

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB

Kommentar

Bearbeitet von

Begründet von Prof. Dr. Rainer Bechtold, Rechtsanwalt, Fortgeführt von Dr. Wolfgang Bosch,
Rechtsanwalt

9. Auflage 2018. Buch. XX, 1172 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 71265 4

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Wettbewerbsrecht, Kartellrecht](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

	Rn.
8. Missbrauch durch Aufforderung oder Veranlassung zur Gewährung von Vorteilen (Abs. 2 Nr. 5)	84
a) Gesetzgebungs geschichte	84
b) Marktbeherrschung auf Nachfragermärkten	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

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 verbotes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen 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).

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

Das Gesetz enthielt in der **Erstfassung von 1958 keine Missbrauchs-General- klausel**, sondern erfasste nur Missbräuche beim Fordern oder Anbieten von Preisen, bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen und beim Abschluss von Kopplungs-

verträgen. 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 Beispieldokument um einen weiteren Fall ergänzt (Nr. 4). Tendenziell wird der Missbrauchsbezeichnung 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 Nacherfüllung des EU-rechtlichen Missbrauchsbezeichnungen schließt dann aber die Anwendung des § 19 nicht aus (vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 und § 22 Abs. 3, → § 22 Rn. 12ff.).

- 3 Der Missbrauch nach Abs. 1 (und Abs. 2) setzt voraus, dass der Normadressat den Markt alleine oder mit anderen beherrscht. Für die Marktabgrenzung und die Marktbewerrschung gilt § 18. Trotz der generellen Methode der Marktabgrenzung und der Feststellung der Marktbewerrschung 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 Messveranstaltern 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** marktbewerrschend 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. zu unterschiedlichen Behandlung → Rn. 48; Weck NJOZ 2009, 1177 (1178)). Marktbewerrscher sind auch Unternehmen, die nach § 18 Abs. 5 einem **marktbewerrschenden 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. 59ff.). 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 – Siegener Kurier; OLG Celle WuW/E 3564 (3566) – Kranken-transportdienste). 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-Marktbewerrscher setzt nicht ein Handeln aller Oligopol-Mitglieder voraus. Es kommt vielmehr darauf an, ob sich das Vorgehen des einzelnen Mitglieds ähnlich wie ein entsprechendes **Vorgehen aller Oligopol-Mitglieder** auswirkt. Das kann im Einzelfall wahrscheinlich eher bei der Behinderung dargestellt werden als bei der unterschiedlichen Behandlung.

- 4 Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot gilt für den Markt, auf dem die marktbewerrschende 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 Drittmarkte**, 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 Sekundärmarkte zu nicht beherrschten Primärmarkten *Stefan Bechtold*, Die Kontrolle von Sekundärmarkten, 2007; *Stefan Bechtold* FS Rainer Bechtold, 2006, 31; → Rn. 11.

