

## Professor Dr. Peter Krebs

### Arbeitsgliederung - Kartellrecht

### **Gliederungsvorschlag für die Prüfung des Missbrauchs absoluter Marktmacht (marktbeherrschende Stellung), des Missbrauchs bei erlaubten Kartellen und erlaubter Preisbindung § 20 Abs. 1, § 20 Abs. 3 GWB, § 20 Abs. 4 GWB (analog), § 19 Abs. 1, 4 GWB**

#### **A Anwendbarkeit der §§ 19, 20 GWB bei Vorgängen mit europäischem und internationalem Bezug**

- I. Anwendungsvorrang  
Vorrangige Prüfung der Art. 81 f. EG (im Mittelpunkt steht Art. 82 EG)
- II. Inhaltlicher Vorrang  
Bei Konflikten mit den Art. 81 f. EG Vorrang des Gemeinschaftsrechts (strengere nationale Regelungen bleiben bei einseitigem Verhalten von Unternehmen zulässig (Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO1/2003)). Daher sind abweichende Ergebnisse aufgrund der §§ 19 f. GWB bei vorheriger Bejahung des Art. 81 EG unzulässig, es sei denn, es liegt eine einseitige Handlung zusätzlich vor.
- III. Bei Sachverhalten mit Auslandsbezug muss gemäß § 130 Abs. 2 GWB der Wettbewerb in Deutschland betroffen sein (Auswirkungsprinzip).

#### **B Verbotsadressaten bei §§ 19, 20 Abs. 1, 20 Abs. 3 GWB**

- I. Marktbeherrschende Unternehmen (absolute Marktmacht)
  1. Unternehmen/mehrere Unternehmen  
Unternehmen ist jede selbständige wirtschaftliche Einheit, die am Markt tätig ist, unabhängig von der Rechtsform. Nicht erfasst ist ein hoheitliches oder hoheitlich vorgegebenes Verhalten.
  2. Marktbeherrschung
    - a) Abgrenzung des relevanten Marktes  
(Marktmachtkonzept, Beurteilung aus der Sicht der Marktgegenseite)
    - aa) sachlich  
Geht es um die Marktmacht von *Anbietern*, gehören alle Güter und Leistungen sachlich zum selben Markt, die aus der Sicht der Nachfrager

„marktgleichwertig“, d.h. ohne große Überlegungen und Anpassungslasten austauschbar sind (Bedarfsmarktkonzept).

Für *Nachfragemärkte* kommt es umgekehrt darauf an, auf welche Produkte und Nachfrager ein Anbieter ohne größere Schwierigkeiten ausweichen kann.

Hilfsgesichtspunkt *Kreuzpreiselastizität/SSNIP-Test*

- bb) räumlich  
Räumlich gehört zum relevanten Markt der räumliche Bereich, in dem für die Marktgegenseite sinnvolle Beschaffungs- bzw. Absatzmöglichkeiten bestehen. Gemäß § 19 Abs. 2 S. 3 GWB kann der räumliche Markt größer als das Gebiet der Bundesrepublik sein (wettbewerbliche nicht politische Begrenzung).
- cc) zeitlich  
relevant, wenn ein Unternehmen aufgrund vorübergehender Umstände eine vorübergehende Machtposition erlangt (z.B. bei Messen, Volksfesten, Olympiaden, anderen Sportereignissen; Nutzungszeiten bei Infrastruktureinrichtungen).
- b) Beherrschung dieses Marktes durch ein einzelnes Unternehmen, § 19 Abs. 2, 3 S. 1 GWB  
Nicht widerlegte Vermutung gemäß § 19 Abs. 3 S. 1 GWB oder Feststellung gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 GWB.
- aa) Vermutung der marktbeherrschenden Stellung nach § 19 Abs. 3 S. 1 GWB
  - Marktanteil von mindestens einem Drittel (nicht, wenn anderes Unternehmen marktstärker)
  - Vermutung kann im Einzelfall widerlegt werden durch Nachweis nennenswerten Wettbewerbs (z.B. Preiselastizität, dynamischen Markt, finanzstarke Konkurrenz – Kriterien nach § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB).
- bb) § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB, Monopol oder Quasimonopol  
  
