

KARTELLRECHT
WS 2019/20

Liebe Studentinnen,
liebe Studenten,

die Vorlesungsmanuskripte sollen den Teilschwerpunkt Wettbewerb (Jura) beziehungsweise das Wahlpflichtfach Wirtschaftsrecht (BWL) für Sie studierbarer machen, das Rekapitulieren der Vorlesung erleichtern und eine Grundlage für die Vorbereitung auf die spätere Examensklausur liefern. Die Manuskripte werden im Laufe des Semesters, in dem die betreffende Vorlesung gehalten wird, ins Netz gestellt. Ich stelle sie grundsätzlich erst im Nachhinein zur Verfügung. So kann ich Dinge einarbeiten, die mir im Laufe der Vorlesung aufgefallen sind. Die Texte werden im Weiteren nicht aktualisiert, sondern drei Semester später, wenn die Vorlesung turnusgemäß wieder anzubieten ist, durch eine neue Version ersetzt. Wenn Sie sich anhand des Manuskripts auf die Examensklausur vorbereiten, sollten Sie jeweils auf die neueste Version zurückgreifen.

Sie sollten um einige „Tücken“ wissen, die mit den Manuskripten verbunden sind. Die Manuskripte dienen mir als Unterlage für die Vorlesung und ich lese mir jeweils das einschlägige Kapitel vor der Veranstaltung durch. Den Text habe ich für mich geschrieben. Er soll die wichtigsten Gesichtspunkte festhalten. Seine Gliederung deckt sich im Grundsatz mit der Gliederung der Vorlesung. Der Text ist aber nicht immer so gefasst, dass er den Leser „führt“ und Dinge erklärt, die in den Stoff einführen. Die Vorlesung und das Manuskript weichen voneinander ab. Zum Beispiel kann ich in der Vorlesung anders oder ausführlicher erklären oder Beispiele verwenden, die im Manuskript nicht genannt sind. Im Zweifel gilt das in der Vorlesung gesprochene Wort. Häufig geht das Manuskript aber inhaltlich über die Vorlesung hinaus. Es ist für Sie zum Nacharbeiten und nicht zur erstmaligen Einführung gedacht. Das Manuskript enthält zum Teil Nachweise, die ich in der Vorlesung nicht nenne, um die Veranstaltung nicht zerfasern zu lassen. Manchmal führt es auch Querbezüge zu den anderen Fächern des Teilschwerpunkts auf. Sie werden in der Vorlesung nicht oder nicht in der gleichen Ausführlichkeit behandelt, weil sich die Vorlesung stets auch an Einsteiger wendet, die das andere Fach noch überhaupt nicht kennen. Das Manuskript kann schließlich auch Bereiche abdecken, die in der Vorlesung aus Zeitgründen nur skizziert werden können. In der Vorlesung gebe ich dann jeweils entsprechende Hinweise.

Viel Freude und Erfolg beim Schwerpunkt-/Wahlpflichtfachstudium! (Gilt selbstverständlich auch für das Pflichtfachstudium.) Wenn Sie Hinweise zur Verbesserung des Manuskripts haben oder Ihnen Unrichtigkeiten auffallen, dann würde ich mich über Hinweise freuen.

I. TEIL: GRUNDLAGEN

§ 1: ÜBERBLICK

A. Kartellrecht

Das deutsche Kartellrecht ist im „*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*“ geregelt (**GWB** = dtv/Beck WettbR Nr. 14). Es dient dazu, das Verhindern von Wettbewerb zu verhindern, um auf diese Weise sowohl die Handlungsfreiheiten der Unternehmen im Wettbewerb als auch den Wettbewerb als Institution zu schützen. Das Kartellrecht sichert im Grunde den Wettbewerb vor sich selbst. Wettbewerb hat nämlich die Neigung, sich selbst aufzuheben. Der zentrale Grund dafür sind die beteiligten Unternehmen. Sie haben kein Interesse an Wettbewerb und der damit verbundenen Bedrohung ihrer eigenen Existenz. Es liegt auf der Hand, dass sie über Strategien nachsinnen, wie sie dem Wettbewerb ausweichen können.

„Geschäftsleute des gleichen Gewerbes kommen selten, selbst zu Festen und zur Zerstreuung, zusammen, ohne dass das Gespräch in einer Verschwörung gegen die Öffentlichkeit endet oder irgendein Plan ausgeheckt wird, wie man die Preise erhöhen kann“, *Adam Smith*, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1. Auflage, 1776; hier zitiert in Übersetzung durch Recktenwald, *Der Wohlstand der Nationen*, DTV München, 8. Auflage, 1999, S. 112.

Die Materie wird vom GWB korrekt bezeichnet. Dass man trotzdem von „Kartellrecht“ spricht, hat historische Gründe. Kartelle sind nur eine von mehreren Möglichkeiten, den Wettbewerb einzuschränken. Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass Unternehmen bewusst davon absehen, miteinander zu konkurrieren, und stattdessen „gemeinsame Sache“ machen. Ein Paradefall wären Preisabsprachen zwischen Unternehmen mit dem Ziel, Preiskonkurrenz beziehungsweise Preisunterbietungen durch den Konkurrenten zu verhindern. Diese Form der Wettbewerbsbeschränkung verlangt in besonderer Weise nach rechtlicher Bekämpfung. Zugleich sind wettbewerbsbeschränkende Verträge (= Kartelle) die erste Form der Wettbewerbsbeschränkung gewesen und sie haben in Deutschland Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts eine extreme praktische Bedeutung gehabt.

Das europäische Kartellrecht ist in den **Artt. 101, 102 AEUV** (= dtv/Beck WettbR Nr. 15) sowie sehr umfangreich im Sekundärrecht der Europäischen Gemeinschaft geregelt. Das deutsche und die anderen nationalen Kartellrechte haben sich den Strukturen des europäischen Kartellrechts immer weiter angepasst. Sie sind inzwischen vom europäischen Kartellrecht kaum noch klar zu trennen. Im Rahmen dieser Vorlesung wird gleichwohl der Stoffrahmen weitgehend auf das deutsche Recht beschränkt. Soweit die europäischen Maßstäbe freilich Gegenstand des deutschen Rechts sind, gelten sie auch im Rahmen des nationalen Rechts und des Schwerpunkts Recht der Wirtschaft. Bedeutung hat dies namentlich für die europäischen Freistellungungsverordnungen, die später noch vorgestellt werden und die nach **§ 2 Abs. 2 GWB** wie deutsches Recht zu behandeln sind.

I. Schutzrichtungen

Das Kartellrecht hat hauptsächlich zwei Schutzrichtungen: Es schützt zum einen den Wettbewerb als Institution. Es geht dabei um den Schutz eines Allgemeinheitsinteresses, nämlich des Interesses an Wettbewerb.

Das Kartellrecht richtet sich insbesondere gegen wettbewerbsbeschränkende Absprachen und Verhaltensweisen, **§ 1 GWB**. Solche Absprachen sind verboten und dementsprechend nach § 134 BGB nichtig. Sie sind unwirksam, obwohl sich die Beteiligten geeinigt haben. Das Bestehen von Wettbewerb steht nicht zur Disposition der betreffenden Unternehmen. Ebenso wenig wie Parteien einen Vertrag zulasten Dritter schließen können, dürfen Unternehmen den Wettbewerb beispielsweise durch Preisabsprachen beschränken und dadurch das Interesse von Verbrauchern an Preiskonkurrenz und niedrigen Preisen durch Vereinbarung aushebeln.

Das Kartellrecht wacht weiterhin darüber, dass marktbeherrschende Unternehmen ihre Marktstellung nicht missbrauchen, **§ 19 GWB**.

Schließlich kennt es eine Zusammenschlusskontrolle (**§§ 35 ff. GWB**) und wirkt so dem Entstehen schädlicher marktbeherrschender Positionen entgegen, **§ 36 Abs. 1 GWB**.

Das Kartellrecht schützt zum anderen den einzelnen Unternehmer vor wettbewerbswidrigen Praktiken anderer Unternehmer, zum Beispiel vor Diskriminierungen oder unbilligen Behinderungen (**§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB**) oder vor ungerechtfertigten Beschränkungen der geschäftlichen Handlungsfreiheit, zum Beispiel **§ 21 Abs. 2, Abs. 3 GWB**.

Oft handelt es sich um Unternehmer, die anderen wirtschaftlich irgendwie unterlegen sind oder von anderen abhängig sind. Das ist insbesondere der Fall, soweit ein Unternehmen einem marktbeherrschenden Unternehmen gegenübersteht. Das Kartellrecht legt marktbeherrschenden Unternehmen strenge Bindungen auf, **§ 19 GWB**.

Daneben werden auch Unternehmen in die Pflicht genommen, die zwar nicht marktbeherrschend sind, von denen aber im Einzelfall mittlere oder kleine Unternehmen abhängig sind, individuelle Abhängigkeit, **§ 20 Abs. 1 GWB**.

II. Sanktionsmechanismen

Das GWB sieht zur Bekämpfung kartellrechtswidriger Praktiken drei Wege vor. Zum einen kennt es Kartellbehörden und bedient sich insoweit zusätzlicher Sanktionierungs- und Steuerungsmöglichkeiten (**§§ 48 ff., 32 ff. GWB**), die namentlich das UWG nicht hat. Zum anderen gibt es die Privatklage des betroffener Marktteilnehmer und die zivilgerichtliche Verbandsklage, **§§ 33 ff. GWB**. Schließlich normiert das Kartellrecht diverse Ordnungswidrigkeitstatbestände, **§ 81 GWB**.

B. Rechtsgeschichte

Kartellrecht als ein Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist nur möglich und erforderlich, wenn überhaupt „Wettbewerb“ beziehungsweise Wettbewerbsfreiheit und Marktwirtschaft bestehen.

Wettbewerbsfreiheit setzte sich in den europäischen Nationalstaaten in unterschiedlicher Reihenfolge durch. Den Anfang machte England, dem daraus zur Zeit der industriellen Revolution die wirtschaftliche Vorreiterrolle in Europa zukam. Frankreich folgte 1789, Deutschland nochmals erst 80 Jahre später.

In den Vereinigten Staaten bestand von Anfang an (1776) „Freiheit“, das heißt auch Wettbewerbsfreiheit. Hier waren keine gewachsenen feudalen Strukturen zu überwinden. Die ökonomische Größe Amerikas ist ein weiterer Grund dafür, warum es bereits seit Ende des 19. Jahrhunderts US-amerikanische Kartellgesetzgebung gibt. Das amerikanische Kartellrecht hat dadurch vielfach Vorbildcharakter erlangt. Es bezieht sich auf einen riesigen Wirtschaftsraum und hat – konsequenterweise – einen höheren Entwicklungsstand als andere Kartellrechte.

I. Das Zünftesystem

Die Situation in den deutschen Einzelstaaten zu Beginn des 19. Jahrhunderts war durch mehrere Faktoren gekennzeichnet.

- Die Zünfte kontrollierten als Berufszwangsverbände die Tätigkeit ihrer Mitglieder und konnten Zunftgenossen und Außenstehende auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch nehmen. Das Zünftesystem war ein System der Wettbewerbsunfreiheit, das Wettbewerb und Konkurrenz ausschloss und Märkte völlig abschottete. Es war damit der wohl wichtigste Hemmschuh wirtschaftlichen Fortschritts.
- Deutschland war ein wirtschaftlich schwaches Land, das sich sehr um wirtschaftlichen Aufschwung und Anschluss an das Niveau seiner Nachbarn bemühte. Die letzten Formen des Zunftwesens und die damit verbundenen wirtschaftlichen Beschränkungen konnten nur langsam überwunden werden. Wettbewerbs- und Gewerbefreiheit setzten sich in den einzelnen Ländern nur schleppend durch, wenn man von den unter französischem Einfluss stehenden Gebieten einmal absieht.
- Die Zersplitterung Deutschlands in viele Einzelstaaten erwies sich als ein weiteres Hindernis auf dem Weg zu wirtschaftlicher Gesundung. Im Ergebnis konnten erst im Deutschen Reich die Grundlagen für ein modernes Wirtschaftsrecht gelegt und die Rechtszersplitterung überwunden werden.

II. GewO 1869

An erster Stelle ist dabei die zunächst für das Gebiet des Norddeutschen Bundes und später reichseinheitlich geltende **Gewerbeordnung vom 21.6.1869** zu nennen, nach deren § 4 „den Zünften und kaufmännischen Korporationen ... ein Recht, Andere von dem Betriebe eines Gewerbes auszuschließen“, nicht zustand. Der Einfluss der Zünfte war nun endgültig überwunden und die Gewerbefreiheit

als der Weg zu lebensvoller Entwicklung von Wirtschaft und Wohlstand erkannt, *Motive zur GewO*, Verhdlg. des Reichstags des norddeutschen Bundes, 1869 Bd. 3, Drucks. Nr. 13, S. 107.

III. Reichsgesetzgebung

Die spätere **Reichsverfassung** wies in Art. 4 Nr. 5, Nr. 6 die Gesetzgebungs-kompetenz für Erfindungspatente und den Schutz des geistigen Eigentums dem Reich zu. Damit stand der Weg für die einheitliche Schutzgesetzgebung offen, die auch bald darauf einsetzte. Sie griff in Wirtschaftsverhältnisse ein, die nunmehr durch das neue Postulat von der Gewerbe- und Wettbewerbsfreiheit bestimmt wurden. Es kam unter anderem zu Gesetzen über **Markenschutz** (1874, dazu *Wadle*, JuS 1974, 761 ff.), zum **Urheberrecht** (1876) und zum **Patentrecht** (1877). Es folgte dann das **UWG 1896**. Die Gesetze erwiesen sich schnell als fehlerhaft und unzureichend. Obendrein wurden ihre Mängel durch eine aus heutiger Sicht ziemlich grob gehauene Judikatur verstärkt.

Zu einem Kartellgesetz kam es nicht. Das ist insofern erklärlich, als das Kartellrecht andere Dinge als das Immaterialgüterrecht und weitgehend auch anderes als das UWG betrifft. Die Frage, ob Preis- oder sonstige Kartellabsprachen wettbewerbsfördernd oder wettbewerbsschädlich sind, war damals weitgehend offen und wurde in ihrer Bedeutung noch nicht erkannt. Sie berührte im Übrigen die neu gewonnene Wettbewerbs- und Vertragsfreiheit in ganz besonderem Maße, so dass an eine gesetzliche Regelung überhaupt nicht zu denken war. Das Kartellverbot setzt ein Verständnis voraus, das damals noch nicht vorhanden war. Das Kartellrecht sichert nämlich die Freiheit des Wettbewerbs, indem es Vertragsfreiheiten einschränkt. Es beschränkt also gleichzeitig Freiheiten (Vertragsfreiheit) und sichert Freiheiten (wettbewerbliche Handlungsfreiheiten).

Da Kartelle, zum Beispiel Preis- oder Konkurrenzabsprachen, nicht gesetzlich verboten waren, mussten sie nach damaligem Verständnis von Wettbewerbsfreiheit grundsätzlich erlaubt sein. Das Reichsgericht zog diese Konsequenz tatsächlich.

Grundlegend ist RG vom 4.2.1897 (Sächsisches Holzstoffkartell), RGZ 38, 155 ff.: Mehrere Holzstofffabrikanten gründeten einen Verband, um „in Zukunft einen verderblichen Wettbewerb der Fabrikanten untereinander zu verhindern und für ihr Fabrikat einen angemessenen Preis zu erzielen“. Die Verbandsmitglieder verpflichteten sich unter Vereinbarung einer Vertragsstrafe, ihr Fabrikat ausschließlich durch eine gemeinsame Verkaufsstelle zu verkaufen. Im Streit stand die Wirksamkeit des Vertragsstrafeversprechens, da ein Verbandsmitglied „ausgeschert“ war.

- Das RG hielt den Vertrag für wirksam. Es erkannte, dass der Gesetzgeber durch das Prinzip der Gewerbefreiheit zwar die Interessen der Gesamtheit fördern wollte, hielt aber mit grob gehauenen Wettbewerbsüberlegungen dagegen: Wenn Preise so tief sinken würden, dass der gedeihliche Betrieb eines Gewerbes unmöglich gemacht oder gefährdet würde, dann sei die dann eintretende Krise nicht nur dem einzelnen, sondern auch der Volkswirtschaft im Allgemeinen verderblich, RG vom 4.2.1897 (Sächsisches Holzstoffkartell), RGZ 38, 155, 157.
- Auch der andere Einwand, die Gewerbefreiheit verbiete, dass Verträge der in Rede stehenden Art die Individualfreiheit des Einzelnen schmälerten, überzeugte das RG nicht, RG vom 4.2.1897 (Sächsisches Holzstoffkartell), RGZ 38, 155, 158 f. Ebenso wie Konkurrenzverbote rechtsgültig vereinbart werden können, müssten auch Kartellabsprachen zulässig sein. Der Einzelne unterwerfe sich eben vertraglich, beschränke seine Wettbewerbsmöglichkeiten also selbst.

Fikentscher hat einmal formuliert, diese Rechtsprechung des Reichsgerichts sei von „erstaunlicher Schlichtheit“ gewesen. Damals war das Wissen über das neue Phänomen Wettbewerb eben erst im Entstehen. Das Deutschland der Jahrhundertwende wurde zum „Land der Kartelle“. Im Vordergrund standen im Folgenden sozusagen „innerkartellrechtliche“ Fragen, wenn die Mitglieder des Kartells gegeneinander auf Einhaltung der Absprache, Schadensersatz oder Unterlassung klagten. Man sprach damals häufig von Kartellorganisationsrecht, das sich zu einem besonderen Zweig des Gesellschaftsrechts entwickelte.

IV. KartellVO 1923

Auf dem Höhepunkt der Hyperinflation kam es zur VO gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923, RGBI I 1923, 1067, sog. KartellVO. Die Regelung war unmittelbar durch die damalige extreme wirtschaftliche Krisenlage motiviert. Man wollte der Preistreiberei durch die Kartelle und der üblichen Abwälzung des Geldentwertungsrisikos auf Abnehmer aufgrund von Konditionenabsprachen entgegenzutreten.

- In der Sache ging die KartellVO jedoch längst nicht weit genug. Kartelle blieben grundsätzlich zulässig, wenn sie dem Schriftformerfordernis genügten (§ 1), und waren nur bei Gefährdung des Gemeinwohls im Wege eines Ministerverfahrens vor dem neugeschaffenen Kartellgericht aufhebbar (§ 4).
- Eine gewisse Bedeutung erlangte die Regelung (§ 8), nach der Kartellteiligte bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ihre Mitgliedschaft zum Kartell jederzeit kündigen konnten. Insgesamt erwies sich die KartellVO als ein stumpfes Schwert, das wenig praktische Bedeutung erlangte.

In besonders krassen Einzelfällen bemühte sich die Zivilrechtsprechung, mit den Generalklauseln des Zivilrechts (§§ 138 Abs. 1, 826 BGB) und namentlich über § 1 UWG 1909 zu helfen.

Besonders bedeutsam ist RG vom 18.12.1932 (Benrather-Tankstelle), RGZ 134, 342 ff. Das Urteil hat über § 1 UWG 1909 Schutz gewährt, als ein Kartell einen Außenseiter zu Preisanhebungen zwingen wollte.

Die NS-Zeit brachte die politische Forderung nach „Gleichschaltung“ der Wirtschaft und das Zwangskartellgesetz vom 15.7.1933, RGBl I 1933, 488. Kartelle, Verbände und Kammern wurden „Glieder im organischen Aufbau der deutschen Wirtschaft“.

V. Entwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg

Wichtig ist vor allem das allgemeine Dekartellierungsrecht der westlichen Besatzungsmächte von 1947. Es war stark an dem amerikanischen Anti-Trust-Recht orientiert, dessen Grundstrukturen auch das spätere GWB und das europäische Kartellrecht beeinflussten.

1. Deutsches Recht

Das **GWB** trat nach langen Geburtswehen und politischen Streitereien erst am 1.1.1958 in Kraft. Die Unternehmerschaft stand der Einführung des ihnen unbekannten Kartellverbots ausgesprochen skeptisch gegenüber. Sie hatte sich für die Zulässigkeit von Kartellabsprachen eingesetzt. Ihr politischer „Hauptgegner“ war *Ludwig Erhard*, der sich maßgebend für strikte kartellrechtliche Regeln einsetzte. Diese rechtspolitische Linie ging auf die so genannte „*Freiburger Schule*“ zurück, deren wohl wichtigste Vertreter *Franz Böhm* und *Walter Eucken* waren. Nach dieser Lehre, die auch Ordoliberalismus genannt wird, ist die Marktwirtschaft als Gesellschaftsordnung vorzugswürdig. Der Ordoliberalismus verlangt dazu zugleich einen starken Staat, der die Wettbewerbsordnung sichert und durch die Schaffung eines wirtschaftspolitischen Ordnungsrahmens die wirtschaftliche Freiheit eines jeden garantiert. Nur ein über den Gruppeninteressen stehender Staat kann einen solchen Rahmen schaffen und so vermeidbaren wirtschaftlichen Machtgebilden entgegenwirken und Wettbewerbsbeschränkungen bekämpfen.

Eingehend von *Götz*, 50 Jahre GWB – Die Geburt des GWB und der amerikanische Einfluss auf das Entstehen einer neuen Wettbewerbsordnung in der Bundesrepublik, WRP 2007, 741 ff.

Der Gesetzgeber entschied sich dafür, Kartelle nach dem Verbotsprinzip grundsätzlich zu verbieten („*sind verboten*“, **§ 1 GWB**), weil er Kartelle „grundsätzlich als unerwünschte und störende Erscheinungen innerhalb der

Marktwirtschaft“ ansah, *Regierungsentwurf und Begründung zum GWB* vom 22.1.1955, BT-Drucks. II/1158, S. 25. Er folgte insoweit der Freiburger Schule.

Der Gesetzgeber entschied sich damit gegen das Missbrauchsprinzip. Das Missbrauchsprinzip lässt Kartelle (und damit Beschränkungen des Wettbewerbs) zu und schreitet lediglich ein, wenn es zum „Missbrauch“ kommt. Weite Teile von CDU, CSU und FDP(!) hatten sich zu Beginn der Gesetzesberatungen für ein bloßes Missbrauchsprinzip und gegen ein grundsätzliches Kartellverbot ausgesprochen.

Für die kartellrechtliche Behandlung von marktbeherrschenden Stellungen hat sich der Gesetzgeber dagegen anders entschieden und auf das Missbrauchsprinzip gesetzt. Marktbeherrschende Stellungen sind nicht verboten, dürfen aber nicht zur Beschränkung des Wettbewerbs genutzt werden, § 19 Abs. 1 GWB.

Das GWB 1958 verzichtete weiterhin auf jede Entflechtung, die im Vorfeld gefordert worden war, sich aber politisch nicht durchsetzen konnte.

Das GWB hat in der Zwischenzeit zahlreiche Novellierungen erfahren. Die zweite Novelle von 1973 holte zahlreiche Dinge „nach“, die in den 50er Jahren nicht durchsetzbar waren. Sie führte unter anderem die Fusionskontrolle ein und untersagte die Möglichkeit der Preisbindung, also zum Beispiel verbindliche Absprachen des Herstellers mit den Händlern darüber, zu welchen Preisen die Händler die Waren weiterverkaufen dürfen, § 14 GWB a.F. Die 7. GWB-Novelle brachte 2005 mit § 2 Abs. 2 GWB eine besonders weitreichende und augenfällige Angleichung des deutschen an das europäische Kartellrecht.

2. Europäisches Recht

Das europäische Kartellrecht basiert wesentlich auf dem EWG-Vertrag von 1957 beziehungsweise auf den **Artt. 101, 102 AEUV** sowie auf verschiedenen Kartellverordnungen.

- Die nationalen Kartellrechte der einzelnen Mitgliedstaaten können nur den jeweils nationalen Markt erfassen, nicht aber grenzüberschreitende Märkte (zum Beispiel Märkte im Dreiländereck Deutschland, Belgien, Luxemburg). Es macht einen bedeutenden Unterschied, ob kartellrechtliche Kontrollen nur jeweils auf der Ebene der Nationalstaaten oder auf übergeordneter Ebene möglich sind. Überdies sind die Ermittlungs- und Überwachungsmöglichkeiten staatlicher Kartellbehörden grundsätzlich auf das Gebiet des eigenen Staates begrenzt.
- Die Artt. 101 f. AEUV und die sekundärrechtlichen Normen der EU sind nur auf Maßnahmen anwendbar, die geeignet sind, „den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“. Der EuGH hat diese Voraussetzung sehr weit ausgedehnt, so dass das europäische Kartellrecht unter Umständen bereits Anwendung finden kann, wenn ausschließlich der Markt eines Mitgliedstaats tangiert ist. Hinter dieser weiten Auslegung stand vielfach das Bestreben, in Mitgliedstaaten ohne eine eigene Kartellgesetzgebung mit

Hilfe der europäischen Normen wenigstens einen Grundstandard kartellrechtlicher Ordnung zu erreichen. Inzwischen tendieren die Mitgliedstaaten dazu, ihre nationalen Kartellrechte den Strukturen des europäischen Rechts anzupassen. Besonders England hat diesen Weg weitgehend beschritten.

- Grundfragen des europäischen Kartellrechts werden von Herrn Kollegen *Habermeyer* im Rahmen der Vorlesung „Internationales Wirtschafts- und Unternehmensrecht“ behandelt. Im Rahmen dieser Vorlesung und im Rahmen der von mir gestellten Schwerpunktklausuren spielt das europäische Kartellrecht keine Rolle mit Ausnahme der VO 330/2010 über Vertikalvereinbarungen. Ich nehme dazu in den Sachverhalt der kartellrechtlichen Schwerpunktklausuren folgenden Hinweis auf:

Standardhinweis: Die in Streit stehenden Vorgänge sind nicht geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Gibt ein kartellrechtlicher Sachverhalt Anlass zur Prüfung von § 2 Abs. 2 GWB, so ist allein die VO 330/2010 über Vertikalvereinbarungen in Betracht zu ziehen.

Dieses Vorlesungsmanuskript enthält am Ende einen knappen Überblick zum europäischen Kartellrecht.

C. Verhältnis zum Wettbewerbsrecht/UWG

Das Verhältnis des Kartellrechts zum Wettbewerbsrecht/UWG ist unterschiedlich zu beantworten.

