

**Münchener Kommentar zum
Wettbewerbsrecht - Band 2:
Deutsches Wettbewerbsrecht. Gesetz
gegen Wettbewerbsbeschränkungen
(GWB) §§ 1-96, 185, 186, Verfahren vor
den europäischen Gerichten**

3. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-72772-6
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

das Vorliegen von schutzwürdigen Individualinteressen des Normadressaten sind abhängig von der Verfahrensart (→ Rn. 36 f.). Ausgangspunkt der Abwägung ist der aus der unternehmerischen Handlungsfreiheit abzuleitende Grundsatz, dass das Missbrauchsverbot den Normadressaten grundsätzlich nicht daran hindert, seine geschäftliche Tätigkeit nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie er dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig erachtet.¹⁹² Aufgrund besonderer Umstände kann sich allerdings das Interesse der durch das Verhalten des Marktbeherrschers Betroffenen im Einzelfall als vorrangig gegenüber der Gestaltungsfreiheit des Normadressaten erweisen.¹⁹³ Die Freiheit des Normadressaten zur Gestaltung seines Marktauftritts besteht nur innerhalb der durch das Wettbewerbsrecht gezogenen Grenzen. Sie ist beschränkt, wo sie missbraucht wird oder zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führt, die mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes, insbesondere der Offenhaltung des Marktzugangs, unvereinbar ist.¹⁹⁴ Bei der Bewertung der gegenläufigen Interessen sind umso höhere Anforderungen an die Schutzwürdigkeit der von einem marktmächtigen Unternehmen verfolgten Belange zu stellen, je stärker dessen Stellung auf dem relevanten Markt bzw. je größer die Abhängigkeit der Marktgegenseite ist.¹⁹⁵ Je stärker zudem die negativen Auswirkungen auf die Marktverhältnisse sind, desto stärker wiegt das dem Individualinteresse des Normadressaten gegenläufige Interesse am Schutz wirksamen Wettbewerbs. Praktiken, die auf die Begründung und Absicherung einer Monopolstellung hinauslaufen, egal ob beim beherrschenden Unternehmen selbst oder bei Dritten, sind daher mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB regelmäßig unvereinbar.¹⁹⁶ Gleiches gilt für rechtswidrige Praktiken. Bei der Interessenabwägung sind die Wertungen sektorspezifischer Sondergesetze zu berücksichtigen (→ Rn. 19).¹⁹⁷

III. Kausalzusammenhang und Drittmarktbehinderung

Zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbilligten Verhalten oder seiner wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung muss ein hinreichender **Kausalzusammenhang** bestehen. Nicht erforderlich ist, dass dem Unternehmen das missbilligte Verhalten nur aufgrund der marktbeherrschenden Stellung möglich ist. Es reicht, wenn das Verhalten *oder* dessen Wirkung gerade aufgrund der marktbeherrschenden Stellung missbilligt werden.¹⁹⁸ Ausreichend ist danach auch, wenn das Verhalten aufgrund der marktbeherrschenden Stellung eine besondere wettbewerbsliche Gefahrenlage schafft (sog. „Ergebniskausalität“). Dementsprechend werden bestimmte Verhaltensweisen nur missbilligt, wenn sie von marktbeherrschenden Unternehmen ausgehen, die insoweit eine besondere Verantwortlichkeit tragen, während die gleichen Verhaltensweisen von nicht marktbeherrschenden Unternehmen aus dem Anwendungsbereich des GWB ausgeklammert werden (→ Rn. 3).¹⁹⁹ Teilweise wird für den **Ausbeutungsmissbrauch** eine strengere „Handlungskausalität“ verlangt. Danach dürfte zB eine unangemessene Geschäftsbedingung nur aufgrund der marktbeherrschenden Stellung erzwingbar sein, um missbräuchlich zu sein.²⁰⁰ Eine solche Pauschalisierung begründet jedoch unnötige Schutzlücken. Das Fehlen hinreichender Ausweichmöglichkeiten für die Marktgegenseite wird bereits mit der marktbeherrschenden Stellung bejaht. Einer weitergehenden Feststellung der Schutzbedürftigkeit des Marktes und der Marktteilnehmer bedarf es dann nicht mehr. Das OLG Düsseldorf trieb dies auf die Spitze, indem es zur Feststellung eines Ausbeutungsmissbrauchs statt der marktbezogenen Ausweichmöglichkeiten auf andere Produkte auch die Möglichkeit des Verzichts einbezog, welche nur bei Gütern zur Befriedigung grundlegender Lebensbedürfnisse fehle,

¹⁹² Vgl. BGH 31.1.2012 – KZR 65/10, NJW 2012, 2110 (2112); 13.7.2004 – KZR 17/03, NJW-RR 2005, 49 (50) – Sparberaterin.

¹⁹³ BGH 31.1.2012 – KZR 65/10, NJW 2012, 2110 (2112).

¹⁹⁴ Vgl. BGH 31.1.2012 – KZR 65/10, NJW 2012, 2110 (2112 f.); 27.4.1999 – KZR 35/97, NJW-RR 2000, 773 (774) – Feuerwehrgeräte.

¹⁹⁵ Vgl. BGH 31.1.2012 – KZR 65/10, NJW 2012, 2110 (2112 f.); 27.4.1999 – KZR 35/97, NJW-RR 2000, 773 (774) – Feuerwehrgeräte.

¹⁹⁶ Vgl. BGH 31.1.2012 – KZR 65/10, NJW 2012, 2110 (2113); 27.4.1999 – KZR 35/97, NJW-RR 2000, 773 (774) – Feuerwehrgeräte; 13.7.2004 – KZR 17/03, NJW-RR 2005, 49 (51) – Sparberaterin.

¹⁹⁷ Vgl. BGH 17.12.2013 – KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139 (4146) Rn. 52 – Stromnetz Heiligenhafen; 11.11.2008 – KZR 43/07, WuW/E DE-R 2581 Rn. 19 – Neue Trift; KG 24.10.2001 – Kart U 6516/00, WRP 2002, 564 (571) – Durchleitung von Strom.

¹⁹⁸ BGH 4.11.2003 – KZR 16/02, WuW/E DE-R 1206 f. – Strom und Telefon I; KG 12.11.1980 – Kart 32/79, WuW/E OLG 2403 (2410 f.) – Fertigfutter; *Möschel*, Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1974, 205 ff.; FK-Kartellr./Weyer Rn. 805; *Bechtold/Bosch* Rn. 5; *Wiedemann* in *Wiedemann Kartellr.-HdB* § 23 Rn. 55.

¹⁹⁹ Diese können im Einzelfall als unlautere Verhaltensweise iSd § 3 UWG erfasst werden.