§ 19 Abs. 1 verbietet allgemein „die **missbräuchliche Ausnutzung** einer marktbeherrschenden Stellung“. Er enthält also eine **Generalklausel**. Missbrauch enthält keine moralische Wertung. Er richtet sich gegen ein wettbewerbsschädliches Verhalten. Der Begriff des „Ausnutzens“ legt nahe, dass gerade die Marktbeherrschung Instrument des Handels ist, also eine **Kausalität** zwischen Marktbeherrschung und dem Verhalten besteht. Es reicht aus, wenn sich das Verhalten im Ergebnis als wettbewerbsschädlich erweist, wofür allerdings die Marktbeherrschung wiederum Voraussetzung ist. Insofern wird zwar keine Verhaltenskausalität, wohl aber eine **Ergebniskausalität** verlangt. Abs. 1 erfasst auch ein Verhalten eines Marktbeherrschers, das sich auf **Drittmarkten** auswirkt (dazu BGH WuW/E DE-R 1555 (1556) – Friedhofsrue; 1055 (1057) – Ruhrnet; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 880 (883) – Strom & Fon; KG WuW/E 3124 (3129) – Milchaustauschfuttermittel). Für die Generalklausel des Abs. 1 bleibt gegenüber den Anwendungsfällen des Abs. 2 nur ein geringerer Anwendungsspielraum, insbes. für Verhaltensweisen gegenüber **privaten Endverbrauchern**, die von den Nr. 1, 4 und 5 nicht erfasst werden (→ Rn. 35 und BGH WuW/E DE-R 3145 (3155f.) – Entega II) und den **Missbrauch durch Kopplungsangebote**, der aber meist ein Behinderungsmissbrauch nach Abs. 2 Nr. 1 sein wird (vgl. dazu BGH WuW/E 2406 – Inter-Mailand-Spiele; Missbrauch nach S. 1; OLG Düsseldorf WuW/E 1935 (1939) und BKartA WuW/E DE-V 1177 – Soda-Club; Abs. 4 Nr. 1). Abs. 2 enthält seit der 8. GWB-Novelle 2012/2013 alle Missbrauchskategorien, die bisher entwickelt worden sind (dazu auch *Wiedemann* in Wiedemann KartellR-Hdb § 23 Rn. 54), nämlich außer die Diskriminierung und den Behinderungsmissbrauch (Nr. 1), den Ausbeutungsmissbrauch (Nr. 2), den Strukturmissbrauch (Nr. 3), den im EU-Recht und in einzelnen Wirtschaftsbereichen entwickelten Missbrauch durch Zugangsverweigerung (Nr. 4) sowie den Missbrauch durch Aufforderung oder Veranlassung zur Gewährung von Vorteilen (Nr. 5). Aus den Einleitungen zu Abs. 2 wird deutlich, dass Missbräuche nicht nur von **Anbietern**, sondern auch von **Nachfragern** erfasst werden. In der Praxis standen bisher Maßnahmen gegen Missbräuche von marktbeherrschenden Anbietern ganz im Vordergrund. Die Möglichkeit, auch Missbräuche der Nachfrager kartellrechtlich zu erfassen, ist nach wie vor unsicher. Verwaltungspraxis und Rspr. haben dazu noch keine verlässlichen besonderen Maßstäbe entwickelt.

3. Behinderungsmissbrauch (Abs. 2 Nr. 1 Fall 1)

a) **Allgemeine Charakterisierung.** Die durch die 8. GWB-Novelle 2012/2013 neu formulierte Nr. 1 fasst zwei unterschiedliche Missbrauchsformen zusammen, nämlich einmal die unbillige Behinderung, zum anderen die sachlich nicht gerechtfertigte andersartige Behandlung (Diskriminierung). Die unbillige Behinderung **tritt an die Stelle zweier unterschiedlicher Regelungen in § 19 Abs. 4 Nr. 1 und § 20 Abs. 1 aF**. Nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 aF handelte ein Unternehmen missbräuchlich, wenn es „die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt“. § 20 Abs. 1 enthielt das Verbot für marktbeherrschende Unterneh-

men, „ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig (zu) behindern“. Beide Vorschriften wurden weitgehend identisch interpretiert. Das betraf sowohl die „Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen“ einerseits und die „Behindierung“ als auch die Merkmale „ohne sachlich gerechtfertigten Grund“ und „unbillig“. Das besondere Merkmal in § 20 des allgemein üblichen Geschäftsverkehrs wurde in der Praxis so weit interpretiert, dass ihm keine eingrenzende Funktion mehr zukam. Der Vergleich mit „gleichartigen“ Unternehmen spielt praktisch nur eine Rolle für den Diskriminierungssachverhalt; in dem neuen Diskriminierungsverbot des Abs. 2 Nr. 1 ist dementsprechend der Begriff des „gleichartigen“ Unternehmens beibehalten worden (→ Rn. 35ff.).