I. Materielles Recht

Man kann verallgemeinernd sagen, dass sich das Kartellrecht vornehmlich auf Wettbewerbsbeschränkungen bezieht, die dadurch entstehen, dass Unternehmen miteinander kooperieren, sprich „gemeinsame Sache“ miteinander machen und zum Beispiel einen Vertrag miteinander schließen. Das Kartellrecht ist in wichtigen Teilen ein Vertragsverbotsrecht. Das UWG bezieht sich dagegen auf konfrontatives Verhalten gegenüber anderen Unternehmen („Angriffsverhalten“), also darauf, dass ein Unternehmen ein anderes schädigt. Das UWG ist insoweit ein Sonderdeliktsrecht.

Wenn Unternehmen beispielsweise wettbewerbsbeschränkende Absprachen treffen, zum Beispiel Preisabsprachen, dann muss es das Ziel sein, solche Verträge für unwirksam zu erklären, wie es etwa § 138 Abs. 1 BGB tut. Die §§ 1 ff. GWB regeln dementsprechend, wann wettbewerbsbeschränkende Verträge zwischen Unternehmen „verboten“ (§ 1 GWB) beziehungsweise unwirksam sind (§ 134 BGB) und unter welchen Voraussetzungen sie erlaubt sind, §§ 2 ff. GWB. Dagegen passen die §§ 3 ff., 8 ff. UWG ihrer Rechtsfolge nach nicht. Die §§ 8 f. UWG sehen lediglich zivilrechtliche Abwehr- und Schadensersatzansprüche vor, treffen aber keine Aussage über die Wirksamkeit wettbewerbsbeschränkender Verträge.

Gleichwohl gibt es zwischen beiden Gebieten viele Schnittmengen, insbesondere deshalb, weil das GWB auch verschiedene konfrontative Verhaltensweisen erfasst. So kann zum Beispiel ein Boykott sowohl unter § 21 Abs. 1 GWB als auch unter die §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG fallen. Das UWG schützt weiterhin auch den Bestand des Wettbewerbs als Institution, § 1 Satz 2 UWG. Das kommt etwa bei Preiskriegen in Betracht. Das UWG kann auch eingreifen, wenn die speziellen kartellrechtlichen Tatbestände ausscheiden, weil keines der beteiligten Unternehmen eine marktbeherrschende oder marktstarke Position (§§ 19, 20 GWB) hat.

II. Sanktionierung

Das Nebeneinander von Kartell- und Wettbewerbsrecht rechtfertigt sich zum Teil auch aus den unterschiedlichen Sanktionierungsmöglichkeiten der beiden Gebiete. Maßgeblich ist, dass das Kartellrecht Behördenzuständigkeiten kennt, während nach UWG nur zivilgerichtliche Klagen möglich sind.

Konfrontatives Verhalten provoziert geradezu zivilrechtliche Klagen des betroffenen Mitbewerbers. Für das Wettbewerbsrecht, das sich primär auf

konfrontatives Verhalten bezieht, ist die zivilrechtliche Klagemöglichkeit daher ein geeignetes Sanktionsinstrument.

Gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf einem kooperativen Verhalten beruhen, sind zivilrechtliche Klagen dagegen nur ein mäßig effektives Gegenmittel. Insbesondere geschehen solche Beschränkungen häufig „im Geheimen“. Wenn die Unternehmen A und B ein unzulässiges Kartell vereinbaren, das sich zulasten des C auswirkt, dann kann C dagegen schon deshalb schwer klagen, weil er von der Kartellabsprache in der Regel nichts weiß. In solchen Fällen hat eine Behörde häufig bessere Möglichkeiten. Sie kann auch besser und treffender ermitteln, ob ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat. Der Zivilprozess kann mit seiner Bindung an das Parteivorbringen und die möglicherweise beschränkten Erkenntnismöglichkeiten der Parteien hier schnell an systemimmanente Grenzen stoßen.

Ein weiterer Gesichtspunkt ist der Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Wenn diese entscheidungsrelevant sind, dann lassen sie sich in einem Zivilprozess in der Regel gerade nicht geheimhalten, so dass ein solcher Prozess meist erst gar nicht geführt wird. Ist dagegen eine Behörde eingeschaltet, so ist dies anders.

Der Verstoß gegen Vorschriften des GWB ist kein Rechtsbruch im Sinne von § 3a UWG, löst also keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche aus. Das GWB sieht nämlich eigenständige Sanktionsierungsregeln vor, die einen Rückgriff auf § 3a UWG durchweg ausschließen, BGH vom 7.2.2006 (Probeabonnement), BGHZ 166, 154, 159 ff. Rn. 13 ff. mwN. Dasselbe gilt für Verstöße gegen Normen des europäischen Kartellrechts, die der Gesetzgeber ausdrücklich in die Regelungssystematik des GWB mit einbezogen hat, § 33 Abs. 1 Satz 1 GWB. Soweit dagegen eine Handlung, zum Beispiel ein Boykott, zugleich sowohl kartellrechtliche als auch eigenständige wettbewerbsrechtliche Tatbestände erfüllt, stehen die kartellrechtlichen und die wettbewerbsrechtlichen Sanktionen gleichberechtigt nebeneinander, BGH vom 7.2.2006 (Probeabonnement), BGHZ 166, 154, 159 ff. Rn. 17.

§ 2: WETTBEWERB

Den Kartellgesetzen liegt die Wertung zugrunde, Wettbewerb sei etwas Gutes. Nur so ist zu erklären, dass der Wettbewerb als Institution und gegen Beschränkungen geschützt wird. Nach §§ 134 BGB, 1 GWB, Art. 101 Abs. 1, Abs. 2 AEUV sind zivilrechtliche Verträge unwirksam, wenn sie zur Beschränkung des Wettbewerbs dienen. Ebenso kann sich aus dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen (§ 19 Abs. 1 GWB, Art. 102 AEUV) ein Zwang zum Vertragsschluss, also ein Kontrahierungszwang ergeben. Diese Eingriffe in die Vertragsautonomie bedürfen der Rechtfertigung. Sie liegt darin, dass der Wettbewerb im öffentlichen Interesse ein schützenswertes Gut ist, das nicht zur Disposition einzelner Privatrechtssubjekte steht. § 1 Satz 2 UWG spricht insoweit von dem „*Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb*“. Zum Folgenden Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 105 ff.

A. Das Wettbewerbsparadoxon

Die Bewertung, ob Wettbewerb und die durch ihn ausgelösten Marktprozesse etwas Gutes oder etwas Negatives sind, wird durch eine Besonderheit erschwert. Der Markt stellt den ungebremsten Eigennutz als eine besonders starke Triebfeder menschlichen Handelns in den Dienst der Allgemeinheit. Wettbewerb kombiniert also zwei geradezu gegensätzliche Größen miteinander, nämlich das eigenwohlorientierte Verhalten mit dem Gemeinwohl. Dieses Paradoxon, dass sich die strikte Orientierung des Einzelnen an eigensüchtigen Motiven zum Wohl aller auswirken kann, schließt einfache Bewertungen marktwirtschaftlicher Prozesse weitgehend aus.

Zahlreiche abwertende Pauschalurteile über marktwirtschaftliche Systeme erklären sich aus einer Beschränkung des Blickwinkels darauf, dass Marktwirtschaft und Wettbewerb egoistisches Verhalten begünstigen. Die Vorbehalte speisen sich im Einzelnen aus unterschiedlichen Quellen.

- Eine wichtige Komponente ist religiöser Natur. Im Mittelalter wurde das Kaufmannswesen, das nun einmal nicht von der Nächstenliebe, sondern durch das Profitstreben geleitet wird, von der Kirche vielfach bekämpft.
- Ein weiterer Aspekt liegt möglicherweise in historisch-soziologischen Momenten. „Nur wagemutige, abgebrühte Kerle wagten es, im unsicheren Europa des Frühmittelalters mit Waren herumzureisen. Man musste schon abenteuerliches Blut in den Adern gehabt haben, um das Ungemach eines gefährvollen Wanderlebens auf sich zu nehmen und damit Geld zu verdienen. Da zugleich die Kirche das Gewinnstreben verurteilte, musste es sich um gewissenlose Männer handeln,“ die den Kaufmannsstand bildeten.

- Andere setzen an den sozialdarwinistischen Zügen von Wettbewerb an oder kritisieren ganz allgemein die Unmenschlichkeit marktbedingter Ausleseprozesse. In den Augen von *Marx* und *Engels* hat der Wettbewerb „die persönliche Würde in den Tauschwert aufgelöst“ und „kein anderes Band zwischen Mensch und Mensch übrig gelassen als das nackte Interesse, als die gefühllose bare Zahlung“. Auch *do ut des* stößt als menschlicher Handlungsmaßstab auf Vorbehalte.

Es kommt noch ein weiterer Aspekt hinzu, der heute durch die Mediengesellschaft ganz maßgeblich verstärkt wird. Menschen nehmen Steigerungen des persönlichen und des allgemeinen Wohlstands als selbstverständlich hin, während sie Einschränkungen ungleich stärker wahrnehmen. Weil sich „Leid“ medial besser „ausschlachten“ lässt und größeres Interesse auslöst als „Glück“, wird die öffentliche Wahrnehmung der Marktwirtschaft tendenziell dadurch bestimmt, dass in der Marktwirtschaft Menschen ihre Arbeit verlieren oder Unternehmen zusammenbrechen können. Die „Nachteile“ der Wirtschaft sind individuell sichtbar und dementsprechend gut zeigbar. Die mit der Marktwirtschaft verbundenen Vorteile kommen dagegen allen zu Gute und lassen sich daher nicht plakativ ausschachten. Sie geraten daher in der öffentlichen Wahrnehmung weitgehend aus dem Blick.

Die klassische Nationalökonomie ist der einseitigen Fixierung auf solche Aspekte bereits frühzeitig entgegengetreten und hat den Blick für die positiven Wirkungen von Wettbewerb geöffnet. Die Nächstenliebe ist in großen und offenen Gesellschaften als Handlungsmaxime überfordert. In den Augen von *Adam Smith* sind es nicht die Nächstenliebe oder die Gutmütigkeit („benevolence“) des Bäckers, die ihn zu nachtschlafender Zeit aufstehen lassen und dazu führen, dass wir unser täglich Brot und frische Brötchen erhalten können. Vielmehr animiere ihn seine Profitorientierung, die Brötchen zu backen und damit Vorteile für die Gesamtgesellschaft zu schaffen. Jeder, der einem anderen irgendeinen Tausch anbiete, schlage vor: Gib mir, was ich möchte, und du bekommst, was du brauchst. Durch solche Angebote erhielten wir alle guten Dienste, auf die wir angewiesen seien. Das, was wir zum Essen brauchen, erwarteten und erhielten wir nicht aufgrund des Wohlwollens des Metzgers, Brauers oder Bäckers, sondern dadurch, dass sie ihre eigenen Interessen wahrnahmen.

Im Anschluss an diesen Zusammenhang berufen sich Befürworter des Marktsystems auf den Gemeinwohlnutzen von Wettbewerb.

„Dadurch soll die Kraft der Nation aufs höchste gesteigert, Produktion und Handel zur höchsten Blüte gebracht werden. Jeder soll seinen Egoismus anspannen, um zu leisten, was er leisten kann; er soll Tag und Nacht auf Verbesserung sinnen, um dadurch sein Geschäft empor zu bringen und den Gegner aus dem Felde zu schlagen“, *Kohler*, *Der unlautere Wettbewerb*, 1914, S. 17.

In den Augen des früheren EG-Vertrags ermöglicht Wettbewerb unter anderem eine „*harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung*“

des Wirtschaftslebens“ und „eine Hebung der Lebenshaltung und der Lebensqualität“, **Art. 2 EG a.F.**

In den Augen des US-Supreme Court beschert die Marktwirtschaft eine bestmögliche Verteilung von Gütern, niedrigste Preise, die höchste Qualität und den größten Fortschritt, *Black J. in Northern Pacific Railway v. United States*, 356 U.S. 1, 4 (1958).

Der deutsche Gesetzgeber hat das GWB unter anderem damit begründet, dass dieses Gesetz die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen solle, um die dem Wettbewerb „innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung“ und die „bestmögliche Versorgung der Verbraucher“ zu gewährleisten, *Regierungsentwurf und Begründung zum GWB* vom 22.1.1955, BT-Drucks. II/1158, S. 21.

B. Wettbewerbsfunktionen

In der wettbewerbstheoretischen Literatur werden zahlreiche Wettbewerbsfunktionen unterschieden. Im Vordergrund stehen die wirtschaftspolitischen Funktionen.

Diese Funktionen lassen sich aus unterschiedlichen Blickwinkeln beschreiben. Es gibt keine einheitliche Terminologie. Wer mehr lesen möchte: *Beater*, *Unlauterer Wettbewerb*, 2011, Rdnr. 110 ff.

I. Steuerung von Warenangebot und Preis

Die wichtigste wirtschaftspolitische Funktion ist die Steuerung des Warenangebots und des Preisniveaus. Wettbewerb führt in der Einschätzung des Gesetzgebers „zur bestmöglichen Versorgung der Verbraucher“, *Regierungsentwurf und Begründung zum GWB* vom 22.1.1955, BT-Drucks. II/1158, S. 21. Wettbewerb basiert auf dem Prinzip von Angebot und Nachfrage und deren Bedeutung für den Preis. Überwiegt zum Beispiel die Nachfrage nach einem Gut das Angebot, so wird der Preis aufgrund des Wettbewerbs der Nachfrager um Abschlüsse mit den Anbietern solange steigen, bis Angebot und Nachfrage wieder ins Gleichgewicht gelangen. Solche steigenden Preise wiederum bieten Gewinnchancen und locken andere Unternehmen an mit der Folge, dass sich das Angebot erweitert und die Preise sinken.

- Diese Steuerung des Angebots erfolgt dezentral. Sie bestimmt sich nicht nach abstrakten Vorgaben, sondern nach den Wünschen der Abnehmer und den Möglichkeiten der Anbieter. Es ist allein die unsichtbare Hand des Marktes, die für eine Ausrichtung des Angebots an den Wünschen der Nachfrager sorgt. Der Markt zwingt die Unternehmen zugleich, sich den immer wieder ändernden Marktdaten (Modeströmungen, Kaufkraft etc.) dauernd anzupassen (Anpassungsflexibilität).

Das Wettbewerbssystem hat damit sämtlichen anderen, denkbaren Systemen den unschätzbaren Vorteil voraus, nicht mit angemäßigem Wissen über die Zukunft arbeiten zu müssen. Jede Planung von Wirtschaftsprozessen oder

„optimaler Betriebsgrößen“ setzt Zielprojektionen voraus, die sich als völlig falsch erweisen können. Das Versagen der planwirtschaftlichen Systeme hat hierin eine seiner wichtigen Ursachen.

Beispiel: Altenau

Marktwirtschaftliche System verzichten bewusst auf konkrete Vorstellungen über die Zukunft. Sie halten damit den wettbewerblichen Prozess für alle im Voraus gar nicht absehbaren Entwicklungen offen und können so flexibel auf die sich unaufhörlich ändernden Daten reagieren.

- Fehlt der Wettbewerb, so stehen dem Abnehmer beziehungsweise dem Verbraucher keine Alternativen zu Verfügung. Die Anbieter brauchen sich nicht um die Wünsche ihrer Kunden zu kümmern und können ihre Preise beliebig hoch festsetzen.

II. Verteilungs- und Fortschrittsfunktion

Unter Verteilungsfunktion versteht man, dass Wettbewerb für eine „leistungsgerechte“ Einkommensverteilung sorgt, indem er den Unternehmer mit dem höchsten Gewinn belohnt, der die „beste“, das heißt die am Markt erfolgreichste, Leistung anbietet. Die am Markt erfolgreichste Leistung ist diejenige, die von den Verbrauchern und unternehmerischen Abnehmern am stärksten nachgefragt wird. Ökonomisch wird also derjenige Anbieter belohnt, der den Nachfragern dasjenige anbietet, wofür sie ihr knappes Geld am ehesten ausgeben.

Die Marktwirtschaft geht davon aus, dass Verbraucher und unternehmerische Nachfrager selbst am besten wissen, was gut für sie ist. Die Verbraucher urteilen durch ihre Kaufentscheidungen („Abstimmung an der Ladentheke“) wie ein Schiedsrichter darüber, welcher Anbieter zum Zug kommt und welcher nicht. Wer Wettbewerb ausschließt, nimmt den Verbrauchern Wahlmöglichkeiten und entmündigt sie.

Zum Wettbewerbsrecht siehe BGH vom 6.7.1995 (Legehennenhaltung), BGHZ 130, 182 ff. Ein Maßstab, der darauf abstellt, wofür Verbraucher und sonstige Nachfrager tatsächlich ihr Geld ausgeben, ist der vielleicht härteste Maßstab überhaupt. Solche Entscheidungen sind in meinen Augen „ehrlich“ und „aussagekräftig“, weil der Urteilende (= Verbraucher, unternehmerische Abnehmer) die Konsequenzen eines etwaigen Fehlkaufs selbst zu tragen hat. Dagegen bringen bloße Auskünfte (etwa im Rahmen von Meinungsumfragen), für deren Richtigkeit oder Falschheit der Äußernde nicht einzustehen hat, die Gefahr des „Maulheldentums“ mit sich. So findet etwa ein Großteil der Bevölkerung die Produktion von Eiern in Legebatterien nicht gut, kauft die aus solcher Produktion stammenden Eier aber trotzdem, weil diese – aufgrund ihrer Produktionsweise – eben weniger kosten als aufwändig ökologisch produzierte Eier.

Unter Fortschrittsfunktion versteht man, dass der Wettbewerb immer wieder zur Neuerung zwingt und damit sicherstellt, dass gegebenenfalls auch einer sich ändernden Nachfrage Rechnung getragen werden kann. Wettbewerb sorgt auf diese Weise zugleich für technischen Fortschritt.

Besondere Bedeutung hat dies für Innovationen. Wer ein überlegenes Produkt als erster auf den Markt bringt, erzielt einen Vorsprung. Die Konkurrenten sind deshalb gezwungen, die Neuerung entweder nachzuahmen oder die eigenen Produkte so zu verbessern, dass sie wieder wettbewerbsfähig sind.

„...die Buorgeoisie [= die Marktwirtschaft] hat bewiesen, was die Tätigkeit der Menschen zustande bringen kann. Sie hat ganz andere Wunderwerke vollbracht als ägyptische Pyramiden, römische Wasserleitungen und gothische Kathedralen. ... Die Buorgeoisie reißt durch die rasche Verbesserung aller Produktionsinstrumente, durch die unendlich erleichterte Kommunikation alle, auch die barbarischsten Nationen in die Zivilisation“, *Marx/Engels*, Manifest der Kommunistischen Partei, Reclam Stuttgart 1969, S. 26, 28.

III. Gesellschaftspolitische Funktionen

Besonders umstritten sind gesellschaftspolitische Funktionen des Wettbewerbs. Wettbewerb kann zu wirtschaftlicher Macht und Souveränität führen und hat damit auch eine gesellschaftspolitische Dimension. Die Einordnung, welche Funktion und Bedeutung dem Wettbewerb insoweit zukommt, berührt in besonderem Maße politische Überzeugungen und ist dementsprechend kontrovers. Eine „*Nation aus Ladenbesitzern*“, als die Großbritannien häufig charakterisiert worden ist, funktioniert und verhält sich anders als eine „*Gesellschaft der Arbeiter und Bauern*“, **Art. 1 DDR-Verfassung 1974**.

Ein sozialistisches System wird beispielsweise privatwirtschaftliche Vereinigungen wegen ihrer Tendenz zur „*Begründung wirtschaftlicher Macht*“ verbieten, **Art. 14 Abs. 1 DDR-Verfassung 1974**. Die marxistische These, eine Akkumulation privater ökonomischer Macht führe zu einer verhängnisvollen Zusammenballung politischer Macht, gilt nicht weniger für den Staat selbst. Den praktischen Beweis dafür, dass es besser ist, dem Privatmann ökonomische Macht vorzuenthalten und diese Macht stattdessen allein beim Staat selbst zu konzentrieren, hat der Marxismus jedoch schwerlich geliefert. Es gibt in der Geschichte der Industriestaaten bis heute kein Beispiel dafür, dass politische Macht, die eine Verfügung über die Produktionsmittel einschließt, mit der politischen Freiheit der Bürger vereinbar ist.

Verfechter von Wettbewerbssystemen, die auf individuellen Freiheiten basieren, sehen deren Vorteil auch in Demokratie- und Freiheitsaspekten. Wettbewerb und individuelle Freiheiten erlauben jedermann, selbst seines Glückes Schmied zu sein. In ökonomischer Hinsicht folgt daraus, dass aufgrund der dynamischen Komponente des Wettbewerbs prinzipiell jedermann durch Wettbewerb zu Reichtum gelangen und „Macht“ erwerben beziehungsweise Reichtum und „Macht“ verlieren kann. Offene Märkte schließen Standesprivilegien Einzelner aus. Sie lassen es nicht zu, dass die Möglichkeit ökonomischen Wohlergehens wie zu Zeiten der Zünfte das garantierte Vorrecht eines exklusiven Zirkels ist,

der sich auf die Mitglieder der Zunft beschränkt. In den Augen des GWB-Gesetzgebers sind „politische Demokratie und Marktwirtschaft ... ohne Dezentralisierung der Macht nicht denkbar“, *Regierungsentwurf und Begründung eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 18.8.1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 16.

1. Entmachtungsargument

Wenn Märkte offen sind, hat prinzipiell jedermann die Möglichkeit, durch Wettbewerb zu Reichtum zu gelangen. Wer arm ist, kann dies ändern. Umgekehrt muss jeder durch Wettbewerb um seine in der Vergangenheit erworbene Position fürchten, wenn er sich zukünftig nicht mehr durchsetzen kann. Die Marktwirtschaft ist ein extremes „Entmachtungsinstrument“. Die wirtschaftliche Macht eines Unternehmens hält nur solange an, wie es den Verbrauchern und Nachfragern dasjenige anbietet, was die Verbraucher und Nachfrager wollen, und solange es dies besser tut als seine Mitbewerber. Sobald das Unternehmen Dinge anbietet, die die Verbraucher und Nachfrager nicht wollen, ist es mit seiner finanziellen „Macht“ vorbei.

Die Einführung des GWB ist vom Gesetzgeber ausdrücklich auch mit der Zielsetzung gerechtfertigt worden, dass ein freier Wettbewerb wirtschaftliche Macht da beseitigt, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt, *Regierungsentwurf und Begründung zum GWB* vom 22.1.1955, BT-Drucks. II/1158, S. 21.

Regierungsentwurf und Begründung eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB vom 18.8.1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 16: „In gesellschaftspolitischer Sicht zerstören übermäßige Ballungen wirtschaftlicher Macht die Grundlage unserer freiheitlichen Ordnung. Politische Demokratie und Marktwirtschaft sind ohne Dezentralisierung der Macht nicht denkbar“.

2. Freiheitsargument

Standesprivilegien oder hohe Marktzutrittsschranken schließen freien Wettbewerb aus und zementieren bestehende gesellschaftliche Verhältnisse. Die gesellschaftspolitische Diskussion zieht daraus unterschiedliche, zum Teil sehr weitgehende Folgerungen. Wettbewerb setzt vielfach Kapital und damit Eigentum voraus, über dessen Einsatz der Unternehmer allein entscheiden können muss. Privatautonomie, Privateigentum und Wettbewerb gehören unmittelbar zusammen.

Von den großen westlichen Ländern am stärksten derart individualistisch und kapitalistisch geprägt sind die Vereinigten Staaten. Im amerikanischen Schrifttum wird Eigentum (*property*) manchmal sogar als die älteste In-

stitution der Menschheit, älter als Verein, Ehe, Vertrag oder Religion vermutet.

Aus diesen Zusammenhängen wird von manchen abgeleitet, ein marktwirtschaftliches System sei in der Lage, ein Höchstmaß an wirtschaftlicher Handlungsfreiheit zu gewährleisten, etwa Vertragsfreiheit, Gewerbefreiheit, Investitionsfreiheit, Eigentumsrecht, Vereinigungsfreiheit (Freiheitsargument).

3. Wohlstandsargument

Nach Zahlen des Stat. Bundesamtes ist das verfügbare Realeinkommen der privaten Haushalte in der Bundesrepublik zwischen 1950 und 1992 um das Vierfache (!) gestiegen, *Nieschlag/Dichtl/Hörschgen*, Marketing, 18. Auflage 1997, S. 50 f. mwN.

C. Wettbewerbstheorien

Wettbewerbstheorien gibt es unzählige. Einige elementare Aspekte seien herausgegriffen.

Nach *Hayek* läuft tendenziell jede Vorhersage über das Ergebnis marktwirtschaftlicher Prozesse Gefahr, eine Anmaßung von Wissen zu sein, das Menschen nicht haben. Die Besonderheit und Vorteilhaftigkeit des Marktsystems liege gerade darin, dass es das unter unzähligen Personen nur verstreut existierende Wissen über einzelne Tatsachen nutze, während ein Einzelner oder eine organisatorische Institution dieses Wissen niemals in gleicher Vollkommenheit haben könne, *Hayek Ordo* 26 (1975), 12, 14 ff.

Die Unmöglichkeit exakter Vorhersagen lässt sich nach *Hayek* aaO. etwa mit der Schwierigkeit vergleichen, das Ergebnis eines Spiels zweier gleich guter Fußballmannschaften vorherzusagen. Wer sowohl mit dem Spiel als auch mit den Spielern wohlvertraut sei, habe wahrscheinlich eine ziemlich genaue Vorstellung, von welchen Faktoren der Ausgang abhängt. Er werde aber nicht imstande sein, die tatsächlich ausschlaggebenden Faktoren zuverlässig voraussagen zu können.

I. Preistheorie/Marktformen

Häufig werden unterschiedliche Marktverhältnisse voneinander unterschieden. Solche Ansätze trennen danach, wievielen Anbietern wieviele Abnehmer gegenüberstehen.

Beim Monopol (zum Beispiel **§ 18 Abs. 2 Nr. 1 GWB**) ist das betreffende Unternehmen keinem Wettbewerb ausgesetzt, beim Duopol gibt es lediglich zwei miteinander konkurrierende Unternehmen. Weiterhin spricht man vom Oligopol (mehr als zwei, **§ 18 Abs. 6 GWB**) beziehungsweise vom engen (ca. drei bis fünf) und weiten Oligopol (mehr als fünf) und schließlich vom Polypol, bei dem es eine unüberschaubare Menge von Wettbewerbern gibt.