²⁰⁰ So zB OLG Düsseldorf 26.8.2019 – VI-Kart 1/19 (V), Umdr. S. 19 – Facebook; *Frack* ZWer 2016, 137 (151 ff.).

nicht aber sozialen Netzwerken.²⁰¹ Doch ist diese Vorwertung schon aufgrund des generellen und nicht auf wichtige Güter beschränkten Interesses der Allgemeinheit an funktionierendem Wettbewerb systemwidrig. Zudem findet die auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des GWB ihre Konkretisierung in einer Schutzzwecktrias, wonach über den Wettbewerb als Systemfaktor hinaus speziell auch die Interessen der Wettbewerber und Verbraucher zu schützen sind.²⁰² Sofern die relevanten Interessen der Verbraucher durch ein marktbeherrschendes Unternehmen besonders stark betroffen sind, gewährt das GWB Schutz auch dann, wenn ein nicht marktbeherrschendes Unternehmen – zB aufgrund eines generellen Informationsungleichgewichts – dieses erreichen könnte. Den Bedingungen eines marktbeherrschenden Unternehmens kann sich der Verbraucher eben nicht auf die gleiche Weise entziehen wie einem Unternehmen, das in hartem Konkurrenzkampf steht.²⁰³ Daher ist auch bei Ausbeutungsmisbräuchen festzustellen, inwieweit die vom Marktbeherrscher geschaffene Marktlage nicht nur für eventuelle behinderte Mitbewerber, sondern auch in ihren Interessen verletzte Verbraucher den Zielsetzungen des GWB widerspricht, so dass Ergebniskausalität ausreichen kann. Umgekehrt ist nicht jede Maßnahme, die nur einem marktbeherrschenden Unternehmen möglich ist, stets auch missbräuchlich.²⁰⁴ Eine grundsätzlich unverfängliche Maßnahme wäre die Enttäuschung der Verbrauchererwartung durch Verzicht auf eine jährliche Erweiterung der Produktkollektion, auch wenn ein in intensivem Wettbewerb stehendes Unternehmen dies nicht könnte.

- 34a Zur Ursprungsfassung der Missbrauchsaufsicht (§ 22 GWB 1957) wurde vertreten, dass die Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem beherrschten Markt eintreten muss. Dem half der Gesetzgeber durch die weite Fassung der Generalklausel des § 19 Abs. 1 ab, mit der missbräuchliches Verhalten auch auf nicht beherrschten Märkten erfasst werden sollte.²⁰⁵ Auf dem Boden eines weit verstandenen Kausalitätserfordernisses können auch wettbewerbswidrige Wirkungen auf einem **Drittmarkt** erfasst werden.²⁰⁶ Demgemäß werden durch § 19 auch die tatsächlichen oder potentiellen Konkurrenten des Marktbeherrschers auf Drittmarkten geschützt.²⁰⁷ Mit der regelungstechnischen Verzahnung der materiellen Verbotstatbestände des § 19 und des § 20 Abs. 1 durch die 8. GWB-Novelle hat der Gesetzgeber klargestellt, dass das **Verbot der missbräuchlichen Drittmarktbehinderung auch für die Fälle der Abhängigkeit gemäß § 20** gilt (→ § 19 Rn. 42).²⁰⁸ Der Gesetzgeber folgte damit der Rechtsprechung des BGH, der ebenfalls keine Veranlassung mehr sah, an der früheren restriktiven Rechtsprechung zu § 20 festzuhalten.²⁰⁹ Damit wurde der vom Gesetzgeber ursprünglich beabsichtigte funktionelle Anschluss des § 20 an die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen wieder hergestellt.²¹⁰

IV. Fallgruppen

- 35 **1. Behinderungs- und Diskriminierungsstrategien – Überblick.** Auch im Rahmen der Generalklausel kann zwischen Ausbeutungs- und Behinderungsmisbräuchen unterschieden werden.²¹¹ Dementsprechend erfüllt die Generalklausel sowohl beim Ausbeutungsmisbrauch iSd § 19 Abs. 2 Nr. 2 und 3 insbesondere ggü. Verbrauchern²¹² als auch beim Behinderungsmisbrauch iSd § 19 Abs. 4 Nr. 4²¹³ eine Auffangfunktion. Letzterer greift damit vor allem solche Sachverhalte, die im Rahmen eines technisch engen Verständnisses nicht unter den Begriff der Infrastruktureinrichtung erfasst werden können (→ Rn. 148 ff.). Für viele Fallgruppen des Behinderungsmisbrauchs

²⁰¹ OLG Düsseldorf 26.8.2019 – VI-Kart 1/19 (V), Umdr. S. 28 f. – Facebook.

²⁰² Wolf/WRP 2019, 283 (287); vgl. zum EU-Recht EuGH 4.6.2009 – C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 Rn. 38 – T-Mobile Netherlands; EuG 14.3.2013 – T-588/08, ECLI:EU:T:2013:130 Rn. 65 – Dole/Kommission.

²⁰³ Vgl. auch BKArtA 6.2.2019 – B6-22/16 Rn. 880 – Facebook.

²⁰⁴ In diese Richtung scheinbar OLG Düsseldorf 26.8.2019 – VI-Kart 1/19 (V), Umdr. S. 17 – Facebook.

²⁰⁵ Begründung zur 1. GWB-Novelle, BT-Drs. IV/2564, 15.

²⁰⁶ BGH 4.11.2003 – KZR 16/02, WuW/E DE-R 1206 f. – Strom und Telefon I; 4.11.2003 – KZR 38/02, GRUR 2004, 259 (260 f.) – Strom und Telefon II; 30.3.2004 – KZR 1/03, NJW 2004, 2375 (2376) – Der Oberhammer; KG 9.11.1983 – Kart 35/82, WuW/E OLG 3124 (3129) – Milchaustauschfüttermittel; OLG Düsseldorf 21.2.2001 – U Kart 33/00, WuW/E DE-R 880 (883) – Strom & Fon.

²⁰⁷ BGH 4.11.2003 – KZR 16/02, WuW/E DE-R 1206 f. – Strom und Telefon I; klargestellt auch durch § 19 Abs. 2 Nr. 4.

²⁰⁸ Begr. RegE zur 8. GWB-Novelle, BT-Drs. 17/9852, 23.

²⁰⁹ Vgl. BGH 30.3.2004 – KZR 1/03, NJW 2004, 2375 (2376) – Der Oberhammer; zweifelnd bereits BGH 4.11.2003 – KZR 16/02, GRUR 2004, 255 (256) – Strom und Telefon I.

²¹⁰ Vgl. BGH 20.11.1975 – KZR 1/75, NJW 1976, 801 (802) – Rossignol.

²¹¹ Vgl. KG 14.4.1978 – Kart 8/78, WuW/E OLG 1983 (1985) – Rama-Mädchen.

²¹² Vgl. BGH 6.11.1984 – KVR 13/83, WuW/E BGH 2103 (2107) – Favorit; 6.11.2013 – KZR 58/11, WuW/E DE-R 4037 (4046 f.) Rn. 65 – VBL-Gegenwert I.