Unternehmen hat auf dem relevanten Markt überhaupt keinen Wettbewerber (Monopolstellung) oder ist zumindest keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt (keine nennenswerte Preiselastizität).
- cc) § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB, überragende Marktstellung  
  
Unternehmen verfügt durch seinen Marktanteil, seine Finanzkraft, seinen Zugang zu Beschaffungs- oder Absatzmärkten oder andere Faktoren über einen besonders großen, vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum (asymmetrische Machtstellung).

c) Beherrschung durch Oligopole (Oligopolbegriff umfasst auch Olypson)

aa) Begriff Oligopol: Mehrheit von Unternehmen, zwischen denen kein nennenswerter Wettbewerb besteht, wenn sie zusammen marktbeherrschend sind. Marktbeherrschung kann aus einer nicht widerlegten Vermutung gemäß § 19 Abs. 3 S. 2 GWB oder durch Feststellung gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 GWB erfolgen.

bb) Vermutung der marktbeherrschenden Stellung und eine Oligopolbildung mehrerer Unternehmen gemäß § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB

- bei 3 oder weniger Unternehmen ab einem Marktanteil von zusammen 50 %
- bei 4 oder 5 Unternehmen ab einem Marktanteil von zusammen zwei Dritteln.

Die Vermutung kann im Einzelfall widerlegt werden, indem die als Oligopol eingeordneten Unternehmen nachweisen, dass für sie untereinander wesentlicher Wettbewerb zu erwarten ist (§ 19 Abs. 3 S. 2 2. HS 1. Alt. GWB/Widerlegung des Oligopolverhaltens). Zu beachten ist, dass die Vermutung erwarteten Wettbewerbs sich auf die Gegenwart bezieht. Die Unternehmen könne die Vermutung des Oligopols auch dadurch widerlegen, dass die in ihrer Gesamtheit im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung innehaben (§ 19 Abs. 3 S. 2 2. HS 2. Alt. GWB). Dies kann insbesondere aufgrund der Kriterien des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB oder des Nachweises wesentlichen Wettbewerbes geschehen.

cc) § 19 Abs. 2 S. 2 GWB

Zwei oder mehr Unternehmen sind als Oligopol marktbeherrschend, wenn

- im Innenverhältnis zwischen ihnen kein wesentlicher Wettbewerb besteht
- sie zusammen im Außenverhältnis keinem oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind oder zusammen über eine überragende Marktstellung verfügen.

II. Erlaubte Kartelle gemäß §§ 2, 3, 28 Abs. 1 GWB (nur für Missbrauch gemäß § 20 Abs. 1, 20 Abs. 3 GWB)

III. Preisbindende Unternehmen gemäß § 28 Abs. 2, § 30 Abs. 1 S. 1 GWB (nur für § 20 Abs. 1 GWB)

## C § 20 Abs. 1 GWB, Diskriminierungsverbot

- I. Anwendungsvoraussetzung: Gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr

§ 20 Abs. 1 GWB schützt andere Unternehmen nur in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist.

1. Unternehmen
2. Gleichartig sind Unternehmen, die im Verhältnis zum Normadressaten dieselbe Grundfunktion (etwa Produktion, Groß- oder Einzelhandel) ausüben bzw. auf derselben Wirtschaftsstufe stehen.
3. Üblicherweise zugänglich: entweder tatsächlich üblicherweise zugänglich oder (h.M.) auch wenn es abstrakt generell zugänglich sein müsste (neutrale Betrachtung).

- II. Verbotenes Verhalten: unbillige Behinderung oder Diskriminierung

1. Behinderung

jede unmittelbare oder mittelbare Beeinträchtigung der Betätigungs- und Wettbewerbsmöglichkeiten andere Unternehmen

2. oder Ungleichbehandlung (Diskriminierung)

Wirtschaftlich gleiche Sachverhalte werden unterschiedlich behandelt. Einzelne Unternehmen werden gegenüber der Mehrheit der anderen Unternehmen benachteiligt oder im Verhältnis zur Mehrheit bevorzugt.

3. Spürbarkeit (keine klare Konkretisierung)
4. Unbilligkeit bzw. fehlender sachlicher Grund der Unterscheidung

Ob eine Behinderung unbillig ist oder ob einer Ungleichbehandlung ein sachlich gerechtfertigter Grund fehlt, ist im Rahmen einer umfassenden Abwägung der beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB zu ermitteln. Dabei ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.

