

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB

Bechtold / Bosch

10. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-74263-7
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

grenzung an (→ Rn. 27). Sie setzt also je nach dessen Abgrenzung einerseits nicht voraus, dass die Grenze von 40% im gesamten Geltungsbereich des Gesetzes überschritten wird, und kann sich andererseits auch auf ein Gebiet beziehen, das **größer als das Bundesgebiet** ist (§ 18 Abs. 2). Haben zwei Unternehmen mindestens 40% Marktanteil, ist die Vermutung des S. 1 nicht anwendbar; hier heben sich die gegen mehrere Unternehmen wirkenden Vermutungen des S. 1 auf (vgl. dazu auch *Kleinmann/Bechtold* § 22 Rn. 239 mwN; ebenso *Immenga/Mestmäcker/Fuchs* Rn. 196). Auch die Vermutungen der Abs. 4 und 6/7 sind nicht unbeschränkt nebeneinander anwendbar, da ein Markt nicht zugleich durch ein Monopol und ein Oligopol beherrscht werden kann. Sind die **Voraussetzungen beider Vermutungen** erfüllt, so könnte Marktbeherrschung allenfalls zulasten des Unternehmens vermutet, für das beide Vermutungen übereinstimmend erfüllt sind (str.; wie hier *Kleinmann/Bechtold* § 22 Rn. 241; gegen die Anwendbarkeit der Vermutungen noch KG WuW/E 2234 (2235) – Tonolli/Blei- und Silberhütte Braubach; vgl. außerdem *Langen/Bunte/Bar-dong* Rn. 235). Das BKartA geht dagegen davon aus, dass in diesen Fällen auf den „Schwerpunkt“ abzustellen sei. Entscheidend für die Anwendung der einen oder anderen Vermutung sei das Innenverhältnis zwischen den führenden Marktteilnehmern (BKartA WuW/E DE-V 427 (428) – 3 M/ESPE). Richtig ist wahrscheinlich, dass in einem solchen Fall keine der Vermutungen anwendbar ist: **Wenn sich Einzel- und Oligopolmarktbeherrschung grundsätzlich gegenseitig ausschließen, sollte das auch für diesbezügliche gesetzliche Fiktionen gelten** (*Immenga/Mestmäcker/Fuchs* Rn. 206).

Die Vermutung indiziert das **Bestehen einer Einzelmarktbeherrschung iSv** 75 **Abs. 1** (einschränkend dazu KG WuW/E DE-R 94 (98) – Hochtief-Philipp Holzmann; vgl. auch BKartA WuW/E DE-V 337 (338) – Novartis/Wesley Jessen). In der **Fusionskontrolle** wirkt die Vermutung nur für das Bestehen bzw. die Begründung der Marktbeherrschung iSv § 36 Abs. 1, **nicht für die Verstärkung** einer schon bestehenden Marktbeherrschung. Das BKartA muss zusätzlich nachweisen, dass die durch die Vermutung indizierte Marktbeherrschung gerade durch den Zusammenschluss „begründet“ oder „verstärkt“ wird (grds. ebenso KG WuW/E 3051 (3080) – Morris/Rothmans; FK-KartellR/*Rieger* § 36 Rn. 44). Sind die Vermutungsvoraussetzungen sowohl vor als auch nach dem Zusammenschluss erfüllt, bedarf die **Verstärkung** **sowie eines besonderen Nachweises** (vgl. dazu *Kleinmann/Bechtold* § 23a Rn. 84f.). Die Einzelmarktbeherrschungsvermutung ist **widerlegt**, wenn das Unternehmen wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist und keine überragende Marktstellung hat; beide Alternativen des Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 sind also jeweils isoliert zu untersuchen (vgl. BGH WuW/E 1501 (1504) – Kfz-Kupplungen). Die Marktbeherrschungsvermutung ist außerdem widerlegt, wenn ein anderes Unternehmen die Voraussetzungen der Einzelmarktbeherrschung erfüllt oder wenn der betreffende relevante Markt von einem Oligopol beherrscht wird.

d) Oligopol-Marktbeherrschung (Abs. 6): Rechtsnatur der Vermutung. 76

Die Vermutung in Abs. 6 betrifft die Oligopol-Marktbeherrschung, nimmt also Bezug auf Abs. 5. Sie entspricht hinsichtlich der Vermutungsvoraussetzungen – allerdings ohne die dort noch vorgesehenen Umsatzschwellen – dem § 22 Abs. 3 Nr. 2 und § 23a Abs. 2 S. 1 idF bis zur 6. GWB-Novelle 1998, hinsichtlich der Widerlegung aber nur der früher auf die Fusionskontrolle beschränkten Beweislastumkehr.

