

Total/OMV; zur kollektiven Marktbeherrschung im Kraftstoffmarkt vgl. auch Badtke/Vahrenholt ZWeR 2012, 272). Schließlich muss ausgeschlossen sein, dass Kunden oder Wettbewerber die Position infrage stellen können (**fehlender Außenwettbewerb**).

Für die Feststellung, ob ein marktbeherrschendes Oligopol vorliegt, ist eine **Gesamtbetrachtung** aller relevanten Umstände erforderlich. Diese bezieht sich sowohl auf die strukturellen als auch auf die tatsächlichen Wettbewerbsbedingungen (dazu BGH WuW/E DE-R 3591 (3605) – Total/OMV). Es ist zu untersuchen, ob aufgrund der Marktstruktur mit einem **dauerhaft einheitlichen Verhalten** der Mitglieder des möglichen Oligopols zu rechnen ist. Das ist anzunehmen, wenn zwischen den beteiligten Unternehmen eine enge **Reaktionsverbundenheit** besteht („**implizite Kollusion**“) (BGH WuW/E DE-R 2451 (2456) – E.ON/Stadtwerke Eschwege). Entscheidende Indizien sind dafür die **Markttransparenz** und die **Abschreckungs- und Sanktionsmittel** bei abweichendem Marktverhalten. Es muss ein Anreiz bestehen, nicht von dem gemeinsamen Vorgehen abzuweichen. Es kann offen bleiben, ob ein marktbeherrschendes Duopol oder ein marktbeherrschendes Oligopol unter Einbeziehung weiterer Unternehmen besteht. Es reicht die Feststellung aus, dass jedenfalls das betroffene Unternehmen dem marktbeherrschenden Duopol oder Oligopol angehört (BGH WuW/E DE-R 2451 (2460) – E.ON/Stadtwerke Eschwege).

c) Innenverhältnis (Abs. 5 Nr. 1). Oligopol-Marktbeherrschung bedeutet für das Innenverhältnis, dass zwischen den Unternehmen **wesentlicher Wettbewerb nicht besteht**; es ist gleichgültig, ob der fehlende Wettbewerb aus tatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen fehlt. Es ist zwischen strukturellen und verhaltensbezogenen Wettbewerbsbedingungen zu unterscheiden (dazu auch BGH WuW/E DE-R 3591 (3600 f.) – Total/OMV).

In struktureller Hinsicht ist das Innenverhältnis gekennzeichnet durch das Bewusstsein der Oligopol-Unternehmen über ihre **gleichgerichteten Interessen** (dazu auch KG WuW/E 5907 (5914 f.) – Rheinpfalz/Medien-Union) und die wechselseitige Abhängigkeit („**Gruppenbewusstsein**“). Es beruht zB auf Homogenität der betroffenen Waren, geringerem Innovationspotenzial und Transparenz des Marktes (dazu OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2094 (2100) – E.ON/Stadtwerke Eschwege; BKartA WuW/E DE-V 1163 (1169) – Springer/ProSiebenSat.1; 1365 – Phonak/ReSound, dazu Wertbruch ZWeR 2008, 109) und der Möglichkeit, wettbewerbsaktives Verhalten zu sanktionieren, oder auf vielfältiger Verbundenheit über Gemeinschaftsunternehmen und Arbeitsgemeinschaften (dazu OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1625 (1629) – Rethmann/GfA). Auch wenn ein solches Gruppenbewusstsein nicht feststellbar ist, kann sich bei der Prüfung des Marktverhaltens ein „Gesamtbild von so **hochgradiger Erstarrung der Antriebskräfte des Wettbewerbs**“ ergeben, dass von wesentlichem Wettbewerb im Innenverhältnis keine Rede mehr sein kann (vgl. dazu BGH WuW/E 907 (913) – Fensterglas VI). Indizien dafür sind **Gleichförmigkeit des Verhaltens** über eine längere Zeit hinweg und langfristige **Reaktionsverbundenheit** („implizierte Kollusion“, vgl. BGH WuW/E DE-R 3067 (3069 f.) – Springer/ProSieben II), insbes. im Hinblick auf das Preisverhalten; Indizien dagegen sind **Veränderungen der Marktanteile** in der Vergangenheit, auch wenn sie sich dadurch angleichen (BGH WuW/E DE-R 2905 (2915 f.) – Phonak/GN Store). Soweit Wettbewerb objektiv nicht möglich ist (bei homogenen Massengütern gibt es keinen Produkt- oder Qualitätswettbewerb), kommt es auf den hiernach noch möglichen Wettbewerb an (dazu BGH WuW/E 1824 (1828) – Tonolli/Blei- und Silberhütte Braubach). Zielen festgestellte Wettbewerbshandlungen ersichtlich nur gegen Außenseiter, können sie nicht als wesentlicher Innenwettbewerb gewertet werden (vgl. BKartA WuW/E 2213 (2216) – Linde/Agefko). Auch hier sind alle relevanten Gesichtspunkte in einer **Gesamt-**

schau zu würdigen (dazu BGH WuW/E DE-R 2451 (2457) – E.ON/Stadtwerke Eschwege; 2905 (2912 f.) – Phonak/GN Store).