Fallgruppen:

- a) Liefersperre – Abbruch einer Lieferbeziehung (Rechtfertigung durch jedes mit den Interessen des Lieferanten nicht vereinbare Handeln des Abnehmers – Grenze Missbrauch)
- b) Bezugsverweigerung (nur ganz ausnahmsweise diskriminierend, möglich bei überragender Nachfragemacht)
- c) Preis- und Konditionendifferenzierung ist diskriminierend soweit nicht durch Marktgegebenheiten veranlasst.

- d) Selektiver Vertrieb ist missbräuchlich soweit in sich diskriminierend oder Selektionsmaßstab zwar gleich, aber grob unsinnig ist, so dass auf einen bewussten Missbrauch zu schließen ist.
- e) Nichtzulassung zu Märkten und Messen (ähnliche Prüfung wie bei § 70 VwGO; Unbilligkeit bei unsachlicher Differenzierungsregel oder inkonsistenter Anwendung der Regeln, bekannt und bewährt für sich allein keine hinreichende Rechtfertigung).

## **D § 20 Abs. 3 GWB passive Diskriminierung**

Passive Diskriminierung setzt voraus:

- I. Vorzugsbedingungen ohne sachlich gerechtfertigten Grund
  - nicht leistungsgerechte Vergünstigungen, die ihren Grund weder in der Menge der abgenommenen Waren noch in anderen betriebswirtschaftlich kalkulierbaren Gegenleistungen des marktbeherrschenden Nachfragers bzw. Anbieters haben, sondern nur auf der Ausnutzung von Marktmacht beruhen und gleichartigen, weniger marktmächtigen Nachfragern verweigert werden
  - kein generelles Verbot von Preisnachlässen, Mengenrabatten etc., nur Schutz der Konkurrenten vor Benachteiligung durch (absolut) marktmächtiges Unternehmen bezweckt
  - umfassende Interessenabwägung (sachliche Rechtfertigung).

### II. Veranlassung unter Ausnutzung der Marktstellung

Kausalität zwischen Marktstellung und Vorteilsgewährung

+

gezieltes Einwirken des marktbeherrschenden Unternehmens auf die Gegenseite unter Ausnutzung der Marktstellung

*[Im Verhältnis zu Abs. 1 regelt Abs. 3 einen Sonderfall der mittelbaren Benachteiligung der Konkurrenten durch einen marktmächtigen Nachfrager bzw. Lieferanten, in dem die Lieferanten bzw. Abnehmer zur passiven Diskriminierung veranlasst werden.]*

## **E Verbotene Verhaltensweisen gemäß § 20 Abs. 4 GWB (Beweislast § 20 Abs. 5 GWB)**

- I. Überlegene Marktmacht (bei absoluter Marktmacht praktisch automatisch erfüllt)
- II. Verbot kleinere und mittlere Unternehmen unbillig zu behindern.

Behinderung ist weit auszulegen, wie bei § 20 Abs. 1 GWB. Beispiel: Preisschere (Mineralölunternehmen verkauft Benzin an freie Tankstellenbetreiber teurer, als der von den eigenen Tankstellen verlangte Endverkaufspreis).

### III. Verkauf unter Einstandspreis zu Lasten kleinerer und mittlerer Unternehmen § 20 Abs. 4 GWB

1. § 20 Abs. 4 S. 2 GWB konkretisiert § 20 Abs. 4 S. 1 GWB
2. Anbieten von Waren oder gewerblichen Leistungen unter Einstandspreis
  - a) Waren oder gewerbliche Leistungen
  - b) anbieten (wegen des Schutzes kleiner und mittlerer Konkurrenten nicht bei Konzernverrechnungspreisen, sondern nur bei externen Preisen erfüllt)
  - c) unter Einstandspreis (nicht Selbstkostenpreis, also ohne Gemeinkosten, Nettopreis unter Berücksichtigung von Jahresrabatten etc.)
3. Nicht nur gelegentlich (keine Einzelaktionen, geeignet den Wettbewerb zu Lasten der kleinen und mittleren Unternehmen zu beeinflussen).
4. Keine Rechtfertigung des Verkaufs unter Einstandspreisen durch
  - a) Notverkäufe (herrschend als Rechtfertigung anerkannt)
  - b) fehlende Verdrängungsabsicht (nicht anerkannt)
  - c) Abwehr rechtswidrigen Vorverhaltens anderer Großunternehmen (für sich allein keine Rechtfertigung BGH WuW/E 1046 f. Wal Mart)