Die Vermutungen des Abs. 6 enthalten eine **echte Beweislastumkehr**, und zwar gleichermaßen für **Verwaltungs- und Kartellzivilverfahren**. Die Unternehmen „gelten“ nach Abs. 6 als marktbeherrschend, wenn sie nicht den Widerlegungstatbestand nach Abs. 7 „nachweisen“ (zu dieser echten Beweislastumkehr BGH WuW/E 1749 (1755) – Klöckner/Becorit; *Immenga/Mestmäcker/Fuchs* Rn. 192; dagegen *Axster/Weber GRUR* 1981, 369 (372)). Die beteiligten Unternehmen tragen die volle formelle und materielle Beweislast (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2477 (2488) –

Phonak/ReSound). Angesichts des im **Verwaltungsverfahren** generell geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes erfasst das aber nicht uneingeschränkt die (formelle) Beweisführungslast (so auch OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1625 (1628) – Rethmann/GfA). Häufig können die betroffenen Unternehmen keinen Beweis für Tatsachen außerhalb ihrer Einflussosphäre führen; dann trifft sie jedenfalls eine Darlegungslast für ihnen günstige Tatsachen. Im Verwaltungsverfahren muss diesen das BkArtA nach dem Untersuchungsgrundsatz nachgehen (dazu Immenga/Mestmäcker/K. Schmidt § 57 Rn. 12); im **Zivilprozess** gilt bei einem nicht weiter aufgeklärten non liquet die Vermutungswirkung voll (dazu auch Pohlmann ZHR 164 (2000), 589). Im **Bußgeldverfahren** gilt die Vermutung nicht (→ Rn. 73).

- 78 e) Oligopol-Marktbeherrschung: Vermutungsvoraussetzungen (Abs. 6) und Widerlegung (Abs. 7).** Das Gesetz erfasst in Abs. 6 **zwei Alternativen** von Marktanteilsstrukturen, nämlich einmal (Nr. 1) bis zu drei Unternehmen mit zusammen **mindestens 50 % Marktanteil**, außerdem (Nr. 2) bis zu fünf Unternehmen mit zusammen einem Marktanteil von **mindestens zwei Dritteln (66 2/3 %)**. Die Vermutungen können nur gegen die Unternehmen in der **Reihenfolge ihrer Marktanteile** angewendet werden (*Kleinmann/Bechtold* § 22 Rn. 243). Wenn zwei Unternehmen allein die Schwelle von 50 % erreichen, darf das dritte nicht mehr in die Vermutungswirkung einbezogen werden (aA offenbar OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2477 (2488) – Phonak/ReSound). Erreichen die ersten zwei oder drei Unternehmen die Marktanteils Grenzen der Nr. 1 und gleichzeitig die ersten vier oder fünf die der Nr. 2, greifen die Vermutungen nur zulasten der Unternehmen ein, für die beide Alternativen erfüllt sind. Erfüllen bis zu drei Unternehmen die Voraussetzungen der Nr. 1, so kann nicht zulasten weiterer Unternehmen ohne Weiteres auch die Nr. 2 angewendet werden (aA wohl KG WuW/E 3051 (3070f.) – Morris/Rothmans; Immenga/Mestmäcker/Fuchs Rn. 207; Langen/Bunte/Bardong Rn. 248; wie hier *Kleinmann/Bechtold* § 23a Rn. 91 mwN). Die Fünfer-Vermutung der Nr. 2 ist gedacht als Auffangtatbestand für den Fall, dass entweder relativ hohe Marktanteile auf bis zu fünf Unternehmen gleichmäßig verteilt sind oder jedenfalls drei oder weniger Unternehmen weniger als 50 % Marktanteil haben, sie aber zusammen mit zwei weiteren doch eine besondere Gruppierung bilden. Sobald die **Marktanteilsgrenzen erreicht** sind, **erschöpfen sich die Vermutungen**; weitere Unternehmen sind dann nicht mehr einzubeziehen. Das schließt nicht aus, dass ohne die Vermutung ihre Zugehörigkeit zum marktbeherrschenden Oligopol nachgewiesen werden kann.

