

§ 7: MARKTBEHERRSCHENDE / „MARKTSTARKE“ UNTERNEHMEN

A. Überblick

Das GWB bekämpft bestimmte unternehmerische Verhaltensweisen, die darauf zielen, andere Unternehmen geschäftlich zu behindern. Die Gefahr wettbewerbswidriger Behinderungspraktiken ist umso größer, je mehr sich Beteiligte gegenüber treten, die unterschiedlich stark sind. Deshalb sieht das GWB spezielle Regeln für Unternehmen vor, die dem Wettbewerb nicht oder nur eingeschränkt ausgesetzt sind und daher in besonderer Weise wettbewerbsbeschränkend wirken können. Die entsprechenden Regelungen finden sich in §§ 18 – 20 GWB. Sie verbieten insbesondere den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, § 19 Abs. 1 GWB; Art. 102 AEUV. Der wichtigste Einzeltatbestand ist das Verbot von Behinderungen und Diskriminierungen, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB.

§ 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB spricht davon, dass Unternehmen dem „Wettbewerb ausgesetzt“ sind. Wettbewerb bewirkt, dass sich Unternehmen nicht beliebig verhalten und zum Beispiel ungestraft schlechte Qualität anbieten oder überzogene Preise verlangen können. Er enthält kräftige Korrektur- und Bestrafungsmechanismen, die die Unternehmen zu „Getriebenen des Marktes“ machen, das heißt sie dazu zwingen, sich immer wieder aufs Neue den Wünschen der Marktgegenseite anzupassen. Dieser Mechanismus funktioniert aber nur, wenn der Wettbewerb funktioniert. Es kann sein, dass ein Unternehmen je nach seiner Stellung im Markt dem Wettbewerb nur wenig oder gar nicht ausgesetzt ist, zum Beispiel weil es keinen Mitbewerber hat. In solchen Konstellationen soll das Kartellrecht eine Art „Kompensation“ leisten und versuchen, den Mangel an Wettbewerb und dessen Korrekturmechanismen über rechtliche Maßnahmen auszugleichen.

Das GWB normiert deshalb besondere Anforderungen insbesondere für marktbeherrschende Unternehmen. Das GWB lässt den Erwerb marktbeherrschender Positionen im Wettbewerb, zum Beispiel durch so genanntes internes Unternehmenswachstum, grundsätzlich zu. Die deutsche wie die europäische Rechtsordnung kennen keine Entflechtungs- oder Zerschlagungsregelung. Sie verbieten Monopole nicht, unterwerfen marktbeherrschende Unternehmen aber besonders strengen Regeln. Das Kartellrecht geht davon aus, dass diese Unternehmen eben „keinem wesentlichen Wettbewerb“ ausgesetzt sind und daher einer erhöhten rechtlichen Kontrolle

bedürfen. Unternehmen, die eine derartige Stellung haben, werden erhöhten kartellrechtlichen Pflichten unterworfen. Auf diese Weise sollen die mit der Marktbeherrschung beziehungsweise Marktstärke verbundenen Risiken ausgeglichen beziehungsweise ein Ausnutzen der vom Wettbewerb nicht kontrollierten Handlungsspielräume zulasten Dritter verhindert werden, BGH vom 16.1.2007 (National Geographic II), BGHZ 170, 299, 305 f. Rn. 19.

Das GWB unterscheidet im Einzelnen Unternehmen mit unterschiedlicher Marktmacht. Am verdächtigsten sind Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung (B.). Aber auch unterhalb dieser Schwelle kann Marktmacht bestehen und ergänzender kartellrechtlicher Korrektur bedürfen (C., D.).

B. Marktbeherrschende Unternehmen

I. Marktbeherrschende Stellung

Wann ein Unternehmen marktbeherrschend ist, bestimmt sich nach **§ 18 GWB**. Wichtig ist dabei, dass sich die marktbeherrschende Stellung nach h.M. immer nur auf einen bestimmten Markt bezieht. Dahinter steht das sog. Marktmachtkonzept:

Ein Unternehmen kann unglaubliche Größe und Finanzkraft haben, aber auf dem relevanten Markt völlig unbedeutend sein (zum Beispiel Werft). Umgekehrt kann ein Unternehmen kleinen Zuschnitts Monopolist sein; mögliches Beispiel: X ist der einzige Handwerker in ganz Bayern, der Reetdächer reparieren kann.