- 65 Die **Struktur des Oligopols** lässt keine sicheren Schlüsse für die Intensität des Wettbewerbs zu: Ob ein ausgeglichenes (**symmetrisches**) Oligopol eher Innenwettbewerb erwarten lässt als ein unausgeglichenes (**asymmetrisches**) Oligopol, ist nicht belegbar. Im Grundsatz werden Verengungen des Oligopols auch wegen der Gefahr der Verminderung des Innenwettbewerbs negativ beurteilt (dazu u.a. BKartA AG 1986, 377 (379) – NUR/ITS); meist wird die stärkere Ausgeglichenheit oder Symmetrie des Oligopols als Verschlechterung der Struktur gedeutet (so zB BGH WuW/E DE-R 3067 (3071) – Springer/ProSieben II; BKartA WuW/E DE-V 618 (623) – Viterra/Brunata; 923 (930) – Agrana/Atys; → § 36 Rn. 28). Aus welchen Gründen der Innenwettbewerb fehlt, ist gleichgültig. Von Bedeutung können **strukturelle Verbindungen** der Oligopolmitglieder über gegenseitige Beteiligungen und Gemeinschaftsunternehmen sein (dazu OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2094 (2099) – E.ON/Stadtwerke Eschwege, bestätigt durch BGH WuW/E DE-R 2451 (2458 f.)).
- 66 Zusätzlich zu strukturellen Gesichtspunkten, die eine enge Reaktionsverbundenheit erwarten lassen, ist erforderlich, dass auch **tatsächlich zwischen den Unternehmen kein Wettbewerb** stattfindet. Dieser ist nicht notwendigerweise durch die enge Rechtsverbundenheit ausgeschlossen (vgl. dazu BGH WuW/E DE-R 2905 (2917) – Phonak/GN Store; 3067 (3070) – Springer/ProSieben II). Das gilt insbes. für geheimen Rabatt- und Konditionenwettbewerb.
- 67 **d) Außenverhältnis (Abs. 5 Nr. 2).** Für das Außenverhältnis verweist Nr. 2 global auf Abs. 1. Die Oligopol-Unternehmen dürfen „**in ihrer Gesamtheit**“ nicht wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt sein (Abs. 1 Nr. 1 oder 2) oder müssen insgesamt eine „**überragende Marktstellung**“ innehaben (Abs. 1 Nr. 3; Beispiel: OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2094 (2100) – E.ON/Stadtwerke Eschwege, bestätigt durch BGH WuW/E DE-R 2451 (2459)). Für die Alt. 1 ist zu fingieren, dass die Oligopol-Unternehmen ein Unternehmen darstellen. Für dieses „Unternehmen“ sind die Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 1 oder 2 zu prüfen, dh, ob es wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist. Für die Alt. 2 reicht die formale Addition der Marktanteile und der Ressourcen nicht aus; auch die einzelnen Oligopol-Mitglieder müssen die Außenseiter überragen (dazu auch BKartA WuW/E 2247 (2250) – Hüls/Condea; vgl. auch Kleinmann/Bechtold § 22 Rn. 212 f.).
- 68 **e) Nachfrager-Oligopol.** Grundsätzlich können auch mehrere nachfragende Unternehmen gemeinsam marktbeherrschend sein und so ein Nachfrager-Oligopol bilden (dazu KG WuW/E 3917 (3927) – Coop/Wandmaker). Nachfrager-Oligopol-Marktbeherrschung ist allerdings wesentlich **seltener** als Angebots-Marktbeherrschung (vgl. dazu einerseits BKartA WuW/E 2161 (2166) – Coop/Wandmaker und WuW/E 2060 (2061) – Metro/Kaufhof, andererseits KG WuW/E3917 (3927) – Coop/Wandmaker). Die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung bilden trotz des durch SGB V vorgegebenen „harmonisierten Zusammenwirkens“ und dadurch erfolgten Zusammenschlusses zu einem „Nachfragekartell“ kein Oligopol iSd Abs. 5 (BGH WuW/E DE-R 1139 (1140 f.); LG Leipzig WuW/E DE-R 603 (604) – Wiederverwendbare Hilfsmittel).