²¹³ Vgl. OLG Koblenz 17.12.2009 – U 1274/09 Kart, GRUR-RR 2010, 105 (106) – Shuttledienst.

kann auf die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und der Unionsgerichte verwiesen werden, die für einzelne Fallgestaltungen, wie der **Preis-Kosten-Schere** (→ AEUV Art. 102 Rn. 689 ff.),²¹⁴ **Kampfpreisstrategien** (→ AEUV Art. 102 Rn. 672 ff.) und **Treuerabatte** (→ AEUV Art. 102 Rn. 705 ff.), inzwischen weiter entwickelt ist als die deutsche Rechtspraxis.²¹⁵ Als **Diskriminierungsverbot** hat die Generalklausel wegen der Begrenzung des § 19 Abs. 2 Nr. 1 auf Verhältnisse zwischen Unternehmen vor allem in Bezug auf Endverbraucher Bedeutung. Es sind dabei die zu § 19 Abs. 2 Nr. 1 entwickelten Beurteilungskriterien entsprechend heranzuziehen.

2. Kartellrechtliche Zwangslizenz und missbräuchliche Verletzungsklage. Die Voraussetzungen für eine missbräuchliche Verweigerung des Zugangs zu Immaterialgüterrechten mit der Folge einer **kartellrechtlichen Zwangslizenz** lassen sich weitgehend der Entscheidungspraxis zu Art. 102 AEUV entnehmen.²¹⁶ Da die Ausschlussfunktion von Immaterialgüterrechten auch von § 19 dem Grunde nach anerkannt wird (→ Rn. 14), kommt eine Verpflichtung zur Erteilung einer Zwangslizenz nur unter engen Voraussetzungen in Betracht. Diese liegen insbesondere dann vor, wenn die Verweigerung eines für eine bestimmte Marktstätigkeit unerlässlichen Schutzrechtes ein neuartiges Produkt verhindert und einen Wettbewerb insoweit ausschließt. Eine ausführliche **Kommentierung findet sich in Band 1** (→ Grdl. Bd. 1 Rn. 1227 ff.). Gewährt der Schutzrechtsinhaber nur ausgewählten Unternehmen eine Lizenz oder zu unterschiedlichen Lizenzbedingungen, greifen die allgemeinen Grundsätze für den Missbrauch durch **Diskriminierung**, wobei im Rahmen der Interessenabwägung der gesetzgeberischen Entscheidung für eine privatautonome Rechtsposition des Schutzrechtsinhabers hinreichendes Gewicht beizumessen ist (→ Rn. 44 ff.).²¹⁷

Unter engen Voraussetzungen kann gegen eine **Verletzungsklage des Schutzrechtsinhabers** wegen Verletzung seines Schutzrechts durch eigenmächtige Nutzung (Selbsthilfe) erfolgreich eingewendet werden, jener habe die zuvor erbetene Lizenz unter Verstoß gegen das Missbrauchsverbot verweigert (→ Rn. 209). Unter diesen Voraussetzungen kann schon die Erhebung der Verletzungsklage durch den Rechtsinhaber missbräuchlich sein.²¹⁸ Für § 19 hat der BGH in der Orange-Book-Entscheidung entschieden, dass der Petent, um sich gegenüber einer Verletzungsklage auf den **Einwand der kartellrechtlichen Zwangslizenz** berufen zu können, ein Angebot mit angemessenen Bedingungen abgegeben haben muss und, wenn der Rechteinhaber darauf nicht eingeht, sich entsprechend den Lizenzbedingungen verhält, einschließlich der Zurverfügungstellung des angemessenen Lizenzentgeltes durch Hinterlegung.²¹⁹ Der EuGH schließt für standardessentielle Patente (SEP), für die zuvor die Lizenzbereitschaft nach FRAND-Bedingungen (fair, reasonable and non-discriminatory) erklärt wurde, einen Missbrauch iSd Art. 102 AEUV nur bei Einhaltung eines starren Dialogprogramms aus (zu den Anforderungen im Einzelnen → Rn. 209).²²⁰ Zwar muss § 19 nicht zwingend den gleichen Maßstäben folgen, auch wenn eine Angleichung sinnvoll erscheint. Allerdings überlagert in den relevanten Fällen das parallel anzuwendende Unionsrecht (Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO (EG) 1/2003) das nationale Missbrauchsverbot. Es kommt auf § 19 nicht mehr an, wenn einer Verletzungsklage bereits ein Zwangslizenzeinwand wegen ihrer Missbräuchlichkeit iSd Art. 102 AEUV entgegengehalten werden kann. Bei der Übertragung dieser Grundsätze auf sonstige Konstellationen wie De-facto-Standards ist nach den vom EuGH aufgestellten Grundsätzen stets zu berücksichtigen, inwieweit der Patentinhaber zur Unerlässlichkeit der Patentnutzung durch eigenverantwortliches Tun, welches über die bloße Eigennutzung hinausgeht, beigetragen hat.²²¹

3. Datenbezogener Missbrauch. Daten können vor allem im Bereich digitalisierter Märkte nicht nur einen besonderen Machtfaktor darstellen (→ § 18 Rn. 59 ff.). Sie bergen auch ein eigenständiges, spezifisches Missbrauchspotential. So besteht die Gefahr, dass Datenvorsprünge zur Intensivierung traditioneller Behinderungs- und Diskriminierungspraktiken iSd § 19 Abs. 2 Nr. 1

²¹⁴ Ebenso OLG Düsseldorf 6.4.2016 – VI-Kart 9/15 (V) Rn. 83 ff.

²¹⁵ Mit diesem Befund ausführlich zur Kampfpreisunterbietung im europäischen, US-amerikanischen und deutschen Recht *Wirmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch*, 2012, 389–528 und zu Rabattsystemen 529–631.

²¹⁶ Vgl. EuGH 6.4.1995 – C-241/91 P, Slg. 1995, I-743 – RTE und ITP/Kommission (Magill); 29.4.2004 – C-418/01, Slg. 2004, I-5039 – IMS Health; ebenso *Immenga/Mestmäcker/Möschel/Fuchs* § 19 Rn. 355.

²¹⁷ Vgl. BGH 13.7.2004 – KZR 40/02, WuW/E DE-R 1329 – Standard-Spundfass II; 5.9.2009 – KZR 39/06, GRUR 2009, 694 – Orange-Book-Standard.

²¹⁸ *Fuchs* NZKart 2015, 429 (433 f.).

²¹⁹ BGH 6.5.2009 – KZR 39/06, GRUR 2009, 694 – Orange-Book-Standard.

²²⁰ EuGH 16.7.2015 – C-170/13 – Huawei; s. dazu auch OLG Düsseldorf 30.3.2017 – I-15 U 66/15, GRUR 2017, 1219 – Lizenzierungspflicht zu FRAND-Bedingungen II.