Ob ein Unternehmen den Markt beherrscht, bestimmt sich entscheidend aus der Sicht der Marktgegenseite: Marktbeherrschung ist namentlich dann anzunehmen, wenn „die Marktgegenseite mangels Ausweichmöglichkeit auf eine bestimmte Art von Waren angewiesen ist“, BGH vom 24.6.1980 (Mannesmann/Brueninghaus), BGHZ 77, 279, 288.

1. Marktabgrenzung

Marktbeherrschung beziehungsweise überragende Marktstellung eines Unternehmens lassen sich nicht generell, sondern jeweils nur für einen ganz bestimmten Teilmarkt – den so genannten „*relevanten Markt*“ (§ 18 Abs. 1 Satz 1 GWB) – feststellen. Die Abgrenzung des relevanten Marktes ist extrem wichtig. Er ist in sachlicher, räumlicher und gegebenenfalls zeitlicher Hinsicht von anderen Märkten abzugrenzen. Für die Marktabgrenzung bei Angebotsmacht hat sich das „Bedarfsmarktkonzept“ beziehungsweise Konzept der „funktionellen Austauschbarkeit“ aus der Sicht des verständigen Abnehmers durchgesetzt. Siehe oben im I. Teil der Vorlesung.

- Zu demselben sachlich relevanten Markt gehören sämtliche Produkte, die der Verbraucher nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs als austauschbar ansieht, BGH vom 25.6.1985 (Edelstahlbestecke), WuW 1985, 974, 977 = WuW/E BGH 2150, 2153.
- Der relevante Markt umfasst weiterhin eine räumliche Komponente. Beispiel: Tankstellen/Reichweite Tankfüllung
- Der relevante Markt ist schließlich auch in zeitlicher Hinsicht abzugrenzen. Es kommt darauf an, ob etwaige Austauschangebote im Hinblick auf die zeitliche Komponente überhaupt als Ausweichmöglichkeit in Betracht kommen.

Die Bestimmung des relevanten Marktes hängt eng mit den sonstigen Voraussetzungen der §§ 18, 19 GWB zusammen. Je enger der relevante Markt bestimmt wird, umso eher ist auch eine marktbeherrschende Stellung anzunehmen. Je weiter der relevante Markt bestimmt wird, umso unwahrscheinlicher werden marktbeherrschende Positionen. Kartellbehörden und Gerichte neigen tendenziell zu einer sehr engen Marktabgrenzung.

2. Monopolstellung

Nach **§ 18 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 GWB** ist Marktbeherrschung gegeben, wenn das Unternehmen „*ohne Wettbewerber ist*“ oder „*keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist*“.

Ob das Unternehmen „*keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt*“ ist, lässt sich unter anderem danach bemessen, ob und wieweit es in seinem Marktverhalten auf das Verhalten etwaiger Konkurrenten Rücksicht nehmen muss oder im Grunde völlig unabhängig agieren kann. Marktverhalten ist in aller Regel jedoch ambivalent und kann gleichermaßen Ausdruck von Wettbewerb wie von Wettbewerbsbeschränkung sein. Die Praxis ist daher dazu übergegangen, primär auf Marktstrukturkriterien, insbesondere auf den Marktanteil abzustellen.

3. Überragende Marktstellung

Als marktbeherrschend gilt weiterhin ein Unternehmen, das im Verhältnis zu den Wettbewerbern eine „*überragende Marktstellung*“ hat, **§ 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB**. Im Gegensatz zu den zuvor behandelten Regelungen kann Nr. 3 unter Umständen auch eingreifen, wenn auf dem Markt noch andere potente Konkurrenten oder ein mächtiger Nachfrager anzutreffen sind.