Diese Formen werden nun miteinander kombiniert. Wenn etwa einem anbietenden Monopolisten eine Mehrzahl von Abnehmern gegenübersteht, dann spricht man etwa von einem Monopol mit oligopolistischer Nachfrage.

Das Fehlen von Wettbewerb führt dazu, dass der Monopolist seine Produktion nur soweit ausdehnen wird, bis er sein Gewinnmaximum erreicht. Seine Preise liegen über denen eines Unternehmens, das mit anderen konkurriert und deshalb zu wettbewerbsfähigen Preisen anbieten muss.

Der Angebot/Nachfrage/Preismechanismus führt dazu, dass der Monopolist allein festlegen kann, wieviele Produkte er fertigt. Er ist damit in der Lage, den Preis zu bestimmen.

Der in Konkurrenz stehende Unternehmer hat diese Möglichkeit dagegen nicht. Er muss zum Beispiel damit rechnen, dass ein Mitbewerber große Stückzahlen auf den Markt bringt und damit den Preis nach unten treibt. § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB spricht davon, dass ein Unternehmen dem Wettbewerb „*ausgesetzt*“ ist, also zum Beispiel damit klarkommen muss, dass die Konkurrenz zu niedrigeren Preisen anbietet und ihn so zu Änderungen seiner eigenen Geschäftspolitik zwingt.

Die Preistheorie zieht daraus grundsätzlich den Schluss, dass die Versorgung der Allgemeinheit am besten im Polypol und am schlechtesten im Monopol gewährleistet sei. Im Polypol würden die Preise auf das niedrigste Niveau (sog. Grenzkosten) gedrückt, während der Monopolist in der Lage sei, auf Kosten der Allgemeinheit hohe Differentialgewinne zu erzielen. Das Polypol und das weite Oligopol seien positiv, das Monopol und enge Oligopol negativ zu bewerten.

II. Dynamische Theorie

Die Preistheorie beschränkt sich auf eine rein statische Beschreibung. Ihr extremes Gegenstück ist die dynamische Theorie.

- Sie versteht Wettbewerb als einen in der Zeit ablaufenden Prozess, der aus Vorstößen einzelner sog. Pionierunternehmen und aus Verfolgungsaktionen anderer sog. Nachahmer besteht. Dieser Prozess kommt niemals zu Ende, solange er frei ist.
- Bedeutsam sind die Konsequenzen für das Kartellrecht. Vorübergehende Machtpositionen und Monopolstellungen von Unternehmen sind mit dem Wettbewerbsgedanken durchaus vereinbar, weil jedem Unternehmen der Ansporn bleiben soll, diese Position zu erreichen. Unverzichtbar ist dann allerdings, dass der Markt offengehalten wird und die Marktzutritts-schranken so gering wie möglich bleiben.
- Marktzutrittsschranken müssen im Interesse des Wettbewerbs möglichst gering sein. Das GWB muss daher insbesondere eingreifen, wenn ein Monopolunternehmen seine Marktstellung dazu einsetzt, den Marktzutritt für etwaige Newcomer zu erschweren, um sich so Konkurrenz vom Halse zu halten.

Beispiel: Stadtwerke Soest

III. Chicago-School

Eine weitere wettbewerbstheoretische Bewegung ist die Chicago-School. Sie hat das amerikanische Kartellrecht in Teilen stark beeinflusst.

- Ihre Kernthese ist, dass sich zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnissen keine Zusammenhänge empirisch nachweisen lassen.
- Diese Lehre zieht daraus die Konsequenz, dass sich der Staat im Wesentlichen allein auf die Bekämpfung künstlicher Marktzutrittsschranken beschränken sollte. Die Wettbewerbspolitik beschränkt sich dabei auf die Bekämpfung der klassischen Kartelle, insbesondere die Preiskartelle.

Alles andere wird zugelassen in dem Vertrauen, die Selbstheilungskräfte und die Dynamik des Marktes würden auf die Dauer für optimalen Ausgleich sorgen. Demensprechend seien etwa Unternehmenszusammenschlüsse oder Vertriebsbindungen beziehungsweise vertikale Wettbewerbsbeschränkungen unbedenklich.

IV. Konzept der Wettbewerbsfreiheit

Die Suche nach dem „Wesen“ des Wettbewerbs kann nicht über die Beschreibung bestimmter Marktprozesse hinausgelangen. Eine allgemeine Definition oder gar die Formulierung von Zusammenhängen, die quasi eine naturgesetzliche Geltungskraft haben, ist nicht möglich. Das Kartellrecht versucht, sich dem Problem namentlich unter einer engeren Fragestellung zu nähern. Es kommt nicht darauf an zu definieren, was Wettbewerb ist, sondern es reicht aus zu klären, in welchen Fällen der Wettbewerb beschränkt wird.

§ 1 GWB fragt, ob eine Maßnahme eine „*Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs*“ bewirkt oder bezweckt. Verstünde man diese Voraussetzung wörtlich, so müsste an dieser Stelle definiert werden, was „Wettbewerb“ ist. Das Kartellrecht vermeidet zu Recht diesen Ansatz. Es stellt stattdessen allein darauf ab, in welchen geschäftlichen Handlungsfreiheiten die Maßnahme andere Unternehmer beschränkt. Wird in Klausuren häufig falsch gemacht.

Der Ansatz ist im Ausgangspunkt der Chicago-School ähnlich, zieht aber andere Konsequenzen.

- Dahinter steht die Überlegung, dass Wettbewerb sich nur im Hinblick auf konkrete Einzelaspekte „einfangen“ lässt. Gleichwohl bleibt die Bewertung einer Handlung als wettbewerbskonform oder wettbewerbsbeschränkend unverzichtbar. Zum Beispiel können Preissenkungsaktionen von marktmächtigen Unternehmen eine Reaktion auf Marktzwänge, aber auch der Versuch zur Monopolisierung des Markts und zum Verdrängen der schwächeren Konkurrenten sein.
- Auch unter diesem Blickwinkel ist wesentlich, ob der Zutritt zu den Märkten offen ist. Nur dann sind Monopolstellungen hinzunehmen.

- GWB und die Artt. 101 f. AEUV basieren prinzipiell auf derselben Sicht. Das GWB basiert nicht auf einem wie auch immer gearteten wettbewerbstheoretischen Modell. Mit dem europäischen Kartellrecht liegt es ähnlich.

D. Marktabgrenzung

Eine Konsequenz der Komplexität von Wettbewerb ist, dass sich wettbewerbliche und kartellrechtliche Aussagen nur auf einen bestimmten Markt beziehen.

Die Märkte für Margarine, Dieselloks, Sonntagsbrötchen und Diamantarmbanduhren sind ebenso von völlig unterschiedlichen Bestandteilen geprägt wie etwa das Konsumverhalten in Hamburg Blankenese oder im Greiswalder Plattenviertel.

Die Abgrenzung des relevanten Marktes ist vor allem notwendig, wenn es um die Klärung geht, ob ein Unternehmen „*marktherrschend*“ ist. Ist es marktherrschend, dann wird sein Handeln kartellrechtlich strenger beurteilt (§ 19 GWB) als das Handeln eines nicht marktherrschenden Unternehmens. Es ist deshalb erforderlich zu klären, wie die Wettbewerbssituation ist. Man spricht insoweit von der Abgrenzung des „*relevanten Marktes*“, § 18 Abs. 1 GWB. Für sie gibt es keine einfachen Regeln.

I. Beurteilungsmaßstab

Für die Abgrenzung des Marktes kommt es auf die Sicht der Abnehmer an. Es stehen solche Anbieter miteinander im Wettbewerb, deren Produkte aus Abnehmersicht miteinander konkurrieren. Es ist also nicht entscheidend, ob Produkte zum Beispiel stoffgleich (Folie: Mais/Popkorn) oder scheinbar funktionsgleich (Tchibo/Rolux) sind. Die Abnehmersicht ist ungleich flexibler. Man spricht von „Bedarfsmarktkonzept“ beziehungsweise von „funktioneller Austauschbarkeit“.

- Dahinter steht die Überlegung, dass die Vorteile der Marktwirtschaft in erster Linie Vorteile für die Abnehmer sind. Sie sollen aufgrund des Wettbewerbs zwischen möglichst vielen und unterschiedlichen Produkten wählen können. Deshalb ist aus Sicht der Abnehmer/Nachfrager zu beurteilen, ob ein Produkt zum Beispiel das einzige seiner Art ist, oder ob es mit anderen, in den Augen der Nachfrager austauschbaren Produkten in Konkurrenz steht.
- Anders gewendet: Wenn der Abnehmer statt des fraglichen Produkts auch mit anderen Angeboten vorlieb nehmen kann, weil diese aus seiner Sicht mit dem fraglichen Produkt austauschbar sind, dann besteht Wettbewerb. Ist das Produkt dagegen mit keinem anderen austauschbar, dann ist eine Monopolstellung gegeben.

- Umgekehrt reicht das Konkurrieren mit anderen um die Kaufkraft der Abnehmer nicht aus. Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot würde leerlaufen, denn selbst klassische Monopolisten (früheres Beispiel: Bundespost) hätten auf einem derart definierten Markt keine marktbeherrschende Stellung.

Die ausschlaggebenden Kriterien sind freilich variabel, weil die Abnehmer von Produkt zu Produkt vielfach unterschiedliche Abgrenzungskriterien zugrunde legen. Wettbewerb und Abnehmerverhalten sind von einer Unzahl von Faktoren abhängig. Immerhin ist man sich für das deutsche Recht einig, dass es auf die Sicht des „verständigen“ Abnehmers ankommt. Es geht also um einen rechtlichen, normativen Maßstab. Die tatsächliche Praxis beziehungsweise das tatsächliche Abnehmer- oder Verbraucherverhalten ist dabei ein wichtiges Indiz, aber eben nicht allein maßgebend.

II. Komponenten des Marktes

Der relevante Markt ist in „*sachlicher*“ und „*räumlicher*“ (§ 18 Abs. 1 GWB) sowie in zeitlicher Hinsicht von anderen Teilmärkten abzugrenzen. Siehe EG-Kommission, Bekanntmachung zur Definition des relevanten Marktes, WuW 1998, 261 ff.

1. Sachlich

Zu demselben sachlich relevanten Markt gehören sämtliche Produkte, die der Nachfrager/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.

EuGH vom 14.2.1978 (United Brands/Kommission) – Rs. 27/76, Slg. 1978, S. 207 ff. hatte darüber zu entscheiden, ob der Importeur von Chiquita-Bananen unter anderem mit den Anbietern von Äpfeln, Apfelsinen, Erdbeeren und anderen Früchten in Wettbewerb steht. Entscheidend für die Marktabgrenzung ist nicht, wo und wie die Früchte produziert werden. Es kommt allein darauf an, ob sie aus Sicht der Verbraucher miteinander austauschbar sind. Der EuGH nahm an, dass kein Wettbewerb zwischen den Produkten besteht.

„Damit die Banane als Gegenstand eines hinreichend gesonderten Marktes angesehen werden kann, müssen ihre besonderen, sie von anderem frischen Obst unterscheidenden Eigenschaften so kennzeichnend sein, dass sie mit ihm nur geringfügig austauschbar und seinem Wettbewerb nur in wenig spürbarer Form ausgesetzt ist“, EuGH vom 14.2.1978 (United Brands/Kommission) – Rs. 27/76, Slg. 1978, S. 207 ff. Rn. 22.

„Die Banane reift unabhängig von den Jahreszeiten das ganze Jahr hindurch. Die Produktion übersteigt die Nachfrage während des ganzen Jahres und kann diese jederzeit befriedigen. Diese Besonderheit macht aus ihr eine bevorzugte Frucht, deren Produktion und Absatz sich an die

bekannten und messbaren jahreszeitlichen Schwankungen anderen frischen Obstes anpassen lassen. Es gibt keine erzwungene jahreszeitliche Substitution, denn der Verbraucher kann sich die Frucht das ganze Jahr hindurch beschaffen. Da die Banane jederzeit in genügenden Mengen verfügbar ist, muss man, um das Ausmaß des zwischen ihr und anderem frischen Obst bestehenden Wettbewerbs zu ermitteln, ihre Austauschbarkeit mit anderem Obst für das ganze Jahr beurteilen. Aus den zu den Akten gereichten Untersuchungen über den Bananenmarkt ergibt sich, dass auf diesem keine spürbare langfristige Kreuzelastizität besteht, ebenso wie es eine jahreszeitliche Austauschbarkeit nicht zwischen der Banane und allen Saisonfrüchten allgemein, sondern nur zwischen ihr und zwei Obstsorten (Pfirsichen und Tafeltrauben) in einem Lande des relevanten räumlichen Marktes (Deutschland) gibt. Was die bei das ganze Jahr hindurch verfügbaren Früchte (Apfelsinen und Äpfel) anbelangt, so besteht mit der ersten keine Austauschbarkeit und nur eine begrenzte Austauschbarkeit mit der zweiten. Dieser geringe Grad an Austauschbarkeit beruht auf den spezifischen Eigenschaften der Banane sowie auf allen Faktoren, die die Verbraucherentscheidung beeinflussen. Die Banane ist durch ihr Ansehen, ihren Geschmack, ihre weiche Beschaffenheit, das Fehlen von Kernen, eine einfache Handhabung und ein gleichbleibendes Produktionsniveau geeignet, den gleichbleibenden Bedarf einer bedeutenden, sich aus Kindern, Alten und Kranken zusammensetzenden Bevölkerungsgruppe zu befriedigen“..., EuGH vom 14.2.1978 (United Brands/Kommission) – Rs. 27/76, Slg. 1978, S. 207 ff. Rn. 23/33.

„All diese Überlegungen zeigen, dass eine große Zahl von Verbrauchern mit gleichbleibenden Bedarf nach Bananen von dem Verbrauch dieses Erzeugnisses nicht in erheblicher oder auch nur spürbarer Weise dadurch abgehalten wird, dass anderes frisches Obst auf den Markt gelangt; sie zeigen ferner, dass sogar ein jahreszeitlich bedingtes Überangebot nur einen in zeitlicher Hinsicht mäßigen und im Hinblick auf die Austauschbarkeit sehr begrenzten Einfluss ausübt. Sonach ist der Markt für Bananen ein von dem Markt für frisches Obst hinreichend abgesonderter Markt“, EuGH vom 14.2.1978 (United Brands/Kommission) – Rs. 27/76, Slg. 1978, S. 207 ff. Rn. 34/35.

2. Räumlich

Es ist weiterhin erforderlich, dass die Unternehmen beziehungsweise ihre Produkte in räumlicher Hinsicht miteinander konkurrieren. Bei manchen Produkten nimmt der Abnehmer größte Entfernungen in Kauf, bei anderen nur geringe.

- Das klassische Beispiel für eine fehlende räumliche Konkurrenz sind zwei Bäcker, die ihre Geschäfte in Konstanz und in Greifswald betreiben. Obwohl es sich um identische Produkte handelt, die zur gleichen Zeit angeboten werden, stehen der Konstanzer und der Greifswalder Bäcker nicht miteinander in Wettbewerb.
- Der räumliche Markt im Zusammenhang mit Tankstellen beziehungsweise Benzin ist durch die Entfernung begrenzt, die ein Autofahrer maximal zusätzlich in Kauf nehmen würde, um billiger tanken zu können. Bei einem Tankfassungsvermögen von 60 Litern rechnet es sich nicht, 100 km zu fahren, nur um dort den Liter 10 Cent billiger zu erhalten. Auch sind Zeitaufwand und Benzingeldersparnis miteinander in Beziehung zu setzen.

- Der räumliche Markt für Fertighäuser erstreckt sich dagegen typischerweise auf das gesamte Bundesgebiet oder unter Umständen noch darüber hinaus. Die Vorabinformation durch Katalog und Korrespondenz und der besondere Wert des Produkts führen dazu, dass Interessenten gegebenenfalls auch quer durch Deutschland reisen, um sich ein Musterhaus anzusehen.

3. Zeitlich

Der relevante Markt ist weiterhin auch in zeitlicher Hinsicht zu definieren. Es ist nicht erforderlich, dass Produkte zu derselben Zeit miteinander konkurrieren. Sie stehen auch in Konkurrenz, wenn die Abnehmerschaft gegebenenfalls zeitliche Verschiebungen hinnimmt.

Beispiel: Beim Kauf von Neuwagen können Modelle der auslaufenden Serie, aktuell angebotene und erst zukünftige Modelle miteinander konkurrieren. Dazu kommt es wesentlich auf den Wagentyp an. Der Käufer eines Prestigewagens ist bereit, gegebenenfalls sehr viel länger auf das ersehnte Modell zu warten als der Käufer eines Durchschnittsnutzautos.

Fall: Das Flugunternehmen

L bietet als einziges Flugunternehmen Flüge für die Flugstrecke Berlin/Frankfurt a.M. an, arbeitet für diesen Bereich aber defizitär. Gleichwohl verlangt L Preise, die deutlich über denen für Flugstrecken liegen, die der Strecke Berlin/Frankfurt a.M. vergleichbar sind und die von mehreren Fluggesellschaften bedient werden. Das Flugunternehmen F trifft Vorbereitungen, dieselbe Fluglinie zu bedienen und dabei die Preise von L deutlich zu unterbieten. Das zuständige BKartA überlegt, ob es L durch Verfügung dazu zwingt, die Flugpreise unter ein bestimmtes Maß zu senken. Welche rechtlichen Überlegungen wird das BKartA anstellen?

Hinweis: KG vom 26.11.1997 (Flugpreis Berlin-Frankfurt a.M.), WuW 1998, 596 ff. = WuW/DE-R 124 ff.; BGH vom 22.7.1999 (Flugpreisspaltung), BGHZ 142, 239 ff.

Lösung

Rechtsgrundlage der Verfügung könnte **§ 32 Abs. 1 GWB** sein. Dies setzt zunächst voraus, dass L einer Vorschrift des GWB zuwider handelt. L könnte gegen **§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB** verstoßen.

A. Marktbeherrschende Stellung, § 18 Abs. 1 GWB (+)

Dann müsste L eine marktbeherrschende Stellung haben.

I. Relevanter Markt

In räumlicher Hinsicht geht es um die Beförderung von Berlin nach Frankfurt a.M. und umgekehrt. Ausweichmöglichkeiten auf Flugverbindungen von oder nach anderen Städten sind nicht ersichtlich. Wer von Frankfurt nach Berlin will, dem hilft es nicht, wenn er beispielsweise preisgünstig von Frankfurt nach Hamburg fliegen kann und dann mit der Bahn nach Berlin gelangt.

In sachlicher Hinsicht steht – in Auslegung des Sachverhalts – allein die Beförderung von Personen (samt Gepäck) infrage, nicht dagegen eine reine Güterbeförderung. Wer die betreffende Strecke zurücklegen will, hat unterschiedliche Möglichkeiten: er kann selbst mit dem Pkw fahren, er kann ein Taxi oder möglicherweise eine Busverbindung wählen, den Schienenverkehr oder eben das Flugzeug. Zu demselben sachlich relevanten Markt gehören sämtliche Produkte, die der Nachfrager/Verbraucher nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs als austauschbar ansieht.

Flugzeug und Pkw stehen schon deshalb nicht miteinander in Konkurrenz, weil man beim Pkw selbst fahren muss. Im Übrigen sind Pkw, Taxi und Bus auf der besagten Strecke viel langsamer als das Flugzeug. Die Frage ist allein, ob das Flugzeug mit den schnellen ICE-Zügen in sachlicher Konkurrenz steht.

Relevanter Markt ist die Flugmöglichkeit zwischen Berlin und Frankfurt a.M. Die Bahn ist allen ICE-Fortschritten zum Trotz auf der Strecke Berlin/Frankfurt a.M. jedenfalls derzeit kein Konkurrent, da sie deutlich länger braucht. Inzwischen ist dies wegen des ICE-Sprinter nicht mehr ganz zweifelsfrei. Dieser ICE fährt aber wohl lediglich morgens und möglicherweise auch nur von Berlin nach Frankfurt a.M.

Die Bahn ist außerdem für „Anschlussflieger“ unattraktiv, weil sie in Berlin noch nicht richtig an das Flugnetz angeschlossen ist.

II. § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB

Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich bejahen, da L auf der Strecke Berlin/Frankfurt a.M. „ohne Wettbewerber“ ist, **§ 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB**.

B. Missbrauch, § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB

§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB verlangt die Aussage, welche Preise sich „bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden“. Solche Aussagen verlangen ein Wissen, das Menschen eigentlich nicht haben.

Aus dem Preisvergleich mit ähnlichen Strecken ergibt sich, dass L Entgelte fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Andererseits arbeitet L auf der Strecke Berlin/Frankfurt a.M. defizitär. Kann darin eine missbräuchliche Preisüberhöhung liegen?

Das BKartA hat sich daran nicht gestört. Für den Marktbeherrscher gebe es ebenso wenig einen Anspruch auf Kostendeckung wie für Unternehmen im Wettbewerb.

KG vom 26.11.1997 (Flugpreis Berlin-Frankfurt a.M.), WuW 1998, 596 ff. = WuW/DE-R 124 ff. (ähnlich BGH vom 22.7.1999 (Flugpreisspaltung), BGHZ 142, 239 ff.) war anderer Ansicht. Es lehnte unter Rückgriff auf europarechtliche Vorgaben zum Luftverkehr einen Missbrauch ab, wenn der Preis unter den langfristig voll zugewiesenen einschlägigen Kosten einschließlich einer angemessenen Kapitalverzinsung liegt.

C. Ermessen

Nimmt man einen Missbrauch an, so stellt sich die Frage der Ermessensausübung. Nach **§ 32 Abs. 1 GWB** „kann“ die Kartellbehörde missbräuchliches Verhalten untersagen, hat also Ermessen.

Für die Frage, ob das BKartA einschreiten soll, ist zu bedenken, dass ein Verbot der hohen Preise den F möglicherweise gerade davon abhalten würde, ebenfalls die Strecke Berlin/Frankfurt a.M. zu bedienen. Nach KG aaO. ist bei der Ermessenausübung den besonderen Folgen Rechnung zu tragen, die der preismisbrauchsaufsichtliche Eingriff auslöst.

Die Preisermäßigung erscheint auf den ersten Blick als verbraucherfreundlich. Sie ist aber nicht selten nur kurzlebig, weil die Verfügung schnell durch Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse überholt werden kann. Zugleich setzt die Preisermäßigung die Attraktivität des Marktes für eintrittswillige Unternehmen durch die Verringerung der Gewinnerwartung herab und nimmt damit die Aussicht auf eine strukturelle Verbesserung. Sie kann die Struktur sogar noch verschlechtern, indem sie leistungsschwächeren Wettbewerbern, die auf dem Markt eine Randexistenz fristen, durch die Preissenkung die Überlebensfähigkeit entzieht.

Der missbrauchsaufsichtliche Eingriff ist vor diesem Hintergrund nur ein äußerster Notbehelf. Vertretbar ist er nur, wenn die negativen wettbewerblichen Nebenwirkungen vernachlässigt werden können, zum Beispiel weil Märkte strukturell so gestört sind, dass man die Hoffnung auf die Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs sinnvollerweise aufgibt.

§ 3: KARTELLRECHTLICHE GRUNDSATZFRAGEN

A. Verbotstatbestände

Wettbewerb hat die Neigung, sich selbst aufzuheben.

Beispiele: Die Wettbewerber konkurrieren so heftig miteinander, dass am Schluss alle eingehen. Ein Wettbewerber ist so gut, dass er alle anderen aus dem Felde schlägt. Wettbewerber kommen überein, sich gegenseitig zu schonen und sich deshalb in bestimmten Bereichen keine Konkurrenz zu machen.

I. Wettbewerbsbeschränkung durch „Absprache“ / Kooperation

Der „Urfall“ einer kartellrechtlich unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn die Konkurrenten „gemeinsame Sache machen“ und den Wettbewerb durch gegenseitige Abstimmung (also „kooperativ“) aushebeln, das heißt durch Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmtes Verhalten.

1. Verbotsprinzip

Das deutsche und europäische Kartellrecht (§ 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV) bekämpfen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen nach dem Verbotsprinzip, weil sie Kartelle „grundsätzlich als unerwünschte und störende Erscheinungen innerhalb der Marktwirtschaft“ ansehen, *Regierungsentwurf und Begründung zum GWB* vom 22.1.1955, BT-Drucks. II/1158, S. 25.

Andere Rechtsordnungen lassen nach dem Missbrauchsprinzip Kartelle zu und überwachen sie lediglich darauf, ob sie missbräuchlich ausgeübt werden. In den nationalen Kartellrechten der Mitgliedstaaten der EU dürften solche Regelungen aber nicht mehr zu finden sein.

Vom Verbot erfasste Praktiken können im Ausnahmefall unter bestimmten Voraussetzungen gleichwohl zulässig sein. Das GWB kennt dazu mehrere Legalausnahmen. Sie stellen bestimmte Kartelle kraft Gesetzes vom Verbot frei. Diese Ausnahmevorschriften trennen zum Teil ausdrücklich zwischen Beschränkungen auf der horizontalen oder vertikalen Ebene, §§ 3, 30 GWB.

2. Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen

Von horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen spricht man, wenn wettbewerbsbeschränkende Verträge von Unternehmen geschlossen werden, die „*miteinander im Wettbewerb stehen*“, vgl. § 3 GWB. Der Terminus „horizontal“ leitet sich daraus ab, dass es sich bei konkurrierenden Unternehmen in der Regel um solche auf gleicher Wirtschaftsstufe handelt.

Beispiel: Bestattungsunternehmer kommen überein, einheitliche Mindestpreise zu verlangen.

Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen sind kartellrechtlich und wirtschaftspolitisch stets bedenklich. Solche Absprachen heben den Wettbewerb typischerweise auf. Wenn sich etwa Konkurrenzunternehmen auf einheitliche Mindestpreise einigen, dann wird der Wettbewerb insoweit aufgehoben. Der Verbraucher beziehungsweise die Marktgegenseite hat keine Möglichkeit mehr, das entsprechende Produkt zu einem niedrigeren als dem festgelegten Mindestpreis zu erhalten. Dementsprechend wird das Verbotsprinzip für solche Beschränkungen sehr weitgehend aufrechterhalten. Neben dem allgemeinen Freistellungstatbestand in § 2 Abs. 1 GWB gibt es nur wenige Freistellungsregeln, zum Beispiel den bereits angeführten § 3 GWB.

3. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen

Von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen spricht man, wenn Unternehmen unterschiedlicher Wirtschaftsstufen wettbewerbsbeschränkende Verträge miteinander schließen. Insbesondere die Freistellung nach der **VO 330/2010 über Vertikalvereinbarungen** setzt eine vertikale Beschränkung voraus. Eine wichtige weitere Regelung ist **§ 30 Abs. 1 GWB** („*vertikale Preisbindungen*“).

Beispiel: Der Hersteller von Radiogeräten schreibt den Händlern vertraglich vor, dass seine Geräte nur über den ausgesuchten Fachhandel und nur zu bestimmten Preisen verkauft werden dürfen.

Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen sind in ihren Auswirkungen ambivalent, ihre wirtschaftspolitische Beurteilung dementsprechend umstritten. Es gibt in den Augen vieler ein anerkennenswertes Interesse des Herstellers, seine Produkte nur in bestimmter Weise zu vertreiben (zum Beispiel über den ausgesuchten Fachhandel). In der ökonomischen Diskussion wird überdies sogar die wettbewerbspolitische Nützlichkeit von Preisbindungen der zweiten Hand behauptet. Dies schließe zwar Preiswettbewerb innerhalb derselben Markenwaren aus, verschärfe aber den Preiswettbewerb zwischen den unterschiedlichen Marken.

II. Wettbewerbsbeschränkung durch „Angriff“ / Konfrontation

Wettbewerbsbeschränkungen können auch auf einem „Angriffsverhalten“ gegenüber den anderen Unternehmen, insbesondere gegenüber Mitbewerbern, beruhen.

Mit dem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung wurde bereits ein wichtiges Beispiel vorgestellt. Ist ein Wettbewerber marktbeherrschend und deshalb den anderen Unternehmen überlegen, so droht ein Verhindern von

Wettbewerb. Zwischen dem Marktbeherrscher und den anderen Unternehmen besteht keine Waffengleichheit mehr. Daraus folgt die Gefahr, dass der Marktbeherrscher diese Position in wettbewerbsfremder Weise ausnutzt. Siehe **§ 19 GWB; Art. 102 AEUV**.

Ein weiteres Beispiel aus dem deutschen Recht ist der Boykott, **§ 21 Abs. 1 GWB**.

III. Externes Wachstum

Das Kartellrecht unterwirft Unternehmenszusammenschlüsse der Fusionskontrolle. Fusionen werden untersagt, wenn zu erwarten ist, dass durch einen Zusammenschluss *„eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird“*, **§ 36 Abs. 1 GWB; VO 139/2004 über Fusionskontrolle**. Im Detail werden die deutschen und europäischen Vorschriften trotz ihres identischen Wortlauts manchmal allerdings unterschiedlich angewendet, was problematische Wertungswidersprüche zur Folge haben kann.

IV. Sonstiges

Dem internen Wachstum, das nicht auf dem Missbrauch marktbeherrschender Stellungen basiert, setzen deutsches und europäisches Recht keine Barrieren entgegen.

Auf einen allgemeinen Entflechtungs- oder „Monopolzerschlagungstatbestand“ haben das deutsche und das europäische Recht bewusst verzichtet. Eine solche Regelung wäre im Rahmen des GWB 1958 politisch nicht durchsetzbar gewesen und ist auch später nicht mehr eingeführt worden.

B. Anwendungsbereiche

Das Kartellrecht muss definieren, in welchen Konstellationen es überhaupt anwendbar sein soll. Es schränkt Vertrags- und Wettbewerbsfreiheiten ein und bezieht sich – in welcher Weise auch immer – auf das Wirtschaftsleben.

I. Unternehmen

Die kartellrechtlichen Verbotstatbestände sind grundsätzlich auf *„Unternehmen“* anwendbar, zum Beispiel **§ 1 GWB; Art. 101 AEUV**. Der Unternehmensbegriff legt fest, welche Vorgänge den kartellrechtlichen Kontrollen unterliegen und vom Wettbewerbsgedanken erfasst werden und bei welchen Vorgängen dies nicht der Fall ist.

II. Branchen, §§ 28, 29, 30 GWB

Das Kartellrecht gilt grundsätzlich für Unternehmen aller Branchen. In Ausnahme davon treffen die **§§ 28 ff. GWB** eng begrenzte Spezialregeln für einzelne Wirtschaftsbereiche. Danach gelten bestimmte kartellrechtliche Verbote für manche Branchen nicht. Dahinter steht die Annahme, man würde für bestimmte „Branchen“ ohne Wettbewerb besser fahren. Die Vorschriften sind vielfach Ausdruck politischer Kompromisse. In der Lit. wird daran vielfach erhebliche Kritik geäußert.

§ 30 GWB schreibt Sondermaßstäbe für Medien vor, die im Hinblick auf die besondere Bedeutung unabhängiger Medien für ein demokratisches Gemeinwesen eine verfassungsrechtliche Sonderstellung (**Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG**) einnehmen. Presseunternehmen dürfen zwar keine Preise miteinander absprechen, aber im Vertikalverhältnis Preise binden.

Eine Sonderregelung besteht für landwirtschaftliche Erzeugerbetriebe, **§ 28 GWB**. Begründet wurde die Ausnahme mit der „besonderen Natur der landwirtschaftlichen Produktionsbedingungen“ und mit der „verminderten Anpassungsfähigkeit der landwirtschaftlichen Erzeuger an das Marktgeschehen“. Was damit gemeint ist, ist durchaus unklar. Immerhin ließe sich mit der politischen Bedeutung der Landwirtschaft für die Volkswirtschaft, ihrer Wetterabhängigkeit und der Schutzwürdigkeit bäuerlicher Betriebe argumentieren.

§ 29 GWB normiert Sonderanforderungen für die Energiewirtschaft.

III. Internationaler Anwendungsbereich

Nach **§ 185 Abs. 2 GWB** findet das GWB auf alle Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes „auswirken“. Schutzgegenstand des GWB ist allein der inländische Markt. Ob die fragliche Handlung im Inland oder im Ausland vorgenommen worden ist oder ob es um das Handeln eines inländischen oder im Inland gar nicht ansässigen Unternehmens geht, spielt dagegen keine Rolle.

Beispiel: Die französischen Unternehmen A und B wollen expandieren. Sie vereinbaren, dass Unternehmen A auf den deutschen Markt und Unternehmen B auf den belgischen Markt geht, um sich im jeweiligen Land keine gegenseitige Konkurrenz zu machen.

C. Sanktionen

Kartellrechtsverstöße können die unterschiedlichsten Sanktionen auslösen.

I. Verwaltungsrecht

Die Sanktion kann verwaltungsrechtlicher Natur sein. Die Kartellbehörden können unter anderem Verbote aussprechen und die Durchführung von Kartellabsprachen verbieten, §§ 32 ff. **GWB**. Die Missachtung des Verbots kann ein Bußgeld auslösen, § 81 Abs. 2 Nr. 2 **GWB**. Weiterhin sieht § 34 **GWB** eine Vorteilsabschöpfung vor.

II. Zivilrecht

Verträge, die gegen das Kartellverbot (§ 1 **GWB**) verstoßen, sind zivilrechtlich nichtig, §§ 134 **BGB**, 1 **GWB**. Verletzte können Ansprüche auf Beseitigung, Unterlassung und Schadensersatz haben, §§ 33 Abs. 1 Satz 1, 33a Abs. 1 **GWB**. Der Beseitigungs- und der Unterlassungsanspruch können auch von gewerblichen Verbänden geltend gemacht werden, § 33 Abs. 4 **GWB**.

III. Strafrecht

Aufschlussreich ist schließlich auch, dass das Kartellrecht keine strafrechtliche Sanktionierung kennt. Dies ist rechtspolitisch durchaus unbefriedigend. Das Strafrecht ahndet Kleinigkeiten, wie zum Beispiel eine Ohrfeige unter Erwachsenen (§ 185 **StGB**) oder das „Schwarzfahren“ in öffentlichen Verkehrsmitteln (§ 265a **StGB**). Gegenüber zum Teil extremen Schädigungen der Volkswirtschaft ist es taub. Vermutlich ist das Fehlen strafrechtlicher Regeln vor allem historisch zu erklären. Die Grundstrukturen des Strafrechts sind eben älter als das Kartellrecht und vielfach auf Individualschädigungen bezogen. Zugleich hat sich in Deutschland der Gedanke, dass zum Beispiel wettbewerbsbeschränkende Verträge etwas Schädliches sind, bislang einfach nicht durchgesetzt.

§ 298 Abs. 1 StGB erfasst immerhin wettbewerbsbeschränkende Absprachen in bestimmten Sonderzusammenhängen, nämlich in Bezug auf Ausschreibungen. Eine „rechtswidrige Absprache“ im Sinne dieser Vorschrift setzt voraus, dass die Absprache zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen zustande gekommen ist, BGH vom 22.6.2004, BGHSt 49, 201 ff.

II. TEIL: DEUTSCHES RECHT

§ 4: UNTERNEHMENSBEGRIFF

A. Bedeutung

Das GWB bezieht sich auf das Handeln von „Unternehmen“. Der Unternehmensbegriff legt fest, welche Bereiche und Vorgänge an den kartellrechtlichen Regeln gemessen werden und sich prinzipiell dem Wettbewerb aussetzen müssen.

Das Kartellrecht tritt vielfach mit den Regeln anderer Gebiete in Konkurrenz. Es musste sich als vergleichsweise junges Gebiet seine Position, zum Beispiel seine Anwendbarkeit auf Freiberufler, erst erkämpfen. Dieser „Kampf“ wurde vor allem anhand des Unternehmensbegriffs ausgetragen.

Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff ist nicht mit dem älteren und ursprünglich ganz eng definierten Kaufmannsbegriff vergleichbar, sondern unterliegt eigenen Anforderungen.

- Das Handelsrecht ist auf Kaufleute anwendbar. Es orientiert sich also maßgeblich daran, was für eine Person handelt, weshalb man auch von subjektiver Anknüpfung spricht. Wenn das Handelsrecht als Kaufmann ansieht, legt es in den **§§ 1 ff. HGB** fest.
- Das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb bezieht sich dagegen nicht auf bestimmte Personen, sondern auf geschäftliche Handlungen, **§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG**. Es wählt also eine sachliche, keine subjektive Anknüpfung.

B. Anforderungen

I. Funktionale Kriterien

Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff ist im GWB nicht geregelt und beurteilt sich auch nicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG, *Nordemann* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2. Auflage 2009, § 1 GWB Rn. 19. Er muss kartellrechtlich-funktional verstanden werden. Nach der Grundformel der Rechtsprechung wird „jede selbstständige Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr [erfasst], die auf den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen gerichtet ist und sich nicht auf die Deckung des privaten Lebensbedarfs beschränkt“, BGH vom 6.11.2013 (VBL-Gegenwert), BGHZ 199, 1, 6 Rn. 43 mwN.

Der Unternehmensbegriff ist also tätigkeitsbezogen. Maßgebend ist nicht, wer etwas tut, sondern vielmehr, was jemand tut. Es kann zugleich sein, dass jemand für bestimmte von ihm ausgeübte wirtschaftliche Tätigkeiten als Unternehmen

gilt und dem GWB unterliegt und für andere Tätigkeiten nicht. „Der Begriff des Unternehmens [lässt] sich nicht einheitlich festlegen. Die Unternehmenseigenschaft muss vielmehr im Einzelfall ermittelt werden. Dabei ist vom Zweck des GWB auszugehen, die Freiheit des Wettbewerbs sicherzustellen, und der zu beurteilende wirtschaftliche Vorgang in seiner Gesamtheit zu würdigen“, BGH vom 26.10.1961 (Gummistrümpfe), BGHZ 36, 91, 103.

Der Schutzzweck, die Freiheit des Wettbewerbs, gebietet es, geschäftliche Tätigkeiten möglichst weitgehend zu erfassen, also den Unternehmensbegriff weit zu verstehen, BGH vom 9.3.1999 (Lottospielgemeinschaft), WuW 1999, 601, 603 f. = WuW/E DE-R 289, 291 f.

II. Tätigkeit

Grundsätzlich können nur Tätigkeiten, die auch tatsächlich ausgeübt werden, für die Verhältnisse auf dem Markt und das Funktionieren des Wettbewerbs relevant sein und die Unternehmenseigenschaft begründen.

Das Kartellrecht erfasst aber auch bestimmte Tätigkeiten, die nicht beziehungsweise noch nicht ausgeübt werden! Dies hat Bedeutung für potenzielle Unternehmen. Eine nicht kontinuierliche oder erst zukünftige Marktteilnahme wird durch den Begriff des potenziellen Unternehmens erfasst. Es kommt darauf an, ob in absehbarer Zeit die konkrete Möglichkeit der Marktteilnahme besteht, BGH vom 26.10.1959 (Glasglühkörper), BGHZ 31, 105, 109 f. Nach *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2014, § 15 Rn. 10 mwN. ist potenzieller Wettbewerber jedes Unternehmen, das tatsächlich in der Lage wäre, innerhalb eines Jahres in den relevanten Markt einzutreten und dies bei einem geringfügigen, aber dauerhaften Anstieg der Preise in dem relevanten Markt auch tun würde.

Die Einbeziehung eines erst noch geplanten Unternehmens in das Kartellrecht erklärt sich zwanglos aus dem Schutzzweck des GWB. Eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung etwa zwischen dem Monopolisten und dem potenziellen Newcomer wirkt sich auf den Wettbewerb schädlich aus, indem sie das Bestehen von Nichtwettbewerb zementiert. Sie ist genauso „schlimm“ wie eine Vereinbarung zwischen Duopolisten, die eines der beiden Unternehmen zum Monopolisten macht.

Art. 1 lit. c VO 330/2010 über Vertikalvereinbarungen definiert unter anderem den potenziellen Wettbewerber.

III. Selbstständigkeit

Ein Unternehmen ist nur, dessen wirtschaftliches Verhalten eigenständig und selbstbestimmt ist.

1. Konzernunternehmen

Bedeutung hat das Selbstständigkeitskriterium insbesondere für die Behandlung von Konzernen. Hier geht es um die Frage, ob Mutter- und Tochterunternehmen ein einziges oder zwei voneinander zu trennende Unternehmen sind. Relevant wird dies zum Beispiel, wenn die Mutter der Tochter vorschreibt, dass die Tochter mit bestimmten Geschäftspartnern keine Geschäfte mehr machen soll und sich die Tochter daran hält. Ist das eine Kooperation zwischen verschiedenen Unternehmen, die unter § 1 GWB fällt, oder lediglich eine unternehmensinterne Maßnahme, die § 1 GWB nicht erfasst?

- Rechtlich sind Mutter- und Tochterunternehmen in aller Regel selbstständige Unternehmen.
- Kartellrechtlich wird von der wohl h.M. darauf abgestellt, ob dem Einzelunternehmen im konkreten Fall eine selbstständige Planungszuständigkeit verblieben ist. Stehen Mutter- und Tochterunternehmen unter einer einheitlichen Leitungsmacht (§ 15 AktG), dann liegt lediglich ein Gesamtunternehmen vor. Lässt die Konzernleitung zwischen den rechtlich selbstständigen Töchtern Wettbewerb zu, so ist auch auf Koordinierungsabsprachen zwischen den Töchtern das Kartellrecht anzuwenden. Denn insoweit ist die wirtschaftliche Planungszuständigkeit bei den einzelnen Tochterunternehmen verblieben.

2. Gesellschafter

Gesellschafter einer Personengesellschaft sind nur dann als Unternehmen anzusehen, wenn sie die Voraussetzungen des Unternehmensbegriffs in ihrer eigenen Person erfüllen. Sie müssen also selbst aktuell oder potenziell am geschäftlichen Verkehr teilnehmen.

Konkurrenzverbote zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern sind also nicht von vornherein wegen mangelnder Unternehmenseigenschaft des Gesellschafters aus dem Anwendungsbereich des § 1 GWB ausgeschlossen. Die Beschränkung von Wettbewerb darf nicht einfach dadurch möglich sein, dass die Beteiligten eine besondere Organisationsform wählen, BGH vom 21.2.1978 (Gabelstapler), BGHZ 70, 331 ff.

Gesellschafter gelten nach **§ 36 Abs. 3 GWB** aber als Unternehmer, wenn ihnen die Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen zusteht. Die Regelung ist nicht – wie ihr systematischer Standort an sich nahelegt – auf den Bereich der Fusionskontrolle beschränkt, sondern gilt für alle Tatbestände des GWB,

Regierungsentwurf und Begründung eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB vom 29.1.1998, BT-Drucks. 13/9720, S. 58.

IV. Geschäftlicher Verkehr

Die Tätigkeit muss im „geschäftlichen Verkehr“ geschehen. Das Erfordernis ist weit zu verstehen. Es erfasst sowohl die Erzeugung von Gütern und Leistungen als auch alles, was auf dem Markt durch Angebot und Annahme, durch wirtschaftliche Leistung und Gegenleistung gehandelt werden kann.

1. Marktbezug

Das Verhalten muss hinreichend auf das Marktgeschehen bezogen sein. Die Produktion zur bloßen Selbstversorgung sowie rein unternehmensinterne Vorgänge bewegen sich nicht im geschäftlichen Verkehr.

In BGH vom 7.10.1980 (Rote Liste), BGHZ 78, 190 ff. hatte der Bundesverband pharmazeutischer Unternehmen eine „Rote Liste“ betrieben, in der Arzneimittel der Verbandsmitglieder verzeichnet sowie nach therapeutischen Gesichtspunkten geordnet und beschrieben waren. Die Liste wurde kostenlos an Ärzte, Apotheken, Krankenhäuser und Gesundheitsbehörden abgegeben. Sie beschränkte sich damit nicht auf den verbandsinternen Bereich, sondern war ein für den Markt bestimmtes Werbemittel. Die pharmazeutischen Anbieter waren mehr oder weniger zwingend darauf angewiesen, mit ihren Produkten in der Roten Liste aufgeführt zu werden, wenn sie überhaupt eine reale Chance zum Absatz dieser Produkte haben wollten. Die Verbandstätigkeit war deshalb insoweit eine unternehmerische Tätigkeit.

2. Irrelevant: Branchen, Rechtsform

Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff trennt weder nach Branchen, noch nach der Unternehmensrechtsform. Er unterscheidet sich damit wesentlich von den Begriffen anderer Rechte. Er beschränkt sich insbesondere nicht wie das HGB auf den gewerblichen Bereich und erfasst auch die Erzeugung. Die Vorteile des Wettbewerbs sollen dem Verbraucher eben nicht nur im gewerblichen Bereich, sondern möglichst generell zugute kommen.

Daher sind Fußballbundesligavereine, die als Lizenzligavereine organisiert sind, Unternehmen, BGH vom 11.12.1997 (Europapokalheimsiege), BGHZ 137, 297, 304 f. Gleiches gilt für den Deutschen Fußballbund, die Technischen Überwachungsvereine, Kirchen in ihren wirtschaftlichen Aktivitäten usw.

Nach BGH vom 29.10.1970 (Volksbühne II), WuW 1971, 136 f. = WuW/E BGH 1142 f. ist der Inhaber eines Künstlertheaters Unternehmer im Sinne des GWB. Auch die Darbietung künstlerischer Leistungen kann als Gegenstand eines Geschäftsverkehrs die Unternehmenseigenschaft begründen. Die unternehmerische Tätigkeit ist nicht die Darbietung als solche, sondern vielmehr ihre wirtschaftliche Verwertung. Der Inhaber eines

Theaterbetriebes nimmt am Geschäftsverkehr teil, indem er die künstlerischen Leistungen seiner Schauspieler gegen Entgelt anbietet.

Ebenfalls Unternehmen sind Zeitungsunternehmen, siehe auch **§ 30 GWB**. Sie bewegen sich auf verschiedenen Märkten, je nach dem, wie sie sich finanzieren. Soweit sie sich durch Kaufentgelte finanzieren, bieten sie den Lesern ein Produkt an, nämlich das eigentliche Zeitungsblatt. Soweit sie sich aus Werbeentgelten inserierender Anzeigenkunden finanzieren, bieten sie den Werbekunden die Veröffentlichung und Verbreitung von Werbeanzeigen an.

3. Irrelevant: Gewinnerzielungsabsicht, hauptberuflicher Charakter, Mindestschwellen

Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff ist ebenso unabhängig von Gewinnerzielungsabsichten oder den Eigentumsverhältnissen am Gesellschaftskapital.

BGH vom 13.11.1979 (Deutscher Landseer Club), WuW 1980, 827, 828 = WUW/E BGH 1725, 1726 hat einen Hundezuchtverband, der gemeinnützige Ziele verfolgte und dabei nicht nach Gewinnen strebte, aufgrund seiner umfangreichen Betätigung auf dem Gebiet von Veräußerung und Zucht als Unternehmen eingeordnet.

Die Tätigkeit muss weder hauptberuflich ausgeübt werden noch einen irgendwie gearteten Mindestumfang überschreiten, Nordemann in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2. Auflage 2009, § 1 GWB Rn. 20 mwN.; Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rdnr. 34 mwN. Die Unternehmenseigenschaft setzt außerdem weder Nachhaltigkeit noch Planmäßigkeit voraus.

Ein Hauseigentümer, der ein Geschäftslokal vermietet, nimmt am geschäftlichen Verkehr teil. Dies gilt selbst dann, wenn er dies nur neben seiner eigentlichen beruflichen Tätigkeit macht, OLG Düsseldorf vom 7.12.1976 (Automatenaufstellung), WuW 1977, 437 f. = WuW/E OLG 1793 f. Gleiches gilt für eine Erbengemeinschaft, die einmalig ein Grundstück aus dem Nachlassvermögen veräußert, BGH vom 22.7.1999 (Beschränkte Ausschreibung), WuW 1999, 1103, 1104 = WuW/E DE-R 349, 350.

Der „Privatmann“, der Wohnungen oder Studentenzimmer vermietet, ist bereits Unternehmer.

Hier besteht ein Unterschied zum UWG: Wer etwa seinen privaten Pkw verkaufen will und dazu eine Zeitungsanzeige schaltet, handelt privat und begeht keine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

V. Einzelkonstellationen und Abgrenzungen

Der Unternehmensbegriff gewinnt an Kontur, wenn man auf die im Einzelnen diskutierten Streitfälle und die Abgrenzung zu Nichtunternehmen sieht.

1. Öffentliche Hand

Die Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand wirft vielfach Schwierigkeiten auf. Soweit Unternehmen der öffentlichen Hand wirtschaftlich tätig sind, unterliegen sie grundsätzlich dem Kartellrecht, wenn nicht etwas anderes bestimmt ist. **§ 185 Abs. 1 Satz 1 GWB** stellt dies ausdrücklich klar. Die Vorschrift besagt andererseits aber nur, dass Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, vom GWB erfasst werden können. Sie trifft keine Regelung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen die Tätigkeit des Staates zur kartellrechtlichen Unternehmenseigenschaft führt. Der Sondercharakter kann gebieten, dass sich die rechtliche Beurteilung der Wirtschaftstätigkeit ausschließlich nach öffentlichem Recht bestimmt.

Soweit die öffentliche Hand wie ein Privater tätig wird, ist sie ein Unternehmen. Die Schwierigkeiten beginnen aber, wenn eine tatsächliche oder vermeintliche öffentlich-rechtliche Sonderfunktion infrage steht. Dann wird die Anwendung des GWB auf Tätigkeiten mit hoheitlichem Bezug etwas uneinheitlich beurteilt. Die Diskussion ist nicht frei von Kasuistik und politischen Überlagerungen.

a. Ersatzkassen II-Urteil

Grundlegend ist BGH vom 22.3.1976 (Ersatzkassen II), BGHZ 66, 229 ff. Die Entscheidung bezieht sich zwar primär auf die Rechtswegfrage, ist aber auch für die Unternehmenseigenschaft relevant. In der Sache geht es darum, ob und in welchen Fällen allein das öffentliche Recht anwendbar ist.

Im Streitfall hatte eine öffentlich-rechtliche Ersatzkasse der gesetzlichen Krankenversicherung Studenten als Mitglieder geworben, die nach damaliger Rechtslage versicherungsfrei waren. Die Kasse überschritt damit die Grenzen ihrer öffentlich-rechtlichen Versicherungspflicht und konkurrierte mit den Privatversicherern.

Der BGH hielt das Privatrecht für anwendbar, soweit die Ersatzkasse mit den Privatkassen um Kunden konkurrierte. Es bestehe insoweit kein Verhältnis der Über- oder Unterordnung, sondern ein Gleichordnungsverhältnis. Auf das Kartellrecht übertragen bedeutet dies, dass die Ersatzkasse ein Unternehmen im Sinne des GWB ist, soweit sie mit den Privatkassen konkurriert.

Heute ist im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Krankenkassen **§ 69 SGB V** zu beachten. Danach sind die Rechtsbeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken und sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden abschließend im Sozialrecht geregelt. Das GWB ist nur anwendbar, soweit der

Sozialgesetzgeber es ausdrücklich anordnet. Die gesetzlichen Krankenkassen dürfen also zum Beispiel untereinander Preise absprechen oder auch dann miteinander fusionieren, wenn dies zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

b. Deutscher Lotto- und Totoblock

Das Lotteriegeschäft ist kraft Gesetzes dem Deutschen Lotto- und Totoblock vorbehalten. Der Lotto- und Totoblock ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, zu der sich die 16 Bundesländer zusammengeschlossen haben. Auf der Ebene der einzelnen Gesellschafter/Bundesländer ist die rechtliche und organisatorische Beteiligung unterschiedlich ausgestaltet. Zum Teil veranstalten die Bundesländer das Lotto selbst, zum Teil in Gestalt ihnen gehörender privater Gesellschaften. Der „Block“ und seine Gesellschafter lassen sich mit privaten Unternehmen nicht ohne Weiteres auf dieselbe Stufe stellen, weil (beziehungsweise solange) privaten Unternehmen das Betreiben von Lotterien gesetzlich verboten ist.

In BGH vom 9.3.1999 (Lottospielgemeinschaft), WuW 1999, 601 ff. = WuW/E DE-R 289 ff. fasste der Lotto- und Totoblock einen Beschluss über die Rahmenteilnahmebedingungen für das Lotto am Samstag und das Lotto am Mittwoch. Wer Lotto spielen wollte, konnte daher nicht mehr zwischen unterschiedlichen Teilnahmebedingungen wählen. Der Beschluss wäre nach § 1 GWB unwirksam gewesen, wenn der Lottoblock eine Unternehmensvereinigung beziehungsweise die Gesellschafter Unternehmen gewesen wären.