9. Marktbeherrschungsvermutungen (Abs. 4, 6 und 7)

- 69 **a) Gesetzgebungsgeschichte.** Das Gesetz enthält Marktbeherrschungsvermutungen, und zwar in Abs. 4 für die Einzelmarktbeherrschung, in Abs. 6 und 7 für die Oligopol-Marktbeherrschung. Der RegE zur 6. GWB-Novelle 1998 enthielt im **allgemeinen Marktbeherrschungsrecht** (§ 19 aF) bewusst keine Marktbeherrschungsvermutung mehr. In der Begründung dazu (BR-Drs. 852/97, 37) wurde

darauf abgestellt, dass auch Art. 102 AEUV keine Marktbeherrschungsvermutungen kenne; außerdem habe die frühere Vermutungsregelung in § 22 Abs. 3 aF bei der Missbrauchsaufsicht kaum praktische Bedeutung erlangt, „weil die Marktbeherrschung bei der Missbrauchsaufsicht in der Ex-Post-Betrachtung festgestellt werden muss“. Dafür sah der RegE in § 36 Abs. 2 ausschließlich für die **Fusionskontrolle** eine Marktbeherrschungsvermutung vor, die die Vermutung des § 22 Abs. 3 Nr. 1 aF für die Einzelmarktbeherrschung mit der fusionskontrollspezifischen Oligopolvermutung des § 23a Abs. 2 aF kombinierte. In einer späten Phase des Gesetzgebungsverfahrens ist das korrigiert worden, und zwar so, dass es keine fusionskontrollspezifischen Marktbeherrschungsvermutungen mehr gab, sondern nur noch § 19 Abs. 3 aF, der **für das allgemeine Marktbeherrschungsrecht gleichermaßen wie für die Fusionskontrolle** gilt.

Die durch die 6. GWB-Novelle begründete Rechtslage ist bis zur 8. GWB-Novelle aufrechterhalten geblieben. Die 8. GWB-Novelle hat in dem neuen § 18 die bisher in § 19 Abs. 3 aF zusammengefassten Vermutungen rechtstechnisch getrennt. Abs. 4 bezieht sich auf die **Einzelmarktbeherrschung** und knüpft damit materiell an die vorangehenden Abs. 1–3 an. Abs. 6 und 7 beziehen sich auf die **Oligopol-Marktbeherrschung** und knüpfen damit materiell an die Regelung in Abs. 5 an. In Fortführung des früheren Wortlauts in § 19 Abs. 3 aF spricht der Gesetzgeber in Bezug auf die Einzelmarktbeherrschung von „**Vermutung**“, während es in Abs. 6 heißt, dass eine Gesamtheit von Unternehmen als marktbeherrschend „**gilt**“. Neu ist, dass die zuletzt genannte Regelung in Abs. 7 ebenfalls als „Vermutung“ qualifiziert wird. Das legt den Schluss nahe, dass beide Vermutungen – Einzelmarktbeherrschungsvermutung in Abs. 4 und Oligopol-Vermutungen in Abs. 6 und 7 – dieselbe Rechtsnatur haben. Das entspricht aber nicht der Rechtslage bis zur 8. GWB-Novelle, in der durchaus, ohne sichere Grundlage in den Wortlauten, den Vermutungen unterschiedliche Qualitäten beigelegt wurden. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf (BT-Drs. 17/9852, 23) soll die Neugliederung in § 18 **keine „Änderung des materiellen Gehalts der Vorschrift“** bedeuten. Auf dieser Grundlage kann und muss weiterhin differenziert werden zwischen der Einzelmarktbeherrschungsvermutung des Abs. 4 und der Oligopol-Marktbeherrschungsvermutung in Abs. 6 und 7 (zu dieser Differenzierung OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3000 (3005) – Tankstellenbetriebe Thüringen).

b) Einzelmarktbeherrschungsvermutung (Abs. 4): Rechtsnatur der Vermutung. Die Vermutung in Abs. 4 betrifft nur die Einzelmarktbeherrschung, nimmt also Bezug auf Abs. 1–3. Sie ist im Kern formuliert wie § 22 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 idF bis zur 6. GWB-Novelle 1998 – allerdings ohne die dort noch vorgesehene Umsatzschwelle – und führt damit die insoweit unsichere Rechtslage des alten Rechts fort. Die Rechtsnatur dieser – durch die 2. GWB-Novelle 1973 eingeführten – Vermutung ist nach wie vor unklar.