- 7 Anders als beim Ausbeutungsmissbrauch (Nr. 2) orientiert sich der Behinderungsmissbrauch nicht am Verhalten, das bei wirksamem Wettbewerb möglich wäre. Marktbeherrschenden Unternehmen werden durch das Verbot des Behinderungsmissbrauchs „**zusätzliche Rücksichtnahmepflichten**“ auferlegt, die sie sowohl gegenüber der Marktgegenseite wie gegenüber der Marktnebenseite verpflichten, wettbewerbsinkonformes, leistungsfremdes Marktverhalten zu unterlassen, um so einer weiteren Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen entgegenzuwirken“ (vgl. KG WuW/E 2402 = BB 1981, 1110 – Fertigfutter/Effem mAnn *Markert* BB 1981, 1113f.). Die Nr. 1 erfasst missbräuchliche Verhaltensweisen auch gegenüber Nicht-Wettbewerbern des Marktbeherrschers, insbes. seinen aktuellen oder potenziellen Abnehmern. Zur weiteren Konkretisierung kann auch die Rspr. des EuGH und des EuG zum Behinderungsmissbrauch nach Art. 102 AEUV herangezogen werden, zB zum Missbrauch durch längerfristige ausschließliche Bezugsverpflichtungen (→ § 1 Rn. 73f.; OLG Düsseldorf ZNER 2001, 255 (258) mAnn *Markert* = WuW/E DE-R 854 – Stadtwerke Aachen; *Bechtold/Bosch/Brinker* AEUV Art. 102 Rn. 41). Erfasst werden Behindерungen durch marktbeherrschende Anbieter und Nachfrager.

- 8 b) **Wettbewerblich nachteilige Maßnahme.** Die Behinderung war in der früheren Fassung des § 19 Abs. 4 Nr. 1 richtig definiert als „**Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen**“. Damit ist jede wettbewerblich nachteilige Maßnahme gemeint. Da jedenfalls im horizontalen Anbieter-Wettbewerb immer der Erfolg des einen auch der Misserfolg des anderen ist, ist jede wettbewerblich erfolgreiche Maßnahme für den betroffenen Wettbewerber eine nachteilige Maßnahme. Das macht deutlich, dass der missbräuchliche Charakter der Behinderung sich erst aus der Unbilligkeit ergibt. Entsprechend den Schweregewichten in der Anwendung der früheren Behinderungsverbote in § 19 Abs. 4 Nr. 1 und § 20 aF wird im Folgenden zwischen allgemein behindernden Maßnahmen, die die Wettbewerbsmöglichkeit aller oder einer Vielzahl von **Wettbewerbern** betreffen, und gegen bestimmte Wettbewerber der **Marktgegenseite** gerichtete Einzelmaßnahmen differenziert.

- 9 c) **Allgemeine Behinderung.** Die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen werden durch jede Steigerung der Marktmacht des Beherrschers beeinträchtigt (zur Erheblichkeit → Rn. 12). Für Behinderungen durch Anbieter sind auch an sich neutrale Mittel wie Preisunterbietungen (dazu OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 867 (869f.) – *Germania*) oder Umsatzboni und Treuerabatte geeignet. Ein marktbeherrschender Nachfrager behindert seinen Wettbewerber zB dadurch, dass er Zuschläge auf seine Zahlungen als Nachfrager leistet, um den Absatz anderer Produkte zu beeinträchtigen; dann liegt zugleich eine Behinderung der Wettbewerber auf dem Markt vor, auf dem der Nachfrager als Anbieter tätig ist (vgl. KG WuW/E 3124 – *Milchaustauschfuttermittel*). Auch Kopplungen können unbillige Behinderung sein (vgl. dazu BKartA WuW/E DE-V 1177 – *Soda-Club*; → Rn. 11). Das Gleiche kann für die Weigerung gelten, Dritten eine bestimmte Grundstücksnutzung zu gestatten (vgl. BGH RdE 2009, 378 (379f.) – *Neue Trift*); dann können auch die Vorausset-