Der BGH hat das GWB für anwendbar gehalten, das heißt er sah sowohl die einzelnen Gesellschafter als auch den „Block“ als Unternehmen an, BGH vom 9.3.1999 (Lottospielgemeinschaft), WuW 1999, 601, 604 = WuW/E DE-R 289, 292. Die Tätigkeit der Gesellschaft und der Gesellschafter wird davon bestimmt, durch die Veranstaltung von Spiel- und Wettmöglichkeiten im Privatrechtsverkehr und mit den Mitteln des Marktes Einnahmen zu erzielen. Dass die von den Blockgesellschaftern erzielten Gewinne im Ergebnis den wirtschaftlich hinter ihnen stehenden Bundesländern zufließen und von diesen zur Finanzierung von im öffentlichen Interesse liegenden Vorhaben verwendet werden, verleiht der Tätigkeit des Lottoblocks und seiner Gesellschafter keinen hoheitlichen Charakter. Die erzielten Einnahmen sind ihrer Natur nach das Ergebnis einer gewinnorientierten Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr.

c. Öffentlich-rechtlicher Rundfunk

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist aufgrund einer verfassungsrechtlichen Sonderstellung durch **Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. GG** kein wirtschaftliches Unternehmen wie sonstige Unternehmen, *Beater*, Medienrecht, 2. Auflage 2016, Rdnr. 224 f. Insbesondere Entscheidungen über die Programmauswahl und -gestaltung sind Ausdruck der Programmautonomie und nicht nach kartellrechtlichen Maßstäben zu beurteilen. Es steht dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk beispielsweise in Wahlzeiten nicht frei, nach eigenem Gusto oder

aufgrund einer entsprechenden Bezahlung nur regierungsfreundliche Beiträge zu senden.

Im Übrigen hängt die Einordnung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als kartellrechtliches Unternehmen davon ab, welche Tätigkeit infrage steht. Soweit die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als Nachfrager von Programmmaterial in gleicher Weise wie die privaten Rundfunkveranstalter am allgemeinen geschäftlichen Verkehr teilnehmen, ist die Unternehmenseigenschaft zu bejahen, BGH vom 14.3.1990 (Sportübertragungen), BGHZ 110, 371, 381 mwN. Ebenso findet das Kartellrecht Anwendung auf Vereinbarungen der Rundfunkanstalten über die Preise und Konditionen für die Durchführung von Werbeaufträgen oder auf Verträge zwischen den Rundfunkanstalten und den Verlegern über die Beschränkung des Werbefernsehens.

BGH vom 14.3.1990 (Sportübertragungen), BGHZ 110, 371, 376 f. hat die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten relativ weitgehend dem Kartellrecht unterworfen. Im Streitfall hatten ARD und ZDF sich in einem Vertrag mit dem Deutschen Sportbund das Recht zur ausschließlichen Verwertung bestimmter Sportveranstaltungen einräumen lassen. Das Gericht musste entscheiden, ob darin eine kartellrechtlich unzulässige Beschränkung des Sportbunds in der Möglichkeit lag, Übertragungsrechte an Dritte zu vergeben. Der Vertrag machte es den privaten Sendern nämlich weitgehend unmöglich, ebenfalls über die Sportveranstaltungen zu berichten.

In den Augen der Richter dienen Programmbeschaffung, Programmgestaltung und Sendetätigkeit der Rundfunkveranstalter nicht nur dem publizistischen Wettbewerb im Verhältnis zu anderen Rundfunkveranstaltern und Medien, sondern beeinflussen auch den wirtschaftlichen Wettbewerb. Deshalb sind das Kartellrecht anwendbar und Verfügungen der Kartellbehörden zulässig, solange und soweit sie ihrem Wesen nach auf die Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung gerichtet sind, auch wenn sie als Nebenfolge Auswirkungen in dem Bereich der Rundfunkordnung haben. Wenn ein kartellrechtlicher Eingriff zur Sicherung der Freiheit des wirtschaftlichen Wettbewerbs erforderlich ist und zugleich eine möglichst weitgehende Vielfalt der Meinungen und Informationen im Rundfunk sichert, dann sind Folgeauswirkungen auf den publizistischen Wettbewerb der Fernsehveranstalter hinzunehmen.

BGH vom 16.6.2015 (Einspeiseentgelt), BGHZ 205, 354, 365 f. Rn. 34 ff., 37 hat an dieser Linie festgehalten.

2. Freie Berufe

Die freien Berufe haben sich heftig dagegen gewehrt, als Unternehmen zu gelten und damit unter das Kartellrecht zu fallen. Die Frage hat besondere Bedeutung, weil hier vielfach wettbewerbsbeschränkende Standesregeln gelten. Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Ärzte, Architekten und

Apotheker sind grundsätzlich Unternehmer, weil sie sich selbstständig am wirtschaftlichen Verkehr beteiligen. Es ist ihnen daher zum Beispiel nach § 1 GWB verboten, untereinander wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zu treffen.

Die standesrechtlichen Berufsregelungen sind dagegen kartellrechtlich etwas schwieriger einzuordnen.

Für die freien Berufe besteht vielfach ein detailliertes Berufsrecht, aufgrund dessen etwa Ärzte und Rechtsanwälte nur unter Beachtung spezieller Anforderungen Werbung treiben dürfen. Der Inhalt dieses Standesrechts wird meist von den beruflichen Selbstverwaltungskörperschaften, etwa den Ärzte-, Apotheken- oder Rechtsanwaltskammern, festgelegt. In diesen Fällen ist zu entscheiden, ob die Kammern „Unternehmensvereinigungen“ sind und die von ihnen erlassenen Regeln dem GWB unterfallen, zum Beispiel dem § 1 GWB.

Für die exakte Behandlung ist zu differenzieren. Allgemein ist maßgeblich, ob die Kammern hoheitliche Befugnisse ausüben (dann kein GWB) oder als Organ zur Regelung des Berufs „Rechtsanwalt“ tätig werden (dann GWB), EuGH vom 19.2.2002 (Manuele Arduino) – Rs. C-309/99, Slg. 2002 I, 1577 ff. Rn. 58 ff. Darüber hinaus kommt es auf die gesetzliche Rechtsgrundlage an, aufgrund deren die Selbstverwaltungskörperschaften ihre Regeln erlassen. Das GWB scheidet aus, wenn und soweit die Maßnahme der Kammer von einer gesetzlichen Ermächtigung gedeckt ist, *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rdnr. 67 mwN.

In BGH vom 16.12.1976 (Architektenkammer), WuW 1977, 512 ff. = WuW/E BGH 1474 ff. ging es um die Einhaltung von Honorarmindestbeträgen, die durch die Architektenkammer festgelegt worden waren. In der Festlegung von Mindestbeträgen liegt eine Wettbewerbsbeschränkung, weil sie den Preiswettbewerb ausschaltet. Der BGH sah die Architektenkammer als eine „Unternehmensvereinigung“ im Sinne des § 1 GWB an.

Für die Einordnung der Architektenkammer komme es nicht auf eine allgemeine Beurteilung an, sondern auf die Tätigkeiten, die Gegenstand des Verfahrens seien. Die Kammer kann also in bestimmten Bereichen dem Kartellrecht unterliegen und in anderen nicht. Das GWB findet Anwendung, wenn es um Bereiche geht, in denen Architekten mit anderen Architekten oder Dritten in Preiswettbewerb treten.

Im Streitfall war die Kammer gesetzlich (§ 9 Abs. 1 Nr. 5 Nds. Architektengesetz) nur ermächtigt, Höchstbeträge zu bestimmen. Der Gesetzgeber hatte also den Wettbewerb unter den Architekten insoweit eröffnen wollen, als dass die Architekten diesen Höchstbetrag unterschreiten und sich so gegenseitig Konkurrenz machen durften.

3. Deckung des privaten Lebensbedarfs

Die private Nachfrage zur Deckung des persönlichen Lebensbedarfs begründet keine Unternehmenseigenschaft, BGH vom 6.11.2013 (VBL-Gegenwert), BGHZ 199, 1, 6 Rn. 43 mwN. Wer lediglich zum privaten Verbrauch nachfragt, ist ein Verbraucher und kein Unternehmer, *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rdnr. 33.

- Die Einbeziehung der Verbraucher in den Adressatenkreis des GWB würde dessen Sinn und Zweck widersprechen. Dieser liegt gerade darin, die „bestmögliche Versorgung der Verbraucher“ sicherzustellen, *Regierungsentwurf und Begründung zum GWB* vom 22.1.1955, BT-Drucks. II/1158, S. 21. Versuchen die Verbraucher, dieses Ziel durch eigene Aktionen zu erreichen, so kann es nicht Sinn des GWB sein, ihre Handlungsfreiheit einzuschränken. Verbraucherverhalten bedarf keiner kartellrechtlichen Kontrolle, denn die Verbraucher haben gerade kein Interesse an der Beschränkung, sondern allein an dem Bestehen von Wettbewerb.
- Ein Käuferstreik oder ein von Verbraucherverbänden ausgelöster Boykott fällt nicht unter das GWB, *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rdnr. 24 mwN. **§ 21 Abs. 1 GWB** regelt nur den Boykott durch Unternehmen. **§§ 3 ff. UWG** setzen eine geschäftliche Handlung und damit in der Regel Unternehmenseigenschaft voraus. Im Gegensatz zum GWB kann das UWG allerdings fremdnütziges Verhalten erfassen. Ansonsten kommen lediglich die **§§ 823 Abs. 1, 826 BGB** in Betracht.

Schließen sich Verbraucher zu Sammelbestellern zusammen, um günstigere Bedingungen zu erzielen, so kann darin eine unternehmerische Betätigung liegen. Die gesteigerte Nachfragemacht von Sammelbestellern wird zu einer potenziell wettbewerbsrelevanten Größe, wenn sie über den bloßen Privatbedarf hinausreicht. Schlossen sich etwa alle privaten Autokäufer zusammen, so würde das Wohlergehen der deutschen Wirtschaft in wesentlichen Teilen von den Entscheidung dieser Käuferorganisation abhängen.

§ 5: KARTELLVERBOT

§ 1 GWB ordnet an, dass Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen „*verboten*“ sind, wenn sie wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben. Diese Absprachen nennt man Kartelle. Das GWB bekämpft Kartelle nach dem Verbotsprinzip, weil es sie „grundsätzlich als unerwünschte und störende Erscheinungen innerhalb der Marktwirtschaft“ ansieht, *Regierungsentwurf und Begründung zum GWB* vom 22.1.1955, BT-Drucks. II/1158, S. 25.

Unternehmerische Absprachen, sich im Verhältnis untereinander keine Konkurrenz zu machen, sind die wahrscheinlich wichtigste und gefährlichste Form der Wettbewerbsbeschränkung. Sie waren vor Inkrafttreten des GWB gang und gäbe. Ihnen verdankt das Rechtsgebiet seinen Namen, obwohl es auch Wettbewerbsbeschränkungen anderer Art erfasst.

Kartellabsprachen drohen überall, wo Wettbewerb herrscht. Sie können prinzipiell alle Branchen und Wettbewerbsparameter erfassen und sind weder auf kleine oder große Unternehmen noch auf Unternehmen bestimmter Art beschränkt. Sie sind für die Beteiligten verführerisch, weil sie vor „Überraschungen“ durch die Konkurrenten sichern und für die Abnehmerseite Möglichkeiten ausschalten, zwischen unterschiedlichen Angeboten wählen zu können.

Nach der Judikatur des BGH ist § 1 GWB „grundsätzlich so auszulegen, wie es der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 101 AEUV entspricht“, BGH vom 7.12.2010 (Jette Joop) WuW 2011, 623, 632 = WuW/E DE-R 3275, 3284 Rn. 58.

Die Anwendung des § 1 GWB ist im Einzelnen schwierig. Das Kartellrecht ist noch immer eine junge Materie. Es ist vielfach noch im Fluss, welche Anforderungen insgesamt zu verlangen sind und auch in welchem Verhältnis die einzelnen Voraussetzungen zueinander stehen. Kartellrechtsfälle sind nur bedingt durch die sonst übliche Subsumtion zu lösen. Sie verlangen kartellrechtliches Gespür, das sich erst im Laufe der Zeit und nach der Lektüre vieler Entscheidungen allmählich einstellt.

A. Vereinbarungen, sonstige Koordinierungen

Die Voraussetzungen, unter denen das Gesetz ein verbotenes Kartell annimmt, ergeben sich aus § 1 GWB. Die Vorschrift ist freilich im Einzelnen auslegungsbedürftig. Sie wird durch ungeschriebene Voraussetzungen und weitere Vorschriften ergänzt.

§ 1 GWB bezieht sich auf eine Beschränkung durch „Vereinbarung“, „Beschlüsse“ oder „abgestimmte Verhaltensweisen“. Ihnen ist gemeinsam, dass es sich um irgendwie einverständliche (= kooperative) Wettbewerbsbeschränkungen handelt. Die Beschränkungsweisen sind voneinander zu unterscheiden, weil sie auf der Ebene der Legalausnahmen zum Teil unterschiedlich behandelt werden. So erfasst beispielsweise § 3 GWB nur Vereinbarungen und Beschlüsse, nicht aber abgestimmtes Verhalten. § 30 GWB ist sogar nur auf Vereinbarungen anwendbar.

I. Vereinbarung

1. Unternehmensmehrheit

Eine Vereinbarung setzt zunächst voraus, dass überhaupt zwei oder mehr Unternehmen beteiligt sind („zwischen Unternehmen“). Die Beteiligten müssen im Verhältnis zueinander selbstständig sein. Unternehmensinterne Vorgänge erfasst § 1 GWB nicht.

Vereinbarungen zwischen Gesellschaften eines Konzerns beschränken den Wettbewerb daher nicht, wenn die Gesellschaften keine kartellrechtlich eigenständigen Unternehmen sind, zum Beispiel weil sie voneinander abhängig sind und unter einheitlicher Leitung stehen, §§ 291 Abs. 1, 308 AktG.

2. „Einigung“

Die „Vereinbarung“ setzt eine Art Einigung von zwei oder mehr Unternehmen voraus.

- Eine Vereinbarung im Sinne von § 1 GWB liegt unproblematisch vor, wenn die Erklärungen der Parteien nach den vertragsrechtlichen Regeln als Einigung anzusehen wären.
- Im Unterschied zum Vertragsrecht ist aber kein rechtlicher Bindungswille erforderlich. Es muss lediglich eine „untechnische“ Bindungswirkung im Verhältnis der Beteiligten zueinander geben. Hier ist eine vom Schutzzweck des Kartellrechts motivierte Abweichung vom BGB unerlässlich. In der Regel wissen die Beteiligten um die zivilrechtliche Unwirksamkeit und fehlende Einklagbarkeit ihrer Übereinkunft, wollen sich aber gleichwohl daran halten. Es reicht aus, wenn die Parteien ernstlich damit rechnen, dass

der erstrebte Erfolg rein tatsächlich herbeigeführt wird und dass sie sich auch selbst deswegen gebunden fühlen. Auch eine rein moralische Bindung reicht aus.

Die kartellrechtlichen Anforderungen an die Vereinbarung dürfen nicht mit den Anforderungen des BGB an Verträge gleichgesetzt werden. Das Einigungserfordernis ist deshalb in der Gliederungsüberschrift „Einigung“ gesetzt, um deutlich zu machen, dass die vertragsrechtlichen Anforderungen insoweit nicht gelten. Das allgemeine Vertragsrecht und das Kartellrecht betreffen unterschiedliche Dinge. Das BGB will der Privatautonomie dienen und lässt daher Verträge weitgehend zu. § 1 GWB schränkt dagegen vertragliche Freiheiten im Interesse des Wettbewerbs gerade ein. Die Vorschrift verbietet Verhaltensweisen, durch die Unternehmen unter Gebrauch ihrer privatrechtlichen Handlungsmöglichkeiten den Wettbewerb beschränken. Der Gesetzeswortlaut des GWB spricht deshalb bewusst von „Vereinbarung“ (§ 1 GWB a.F. benutzte dagegen noch die Bezeichnung „Vertrag“).

3. Europäisches Recht/Ausweitungen

Das europäische Kartellrecht hat den Begriff der Vereinbarung stark ausgeweitet und zum Teil sogar auf einseitige Maßnahmen erstreckt, siehe Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rdnr. 86 f.

EuG vom 14.5.1998 (Mayr-Melnhof), Slg. 1998 II-1751, 1753 hat es für eine Vereinbarung bereits ausreichen lassen, dass die Parteien, die auf demselben Markt tätig waren, „ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten“. Das Gericht hält es nicht für erforderlich, dass die Parteien sich zu der Verhaltensweise auch rechtlich, tatsächlich oder moralisch verpflichtet fühlen.

II. Beschluss

„*Beschlüsse*“ von Unternehmensvereinigungen sind in der Regel verbandsrechtliche Maßnahmen.

Beispiel: Die Architektenkammer erlässt Höchst- oder Mindestpreisvorschriften, die für alle Architekten gelten, die Mitglieder der Kammer sind.

Der wesentliche Unterschied zur Vereinbarung/zum Vertrag besteht darin, dass der Beschluss auch gegen den Willen beziehungsweise ohne die Mitwirkung einzelner Beteiligter für diese wirksam werden kann, wenn zum Beispiel Gesellschaftsvertrag, Satzung oder Gesetz eine Bindung aller Beteiligten durch Mehrheitsentscheid vorsehen.

III. Abgestimmtes Verhalten

Bei „*abgestimmten Verhaltensweisen*“ fehlt es – in Abgrenzung zur Vereinbarung – an einer „Einigung“. Es kommt gleichwohl zu einer irgendwie einverständlichen Wettbewerbsbeschränkung.

1. Beispiel (§ 1 GWB a.F.)

Ausgangspunkt der heutigen Rechtslage ist das Teerfarben-Urteil des BGH.

Fall: Die Besprechung

Die führenden Farbstoffhersteller treffen sich zu einer gemeinsamen Besprechung. Ein Teilnehmer erklärt, seine Gesellschaft werde die Preise für Teerfarben zum 10. Oktober um 8% erhöhen. Ein anderer Teilnehmer erklärt, dass sein Unternehmen über die Erlös- und Kostenentwicklung im Farbstoffgeschäft schon seit langem besorgt sei und dass ständig Überlegungen wegen einer Erhöhung der Verkaufspreise angestellt würden. Zu einer gemeinsamen Übereinkunft kommt es nicht, in den folgenden Wochen fassen aber alle beteiligten Unternehmen für sich die Entscheidung, ihre Preise für Teerfarbstoffe zum 10. Oktober um 8% zu erhöhen. Ist das Verhalten an § 1 GWB zu messen?

Hinweis: BGH vom 17.12.1970 (Teerfarben), BGHSt 24, 54 ff.

Der BGH hatte darüber zu entscheiden, ob die Beteiligten ordnungswidrig (§ 38 GWB a.F., heute: § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB) gehandelt hatten. Das damalige Kartellrecht kannte kein Verbot abgestimmten Verhaltens und § 1 GWB a.F. erfasste allein „Verträge“ (heute: Vereinbarungen) und „Beschlüsse“. In Betracht kam daher allein das Verbot von wettbewerbsbeschränkenden Verträgen.

a. Vertrag [Vereinbarung] (-)

Zum Wesen eines Vertrages im Sinne des § 1 GWB a.F. gehörte, dass durch gegenseitige, einander entsprechende Willenserklärungen der Beteiligten eine Einigung zustande kam. Zu einer solchen Übereinkunft war es im Streitfall aber gerade nicht gekommen. Die Beteiligten wussten lediglich, wann und in welcher Höhe ein bestimmtes Unternehmen die Preise erhöhen wollte. Keines der übrigen Unternehmen hatte sich darauf „verpflichtet“, ebenfalls in diesem Ausmaß die Preise zu erhöhen.

Der BGH lehnte auch den Weg des BKartA ab, aus dem Gleichverhalten der beteiligten Unternehmen auf eine entsprechende Willensübereinstimmung zu schließen.

b. Erweiternde Auslegung von § 1 GWB a.F. (-)

Damit stellte sich für den BGH die Frage, ob auf das Merkmal der Einigung verzichtet werden und § 1 GWB a.F. auch auf andere Formen bewusst gleichförmigen Verhaltens angewendet werden kann. Das Gericht lehnte dies ab.

- Das Gericht berief sich zum einen auf den Gesetzeswortlaut, die Entstehung der Vorschrift und die Gesetzessystematik des GWB a.F. Was es darunter verstand, führte es jedoch nicht aus.
- Zum anderen argumentierte der BGH mit dem Verbot des „keine Strafe ohne Gesetz“ (**Art. 103 Abs. 2 GG**), weil das strafrechtliche Analo-

gieverbot auch für Ordnungswidrigkeiten gelte. Der Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit dürfe auch bei einem noch so dringenden rechtspolitischen Bedürfnis nicht im Wege der Gesetzes- oder Rechtsanalogie erweitert werden.

Die Teerfarben-Entscheidung riss eine empfindliche, rechtspolitisch völlig unbefriedigende Lücke. Auf einmal stand ein Weg offen, den Wettbewerb in nahezu beliebiger Weise zu beschränken und die kartellrechtlichen Sicherungen zu umgehen.

Der Gesetzgeber hat 1973 mit der Schaffung des **§ 25 Abs. 1 GWB a.F.** auf diese Lücke reagiert. Danach kann das GWB auch Wettbewerbsbeschränkungen erfassen, die auf „*aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen*“ zurückgehen. Die Vorschrift hat ihr Vorbild in **Art. 101 Abs. 1 AEUV**, der sich wiederum an **sec. 1 Sherman Act** des US-amerikanischen Kartellrechts anlehnt. 1999 ist das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen in § 1 GWB integriert worden.

2. Heutige Anforderungen

Es besteht Einigkeit darüber, dass abgestimmtes Verhalten den Wettbewerb beschränkt und daher kartellrechtlich bekämpft werden muss.

Im Streitfall führte die Information über das zukünftige Verhalten des einen Teilnehmers dazu, die anderen Unternehmen ganz oder teilweise von den Risiken zu entlasten, die für den Unternehmer bestehen, wenn er im Wettbewerb höhere Preise verlangt. Die anderen Unternehmen konnten sich jeweils sicher sein, dass sie zumindest nicht das einzige Unternehmen sein würden, das die Preise zum 10. Oktober heraufsetzen wird, weil sie von ihrem Konkurrenten über dessen zukünftige Preisgestaltung informiert worden waren. Die Gefahr, infolge der höheren Preise Kunden zu verlieren, wurde dadurch verringert und eher kalkulierbar, als sie es ohne das Wissen um das zukünftige Preisverhalten des Konkurrenten gewesen wäre. Im Ergebnis wurden dadurch die mit einer unternehmerischen Tätigkeit verbundenen Risiken über das Verhalten der Konkurrenten zueinander beseitigt und so Marktfaktoren ausgeschaltet, die einem einheitlichen Verhalten am Markt entgegengestanden hätten.

Der Begriff abgestimmten Verhaltens ist freilich heikel und noch nicht einwandfrei geklärt. Man ist sich einig, dass das bloße einheitliche Verhalten unterschiedlicher Unternehmen nicht per se mit einem aufeinander abgestimmten Verhalten gleichgesetzt werden darf. Die Übereinstimmung kann auf Zufall beruhen oder sie kann sich daraus erklären, dass es für Konkurrenten unter bestimmten Voraussetzungen sinnvoll sein kann, exakt dasselbe zu tun wie die Konkurrenten. Ein derartiges einheitliches Parallelverhalten ist zulässig und von den unzulässigen „aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen“ zu unterscheiden.

Judikatur zum deutschen Recht gibt es kaum. Man ist sich immerhin einig, dass eine Verständigung der Unternehmen über ihr zukünftiges Handeln vorauszusetzen ist, bei der jeder auf die Mitwirkung des anderen rechnen kann. In aller Regel orientiert sich die Beurteilung an einem bunten Strauß von Indizien. Für ein abgestimmtes Verhalten spricht die vorherige wechselseitige Information der Unternehmen über ihr zukünftiges Verhalten am Markt. Wichtig ist dabei, ob durch das Verhalten wettbewerbsimmanente Risiken und Unsicherheiten in irgendeiner Weise beschränkt werden oder nicht.

Der EuGH stellt zu Art. 101 Abs. 1 AEUV darauf ab, ob die Unternehmen durch die vorherige Abstimmung die mit dem normalen autonomen unternehmerischen Verhalten verbundenen Risiken über ihr wechselseitiges Verhalten beseitigen und dadurch Marktfaktoren ausschalten, die einem einheitlichen Parallelverhalten entgegenstehen, EuGH vom 14.7.1972 (Geigy/Kommission) – Rs. 52/69, Slg. 1972, S. 787 ff. Rn. 37. Jedem Unternehmen steht es frei, sich autonom dem Verhalten seiner Konkurrenten anzupassen, insbesondere in deren Preise einzusteigen. Verboten ist jedoch jede Fühlungnahme zwischen Konkurrenten mit dem Ziel oder der Wirkung, die anderen Unternehmen über das eigene geplante Verhalten zu informieren oder das Verhalten der anderen Unternehmen zu beeinflussen, um die Risiken autonomen unternehmerischen Verhaltens im Wettbewerb auszuschalten. Das wichtigste Indiz ist die vorherige gegenseitige Information der Unternehmen über ihr zukünftiges Verhalten am Markt, etwa durch Austausch von Preislisten, Angaben von Verkaufsmengen, Kunden.

Ein – freilich nicht sicheres – Kriterium zur Abgrenzung des abgestimmten Verhaltens von der Vereinbarung ist, ob die Beteiligten einer Art tatsächlichen Bindung unterliegen, die eine gewisse Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfreiheit bewirkt (dann Vereinbarung), oder nicht (dann abgestimmtes Verhalten).

3. Empfehlungen

Das GWB kennt keine Regelung, die speziell die Zulässigkeit von Empfehlungen regelt. Empfehlungen sind typischerweise dadurch gekennzeichnet, dass sie einseitige Erklärungen sind. Durch Empfehlungen lassen sich unter Umständen dieselben Wirkungen erreichen, wie durch den Abschluss von ausdrücklichen Verträgen. Es wäre kartellrechtlich deshalb ungenügend, nur wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, nicht aber möglicherweise gleichermaßen gefährlichen Empfehlungen entgegenzuwirken. Empfehlungen können insbesondere eine gewisse Koordinierung des Marktverhaltens von Unternehmen beziehungsweise ein gleichförmiges Verhalten zur Folge haben.