Im **Verwaltungsverfahren** haben die Kartellbehörden die Vermutungsvoraussetzungen nachzuweisen (vgl. dazu OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1159 (1161) – BASF/NEPG) und die formelle Beweislast in dem Sinne, dass sie nach dem **Amtsermittlungsgrundsatz** die materiellen Voraussetzungen der Marktbeherrschung festzustellen versuchen müssen. Wenn nach Ausschöpfung aller Erkenntnismittel und entsprechender Würdigung des gesamten Verfahrensergebnisses eine marktbeherrschende Stellung weder auszuschließen noch zu bejahen ist, trifft die **materielle Beweislast (dh das Risiko des non liquet) das betroffene Unternehmen**. Dementsprechend entfaltet die Einzelmarktbeherrschungsvermutung nur dann eine Wirkung, wenn nach Ausschöpfen der Ermittlungsmöglichkeiten des BKartA und der Prüfung durch die Gerichte eine marktbeherrschende Stellung weder auszuschließen noch zu bejahen ist. In diesem Falle gilt das betroffene Unternehmen, wenn ihm der Gegenbeweis nicht gelingt, als Marktbeherrscher (dazu BGH WuW/

70

71

72

E 1749 (1754) – Klöckner/Becorit; 2231 (2237 f.) – Metro/Kaufhof; ebenso Immenga/Mestmäcker/Fuchs Rn. 190; Bunte/Töllner Rn. 247; vgl. auch Thomas WuW 2002, 470).

73 In **Kartell-Zivilverfahren** ist die Rspr. zur Bedeutung der Vermutung uneinheitlich; nach hM kommt der Vermutung hier allenfalls eine **Indizwirkung, keine Beweislastumkehr** zu (Bunte/Töllner Rn. 249; gegen Anwendbarkeit im Zivilverfahren OLG Düsseldorf WuW/E 1913 – Allkauf; offen gelassen in WuW/E 3895 (3896) – Vermessungsauftrag; vgl. auch Pohlmann ZHR 164 (2000), 589). Sie wirkt sich mittelbar dadurch aus, dass das in Anspruch genommene Unternehmen sich nicht auf ein unsubstantiiertes Bestreiten zurückziehen kann, sondern substantiiert darlegen muss, warum es trotz der – vom Anspruchsteller zu beweisenden – Erfüllung des Vermutungstatbestands nicht marktbeherrschend ist (BGH WuW/E 2483 (2489) – Sonderungsverfahren; OLG München WuW/E DE-R 2978 (2983 f.) – VISA-Bargeldabhebung). Im **Bußgeldverfahren** gilt die Vermutung nicht (so auch Thomas WuW 2002, 470). Es gilt der Grundsatz, dass straf- und quasi-strafrechtliche Tatbestände nur dann eine Sanktion auslösen können, wenn die Erfüllung aller Tatbestandsmerkmale unabhängig von Beweislastregeln zweifelsfrei feststeht.

74 **c) Einzelmarktbeherrschung: Vermutungsvoraussetzungen und Widerlegung.** Die Vermutung des Abs. 4 ist erfüllt, wenn ein Unternehmen einen **Marktanteil von mindestens 40 %** hat. Die 8. GWB-Novelle hat die 40 % an die Stelle von 33 1/3 % gesetzt. Das wurde zu Recht damit begründet, die behördliche Praxis habe gezeigt, dass eine marktbeherrschende Stellung eines einzelnen Unternehmens mit einem Marktanteil von einem Drittel heute nur noch in Ausnahmefällen vorkomme (Begr. z. RegE BT-Drs. 17/9852, 23). Zur Feststellung und Berechnung des Marktanteils → Rn. 35 f. Räumlich knüpft die Marktanteilsvermutung an den räumlich relevanten Markt im ökonomischen Sinne ohne rechtlich-normative Begrenzung an (→ Rn. 27). Sie setzt also je nach dessen Abgrenzung einerseits nicht voraus, dass die Grenze von 40 % im gesamten Geltungsbereich des Gesetzes überschritten wird, und kann sich andererseits auch auf ein Gebiet beziehen, das **größer als das Bundesgebiet** ist (§ 18 Abs. 2). Haben zwei Unternehmen mindestens 40 % Marktanteil, ist die Vermutung des S. 1 nicht anwendbar; hier heben sich die gegen mehrere Unternehmen wirkenden Vermutungen des S. 1 auf (vgl. dazu auch Kleinmann/Bechtold § 22 Rn. 239 mwN; ebenso Immenga/Mestmäcker/Fuchs Rn. 196). Die Vermutung indiziert das **Bestehen einer Einzelmarktbeherrschung iSv Abs. 1** (einschränkend dazu KG WuW/E DE-R 94 (98) – Hochtief – Philipp Holzmann; vgl. auch BKartA WuW/E DE-V 337 (338) – Novartis/Wesley Jessen). In der **Fusionskontrolle** wirkt die Vermutung nur für das Bestehen bzw. die Begründung der Marktbeherrschung iSv § 36 Abs. 1, **nicht für die Verstärkung** einer schon bestehenden Marktbeherrschung. Das BKartA muss zusätzlich nachweisen, dass die durch die Vermutung indizierte Marktbeherrschung gerade durch den Zusammenschluss „begründet“ oder „verstärkt“ wird (grds. ebenso KG WuW/E 3051 (3080) – Morris/Rothmans; FK-KartellR/Rieger § 36 Rn. 44). Sind die Vermutungsvoraussetzungen sowohl vor als auch nach dem Zusammenschluss erfüllt, bedarf die **Verstärkung** sowieso **eines besonderen Nachweises** (vgl. dazu Kleinmann/Bechtold § 23a Rn. 84 f.). Die Einzelmarktbeherrschungsvermutung ist **widerlegt**, wenn das Unternehmen wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist und keine überragende Marktstellung hat; beide Alternativen des Abs. 1 Nr. 2 und 3 sind also jeweils isoliert zu untersuchen (vgl. BGH WuW/E 1501 (1504) – Kfz-Kupplungen). Die Marktbeherrschungsvermutung ist außerdem widerlegt, wenn ein anderes Unternehmen die Voraussetzungen der Einzelmarktbeherrschung erfüllt oder wenn der betreffende relevante Markt von einem Oligopol beherrscht wird.