zungen der Nr. 4 erfüllt sein (→ Rn. 69). Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung **längerfristiger ausschließlicher Bezugsverpflichtungen** kann zu einer Behinderung der Absatzmöglichkeiten der Wettbewerber des bindenden Lieferanten führen (KG WuW/E DE-R 1595 f. – Blumendistanzhandel). Langfristige ausschließliche oder mehr als 50% des Bedarfs deckende **Bezugsverpflichtungen bei Gas und Strom** verstößen idR wegen der Ausschlusswirkungen für alle anderen Anbieter gegen Abs. 2 Nr. 1 (→ § 1 Rn. 73f.; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1757 (1771f.) – E.ON-Ruhrgas; *Markert* ZNER 2001, 260 (261) zu OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 854 – Stadtwerke Aachen; *Dreher* ZWeR 2003, 3). Gleiches gilt für langfristige Mietverträge eines Schilderprägeunternehmens mit einer Kraftfahrzeugzulassungsstelle, die andere Interessenten behindern (OLG Düsseldorf NJW 2009, 1087 (1088)). Behinderungsmissbrauch kann auch die Forderung eines Grundstücksvermieters sein, auf dem Grundstück bestimmte Waren und keine Konkurrenzwaren zu verkaufen (dazu OLG München NZKart 2013, 251 (252)).

Vor Einführung des Tatbestandes der Nr. 1 durch die 4. GWB-Novelle 1980 hatte das KG 1977 für den Behinderungsmissbrauch eine „schwerwiegende **Marktstruktur-Verschlechterung** durch **leistungsfremde Praktiken**“ gefordert (KG WuW/E 1767 (1773) – Kombinationstarif; 1983 (1985) – Rama-Mädchen). Diese Formel hatte sich als problematisch erwiesen, weil eine effektive Verschlechterung der Marktstruktur in den seltensten Fällen nachweisbar ist. Unter Umständen kann sie auch erst bewiesen werden, wenn die Verschlechterung schon vollendet ist, der Behinderungsmissbrauch also Erfolg hatte. Außerdem war kaum exakt zu bestimmen, wann eine Praxis „leistungsfremd“ war. Dieses Kriterium barg die Gefahr in sich, dass allgemeine wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte in die kartellrechtliche Beurteilung miteinbezogen würden. Das war systemfremd, weil es im Recht der Marktbeherrschung weniger auf das Vorgehen des Marktbeherrschers ankommen kann als vielmehr auf die Wirkung. Verhaltensweisen werden als leistungsfremd (wettbewerbskonform) qualifiziert, „wenn sie den eigentlichen Leistungswettbewerb – Förderung der Absatztätigkeit durch eigene tüchtige Leistung – verlassen, ohne dass sie etwa schon in den Bereich unlauterer Wettbewerbshandlungen iSd UWG einzuordnen sind“ (kritisch zum Kriterium der Leistungsfremdheit OLG Düsseldorf WuW/E 880 (883f.) – Strom & Fon). **Treue- und Jahresumsatzrabatte** sowie wirtschaftlich vergleichbare Bonussysteme werden als leistungsfremd gewertet, weil sie unabhängig von der tatsächlichen Bezugsmenge des Käufers allein deshalb gewährt werden, um den Abnehmer wirtschaftlich an sich zu binden und vom Bezug bei konkurrierenden Anbietern abzuhalten (KG WuW/E 2403 – Fertigfutter/Effem).

Ob sich diese Beeinträchtigung auf dem beherrschten Markt oder auf **Drittmarkten** auswirkt, ist gleichgültig (BGH WuW/E DE-R 1283 – Der Oberhammer; 1555 (1556) – Friedhofsrufe; KG WuW/E 3124 – Milchaustauschfuttermittel). Letzteres ist der Fall bei **Kopplungsgeschäften**, die sich über die Kopplung mit Produkten oder Dienstleistungen, die anderen als den beherrschten Märkten zuzurechnen sind, auf Drittmarkten auswirken (dazu BGH WuW/E DE-R 1206 und 1210 – Strom und Telefon I/II; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2287 – Stadtwerke Düsseldorf; OLG Hamburg WuW/E DE-R 2831 (2835f.) – CRS-Betreiber/Lufthansa). Voraussetzung soll allerdings sein, dass das behinderte Unternehmen auch auf dem beherrschten Markt tätig ist (so OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3788 (3791f.) – Schilderprägeunternehmen). Zu Drittmarktmissbräuchen gehört auch der Fall der missbräuchlichen **Quersubventionierung**. Eine solche kann vorliegen, wenn die auf dem einen – nicht beherrschten – (Dritt-)Markt anfallenden Kosten auf den anderen – beherrschten – Markt abgewälzt werden und dadurch Wettbewerber auf dem Drittmarkt durch Angebote ausgeschaltet werden, die nicht auf Effizienz, sondern derartigen Kostenverlagerungen beruhen (vgl. dazu OLG Frankfurt a. M. WuW/E DE-R 1589 (1590f.) – Fernsehzeitschrift; OLG Celle WuW/E DE-R 1592 – Einkauf aktuell). Etwas anderes kann gelten, wenn das Verhalten des Marktbeherrschers