Entscheidend ist hauptsächlich, ob die Machtverhältnisse auf dem relevanten Markt ausgeprägt asymmetrisch verteilt sind. § 18 Abs. 3 GWB zählt dazu beispielhaft Kriterien auf, auf denen ein solches Ungleichgewicht beruhen kann: Marktanteil, Finanzkraft, Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten usw.

Eine überragende Marktstellung kommt in Betracht, wenn zum Beispiel ein Unternehmen ohne Weiteres zu lange anhaltenden Verlustpreisstrategien in der Lage ist oder wenn es über lange Zeit hinweg doppelt so hohe Preise wie seine Konkurrenten verlangen kann, ohne dass dadurch seine führende Marktstellung irgendwie beeinträchtigt würde.

4. Oligopol

Eine Marktbeherrschung braucht sich nicht auf ein Einzelunternehmen zu beschränken, sondern kann auch für „zwei oder mehr Unternehmen“ gegeben sein (sog. Oligopol), § 18 Abs. 5 GWB.

Dies setzt voraus (§ 18 Abs. 5 GWB),

- dass zwischen den betreffenden Unternehmen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen kein wesentlicher Wettbewerb besteht,
- und dass die Unternehmen in ihrer Gesamtheit die Anforderungen von § 18 Abs. 1 GWB erfüllen (= marktbeherrschend sind).

Die Betrachtung der Unternehmen als „Gesamtheit“ setzt eine Art Verbindung zwischen den Unternehmen voraus, über deren Erfordernisse viel Streit und Unklarheit besteht, siehe zum Beispiel *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2014, § 17 Rn. 58 ff. Diese Verbindung kann sich nach h.M. auch daraus ergeben, dass die betreffenden Unternehmen sich zwar nicht vorab über ihr zukünftiges geschäftliches Verhalten abstimmen (das wäre eine unerlaubte Verhaltensweise im Sinne von § 1 GWB), aber jeweils im Nachhinein das Verhalten des jeweils anderen übernehmen (sog. Parallelverhalten). Ihr Verhalten auf dem Markt gegenüber Dritten ist dann weitgehend identisch und eben einheitlich.

- Ein Beispiel für ein Oligopol von zwei Unternehmen, zwischen denen kein wesentlicher Wettbewerb besteht, liefert der Markt für Fernsehwerbung. Auf ihm haben die RTL-Gruppe einerseits und der ProSiebenSat.1-Gruppe andererseits eine starke Stellung, doch machen sich die beiden Unternehmensgruppen gegenseitig keine nennenswerte Konkurrenz, siehe BGH vom 8.6.2010 (Springer/Pro Sieben II), WuW 2010, 1261 ff. = WuW/E DE-R 3067 ff. Rn. 16 ff.

5. Vermutungen

§ 18 Abs. 4, Abs. 6 GWB stellen Vermutungen auf, die für eine marktbeherrschende Stellung sprechen. Maßgebendes Kriterium ist jeweils der „Marktanteil“. Maßstab für den Marktanteil sind grundsätzlich die getätigten Umsätze auf dem relevanten Markt, BGH vom 7.7.1992 (Warenzeichenerwerb), BGHZ 119, 117, 129 f. Reichweite und Rechtsnatur der Vermutungen sind zum Teil unklar. Im Kartell-Zivilverfahren soll den Tatbeständen zum Teil bloße Indizwirkung zukommen.

a. Einzelunternehmen

Die marktbeherrschende Stellung eines Einzelunternehmens ist zu vermuten, wenn es einen Marktanteil von von mindestens 40% hat, **§ 18 Abs. 4 GWB**. Eine Widerlegung der Vermutung kommt nur in Betracht, wenn der fragliche Markt strukturelle Besonderheiten aufweist, die den Fortbestand wesentlichen Wettbewerbs erwarten lassen. Die Vermutung ist beispielsweise widerlegt, wenn aufgrund von Importen heftiger Preiswettbewerb herrscht.