Empfehlungen werden von § 1 GWB oder Art. 101 Abs. 1 AEUV nur erfasst, wenn sie Gegenstand, Mittel oder Folge einer Vereinbarung, eines Beschlusses oder einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise sind. In Betracht kommen

namentlich Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen (wenn sie die Grundlage der Empfehlung sind) und abgestimmte Verhaltensweisen, *Wagner-von Papp* WuW 2005, 379, 382 ff.

Zum Beispiel kann eine kollektiv vereinbarte Empfehlung von Preisen ein Instrument zur Abstimmung des Vertriebsverhaltens der beteiligten Unternehmen sein wie jede andere Preisabsprache auch und deshalb nach demselben Verbotsmaßstab zu behandeln sein.

Preisempfehlungen lässt **Art. 4 lit. a 2. Hs. VO 330/2010 über Vertikalvereinbarungen** als solche ausdrücklich zu.

Früher waren Empfehlungen in speziellen Bestimmungen geregelt, nämlich in §§ 22 f. **GWB a.F.** Als Empfehlung wurde eine rechtlich unverbindliche Erklärung angesehen, durch die der Empfehlende etwas als gut oder vorteilhaft anrät mit dem Bestreben, den Empfänger dadurch zu beeinflussen. Es war zum Beispiel denkbar, die Herausgabe von Musterverträgen durch den Vermieterverband als „Empfehlung“ anzusehen, vgl. BGH vom 22.3.1994 (Mustermietvertrag), BGHZ 125, 315 ff. Eine besondere praktische Bedeutung können unverbindliche Preisempfehlungen entfalten. Der Gesetzgeber hat die §§ 22 f. **GWB a.F.** aufgehoben, um das deutsche Recht dem europäischen Recht anzugleichen. Das europäische Kartellrecht kennt kein allgemeines Empfehlungsverbot und misst Empfehlungen allein an Art. 101 AEUV.

B. Wettbewerbsbeschränkung

Die Kooperation muss ferner zur „*Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs*“ führen.

I. Wettbewerbliche Handlungsfreiheiten

Der Gesetzeswortlaut führt ein wenig in die Irre: Mit Beschränkung des „*Wettbewerbs*“ sind nicht Beschränkungen des gesamten Marktes gemeint. Da Wettbewerb als solcher nicht definiert werden kann (siehe oben § 2), begnügt sich die Rechtsprechung für diese Voraussetzung mit deutlich anderen Anforderungen.

Die Voraussetzung ist zu bejahen, wenn wettbewerbliche Handlungsfreiheiten von Unternehmen beschränkt werden. Zu den näheren Einzelheiten und Streitfragen, die im Rahmen des Schwerpunkts ausgeklammert werden, *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rdn. 127 ff. mwN. Eine Beschränkung kommt also bereits in Betracht, wenn wettbewerbsrelevante Handlungsfreiheiten von Unternehmen betroffen sind. Da das GWB den Wettbewerb in allen seinen Erscheinungsformen schützt, kommen alle wettbewerblich relevanten Handlungsfreiheiten von Unternehmen als Beschränkungsgegenstand in Betracht. BGH vom 26.10.1961 (Export ohne WBS), BGHZ 36, 105, 110 fasst darunter alle Faktoren, die für den Ablauf des Marktgeschehens, das heißt für die Bildung von Angebot und Nachfrage und den sich daraus ergebenden Preis und Absatz, von Bedeutung sein können.

Dieses herrschende und auch hier zugrunde gelegte Verständnis des Tatbestandsmerkmals „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“ scheint auf den ersten Blick hinter den Anforderungen von § 1 GWB zurückzubleiben. Es prüft eben nicht die Beschränkung des Wettbewerbs als solchen, sondern – zunächst – nur, ob wettbewerbliche Handlungsfreiheiten von Unternehmen beschränkt werden. Die herrschende Ansicht geht aber zu Recht davon aus, dass Beschränkungen von unternehmerischen Handlungsfreiheiten in aller Regel auch zu Beschränkungen des Wettbewerbs führen. Zugleich ergänzt die herrschende Ansicht ihre Anforderungen durch das weitere und ungeschriebene Erfordernis der Spürbarkeit, auf das später noch eingegangen wird. Danach greift das Kartellverbot nicht ein, wenn anzunehmen ist, dass die Beschränkung der unternehmerischen Handlungsfreiheiten sich nur marginal beziehungsweise nicht „spürbar“ auf den Wettbewerb auswirken wird.

1. Einzelne Wettbewerbsparameter

Das Kartellverbot erfasst demnach Beschränkungen etwa in Bezug auf Preise, räumliche Ausdehnung der Geschäftstätigkeit, Sortiment, Qualität, Werbung usw. bis hin zur Teilnahme am Wettbewerb überhaupt.

2. Potenzieller Wettbewerb

Wettbewerbsliche Handlungsfreiheiten sind auch tangiert, wenn die betreffende wirtschaftliche Tätigkeit noch nicht zu einem Marktanteil oder zu einem aktuellen Auftreten auf einem Markt durch Angebote geführt hat. Auch Handlungsfreiheiten, die überhaupt erst zum Markteintritt führen können, dürfen nicht beschränkt werden.

- Danach kann § 1 GWB sowohl noch nicht ausgeübte Tätigkeiten bestehender Unternehmen als auch Unternehmen erfassen, die sich noch gar nicht aktiv am Wirtschaftsleben betätigen.
- BGH vom 26.10.1959 (Gasglühkörper), BGHZ 31, 105, 109 hat dies namentlich aus der Zweckrichtung des GWB abgeleitet, „die der Bedarfsdeckung unmittelbar oder mittelbar dienenden Tätigkeitsbereiche eines jeden Rechtssubjekts von wettbewerbsbeschränkenden Verhalten tunlichst freizuhalten“. Im Streitfall hatte sich ein Unternehmen verpflichtet, die Produktion von Gasglühkörpern nicht wieder aufzunehmen. Es liegt auf der Hand, dass der Wettbewerb durch solche Absprachen nicht nur „beschränkt“, sondern sogar ausgeschlossen werden kann.

3. Unlauterer Wettbewerb

Absprachen über die Unterlassung unlauteren Wettbewerbs werden nach BGH vom 26.10.1961 (Export ohne WBS), BGHZ 36, 105 ff. von § 1 GWB nicht erfasst. Das GWB soll nur den lauterer, nicht auch den unlauteren oder sonst wie gesetzeswidrigen Wettbewerb von Beschränkungen freihalten.

Beispiele: Absprachen über das Unterlassen von irreführender Werbung (§ 5 UWG), Anschwärmungen (§ 4 Nr. 2 UWG), Kundenfangpraktiken (§ 4a UWG), Schmiergeldpraktiken (§ 299 StGB).

Aufgrund dieses Zusammenhangs kann es in Klausuren empfehlenswert sein, zunächst den Verstoß gegen UWG-Tatbestände zu prüfen und erst danach § 1 GWB. Maßgebend ist aber stets die konkrete Fragestellung. Ist danach zunächst § 1 GWB zu untersuchen, so ist der mögliche Verstoß gegen das UWG inzident zu prüfen.

II. Beschränkung

Unter Beschränkung beziehungsweise „*Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung*“ sind nicht nur handfeste Handlungsbeschränkungen, sondern auch schon bloße Beeinflussungen der „Entschließungsfreiheit“ zu verstehen. Der Wettbewerb wird nämlich schon dann beeinflusst, wenn Unternehmen

aufgrund von Vereinbarungen, Beschlüssen oder Verhaltensabstimmungen veränderte geschäftliche Entscheidungen treffen.

1. Faktische Bindung, Selbstbindung

Eine beschränkende Wirkung ist in aller Regel bereits daraus abzuleiten, dass der Unternehmer sich durch die – rechtlich unzulässige – Vereinbarung in Bezug auf sein zukünftiges Wirtschaftsverhalten selbst faktisch bindet beziehungsweise binden will.

2. Wirtschaftliche Nachteile

Beschränkungen der wettbewerblichen Entschließungsfreiheit können sich auch aus sehr subtilen Zusammenhängen ergeben. Eine derartige Beschränkung ist zum Beispiel bereits dann gegeben, wenn es der gemeinsamen Zielvorstellung und kaufmännischen Vernunft entspricht, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten.

BGH vom 22.4.1980 (Taxi-Besitzer-Vereinigung) WuW 1980, 741 f. = WuW/E BGH 1707 f. wendete § 1 GWB auch an, wenn der Einzelne in seiner Entschließungsfreiheit, bestimmte unternehmerische Markthandlungen vorzunehmen, im Rechtssinne frei ist, aber zugleich vertragliche und satzungsmäßige Bindungen bestehen, die den Gebrauch dieser Freiheit mit wirtschaftlichen Nachteilen verknüpfen.

Im Streitfall hatte eine Vereinigung von Taxiunternehmen vereinbart, nicht mehr als eine bestimmte Höchstzahl von Taxis zu betreiben und jedes Mitglied auszuschließen, das dagegen verstößt. Es stand also jedem Mitglied frei, sich von der Zahlenbegrenzung zu lösen. Es lief dann aber Gefahr, ausgeschlossen zu werden. Ein solcher Ausschluss war jedoch wirtschaftlich nachteilig, weil dann bestimmte Gemeinschaftseinrichtungen nicht mehr genutzt werden konnten.

3. Wirtschaftliche Aussichtslosigkeit von Wettbewerb

Eine Beschränkungswirkung kann sich auch aus anderen Aspekten, zum Beispiel daraus ergeben, dass sich Wettbewerb und Konkurrieren nicht mehr lohnen.

In BGH vom 29.1.1975 (Aluminium-Halbzeug), BGHSt 26, 56, 64 ff. ging es um einen Marktinformationsvertrag. Jeder Vertragsbeteiligte gab den übrigen Vertragsbeteiligten bekannt, zu welchen Preisen er verkauft hat. Jeder Vertragsbeteiligte war also zeitnah und präzise über die Preise des Mitbewerbers informiert.

Jeder Vertragsbeteiligte musste also stets damit rechnen, dass Mitbewerber etwaige Preissenkungen alsbald mitmachen würden, so dass eine besondere individuelle Preisanstrengung mit einiger Wahrscheinlichkeit nur für einen einmaligen Geschäftsabschluss Erfolg verspricht. Damit wurde die Neigung zu individuellen Preisvorstößen gedämpft.

BGH vom 29.1.1975 (Aluminium-Halbzeug), BGHSt 26, 56, 64, 65 sah darin eine Wettbewerbsbeschränkung. Der Unternehmer solle grundsätzlich in der Wahl der Mittel frei sein, die er im Wettbewerb auf dem Markt einsetze. Eine Beschränkung in dieser Wahl beeinträchtige die wettbewerbliche Handlungsfreiheit. Sie bedeute eine Verminderung der Intensität und damit eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

4. Keine Beschränkung: Ausweitung von Handlungsmöglichkeiten

§ 1 GWB greift nicht ein, wenn wettbewerbliche Handlungsmöglichkeiten lediglich erweitert werden oder zu einem Mehr an Konkurrenz führen.

In BGH vom 13.12.1983 (Bauvorhaben Schramberg), WuW 1984, 612 f. = WuW/E BGH 2050, 2051 hatten sich die Zweigniederlassungen dreier Großunternehmen zusammengeschlossen, um sich in Form eines gemeinsamen Angebots an der Ausschreibung eines Bauvorhabens zu beteiligen. Jedes von ihnen wäre allein dazu nicht in der Lage gewesen. Der Zusammenschluss führte damit zu einem zusätzlichen Angebot und einem Mehr an Wettbewerb. Es lag damit keine Wettbewerbsbeschränkung vor. Im Ergebnis lehnte der BGH die Anwendung von § 1 GWB ab. Ähnlich BGH vom 5.2.2002 (Jugendnachtfahrten), BGHZ 149, 391 ff.

5. Sonderfall: Vertikalvereinbarungen mit Handelsvertretern

Vertreibt ein Unternehmen seine Produkte über Handelsvertreter, so kann es sein, dass geschäftliche Beschränkungen, die es den Handelsvertretern auferlegt, keine Beschränkung des Wettbewerbs sind. Das kommt in Betracht, wenn das bindende Unternehmen das geschäftliche Risiko übernimmt, das mit dieser Bindung verbunden ist (so genannte „echte Handelsvertreter“). Der Begriff des Handelsvertreters ist dabei nicht im Sinne von § 84 HGB, sondern kartellrechtlich zu verstehen: Er meint jede Person, die die Vollmacht hat, „im Auftrag einer anderen Person (Auftraggeber) im eigenen Namen oder im Namen des Auftraggebers Verträge auszuhandeln oder zu schließen, die den Erwerb oder der Verkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Auftraggeber“ zum Gegenstand haben, **Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen**, Rn. 12, Abl. EU 2010 C130, 1 ff.

Ausgangspunkt ist BGH vom 15.4.1986 (EH-Partner-Vertrag), BGHZ 97, 317 ff. T stellt Fernseher her. Wenn er diese in Geschäften verkauft, die er selbst betreibt (Eigenvertrieb), so kann er ohne Weiteres festlegen, zu welchen Preisen die Fernseher verkauft werden. Ebenso kann er festlegen, dass in allen seinen Geschäften derselbe Preis verlangt wird. § 1 GWB greift nicht ein, weil es an einem anderen Unternehmen fehlt.

Die Situation wird kompliziert, wenn T die Fernseher nicht in eigenen Geschäften verkauft, sondern sie an Händler abgibt, die sie dann ihrerseits an Endverbraucher veräußern und denen T die Preise vorgibt, zu denen sie die Geräte weiterverkaufen.

- Es kommt nicht darauf an, ob die Händler die Fernseher als Eigenhändler oder Kommissionäre im eigenen Namen verkaufen oder

lediglich Verträge zwischen den Kunden und T vermitteln. Nach dem Urteil des BGH sind nicht die vertragsrechtlichen, sondern die kartellrechtlichen Maßstäbe maßgebend. § 1 GWB verbietet Verträge nur, wenn und sofern diese der Entschließungsfreiheit des Geschäftspartners entgegenwirken und so den Wettbewerb beschränken. Für die Beurteilung von Vertriebsbindungen kommt es entscheidend auf die Verteilung des geschäftlichen Risikos an, das mit der Preisvorgabe verbunden ist. Wenn das geschäftliche Risiko trotz der Einschaltung von Vertriebsorganen weitgehend beim bindenden Unternehmen liegt, dann ist der Vertrieb kartellrechtlich wie ein Eigenvertrieb zu behandeln und fällt dann nicht unter § 1 GWB.

- Die EH-Partner-Vertrag-Entscheidung betraf § 15 GWB a.F., der die Unzulässigkeit von Preisbindungen regelte. Im Schrifttum wird inzwischen angenommen, dass die Lehren der EH-Partner-Vertrag-Entscheidung auch im Rahmen des heutigen § 1 GWB gelten. *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rdnr. 323 ff. Die *Kommission* hat die Kriterien des BGH-Urteils für das europäische Kartellrecht übernommen, siehe **Leitlinien für vertikale Beschränkungen**, Rn. 12 ff., Abl. EU 2010 C130, 1 ff.
- Es ist noch nicht ganz klar, zu welchem Tatbestandsmerkmal von § 1 GWB die vorgestellten Überlegungen dogmatisch gehören. Hier wird angenommen, dass bereits das Erfordernis der Beschränkung entfällt.
- Die **VO 330/2010 über Vertikalvereinbarungen** (wird noch vorgestellt, siehe unten) ist auf ein solches Vertriebssystem nicht anwendbar, weil die § 1 GWB, Art. 101 AEUV tatbestandlich gar nicht eingreifen. Da folglich gar keine unzulässige Kartellabsprache vorliegt, gibt es auch keinen Bedarf an einer Freistellung.

III. Beteiligte, Dritte

Die Beschränkung kann sowohl einen Beteiligten beziehungsweise „Vertragspartner“, aber auch Dritte treffen, die an dem Kartell selbst nicht beteiligt sind. § 1 GWB erfasst seinem Wortlaut nach generell jede Verfälschung des Wettbewerbs. Die Vorschrift ist ebenso wie Art. 101 AEUV auch auf Eingriffe in unternehmerische Handlungsfreiheiten Dritter, die an der wettbewerbsbeschränkenden Kooperation nicht beteiligt waren, anwendbar.

Vereinfachtes Beispiel nach KG vom 26.1.1983 (Rewe), WuW 1983, 905 ff. = WuW/E OLG 2961 ff.: Das Unternehmen U schloss sich der Einkaufsgemeinschaft E an. Diejenigen bisherigen Lieferanten des U, die zugleich zum Kreis der Lieferanten der E gehören, sollten aufgrund des Vertrags zwischen U und E nicht mehr direkt, sondern unter Einschaltung der E an U liefern. Dies führte dazu, dass die Lieferanten zusätzliche Gebühren tragen mussten und so ungünstigere Geschäfte machten.

KG vom 26.1.1983 (Rewe), WuW 1983, 905, 907 = WuW/E OLG 2961, 2963 brauchte die Frage, ob die Wettbewerbsbeschränkung für einen Vertragspartner eintreten muss, nicht endgültig zu entscheiden und hat beide Ansichten für vertretbar gehalten. Für das heutige Recht besteht Einigkeit, dass § 1 GWB auch die Beschränkung Dritter durch einen wettbewerbsbeschränkenden Vertrag erfassen kann. Damit ist freilich nicht gesagt, dass ein solcher Einkaufszusammenschluss auch die sonstigen Voraussetzungen des Kartellverbots erfüllt.

IV. Kausalität der Kooperation für die Wettbewerbsbeschränkung

§ 1 GWB verlangt, dass die Kooperationshandlungen (Vereinbarung, Beschluss, Verhaltensabstimmung) die Wettbewerbsbeschränkung „*bezwecken oder bewirken*“. Die Wettbewerbsbeschränkung muss auf die Kooperation zurückzuführen sein. Besteht ein solcher kausaler Zusammenhang, dann ist die zugrundeliegende Kooperation verboten. Besteht zwischen Kooperationshandlung und Beschränkung dagegen kein Zusammenhang, dann gibt es keinen Grund, die Kooperation zu verbieten.

Die beiden Varianten „bezwecken“ und „bewirken“ sind alternative Voraussetzungen. Das Verständnis beider Voraussetzungen hat einen gewissen Wandel durchlaufen, der auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgeht. Eingehend *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rdnr. 130 ff. mwN.

1. Bezwecken

Ob eine Vereinbarung die Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt, bestimmt sich heute danach, ob sie ihrer Art nach objektiv geeignet ist, den Wettbewerb auf dem betroffenen Markt zu beeinträchtigen, BGH vom 16.2.2018 (Busverkehr im Altmarkkreis), WuW 2018, 476 ff. Rn. 31 f. Früher wurde dagegen entscheidend nach der subjektiven Zielrichtung der Beteiligten gefragt. Die Abkehr von subjektiven Kriterien löst sich zwar tendenziell vom Gesetzeswortlaut, ist aber im Hinblick auf den Schutz des Wettbewerbs richtig. Wenn eine Vereinbarung den Wettbewerb objektiv beeinträchtigen kann, dann kann es nicht darauf ankommen, was sich die Beteiligten dabei gedacht haben. Umgekehrt braucht das GWB Vereinbarungen, die zu einer Beschränkung des Wettbewerbs objektiv ungeeignet sind, auch dann nicht zu bekämpfen, wenn die Parteien in der Absicht gehandelt haben, den Wettbewerb zu beschränken. Es ist aber denkbar, die Vorstellung der Parteien bei der Einschätzung, ob die Vereinbarung objektiv wettbewerbsbeschränkende Tendenz hat, als Indiz mit zu berücksichtigen.

BGH vom 19.6.1975 (ZVN), BGHZ 65, 30 ff.: Zementhersteller gründen eine gemeinsame Zementverkaufsstelle, um ihren Zement besser absetzen zu können. Die Verkaufsstelle erwirbt den Zement zu Preisen, die für jeden Lieferanten gleich sind, und verkauft ihn in eigenem Namen und auf eigene Rechnung weiter. Es steht jedem beteiligten Zementhersteller jedoch frei, seinen Zement auch ohne Einschaltung der gemeinschaftlichen Verkaufsstelle abzusetzen.

Der unter den Zementherstellern geschlossene Vertrag begründete weder einen rechtlichen noch einen wirtschaftlichen (Unterschied zum Taxi-Besitzer-Vereinigungs-Fall) Zwang, den Zement über die Verkaufsstelle zu

vertreiben. Soweit die Zementhersteller aber ihren Zement über die Verkaufsstelle absetzen, ist der Preiswettbewerb unter ihnen ausgeschaltet. Die Vereinbarung konnte sich also jedenfalls faktisch in Form eines Weniger an Wettbewerb auswirken.

Nach BGH vom 19.6.1975 (ZVN), BGHZ 65, 30, 36 ff. reichte es aus, wenn jedenfalls die Vereinbarung nach der Vorstellung der Beteiligten darauf hinausläuft, Wettbewerb zu beschränken. Im Streitfall schloss die Gleichheit der Preise der über die Verkaufsstelle abgesetzten Waren Preiswettbewerb unter den Beteiligten aus, und die Betroffenen hätten „jedenfalls auch zu diesem Zweck die Vertriebsgesellschaft aufrechterhalten, indem sie im Hinblick auf die mit Sicherheit zu erwartende rationale Handlungsweise eines jeden Gesellschafters mit einem hinreichenden Absatz über die gemeinsame Vertriebsgesellschaft rechneten“, BGH vom 19.6.1975 (ZVN), BGHZ 65, 30, 39.

Es war mit anderen Worten ausreichend, dass die Parteien die Koordinierung als ein gemeinsames Motiv beim Vertragsschluss ansahen, ohne dass der Vertrag die Wettbewerbsbeschränkung als rechtsgeschäftlichen Bestandteil enthielt.

Heute würde man darauf abstellen, dass der Vertrag seinem Zuschnitt und dem von den Vertragspartnern verfolgten Anliegen nach „objektiv“ darauf zielt, dass die Vertragspartner von der Möglichkeit Gebrauch machen, Zement über die Verkaufsstelle zu vertreiben.

Bei so genannten Kernbeschränkungen ist das Bezwecken unproblematisch zu bejahen, *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rdnr. 136. Solche Beschränkungen sind insbesondere Absprachen unter Mitbewerbern über Preise, Mengen, Gebiete und Produkte beziehungsweise die in **Art. 101 Abs. 1 lit. a – e AEUV** genannten Beispiele.

2. Bewirken

Ist eine Wettbewerbsbeschränkung dem Zweck der Vereinbarung nach nicht zu erkennen, so kann sie sich daraus ergeben, dass der Wettbewerb durch die Vereinbarung gleichwohl insgesamt tatsächlich vermindert, eingeschränkt oder verfälscht worden ist („bewirken“), *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rdnr. 133 mwN. Erforderlich ist eine eingehende Analyse der Marktbedingungen. Ein Bewirken ist zum Beispiel anzunehmen, wenn anderen Unternehmen der Marktzutritt erschwert oder unmöglich gemacht wird oder wenn ein bestehender oder möglicher Wettbewerb verringert oder ausgeschlossen wird.

C. Spürbarkeit

§ 1 GWB nennt keine weiteren Voraussetzungen, ist aber seinem Sinn und Zweck nach teleologisch zu beschränken. Die Vorschrift verbietet Wettbewerbsbeschränkungen wegen ihrer Außenwirkungen auf dem Markt, also

nicht schon deshalb, weil dadurch die Handlungsfreiheit der Vertragsbeteiligten in ihrem Verhältnis zueinander eingeschränkt wird, BGH vom 7.6.1962 (SPAR), BGHZ 37, 194, 200. **§ 1 GWB a.F.** verlangte deshalb eine Eignung, die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Der Gesetzgeber hat diese Formulierung später gestrichen, wollte damit aber in der Sache nichts ändern. § 1 GWB scheidet daher aus, wenn die Wettbewerbsbeschränkung keine spürbare Auswirkung auf die Marktverhältnisse hat.

Inhaltlich kommt es darauf an, ob die Verhältnisse auf dem relevanten Markt nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung in spürbarer Weise beeinflusst werden können, theoretische Auswirkungen reichen nicht aus. Die Spürbarkeit ist gegeben, wenn die wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen auch praktisch ins Gewicht fallen und die Marktverhältnisse mehr als nur theoretisch und nicht nur in unbedeutendem Umfang beeinflussen können, BGH vom 9.3.1999 (Lottospielgemeinschaft), WuW 1999, 601, 607 = WuW/E DE-R 289, 295.

Die Beurteilung der Spürbarkeit setzt an sich die räumliche und sachliche Abgrenzung des Markts voraus, auf dem sich Angebot und Nachfrage begegnen. Im Rahmen von § 1 GWB ist aber in der Regel keine derart gründliche Marktabgrenzung erforderlich, wie dies im Rahmen von §§ 19 f., 36 GWB der Fall ist. Insbesondere kann die Spürbarkeit zumeist argumentativ bejaht werden, ohne dass es einer exakten Marktabgrenzung bedarf. Das kommt beispielsweise in Betracht, wenn ein Unternehmen beteiligt ist, das einen nicht unerheblichen Marktanteil hat, oder wenn Wettbewerbsbeschränkungen infrage stehen, die typischerweise besonders gravierend sind.

I. Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite

Entscheidend für die Spürbarkeit ist, ob und in welchem Ausmaß die Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite beeinträchtigt werden, BGH vom 23.2.1988 (Brillenfassungen), WuW 1988, 643, 644 = WuW/E BGH 2469, 2470. Der Wettbewerb dient letztlich dazu, der Marktgegenseite Auswahlmöglichkeiten zu eröffnen.

Ob ein spürbarer Einfluss anzunehmen ist, lässt sich daher immer nur im Einzelfall unter sorgfältiger Berücksichtigung und Abwägung aller in Betracht kommenden Umstände feststellen. Die Prüfung verlangt insbesondere die Feststellung der auf dem Markt auftretenden Anbieter und Nachfrager (gegebenenfalls auch ihrer Marktstärke). Eine Spürbarkeit scheidet in aller Regel aus, wenn weder die Marktgegenseite noch andere Wettbewerber Anlass zu

Reaktionsmaßnahmen sehen, BGH vom 23.2.1988 (Brillenfassungen), WuW 1988, 643, 644 = WuW/E BGH 2469, 2470.