- 79** Vermutet wird, dass die **Gesamtheit der Unternehmen** marktbeherrschend ist. Das bedeutet ebenso wie beim Grundtatbestand der Oligopol-Marktbeherrschung in Abs. 6, dass damit **jedes (Oligopol-)Unternehmen** für sich allein **marktbeherrschend** ist. In der **Fusionskontrolle** wirkt die Vermutung nur für das Bestehen bzw. die Begründung der Marktbeherrschung iSv § 36 Abs. 1, **nicht für die Verstärkung** einer schon bestehenden Marktbeherrschung. Daraus folgt, dass das BkArtA auch dann, wenn die Vermutung nicht widerlegt ist, nachweisen muss, dass die durch sie indizierte Marktbeherrschung gerade durch den Zusammenschluss „begründet“ oder „verstärkt“ wird (grds. ebenso KG WuW/E 3051 (3080) – Morris/Rothmans, auch sonst hM). Sind die Vermutungsvoraussetzungen sowohl vor als auch nach dem Zusammenschluss erfüllt, bedarf die Verstärkung sowieso eines besonderen Nachweises (vgl. dazu *Kleinmann/Bechtold* § 23a Rn. 84f.; GemK/Leo, 5. Aufl. 2001, § 19 Rn. 1382).

- 80** Die Vermutung des Abs. 6 kann nach Abs. 7 nur durch zwei exakt umschriebene Nachweise **widerlegt** werden, nämlich alternativ durch den Nachweis des strukturell gesicherten Fortbestands wesentlichen Wettbewerbs im Innenverhältnis (Abs. 1) oder des Fehlens einer überragenden Marktstellung im Außenverhältnis (Abs. 2). Die Umkehr der Beweislast bezieht sich auf beide Erfordernisse, nicht etwa nur auf den Innenwettbewerb (str., wie hier *Kleinmann/Bechtold* § 23a Rn. 100). Die Tatsache, dass

für die Oligopol-Vermutung des Abs. 6 die Widerlegungsmöglichkeit in Abs. 7 exakt definiert und eingegrenzt ist, während für die Widerlegung der Einzelmarktbeherrschungsvermutung des Abs. 4 nichts über die Widerlegung gesagt wird, hat keine materielle Bedeutung. Sowohl für die Einzelmarktbeherrschungs- als auch die Oligopol-Vermutung gilt, dass sie durch den Nachweis widerlegt werden können, dass die gesetzlichen Voraussetzungen der jeweiligen Marktbeherrschungsalternativen nicht vorliegen, also im Falle der Einzelmarktbeherrschungsvermutung die Voraussetzungen der Abs. 1–3 und im Falle der Oligopol-Marktbeherrschungsvermutung die Voraussetzungen des Abs. 5. Die Widerlegungstatbestände des Abs. 7 nehmen exakt Bezug auf die materiellen Voraussetzungen des Abs. 5 und grenzen die Widerlegungsmöglichkeiten weder ein noch erweitern sie.

Für das **Innenverhältnis** kommt es nach Abs. 7 Nr. 1 darauf an, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen den (Oligopol-)Unternehmen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen. Aktueller Wettbewerb reicht nicht aus; die Wettbewerbsbedingungen müssen auch für die Zukunft wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen. Die aktuellen und früheren Wettbewerbsverhältnisse können aber Indizien sein für eine Zukunftsprognose, soweit sie auf strukturellen Ursachen beruhen und nicht nur Ergebnis jederzeit veränderbaren Marktverhaltens sind (dazu BKartA WuW/E DE-V 109 (110) – Dow Chemical/Shell). Materiell sind im Rahmen des Widerlegungstatbestandes alle Gesichtspunkte von Bedeutung, aus denen sich wesentlicher Wettbewerb iSv Abs. 1 Nr. 1 und 2 ergibt (→ Rn. 33; vgl. auch BKartA WuW/E DE-V 267 (269) – Chipkarten). Der Nachweis seines strukturell gesicherten **Fortbestands** kann nach den Gesetzesmotiven der 4. GWB-Novelle 1980 insbes. dadurch erbracht werden „dass das Kräfteverhältnis innerhalb des Oligopols durch die Fusion ausgeglichener wird, ohne dass sich das Oligopol selbst wesentlich verengt“ (Bericht des Wirtschaftsausschusses zur 4. GWB-Novelle, BT-Drs. 8/3690, 27; dazu auch KG WuW/E 3051 (3079f.) – Morris/Rothmans).