Die Vorschrift ist für Klausuren wichtig. Wenn der Sachverhalt einen Marktanteil mindestens 40% oder mehr angibt, dann steht die marktbeherrschende Position mehr oder weniger bereits fest und braucht – sofern Gründe für die Ausräumung der Vermutung nicht ersichtlich sind – nicht näher thematisiert zu werden.

b. Oligopol

Der Oligopolatbestand hat wenig praktische Bedeutung erlangt und bereitet in beweisrechtlicher und theoretischer Hinsicht Schwierigkeiten. Der Gesetzgeber stellt hier ebenfalls Vermutungen für die Marktbeherrschung auf, **§ 18 Abs. 6, Abs. 7 GWB**.

Die Vermutung der marktbeherrschenden Stellung setzt voraus,

- dass eine Gesamtheit von drei oder weniger Unternehmen zusammen einen „Marktanteil“ von 50% hat, **§ 18 Abs. 6 Nr. 1 GWB**
- oder dass eine Gesamtheit von fünf oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von 67% hat, **§ 18 Abs. 6 Nr. 2 GWB**.

Als Gesamtheit können nur die jeweils drei beziehungsweise fünf nach Marktanteilen führenden Unternehmen zusammengerechnet werden, *Götting* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2. Auflage 2009, § 19 GWB Rn. 53 mwN. Die Unternehmen können die Vermutung widerlegen durch den Beweis, dass zwischen ihnen doch wesentlicher Wettbewerb zu erwarten ist oder dass im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung besteht, **§ 18 Abs. 7 GWB**.

6. Zwei- und mehrseitige Märkte

Nach **§ 18 Abs. 2a GWB** steht es der Annahme eines Marktes nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird. Die Vorschrift soll namentlich die kartellrechtliche Behandlung von Plattformen erleichtern, *Regierungsentwurf und Begründung eines Neunten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 7.11.2016, BT-Drucks 18/10207, S. 47 f.

Beispiel: Eine Internetplattform vermittelt Hotelbuchungen und finanziert sich durch Provisionen der berücksichtigten Hotels und durch Werbeentgelte von Unternehmen, die auf der Plattform Werbung schalten. Für die privaten Nutzer, die mittels der Plattform ein Hotel suchen, ist sie kostenlos. Die wettbewerbliche Macht der Plattform hängt ganz maßgeblich davon ab, in welchem Umfang sie von den privaten Nutzern nachgefragt wird. Kartellrechtlich soll dieser Aspekt berücksichtigt werden, indem man dem Verhältnis zwischen Plattform und privaten Nutzern Marktqualität zuspricht, obwohl die Nutzer keine Gegenleistung an die Plattform erbringen.

Eine unentgeltliche Austauschbeziehung ist aber nur dann ein kartellrechtlich relevanter Markt, wenn die unentgeltlichen Leistungen letztlich doch aus wirtschaftlichen Motiven heraus angeboten werden, *Regierungsentwurf und Begründung eines Neunten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 7.11.2016, BT-Drucks 18/10207, S. 48. So bietet die Plattform die Vermittlung für die Privatpersonen kostenlos an, um von den Hotels Provisionen erlangen zu können. Fehlt es an der wirtschaftlichen Motivation, zum Beispiel bei der Vergabe von privaten Stipendien, so liegt kein kartellrechtlich relevanter Markt vor.

§ 18 Abs. 3a GWB listet Einzelaspekte auf, die bei der Einordnung der Stellung eines Unternehmens auf einem mehrseitigen Markt zu berücksichtigen sind.

II. Behindern, Diskriminieren

Einem marktbeherrschenden Unternehmen ist der Missbrauch seiner Marktposition verboten, **§ 19 Abs. 1 GWB**. Was unter „*Missbrauch*“ zu verstehen ist, regelt das GWB beispielhaft („*insbesondere*“) in **§ 19 Abs. 2 Nr. 1 – 5 GWB**. Die speziellen Regeln sollten wegen ihres konkreten Gehalts grundsätzlich geprüft werden, bevor die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB geprüft wird. Den wichtigsten Verbotstatbestand normiert **§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB**.

