

§ 4 Missbrauch von Marktmacht

Das Missbrauchsverbot bildet eine der „vier Säulen des Kartellrechts“ zur Kontrolle des wettbewerbsrelevanten Verhaltens von Unternehmen (neben dem Kartellverbot, der Zusammenschlusskontrolle und – mit Inkrafttreten der 11. GWB-Novelle 2023 – der Beseitigung von Wettbewerbsstörungen). Es richtet sich nicht gegen den (ersten¹) Aufbau oder das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung.² Weder das europäische noch das deutsche Kartellrecht kennen ein allgemeines Monopolisierungsverbot. Untersagt ist „nur“ das missbräuchliche Ausnutzen der marktbeherrschenden Stellung. Marktbeherrschende Unternehmen trifft demnach eine besondere Verantwortung für den (Rest-)Wettbewerb auf dem beherrschten Markt.

Abweichend von der Regelung des Kartellverbots lassen sich missbräuchliche Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens weder im Einzelfall noch durch eine GVO freistellen. Bereits die Gesetzes-systematik zeigt, dass die Freistellungsnormen der Art. 101 Abs. 3 AEUV, §§ 2 und 3 GWB auf die einzelnen Missbrauchstatbestände nicht anwendbar sind.

I. Die Missbrauchsaufsicht des europäischen Kartellrechts (Art. 102 AEUV)

Das Missbrauchsverbot des europäischen Kartellrechts findet sich in Art. 102 AEUV. Es dient dem Schutz der Handlungsfreiheit der Wettbewerber und Handelspartner des marktbeherrschenden Unternehmens und sichert damit zugleich das Verbraucherwohl. Art. 102 AEUV schützt zudem den Restwettbewerb auf dem beherrschten Markt als Institution (Protokoll Nr. 27).

| Prüfungsschema | |
|---|--|
| 1. Unternehmen | Art. 102 AEUV |
| 2. Abgrenzung des relevanten Marktes | |
| 3. Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung | |
| 4. auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben | |
| 5. Missbrauchsverhalten | |
| 6. Kausalität zwischen Marktmacht und Missbrauchsverhalten? | |
| 7. Zwischenstaatlichkeit | |
| 8. Rechtsfolgen | §§ 134, 139 BGB VO 1/2003 § 33, §§ 33a-h GWB |

¹ Die Beschränkung auf den „ersten“ Aufbau einer marktbeherrschenden Stellung ist erforderlich, da der weitere Ausbau und die Übertragung von Marktmacht auf dritte Märkte zur Errichtung einer weiteren marktbeherrschenden Stellung vom Tatbestand des Art. 102 AEUV erfasst werden können.

² Entsteht die marktbeherrschende Stellung durch sog. externes Wachstum (z. B. durch eine Fusion mehrerer Unternehmen), so wird der Entstehungsprozess von der präventiven Zusammenschlusskontrolle (FKVO, §§ 35 ff. GWB) erfasst. Zudem soll bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass die deutsche Missbrauchsvorschrift des § 20 Abs. 1-3 GWB auch Sachverhalte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle erfasst.



Dieses Prüfungsschema bildet lediglich eine Gedankenstütze und ist kein Dogma. Insbesondere die Punkte 6 und 7 sind nur dann ausführlicher anzusprechen, wenn der zu beurteilende Sachverhalt hierfür Anhaltspunkte bietet!

Droht eine Anwendung von Art. 102 AEUV an Punkt 7 zu scheitern, so ist es – entgegen der obigen Reihenfolge – zweckmäßig, diesen Punkt vorab zu prüfen.

1. Unternehmen als Normadressaten

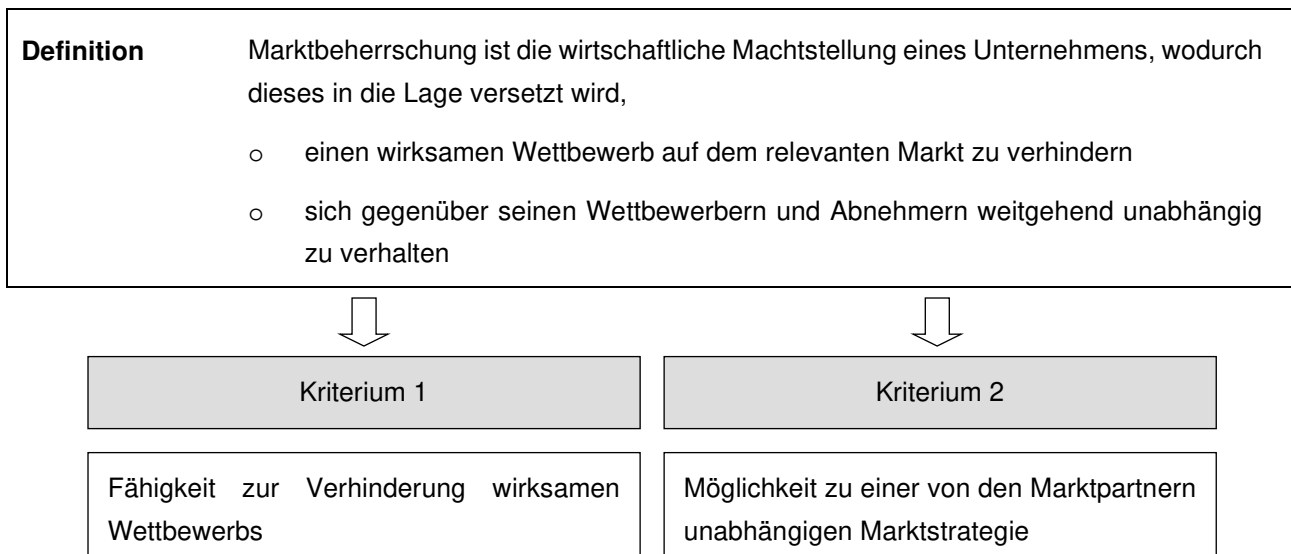
(Marktbeherrschende) Unternehmen sind die Adressaten des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots. Der Unternehmensbegriff des Art. 102 AEUV ist mit dem Unternehmensbegriff des Art. 101 AEUV identisch.³

2. Abgrenzung des relevanten Marktes

Das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV ist vom sog. Marktmachtkonzept geprägt. Wirtschaftliche Macht ist immer in Bezug auf einen bestimmten – den relevanten – Markt zu ermitteln. Daher muss dieser relevante Markt sachlich, zeitlich und räumlich abgegrenzt werden.⁴

3. Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung

Art. 102 AEUV setzt voraus, dass ein oder mehrere Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben haben. Dabei wird zwischen der Einzelmarktbeherrschung und der Oligopolmarktbeherrschung unterschieden.



Die marktbeherrschende Stellung ergibt sich im europäischen Kartellrecht aus einer Analyse der nicht oder nur unzureichend kontrollierten Verhaltensspielräume, die einem Unternehmen auf dem relevanten Markt zur

³ Siehe hierzu oben, S. 20 ff.

⁴ Siehe hierzu oben, S. 16 ff.

Verfügung stehen.⁵ Eine solche marktbezogene Unabhängigkeit liegt regelmäßig dann vor, wenn das betreffende Unternehmen ein sog. *unumgänglicher Handelspartner* ist.

a) Marktbeherrschungskriterien

Die Marktbeherrschungsanalyse setzt immer eine Gesamtbetrachtung voraus, die sich auf strukturelle und verhaltensbezogene Kriterien stützt. Ergänzend, d.h. zur Unterstützung des gefundenen Ergebnisses, können auch die erzielten Marktergebnisse herangezogen werden.

(1) Marktstruktur

Struktur des Marktes meint die im Markt bestehende Wettbewerbssituation, maßgeblich bestimmt von der Anzahl der (auch potenziellen) Wettbewerber, der Höhe und Konstanz ihrer Marktanteile und den Marktzutrittsschranken.

| Marktanteilsanalyse | | |
|----------------------|---|---|
| ○ Marktanteil > 50 % | ⇒ | Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung ⁶ |
| ○ Marktanteil > 40 % | ⇒ | Starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung ⁷ |
| ○ Marktanteil > 25 % | ⇒ | Marktbeherrschung nur bei Existenz zusätzlicher Indizien, z. B. bei starker Zersplitterung des Marktes und weitem (Marktanteils-) Vorsprung eines Unternehmens ⁸ |
| ○ Marktanteil < 25 % | ⇒ | Indiz gegen eine marktbeherrschende Stellung |

Absolute Marktanteile sind nur ein (!) Indikator bei der Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung. Andere Wettbewerbsparameter müssen immer (ergänzend und) kontrollierend herangezogen werden. Im Bereich der Marktanteilsbetrachtung sind dies z.B. die relativen Marktanteile, d. h. die Abstände zwischen den Marktanteilen der einzelnen Marktbeteiligten, und die Analyse des potenziellen Wettbewerbs, d.h. die Existenz von Marktzutrittsschranken.⁹

⁵ Ausführliche Stellungnahmen der Rechtspraxis zum Begriff der marktbeherrschenden Stellung und den Methoden, die zu ihrer Ermittlung angewandt werden können, finden sich in EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Slg. 1979, S. 461 ff. – *Hoffmann-LaRoche*, EuGH, Urt. v. 9.11.1983, Slg. 1983, S. 3461 ff. – *Michelin*.