²²¹ EuGH 16.7.2015 – C-170/13 Rn. 54 f. – Huawei/ZTE; *Buntscheck* NZKart 2015, 521 (523 f.); für eine vollständige Angleichung *Lubitz* NZKart 2017, 618 (623); in diese Richtung auch *Fuchs* NZKart 2015, 429 (434 f.).

eingesetzt werden.²²² Die Datensammlung und -nutzung kann im Einzelfall einen Ausbeutungsmissbrauch iSd Konditionenmissbrauchs gem. § 19 Abs. 2 Nr. 3 begründen. Daneben erlangt die Generalklausel für die Frage des **Zugangs zu den Datenbeständen** eines marktbeherrschenden Unternehmens Bedeutung. Datenbestände fallen nach der herrschenden Auffassung nicht unter den Infrastrukturbegriff iSd § 19 Abs. 2 Nr. 4, so dass auf die Generalklausel zurückzugreifen ist (→ Rn. 35a). Für die Annahme eines Missbrauchs durch Zugangsverweigerung müssten die maßgeblichen Datenbestände jedoch eine essentielle Bedeutung haben und zumutbare Substitute oder Beschaffungsmöglichkeiten dürften nicht verfügbar sein. Insoweit gelten die für § 19 Abs. 2 Nr. 4 geltenden Voraussetzungen entsprechend. Dies kann am ehesten der Fall sein, wenn die Datenbank selbst oder ihre Inhalte durch Immaterialgüterrechte abgesichert sind.²²³ In Betracht kommt zwar auch ihre faktische Nichtverfügbarkeit, etwa weil eine stets aktuelle Datenbank eine kostenintensive Datensammlung verlangt.²²⁴ Allerdings sind Ausweichalternativen zu berücksichtigen, die eine Tätigkeit auf dem datenabhängigen Markt nicht mehr als unzumutbar erscheinen lassen. Hierbei sind auch Möglichkeiten zum Erwerb von Datenbeständen von sog. Datenhändlern einzubeziehen.²²⁵ Die Nichtsubstituierbarkeit dürfte bei persönlichen Daten eher selten auftreten, da diese regelmäßig für alle Unternehmen verfügbar bzw. zu erlangen sind (Nicht-Rivalität).²²⁶ Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Zugang nur im Rahmen des rechtlich Möglichen zu gewähren ist, aus datenschutzrechtlichen Gründen personenbezogene Daten aber gerade nicht ohne Zustimmung der Betroffenen mit Dritten geteilt werden dürfen.²²⁷ Sonstige Datenbestände können im Einzelfall unerlässlich sein, wenn bestimmte Daten nur über Dienste in Erfahrung zu bringen sind, die durch als Markttrittsschranken wirkende Netzwerkeffekte geprägt sind oder hohe Anfangsinvestitionen verlangen.²²⁸

35d 4. Missbrauch durch Rechtsbruch. Umstritten und iE zu bejahen ist die Frage, inwieweit ein **Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften** einen Missbrauch begründen kann.²²⁹ Ein Rechtsverstoß durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann über die bloße Erschütterung der Rechtsordnung hinausgehende Wirkungen auf den Wettbewerb haben. Der Normverletzer verlässt das für alle Marktteilnehmer geltende **level playing field** und greift auf leistungsfremde Instrumente zurück, deren Nutzung aus wettbewerbsrechtlicher Sicht durch kein anerkanntenswertes Interesse gedeckt sind. Sie sind daher in einer Interessenabwägung gem. § 19 nicht zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmens berücksichtigungsfähig.²³⁰ Dabei ist zu berücksichtigen, dass es nicht „den“ Wettbewerb gibt, sondern sich dieser innerhalb ökonomischer und auch rechtlicher Rahmenbedingungen vollzieht, die bei der Beurteilung einer Wettbewerbsverfälschung nicht ausgeblendet werden können.²³¹ Ein Normverstoß kann so in wettbewerblicher Hinsicht sowohl zu einer Behinderung von Mitbewerbern als auch einer missbräuchlichen Ausnutzung der Verbraucher führen.²³² Um diesen Gefahren im Einzelfall wirksam zu begegnen, ist die Fallgruppe des Rechtsbruches ähnlich derjenigen in § 3a UWG auch im Rahmen des § 19 Abs. 1 grundsätzlich anzuerkennen.²³³ In diesem Sinne hat der BGH Verstöße gegen das TKG zu Lasten von Wettbewerbern und Abnehmern als Grundlage eines Missbrauchsvorwurfs herangezogen,²³⁴ ebenso den Einsatz unzulässiger AGB.²³⁵ Bestätigt durch den EuGH, verwies auch die EU-Kommission auf die Verletzung patentrechtlicher Vorschrif-

²²² Dazu BKartA/Autorité de la Concurrence, Competition Law and Data, 2016, 18 ff.

²²³ Vgl. EuGH 29.4.2004 – C-218/01, Slg. 2004, I-5039 – IMS Health.

²²⁴ S. dazu die Entscheidung der Autorité de la Concurrence 8.7.2014 – 14-D-06 – Cegedim, erläutert bei BKartA/Autorité de la Concurrence, Competition Law and Data, 2016, 18 f.

²²⁵ Vgl. dazu BKartA/Autorité de la Concurrence, Competition Law and Data, 2016, 38 f.; KOM 11.3.2008 – COMP/M.4731 Rn. 364 f. – Google/DoubleClick; KOM 3.10.2014 – COMP/M.7217 Rn. 184 ff. – Facebook/WhatsApp.

²²⁶ BKartA/Autorité de la Concurrence, Competition Law and Data, 2016, 36 f.; *Nuys WuW* 2016, 512 (516).

²²⁷ *Nuys WuW* 2016, 512 (517); *Körber ZUM* 2017, 93 (99); *Körber NZKart* 2016, 348 (350 f.).

²²⁸ BKartA/Autorité de la Concurrence, Competition Law and Data, 2016, 38.

²²⁹ Vgl. *Körber NZKart* 2016, 348 (352 ff.); *Lettl WuW* 2016, 214; Monopolkommission SG 68 Rn. 515 ff.

²³⁰ Vgl. OLG Düsseldorf 21.12.2011 – VI-Kart 5/11 (V), BeckRS 2013, 13541.

²³¹ EuGH 14.3.2013 – C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160 Rn. 47 – Allianz Hungaria.

²³² Vgl. BGH 6.11.2012 – KVR 54/11, NVwZ-RR 2013, 604 Rn. 38; 29.6.2010 – KZR 50/07, BeckRS 2010, 21064 Rn. 35; 13.10.2009 – KZR 41/07, NJOZ 2010, 2269 Rn. 61 – Teilnehmerdaten II.

²³³ Ebenso Monopolkommission SG 68 Rn. 151 ff., 517 f.; *Lettl WuW* 2016, 214 ff.; wegen rechtsdogmatischer Bedenken zurückhaltend *Hirsbrunner EWS* 2005, 488 ff.

²³⁴ Vgl. BGH 6.11.2012 – KVR 54/11, NVwZ-RR 2013, 604 Rn. 38; 29.6.2010 – KZR 50/07, BeckRS 2010, 21064 Rn. 35; 13.10.2009 – KZR 41/07, NJOZ 2010, 2269 Rn. 61 – Teilnehmerdaten II.