sich nicht auf dem beherrschten Markt, sondern **ausschließlich** auf einem Drittmarkt auswirkt (vgl. dazu OLG Frankfurt a. M. WuW/E DE-R 1589 (1590) – Fernsehzeitschrift im Anschluss ua an BGH WuW/E BGH 2483 – Sonderungsverfahren). Das Verhältnis von beherrschten und nicht beherrschten Märkten spielt auch eine Rolle bei der Beurteilung der Strategie, Gewinnnachteile auf wettbewerblichen **Primärmärkten** durch hohe Preise auf beherrschten **Sekundärmärkten** auszugleichen. Die Betriebsmittel für ein Gerät oder System bilden grds. einen besonderen Markt; die Strategie, Wettbewerber vom Zutritt auf den Markt der Betriebsmittel (Sekundärmarkt) auszuschließen, kann missbräuchlich sein (BGH WuW/E DE-R 2268 – Soda-Club II; Vorinstanz OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1935; vgl. generell dazu *Stefan Bechtold*, Die Kontrolle von Sekundärmärkten, 2007; *Stefan Bechtold* FS Rainer Bechtold, 2006, 31ff.; *Kühnert/Xeniadis* WuW 2008, 1054ff.). Das LG Frankfurt a. M. (Urt. v. 18.8.2013 – 2-06 O 182/12 ua; bestätigt durch OLG Frankfurt a. M. NZKart 2015, 107 – Kabel Deutschland; zur Marktabgrenzung *Möschel* WuW 2014, 383; *Dreher/Glöckle* ZWeR 2014, 233) kam zu dem Ergebnis, dass keine marktbeherrschende Stellung des Vermieters von Kabelschächten gegenüber dem Unternehmen vorliegt, das vom Eigentümer der Kabelschachtanlage das Kabelnetz erworben und die Kabelschächte gemietet hat. Der Erwerber/Mieter hat im Ergebnis über seinen „Log in“ selbst entschieden. Wenn Primär- und Sekundärgut gleichzeitig erworben würden, soll die wettbewerbliche Bewertung des Primärmärkts auch für den Sekundärmarkt gelten. Das OLG Frankfurt a. M. nahm in der Berufung dagegen an, dass eine marktbeherrschende Stellung bezogen auf die Kabelschächte bestand, verneinte aber den Missbrauch, weil die Schachtnutzungskonditionen Teil der Vereinbarung des Unternehmensverkaufs gewesen sind (OLG Frankfurt a. M. NZKart 2015, 107 – Kabel Deutschland).