1. Unbilliges Behindern

a. Behindern

Der Behinderungstatbestand (**§ 19 Abs. 2 Nr. 1 1. Alt. GWB**) zielt in erster Linie auf Beeinträchtigungen von Mitbewerbern des Normadressaten. Er kann aber auch im Verhältnis zu vor- oder nachgelagerten Unternehmen eingreifen, BGH vom 26.5.1997 (Krankentransporte), BGHZ 101, 72, 78 ff. Behindern ist eine für das Wettbewerbsverhalten des betroffenen Unternehmens objektiv nachteilige Maßnahme, BGH vom 22.9.1981 (Original-VW-Ersatzteile II), BGH 81, 322, 327.

Die Behinderungswirkung ist in aller Regel unkompliziert zu beurteilen (und zu bejahen). Der Hauptgegenstand der inhaltlichen Prüfung liegt zumeist in dem Kriterium „unbillig“ (siehe unten). So sind beispielsweise

Preisunterbietungen durchweg mit Behinderungen der Mitbewerber verbunden. Daraus folgt aber noch längst nicht, dass sie auch unzulässig beziehungsweise unbillig sind. Preiskonkurrenz ist wichtig und vielfach gerade Ausdruck eines funktionierenden Wettbewerbs, den das GWB fördern und nicht verhindern möchte.

b. Unbillig

Für die Unbilligkeit kommt es darauf an, die beteiligten Interessen abzuwägen. Dabei ist wichtig, ob ein Marktteilnehmer ein erstrebtes Ziel auch durch die Wahl milderer, den Wettbewerb weniger beeinträchtigende Mittel erreichen könnte, BGH vom 22.9.1981 (Original-VW-Ersatzteile), BGHZ 81, 322, 331 ff. Die Abwägungskriterien sind denen ähnlich, die im Rahmen von § 4 Nr. 4 UWG an das „gezielte Behindern“ zu stellen sind (siehe Vorlesungsmanuskript zum Wettbewerbsrecht). Für das Kartellrecht besteht aber die Besonderheit, dass die zu stellenden Anforderungen umso strenger werden, je stärker die involvierte Marktmacht ist und je geringer demzufolge die Ausweichmöglichkeiten der benachteiligten Unternehmen sind.

2. Diskriminieren

Das Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 2. Alt. GWB) verbietet die unterschiedliche Behandlung gleichartiger Sachverhalte, insbesondere jede sachwidrige Differenzierung zwischen Anbietern oder Nachfragern durch ein Unternehmen.

Die unterschiedliche Behandlung kann insbesondere darin bestehen, dass der in Betracht stehende Normadressat das Zustandekommen oder Aufrechterhalten von Geschäftsverbindungen verweigert, obwohl er entsprechende Verbindungen mit gleichartigen Unternehmen unterhält. Der Diskriminierungstatbestand bezieht sich tendenziell auf Praktiken im Vertikalverhältnis. Die unterschiedliche Behandlung wird in erster Linie tatsächliche und potenzielle Abnehmer und Lieferanten auf der anderen Marktseite treffen („behandeln“ deutet auf unterschiedliche Marktstufen hin), also Abnehmer oder Lieferanten treffen.

Beispiel: BGH vom 10.2.2004 (Galopprennübertragung), WuW 2004, 635 ff. = WuW/E DE-R 1251 ff. = GRUR 2004, 527 ff.

Hat ein Unternehmen seine Produkte bislang über nachgelagerte Händler vertrieben und geht es nunmehr zum Selbstvertrieb über, so liegt darin allein noch keine Diskriminierung der bisherigen Geschäftspartner, BGH vom 24.10.2011 (Grossistenkündigung), WuW 2012, 72 ff. = WuW/E DE-R 3446 Rn. 30 ff. mwN. Es muss einem Unternehmen möglich sein, seinen Vertrieb entsprechend neu zu organisieren.

Die sachliche Rechtfertigung beurteilt sich nach denselben Kriterien wie die Unbilligkeit.

III. Preis- und Konditionenmissbrauch

Der Preis- und Konditionenmissbrauch richtet sich nicht unbedingt gegen andere Unternehmen, sondern ist auch im Interesse der Verbraucher oder im Blick auf Allgemeinheitsinteressen verboten. Nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB ist es missbräuchlich, wenn die marktbeherrschende Stellung zum Fordern wettbewerbsferner Entgelte oder Geschäftsbedingungen führt.

