die begehrte Gestattung von der Zahlung eines Entgelts abhängig zu machen, wenn es sich um eine Leistung handelt, die auch sonst nicht unentgeltlich erbracht wird, etwa weil die Gestattung bei den Leistungserbringern einen spürbaren finanziellen Aufwand verursacht. Ebenso ist es denkbar, dass für eine solche Gestattung üblicherweise kein Entgelt verlangt wird, etwa weil es auch im Interesse der Verkehrsunternehmen liegen kann, ihren Kunden die Bezahlung mit einer Reisesstellenkarte mit Umsatzsteuerausweis zu ermöglichen oder jedenfalls nicht zu erschweren. Ob die hier von der Klägerin nachgefragte Gestattung eine Leistung darstellt, die üblicherweise nur gegen eine Gegenleistung erbracht wird, ist fraglich und bedarf weiterer Feststellungen. Das Berufungsgericht hat zwar im Zusammenhang mit der Bestimmung des sachlichen relevanten Marktes ausgeführt, es stehe der Anwendung von Art. 82 EG nicht entgegen, dass bislang weder die Beklagte noch andere Erbringer von Reiseleistungen die Gestattung des Umsatzsteuerausweises an Kreditkartenunternehmen vermarktet hätten. Das läßt aber nicht hinreichend deutlich die Feststellung einer allgemein unentgeltlichen Gestattungspraxis erkennen. Denn die zitierten Ausführungen können auch dahin verstanden werden, dass das Berufungsgericht es dahinstehen las-

sen wollte, ob es einen aktuellen oder nur einen potentiellen oder hypothetischen Markt für Gestattungen gibt.

- 58 4. Unter den gegebenen Umständen ist dem Senat eine abschließende Sachentscheidung verwehrt. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das noch Feststellungen zur der Frage zu treffen hat, ob die Gestattung des Umsatzsteuerausweises durch ein Verkehrsunternehmen wie die Beklagte üblicherweise unentgeltlich erfolgt.

Tolksdorf

Bornkamm

Meier-Beck

Kirchhoff

Grüneberg

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 19.05.2006 - 81 O (Kart) 170/05 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 05.12.2007 - VI-U (Kart) 25/06 -