⁶ So hat sich der EuGH, Urt. v. 03.07.1991, Slg. 1991, S. I-3359, Ls. 5, Rn. 60 – *Akzo* dahingehend geäußert, dass „besonders hohe Marktanteile [...] – von außergewöhnlichen Umständen abgesehen - ohne weiteres den Beweis für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung“ liefern und dass dies „bei einem Marktanteil von 50 % der Fall“ ist.

⁷ EuGH, Urt. v. 13.02.1979, Slg. 1979, S. 461 ff., Rn. 50 f. – *Hoffmann-LaRoche*, wobei der relevante Vitaminmarkt bereits oligopolistische Züge aufwies.

⁸ EuGH, Urt. v. 15.12.1994, Slg. 1994, I-5671, Rn. 48 – *Gottrup-Klim*.

⁹ Selbst ein Marktanteil von 100 % verschafft einem Unternehmen nicht zwingend eine marktbeherrschende Stellung, wenn am relevanten Markt keine Zutrittsschranken bestehen, potentielle Wettbewerber jederzeit eintreten können und somit für den (momentanen) Alleinanbieter keine unkontrollierten Verhaltensspielräume entstehen.

(2) Unternehmensstruktur

Die Unternehmensstrukturanalyse befasst sich mit der Frage, wie das möglicherweise marktbeherrschende Unternehmen seine Unabhängigkeit gegenüber den anderen Marktteilnehmern behauptet. Wesentlich sind hierbei die Mittel und Methoden eines Unternehmens für den Einkauf, die Produktion, die Verpackung, den Transport und den Verkauf seiner Produkte.

Für eine Unabhängigkeit vom Wettbewerb sprechen z.B.:

- ⇒ ein hoher vertikaler Integrationsgrad des Unternehmens, d.h. die Möglichkeit, bevorzugt an Rohstoffquellen und Absatzmärkte zu gelangen
- ⇒ ein technologischer Vorsprung vor den Konkurrenten
- ⇒ die Breite des Produktsortiments im Verhältnis zu anderen Wettbewerbern
- ⇒ die Wirtschafts- und Finanzkraft eines Unternehmens, gemessen an den verfügbaren Eigenmitteln und dem Zugang zum Finanzmarkt
- ⇒ Verflechtungen mit anderen Unternehmen, insbesondere die Zugehörigkeit zu einem Konzern und der damit verbundene Zugang zu den Konzernressourcen

(3) Marktverhalten und Marktergebnisse

Marktverhaltens- und Marktergebnistests fügen der Marktbeherrschungsanalyse ein dynamisches Element hinzu. Das Marktverhalten eines Unternehmens indiziert Marktmacht, wenn es Ausdruck eines gegenüber den Wettbewerbern oder Abnehmern unabhängigen Verhaltens ist, das geeignet ist, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs zu verhindern. So deutet z.B. die Fähigkeit eines Unternehmens, über einen langen Zeitraum den Marktpreis zu bestimmen oder zu kontrollieren, auf dessen Marktmacht hin. Vergleichbares gilt für einige Marktergebnisse, z.B. andauernde Gewinnsteigerungen trotz rückläufiger Konjunktur.



Marktverhalten und Marktergebnisse sind in vielen Fällen ambivalent! Es wird selten zulässig sein, allein vom Marktverhalten oder -ergebnis auf eine marktbeherrschende Stellung zu schließen. Ein Rückgriff auf die Regelbeispiele des Art. 102 AEUV zur Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung birgt zudem die Gefahr eines Zirkelschlusses in sich.

b) Räumliche Reichweite der marktbeherrschenden Stellung

Die marktbeherrschende Stellung muss sich gemäß Art. 102 AEUV mindestens auf einen wesentlichen Teil des Binnenmarktes (Art. 52 EUV) erstrecken. Hierbei kommt es nicht auf dessen räumliche Größe an, so dass auch der Teil eines Mitgliedstaats einen wesentlichen Teilmarkt im Sinne von Art. 102 AEUV bilden kann. Entscheidend ist die wirtschaftliche Bedeutung des relevanten Marktes für den Gesamtmarkt. Kriterien sind die Struktur des betreffenden Marktes sowie der Umfang von Produktion und Konsum.¹⁰

¹⁰ Siehe vertiefend hierzu: EuGH, Urt. v. 16.12.1975, Slg. 1975, 1663, Rn. 441/442 ff. – *Suiker Unie*.

c) Marktbeherrschende Stellung mehrerer Unternehmen

Mehrere Unternehmen können marktbeherrschend sein, wenn zwischen ihnen aus strukturellen Gründen (finanzieller, gesellschaftsrechtlicher, organisatorischer oder wirtschaftlicher Art) kein Wettbewerb mehr besteht und sie Dritten gegenüber als marktbeherrschende Einheit auftreten. Jedes Unternehmen, das dieser Einheit angehört, ist dann marktbeherrschend, wobei jedoch aus der gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung nicht automatisch auf einen gemeinsam begangenen Missbrauch geschlossen werden kann.

Anwendungsbeispiele:

- kollektive Marktbeherrschung durch Mitglieder eines Kartells, wenn sie – eng miteinander verbunden – auf dem Markt als Einheit auftreten
- kollektive Marktbeherrschung infolge der Reaktionsverbundenheit eines engen Oligopols, wenn
 - die einzelnen Unternehmen nach außen (objektiv) als Einheit auftreten
 - Markttransparenz, d. h. der Markt muss hinreichend durchschaubar sein, so dass jedes Oligopolmitglied das Marktverhalten der anderen Beteiligten rasch in Erfahrung bringen kann
 - Koordinierungsdisziplin, d. h. Existenz von Überwachungs- und Durchsetzungsmechanismen, durch die gewährleistet wird, dass sich ein Abweichen von der einheitlichen „Strategie“ nicht lohnt
 - wettbewerbliche Unabhängigkeit, d. h. keine Einflussnahmemöglichkeiten Dritter
- kollektive Marktbeherrschung durch Konzernunternehmen (str., a. A. Konzernunternehmen = ein Unternehmen i.S.v. Art. 102 AEUV)¹¹

d) Transfer von Marktmacht

Eine beherrschende Stellung auf einem Markt kann zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung auf einem zweiten Markt führen, wenn beide Märkte eng miteinander verbunden sind.¹²

4. Missbrauchstatbestände

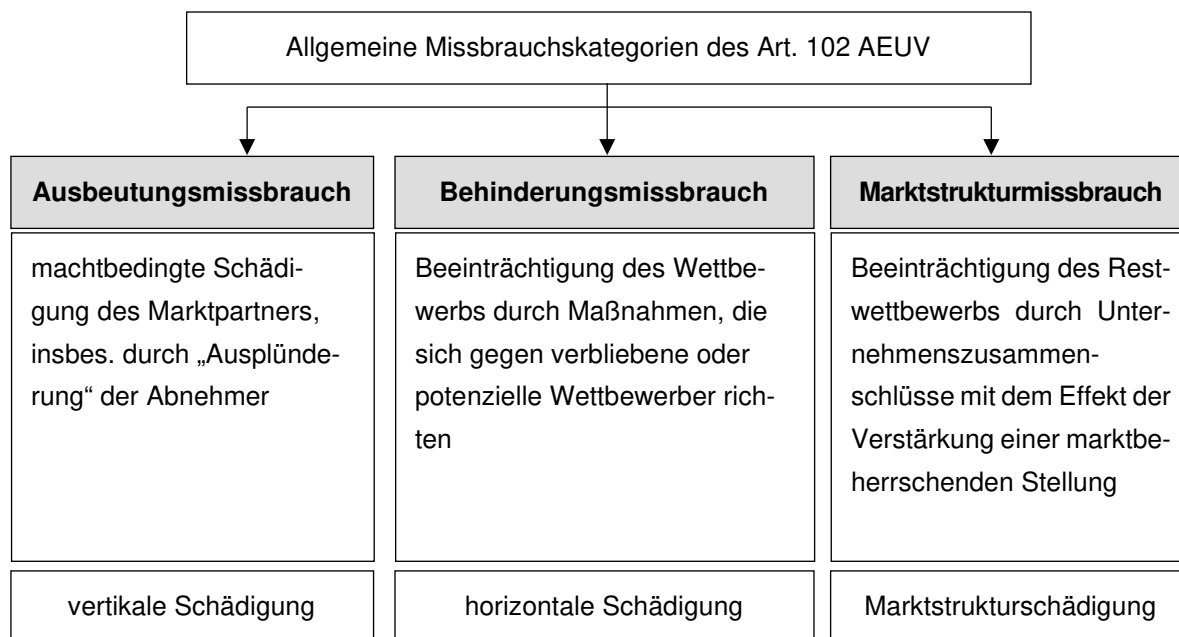
Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH erfasst der (objektive¹³) Missbrauchsbegriff „Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistung der Marktbürger abweichen.“¹⁴

¹¹ Siehe zum kartellrechtlichen Unternehmensbegriff oben, S. 20 ff.