- 12** In der bis zur 8. GWB-Novelle 2012/2013 geltenden Fassung des § 19 Abs. 4 Nr. 1 war eine **quantitative Mindestschwelle** vorgesehen: Die Behinderung bzw. Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen sollte nur missbräuchlich sein, „wenn sie sich in einer für den Wettbewerb auf dem Markt **erheblichen Weise**“ auswirkt. Diese Erheblichkeitsschwelle gilt weiter, und zwar nicht nur aufgrund der Motive des Gesetzgebers, dass sachlich die Umstellungen in der 8. GWB-Novelle keine Änderungen mit sich bringen sollen, sondern auch aufgrund der Tatsache, dass ohne eine solche Erheblichkeitsschwelle die Grenzziehung zwischen der wettbewerbskonformen Behinderung und dem, was darüber hinausgeht, nicht möglich wäre. Jede erfolgreiche Wettbewerbsmaßnahme ist eine Behinderung anderer Wettbewerber. Sie ist nur dann unzulässig, wenn sie für den Wettbewerb auf dem Markt erheblich und unbillig ist (→ Rn. 16ff.). Die allgemeine Behinderung muss also in einer erheblichen Weise „die allgemeinen Wettbewerbsmöglichkeiten“ negativ beeinflussen (dazu BGH WuW/E DE-R 1210 (1211) – Strom und Telefon II). Jedenfalls ist erforderlich, dass sich die Behinderung **tatsächlich auswirkt**; die bloße Eignung zur Beeinträchtigung der Wettbewerbsverhältnisse oder der erfolglose Versuch reichen nicht aus (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2806 (2809) – Trassennutzungsänderung; vgl. auch Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Loewenheim* § 20 Rn. 67).
- 13** **d) „Gezielte“ Behinderung.** Der Behinderungstatbestand erfasst nicht nur Verhaltensweisen, die allgemein den Wettbewerb und die Wettbewerbsmöglichkeiten beeinträchtigen („allgemeine Behinderung“), sondern auch solche, die sich konkret gegen **bestimmte** Unternehmen richten. Früher war diese Form der Behinderung für die „unbillige Behinderung“ in § 20 Abs. 1 aF kennzeichnend. Sie hat ein Schwergewicht in der zivilrechtlichen Auseinandersetzung, in der der Behinderte als „Betroffener“ iSv § 33 Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche geltend macht.
- 14** Unter diesem Aspekt bezieht sich die „unbillige“ Behinderung einerseits auf das **Verhältnis zu Wettbewerbern** des (angeblich) Behindernden; der Behinderungs-

tatbestand kann aber andererseits **auch auf vor- oder nachgelagerte Unternehmen anwendbar** sein (zur Behinderung von Anbietern durch marktbeherrschende Nachfrager BGH WuW/E 2399 (2404) – Krankentransporte; zur Kündigung eines Vertikalvertrages als Behinderung OLG Celle WuW/E DE-R 824 (825) – Schülertransport). Behinderung konkret betroffener Unternehmen ist eine für das Wettbewerbsverhalten der betroffenen Unternehmen **objektiv nachteilige Maßnahme** (BGH WuW/E 863 (870) – Rinderbesamung II; BGHZ 81, 322 (327) – Original-VW-Ersatzteile II; BGHZ 116, 47 (57) – Amtsanzeigen; BGH BB 1998, 2334 = WuW/E DE-R 201 (203) – Schilderpräger im Landratsamt; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 589 (592) – Freie Tankstellen; 829 (832) – Freie Tankstellen). Die bloße Eignung zur Behinderung reicht bei der gezielten Behinderung nicht aus; die Beeinträchtigung muss tatsächlich eintreten (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2806 (2809) – Trassennutzungsänderung). Die Behinderung **muss nicht „wettbewerbsfremd“** sein (OLG München WuW/E DE-R 790 (794) – Bad Tölz); die „Wettbewerbsfremdheit“ ist erst ein Merkmal der „Unbilligkeit“, die mit dem Behinderungsbegriff eng verbunden ist.