Die **Verstärkung der Marktstellung eines Oligopolmitglieds** bedeutet nicht ohne Weiteres zugleich Verstärkung der beherrschenden Marktstellung des Gesamt-oligopols; der in der Praxis vorgenommene Schluss von der Verstärkung eines Unternehmens auf die Verstärkung der Gesamtheit ist also unzulässig (wie hier nunmehr BKartA WuW/E DE-V 170 (1769) – NZDS-Glasfaserkabel; 165 (169) – DEM-Lacke; aA noch BKartA WuW/E 1753 (1758f.); BGH WuW/E 1763 (1765) beide im Verfahren Bituminöses Mischgut). Der Innenwettbewerb ist abhängig vom Kräfteverhältnis innerhalb des Oligopols. Wird ein Oligopol wesentlich verengt, sinken die Chancen für wesentlichen Wettbewerb. Der Wettbewerb kann intensiviert werden, wenn das Oligopol durch den Zusammenschluss **symmetrischer** wird (vgl. dazu auch KG WuW/E 2663 (2675f.) – Texaco/Zerssen; Kleinmann/Bechthold § 23a Rn. 106 mwN); teilweise wird aber aus der Symmetrie genau das Gegenteil abgeleitet. Insoweit kommt es nicht nur auf einen Vergleich der Marktanteile an, sondern auch auf einen Vergleich aller markt- und unternehmensbezogenen Strukturmerkmale (Schwergewichte in der Tätigkeit, vertikale Verflechtungen usw., vgl. dazu BKartA WuW/E DE-V 640 (642) – Avery Dennison/Jackstädt; WuW/E DE-V 653 (659) – BASF/NEPG). Die Absicherung wesentlichen Wettbewerbs kann sich insbes. aus niedrigen Marktzutrittschranken ergeben; beachtlich sind insbes. auch dauerhafte Überkapazitäten, zu erwartender Technologiewandel, Struktur und Verhalten gegengewichtiger Marktmacht usw. (vgl. dazu auch Kleinmann/Bechthold § 23a Rn. 107 mwN). Auch sprechen der Nachweis von Preisschwankungen, Innovationspotenzialen und einer starken Marktgegensense gegen das Vorliegen eines marktbeherrschenden Oligopols (BKartA WuW/E DE-V 109 (111f.) – Dow Chemical/Shell; 235 (238f.) – Dürr/Alstom).

Für das **Außenverhältnis** ist die Oligopolvermutung des Abs. 6 nach Abs. 7 Nr. 2 durch den Nachweis widerlegbar, dass die „Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern **keine überragende Marktstellung**“ hat.

Die Oligopolisten sind gedanklich in ihrer Stellung gegenüber den Außenseitern **wie ein einheitliches Unternehmen** zu behandeln. Da dieses gedachte Unternehmen angesichts der Vermutungsvoraussetzungen notwendig die höchsten Marktanteile hat, wird sich iVm anderen Kriterien meist sein Übertragen gegenüber den Wettbewerbern ergeben. Denkbar ist der Ausschluss eines „Übertragens“, wenn einer der Außenseiter wesentlich größere Ressourcen als die Oligopolisten zusammen hat. Ob das Übertragen auch durch wesentlichen Wettbewerb im Außenverhältnis ausgeräumt werden kann, ist str. (dafür *Kleinmann/Bechtold* § 23a Rn. 110; ebenso jedenfalls für die Verhaltenskontrolle *Immenga/Mestmäcker/Fuchs* Rn. 205). Anders als für das Innenverhältnis enthält das Gesetz keinen ausdrücklichen Hinweis auf die strukturelle Absicherung des Wettbewerbs im Außenverhältnis. Das beruht allein darauf, dass das Merkmal der „übertragenden Marktstellung“ selbst strukturell zu interpretieren ist. In der Praxis kommt der Widerlegungsmöglichkeit durch das Fehlen einer übertragenden Marktstellung im Außenverhältnis keine Bedeutung zu.