²³⁵ BGH 6.11.2013 – KZR 58/11, NVwZ-RR 2014, 515 Rn. 65 – VBL-Gegenwert I; 24.1.2017 – KZR 47/14, NZKart 2017, 242 (244) Rn. 35 – VBL-Gegenwert II.

ten zur Beantragung eines Schutzrechtes zur Begründung eines Missbrauchs iSd Art. 102 AEUV.²³⁶ Die **Berechtigung dieser Fallgruppe** wurzelt in der besonderen Schädlichkeit eines Normverstößes durch marktbeherrschende Unternehmen. Ist die Behinderungswirkung auf die Konkurrenten besonders stark, weil jene auf dem vermachteten Markt bereits in einer geschwächten Wettbewerbsposition sind oder ist die Ausbeutung der Verbraucher besonders gravierend, weil sie vom Marktbeherrscher abhängig sind, dann ist es ratsam, die Durchsetzung der Rechtsordnung um das scharfe Schwert des Kartellrechts zu erweitern. Bedeutsam ist vor allem die Möglichkeit eines kartellbehördlichen Vorgehens. Die rein privatrechtliche Rechtsdurchsetzung ist nicht nur mit generellen prozessualen Schwierigkeiten verbunden,²³⁷ sondern kann gegenüber einem marktmächtigen Unternehmen besonders erschwert sein, zB wenn der Betroffene vom marktbeherrschenden Normverletzer abhängig ist.²³⁸ Dass auf diesem Wege weitergehende Durchsetzungsmechanismen geschaffen werden, lässt sich mit dem Grundgedanken des Missbrauchsverbotes vereinbaren, welches bestimmte Verhaltensweisen nur missbilligt, wenn sie von marktbeherrschenden Unternehmen vorgenommen werden, das gleiche Verhalten nicht-marktbeherrschender Unternehmen dagegen nicht (→ Rn. 3). Grundlegende Schwierigkeiten bestehen nicht. Da die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs innerhalb der rechtlichen Rahmenbedingungen zu sichern ist, ist deren Berücksichtigung keine systemsprengende Instrumentalisierung oder Politisierung des Wettbewerbsrechts.²³⁹ Gegen eine solche Fallgruppe kann auch nicht angeführt werden, den Gerichten und den Kartellämtern fehle die Rechtsanwendungskompetenz oder es bestünde die Gefahr widersprechender Entscheidungen.²⁴⁰ Die Rechtsordnung setzt diese Kompetenz voraus.²⁴¹ Spezielle Gerichtskompetenzen können über Regelungen wie in § 87 GWB oder § 140 MarkenG gefördert werden. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob das Gesetz einem Normbereich einen abschließenden Sanktionsrahmen zuweist.²⁴² Für divergente Entscheidungslinien stehen gesonderte Instrumente bereit, wie die Divergenzrevision bzw. -beschwerde (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, § 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, § 74 Abs. 2 Nr. 2 GWB)²⁴³ oder eine Entscheidung des Gemeinsamen Senates der obersten Gerichtshöfe.²⁴⁴

Um das Wettbewerbsrecht über die Fallgruppe des Rechtsbruches nicht zum allgemeinen 35e Rechtsdurchsetzungsinstrument umzufunktionieren, bedarf es einer auf die Zielsetzung des GWB abgestimmten Beschränkung. Neben der Definition des in Betracht kommenden Normenkreises (→ Rn. 35f) sind Kriterien für die von § 19 erfassten Normübertretungen zu entwickeln. Danach sind grundsätzlich nur Normverstöße mit einer spezifischen Wettbewerbsrelevanz erfasst.²⁴⁵ Für § 19 bedarf es daher eines Marktmachtbezuges.²⁴⁶ Es kann nicht verlangt werden, dass dieser sich direkt aus der verletzten Norm ableiten lässt. Das allgemeine Gesetz berücksichtigt regelmäßig nicht die besondere wettbewerbliche Gefahrenlage, die ein Verstoß durch Marktbeherrscher begründet. Zu verlangen, dass die verletzte Norm aus sich heraus eine Marktmachtkontrolle verlangt, liefe regelmäßig auf eine teleologische Unterstellung hinaus.²⁴⁷ Entscheidend ist vielmehr, ob die konkrete Normübertretung einen solchen besonderen Bezug herstellen kann, weil sie aufgrund der Marktmacht des Normverletzers in besonderer Weise den Zielen des § 19 widersprechende Auswirkungen haben kann.²⁴⁸ Da es um die Abwehr einer marktmachtbedingten Beeinträchtigung der Wettbewerbsver-

²³⁶ KOM 15.6.2005 – COMP/A.37.507/F3 Rn. 626 ff. – AstraZeneca; EuG 1.7.2010 – T-321/05, Slg. 2010, II-2805 Rn. 352 ff. – AstraZeneca/Kommission; EuGH 6.12.2012 – C-457/10 P, ECLI:EU:C:2012:770 Rn. 66 ff., insbes. Rn. 111 – AstraZeneca/Kommission.

²³⁷ Dazu *Wölf* WRP 2019, 283 ff.

²³⁸ *Podszun/de Toma* NJW 2016, 2987 (2993); *Langen/Bunte/Nothdurft* Rn. 195, mit ergänzendem Hinweis auf §§ 21 Abs. 4, 54 Abs. 1 S. 2, 70 Abs. 4.

²³⁹ AA *Franck* ZWeR 2016, 137 (143); *Körber* NZKart 2019, 187 (195).

²⁴⁰ So *Franck* ZWeR 2016, 137 (144); *Körber* NZKart 2019, 187 (194).

²⁴¹ Vgl. § 134 BGB, § 823 Abs. 2 BGB, § 3a UWG; Ausnahme: § 293 ZPO.

²⁴² Vgl. *BKArtA* 6.2.2019 – B6-22/16 Rn. 544 ff. – Facebook; BGH 7.2.2006 – KZR 33/04, GRUR 2006, 773 (774) Rn. 12–16 – Probeabonnement.

²⁴³ Dazu BGH 29.5.2002 – V ZB 11/02, NJW 2002, 2473 f.; 28.6.2016 – II ZR 290/15, BeckRS 2016, 18489 Rn. 7 mwN.

²⁴⁴ *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler* UWG § 3a Rn. 1.44; *MüKoUWG/Schaffert* UWG § 4 Rn. 39; s. *GmS-OGB* 22.8.2012 – GmS-OGB 1/10, GRUR 2013, 417.

²⁴⁵ Ebenso *Körber* NZKart 2016, 348 (353 f.), wenn auch iE eine solche Fallgruppe ablehnend; weitergehend *Langen/Bunte/Nothdurft* Rn. 203 („die konkrete Vorgaben zur Ausgestaltung einer Anbieter-Nachfrager-Beziehung enthalten“).

²⁴⁶ BGH 6.11.2013 – KZR 58/11, NVwZ-RR 2014, 515 (Rn. 65) – VBL-Gegenwert.