Eine **langfristige Bezugsbindung** kann eine unbillige Behinderung von Wettbewerbern des Bindenden sein (vgl. dazu BGH WuW/E DE-R 2514 (2516) – Bau und Hobby; Vorinstanz OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2235 (2239f.) – Baumarkt). Die Behinderung kann auch auf einem Drittmarkt, der nicht beherrscht wird, stattfinden, soweit dazu der „Hebel“ der beherrschenden Stellung auf einem anderen Markt genutzt wird (→Rn. 11). Das schließt aber nicht aus, dass in die Anspruchs begründung auch Gesichtspunkte einbezogen werden, die **andere Märkte** betreffen: So können sich Behinderungen in einem außerhalb des beherrschten Markts liegenden Bereich auch auf den beherrschten Markt auswirken (vgl. BGHZ 33, 259 (263) = NJW 1961, 172 – Molkerei-Genossenschaft). Nr. 1 ist auch anwendbar, wenn die beherrschende Marktstellung dazu eingesetzt wird, die Marktgegenseite auch zur Abnahme von Waren auf einem anderen, nicht beherrschten Markt zu veranlassen (vgl. BGHZ 83, 238 (243f.)). Das Verlangen eines überhöhten Entgelts (dazu OLG München WuW/E DE-R 790 (793f.) – Bad Tölz; OLG Naumburg WuW/E DE-R 805) kann „Behinderung“ sein. Ob das auch für die **Zahlung einer unzureichenden Vergütung** gilt, ist unklar; die Rspr. hat das allerdringlichste Fall der Stromeinspeisungsvergütung angenommen (vgl. insbes. BGH WuW/E 2805 (2807) – Stromeinspeisung) und dann so differenziert, dass zwar die Verweigerung einer Vergütung nach dem Maßstab der „verniedigten Kosten“ Behinderung sei, nicht aber auch der höheren Vergütung nach dem Stromeinspeisungsgesetz (dazu OLG Stuttgart WuW/E 5725 (5731) – Vergütungsverweigerung zur Rechtskontrolle).

e) „**Unbilligkeit**“ der Behinderung. Die Behinderung allein ist noch nicht Missbrauch. Erforderlich ist zusätzlich ein **qualitatives Unwerturteil** aufgrund einer **Interessenabwägung** unter Berücksichtigung der Interessen des Marktbeherrschers und derjenigen, die durch seine Maßnahme beeinträchtigt werden (dazu BGH WuW/E DE-R 3549 (3554) – Werbeanzeigen; 1983 Rn. 11 – Autoruf-Genossenschaft II; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 867 (870) – Germania; OLG München NZKart 2013, 251 (252) – Brunnenhof). Dabei ist stets auch auf die **Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des Gesetzes** zu berücksichtigen (stRspr., vgl. BGHZ 38, 90 (102) – Treuhandbüro; BGH WuW/E 2479 (2482) – Reparaturbetrieb; 2683 (2686) – Zuckerrübenanlieferungsrecht; 3058 (3063) – Pay-TV-Durchleitung; zur Abwägung vgl. auch OLG München WuW/E DE-R 313 (316) – Hörfunkwerbung; BKartA WuW/E DE-V 289 (293) – Freie Tankstellen). Das hat besonderes Gewicht für das Ziel der Offenhaltung der Märkte und der Sicherung der Voraussetzungen für Leistungswettbewerb (dazu KG WuW/E DE-R 35 (40) – Großbildfilmprojektoren). Eine mit der Zielsetzung des GWB unvereinbare Interessenverfolgung ist nicht berücksichtigungsfähig (BGH WuW/E 1629 (1632) – Modellbau-

artikel II; 3104 (3107) – Zuckerrübenanlieferungsrecht II; OLG München WuW/E DE-R 313 (316) – Hörfunkwerbung). Das ist zB bei **arbeitsmarktpolitischen Ziele** der Fall, die unter dem Schlagwort der „Wahrung eines geordneten Wettbewerbs“ zusammengefasst werden (dazu KG NJWE-WettbR 1998, 284 (286) – Tarifreuerklärung). Die Abwägung kann sich auch an der Unlauterkeit des § 4 Nr. 4 UWG orientieren (s. OLG München NZKart 2017, 382 (384)).