10. EU-Recht

- 84 Der Begriff der marktbeherrschenden Stellung spielt im EU-Recht einmal eine Rolle für die Normadressatenschaft des Missbrauchsverbots nach **Art. 102 AEUV** als auch als materielles Prüfungskriterium der **Fusionskontrolle** nach Art. 2 Abs. 2 und 3 VO 134/2004. In der Fusionskontrolle ist die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ebenso wie seit der 8. GWB-Novelle 2012/2013 im deutschen Recht (§ 36 Abs. 1) als (Haupt-)Beispielsfall der untersagungsbegründenden erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs aufgeführt. Für die Feststellung der Marktbeherrschung muss ebenso wie im deutschen Recht der Markt sachlich und räumlich abgegrenzt werden. Die Marktanteilsschwellen, ab denen Marktbeherrschung indiziert wird, liegen tendenziell höher als die der Marktbeherrschungsvermutungen des § 18 Abs. 4 und 6 (vgl. EuG Slg. 1978, 210 – *United Brands*; Slg. 1979, 461 (520f., 527f.) – *Hoffmann/La Roche*; Slg. 1991, I-3359 – *Akzo*). Zur Oligopol-Marktbeherrschung, die durch den Wortlaut von Art. 102 AEUV dadurch erfasst wird, dass er auch den Missbrauch durch mehrere Unternehmen ahndet, gibt es im Rahmen des Art. 102 AEUV wenig Fallpraxis (vgl. Entscheidung der Kommission v. 7.12.1988 ABl. 1989 L 33, 44, 65f.). Anderes gilt für die EU-Fusionskontrolle, in der die Begründung oder Verstärkung einer Oligopol-Marktbeherrschung als Fall der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs häufig Gegenstand der Prüfung ist (dazu EuG EuZW 1998, 299 (308) – *Kali+Salz mAnm Bechtold* EuZW 1998 313; EuG Slg. 2002 II-2585 – *Airtours/Kommission*; Entscheidung der Kommission vom 22.7.1992 – *Nestlé/Perrier*, ABl. L 1992 356, 1; vgl. dazu auch *Bechtold/Bosch/Brinker* FKVO Art. 2 Rn. 36).

§ 19 Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen

- (1) **Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.**
- (2) **Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen**
 1. ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen;
 2. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen

von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen;

3. ungünstigere Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, als sie das marktbeherrschende Unternehmen selbst auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Abnehmern fordert, es sei denn, dass der Unterschied sachlich gerechtfertigt ist;
4. sich weigert, ein anderes Unternehmen gegen angemessenes Entgelt mit einer solchen Ware oder gewerblichen Leistung zu beliefern, insbesondere ihm Zugang zu Daten, zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, und die Belieferung oder die Gewährung des Zugangs objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein und die Weigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten droht, es sei denn, die Weigerung ist sachlich gerechtfertigt;
5. andere Unternehmen dazu auffordert, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren; hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die Aufforderung für das andere Unternehmen nachvollziehbar begründet ist und ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht.

(3) ¹Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 und Nummer 5 gilt auch für Vereinigungen von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen im Sinne der §§ 2, 3 und 28 Absatz 1, § 30 Absatz 2a, 2b und § 31 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 4. ²Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen, die Preise nach § 28 Absatz 2 oder § 30 Absatz 1 Satz 1 oder § 31 Absatz 1 Nummer 3 binden.

Übersicht

	Rn.
1. Überblick	1
2. Missbrauch: Normadressaten, Generalklausel (Abs. 1) und Enumerationsprinzip (Abs. 2)	2
3. Behinderungsmissbrauch (Abs. 2 Nr. 1 Fall 1)	6
a) Allgemeine Charakterisierung	6
b) Wettbewerbslich nachteilige Maßnahme	8
c) Allgemeine Behinderung	9
d) „Gezielte“ Behinderung	13
e) „Unbilligkeit“ der Behinderung	16
4. Diskriminierung (Abs. 2 Nr. 1 Fall 2)	33
a) Gesetzgebungsgeschichte	33
b) Gleichartige Unternehmen	35
c) „Andersartige“ Behandlung	41
d) Sachlich gerechtfertigter Grund	42
e) Lieferpflicht	45
f) Abnahmepflicht	49
g) Preis- und Konditionendifferenzierung	50
h) Diskriminierung durch Nachfrager	51
5. Ausbeutungsmissbrauch (Abs. 2 Nr. 2)	53
a) Allgemeine Charakterisierung	53
b) Maßstab des Als-Ob-Wettbewerbs	55
c) Sachliche Rechtfertigung	56
d) Vergleichsmärkte	57
e) Differenz zwischen Kosten und Erlös	62
6. Strukturmissbrauch (Abs. 2 Nr. 3)	63