¹² EuGH, Urt. v. 14.11.1996, Slg. 1996, S. I-5951, Rn. 29 – *Tetra Pak/Kommission*.

¹³ Eine Missbrauchsabsicht ist nicht erforderlich. Liegt sie dennoch vor, bildet sie ein starkes Indiz für die objektive Missbräuchlichkeit eines Verhaltens.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Slg. 1979, 461 ff., 539 ff. – *Hoffmann-LaRoche*.



Im Schrifttum ist umstritten, ob es eines echten Kausalzusammenhangs zwischen dem Missbrauchsverhalten und der marktbeherrschenden Stellung bedarf. Die h. M. verneint dies, so dass Art. 102 AEUV auch auf Fälle der sog. Marktdivergenz anwendbar ist.¹⁵ Tendenziell anders hat jedoch der EuGH in einem neueren Urteil entschieden, in dem er einen Zusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten forderte. Dieser Zusammenhang sei regelmäßig nicht gegeben, wenn sich das missbräuchliche Verhalten auf einem anderen als dem beherrschten Markt auswirke.¹⁶

a) Die Regelbeispiele des Art. 102 AEUV

(1) Ausbeutungsmisbrauch (Art. 102 S. 2 lit. a AEUV)

Das Regelbeispiel des Art. 102 S. 2 lit. a AEUV unterscheidet zwischen Preis- und Konditionenmissbrauch.

⇒ Preismisbrauch

- Erzwingen
 - weit auszulegen, so dass jeder Einsatz der besonderen Macht des beherrschenden Unternehmens genügt
- unangemessener Verkaufs- oder Einkaufspreise
 - Missverhältnis zwischen Preis und Wert der Leistung
 - Ermittlung durch das Vergleichsmarktkonzept (Vergleich mit Wettbewerbspreisen auf anderen räumlichen, zeitlichen oder sachlichen Märkten)
 - Ermittlung durch das Konzept der Gewinnspannenbegrenzung (Vergleich der Preise mit den Kosten unter Berücksichtigung einer angemessenen Gewinnspanne)

¹⁵ EuGH, 21.03.1973, Slg. 1973, S. 215, Rn. 27 – *Continental Can/Kommission*; EuGH, Urt. v. 13.02.1979, Slg. 1979, S. 461 ff., Rn. 91 und 120 – *Hoffmann-LaRoche*.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 14.11.1996, Slg. 1996, S. I-5951, Rn. 27 – *Tetra Pak/Kommission*.

- ⇒ Konditionenmissbrauch
 - Erzwingen (siehe oben)
 - unangemessener Geschäftsbedingungen
 - umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Vertragsziele, des Antidiskriminierungsgrundsatzes und des Verhältnismäßigkeitsprinzips

(2) Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden des Verbrauchers (Art. 102 S. 2 lit. b AEUV)

- ⇒ Einschränkung der Produktion oder des Absatzes
 - Einschränkung der eigenen Produktion / des eigenen Absatzes
 - missbräuchlich bei Verknappung trotz bestehender Nachfrage, z. B. um das Preisniveau hochzuhalten (grundlose Lieferverweigerung)
 - zulässig bei wirtschaftlich notwendigen Rationalisierungsmaßnahmen, z. B. zur Erzielung von Synergieeffekten
 - Einschränkung der Produktion / des Absatzes anderer Unternehmen
 - z. B. durch Ausschließlichkeitsvereinbarungen,¹⁷ Investitionsabsprachen, Spezialisierungsabkommen oder Wettbewerbsverbote mit wettbewerbswidriger Zielsetzung
- ⇒ Einschränkung der technischen Entwicklung
 - indem der Zugang zu einem erreichten Forschungs- und Entwicklungsstand oder dessen Nutzung und Weiterentwicklung ohne sachliche Rechtfertigung verhindert werden

(3) Anwendung unterschiedl. Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen (Art. 102 S. 2 lit. c AEUV)

Art. 102 S. 2 lit. c AEUV enthält ein Diskriminierungsverbot, von dem – im Gegensatz zu Art. 101 Abs. 1 lit. c AEUV – die einseitige Diskriminierung von Handelspartnern durch ein (oder mehrere) marktbeherrschende(s) Unternehmen erfasst wird. Schutzzweck der Norm ist es, Wettbewerbsverfälschungen auf vor- oder nachgelagerten Märkten zu verhindern, die ihren Ursprung in der Ungleichbehandlung von Abnehmern oder Lieferanten haben.

- ⇒ Anwendungsbeispiele:
 - Preisdiskriminierungen
 - Treuerabatte

¹⁷ Die Rabattpolitik eines marktbeherrschenden Unternehmens kann wettbewerbliche Wirkungen haben, die denen einer Ausschließlichkeitsvereinbarung ähneln. Die Rechtspraxis differenziert dabei v.a. zwischen: (1.) *Treuerabatten*, die unabhängig vom jeweiligen Umfang der abgenommenen Liefermengen einen Rabatt gewähren, wenn der Abnehmer den gesamten oder einen wesentlichen Teil seines Bedarfs beim Lieferanten deckt. Treuerabatte verstoßen gegen Art. 102 AEUV, da sie dem Abnehmer einen Vorteil ohne adäquate Gegenleistung gewähren, diesem damit den Wechsel zu einer anderen Bezugsquelle (wirtschaftlich) unmöglich machen, was zur Errichtung von Marktzutrittschranken führt. (2.) *Mengenrabatten*, die ausschließlich an den Umfang der abgenommenen Menge anknüpfen und lediglich die mengenbedingten Kostenersparnisse (Effizienzgewinne) an den Abnehmer weiterreichen.



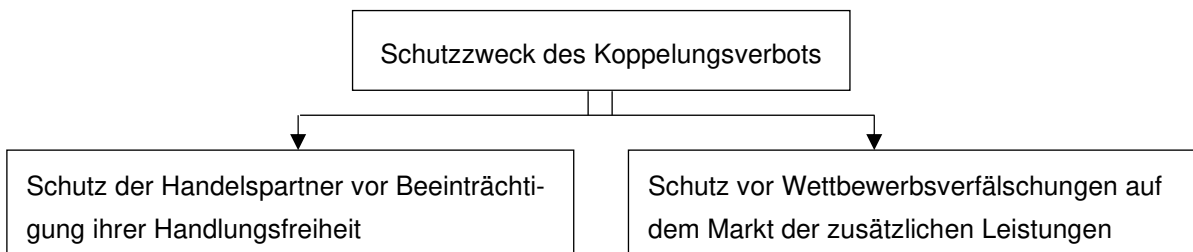
Vom Wortlaut des Art. 102 S. 2 lit. c AEUV wird die Diskriminierung durch Anwendung gleicher Bedingungen bei ungleichen Leistungen nicht erfasst (str.) Gleiches gilt für die mittelbare Diskriminierung, d.h. für die Veranlassung des Handelspartners zur Ungleichbehandlung von Konkurrenten des Marktbeherrschers. Beide Verhaltensweisen fallen jedoch unter die Generalklausel.

Art. 102 S. 2 lit. c AEUV erfasst ausschließlich Diskriminierungen auf dem beherrschten relevanten Markt (str.) Deshalb kann der Marktbeherrscher auf unterschiedlichen räumlichen Märkten für gleichwertige Leistungen unterschiedliche Preise fordern, wenn er nur einen dieser Märkte beherrscht.

Art. 102 S. 2 lit. c AEUV erfordert, dass die unterschiedlich behandelten Handelspartner im Wettbewerb zueinanderstehen. Nur in diesem Fall können sie „im Wettbewerb benachteiligt werden.“

Ungleichbehandlungen sind erlaubt, wenn sie sich sachlich rechtfertigen lassen.

(4) Koppelungsgeschäfte (Art. 102 S. 2 lit. d AEUV)



⇒ Voraussetzungen:

- Abschluss eines Vertrages über eine Hauptleistung (sog. Hauptgeschäft)
- Verpflichtung d. Handelspartners z. Abnahme einer Zusatzleistung (sog. Zusatzgeschäft)
 - Zusatzleistung = hinreichend abgrenzbare und eigenständig nachgefragte Leistung, die mit der Leistung des Hauptgeschäfts weder in einem sachlichen Zusammenhang steht noch durch einen Handelsbrauch verbunden ist



Art. 102 S. 2 lit. d AEUV gilt seinem Wortlaut nach nur für Koppelungsgeschäfte des Marktbeherrschers als Anbieter von Waren und Dienstleistungen, da „die Vertragspartner zusätzliche Leistungen abnehmen“ müssen.