- Die Vorschrift ist problematisch und wird daher zurückhaltend angewendet. Sie erlaubt eine Preiskontrolle, kuriert letztlich aber nur an Symptomen. Es ist äußerst schwierig, eine Preismissbrauchsschwelle festzulegen, da mit ungenauen, rein hypothetischen Vergleichsmärkten gearbeitet werden muss. Im Übrigen sind Preisherabsetzungen zweischneidig, denn sie können potenzielle Wettbewerber vom Marktzutritt abhalten, Außenseiter verdrängen und die Stellung des Marktbeherrschers zementieren.
- Mit „*Geschäftsbedingungen*“ sind Klauseln iSd. §§ 305 ff. BGB gemeint. Maßstab für die Anwendung der Nr. 2 ist, ob sich aus den Geschäftsbedingungen eine „einseitig belastende Abweichung von den Gerechtigkeitsvorstellungen ergibt, wie sie dem dispositiven Recht zugrunde liegen“, *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 19 GWB Rdnr. 256.
- § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB wurde bereits im Zusammenhang mit dem Fall: Das Flugunternehmen angesprochen.

IV. Preisspaltung

Ein Missbrauch kann auch in einer Preisspaltung (§ 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB) liegen. Die Vorschrift bezieht sich auf den sog. Strukturmissbrauch und ist etwa bei Monopolstellungen im Bereich der Pharmazie oder in der Mineralölbranche relevant. Sie betrifft den Fall, dass die Preispolitik eines Herstellers für verschiedene Waren oder Abnehmer in sich widersprüchlich, willkürlich oder sonst nicht sachlich zu rechtfertigen ist. Im Unterschied zum Ausbeutungsmissbrauch wird nicht ein fiktiver Wettbewerb auf dem betreffenden Markt, sondern das eigene Verhalten des Unternehmens auf vergleichbaren Märkten zum Maßstab erhoben.

V. Verweigerung des Netzzugangs

Ebenfalls Unternehmen schützt § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB. Die Vorschrift bezieht sich auf Märkte, auf denen eine Betätigung nur auf dem Weg über den Aufbau oder die Mitbenutzung kostspieliger Netze möglich ist, zum Beispiel Eisenbahnlinien, Strom, Gas, Fernwärme etc. Danach handelt ein marktbeherrschendes Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen missbräuchlich, wenn es sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen ein angemessenes Entgelt Zugang „zu eigenen Netzen oder anderen

Infrastruktureinrichtungen zu gewähren“. Dabei geht es vor allem um die Frage des Marktzugangs.

Nach der essential facility-Doktrin kann ein Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf die Mitbenutzung von wichtigen Netzen oder Einrichtungen haben, die ein anderes Unternehmen betreibt. Der Grundgedanke dieser Lehre lässt sich am Beispiel von Eisenbahnen illustrieren, siehe *United States v. Terminal Railroad Association*, 224 U.S. 383 ff. (1912). Nach allgemeinem Zivilrecht stünde es dem Eigentümer eines Schienennetzes frei, auf seinen Schienen nur seine eigenen Züge fahren zu lassen und andere von der Nutzung seines Eigentums auszuschließen. Will ein anderes Eisenbahnunternehmen mit dem Eigentümer in Wettbewerb treten, so müsste es seinerseits zunächst ein zweites Schienennetz bauen. Konkurrenz wird folglich unterbleiben, wenn sich entweder die Kosten für ein zweites Schienennetz nicht rechnen würden, weil beispielsweise das potenzielle Passagieraufkommen nicht ausreicht, oder wenn der Bau eines zweiten Schienennetzes aus anderen Gründen nicht möglich oder nicht sinnvoll ist. Die Eigentümer- und Monopolstellung am Schienennetz hätte dann eine weitere Monopolstellung auf dem Transport- und Beförderungsmarkt zur Folge. Will man diese Konsequenz vermeiden, so kann man den Eigentümer verpflichten, gegen Entgelt auch anderen Eisenbahnunternehmen das Nutzen seines Schienennetzes zu gestatten. So wird auf dem nachgelagerten Beförderungsmarkt Wettbewerb möglich und ein in der Regel nachteiliges Nebeneinander unterschiedlicher Schienennetze vermieden.