	Rn.
7. Missbrauch durch Zugangsverweigerung (Abs. 2 Nr. 4)	66
a) Allgemeine Charakterisierung, Essential Facility-Theorie	66
b) Weigerung	68
c) Belieferung mit einer Ware oder gewerblichen Leistung, insbesondere Zugang zu Daten, zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen	69
d) Vor- und nachgelagerte Märkte	71
e) Zugang nicht möglich	73
f) Angemessenes Entgelt	74
g) Sachliche Rechtfertigung	77
h) Verhältnis zu Spezialgesetzen	82
8. Missbrauch durch Aufforderung oder Veranlassung zur Gewährung von Vorteilen, „Anzapfverbot“ (Abs. 2 Nr. 5)	84
a) Gesetzgebungsgeschichte	84
b) Marktbeherrschung auf Nachfragemärkten	85
c) Auffordern zur Gewährung von Vorteilen	86
d) Vorteile	87
9. Geltung für Kartelle und Preisbinder (Abs. 3)	90
a) Überblick	90
b) Freigestellte Kartelle (S. 1)	91
c) Preisbinder (S. 2)	92
10. Rechtsfolgen des Missbrauchs	94
a) Allgemeines	94
b) Schadensersatz bei Verstoß gegen Abs. 2 Nr. 1	96
c) Lieferpflicht bei Verstoß gegen Abs. 2 Nr. 1	97
d) Nichtigkeit von Verträgen bei Verstoß gegen Abs. 2 Nr. 1	98
11. EU-Recht	99

1. Überblick

- 1 Der bis zur 8. GWB-Novelle geltende § 19 ist durch diese Novelle aufgeteilt worden in zwei Teile, nämlich **§ 18 mit der Definition der Marktbeherrschung** und den Marktbeherrschungsvermutungen und **§ 19 mit dem Missbrauchsverbot**. Sachliche Änderungen sind mit dieser Neugliederung nicht beabsichtigt (dazu Begr. z. RegEntw BT-Drs. 17/9852, 23). § 19 Abs. 1 enthält wie bisher das generelle Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Die bisher in Abs. 4 geregelten Hauptanwendungsfälle sind in Abs. 2 überführt worden. Neu ist dort die Formulierung der Nr. 1, die die bisher in § 19 Abs. 4 Nr. 1 und § 20 Abs. 1 getrennt geregelten Behinderungsverbote zusammenführt; außerdem ist dort nunmehr auch das Diskriminierungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen aufgenommen worden. Wegen des Wegfalls des Tatbestandsmerkmals des „für gleichartige Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehrs“ in dem bisherigen § 20 Abs. 1 stellt sich bei der neuen Nr. 1 am ehesten die Frage, ob der neue Gesetzestext nicht doch zumindest in Randbereichen auch mit einer materiellen Änderung verbunden ist; beabsichtigt ist sie aber nicht. Neu in den Katalog der Hauptanwendungsfälle in Abs. 2 wurde Nr. 5 aufgenommen, die dem § 20 Abs. 3 S. 1 aF (in der bis zum 31.12.2012 gültigen und in der nach der 7. GWB-Novelle ab 1.1.2013 vorgesehenen Fassung) entspricht. Ihre Aufnahme in § 19 ist gerechtfertigt, weil er sich an marktbeherrschende Unternehmen richtet. Soweit § 20 Abs. 3 aF auch nicht marktbeherrschende Unternehmen und Unternehmensvereinigungen betraf, ist er in dem neuen § 20 Abs. 2 fortgeführt worden. Der neue Abs. 3 entspricht dem alten § 20 Abs. 1, soweit er sich an nicht marktbeherrschende Unternehmen richtete, nämlich an Kartelle und Preisbinder. Er ist im neuen § 19 insofern ein Fremdkörper, als § 19 nach seiner Überschrift ausschließlich verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unter-

nehmen erfassen soll. Entsprechendes hätte aber auch bei einer Fortführung dieses Teils des alten § 20 im neuen § 20 gegolten. Die 9. GWB-Novelle 2017 hat Abs. 2 Nr. 5 neu gefasst (→ Rn. 84, 85). Die 10. GWB-Novelle 2021 hat die Tatbestands-handlung von der missbräuchlichen Ausnutzung auf „Missbrauch“ geändert. Außerdem erweitert die 10. GWB-Novelle 2021 Abs. 2 Nr. 4 dahingehend, dass jegliche Verweigerung des Zugangs zu Plattformen, Daten, Schnittstellen, gewerblichen Schutzrechten oder anderen Vorleistungen missbräuchlich sein kann, ebenso die Verweigerung von Zugang zu gewerblichen Schutzrechten (BRegEntw 10. GWB-Novelle 2021, 74), und nicht nur die Verweigerung von Zugang zu Netzen und physischer Infrastruktur.