## **G Missbrauch gemäß § 19 Abs. 1, Abs. 4 GWB**

Verboten ist hier nicht das Erlangen oder Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung, sondern nur das missbräuchliche Ausnutzen der daraus resultierenden Marktmacht als Anbieter oder Nachfrager. Abs. 4 Nr. 1-4 enthalten 4 Beispielfälle für missbräuchliches Verhalten, Abs. 1 enthält ein allgemeines generalklauselartiges Missbrauchsverbot. Geschützt sind bei § 19 GWB nicht nur Unternehmen, sondern auch Verbraucher.

### **I. Behinderungsmissbrauch, Abs. 4 Nr. 1**

Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen werden ohne sachlichen Grund erheblich beeinträchtigt.

Beispiele: Preisunterbietung (bei Vernichtungs- oder Verdrängungsabsicht oder systematischem Verkauf unter Einstandspreis), Koppelungsverträge (bei unsachlichen Kopplungen), Rabattsysteme (als indirekte Ausschließlichkeitsbindung), Ausschließlichkeitsbindungen, Missbrauch der Nachfragemacht der öffentlichen Hand.

### **II. Ausbeutungsmissbrauch, Abs. 4 Nr. 2**

Preis- und Konditionenmissbrauch: Unternehmen erzielt bessere Erlöse und Konditionen, als es bei wirksamem Wettbewerb könnte

(Ermittlung der hypothetischen Preise und Konditionen bei wirksamem Wettbewerb nach dem Vergleichsmarktkonzept). Zusätzliche Voraussetzung ist, dass ein Ertrag erzielt wird, der über der üblichen Kapitalverzinsung liegt.

### **III. Strukturmissbrauch, Abs. 4 Nr. 3**

Preis- und Konditionenspaltung: Unternehmen verlangt ohne sachlichen Grund für die Gegenseite ungünstigere Preise und Konditionen, als es selbst auf einem vergleichbaren Markt verlangt. Unternehmen nutzt unterschiedliche Marktstrukturen unbillig aus.

IV. Zugangsverweigerung, Abs. 4 Nr. 4

Unternehmen weigert sich, anderen Unternehmen gegen ein angemessenes Entgelt Zugang zu eigenen Netzen oder Infrastruktureinrichtungen zu gewähren (Anknüpfen an essential-facilities-doctrine). Zweck ist die Verbindung monopolistischer Strukturen bzw. das Öffnen von vor- oder nachgelagerten Märkten.

Sonderregelungen z.B. in § 14 AEG, §§ 33 ff. TKG

V. Generalklausel, Abs. 1

Über die in Abs. 4 genannten Beispielfälle hinaus kann auch ein sonstiges Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung über die Generalklausel des Abs. 1 verboten sein, wenn die Marktmacht dazu genutzt wird, Konkurrenten oder die Marktgegenseite in einer Weise zu behindern oder zu schädigen, die bei wirksamem Wettbewerb nicht möglich wäre.

Beispiele: Strukturmissbrauch (IBM-Fall), Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher (vgl. Art. 82 S. 2 lit. b) EG).

**G Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen §§ 19, 20 GWB**

- I. Nichtigkeit gemäß § 19 GWB bzw. § 20 Abs. 1 GWB bzw. § 20 Abs. 3 GWB jeweils i.V.m. § 134 BGB
- II. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gemäß § 33 Abs. 1 GWB
- III. Schadensersatzanspruch gemäß § 33 Abs. 3 GWB
- IV. Verwaltungsrechtliche Untersagung gemäß § 32 GWB
- V. Bußgeld gemäß §§ 81 Abs. 2 Nr. 1 Abs. 4 GWB
- VI. Anspruch auf Zugang zu einer essential facility gegen angemessenes Entgelt gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB (str. ob aus Unterlassungsanspruch abgeleitet).
- VII. Bei § 20 Abs. 1 GWB unter Umständen ebenfalls Anspruch auf Lieferung oder Abnahme von Waren und Leistungen und wie bei § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB unter Umständen auch Zugang zu einer essential facility (str. ob aus Unterlassungsanspruch abgeleitet).