(5) Abbruch und Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen (Art. 102 S. 1 AEUV)

Marktbeherrschende Unternehmen können gegen Art. 102 S. 1 AEUV verstoßen, wenn sie ohne sachliche Rechtfertigung die Geschäftsbeziehungen zu ihren aktuellen Handelspartnern abrechnen oder solche zu potentiellen Handelspartnern nicht aufnehmen.

- ⇒ Abbruch von Geschäftsbeziehungen:
 - missbräuchlich, wenn der Grund für die Lieferverweigerung oder Lieferkürzung mit den Zielen des Protokoll Nr. 27 nicht vereinbar ist (z.B. Lieferverweigerung als repressive Maßnahme oder zur Beeinflussung der Wiederverkaufspolitik des Abnehmers)
 - ggf. Pflicht zur Repartierung von knappen Ressourcen mit den Stammkunden
- ⇒ Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen:
 - missbräuchlich, wenn das marktbeherrschende Unternehmen aufgrund seiner besonderen Marktstellung kontrahierungspflichtig ist und seine Weigerung ohne sachlichen Grund erfolgte



Auch marktbeherrschende Unternehmen sind in der Ausgestaltung ihrer Absatz- oder Nachfragepolitik grundsätzlich frei. Es besteht grundsätzlich kein Kontrahierungszwang.¹⁸

(6) **Essential-facilities-Doktrin (Art. 102 S. 1 AEUV)**

Unter dem Stichwort der „essential-facilities-Doktrin“ wird die Frage diskutiert, ob und unter welchen Voraussetzungen die Inhaber von Infrastruktureinrichtungen, die über diese den Zugang zu vor- oder nachgelagerten Märkten beherrschen, anderen Unternehmen die Mitbenutzung ermöglichen müssen, selbst wenn ihnen hierdurch Konkurrenz auf dem vor- oder nachgelagerten Markt droht.

- ⇒ Voraussetzungen:
 - wesentliche Einrichtung, d.h. die Einrichtung muss für den Marktzugang des Interessenten unentbehrlich sein
 - Inhaber der Einrichtung ist (diesbezüglich!) marktbeherrschend
 - Einrichtung ist nicht duplizierbar, d.h. dem Interessenten ist es nicht möglich oder unzumutbar, sich eigene Einrichtungen zu verschaffen
 - Zugangsverweigerung ohne sachlich rechtfertigenden Grund
 - Eignung zum Ausschluss von Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt
 - Bestimmung einer angemessenen Gegenleistung unter Berücksichtigung der Investitionskosten und angemessener Gewinnmöglichkeiten des verpflichteten Unternehmens
- ⇒ Kritik an der *essential-facilities*-Doktrin:
 - Bestimmung einer angemessenen Gegenleistung unter Berücksichtigung der Investitionskosten und der Gewinnmöglichkeiten kaum möglich

¹⁸ In ihrem Diskussionspapier zu Art. 82 EG (Rn. 217) argumentiert die Kommission im Hinblick auf den Abbruch von Geschäftsbeziehungen restriktiver, indem sie eine Vermutung ausspricht, dass die Fortsetzung bestehender Lieferbeziehungen wettbewerbsfördernd und ein grundloser Abbruch derselben grundsätzlich missbräuchlich sei.

- Die *essential-facilities*-Doktrin kann zu gravierenden Eingriffen in das Eigentum und in gewerbliche Schutzrechte führen.
- Das Kartellrecht schützt „nur“ die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs – nicht den „Schmarotzer“.

(7) Kampfpreisunterbietungen (Art. 102 S. 1 AEUV)

Gezielte Kampfpreisunterbietungen (sog. *predatory pricing*) sind eine Form des missbräuchlichen Behinderungswettbewerbs mit dem Ziel der Verdrängung von verbleibenden Konkurrenten auf dem beherrschten Markt oder auf dritten Märkten.

⇒ Angebote unter den eigenen Gesamtkosten:

- nur missbräuchlich, wenn der Nachweis einer Verdrängungsabsicht gelingt

⇒ Angebote unter den eigenen variablen Kosten:

- d.h. (temporäre) Verluste in Höhe der gesamten Fixkosten und eines Teils der variablen Kosten
- sind grundsätzlich missbräuchlich, da kaufmännisch nur mit einer Verdrängungsabsicht erklärbar

Die kartellrechtliche Beurteilung von Kampfpreisstrategien findet in einem Spannungsfeld zwischen dem wettbewerblich erwünschten Preiswettbewerb und dem verbotenen Vernichtungswettbewerb unter Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung statt.

(8) Kosten-Preis-Scheren (Art. 102 S. 1 AEUV)

Kosten-Preis-Scheren liegen vor, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen die Spanne zwischen dem Preis für ein Vorprodukt und dem Preis des Endprodukts derart verringert, dass Wettbewerber auf der Stufe des Endprodukts nicht mehr kostendeckend am Markt anbieten können. Derartige Vertriebsstrategien können gegen Art. 102 AEUV verstoßen, wobei eine Einzelfallbeurteilung erforderlich ist.¹⁹

¹⁹ EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Slg. 2010 I-9555, Rn. 111 ff. – *Deutsche Telekom*.

II. Die Missbrauchsaufsicht im deutschen Kartellrecht (§§ 18 – 21 GWB)

Die Missbrauchsaufsicht ist im deutschen Kartellrecht über eine Vielzahl von – zum Teil unübersichtlichen – Regelungen in den §§ 18-21 GWB „verstreut“. Anders als das europäische Kartellrecht erfasst sie auch Missbrauchsfälle unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle.²⁰

1. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 GWB)

Prüfungsschema:

1. Unternehmen²¹
2. Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 18 GWB
 - Abgrenzung des relevanten Marktes
 - relevanter Markt kann größer als Deutschland sein (Abs. 2)
 - (P:) Unentgeltlichkeit der Leistungserbringung (Abs. 2a)
 - Einzelunternehmen im Monopol (Abs. 1 Nr. 1) oder
 - Einzelunternehmen im Quasimonopol (Abs. 1 Nr. 2) oder
 - Einzelunternehmen mit überragender Marktstellung (Abs. 1 Nr. 3) oder
 - mehrere Unternehmen im marktbeherrschenden Oligopol (Abs. 5)
 - Fehlen wesentlichen Binnenwettbewerbs (Nr. 1) und
 - Marktbeherrschung im Außenverhältnis (Nr. 2)
 - Kriterienkatalog für Marktbeherrschungsprüfung (Abs. 3)
 - Berücksichtigung von
 - Netzwerkeffekten u.a. bei mehrseitigen Märkten (Abs. 3a)
 - von Bedeutung der Vermittlungsdienstleistungen für Marktzugang (Abs. 3b)
3. Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung
 - Einzelmarktbeherrschungsvermutung (§ 18 Abs. 4)
 - Gruppenmarktbeherrschungsvermutung (§ 18 Abs. 6)
 - Widerlegung der Einzel- bzw. Gruppenmarktbeherrschungsvermutung (§ 18 Abs. 7)
4. Missbrauchsverhalten gem. § 19 Abs. 1 GWB
 - durch Erfüllen eines der Regelbeispiele des § 19 Abs. 2 GWB

²⁰ Hierin liegt kein Verstoß gegen höherrangiges europäisches (Kartell-)Recht, da Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 im Bereich der einseitigen Maßnahmen strengere mitgliedstaatliche Regelungen zulässt.

²¹ Der Unternehmensbegriff der Missbrauchskontrolle entspricht dem Unternehmensbegriff des § 1 GWB.

- Behinderungsmissbrauch (Nr. 1)
 - Ausbeutungsmissbrauch (Nr. 2)
 - Preis- und Konditionenspaltung (Nr. 3)
 - Essential-Facilities-Doktrin (Nr. 4)
 - Aufforderung zur Vorteilsgewährung ohne sachlichen Grund (Nr. 5)
 - o durch Erfüllen der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB
5. Normative Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Missbrauchsverhalten, str.?
6. Rechtsfolgen

a) Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 18 GWB

§ 18 GWB differenziert hinsichtlich der marktbeherrschenden Stellung eines einzelnen Unternehmens zwischen dem Vollmonopol (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB), dem Quasimonopol (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB) und der überragenden Marktstellung (§ 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB). Hinzu kommt das marktbeherrschende Oligopol mehrerer Unternehmen (§ 18 Abs. 5 GWB).