2. Missbrauch: Normadressaten, Generalklausel (Abs. 1) und Enumerationsprinzip (Abs. 2)

Das Gesetz enthielt in der **Erstfassung von 1958 keine Missbrauchs-Generalklausel**, sondern erfasste nur Missbräuche beim Fordern oder Anbieten von Preisen, bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen und beim Abschluss von Kopplungsverträgen. Die 1. GWB-Novelle 1965 führte stattdessen eine Missbrauchs-Generalklausel ein. Die 4. GWB-Novelle 1980 ergänzte diese Generalklausel in § 22 Abs. 4 aF durch einen S. 2, in dem schon mit der heutigen Formulierung („Ein Missbrauch liegt insbesondere vor ...“) drei Missbrauchsfälle aufgeführt waren. Die 6. GWB-Novelle 1998 hat diesen Beispielskatalog um einen weiteren Fall ergänzt (Nr. 4). Tendenziell wird der Missbrauchsbegriff identisch wie in **Art. 102 AEUV** ausgelegt (vgl. dazu BGH WuW/E DE-R 2268 – Soda-Club II), der ebenfalls auf einer Kombination von Generalklausel und (nicht abschließender) Enumeration beruht. In den Fällen, in denen der potenzielle Missbrauch den zwischenstaatlichen Handel berührt, ist der deutsche Rechtsanwender verpflichtet, neben § 19 auch Art. 102 AEUV anzuwenden. Die Nichterfüllung des EU-rechtlichen Missbrauchsbegriffs schließt dann aber die Anwendung des § 19 nicht aus (vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 2 Kartellverfahrens-VO und § 22 Abs. 3, → § 22 Rn. 12 ff.).

Der Missbrauch nach Abs. 1 (und Abs. 2) setzt voraus, dass der Normadressat den Markt allein oder mit anderen beherrscht. Für die Marktabgrenzung und die Marktbeherrschung gilt § 18. Trotz der generellen Methode der Marktabgrenzung und der Feststellung der Marktbeherrschung kommt es vor, dass bei den einzelnen Fällen des Missbrauchs nach Abs. 2 differenziert wird, insbes. bei der Behinderung und Diskriminierung nach Abs. 2 Nr. 1. So kann es sachgerecht sein, den **relevanten Markt** ganz **eng** und **spezifisch** im Hinblick auf den potenziell diskriminierten oder Behinderten abzugrenzen, zB bei Messeveranstaltern für bestimmte Fachmessen (OLG Hamburg NJWE-WettbR 1997, 286 (287) – fachdental Nord II), bei Gemeinden als Eigentümer von Grundstücken, die sich für den Betrieb eines Schilderprägers eignen (vgl. BGH WuW/E DE-R 1099 (1100) – Konkurrenzschutz für Schilderpräger) oder von öffentlichen Wegen für die Verlegung eines Stromkabels (BGH WuW/E DE-R 2581 (2584) – Neue Trift) oder bei Ersatzteilmärkten (vgl. zB BGH WuW/E 1238 (1241) – Registrierkassen; 2589 (2590) – Frankiermaschinen). Der Schutzrechtsinhaber kann auf **Lizenzmärkten** marktbeherrschend sein. Das ist aber nur der Fall, wenn die Lizenzvergabe für das Schutzrecht mangels Austauschbarkeit mit anderen Schutzrechten oder Know-how einen besonderen Markt bildet und der Schutzrechtsinhaber den Markt durch Lizenzvergaben eröffnet hat (vgl. BGH WuW/E DE-R 1329 (1331) – Standard-Spundfass II; vgl. zur unterschiedlichen Behandlung → Rn. 48; Weck NJOZ 2009, 1177 (1178)). Marktbeherrscher sind auch Unternehmen, die nach § 18 Abs. 5 einem **marktbeherrschenden Oligopol** angehören, also einer Gruppe von Unternehmen, zwischen denen wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und die insgesamt im Außenverhältnis keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind oder eine überragende Marktstellung haben (→ § 18 Rn. 59 ff.). Ob die

Anwendung des Diskriminierungsverbotes auf Oligopolunternehmen davon abhängt, dass die Oligopol-Unternehmen im Hinblick auf das beanstandete Verhalten gleichförmig vorgehen, ist str. (für eine solche Einschränkung der Anwendbarkeit insbes. GemK/*Benisch*, 4. Aufl. 1981, § 26 Abs. 2 und 3 Rn. 12; dagegen OLG Düsseldorf WuW/E 2642 – Siegenger Kurier; OLG Celle WuW/E 3564 (3566) – Krankentransportdienste). Der BGH (BGH WuW/E 2195 = NJW 1986, 1877 – Abwehrblatt II; 2399 (2403) – Krankentransporte) differenziert hier. Die Anwendung des Abs. 2 Nr. 1 (früher § 20 Abs. 1) auf Oligopol-Marktbeherrscher setze nicht ein Handeln aller Oligopol-Mitglieder voraus. Es komme vielmehr darauf an, ob sich das Vorgehen des einzelnen Mitglieds ähnlich wie ein entsprechendes **Vorgehen aller Oligopol-Mitglieder** auswirke. Das kann im Einzelfall wahrscheinlich eher bei der Behinderung dargetan werden als bei der unterschiedlichen Behandlung.