- 17 Dennoch kann die Interessenabwägung auch durch **gesetzliche Wertungen in anderen Bereichen** beeinflusst werden, so zB durch verfassungsrechtliche Erwägungen (dazu BGH WuW/E DE-R 3446 (3452) – Grossisten-Kündigung), durch die EU-kartellrechtliche Beurteilung (dazu BGH WuW/E 2875 (2880f.) – Herstellerleasing; 3104 (3107) – Zuckerrübenanlieferungsrecht II; WuW/E DE-R 206 (208) = BB 1998, 2332 (2333) – Depotkosmetik; WuW/E DE-R 2514 (2516) = GRUR 2009, 424 – Bau und Hobby), durch die Wertungen des Energiewirtschaftsrechts (vgl. dazu OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1307 (1311) – GETECnet), einschließlich des energiepolitischen Interesses an der Stromeinspeisung (dazu BGH WuW/E 2805 (2809) – Stromeinspeisung) oder der Energie-Durchleitung (OLG München WuW/E DE-R 790 (794f.) – Bad Tölz; solange es galt, auch das frühere System der geschlossenen Energieversorgungsgebiete, vgl. BGH WuW/E 2953 (2963) – Gasdurchleitung), oder durch Wertungen im Ladenschlussgesetz (so zur Bevorzugung des Bahnhofsbuchhandels aufgrund seiner Privilegierung im Ladenschlussgesetz BGH WuW/E DE-R 133 (136) = WRP 1998, 783 – Bahnhofsbuchhandel). Die fehlende EU-rechtlich begründete Reproziät rechtfertigt aber keine Durchleitungsverweigerung bei Gas (so OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 847 (852f.) – Linzer Gaslieferant). Bei der Bewertung einer Behinderung ist auch zu berücksichtigen, ob und in welchem Umfang der betreffende Markt durch gesetzliche Regelungen **reguliert** ist. Wenn das marktbeherrschende Unternehmen sich gegenüber dem potenziell behinderten Unternehmen auf durch die Regelung vorgegebene Bedingungen beruft, ist das nicht missbräuchlich (BGH WuW/E DE-R 2863 (2869) – GSM Gateway). Nach Ansicht des OLG Düsseldorf kann ein verweigerter Registereintrag eine Behinderung darstellen: Der Herausgeber eines Telefonverzeichnisses trug eingetragene Gewerbetreibende kostenlos in sein Verzeichnis ein, nicht eingetragene Gewerbetreibende dagegen nur entgeltlich (NZKart 2016, 592 – Das Örtliche).
- 18 Im Allgemeinen ist **auf der Seite des behinderten Unternehmens** dessen Interesse an unbehinderter wettbewerblicher Betätigung und an Chancengleichheit im Wettbewerb zu berücksichtigen (OLG München WuW/E DE-R 313 (316) – Hörfunkwerbung; 2978 (2986) – VISA-Bargeldabhebung). Ob die **Interessen der Endverbraucher** gesondert berücksichtigungsfähig sind, ist unklar, wird von der Rspr. aber eher bejaht (dazu BGH WuW/E 2990 (2997f.) – Importarzneimittel; 2919 (2922) – Orthopädisches Schuhwerk; OLG Karlsruhe WuW/E 2615 (1619f.) – Schilderprägebetrieb). **Belange des Gemeinwohls** können berücksichtigungsfähig sein, wenn sie nicht mit Mitteln verfolgt werden, die mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes unvereinbar sind (BGH WuW/E DE-R 1951 (1952) – Bevorzugung einer Behindertenwerkstatt; 2163 (2164f.) – Freihändige Vermietung an Behindertenwerkstatt). Derartige Belange werden uU auch durch die Organisation und Veranstaltung von **Sportwettkämpfen** verfolgt (dazu OLG Düsseldorf NZKart 2013, 253 – Triathlon). Setzt ein Beteiligter zur Wahrung eines an sich schutzwürdigen Interesses ein rechtlich missbilligtes Mittel ein, so kann er darin nicht geschützt werden (BGH WuW/E 1783 (1785f.) – Neue Osnabrücker Zeitung).

- 19 Zwischen der „Unbilligkeit“ (der Behinderung) und dem Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grunds (der Diskriminierung) gibt es keinen Unterschied. Billig und sachlich gerechtfertigt können Maßnahmen sein, die das betreffende Unternehmen **auch bei Bestehen wesentlichen Wettbewerbs** (also ohne Marktbeherrschung) anwenden könnte. Deswegen ist zB die durch **niedrige Preisgestaltung**