75 Die **Vermutungen der Abs. 4, 5 und 6 sind nicht unbeschränkt nebeneinander anwendbar**, da ein Markt nicht zugleich durch ein Monopol und ein

Oligopol beherrscht werden kann. Sind die **Voraussetzungen beider Vermutungen** erfüllt, so könnte Marktbeherrschung allenfalls zulasten des Unternehmens vermutet, für das beide Vermutungen übereinstimmend erfüllt sind (str.; wie hier Kleinmann/Bechtold § 22 Rn. 241; gegen die Anwendbarkeit der Vermutungen noch KG WuW/E 2234 (2235) – Tonolli/Blei- und Silberhütte Braubach; vgl. außerdem Bunte/Töllner Rn. 270: kein Rangverhältnis zwischen den Vermutungen). Das BKartA geht dagegen davon aus, dass in diesen Fällen auf den „Schwerpunkt“ abzustellen sei. Entscheidend für die Anwendung der einen oder anderen Vermutung sei das Innenverhältnis zwischen den führenden Marktteilnehmern (BKartA WuW/E DE-V 427 (428) – 3 M/ESPE). Richtig ist wahrscheinlich, dass in einem solchen Fall keine der Vermutungen anwendbar ist: **Wenn sich Einzel- und Oligopolmarktbeherrschung grundsätzlich gegenseitig ausschließen, sollte das auch für diesbezügliche gesetzliche Fiktionen gelten** (differenzierend dazu Immenga/Mestmäcker/Fuchs Rn. 206).

d) Oligopol-Marktbeherrschung (Abs. 6): Rechtsnatur der Vermutung. 76

Die Vermutung in Abs. 6 betrifft die Oligopol-Marktbeherrschung, nimmt also Bezug auf Abs. 5. Sie entspricht hinsichtlich der Vermutungsvoraussetzungen – allerdings ohne die dort noch vorgesehenen Umsatzschwellen – dem § 22 Abs. 3 Nr. 2 und § 23a Abs. 2 S. 1 idF bis zur 6. GWB-Novelle 1998, hinsichtlich der Widerlegung aber nur der früher auf die Fusionskontrolle beschränkten Beweislastumkehr.

Die Vermutungen des Abs. 6 enthalten eine **echte Beweislastumkehr**, und zwar **77** gleichermaßen für **Verwaltungs- und Kartellzivilverfahren**. Die Unternehmen „gelten“ nach Abs. 6 als marktbeherrschend, wenn sie nicht den Widerlegungstatbestand nach Abs. 7 „nachweisen“ (zu dieser echten Beweislastumkehr BGH WuW/E 1749 (1755) – Klöckner/Becorit; Immenga/Mestmäcker/Fuchs Rn. 192). Die beteiligten Unternehmen tragen die volle formelle und materielle Beweislast (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2477 (2488) – Phonak/ReSound). Angesichts des im **Verwaltungsverfahren** generell geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes erfasst das aber nicht uneingeschränkt die (formelle) Beweisführungslast (so auch OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1625 (1628) – Rethmann/GfA). Häufig können die betroffenen Unternehmen keinen Beweis für Tatsachen außerhalb ihrer Einflussphäre führen; dann trifft sie jedenfalls eine Darlegungslast für ihnen günstige Tatsachen. Im Verwaltungsverfahren muss diesen das BKartA nach dem Untersuchungsgrundsatz nachgehen (dazu Immenga/Mestmäcker/Bach § 57 Rn. 12); im **Zivilprozess** gilt bei einem nicht weiter aufgeklärten non liquet die Vermutungswirkung voll (dazu auch Pohlmann ZHR 164 (2000), 589). Im **Bußgeldverfahren** gilt die Vermutung nicht (→ Rn. 73).