| Marktbeherrschungstatbestände |
|---|
| <p>1. Vollmonopol (Abs. 1 Nr. 1)</p> <ul style="list-style-type: none"> o Unternehmen, die als Anbieter/Nachfrager im relevanten Markt ohne Wettbewerber sind o rechtliche (z. B. staatliche Verwaltungsmonopole) oder natürliche (z. B. Unternehmen der Wasserversorgung) Vollmonopole <p>2. Quasimonopol (Abs. 1 Nr. 2)</p> <ul style="list-style-type: none"> o Unternehmen, das sein Marktverhalten weitgehend autonom bestimmt, ohne auf Wettbewerber, Lieferanten oder Abnehmer Rücksicht nehmen zu müssen o funktionale (an der Anreiz-, Auslese- und Entmachtungsfunktion des Wettbewerbs orientierte) Beurteilung anhand umfassender Analyse der absoluten und relativen Marktanteile, des potenziellen und des Substitutionswettbewerbs sowie der Macht der Marktgegenseite <p>3. Überragende Marktstellung (Abs. 1 Nr. 3)</p> <ul style="list-style-type: none"> o Unternehmen, das – im Vergleich mit seinen Wettbewerbern – über einen besonders großen, vom Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrollierten einseitigen Verhaltensspielraum bei der Entwicklung von Marktstrategien oder dem Einsatz einzelner Aktionsparameter verfügt o umfassende Würdigung der Marktverhältnisse (Gesamtbetrachtung) unter Berücksichtigung der in Abs. 3 genannten Marktstrukturkriterien (v. a. Marktanteil, Abstand zu Konkurrenten, Finanzkraft, Zugang zu Absatz- und Beschaffungsmärkten) |

4. Oligopolmarktbeherrschung (Abs. 5)

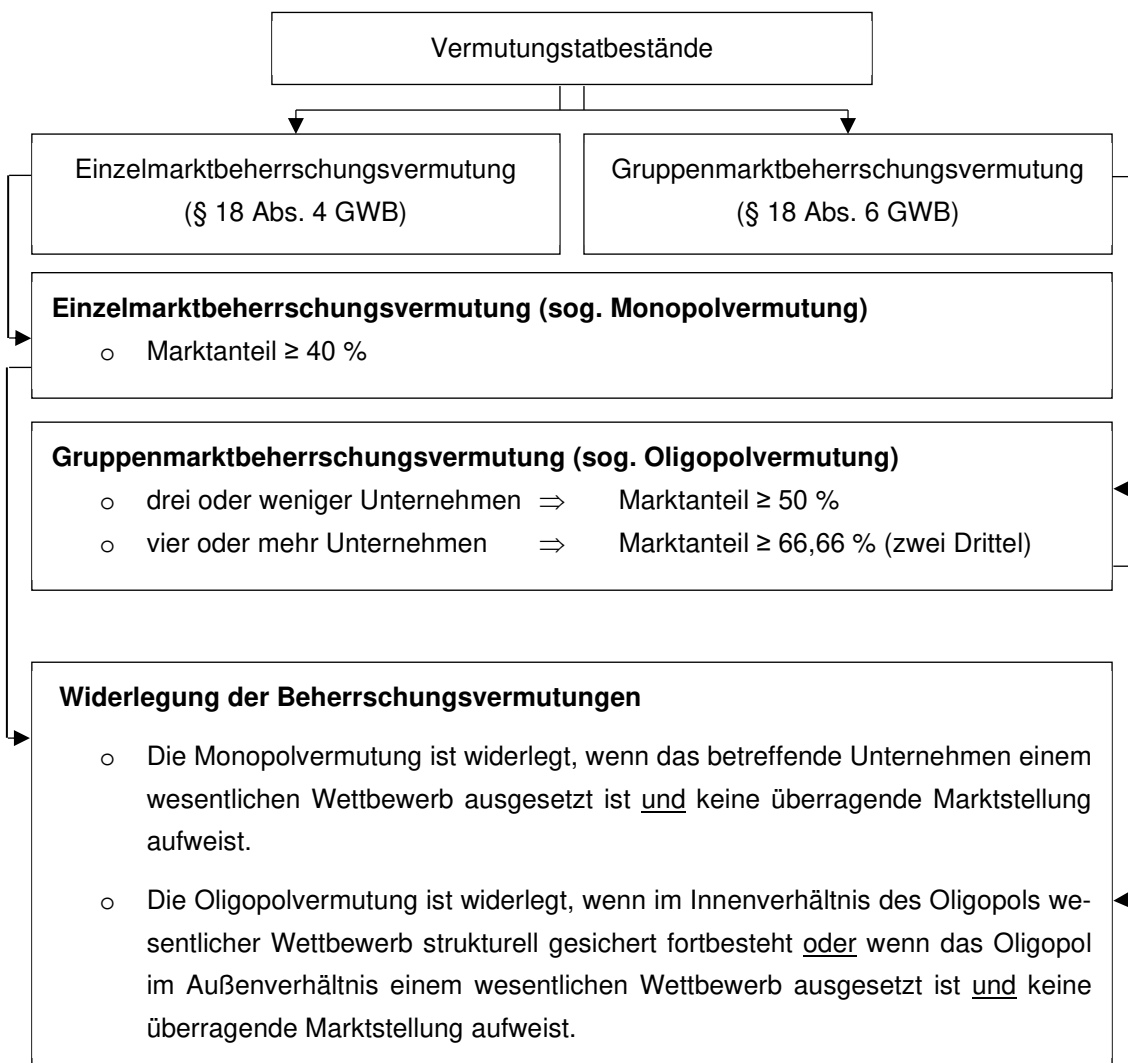
- Fehlen von Binnenwettbewerb (1. Voraussetzung)
 - Gruppenbewusstsein, d. h. Bewusstsein der Oligopolunternehmen von gleichgerichteten Interessen und wechselseitiger Abhängigkeit
- Fehlen wesentlichen (Außen-)Wettbewerbs oder überragende Marktstellung des „Gesamtunternehmens“ (2. Voraussetzung)



Jedes Unternehmen, das dem marktbeherrschenden Oligopol angehört, ist auch allein marktbeherrschend im Sinne von § 18 Abs. 1 GWB.

b) Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 18 Abs. 4, 6 GWB

Der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung wird durch die zwei Marktbeherrschungsvermutungen des § 18 Abs. 4 und Abs. 6 GWB erleichtert, jedoch nicht ersetzt.



Die Marktbeherrschungsvermutungen des § 18 Abs. 4, 6 GWB knüpfen ausschließlich an den Marktanteil der betreffenden Unternehmen an, obwohl der Marktanteil nur ein Kriterium darstellt, das für die Beurteilung der Marktbeherrschung i.S.v. § 18 Abs. 1 GWB maßgeblich ist. Dementsprechend enthalten die Vermutungstatbestände „nur“ eine materielle Beweislastregel. Die Kartellbehörde hat grundsätzlich alle für und gegen die Marktbeherrschung sprechenden Faktoren im Rahmen einer umfassenden Bewertung zu würdigen. Nur wenn diese Würdigung kein eindeutiges Ergebnis zeigt, kann sie auf die Vermutungstatbestände zurückgreifen.

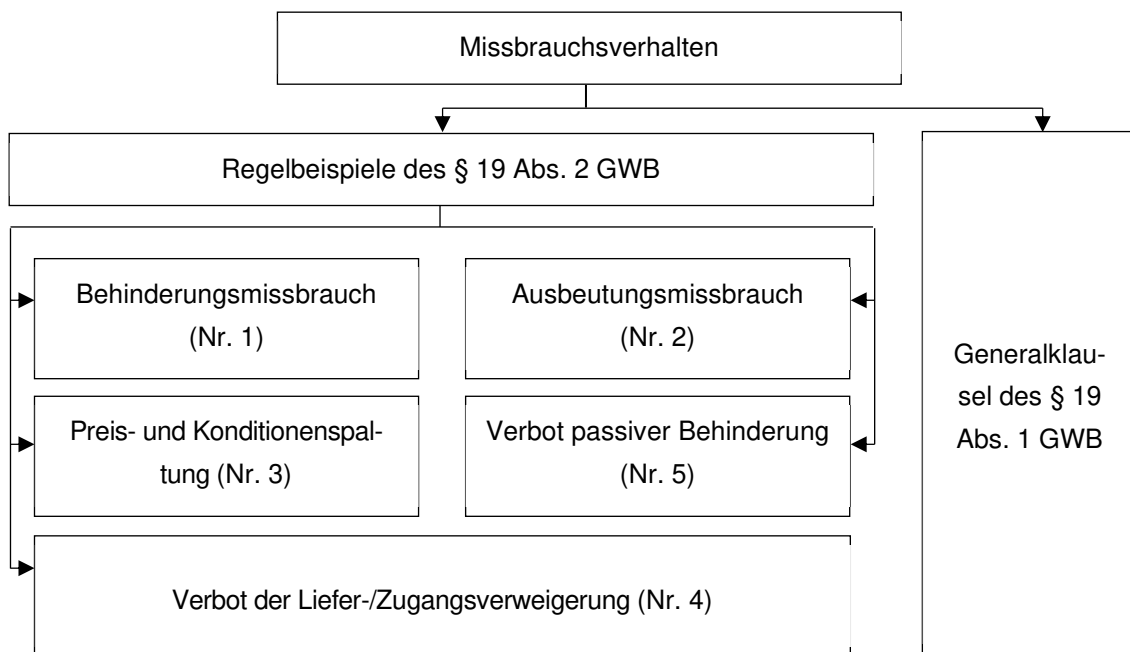


Im Bußgeldverfahren gilt die Unschuldsvermutung (*in dubio pro reo*). § 18 Abs. 4, 6 GWB findet in dieser Verfahrensart keine Anwendung.