²⁴⁷ In diesem Sinne zu § 3a UWG BGH 8.10.2015 – I ZR 225/13, GRUR 2016, 513 (514) Rn. 21 – Eizellspende.

²⁴⁸ S. auch zum österr. Lauterkeitsrecht – in Abgrenzung zur hA zu § 3a UWG – ÖOGH 11.3.2008 – 4 Ob 225/07b, GRUR-Int 2009, 342 (346) – Stadtrundfahrten; bestätigt in ÖOGH 20.5.2008 – 4 Ob 37/08g – Vertrieb von Medizinprodukten.

hältnisse geht, muss dieser Normverstoß eine besondere Gefahr für Schutzgüter des GWB begründen, die bei einem Verstoß durch nicht-marktbeherrschende Unternehmen nicht bestünde. Das kann ein Wettbewerbsvorsprung sein, der die beherrschende Stellung weiter absichert.²⁴⁹ Ausreichend, aber nicht erforderlich ist, dass diese Art des Normenverstößes Ausfluss der Marktmacht des Unternehmens ist, wie es zB bei der Vereinbarung rechtswidriger Vertragsbedingungen der Fall sein kann.²⁵⁰ Denn es kommt nach dem weiten Kausalitätsbegriff des § 19 nicht darauf an, ob die marktbeherrschende Stellung den Rechtsbruch ermöglicht oder begünstigt, sondern ob der Rechtsbruch gerade wegen der marktbeherrschenden Stellung besondere wettbewerbliche Gefahren herbeiführt.²⁵¹ Das gilt auch dann, wenn der Rechtsverstoß zu einer Ausbeutung der Marktgegenseite führt (→ Rn. 34).²⁵² Dann rechtfertigt sich auch die über § 3a UWG hinausgehende Erfassung des Rechtsbruches mit der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, die neben der Rechtsverfolgung auf dem Privatrechtswege eine behördliche Durchsetzung ermöglicht und uU als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann. Die Feststellung des Rechtsbruches wird dazu mit einer ökonomischen Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse verbunden. Die Ausgestaltung dieser Prüfungsstufe entscheidet über die Praktikabilität der Fallgruppe. Würde man den konkreten Nachweis einer Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen im Einzelfall fordern, bestünde kaum ein Unterschied zum allgemeinen Behinderungs- und Ausbeutungsschutz. Der Rechtsbruch hätte dann allenfalls noch die Funktion, dem Normverletzer bei der Interessenabwägung die Schutzwürdigkeit seiner Interessen abzusprechen. Eine weitergehende Funktion erhält die Fallgruppe erst, wenn nicht nur die konkrete Wirkung des Rechtsbruches im Einzelfall über die Missbräuchlichkeit entscheidet, sondern der Normverstoß schon dann missbräuchlich ist, weil er bei einem marktbeherrschenden Normverletzer typischerweise eine von § 19 adressierte Gefahr für den Wettbewerb schafft. Die Identifikation eines Normverstößes erfüllt dann eine ähnliche Typisierungsfunktion wie eine Kategorisierung als Treuerabatt. Denkbar wäre etwa, dass gerade ein solcher Rechtsbruch das endgültige Kippen eines bereits wettbewerbsgestörten, durch indirekte Netzwerke geprägten vermachteten Plattformmarktes herbeiführt.²⁵³ Nicht ausreichend ist dementsprechend, dass eine Norm während des Marktverhaltens verletzt wird.²⁵⁴

35f Neben den Kriterien für den Normverstoß ist auch der Kreis der in Betracht kommenden Verletzungsnormen zu definieren. In formaler Hinsicht kann nur ein **Verstoß gegen zwingende Normen** berücksichtigt werden, wobei unerheblich ist, ob es sich um Gesetz im formellen Sinne oder Verordnungen, um unionsrechtliche oder nationale Normen handelt. Aufgrund des Territorialitätsprinzips ist deutsches Recht nicht entscheidend, wenn ein rechtmäßiges Verhalten im Ausland vorliegt.²⁵⁵ Ein Verstoß gegen nationale Rechtsnormen anderer Staaten kann unter Berücksichtigung des Auswirkungsprinzips im Einzelfall ebenfalls missbräuchlich sein (§ 185 Abs. 2). Bei über die nationalen Grenzen hinausgehenden Märkten kann es einem Verstoß gegen eine nur national begrenzt wirksame Regelung an der marktbezogenen Wettbewerbsrelevanz fehlen.²⁵⁶ Weitergehende inhaltliche Voraussetzungen an die Norm sind nicht grundsätzlich zu stellen. Eine Übertragung der Kriterien des § 3a UWG, welcher Normen voraussetzt, die zumindest auch dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, ist für das Missbrauchsverbot nicht angebracht.²⁵⁷ Dagegen sprechen methodische Bedenken. Eine Begrenzung auf Normen im Interesse der Marktteilnehmer ist aufgrund ihrer Unschärfe kaum zu einer Eingrenzung geeignet.²⁵⁸ Diese Voraussetzung läuft auch im UWG regelmäßig leer, da jedes über den Konsum betroffene Verbraucherinteresse ausreicht und jede Verletzung einer Marktverhaltensregelung die Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt zugunsten des Normverletzers verzerrt.²⁵⁹ Es handelt sich zudem rechtsdogmatisch eher um eine Frage der Aktivlegitimation. In der Rechtspraxis zu § 3a UWG liegt daher der Schwerpunkt auf der Feststellung, ob es sich um eine Marktverhaltensregelung handelt. Diese Prüfung verlangt letztlich einen zumindest sekundären Marktbezug. Ausreichend ist eine den

²⁴⁹ S. *Glöckner* GRUR 2008, 960 (966 f.) mwN auch zur Gegenauffassung.

²⁵⁰ Vgl. BGH 6.11.2013 – KZR 58/11, NVwZ-RR 2014, 515 (Rn. 65) – VBL-Gegenwert.

²⁵¹ Monopolkommission SG 68 Rn. 526 f.

²⁵² AA OLG Düsseldorf 26.8.2019 – VI-Kart 1/19 (V), Umdr. S. 19 – Facebook.

²⁵³ Monopolkommission SG 68 Rn. 525.

²⁵⁴ AA *Lettl* WuW 2016, 214 (217); wohl auch *Langen/Bunte/Nothdurft* Rn. 203.

²⁵⁵ Vgl. BGH 9.5.1980 – I ZR 76/78, GRUR 1980, 858 (860 f.) – Asbestimporte.

²⁵⁶ Dadurch ist den Bedenken von *Körber* NZKart 2016, 348 (355) Rechnung getragen, der anderenfalls eine Ungleichbehandlung und damit eine Wettbewerbsverzerrung befürchtet.

²⁵⁷ AA. *Lettl* WuW 2016, 214 (217).

²⁵⁸ Ebenso BKartA/Autorité de la Concurrence, *Competition Law and Data*, 2016, 23; Monopolkommission SG 68 Rn. 523; vgl. auch *Artmann* wbl 2008, 253 (256 f.); ÖOGH 11.3.2008 – 40b225/07b, GRUR Int 2009, 342 (346) – Stadtrundfahrten.