e) Oligopol-Marktbeherrschung: Vermutungsvoraussetzungen (Abs. 6) 78
und Widerlegung (Abs. 7). Das Gesetz erfasst in Abs. 6 **zwei Alternativen** von Marktteilstrukturen, nämlich einmal (Nr. 1) bis zu drei Unternehmen mit zusammen **mindestens 50 % Marktanteil**, außerdem (Nr. 2) bis zu fünf Unternehmen mit zusammen einem Marktanteil von **mindestens zwei Dritteln (66 2/3 %)**. Die Vermutungen können nur gegen die Unternehmen in der **Reihenfolge ihrer Marktanteile** angewendet werden (Kleinmann/Bechtold § 22 Rn. 243). Wenn zwei Unternehmen allein die Schwelle von 50 % erreichen, darf das dritte nicht mehr in die Vermutungswirkung einbezogen werden (aA offenbar OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2477 (2488) – Phonak/ReSound). Erreichen die ersten zwei oder drei Unternehmen die Marktanteilsgrenzen der Nr. 1, und gleichzeitig die ersten vier oder fünf die der Nr. 2, greifen die Vermutungen nur zulasten der Unternehmen ein, für die beide Alternativen erfüllt sind. Erfüllen bis zu drei Unternehmen die Voraussetzungen der Nr. 1, so kann nicht zulasten weiterer Unternehmen ohne Weiteres auch die Nr. 2 angewendet werden (aA wohl KG WuW/E 3051 (3070 f.) – Morris/Rothmans; Immenga/Mestmäcker/Fuchs Rn. 207; Bunte/Töllner

Rn. 280; wie hier Kleinmann/Bechtold § 23a Rn. 91 mwN). Die Fünfer-Vermutung der Nr. 2 ist gedacht als Auffangtatbestand für den Fall, dass entweder relativ hohe Marktanteile auf bis zu fünf Unternehmen gleichmäßig verteilt sind oder jedenfalls drei oder weniger Unternehmen weniger als 50 % Marktanteil haben, sie aber zusammen mit zwei weiteren doch eine besondere Gruppierung bilden. Sobald die **Marktanteils Grenzen erreicht** sind, **erschöpfen sich die Vermutungen**; weitere Unternehmen sind dann nicht mehr einzubeziehen. Das schließt nicht aus, dass ohne die Vermutung ihre Zugehörigkeit zum marktbeherrschenden Oligopol nachgewiesen werden kann.

79 Vermutet wird, dass die **Gesamtheit der Unternehmen** marktbeherrschend ist. Das bedeutet ebenso wie beim Grundtatbestand der Oligopol-Marktbeherrschung in Abs. 6, dass damit **jedes (Oligopol-)Unternehmen** für sich allein **marktbeherrschend** ist. In der **Fusionskontrolle** wirkt die Vermutung nur für das Bestehen bzw. die Begründung der Marktbeherrschung iSv § 36 Abs. 1, **nicht für die Verstärkung** einer schon bestehenden Marktbeherrschung. Daraus folgt, dass das BKartA auch dann, wenn die Vermutung nicht widerlegt ist, nachweisen muss, dass die durch sie indizierte Marktbeherrschung gerade durch den Zusammenschluss „begründet“ oder „verstärkt“ wird (grds. ebenso KG WuW/E 3051 (3080) – Morris/Rothmans, auch sonst hM). Sind die Vermutungsvoraussetzungen sowohl vor als auch nach dem Zusammenschluss erfüllt, bedarf die Verstärkung sowieso eines besonderen Nachweises (vgl. dazu Kleinmann/Bechtold § 23a Rn. 84 f.; GemK/Leo, 5. Aufl. 2001, § 19 Rn. 1382).

80 Die Vermutung des Abs. 6 kann nach Abs. 7 nur durch zwei exakt umschriebene Nachweise **widerlegt** werden, nämlich alternativ durch den Nachweis des strukturell gesicherten Fortbestands wesentlichen Wettbewerbs im Innenverhältnis (Abs. 1) oder des Fehlens einer überragenden Marktstellung im Außenverhältnis (Abs. 2). Die Umkehr der Beweislast bezieht sich auf beide Erfordernisse, nicht etwa nur auf den Innenwettbewerb (str., wie hier Kleinmann/Bechtold § 23a Rn. 100). Die Tatsache, dass für die Oligopol-Vermutung des Abs. 6 die Widerlegungsmöglichkeit in Abs. 7 exakt definiert und eingegrenzt ist, während für die Widerlegung der Einzelmarktbeherrschungsvermutung des Abs. 4 nichts über die Widerlegung gesagt wird, hat keine materielle Bedeutung. Sowohl für die Einzelmarktbeherrschungs- als auch die Oligopol-Vermutung gilt, dass sie durch den Nachweis widerlegt werden können, dass die gesetzlichen Voraussetzungen der jeweiligen Marktbeherrschungsalternativen nicht vorliegen, also im Falle der Einzelmarktbeherrschungsvermutung die Voraussetzungen der Abs. 1–3 und im Falle der Oligopol-Marktbeherrschungsvermutung die Voraussetzungen des Abs. 5. Die Widerlegungstatbestände des Abs. 7 nehmen exakt Bezug auf die materiellen Voraussetzungen des Abs. 5 und grenzen die Widerlegungsmöglichkeiten weder ein noch erweitern sie.