Im Zivilverfahren sind die Auswirkungen von § 18 Abs. 4, 6 GWB umstritten. Sie reichen von einem bloßen Anscheinsbeweis²² bis hin zur Umkehr der formellen Beweislast.²³

c) Missbrauchsverhalten

§ 19 Abs. 1 GWB untersagt das missbräuchliche Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung sowohl auf Anbieter- als auch auf Nachfragerseite. § 19 Abs. 2 GWB enthält einen Katalog von Regelbeispielen, die das Missbrauchsverbot (nicht abschließend) legal definieren. Beide Absätze bilden einen einheitlichen Verbotstatbestand.



(1) Behinderungsmisbrauch (Nr. 1)

Ein Behinderungsmisbrauch liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem beherrschten oder dritten Märkten in einer für den Wettbewerb erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt.

²² So für die Einzelmarktbeherrschungsvermutung im Zivilprozess, siehe GK-KartR/Leo, § 19 GWB Rn. 1350.

²³ So für die Gruppenbeherrschungsvermutung im Zivilprozess, siehe Thomas, WuW 2002, S. 470 ff. (481).

Durch das Verbot des Behinderungsmissbrauchs will das GWB vor allem solche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen unterbinden, die geeignet sind, den beherrschten Markt durch Eingriffe in die Handlungsfreiheit Dritter endgültig zu verschließen (Marktabstottung) oder den beherrschenden Einfluss auf dritte Märkte auszudehnen (Transfer von Marktmacht).

Anwendungsfälle eines Behinderungsmissbrauchs können u. a. sein:

- ⇒ Behinderungsmissbrauch durch **Koppelungspraktiken**
 - Koppelung von Leistungen, die weder sachlich noch dem Handelsbrauch nach zusammengehören
 - Koppelung durch zwingende Verknüpfung zweier Leistungen (Zwangskoppelung) oder durch das Setzen von Preis- und sonstigen Anreizen bei Gesamtabnahmen
 - Gefahr des Marktmachttransfers auf dritte Märkte
- ⇒ Behinderungsmissbrauch durch **Ausschließlichkeitsbindungen**
 - Gefahr der Verfestigung einer marktbeherrschenden Stellung durch Marktabstottung infolge von Ausschließlichkeitsbindungen, Treuerabatten u. ä.
 - kartellrechtliche Bewertung anhand der Bezugsdeckungsquote und der Laufzeit
- ⇒ Behinderungsmissbrauch durch **Preisunterbietungen**²⁴
 - Kampfpreisunterbietungen mit Vernichtungs- oder Verdrängungsabsicht²⁵
 - z. B. systematischer Verkauf unter Einstandspreis
 - Gefahr der Verfestigung einer marktbeherrschenden Stellung durch Marktabstottung infolge von Ausschließlichkeitsbindungen, Treuerabatten u. ä.
 - kartellrechtliche Bewertung anhand der Bezugsdeckungsquote und der Laufzeit



Ein Behinderungsmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB liegt nur vor, wenn der Wettbewerb in einer „für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise“ beeinträchtigt wird.

§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB erfasst auch den Fall der sog. Drittmarktbehinderung, d.h. der Markt, auf dem sich der Missbrauch auswirkt, muss mit dem beherrschten Markt nicht identisch sein.

(2) Ausbeutungsmissbrauch (Nr. 2)

Ein Ausbeutungsmissbrauch liegt vor, wenn marktbeherrschende Unternehmen von der Marktgegenseite Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordern, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.

²⁴ Preisunterbietungen (insbes. Kampfpreisstrategien, *predatory pricing*) werden auch von § 20 Abs. 3 S. 2 GWB erfasst, so dass beide Normen nebeneinander anzuwenden sind.

²⁵ Beachte die Unterschiede zur EU-Rechtspraxis: Während der EuGH bei der Anwendung von Art. 102 AEUV auf Kampfpreisstrategien eine Beurteilung anhand ökonomischer Begriffe (*variable* und *Gesamtkosten*) vornimmt, beruht der Prüfungsansatz der deutschen Kartellbehörden und -gerichte auf einer umfassenden Abwägung der Gesamtumstände (*Verdrängungsabsicht* und *Möglichkeit des sog. loss recoupment*).

§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB bezweckt den Schutz der Marktgegenseite vor einer Ausbeutung durch marktbeherrschende Unternehmen. Er verhindert missbräuchliche Marktergebnisse allein wegen der mit ihnen verbundenen unmittelbaren negativen Wirkungen für die Marktgegenseite.

Anwendungsfälle für den Ausbeutungsmissbrauch können u. a. sein:

- Ausbeutung durch Preismissbrauch, d. h. das Fordern von überhöhten Entgelten
- Ausbeutung durch Konditionenmissbrauch

Vergleichsmarktkonzepte (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 Hs. 2 GWB)

- **räumliches Vergleichsmarktkonzept**, d.h. Vergleich mit dem Preis gleicher Waren oder Dienstleistungen auf einem anderen (aber vergleichbaren) räumlichen Markt
- **zeitliches Vergleichsmarktkonzept** (sog. Sockeltheorie), d. h. Vergleich mit dem Preis der gleichen Ware oder Dienstleistung auf demselben räumlichen Markt zu einem früheren Zeitpunkt
- Als Alternative (z. T. auch ergänzend) zu den Vergleichsmarktkonzepten wendet das Bundeskartellamt vereinzelt das vom EuGH entwickelte **Konzept der Gewinnspannenbegrenzung** an. Hierbei werden die Gewinne des marktbeherrschenden Unternehmens mit den tatsächlichen Kosten des Produkts verglichen.

(3) Preis- und Konditionenspaltung (Nr. 3)

Eine Preis- oder Konditionenspaltung (auch als Strukturmissbrauch bezeichnet) liegt vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen ungünstigere Entgelte oder Geschäftsbedingungen fordert, als es selbst auf vergleichbaren Märkten von vergleichbaren Abnehmern verlangt.

(4) *Essential-Facilities*-Doktrin (Nr. 4)

Nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB ist es missbräuchlich, wenn sich ein marktbeherrschendes Unternehmen ohne rechtfertigenden Grund weigert, ein anderes Unternehmen gegen angemessenes Entgelt mit einer Ware oder Dienstleistung zu beliefern, insbesondere ihm einen Zugang zu Daten, zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, soweit dies für das andere Unternehmen objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein (sog. *essential facility*), und die Weigerung des marktbeherrschenden Unternehmens den Wettbewerb auf diesem vor- oder nachgelagerten Markt auszuschalten droht.

Voraussetzungen:

- Zugangspetent = anderes Unternehmen mit eigenständiger Tätigkeit auf dem vor- oder nachgelagerten Markt
- Wettbewerbsverhältnis auf dem Anschlussmarkt nicht mehr erforderlich, str.?
- Zugangsobjekt, d.h. Ware oder gewerbliche Leistung, insbes. Zugang zu Daten, Immaterialgüterrechten, Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen
- Zugangsverweigerung

- objektive Notwendigkeit der Mitbenutzung, insbes. der Zugangsgewährung, um auf vor- oder nachgelagertem Markt tätig zu sein (Prüfung von Duplizierbarkeit und Substituierbarkeit)
- Angemessenheit von Entgelt und sonstigen Zugangsbedingungen
- Gefahr der Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem vor- oder nachgelagerten Markt
- Lieferverweigerung ohne sachlich rechtfertigenden Grund (Ausschlussklausel des Hs. 2!)

(5) Verbot der passiven Behinderung (Nr. 5)

Das Verbot der passiven Behinderung (auch „Anzapfverbot“ genannt) enthält einen verselbstständigten Anstiftungstatbestand. Er soll vor (horizontalen und vertikalen, str.) Wettbewerbsverfälschungen durch Ausübung von Nachfragemacht schützen. Im Rahmen der 9. GWB-Novelle 2017 ist das Verbot der passiven Behinderung – jedenfalls auf dem Papier – nochmals verschärft worden.