Die Tücke solcher Regelungen steckt freilich im Detail, siehe etwa *von Weizsäcker WuW 1997, 572 ff.* Aufseiten des Netzbetreibers ist zunächst das Eigentumsrecht zu beachten, das durch derartige Überlassungspflichten beziehungsweise durch Nutzungen des Netzes beeinträchtigt werden kann. Damit ist zugleich die Frage untrennbar verbunden, in welchen Fällen den Konkurrenten Einrichtung und Aufbau eigener „Netze“ oder Strukturen zugemutet werden kann und sollte. Ebenso ist problematisch, zu welchen Bedingungen und Entgelten die Nutzung gestattet werden muss und wie die Höhe des Entgelts zu bestimmen ist. Reicht die insgesamt zur Verfügung stehende Kapazität des Netzes oder der Infrastruktureinrichtung nicht zur Berücksichtigung aller Unternehmen aus, die an einer Nutzung interessiert sind, so ist der Betreiber nicht verpflichtet, seine Einrichtung entsprechend zu erweitern, *Fuchs/Möschel* in: *Immenga/Mestmäcker*, 5. Auflage 2014, § 19 GWB Rdnr. 333 mwN. Die fehlende Kapazität ist im Grundsatz als Rechtfertigungsgrund anerkannt, der ein missbräuchliches Handeln ausschließt. Die näheren Einzelheiten sind noch nicht geklärt.

OLG Koblenz vom 13.12.2012, WuW 2013, 149 163 = WuW/E DE-R 3727, 3741 hat die Nordschleife des Nürburgrings als „Infrastruktureinrichtung“ im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB angesehen.

Der Blick auf das US-amerikanische und das europäische Recht lässt mögliche Anwendungsfelder erkennen.

Associated Press v. United States, 326 U.S. 1 ff. (1944) betraf Fragen des Zugangs zu Informationen. Die Nachrichtenagentur Associated Press war von diversen Zeitungen gegründet worden und belieferte mehr als 1200 Mitgliedsunternehmen gegen Entgelt mit Informationen und Nachrichten. Die Agentur hatte ein System errichtet, das es den Mitgliedern verbot, erhaltene Informationen an Nichtmitglieder weiterzuverkaufen, und das es den einzelnen Mitgliedern ermöglichte, die Aufnahme direkter Konkurrenten als neue Mitglieder zu verhindern oder zu erschweren. Medien, die kein Mitgliedsunternehmen waren, wurden dadurch grundsätzlich vom Erwerb entsprechender Informationen ausgeschlossen. Da die Associated Press zugleich die größte und wichtigste Einrichtung ihrer Art war, brachte dieser Ausschluss („net effect“) erhebliche wettbewerbsbeschränkende Wirkungen mit sich und war kartellrechtswidrig.

EuGH vom 26.11.1998 (Bronner) – Rs. C-7/97, Slg. 1998 I, 7791 ff. hatte den Vertrieb von Zeitungen beziehungsweise ein Hauszustellungssystem für Tageszeitungen zum Inhalt. Im Streitfall hatte ein österreichisches Presseunternehmen einen überwiegenden Anteil am Tageszeitungsmarkt und betrieb das einzige bestehende landesweite System einer Hauszustellung, das eine direkte Auslieferung der Zeitungen an die Abonnenten in den frühen Morgenstunden garantierte. Das Unternehmen weigerte sich jedoch, dem Verleger eines Konkurrenzblatts, der wegen der geringen Auflagenhöhe dieser Zeitung nicht in der Lage war, unter wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen allein oder in Zusammenarbeit mit anderen Verlegern ein eigenes Hauszustellungssystem aufzubauen und zu betreiben, gegen ein angemessenes Entgelt in das Zustellungssystem aufzunehmen. Der EuGH hielt dies für zulässig und sah in der Weigerung keinen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung. Ein solcher Missbrauch wäre nur anzunehmen, wenn erstens die Nichtaufnahme in das Hauszustellungssystem geeignet wäre, jeglichen Wettbewerb auf dem Tageszeitungsmarkt durch den konkurrierenden Verleger auszuschalten, und wenn zweitens die Aufnahme für die Ausübung der Konkurrenzfähigkeit in dem Sinne unentbehrlich wäre, dass kein tatsächlicher oder potenzieller Ersatz für das Hauszustellungssystem bestünde. Es gebe jedoch für Tageszeitungen durchaus auch andere Vertriebswege, namentlich die Postzustellung und den Laden- oder Kioskverkauf. Außerdem seien keine technischen, rechtlichen oder auch nur wirtschaftlichen Hindernisse ersichtlich, die geeignet wären, jedem anderen Verleger von Tageszeitungen – allein oder in Zusammenarbeit mit anderen Verlegern – die Errichtung eines eigenen landesweiten Hauszustellungssystems und dessen Nutzung für den Vertrieb der eigenen Tageszeitungen unmöglich zu machen oder zumindest unzumutbar zu erschweren.