81 Für das **Innenverhältnis** kommt es nach Abs. 7 Nr. 1 darauf an, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen den (Oligopol-)Unternehmen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen. Aktueller Wettbewerb reicht nicht aus; die Wettbewerbsbedingungen müssen auch für die Zukunft wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen. Die aktuellen und früheren Wettbewerbsverhältnisse können aber Indizien sein für eine Zukunftsprognose, soweit sie auf strukturellen Ursachen beruhen und nicht nur Ergebnis jederzeit veränderbaren Marktverhaltens sind (dazu BKartA WuW/E DE-V 109 (110) – Dow Chemical/Shell). Materiell sind im Rahmen des Widerlegungstatbestandes alle Gesichtspunkte von Bedeutung, aus denen sich wesentlicher Wettbewerb iSv Abs. 1 Nr. 1 und 2 ergibt (→ Rn. 33; vgl. auch BKartA WuW/E DE-V 267 (269) – Chipkarten). Der Nachweis seines strukturell gesicherten **Fortbestands** kann nach den Gesetzesmotiven der 4. GWB-Novelle 1980 insbes. dadurch erbracht werden „dass das Kräfteverhältnis innerhalb des Oligopols durch die Fusion ausgeglichener wird, ohne dass sich das Oligopol selbst wesentlich verengt“ (Bericht

des Wirtschaftsausschusses zur 4. GWB-Novelle, BT-Drs. 8/3690, 27; dazu auch KG WuW/E 3051 (3079 f.) – Morris/Rothmans).

Die **Verstärkung der Marktstellung eines Oligopolmitglieds** bedeutet nicht ohne Weiteres zugleich Verstärkung der beherrschenden Marktstellung des Gesamtoligopols; der in der Praxis vorgenommene Schluss von der Verstärkung eines Unternehmens auf die Verstärkung der Gesamtheit ist also unzulässig (wie hier nunmehr BKartA WuW/E DE-V 170 (176) – NZDS-Glasfaserkabel; 165 (169) – DEM-Lacke; aA noch BKartA WuW/E 1753 (1758 f.); BGH WuW/E 1763 (1765) beide im Verfahren Bituminöses Mischgut). Der Innenwettbewerb ist abhängig vom Kräfteverhältnis innerhalb des Oligopols. Wird ein Oligopol wesentlich verengt, sinken die Chancen für wesentlichen Wettbewerb. Der Wettbewerb kann intensiviert werden, wenn das Oligopol durch den Zusammenschluss **symmetrischer** wird (vgl. dazu auch KG WuW/E 2663 (2675 f.) – Texaco/Zerssen; Kleinmann/Bechtold § 23a Rn. 106 mwN); teilweise wird aber aus der Symmetrie genau das Gegenteil abgeleitet. Insoweit kommt es nicht nur auf einen Vergleich der Marktanteile an, sondern auch auf einen Vergleich aller markt- und unternehmensbezogenen Strukturmerkmale (Schwergewichte in der Tätigkeit, vertikale Verflechtungen usw, vgl. dazu BKartA WuW/E DE-V 640 (642) – Avery Dennison/Jackstädt; WuW/E DE-V 653 (659) – BASF/NEPG). Die Absicherung wesentlichen Wettbewerbs kann sich insbes. aus niedrigen Marktzutrittsschranken ergeben; beachtlich sind insbes. auch dauerhafte Überkapazitäten, zu erwartender Technologiewandel, Struktur und Verhalten gegengewichtiger Marktmacht usw (vgl. dazu auch Kleinmann/Bechtold § 23a Rn. 107 mwN). Auch sprechen der Nachweis von Preisschwankungen, Innovationspotenzialen und einer starken Marktgegenseite gegen das Vorliegen eines marktbeherrschenden Oligopols (BKartA WuW/E DE-V 109 (111 f.) – Dow Chemical/Shell; 235 (238 f.) – Dürr/Alstom).