Prüfungsschema:

1. Vorteil
 - Besserstellung des Normadressaten gegenüber dem *status quo ante* durch Gewährung von Vergünstigungen (im Vertikalverhältnis)
2. Auffordern
 - Auffordern = bloßes Verlangen des Normadressaten nach Vorteilsgewährung reicht bereits
3. andere Unternehmen
 - Lieferanten des marktbeherrschenden Nachfragers
4. fehlende sachliche Rechtfertigung
 - umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der wettbewerbl. Zielsetzung des GWB
 - Ausgangspunkt: Suche nach Vorteilen auf der Beschaffungsseite = wesentlicher Bestandteil des Wettbewerbsprozesses (z. B. Auspielen von *Economies of Scale*)
 - Vergleich mit Ergebnis bei (hypothetischem) Als-Ob-Wettbewerb
 - Kriterien des Nr. 5 S. 2:
 - ob die Aufforderung für das andere Unternehmen nachvollziehbar begründet ist
 - ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht
 - Fallgruppen:
 - Forderung ohne Gegenleistung/ohne warenwirtschaftliche Begründung
 - Bruch laufender Verträge, Forderung von „Hochzeitsboni“
 - Übertragung von Abnehmeraufgaben/-risiken auf den Lieferanten
5. Rechtsfolgen



Das „Anzapfen“ ist auch lauterkeitsrechtlich relevant. Prüfungsmaßstab ist § 4 Nr. 1 und Nr. 10 UWG. Dabei sind die kartellrechtlichen Wertungen zu berücksichtigen.

2. Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb (§ 19a GWB)

§ 19a GWB erweitert den Normadressatenkreis der Missbrauchsvorschriften des GWB auf Unternehmen, denen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Die Norm ist im Rahmen der 10. GWB-Novelle 2022 neu ins Gesetz eingefügt worden. Sie zielt auf die „Gatekeeper digitaler Ökosysteme“ und soll eine Missbrauchsaufsicht gerade im Hinblick auf von diesen noch nicht beherrschte Märkte ermöglichen. Durch § 19a GWB soll insbesondere das Marktverhalten der großen Digitalplattformen (GAFA) einer umfassenden besonderen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht zugänglich zu machen. Im Gegensatz zu § 19 GWB sind die in § 19a GWB normierten Verhaltensweisen nicht *per se*, sondern erst dann verboten, wenn das Bundeskartellamt durch Verfügung die überragende marktübergreifende Bedeutung eines Unternehmens festgestellt und ein konkretes Marktverhalten untersagt hat.

a) Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung (Abs. 1)

Bei der überragenden marktübergreifenden Bedeutung handelt es sich – neben der Marktbeherrschung (§ 18 GWB) und der relativen Marktmacht (§ 21 Abs. 1-3 GWB) – um eine dritte Form von Marktmacht. Die Normadressatenstellung des § 19a Abs. 1 GWB besteht nicht *ex lege*, sondern bedarf einer kartellbehördlichen Feststellung.

Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung (UmüB)

1. Tätigkeit auf (mehreren) Märkten i.S.d. § 18 Abs. 3a GWB in erheblichem Umfang

- intendierte Beschränkung des Normadressatenkreises auf Unternehmen der Digitalwirtschaft
- erheblich = Tätigkeitsschwerpunkt im Bereich digitaler Geschäftsmodelle
- Beispiele: App-Store, Betriebssysteme, Suchmaschinen, soziale Netzwerke, Video-Sharing-Plattformen

2. Marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb

- Fähigkeit zu marktübergreifendem Handeln und Synergieziehung

3. „Überragende“ Bedeutung

- Unternehmen der Spitzengruppe, insbes. sog. Gatekeeper
- Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung des Kriterienkatalogs in Abs. 1 S. 2

⇒ Katalog von Kriterien zur Beurteilung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung, § 19a Abs. 1 S. 2 GWB:

- marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten
- Finanzkraft und Zugang zu sonstigen Ressourcen
- vertikale Integration und sonstige Tätigkeit auf miteinander verbundenen Märkten
- Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten
- Bedeutung der Tätigkeit für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie damit einhergehender Einfluss auf die Geschäftstätigkeit dieses Dritten („Gatekeeper“)
- Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten

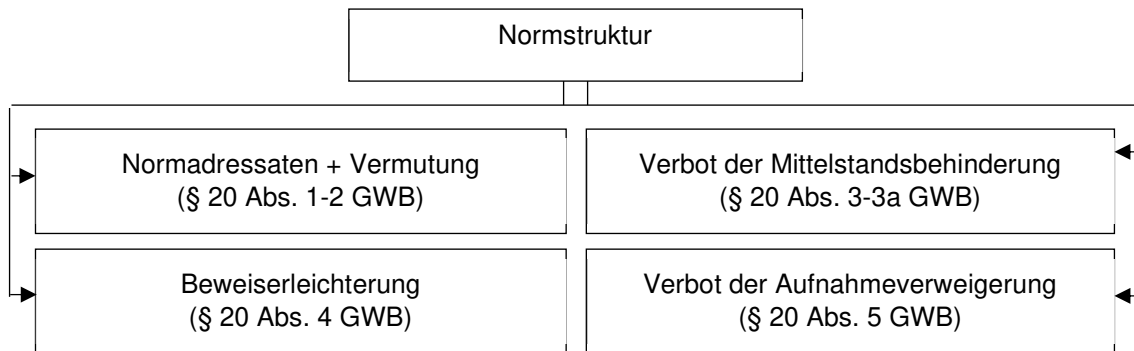
b) Eingriffsbefugnisse (Abs. 2)

§ 19a Abs. 2 GWB gewährt den Kartellbehörden besondere Eingriffsbefugnisse gegenüber Unternehmen, deren überragende marktübergreifende Bedeutung durch kartellbehördliche Verfügung festgestellt wurde. Die in § 19a Abs. 2 GWB normierten Verhaltensweisen sind nicht ex lege verboten, sondern müssen durch kartellbehördliche Verfügung verboten werden.

| Untersagungstatbestände: | |
|---------------------------------|--|
| 1. | <p>Allgemeine Selbstbevorzugung (Nr. 1, Nr. 1a)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Verbot der Selbstbevorzugung für vertikal oder konglomerat integrierte Unternehmen im Vergleich zu Wettbewerbern beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten ○ Regelbeispiele: <ul style="list-style-type: none"> - Bevorzugung UmüB-eigener Angebote bei der Darstellung (lit. a) - ausschließliche Vorinstallation oder Integration von Angeboten des UmüB (lit. b) |
| 2. | <p>Behinderung auf Beschaffungs- und Absatzmärkten (Nr. 2)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Behinderungsstrategien des UmüB außerhalb von (Intermediations-)Vermittlungs- und Wettbewerbsverhältnissen ○ Regelbeispiele: <ul style="list-style-type: none"> - behindernde Leistungserweiterung durch ausschließliche Vorinstallation oder Integration von Angeboten des UmüB (lit. a), - Erschwerung des Marktzugangs durch Behinderung der Bewerbung eigener Angebote (lit. b Alt. 1) - Erschwerung des Marktzugangs durch Behinderung des Zugangs zu Abnehmern über andere als die vom UmüB bereitgestellten oder vermittelten Zugänge (lit. b Alt. 2) |
| 3. | <p>Aufrollen von Märkten (Nr. 3)</p> |

| | |
|----|---|
| | <ul style="list-style-type: none"> ○ Verbot koppelungsähnlicher markt- oder marktstufenübergreifender Leistungserweiterung mit dem Risiko eines raschen „Aufrollens“ des Zielmarktes ○ Regelbeispiele: <ul style="list-style-type: none"> - koppelungsähnliche Leistungserweiterung unter Beseitigung/Einschränkung der Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite (lit. a) - Zwangskoppelung (lit. b) |
| 4. | <p>Behinderung durch Datenverarbeitung (Nr. 4)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Behinderung durch Errichtung/Erhöhung von Marktzutrittsschranken durch Datenverarbeitung, insbes. durch das Zusammenführen von Daten verschiedener Quellen ○ im B2C-Verhältnis (lit. a, sog. „Facebook“-Klausel) und im B2B-Verhältnis (lit. b, betrifft v.a. zwecküberschreitende Datenverarbeitungen) |
| 5. | <p>Behinderung bei der Interoperabilität von Produkten und/oder der Portabilität von Daten (Nr. 5)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Behinderung durch Errichtung/Erhöhung von Wechselhürden („lock-in-Effekt“) ○ Verpflichtung zur erstmaligen Herstellung von Interoperabilität/Ermöglichung von Portabilität (Alt. 1) oder zur Unterlassung der Beschränkung vorhandener Interoperabilität/Portabilität (Alt. 2) |
| 6. | <p>Unzureichende Information über eigene Leistungen (Nr. 6)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Verbot der Errichtung und Perpetuierung von Informationsdefiziten zu Lasten des (kommerziellen) Nutzers von (zumeist) Plattformen ○ Informationsdefizite durch Vorenthaltung von Nutzungsdaten, Information über anfallende Kosten, Click-Verhalten oder Ratingkriterien, die für den (kommerziellen) Nutzen von erheblichem Nutzen sind, um beispielsweise sein Angebot den Marktgegebenheiten schneller und besser anpassen zu können ○ Vorenthaltung von Informationen ohne sachliche Rechtfertigung (z.B. aus Datenschutzrecht) |
| 7. | <p>„Anzapfen“ durch Intermediäre (Nr. 7)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Anlehnung an „analoges“ Anzapfverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB ○ Regelbeispiele: <ul style="list-style-type: none"> - Forderung nach Übertragung von Daten oder Rechten, die für Darstellung der Angebote des Plattformnutzers nicht zwingend erforderlich sind (Nr. 1) - Verknüpfung der Qualität der Darstellung von Nutzerangeboten mit der nicht erforderlichen Übertragung von Daten oder Rechten (Nr. 2) |

3. Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer/überlegener Marktmacht (§ 20 GWB)



a) Erweiterung des Normadressatenkreises durch § 20 Abs. 1-3a GWB

§ 20 Abs. 1-3 GWB erweitert den Normadressatenkreis der deutschen Missbrauchskontrolle auf relativ marktstarke Unternehmen (Abs. 1-2) und Unternehmen mit überlegener Marktmacht (Abs. 3).

| Normadressaten |
|---|
| <p>1. Marktstarke Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen (Abs. 1, Abs. 1a)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Abhängigkeit, d. h. es bestehen keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten (sog. relative Marktmacht) <ul style="list-style-type: none"> - Nachweis <u>sortimentsbedingter Abhängigkeit</u> (Abs. 1), d. h. der Händler ist zur Erhaltung seiner Wettbewerbsfähigkeit auf ein best. Produkt (Spitzenstellungsabhängigkeit) oder eine bestimmte Produktgruppe (Spitzengruppenabhängigkeit) angewiesen - Nachweis <u>unternehmensbedingter Abhängigkeit</u> (Abs. 1), d. h. ein Unternehmen hat seinen Geschäftsbetrieb aufgrund langjähriger Geschäftsbeziehungen auf ein bestimmtes Produkt eingerichtet, so dass ein Produktwechsel mit hohen Risiken verbunden ist - Nachweis <u>knappheitsbedingter Abhängigkeit</u> (Abs. 1), d. h. bei einem Ausfall von Liefermöglichkeiten kommt es zu einer nicht vorhersehbaren Verknappung des Produktangebots - Nachweis <u>nachfragebedingter Abhängigkeit</u> (Abs. 1), d. h. ein Unternehmen hat seinen Geschäftsbetrieb aufgrund einer langjährigen Geschäftsbeziehung auf die Nachfrage dieses Produkts durch ein Unternehmen eingerichtet, so dass der Wechsel – soweit ein anderweitiger Bedarf überhaupt besteht – mit hohen Risiken verbunden ist - Vermutung der Abhängigkeit von einem Nachfrager nach § 20 Abs. 1 S. 2 GWB, wenn dieser Nachfrager außergewöhnliche Preisnachlässe/Leistungsentgelte erhält, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden - Nachweis <u>datenbedingter Abhängigkeit</u> (Abs. 1a), d. h. Abhängigkeit eines Unternehmens vom Zugang zu den von einem anderen Unternehmen kontrollierten Daten ○ keine ausreichende Gegenmacht, d.h. deutliches Ungleichgewicht zwischen (potenziell) abhängigem Unternehmen und (potenziell) marktstarkem Unternehmen |

2. Marktstarke Nachfrager (Abs. 2)

- Abhängigkeitsmaßstab = Abs. 1
- Fallbeispiele: marktstarke Einkaufsvereinigungen, marktstarke industrielle oder Handels-Abnehmer

3. Unternehmen mit überlegener Marktmacht (Abs. 3)

- Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht (d. h. Überlegenheit in Betriebsgröße, Finanzkraft, Angebotsumfang, Ressourcenzugang, Marktanteil)
- geschützte Unternehmen = kleine und mittlere Wettbewerber

b) Verbotstatbestände für erweiterten Normadressatenkreis

§ 20 GWB untersagt relativ marktstarken Unternehmen bzw. Unternehmen mit horizontal überlegener Marktmacht – teilweise direkt, teilweise durch Verweisung auf § 19 Abs. 2 GWB – bestimmte missbräuchliche Verhaltensweisen.

Normadressaten**1. Marktstarke Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen (Abs. 1)**

- Verweis auf das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB
- eigenständiges Behinderungsverbot des § 20 Abs. 1a S. 2 GWB bei datenbedingter Abhängigkeit

2. Marktstarke Nachfrager (Abs. 2)

- Verweis auf das Verbot passiver Diskriminierung („Anzapfverbot“) des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB

3. Unternehmen mit überlegener Marktmacht (Abs. 3)

- Verbot unbilliger Behinderung des § 20 Abs. 3 GWB
- Regelbeispiel: Angebot unter Einstandspreis (§ 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 1-2 GWB)
 - Angebot
 - Einstandspreis = Preis der Ware ./ . proportionale Rabatte, Skonti, umsatzbezogene Vergütungen (§ 20 Abs. 3 S. 3 GWB)
 - Angebot unter Einstandspreis bei Lebensmitteln (§ 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB)
 - nicht nur gelegentliches (d. h. über längeren Zeitraum andauerndes) Angebot unter Einstandspreis bei anderen Waren oder gewerblichen Leistungen (§ 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB)
 - fehlende sachliche Rechtfertigung aus
 - produktbezogenen Umständen (z. B. drohender Verderb von Lebensmitteln, § 20 Abs. 3 S. 4 GWB)

- normadressatenbezogenen Umständen (z. B. Geschäftseröffnung)
- lieferantenbezogenen Umständen (z. B. bei nachhaltiger Erhöhung des Einkaufspreises „in überfallartiger Weise“)
- mitbewerberbezogene Umständen (str.)
- o Regelbeispiel: Preis-Kosten-Schere (§ 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB)
- o Regelbeispiel: „Tipping“ durch nichtleistungsbezogene Behinderungspraktiken (§ 20 Abs. 3a)
 - Tipping = Transformation eines durch starke positive Netzwerkeffekte geprägten Marktes mit mehreren Anbietern zu einem (quasi-)monopolistischen Markt
 - Behinderung durch Verbot/Erschwerung des Multi-Homing oder des Plattformwechsels
- o Generalklausel: unbillige Behinderung (§ 20 Abs. 3 S. 1 GWB)
- o Beweiserleichterung des § 20 Abs. 4 GWB

4. Boykottverbot und Verbot sonstiger Wettbewerbsbeschränkungen (§ 21 GWB)

§ 21 GWB enthält in Abs. 1 ein Boykottverbot und in Abs. 2 ein Verbot des Veranlassens von Wettbewerbsbeschränkungen.

Prüfungsschema zu § 21 Abs. 1 GWB:

1. Normadressaten des § 21 Abs. 1 GWB
 - o Unternehmen und Unternehmensvereinigungen²⁶ als sog. Verrufer
2. „andere“ Unternehmen/Unternehmensvereinigungen als Adressaten des Boykottaufrufs (sog. Sperrer)
3. Aufforderung zu Liefersperrern oder Bezugssperrern
 - o jede negative Einflussnahme auf die freie Willensbildung eines Adressaten, mit Dritten Lieferbeziehungen aufzunehmen oder aufrechtzuerhalten
 - o Abgrenzung zu bloßen Meinungsäußerungen
4. Absicht, „bestimmte“ Unternehmen (sog. Verrufene) unbillig zu beeinträchtigen
 - o bestimmt = konkret individualisierbare Unternehmen
 - o objektiv unbillige Beeinträchtigung, d.h. umfassende Interessenabwägung zwischen Veranlasser (Verrufer) und Boykottiertem (Verrufenem)
5. Rechtsfolgen

²⁶ Siehe zum kartellrechtlichen Begriff des Unternehmens und der Unternehmensvereinigung oben, S. 20 ff.



Ein Boykott im Sinne von § 21 Abs. 1 GWB ist bereits als sittenwidrige Wettbewerbsbehandlung gemäß §§ 4 Nr. 10 i.V.m. 3 UWG unzulässig.

§ 21 Abs. 2 GWB enthält einen sekundären Verbotstatbestand zum Schutz der primären Kartellrechtsnormen vor Umgehung. Er schützt den Wettbewerb, indem er die unternehmerische Entscheidungsfreiheit gegen Einflussnahmen durch andere Unternehmen abschirmt und damit die Verbotsnormen des GWB und des AEUV vor einer Umgehung ihres Regelungsgehalts durch den Einsatz von Druck- oder Lockmitteln bewahrt.

§ 21 Abs. 3 GWB untersagt es Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, andere Unternehmen zu einem an sich erlaubtem – im Einzelnen in Nr. 1 bis 3 aufgezählten – Verhalten zu zwingen.

§ 21 Abs. 4 GWB verbietet es, einem „anderen“ einen wirtschaftlichen Nachteil zuzufügen, weil dieser ein Einschreiten der Kartellbehörde beantragt oder angeregt hat.

§ 29 GWB enthält eine Sonderregelung für Preismissbräuche im Energiebereich. Sie wurde durch die sog. Preismissbrauchsnovelle im Dezember 2007 neu ins GWB eingefügt. Ihre Geltungsdauer war bis zum 31.12.2012 befristet und wurde durch den Gesetzgeber bis zum 31.12.2022 verlängert.