1. Art und Schwere der Wettbewerbsbeschränkung

Ein wichtiger Anhaltspunkt sind die Art und die Schwere der Wettbewerbsbeschränkung.

Je schwerwiegender die Wettbewerbsbeschränkung ihrer Art nach ist (zum Beispiel Preis- oder Gebietsabsprache, lange Zeitdauer), umso eher ist sie spürbar, OLG München vom 23.10.1986 (Fassadenbau), WuW 1987, 560, 562 = WuW/E OLG 3946, 3948. Eine Preisabsprache ist typischerweise für den Wettbewerb in hohem Maße gefährlich und fällt daher aufgrund ihres Zuschnitts praktisch immer ins Gewicht.

Umgekehrt wird bei qualitativ schwachen Wettbewerbsbeschränkungen (zum Beispiel Werbeabsprachen, Vertrag zur Unterlassung gezielten Kundenabwerbens) die Spürbarkeit eher verneint, OLG Stuttgart vom 16.1.1987 (Wasseraufbereitung), WuW 1988, 532, 534 = WuW/E OLG 4118, 4120.

Eine einzelne „kleine“ Wettbewerbsbeschränkung kann spürbar sein, wenn sie Teil eines die ganze Branche über Jahre hinweg prägenden systematischen Bemühens zur Ausschaltung des freien Wettbewerbs ist, KG vom 4.11.1991 (Branche Heizung/Klima/Lüftung), WuW 1992, 353, 359 = WuW/E OLG 4885, 4891.

2. Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt

Ein weiteres wesentliches Beurteilungskriterium ist, in welchem Ausmaß auf dem betreffenden Markt überhaupt Wettbewerb herrscht.

- Wenn der Wettbewerb auf dem relevanten Markt bereits eingeschränkt ist, sind Beschränkungen eher spürbar als bei einem Markt mit starkem Wettbewerb. Auch wenn der Wettbewerbsspielraum zum Beispiel aufgrund gesetzlicher oder behördlicher Regelungen gering ist, sind die Anforderungen an die Spürbarkeit entsprechend geringer.
- Die Spürbarkeit ist dagegen unwahrscheinlich, wenn sich eine größere Zahl von Marktteilnehmern auf beiden Marktseiten betätigt und die Vertragsbeteiligten selbst nur einen geringen Marktanteil erreichen. Unter solchen Umständen werden Dritte im Regelfall ohne unverhältnismäßige Schwierigkeiten in der Lage sein, auf andere Anbieter oder Nachfrager auszuweichen.

3. Horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen

Die Spürbarkeit und damit eine Anwendung des Kartellverbots kommen in Bezug auf horizontale Wettbewerbsbeschränkungen eher in Betracht als in Bezug auf vertikale Beschränkungen, EuGH vom 12.12.1967 (Brasserie de Haecht) – Rs. 23/67, Slg. 1967, 543 ff.

II. Quantifizierte Untergrenze

Das BKartA verneint in der Bekanntmachung Nr. 18/2007 vom 13.3.2007 (Bagatellbekanntmachung), WuW 2007, 369 f. die Spürbarkeit in der Regel, wenn Unternehmen miteinander kooperieren und

- bei horizontalen Vereinbarungen der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf keinem der betroffenen Märkte 10 % überschreitet,
- bei vertikalen Vereinbarungen der von jedem beteiligten Unternehmen gehaltene Marktanteil auf keinem der betroffenen Märkte 15 % überschreitet, Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamtes über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung („Bagatellbekanntmachung“) vom 13.3.2007, Rn. 8 f.

Das BKartA bewegt sich dabei auf unsicherem Eis. Zu seinen Gunsten lässt sich anführen, dass solche Absprachen durchaus zu einem Mehr an Wettbewerb führen können, weil dadurch den Marktführern stärkere Konkurrenz entsteht und der Bestand des Wettbewerbs gesichert werden kann. In der Lit. wird die Praxis des BKartA abgelehnt, da § 1 GWB dafür keine Grundlage biete.

III. Behandlung in der Klausur

Die Spürbarkeit lässt sich in universitären Klausuren nur in limitierter Weise behandeln. Im Ergebnis sollte die Spürbarkeit grundsätzlich bejaht beziehungsweise die Anwendung von § 1 GWB nicht anhand dieses Kriteriums verneint werden.

- Es ist in aller Regel nicht sinnvoll, bei der Prüfung von § 1 GWB und des Spürbarkeitserfordernisses in eine umfassende Prüfung einzutreten, wie der relevante Markt abzugrenzen ist.
- Ist eine positive Begründung der Spürbarkeit möglich, so sollte diese Begründungsmöglichkeit ausgeschöpft werden. Im Übrigen kann man sich mit der Überlegung helfen, dass Anhaltspunkte dafür, dass die Beschränkung nicht spürbar ist, nicht ersichtlich sind.
- Anders liegt es aber, falls die Aufgabenstellung ersichtlich auf eine Thematisierung des Spürbarkeitskriteriums zielt.

IV. Exkurs

Nach EuGH vom 13.12.2012 (Expedia) – Rs. C-226/11, WuW 2013, 307, 312 = WuW/E EU-R 2638, 2643 Rn. 35 ff. ist generell von einer Spürbarkeit auszugehen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigt, also schon ihrer Natur nach für das Funktionieren des Wettbewerbs schädlich ist. Diese Judikatur bezieht sich freilich auf Maßnahmen, die geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, also von vornherein keinen Bagatelldarakter haben. Sie kann deshalb in der Klausur bei der Anwendung des deutschen Rechts unberücksichtigt bleiben.

D. Tatbestandliche Restriktion von § 1 GWB

Es gibt eine Reihe von Sachverhalten, die von § 1 GWB, nicht aber den §§ 2 f. GWB erfasst werden, bei denen sich aber aus unterschiedlichen Gründen die Frage stellt, ob die ihnen zugrunde liegenden Verträge nicht doch wirksam sein sollen. Unter dem Stichwort „Immanenzlehre“ geht es um Rechtsinstitute, deren Existenz und Berechtigung im Recht anerkannt sind und die notwendigerweise Beschränkungen des Wettbewerbs auslösen. Sie unter § 1 GWB zu fassen, würde vielfach bedeuten, die Berechtigung dieser Rechtsinstitute zu negieren, weil kein Raum mehr für sie bliebe. Es geht damit um eine systematische Reduktion des § 1 GWB.

I. Wettbewerbsverbote

Ein besonders häufiger Fall ist, dass das Recht, zum Teil sogar der Gesetzgeber selbst, bestimmte Wettbewerbsverbote zulässt. Dies spielt insbesondere eine Rolle für die Beurteilung von Wettbewerbsverboten, die im Rahmen von Gesellschaftsverträgen vereinbart werden und von deren Zulässigkeit das Gesellschaftsrecht ausgeht, **§§ 112 Abs. 1, 165 HGB**.

Das Wettbewerbsverbot ist zulässig, wenn es notwendig ist, um das Gesellschaftsunternehmen in seinem Bestand und seiner Funktionsfähigkeit zu erhalten, insbesondere wenn verhindert werden soll, dass ein Gesellschafter das Unternehmen von innen zugunsten seiner eigenen konkurrierenden Unternehmen aushöhlt oder zerstört.

Unter denselben Voraussetzungen kann ein Wettbewerbsverbot auch für die Zeit nach dem Ausscheiden als Gesellschafter vereinbart werden.

Weiterhin gehören Wettbewerbsverbote zum typischen Inhalt von Unternehmensverträgen. Insbesondere bei der Veräußerung einer freiberuflichen Praxis dürfte hierin sogar meistens der Kern der Abreden der Parteien liegen. BGH vom 18.12.1954, BGHZ 16, 71, 76 ff. hat derartige Wettbewerbsverbote unter bestimmten Voraussetzungen als berechtigt und legitim angesehen.

Derartige Wettbewerbsverbote werden ohne Rücksicht auf § 1 GWB für zulässig gehalten, soweit sie sich gegenständlich, räumlich und zeitlich auf

das Maß desjenigen beschränken, was erforderlich ist, um dem Erwerber überhaupt die Chance zu verschaffen, den Kundenstamm des Veräußerers zu übernehmen. Darüber hinausgehende Wettbewerbsverbote verstoßen gegen § 1 GWB.

Nach BGH vom 10.12.2008 (Subunternehmervertrag II), WuW 2009, 524 ff. = WuW/E DE-R 2554 ff. kann auch das im Rahmen eines Subunternehmervertrags vereinbarte Verbot, Kunden abzuwerben, eine kartellrechtskonforme Beschränkung des Wettbewerbs sein.

- Es besteht unter Wettbewerbsgesichtspunkten ein anzuerkennendes Interesse an solchen Regelungen, weil nur auf diese Weise der kartellrechtsneutrale Hauptzweck des Subunternehmervertrages erreicht werden kann. Ein zwischen den Parteien geschlossener Rahmenvertrag kann die arbeitsteilige Durchführung von Gebäudereinigungsarbeiten bezwecken, indem der Hauptunternehmer die Kunden akquiriert, während der Subunternehmer die konkreten Tätigkeiten durchzuführen hat, einschließlich der Vorhaltung des erforderlichen Personals, der Maschinen und des sonstigen Materials. Zugleich ist der Subunternehmer von allen durch die Akquisition von Reinigungsaufträgen verursachten Belastungen freigestellt und muss auch nicht etwa eine umfangreiche Unternehmensorganisation vorhalten, um etwa zusätzlich geworbene Kunden sachgerecht versorgen zu können.
- Im Verhältnis zwischen Vertragspartnern besteht die naheliegende Gefahr der inneren Aushöhlung der Vertragsbeziehungen des Hauptunternehmers zu seinen Auftraggebern. Das ist der Fall, wenn der Subunternehmer, der bei der Vertragsabwicklung zwangsläufig in Kontakt mit den Kunden des Hauptunternehmens tritt, an Stelle des Hauptunternehmens unmittelbare Vertragsbeziehungen mit diesen Kunden knüpft. Er macht sich dann illoyal die Früchte der Bemühungen des Hauptunternehmers zunutze.

II. Vergleiche

Die Behandlung von Wettbewerbsbeschränkungen, die im Rahmen von Vergleichen vereinbart werden, ist umstritten.

Beispiel nach BGH vom 15.2.1955 (Herzwandvase), BGHZ 16, 297 ff.: A verlangt von B, für seine Produkte eine bestimmte Verpackung zukünftig nicht mehr zu gebrauchen, weil er an der betreffenden Verpackungsform ein absolutes Recht nach §§ 14 Abs. 1, 3 Abs. 1 MarkenG besitze. Zur Beilegung ihres daraufhin entstehenden Streits schließen A und B einen umfangreichen Vergleich, nach dem B die fragliche Verpackungsform nicht mehr verwendet. Später stellt sich heraus, dass dem A kein Markenrecht an der Verpackungsform zustand.

- Der Vergleich unterfällt § 1 GWB nicht, wenn sich sein Inhalt mit der tatsächlichen Rechtslage deckt. Dann handelt es sich um eine Vereinbarung zur Unterlassung marken- beziehungsweise wettbewerbswidrigen Wettbewerbs, die durch das Kartellrecht nicht verboten wird.
- Wenn dagegen B auf den Gebrauch der Verpackung verzichtet, obwohl dem A gar kein markenrechtlicher Unterlassungsanspruch zustand,

dann läuft der Vergleich auf eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung hinaus.

BGH vom 15.2.1955 (Herzwandvase), BGHZ 16, 297, 303 nimmt Vergleiche in diesen Fällen jedoch aus dem Kartellverbot hinaus. Dahinter steht die praktische Überlegung, dass das Bestehen eines entsprechenden Schutzrechts auch bei objektiver Beurteilung ernsthaften Zweifeln unterliegen kann und die Parteien eine Möglichkeit haben sollen, zu einer gütlichen Einigung über das Bestehen des umstrittenen Ausschließlichkeitsrechts zu gelangen.

Die Zulässigkeit des Vergleichs setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass bei Durchführung eines Rechtsstreits ernstlich mit dem Ergebnis zu rechnen wäre, dass dem Wettbewerber das umstrittene Vorgehen untersagt werde, BGH vom 22.5.1975 (Thermalquelle), BGHZ 65, 147, 152 ff.; BGH vom 5.7.2005 (Abgasreinigungsvorrichtung), WuW 2005, 1029, 1031 f. = WuW/E DE-R 1537 ff. Im Übrigen knüpft dieses Urteil die kartellrechtliche Zulässigkeit an die Voraussetzung, dass sich die Vergleichsregelung auf die zweifelhaften Streitpunkte beschränken muss und keine über das erforderliche Maß hinausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen vorsehen darf, während es die Gutgläubigkeit der Parteien nicht – mehr – als Voraussetzung nennt.

III. Hinweis zur Systematik, Behandlung in der Klausur

Die Immanenzproblematik ist systematisch eine Frage der Anwendung des § 1 GWB. Sie wird daher bereits an dieser Stelle behandelt und sollte (Abweichungen sind möglich) auch in der Klausur dort geprüft werden. Es ist aber zu beachten, dass die Figur einer immanenten Beschränkung nicht dazu missbraucht werden darf, die Voraussetzungen der einzelnen Legalausnahmen (dazu später) zu unterlaufen. Insbesondere ist **§ 2 Abs. 1 GWB** ein allgemeiner Auffangtatbestand für „sinnvolle“ Wettbewerbsbeschränkungen. Gerichte sind nicht berechtigt, die in dieser Norm vom Gesetzgeber normierten Voraussetzungen zu ignorieren. Beim Erstellen der vorläufigen Lösungsskizze für die Klausuren kann es daher sinnvoll sein, für sich selbst zunächst die Legalausnahmen (§§ 2 Abs. 1, Abs. 2, 3, 30 GWB) und erst dann die Möglichkeit einer immanenten Beschränkung zu prüfen. Diese Prüfung kann unter Umständen kurz sein, insbesondere wenn eine horizontale und keine vertikale Beschränkung vorliegt, so dass die VO 330/2010 ausscheidet. Wenn keine Legalausnahme eingreift, dann bleibt Raum für die immanente Beschränkung.

Die kartellrechtliche Beurteilung von Wettbewerbsverboten ist für Vertikalvereinbarungen (= Vereinbarungen zwischen Unternehmen unterschiedlicher Wirtschaftsstufe, zum Beispiel zwischen Produzent und Händler) weitgehend durch die **§ 2 Abs. 2 GWB, Artt. 5 lit. a, 1 Abs. 1 lit. d VO 330/2010 über Vertikalvereinbarungen** geregelt. Wenn und soweit diese

Regelung ernsthaft in Betracht kommt, dann sollte sie vor einer immanenten Beschränkung geprüft werden, um den Vorrang des Gesetzes zu wahren.

E. Zivilrechtliche Einzelfragen

Die allgemeinen verwaltungs-, bußgeld- und zivilrechtlichen Folgen von Verstößen gegen das GWB werden in § 10 der Vorlesung behandelt. Zwei zivilrechtliche Aspekte werden aber bereits hier angesprochen, weil sie speziell mit § 1 GWB zusammenhängen.

I. Gesamt-/Teilnichtigkeit, §§ 134, 139 BGB

Der Verstoß gegen § 1 GWB macht die Vereinbarung grundsätzlich von Anfang an nichtig, **§ 134 BGB**. Der unwirksame Vertrag bindet die Parteien nicht.

Die Unwirksamkeit erfasst den gegen § 1 GWB verstoßenden Teil der Vereinbarung. Die Wirksamkeit des übrigen Rechtsgeschäfts beurteilt sich nach **§ 139 BGB** (klausurrelevant). Nach § 139 BGB ist, wenn ein Teil (zum Beispiel eine bestimmte Vertragsabsprache) nichtig ist, grundsätzlich das gesamte Rechtsgeschäft nichtig. Der übrige Teil ist nur wirksam, wenn die Beteiligten die Übereinkunft auch ohne den nichtigen Teil geschlossen hätten. Das kommt in Betracht, wenn der Restvertrag auch ohne den nichtigen Teil für die Parteien noch einen Sinn ergibt und der im ursprünglichen Gesamtvertrag erzielte Interessenausgleich sachgerecht aufrecht erhalten bleiben kann. Dagegen liegt eine Gesamtnichtigkeit nahe, wenn der nichtige Teil für die Vereinbarung wichtig war und die Beteiligten ihre gegenseitigen Interessen ohne diesen Teil nicht mehr richtig miteinander ausgleichen.

II. Betroffener, § 33 Abs. 3 GWB

Verstöße gegen das GWB können verschiedene zivilrechtliche Ansprüche zur Folge haben. Nach **§ 33 Abs. 1 GWB** stehen die Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung dem „Betroffenen“ zu. Betroffener ist, wer *„als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist“*, **§ 33 Abs. 3 GWB**.

„Durch den Verstoß beeinträchtigt“ ist grundsätzlich jeder, der durch den Verstoß in kartellrechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt wird.

Es ist umstritten, ob auch ein Unternehmen, das Partner eines Kartells ist und sich durch die von ihm selbst getroffene Kartellabsprache geschädigt sieht, „beeinträchtigt“ und damit als „Betroffener“ anspruchsberechtigt sein kann.

Für eine grundsätzliche Einbeziehung der am Kartellverstoß Beteiligten in die Reihe der Anspruchsberechtigten spricht insbesondere, dass häufig erst durch solche Klagen Kartelle aufgedeckt werden können. Die effektive Ahndung von Kartellverstößen ist ein zentrales Anliegen des GWB, *Regierungsentwurf und Begründung eines Siebenten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 12.8.2004, BT-Drucks. 15/3540, S. 36.

Andererseits tragen die am Kartellverstoß Beteiligten eine erhebliche Verantwortung für die Wettbewerbsbeschränkung. Sie dürfen daher nicht auch noch mit einem Schadensersatzanspruch begünstigt werden. Es darf nicht wirtschaftlich risikolos sein, Kartellabsprachen zu treffen. Das wäre es jedoch, wenn ein Kartellpartner den aus dem Kartell erlittenen Schaden ohne Weiteres ersetzt verlangen könnte, falls sich die Absprache als für ihn nachteilig herausstellt. Dies würde einen kontraproduktiven Anreiz zu Kartellen schaffen. In solchen Fällen sollte daher im Einzelfall entschieden und begründet werden, ob ein Klagerecht möglich oder ausgeschlossen ist.

Die „Mitbewerber“ der Unternehmen, die das unzulässige Kartell miteinander vereinbart haben, sind typischerweise Betroffene und haben bei Verstößen gegen § 1 GWB in aller Regel ein Klagerecht. Maßgebend ist, dass/ob sie kartellrechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt sind.

- Unproblematisch ist die Klageberechtigung beispielsweise, wenn das Kartell und die damit verbundene Beschränkung des Wettbewerbs einen potenziellen Konkurrenten schon am Zutritt zu dem durch den Vertrag beeinflussten Markt behindern, vgl. BGH vom 4.4.1975 (Krankenhauszusatzversicherung), BGHZ 64, 232, 237 zu §§ 33, 1 GWB a.F.
- Dagegen ist die Klagemöglichkeit in der Konstellationen von BGH vom 10.12.1985 (Abwehrblatt II), BGHZ 96, 337, 351 wahrscheinlich nach wie vor zweifelhaft. Im Streitfall hatten die beklagten Zeitungsunternehmen kartellrechtswidrig auf Konkurrenz untereinander verzichtet, und dadurch dem klägerischen Unternehmen überstarke Konkurrenz gemacht. Nach BGH vom 10.12.1985 (Abwehrblatt II), BGHZ 96, 337, 351 kann ein Anspruch aus §§ 33, 1 GWB a.F. nicht dazu dienen, den Kläger vor Konkurrenz zu schützen. Aufgabe des GWB sei es gerade, die Konkurrenz zwischen den beklagten Unternehmen zu erhalten.

§ 6: LEGALAUSNAHMEN

A. Überblick

Vom Kartellverbot erfasste Praktiken können unter bestimmten Voraussetzungen gleichwohl zulässig sein. Manche Kartelle haben nämlich nicht nur wettbewerbsbeschränkende Wirkungen, sondern bringen zugleich auch positive Effekte mit sich, so dass ihr Verbot nicht berechtigt wäre. Das GWB kennt daher mehrere Legalausnahmen, die Kartelle kraft Gesetzes vom Verbot freistellen.

An der Spitze der Befreiungstatbestände steht die freigestellte Vereinbarung, **§ 2 Abs. 1 GWB**. Die übrigen Freistellungstatbestände sind spezieller und differenzieren zum Teil zwischen horizontalen und vertikalen Beschränkungen. Die Trennung erklärt sich aus der unterschiedlichen Gefährlichkeit horizontaler und vertikaler Bindungen für den Wettbewerb.

Die Zulässigkeit eines Kartells wird grundsätzlich nur ex post geklärt, zum Beispiel im Rahmen späterer zivilprozessualer Streitverfahren über die Wirksamkeit geschlossener Verträge oder über Unterlassungs- oder Schadensersatzbegehren. Die Beteiligten einer Vereinbarung laufen also Gefahr, dass sich das zwischen ihnen Vereinbarte im Nachhinein als unwirksam herausstellt.

Es gibt – anders als im früheren Recht – keine kartellbehördliche Vorabentscheidung über die etwaige Zulässigkeit eines Kartells. Die Kartellbehörde kann aber entscheiden, dass aus ihrer Sicht kein Anlass zum Einschreiten gegen das Kartell besteht, **§ 32c GWB**.

B. Freigestellte Vereinbarungen, § 2 Abs. 1 GWB

§ 2 Abs. 1 GWB kann nach dem Generalklauselprinzip grundsätzlich alle Formen von wettbewerbsbeschränkenden Kooperationen erfassen, *Regierungsentwurf und Begründung eines Siebenten Gesetzes zur Änderung des GWB vom 12.8.2004*, BT-Drucks. 15/3640, S. 24. Die Vorschrift sieht in Anlehnung an **Art. 101 Abs. 3 AEUV** einen allgemeinen Befreiungstatbestand vor und hatte in § 7 GWB a.F. bereits einen weitgehend inhaltsgleichen Vorgänger. Der Auffangtatbestand soll den Kartellbehörden wie den Unternehmen die Möglichkeit geben, flexibel und angemessen darauf reagieren zu können, dass sich Sachverhaltskonstellationen in komplexen Volkswirtschaften sehr unterschiedlich und rasch verändern können.

Die in § 2 Abs. 1 GWB genannten Einzelvoraussetzungen sind streng auf wettbewerbliche Maßstäbe beschränkt. Industrie- und gemeinwohlorientierte Erwägungen dürfen nicht berücksichtigt werden. Die exakte Subsumtion unter die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen ist im Einzelfall schwierig.

In der Klausur ist § 2 Abs. 1 GWB erst zu prüfen, nachdem die spezielleren Freistellungsregeln (§§ 2 Abs. 2, 3, 30 GWB) abgelehnt worden sind.

I. Verbesserungen, Fortschrittsförderung

Die Regelung setzt zunächst voraus, dass das fragliche Kartell bestimmte, für den Wettbewerb positive Effekte mit sich bringt.

Die Regelung kann eingreifen, wenn die Vereinbarung „zur Verbesserung im Bereich der Warenerzeugung oder -verteilung“ beiträgt. In Hinblick auf den Wortlaut der heutigen Regelung ist klarstellend weiterhin anzunehmen, dass auch Verbesserungen auf dem Dienstleistungssektor unter die Vorschrift fallen.

Die Vorschrift erfasst auch Kartelle, die nicht zur Verbesserung von Erzeugung oder Verteilung, sondern stattdessen „zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ beitragen.

BGH vom 9.7.2002 (Stellenmarkt für Deutschland II), BGHZ 151, 260, 269 ff. hat die Vorschrift (beziehungsweise ihren Vorgänger, § 7 Abs. 1 GWB a.F.) nach Sinn und Zweck weit ausgelegt und angenommen, dass neben der Verbesserung des Angebots sowie den entsprechenden Verbrauchervorteilen auch eine durch die Kooperation zu erwartende Belebung des Wettbewerbs als positiver Effekt mit zu berücksichtigen ist.

II. Verbraucherbeteiligung

Weiterhin muss die Vereinbarung eine „angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem daraus entstehenden Gewinn“ enthalten. Unter „Verbraucher“ sind nicht nur private Endverbraucher, sondern generell die Marktgegenseite zu verstehen. Kartelle, die nur zu Vorteilen für die beteiligten Unternehmen führen, sind nicht erlaubt.

Eine Beteiligung braucht in der Vereinbarung nicht ausdrücklich vorgesehen sein. Es reicht aus, wenn sie sich faktisch aus den Wirkungen des Kartells ergibt.

III. Unerlässliche Beschränkungen, Verhältnismäßigkeits- und Gesamtprüfung

Der Gesetzeswortlaut formuliert die weiteren Anforderung kompliziert.

Das Kartell darf den Wettbewerb nur soweit beschränken, wie es für die Erreichung der oben beschriebenen positiven Effekte „unerlässlich“ ist, § 2 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Die Vereinbarung ist mit anderen Worten nicht freigestellt, wenn sie zwar positive Effekte mit sich bringt, diese aber mit Beschränkungen erreicht, die über das Unerlässliche hinausgehen.

Das Kartell darf keine Möglichkeit eröffnen, „für einen wesentlichen Teil des betroffenen Marktes den Wettbewerb auszuschalten“, § 2 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

Die Stellenanzeigen

Die Süddeutsche Zeitung, Die Frankfurter Rundschau und Die Welt gründen das Gemeinschaftsunternehmen „Stellenmarkt für Deutschland“. Das Gemeinschaftsunternehmen akquiriert und organisiert Stellenangebote, die unter der Überschrift „Stellenmarkt für Deutschland“ in einem eigenen „Buch“ veröffentlicht werden und in identischer Form in den Anzeigenteilen der Samstagsausgaben der drei Zeitungen vertrieben werden. Die Kooperation ist für die Beteiligten vorteilhaft, weil die drei Zeitungen unterschiedliche geografische Teile Deutschlands abdecken. Sie verzichten also darauf, sich insoweit gegenseitig Konkurrenz zu machen, treten zugleich aber in einen schärferen Wettbewerb zur FAZ. Die FAZ enthält bei weitem die meisten Stellenanzeigen für gehobene, bundesweit ausgeschriebene Positionen, obwohl ihre Preise deutlich über denen der Konkurrenz liegen. Sie wird auch von Stellenbewerbern bevorzugt erworben. Zugleich ist die FAZ regional vergleichsweise einheitlich verbreitet.