VI. Vorzugsbedingungen

Ein Marktbeherrscher darf sein Marktstärke schließlich auch nicht dazu ausnutzen, andere Unternehmen dazu aufzufordern, „*ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren*“, § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB.

Die Vorschrift ist problematisch und bislang ohne klaren Anwendungsbereich.

BGH vom 17.12.1976 (Eintrittsgeld), GRUR 1977, 619 ff. hat auch jenseits der kartellrechtlich erforderlichen Schwelle das sog. „Anzapfen“ als Verstoß gegen § 1 UWG a.F. (= § 3 Abs. 1 UWG) angesehen. Das Urteil griff tief in die betriebliche Kalkulationsfreiheit ein, ohne eine Rechtfertigung dafür zu bieten. M.E. ist ein klar fassbarer Verbotungsgrund nicht ersichtlich mit der Folge, dass solche Praktiken im Zweifel erlaubt sein müssen, *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 2259.

VII. Grundtatbestand, § 19 Abs. 1 GWB

Die Nr. 1 – 5 sind nicht abschließend. Greifen sie nicht ein, so kann immer noch die allgemeine Regel des § 19 Abs. 1 GWB eingreifen. Sie setzt Missbräuchlichkeit und einen Zusammenhang mit der marktbeherrschenden Stellung voraus.

1. Missbräuchlichkeit

Wann unternehmerisches Handeln missbräuchlich im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB ist, lässt sich nicht allgemein definieren und ist im Grunde noch nicht hinlänglich geklärt, zu Einzelheiten *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 19 GWB Rdnr. 83 ff. Die Beispiele in Nr. 1 – 5 können immerhin Anhaltspunkte geben, doch ist man sich einig, dass der Vielfalt möglicher Missbräuche nur durch eine Generalklausel wirksam begegnet werden kann.

Gegenüber den Beispielfällen ist für die Generalklausel bislang wenig Anwendungsspielraum geblieben, weil die Sondertatbestände den fraglichen Bereich bereits weitgehend abdecken. Der wohl einzige Anwendungsfall sind Koppelungsangebote.

2. Zusammenhang mit Marktbeherrschung

Weiterhin ist ein Zusammenhang mit der marktbeherrschenden Stellung erforderlich. Der Gesetzeswortlaut spricht von „*Ausnutzung*“. Dafür reicht aus, dass die wettbewerbliche Gefährlichkeit einer Maßnahme gerade daraus erwächst, dass sie von einem marktbeherrschenden Einzelunternehmen oder in einer marktbeherrschenden Oligopolgruppe praktiziert wird.

Besteht kein Zusammenhang mit der marktbeherrschenden Stellung, so scheidet § 19 Abs. 1 GWB aus. In solchen Fällen kann sich die Frage stellen, ob ergänzend § 4 Abs. 4 UWG oder § 3 Abs. 1 UWG eingreifen. Sie ist umstritten und lässt sich nicht einheitlich beantworten. Eine strikte Ausschließlichkeit des § 19 GWB besteht nicht.