- 4 Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot gilt für den Markt, auf dem die marktbeherrschende Stellung besteht, und den, auf dem sie sich darüber hinaus auswirkt (BGH WuW/E 1911 (1914) = NJW 1982, 1759 – Meierei-Zentrale, im Anschluss an BGHZ 33, 259 (263) = NJW 1961, 172 – Molkerei-Genossenschaft; → Rn. 40), und **für sonstige Drittmärkte**, in denen die beherrschende Stellung auf einem anderen Markt als Hebel verwendet wird (BGH WuW/E DE-R 1206 (1210) – Strom und Telefon I und II, anders noch BGH WuW/E 2483 (2490) – Sonderungsverfahren). Das hat Bedeutung insbes. für **Kopplungsfälle**. Eine unzulässige Kopplung liegt zB vor, wenn der marktbeherrschende Anbieter von Fernwärme einen Preisvorteil für die Fernwärme anbietet, wenn der Abnehmer zugleich auch Strom und Gas bezieht (BGH WuW/E DE-R 1206 (1210) – Strom und Telefon I und II; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2287 – Stadtwerke Düsseldorf). Vgl. zum Verhältnis beherrschter Sekundärmärkte zu nicht beherrschten Primärmärkten *Stefan Bechtold*, Die Kontrolle von Sekundärmärkten, 2007; *Stefan Bechtold* FS Rainer Bechtold, 2006, 31; → Rn. 11.

- 5 § 19 Abs. 1 verbietet allgemein „den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung“. Er enthält also eine **Generalklausel**. Die 10. GWB-Novelle 2021 hat die Tatbestandshandlung von der missbräuchlichen Ausnutzung auf „Missbrauch“ geändert. Aus der Formulierung „missbräuchliche Ausnutzung“ wurde teilweise gefolgert, dass eine strikte Kausalität zwischen der Marktbeherrschung einerseits und dem Missbrauch andererseits bestehen muss, also nur dann ein Missbrauch tatbestandsmäßig war, wenn sich die Möglichkeit des Missbrauchs gerade aus der marktbeherrschenden Stellung ergab. Nach der BRegEntw soll die Formulierung klarstellen, dass eine strikte Kausalität im Sinne einer Verhaltenskausalität zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch gerade nicht notwendig ist (BRegEntw 10. GWB-Novelle 2021, 72). Nach der BRegEntw soll auch der Konditionsmissbrauch nicht voraussetzen, dass das missbräuchliche Verhalten nur aufgrund der marktbeherrschenden Stellung ermöglicht wurde (BRegEntw 10. GWB-Novelle 2021, 73). Allein aus der durch die Marktbeherrschung eingeschränkten Möglichkeit der Marktgegenseite, sich dem Verhalten des Normadressaten zu entziehen, soll sich die „normative Kausalität“ aus dem Gesetzeszweck des Schutzes der Marktgegenseite einschließlich der Verbraucher vor Machtausübung und Übervorteilung sowie des Schutzes vor marktbedingter Fremdbestimmung durch Vertragspartner ergeben (BRegEntw 10. GWB-Novelle 2021, 73). Allerdings darf die **Änderung nicht so verstanden werden**, dass **§ 19 für jede Art von rechtswidrigem Verhalten durch marktmächtige Unternehmen anwendbar** ist. Nach der BRegEntw 10. GWB-Novelle 2021 (S. 72) können Verstöße gegen **Rechtsnormen, welche nicht den Inhalt von Marktbeziehungen zum Gegenstand haben oder auf sie einwirken, auch künftig keinen Verstoß gegen Abs. 1** begründen. Verstöße von marktbeherrschenden Unternehmen gegen Steuerrecht, Arbeitsrecht oder Umweltrecht fallen nicht unter § 19, da § 19 nur die Einwirkung auf Marktbeziehungen schützt. Dies liegt auch auf der Linie des BGH in der Facebook-Entscheidung: Zwar ist danach die Verhaltenskausalität eine