Für das **Außenverhältnis** ist die Oligopolvermutung des Abs. 6 nach Abs. 7 Nr. 2 durch den Nachweis widerlegbar, dass die „Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern **keine überragende Marktstellung**“ hat. Die Oligopolisten sind gedanklich in ihrer Stellung gegenüber den Außenseitern **wie ein einheitliches Unternehmen** zu behandeln. Da dieses gedachte Unternehmen angesichts der Vermutungsvoraussetzungen notwendig die höchsten Marktanteile hat, wird sich iVm anderen Kriterien meist sein **Überragen** gegenüber den Wettbewerbern ergeben. Denkbar ist der Ausschluss eines „Überragens“, wenn einer der Außenseiter wesentlich größere Ressourcen als die Oligopolisten zusammen hat. Ob das **Überragen** auch durch wesentlichen Wettbewerb im Außenverhältnis ausgeräumt werden kann, ist str. (dafür Kleinmann/Bechtold § 23a Rn. 110; ebenso jedenfalls für die Verhaltenskontrolle Immenga/Mestmäcker/Fuchs Rn. 205). Anders als für das Innenverhältnis enthält das Gesetz keinen ausdrücklichen Hinweis auf die strukturelle Absicherung des Wettbewerbs im Außenverhältnis. Das beruht allein darauf, dass das Merkmal der „überragenden Marktstellung“ selbst strukturell zu interpretieren ist. In der Praxis kommt der Widerlegungsmöglichkeit durch das Fehlen einer überragenden Marktstellung im Außenverhältnis keine Bedeutung zu.

10. EU-Recht

Der Begriff der marktbeherrschenden Stellung spielt im EU-Recht einmal eine Rolle für die Normadressatenschaft des Missbrauchsverbots nach **Art. 102 AEUV** als auch als materielles Prüfungskriterium der **Fusionskontrolle** nach Art. 2 Abs. 2 und 3 VO 134/2004. In der Fusionskontrolle ist die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ebenso wie seit der 8. GWB-Novelle 2012/2013 im deutschen Recht (§ 36 Abs. 1) als (Haupt-)Beispielfall der untersagungs begründenden erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs aufgeführt. Für die Feststellung der Marktbeherrschung muss ebenso wie im deutschen Recht der Markt

sachlich und räumlich abgegrenzt werden. Die Marktanteilsschwellen, ab denen Marktbeherrschung indiziert wird, liegen tendenziell höher als die der Marktbeherrschungsvermutungen des § 18 Abs. 4 und 6 (vgl. EuG Slg. 1978, 210 – United Brands; Slg. 1979, 461 (520 f., 527 f.) – Hoffmann/La Roche; Slg. 1991, I-3359 – Akzo). Zur Oligopol-Marktbeherrschung, die durch den Wortlaut von Art. 102 AEUV dadurch erfasst wird, dass er auch den Missbrauch durch mehrere Unternehmen ahndet, gibt es im Rahmen des Art. 102 AEUV wenig Fallpraxis (vgl. Kommission ABl. 1989 L 33, 44 (65 f.)). Anderes gilt für die EU-Fusionskontrolle, in der die Begründung oder Verstärkung einer Oligopol-Marktbeherrschung als Fall der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs häufig Gegenstand der Prüfung ist (dazu EuG EuZW 1998, 299 (308) – Kali+Salz mAnm Bechtold EuZW 1998, 313; EuG Slg. 2002, II-2585 – Airtours/Kommission; Kommission ABl. 1992 L 356, 1 – Nestlé/Perrier; vgl. dazu auch Bechtold/Bosch/Brinker FKVO Art. 2 Rn. 36).

§ 19 Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen

(1) Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.

(2) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen

1. ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen;
2. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen;
3. ungünstigere Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, als sie das marktbeherrschende Unternehmen selbst auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Abnehmern fordert, es sei denn, dass der Unterschied sachlich gerechtfertigt ist;
4. sich weigert, ein anderes Unternehmen gegen angemessenes Entgelt mit einer solchen Ware oder gewerblichen Leistung zu beliefern, insbesondere ihm Zugang zu Daten, zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, und die Belieferung oder die Gewährung des Zugangs objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein und die Weigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten droht, es sei denn, die Weigerung ist sachlich gerechtfertigt;
5. andere Unternehmen dazu auffordert, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren; hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die Aufforderung für das andere Unternehmen nachvollziehbar begründet ist und ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht.

(3) ¹Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 und Nummer 5 gilt auch für Vereinigungen von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen im Sinne der §§ 2, 3 und 28 Absatz 1, § 30 Absatz 2a, 2b und § 31 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 4. ²Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen, die Preise nach § 28 Absatz 2 oder § 30 Absatz 1 Satz 1 oder § 31 Absatz 1 Nummer 3 binden.