²⁵⁹ *Ohly/Sosnitza/Ohly* UWG § 3a Rn. 21; vgl. auch BT-Drs. 18/4901, S. 77 f. zu § 1 S. 3 ElektroG.

direkten Marktauftritt regelnde Norm. Allerdings sind auch vor- oder nachgelagertes Verhalten betreffende Normen marktregelnd, soweit sie die wettbewerblichen Belange der Mitbewerber oder Verbraucher jedenfalls sekundär schützen. Die Regelung muss die Marktteilnehmer dafür auch nicht speziell vor dem Risiko einer unlauteren Beeinflussung ihres Marktverhaltens schützen. Vielmehr wird eine funktionale Prüfung durchgeführt, inwieweit gerade durch die typische Marktstätigkeit dasjenige Schutzgut verletzt werden kann, welches die Regelung schützt, um daraus auf den objektiven Marktbezug der Norm zu schließen.²⁶⁰ Ausgeschlossen werden danach zB allgemeine Steuer-²⁶¹ und Umweltschutzvorschriften.²⁶² Für das UWG erscheint ein solcher Zwischenfilter sinnvoll, da aufgrund der indirekt immer bestehenden Marktwirkungen sonst nahezu jeder Normverstoß sanktioniert werden könnte. Bei § 19 jedoch ist von vornherein nicht irgendein Wettbewerbsbezug zu prüfen, sondern ein spezifischer Marktmachtbezug. Es ist festzustellen, ob der Normbruch gerade in der Hand eines marktbeherrschenden Unternehmens besonders gravierende Auswirkungen hat (→ Rn. 35e). Es erschiene nicht zielführend, diesen wettbewerbsrechtlich unbeachtet zu lassen, nur weil kein darüber hinausgehender abstrakter (wie auch immer geteilter) Wettbewerbsbezug festgestellt werden kann.²⁶³ Regelmäßig offenbart zudem erst die Übertretung einer Norm ihren Wettbewerbsbezug, da nicht nur wettbewerbskonforme, sondern auch wettbewerbsinkonforme Strategien Folge eines offenen Entdeckungsprozesses sind. Damit geht die Prüfung des Wettbewerbsbezuges einer Norm konform mit der Prüfung, inwieweit der spätere Normverstoß die Ziele des § 19 beeinträchtigen kann.²⁶⁴ Deshalb erscheint ein zusätzlicher, direkt aus der Norm abzuleitender Wettbewerbsbezug nicht sinnvoll.²⁶⁵ Unter diesen Voraussetzungen kann auch der **Verstoß gegen Datenschutzbestimmungen** einen Missbrauch darstellen, soweit er im Einzelfall zur leistungsfremden Absicherung der eigenen Wettbewerbsstellung genutzt wird oder die Verbraucherinteressen wegen der beherrschenden Stellung in besonderem Maße beeinträchtigt werden.²⁶⁶ Für die Feststellung eines Verstoßes iSd § 19 ist Vorsatz bzw. Kenntnis von der Rechtswidrigkeit grundsätzlich nicht erforderlich. Ein **Rechtsirrtum** kann auf der Rechtsfolgenebene berücksichtigt werden,²⁶⁷ soweit das für Schadensersatzansprüche oder Bußgeldentscheidungen erforderliche Verschulden²⁶⁸ oder beim Unterlassungsanspruch die Wiederholungsgefahr entfallen.²⁶⁹ Einer weitergehenden Interessenabwägung bedarf es grundsätzlich nicht, da an rechtswidrigen Verhaltensweisen kein schutzwürdiges Interesse besteht.

5. Digitale Plattformen und Netzwerke. Im Bereich **digitaler Plattformen (zweiseitiger Märkte)** und **Netzwerke** iSd § 18 Abs. 2a bestehen besondere Missbrauchspotentiale. Vor allem zur Erfassung von Verhaltensweisen, die sich indirekt auf mehreren Märkten auswirken, bedürfen die tradierten Behinderungs- und Diskriminierungsstatbestände einer Fortentwicklung. Vorerst bietet sich daher die Möglichkeit eines direkten Rückgriffs auf die Generalklausel des § 19 Abs. 1 an.²⁷⁰ Fallen zB Plattformen nicht unter den Begriff der Infrastruktureinrichtung iSd § 19 Abs. 2 Nr. 4, können die von marktbeherrschenden Betreibern erhobenen Zugangsvoraussetzungen über das allgemeine Konzept der **essential facility** oder als Behinderungs- bzw. Diskriminierungsstrategie kontrolliert werden.²⁷¹ So nehmen Suchmaschinenbetreiber wie Google als notwendiges Durchgangsstadium der Verbraucher für den Zugang zu anderen Diensteanbietern eine wesentliche Intermediärfunktion ein.²⁷² Dabei ist zwischen den Nutzergruppen zu unterscheiden. Kaum eine Ausweichmöglichkeit besteht für die Suchdienstnutzer und die Betreiber der indexierten Online-Dienste, während die Werbetreibenden durchaus auch über andere Werbeformen den Endverbraucher erreichen können. Bei der Beurteilung der Zugangsbedingungen kommt es dann vor allem auf die Interessenabwägung unter Berücksichtigung der etablierten Besonderheiten digitaler Märkte an.

²⁶⁰ Vgl. BGH 8.10.2015 – I ZR 225/13, GRUR 2016, 513 (514 f.) Rn. 21, 25 – Eizellspende; Ullmann GRUR 2003, 817 (825).

²⁶¹ BGH 2.12.2009 – I ZR 152/07, GRUR 2010, 654 (656) Rn. 19 – Zweckbetrieb.

²⁶² BGH 11.5.2000 – I ZR 28/98, GRUR 2000, 1076 (1079) – Abgasemissionen.

²⁶³ Vgl. Glöckner GRUR 2008, 960 (965); Sack WRP 2004, 1307 (1315 f.); Sack WRP 2005, 531 (539 ff.); aA scheinbar Lettl WuW 2016, 214 ff., der iE nur auf die verletzte Norm als solche abstellt.

²⁶⁴ Ullmann GRUR 2003, 817 (821).

²⁶⁵ IE auch Körber NZKart 2016, 348 (353 f.); Glöckner GRUR 2008, 960 (966).

²⁶⁶ IERG wohl ebenso Kamann/Miller NZKart 2016, 405 ff., mit einem Vergleich beider Rechtsmaterien.

²⁶⁷ Dazu Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 3a Rn. 1.45.

²⁶⁸ Bechtold/Bosch § 81 Rn. 24; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 3a Rn. 1.45; MüKoUWG/Schaffert UWG § 4 Rn. 41.

²⁶⁹ BGH 10.2.1994 – I ZR 16/92, GRUR 1994, 443 (445).

²⁷⁰ Ebenso BKartA 8.9.2015 – B6-126/14 Rn. 172 – Google/VG Media (§ 32c-Entscheidung).

²⁷¹ Paal GRUR-Beil. 2014, 69 (73 f.).

²⁷² Paal GRUR-Beil. 2014, 69 (71).

Das gilt auch für andere Missbrauchsvorwürfe. Da sich gerade für Internetdienste eine sogenannte Kostenloskultur eingebürgert hat, darf eine unentgeltliche Bereitstellung eines Dienstes nicht vornehmlich als missbräuchliche Kampfpreisstrategie bewertet werden, insbesondere wenn die Finanzierung des Dienstes über eine andere Nutzergruppe erfolgt.²⁷³ Aus dem gleichen Grund kann umgekehrt nicht die Preissetzung gegenüber der Gruppe, welche die gegenüberliegende Marktseite querfinanziert, vornehmlich als Preishöhenmissbrauch gewürdigt werden. Indirekte Netzwerkeffekte sind bei der Kostenbewertung einzubeziehen.²⁷⁴

V. Darlegungs- und Beweislast

- 36 In **Zivilstreitigkeiten** trägt die Darlegungs- und Beweislast für die **tatsächlichen Voraussetzungen des Missbrauchs** einer marktbeherrschenden Stellung grundsätzlich derjenige, der sich auf einen solchen Missbrauch beruft.²⁷⁵ Der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung wird durch die Vermutungen in § 18 Abs. 4 u. 6 erleichtert. Nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 102 AEUV trägt dagegen der Normadressat für bestimmte **rechtfertigende Tatsachen** die Darlegungs- und Beweislast sogar in Verfahren der Kommission.²⁷⁶ Diese Rechtsprechung kann zwar nicht ohne Weiteres auf das deutsche Recht übertragen werden. Der deutsche Gesetzgeber hat für einzelne Regelbeispiele des § 19 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 eine Umkehr der Beweislast angeordnet, die in Zivilstreitigkeiten volle Wirksamkeit entfaltet. Darüber hinausgehend sind ungeschriebene Beweislastverschiebungen nur zurückhaltend zu entwickeln. Die Gerichtspraxis nimmt allerdings für die Rechtfertigung einer Diskriminierung gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 und die sachliche Rechtfertigung gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 5 eine ungeschriebene Umkehr der Beweislast in Zivilstreitigkeiten an (→ Rn. 40 und → Rn. 192). Dieser Gedanke kann für Diskriminierungsfälle auf die Generalklausel übertragen werden. Dementsprechend hat der BGH für eine unter § 19 Abs. 1 fallende Diskriminierung angenommen, dass diese *prima facie* missbräuchlich sei und dem diskriminierenden Unternehmen die Darlegung rechtfertigender Umstände obliege.²⁷⁷ In den übrigen Fällen ist jedenfalls in Anwendung der Bärenfang-Doktrin eine sekundäre Darlegungslast des marktbeherrschenden Unternehmens über in seiner alleinigen Einflussosphäre liegende Kenntnisse anzunehmen, wenn der Anspruchsteller hinreichende Gründe gegen eine Rechtfertigung angeführt hat und selbst keine Möglichkeit hat, den Sachverhalt von sich aus aufzuklären, dem marktbeherrschenden Unternehmen hingegen die nötige Aufklärung ohne Weiteres möglich und zumutbar ist.²⁷⁸
- 37 Für das **Kartellverwaltungsverfahren** ist die Rechtslage nicht abschließend geklärt. Zu § 19 Abs. 2 Nr. 4 kam der BGH jedenfalls zu dem Schluss, dass die objektive Beweislast im Falle eines *non liquet* auch im Kartellverwaltungsverfahren beim Normadressaten liege. Er weist aber gleichzeitig auf die Weitergeltung des Amtsermittlungsgrundsatzes hin.²⁷⁹ Außerhalb dieser explizit geregelten Tatbestände wird man daher für das Amtsermittlungsverfahren – anders als in auf Art. 102 AEUV gestützten Verfahren der Kommission – den vom BGH für die Anwendung gesetzlicher Vermutungen hervorgehobenen allgemeinen Grundsatz heranziehen müssen, dass die formelle Beweisführungslast weiterhin bei der Behörde verbleibt, die alle maßgeblichen Tatsachen, auch diejenigen die eine Rechtfertigung tragen würden, erschöpfend zu ermitteln hat.²⁸⁰
- 38 Den Normadressaten trifft im Kartellverfahren jedenfalls eine über die Auskunftspflicht nach § 59 Abs. 1 konkretisierte, gesteigerte **Mitwirkungspflicht** über Umstände aus der eigenen Sphäre, die sich die Kartellbehörde nicht auf anderen zumutbaren Wegen beschaffen kann.²⁸¹ Die Kartellbehörde hat aufgrund ihrer Amtsermittlungspflicht einem dementsprechendem Vorbringen nachzugehen, auch wenn es noch keine hinreichende Beweiskraft hat, jedoch nicht von vornherein unzugänglich

²⁷³ Dewenter/Haucap in Wentzel, Medienökonomik Ordnungswirtschaftliche Grundfragen und Gestaltungsmöglichkeiten, 2009, 35 (46); Körber ZUM 2017, 93 (100); aA Paal GRUR-Beil. 2014, 69 (76).

²⁷⁴ Dewenter/Haucap in Wentzel, Medienökonomik Ordnungswirtschaftliche Grundfragen und Gestaltungsmöglichkeiten, 2009, 35 (47).

²⁷⁵ BGH 29.4.2008 – KZR 2/07, WuW/E DE-R 2295 (2297) – Erdgassondervertrag.

²⁷⁶ EuGH 29.4.2004 – C-418/01, Slg. 2004, I-5039 Rn. 51 – IMS Health; 6.4.1995 – C-241/91 P, Slg. 1995, I-743 Rn. 55 – RTE und ITP/Kommission; vgl. auch KOM 22.6.2011 – COMP/39.525 Rn. 873 – Telekomunikacja Polska.

²⁷⁷ BGH 7.12.2010 – KZR 5/10, WuW/E DE-R 3145 (3156) Rn. 57 – Entega II.

²⁷⁸ Vgl. zu den Anforderungen BGH 13.7.1962 – I ZR 43/61, GRUR 1963, 270 – Bärenfang.

²⁷⁹ BGH 11.12.2012 – KVR 7/12, WuW/E DE-R 3821 (3827) – Fährhafen Puttgarden II.

²⁸⁰ Vgl. BGH 11.3.1986 – KVR 2/85, WuW/E BGH 2231 (2237 f.) – Metro/Kaufhof.

²⁸¹ Vgl. zu § 19 Abs. 2 Nr. 2 BGH 15.5.2012 – KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 (3636) – Wasserpreise Calw; so auch zu § 19 Abs. 2 Nr. 3 BGH 22.7.1999 – KVR 12/98, BGHZ 142, 239 (246) – Flugpreisspaltung, der allerdings missverständlich von einer „Vermutung“ spricht; zur Abgrenzung von Vermutung und Beweislastverschiebung Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975, 72.