Ist das Gemeinschaftsunternehmen zulässig?

Hinweis: BGH vom 9.7.2002 (Stellenmarkt für Deutschland II), BGHZ 151, 260 ff. zu § 7 GWB a.F.

1. § 1 GWB

Die beteiligten drei Zeitungen sind Unternehmen.

Sie haben eine Vereinbarung getroffen, nämlich die, das Gemeinschaftsunternehmen „Stellenmarkt für Deutschland“ zu gründen.

Die Vereinbarung hat wettbewerbseinschränkende Wirkungen. Die beteiligten Zeitungen verzichten darauf, sich gegenseitig Konkurrenz zu machen.

Die Auswirkungen sind spürbar. Es handelt sich um eine Vereinbarung auf horizontaler Ebene, die eine direkte Kooperation zwischen Konkurrenten zum Inhalt hat und sich auf den gesamten Markt auswirkt. Wer eine überregionale Anzeige aufgeben will, kann nunmehr allein zwischen zwei Anbietern wählen, nämlich zwischen FAZ und „Stellenmarkt Deutschland“.

2. § 2 Abs. 1 GWB

Die Kooperation der drei Zeitungen müsste zu einer Verbesserung des Dienstleistungsangebots führen. Das lässt sich bezweifeln, weil Kunden nunmehr nur zwischen zwei Anbieter wählen können, nämlich der FAZ und dem Stellenmarkt für Deutschland. Andererseits kann der Anzeigenkunde aber infolge der Vereinbarung auf eine erleichterte Kombination von Stellenanzeigen zugreifen. Vor allem gilt: Wer eine bundesweit verbreitete Anzeige aufgeben möchte, kann nunmehr zwischen zwei Anbietern wählen. Mit dem Kombinationsangebot entsteht ein Produkt auf einem Markt, auf dem bislang nur wenige Anbieter tätig sind und der sich durch hohe Zutrittsschranken auszeichnet.

Die Vorteile für die Verbraucher liegen in den Preisvorteilen, die sich aus der neuen Kombinationsmöglichkeit ergeben. Außerdem muss ein Stellensuchender infolge der Kombination nur eine der beteiligten Zeitungen erwerben, um in den Genuss des neuen nationalen Anzeigenteils zu kommen. Ferner führt die Kombination zu einem verstärkten Preiswettbewerb, in dem ebenfalls ein maßgeblicher Vorteil für den Verbraucher liegt.

Es war im Streitfall angesichts der seinerzeit unangefochtenen Stellung der FAZ keine Möglichkeit ersichtlich, dass die Kooperationspartner mit Hilfe

ihrer Kooperation für einen wesentlichen Teil des Anzeigenmarkts den Wettbewerb ausschalten, **§ 2 Abs. 1 Nr. 2 GWB**.

Fraglich war, ob die Beschränkungen zur Verwirklichung der genannten Ziele unerlässlich waren, **§ 2 Abs. 1 Nr. 1 GWB**. Bei der Prüfung war in den Augen des BGH insbesondere zu bedenken, dass die Beteiligten zugleich in einen schärferen Wettbewerb zur „FAZ“ traten. Die FAZ enthielt bei weitem die meisten Stellenanzeigen für gehobene, bundesweit ausgeschriebene Positionen, obwohl ihre Preise deutlich über denen der Konkurrenz lagen. Sie wurde auch von Stellenbewerbern bevorzugt erworben. Zugleich war die FAZ regional vergleichsweise einheitlich verbreitet.

Der überregionale Anzeigenmarkt bundesweit vertriebener Zeitungen hat in den Augen des BGH eine strukturelle Besonderheit: Es handelt sich um einen Markt, in dem sich die Nachfrage von selbst auf den stärksten Anbieter konzentriert. Sowohl für die Inserenten als auch für die stellensuchenden Leser ist das Angebot des Marktführers besonders interessant, weil die Konzentration auf den stärksten Anbieter wie die Verabredung eines Treffpunkts wirkt. Hat in einem solchen Markt ein Anbieter einen Vorsprung gegenüber seinen Wettbewerbern erreicht, wird sich dieser Vorsprung tendenziell weiter ausbauen. Denn stellensuchende Leser wissen, dass sie in dieser Zeitung die meisten Anzeigen finden. Die inserierende Wirtschaft wird sich dieser Zeitung besonders gern bedienen, weil sie mit Recht dort die meisten Leser ihrer speziellen Zielgruppe erwartet.

3. Ergebnis

Die Vereinbarung ist nach § 2 Abs. 1 GWB vom Kartellverbot freigestellt und damit zulässig.

C. § 2 Abs. 2 GWB; VO 330/2010 über Vertikalvereinbarungen

§ 2 Abs. 2 GWB überträgt den Regelungsgehalt der europäischen so genannten Gruppenfreistellungsverordnungen im Wege einer dynamischen Verweisung in das deutsche Recht. Die europäischen Regeln sind entsprechend anzuwenden, **§ 2 Abs. 2 Satz 1 GWB**. Dies gilt auch dann, soweit die fraglichen Kartelle nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der EU zu beeinträchtigen, und das europäische Recht an sich gar nicht einschlägig wäre, **§ 2 Abs. 2 Satz 2 GWB**.

Eine wichtige solche europäische Regelung ist die **VO 330/2010 über Vertikalvereinbarungen** (= BeckWettbewerbsR/MarkenR/KartellR Nr. 18).

Darstellungen bei *Lettl*, Die neue Vertikal-GVO (EU Nr. 330/2010), WRP 2010, 807 ff.; *Funke/Just*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Verträge, KSzW 03.2010, 151 ff. Die VO 330/2010 ist kommentiert von *Jestaedt/Zöttl* in: MünchKomm Wettbewerbsrecht, Band 1, 2. Auflage 2015.

Die *Kommission* hat **Leitlinien für vertikale Beschränkungen**, Abl. EU 2010 C130, 1 ff., niedergelegt. Darin führt sie aus, wie sie diese im Einzelnen versteht und interpretiert wissen will.

Standardhinweis: Gibt ein kartellrechtlicher Sachverhalt Anlass zur Prüfung von § 2 Abs. 2 GWB, so ist allein die VO 330/2010 über Vertikalvereinbarungen in Betracht zu ziehen.

I. Grundsätzlicher Anwendungsbereich

Nach **Art. 2 Abs. 1 Satz 1 VO 330/2010** sind bestimmte Kartelle, nämlich vertikale Vereinbarungen, grundsätzlich vom Kartellverbot freigestellt. Was „*vertikale Vereinbarungen*“ sind, definiert **Art. 1 Abs. 1 lit. a VO 330/2010**.

1. Vereinbarungen, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen

Erfasst werden zunächst jede „*Vereinbarung*“ oder „*aufeinander abgestimmte Verhaltensweise*“, also Kooperationen zwischen zwei oder mehr Unternehmen.

2. Vertikalverhältnis

Das Kartell muss das Vertikalverhältnis betreffen. Jedes der beteiligten Unternehmen muss also „*für die Zwecke der Vereinbarung oder der abgestimmten Verhaltensweise auf einer anderen Ebene der Produktions- oder Vertriebskette tätig*“ sein, **Art. 1 Abs. 1 lit. a VO 330/2010**. Für Vereinbarungen zwischen Mitbewerbern (die VO 330/2010 spricht von „Wettbewerbern“) gilt

die Regelung grundsätzlich nicht, Art. 2 Abs. 4 Satz 1 VO 330/2020. Die Abgrenzung, ob eine Beschränkung den vertikalen oder den horizontalen Bereich betrifft, kann im Einzelfall vielfach sehr schwierig sein und ist klausurträchtig.

Die Abgrenzung zwischen Vertikal- und Horizontalvereinbarung hat den potenziellen Wettbewerb zu berücksichtigen. Der potenzielle Wettbewerber ist in **Art. 1 Abs. 1 lit. c VO 330/2010** definiert.

Die Freistellung nach der VO 330/2010 greift mangels Vertikalvereinbarung nicht ein, wenn ein Unternehmen aktuell oder potenziell auf verschiedenen Marktstufen tätig ist und die Vereinbarung dazu dient, Wettbewerb „abzukaufen“. Beispiel: Der Pizzalieferant P beabsichtigt, eine eigene Pizzeria zu eröffnen. Die Pizzeriakette K schließt daraufhin mit P eine Vereinbarung, nach der sie ihren Warenbedarf in Zukunft allein bei P bezieht und P im Gegenzug dafür auf die Eröffnung einer eigenen Pizzeria verzichtet.

Sind miteinander in Wettbewerb stehende Unternehmen (= „Wettbewerber“) an der Vereinbarung beteiligt, dann kann die Beurteilung diffizil sein. „*Wettbewerber*“ sind nach **Art. 1 Abs. 1 lit. c VO 330/2010** Unternehmen, die tatsächlich auf demselben relevanten Markt tätig sind (tatsächliche Wettbewerber) oder Unternehmen, bei denen realistisch und nicht nur hypothetisch davon ausgegangen werden kann, dass sie in den relevanten Markt eintreten (potenzielle Wettbewerber). Grundsätzlich sollen Marktaufteilungen durch miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen verhindert werden, *Baron* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2. Auflage 2009, 7. Teil. Gruppenfreistellungsverordnungen, B. Vertikalvereinbarungen, Rn. 87.

- **Art. 2 Abs. 1 VO 330/2010** stellt Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern frei, solange diese als Vertragsparteien im Rahmen des konkreten Austauschvertrags jeweils auf unterschiedlichen Märkten tätig sind, *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2014, § 15 Rn. 11 ff.; *Baron* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2. Auflage 2010, 7. Teil. Gruppenfreistellungsverordnungen, B. Vertikalvereinbarungen, Rn. 60, 89. Die Parteien stehen sich dann insoweit nicht als Mitbewerber, sondern als Lieferant und Abnehmer gegenüber.

Beispiel: A ist Hersteller von Bier und in Norddeutschland auch als Bierhändler tätig. Er vereinbart mit einem Bierhändler, der ausschließlich in Süddeutschland tätig ist, dass dieser Bierhändler das Bier des A in Süddeutschland vertreibt. Die Vereinbarung ist eine Vertikalvereinbarung und an der VO 330/2010 zu messen, wenn weder A noch B planen, ihre Tätigkeit als Bierhändler geografisch auszudehnen und so dem jeweils anderen potenziell Konkurrenz zu machen.

- **Art. 2 Abs. 4 VO 330/2010** betrifft „*vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern*“. Beispiel: A und B sind in ganz Deutschland jeweils als Bierbrauer und Bierhändler tätig. A schließt mit B einen Vertrag darüber, dass A die Verkaufsstellen des B mit Bier beliefert. Solche Vereinbarungen

sind grundsätzlich nicht freigestellt, Art. 2 Abs. 4 Satz 1 VO 330/2010. Es gibt jedoch Ausnahmen für nicht wechselseitige vertikale Vereinbarungen. Sie sind in Art. 2 Abs. 4 lit. a, lit. b VO 330/2010 geregelt.

3. Beschränkungsinhalte

Die Kooperation muss einen bestimmten Inhalt haben. Sie muss „*Waren oder Dienstleistungen*“ betreffen, **Art. 1 Abs. 1 lit. a VO 330/2010**. Ware beziehungsweise Dienstleistung ist grundsätzlich alles, was Gegenstand des Wirtschaftsverkehrs und damit von Austauschverträgen sein kann, *Veelken* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, 4. Auflage 2007, Vertikal-VO Rdnr. 63 mwN. Einzubeziehen sind deshalb auch Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte, Energielieferungen und anderes mehr.

Es muss weiterhin um den „*Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf*“ der Waren oder Dienstleistungen gehen. Miet-, Pacht- oder Leasingverträge über Waren werden nicht erfasst. Einzelheiten sind strittig, *Kommission*, **Leitlinien für vertikale Beschränkungen**, Rn. 26, Abl. EU 2010 C130, 1 ff.; *Jestaedt/Zöttl* in: MünchKomm Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2015, Band 1, Art. 1 GVO 330/2010 Rn. 22 mwN.

Schließlich muss die Vereinbarung die „*Bedingungen*“ regeln, „zu denen die Parteien bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können“.

Erfasst werden insbesondere selektive Vertriebssysteme. Darin verpflichtet sich der Lieferant, die Vertragswaren oder –dienstleistungen nur an Händler zu verkaufen, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und in denen sich diese Händler verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler zu verkaufen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind, **Art. 1 Abs. 1 lit. e VO 330/2010**. Der typische Fall ist die Fachhandelsbindung.

4. Vorrangige Freistellungsregeln

Es darf keine andere FreistellungsVO einschlägig sein, **Art. 2 Abs. 5 VO 330/2010**. Einen Überblick zu den einzelnen Freistellungsregeln des europäischen Kartellrechts gibt *von Wallenberg*, Kartellrecht, 3. Auflage 2007, Rn. 135 ff. Klausuren, die ich im Rahmen des Schwerpunkts/Wahlpflichtfachs stelle, beschränken sich auf die VO 330/2010.

- Eine vorrangige spezielle Regelung besteht für die Kfz-Branche in Gestalt der VO 1400/2002 über Automobilvertrieb.
- Vertikale Vereinbarungen, die eine Übertragung von geistigen Eigentumsrechten enthalten, werden nur erfasst, sofern die Übertragung solcher Rechte nicht der Hauptgegenstand der Vereinbarung ist, **Art. 2**

Abs. 3 Satz 1 VO 330/2010. Ist die Übertragung Hauptgegenstand, so beurteilt sich die Vereinbarung nach der **VO 772/2004 über Technologietransfer.**

Die VO 330/2010 greift dagegen typischerweise ein im Zusammenhang mit Franchisevereinbarungen. Kern solcher Verträge ist die Lizenzierung von Firmen- und Markenrechten des Franchisegebers, die Überlassung unternehmerischen Know Hows und in der Regel eine Verpflichtung zum ausschließlichen Bezug der Vertragsware vom Franchisegeber. Das europäische Recht spricht in diesem Zusammenhang von „Rechten des geistigen Eigentums“ und „Know How“, **Art. 1 Abs. 1 lit. f, lit. g VO 330/2010.**

II. Marktanteilsgrenzen, Art. 3 VO 330/2010

Die Freistellungsregelung ist daran gebunden, dass die beteiligten Unternehmen bestimmte Marktanteile nicht überschreiten.

Der Anteil des Anbieters an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder -dienstleistungen verkauft, darf 30% nicht überschreiten. Ebenso darf auch der Anteil des Abnehmers an dem relevanten Markt, auf dem er die Produkte bezieht, 30% nicht überschreiten, **Art. 3 Abs. 1 VO 330/2010.**

Die 30%-Grenze erklärt sich aus der Überlegung, dass ein solcher Marktanteil bereits stark an eine marktbeherrschende Stellung denken lässt. Wettbewerbsbeschränkungen durch derart marktstarke Unternehmen sollen nicht pauschal durch die VO 330/2010 freigestellt werden.

III. Einschränkungen nach Art. 4 VO 330/2010

Die Freistellung gilt nach Art. 4 VO 330/2010 weiterhin nicht für bestimmte vertikale Vereinbarungen (sog. schwarze Klauseln). Die Art. 4 lit. a-e VO 330/2010 normieren entsprechende Ausnahmetatbestände, insbesondere für Preisbindungen und Beschränkungen des Gebiets- oder Kundenkreises für den Weitervertrieb von Waren oder Dienstleistungen. Zum Teil legen die einzelnen Regelungen dabei klarstellend auch fest, welche Vereinbarungen erlaubt sind.

1. Preisbindungen

Preisbindungen sind grundsätzlich nicht freigestellt. Es ist grundsätzlich nicht erlaubt, die Möglichkeit des Abnehmers zu beschränken, „*seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen*“, **Art. 4 lit. a 1.Hs. VO 330/2010.** Der Lieferant darf aber unter bestimmten Voraussetzungen Höchstverkaufspreise festsetzen oder Preisempfehlungen aussprechen, **Art. 4 lit. a 2.Hs. VO 330/2010.** Diese Möglichkeit darf aber nicht dazu missbraucht werden, indirekt Fest- oder Mindestverkaufspreise bindend festzulegen.

Wenn der Hersteller den Händlern, die seine Produkte vertreiben, die Verkaufspreise vorschreibt, aber zugleich das geschäftliche Risiko trägt,

das mit dieser Preisbindung verbunden ist, dann kann es bereits an einem unzulässigen Kartell fehlen. Auf die § 2 Abs. 2 GWB, VO 330/2010 kommt es dann nicht an, weil bereits die Anforderungen von § 1 GWB nicht erfüllt sind. Es fehlt insoweit an dem Erfordernis der Wettbewerbsbeschränkung. Siehe dazu oben.

2. Weitervertrieb

Beschränkungen des „Gebiets oder der Kundengruppe“ für den Weitervertrieb von Waren oder Dienstleistungen sind ebenfalls nicht freigestellt, **Art. 4 lit. b VO 330/2010**. Das Verbot wird jedoch seinerseits durch zahlreiche Ausnahmen begrenzt, die diverse Formen von Vertriebsbindungen erlauben.

Die Art. 4 lit. b, lit. c VO 330/2010 unterscheiden zum Teil zwischen dem aktiven und dem passiven Verkauf an „Kunden“ oder „Endverbraucher“.

Mit „*aktivem Verkauf*“ ist die aktive Ansprache individueller Kunden gemeint. Er umfasst auch die Käuferwerbung durch E-mail oder Katalog. Der „*passive Verkauf*“ meint dagegen die Erfüllung unaufgeforderter Bestellung individueller Kunden. Der Internet-Handel wird als passiver Verkauf eingestuft.

Es ist zulässig, Käufern, die auf der Großhandelsstufe tätig sind, den direkten Verkauf an Endbenutzer zu untersagen, Art. 4 lit. b ii VO 330/2010.

Ebenso darf im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems den gebundenen Händlern untersagt werden, an Händler zu verkaufen, die kein Mitglied des selektiven Vertriebssystems sind, Art. 4 lit. b iii VO 330/2010.

3. Beschränkungen im Zusammenhang mit selektiven Vertriebsbindungen

Für bestimmte Beschränkungen im Zusammenhang mit selektiven Vertriebsbindungen bestehen ebenfalls spezielle Regeln, nämlich für Beschränkungen des Verkaufs an Endverbraucher (**Art. 4 lit. c VO 330/2010**) und Beschränkungen von Querlieferungen zwischen Händlern, **Art. 4 lit. d VO 330/2010**.

4. Ersatzteile

Art. 4 lit. e VO 330/2010

IV. Wettbewerbsverbote, Art. 5 VO 330/2010

Artt. 5 Abs. 1 lit. a, 1 lit. d VO 330/2010, *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2014, § 15 Rn. 56 ff.

D. Mittelstandskartell, § 3 GWB

§ 3 GWB lässt Mittelstandskartelle unter bestimmten Voraussetzungen zu. Die Regelung soll kleinere und mittlere Unternehmen zu solchen Kooperationen ermuntern, die ihre Wettbewerbschancen gegenüber großen Unternehmen verbessern, *Regierungsentwurf und Begründung eines Siebenten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 12.8.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 44. Die Vorschrift ist keine abschließende Regelung über die Freistellung von Mittelstandskartellen. Sind ihre Voraussetzungen nicht erfüllt, so bleibt eine Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB möglich, *Regierungsentwurf und Begründung eines Siebenten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 12.8.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 45. § 3 GWB ist nur anwendbar auf Vereinbarungen und Beschlüsse, nicht auf abgestimmte Verhaltensweisen.

I. Horizontalkooperation

§ 3 GWB verlangt, dass die betreffenden Unternehmen „*miteinander im Wettbewerb stehen*“. Kartelle im Vertikalverhältnis erfasst die Vorschrift nicht. Die beteiligten Unternehmen stehen miteinander in Wettbewerb, wenn sie in gleicher Weise auf demselben Markt agieren und daher Konkurrenten sind. Ein potenzieller Wettbewerb zwischen den Beteiligten reicht aus.

Ein Wettbewerbsverhältnis liegt stets vor, wenn es um das Abkaufen von Wettbewerb geht. Darunter versteht man Fallgestaltungen, in denen eine Partei auf Wettbewerb verzichtet und dafür von der anderen bezahlt wird.

II. Rationalisierung

Die Vereinbarung muss die „*Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit*“ zum Gegenstand haben und dadurch die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen verbessern. Rationalisierung verlangt, dass das Verhältnis des betrieblichen Aufwands zum Ertrag – bezogen auf die Produktionseinheit – verbessert wird. Dies kann zum Beispiel durch Spezialisierung geschehen, *Rißmann WuW* 2006, 881, 886. In Betracht kommen die Ausweitung der Produktion oder die Erhöhung der Qualität, die Verbreiterung des Sortiments, die Verkürzung der Lieferwege oder -fristen, die rationellere Gestaltung der Einkaufs- oder Vertriebsorganisation etc.

Ein Beispiel für wettbewerblich sinnvolle Rationalisierung ist Fleurop; siehe BKartA (Fleurop), *WuW* 1963, 937 ff. = *WuW/E BKartA* 677 ff.; BKartA vom 9.7.1999 (Fleurop II), *WuW* 1999, 891 ff. = *WuW/E DE-V* 127 ff. Die Vereinbarungen zwischen den Fleurop-Händlern dienen grundsätzlich der Rationalisierung und damit der Hebung der Leistungsfähigkeit der beteiligten Unternehmen, weil sie zur Verbesserung des Kosten-Leistungs-Verhältnisses führen und den Händlern neue Absatzmöglichkeiten erschließen. Die Verbesserung der

Wettbewerbsfähigkeit ist vor allem darin zu sehen, dass die Absprachen eine zuverlässige Blumenvermittlung überhaupt erst ermöglichen und damit die Marktversorgung aus Nachfragersicht verbessern.

Eine bloße Verbesserung der Unternehmenserträge reicht nicht aus. Reine Preiskartelle deckt § 3 GWB nicht.

III. Keine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung

Das Kartell darf den „*Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigen*“, § 3 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Entscheidend sind die Auswirkungen auf dem relevanten Markt und eine Gesamtwürdigung im Einzelfall. Eine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung setzt nicht zwingend das Erlangen einer marktbeherrschenden Stellung voraus. Sie kann auch vorliegen, obwohl ein noch funktionsfähiger Wettbewerb in erheblichem Umfang fortbesteht, *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 3 GWB Rdnr. 77. Das kommt namentlich in Betracht, wenn das Kartell zu einer Unternehmensgruppe führt, deren Marktstärke erheblich über derjenigen der Mitbewerber liegt, *Rißmann* WuW 2006, 881, 888.

IV. Kleine oder mittlere Unternehmen

Das Kartell muss weiterhin dazu dienen, die „*Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern*“, § 3 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Für die Einordnung als „*kleine oder mittlere Unternehmen*“ ist die relative Größe der Unternehmen in Bezug auf den betroffenen Markt maßgeblich. Die Einordnung orientiert sich also nicht an festen Zahlengrößen, wie etwa dem Jahresumsatz oder der Zahl der Mitarbeiter. Es kommt vielmehr auf die Größe im Verhältnis zu den Mitbewerbern und damit auf die Struktur des relevanten Marktes an. Siehe aber *Rißmann* WuW 2006, 881, 887.

Die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit gleicht grundsätzlich schon per Definition größenbedingte Wettbewerbsnachteile von kleinen und mittleren Unternehmen aus. Das Erfordernis, die „*Wettbewerbsfähigkeit zu verbessern*“, ist daher in aller Regel anzunehmen, wenn die erforderliche Rationalisierung bejaht worden ist, *Nordemann* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2. Auflage 2009, § 3 GWB Rn. 64.

V. Europäisches Recht

Der Gesetzgeber ging davon aus, dass Mittelstandskartelle typischerweise keine Auswirkungen auf den Handel zwischen den EU-Mitgliedstaaten haben und damit nicht vom Gemeinschaftsrecht erfasst werden. Wenn ein Mittelstandskartell zwischenstaatlich relevant ist, dann ist es am Maßstab sowohl des deutschen als auch des europäischen Rechts zu prüfen, **Art. 3 Abs. 1 VO**

1/2003 über Kartellverfahren; § 22 Abs. 1 GWB. Im Verhältnis zum deutschen Recht setzt sich das vorrangige europäische Recht durch, *Regierungsentwurf und Begründung eines Siebenten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 12.8.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 45.

E. Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften

Der Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften wirft kartellrechtliche Sonderfragen auf. Sie sind für den Schwerpunkt wichtig, weil dabei Kartell- und Medienrecht zusammentreffen. § 30 GWB regelt die Preisbindung von Zeitungen und Zeitschriften (I.), das sogenannte Pressegrrosso (II.) und die verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit (III.).

I. Preisbindungsverbot, Grundgedanke von § 30 Abs. 1 GWB

§ 1 GWB bewirkt ein grundsätzliches Verbot der Preisbindung der zweiten Hand. Die Berechtigung und wettbewerbstheoretische Bedeutung von Preisbindungen und ihres Verbots sind lebhaft umstritten.

Wenn Hersteller den Händlern die Weiterverkaufspreise vorschreiben können, dann schaltet dies den Preiswettbewerb zwischen den Händlern aus, kann aber zu einem verstärkten Preiswettbewerb zwischen den Herstellern führen. Die Preisbindung hätte danach zum Beispiel die Auswirkung, dem Verbraucher Preisvergleiche für identische Produkte zu erleichtern.

Vor 1973 war die Preisbindung für Markenartikel erlaubt. Ihr Verbot war eine wirtschaftspolitische Entscheidung ersten Ranges, hat sie doch den Schutz der „Tante-Emma-Läden“ vor Preisunterbietungen beseitigt.

Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem generellen Verbot der Preisbindung andere Akzente gesetzt und sich davon ein Sinken des Preisniveaus versprochen. Als Begründung für § 14 GWB a.F. wurde insbesondere angeführt, dass eine Preisbindung der zweiten Hand auf der Stufe der Händler wie ein Preiskartell wirkt. **Art. 4 lit. a VO 330/2010** über Vertikalvereinbarungen lässt jedoch Höchstpreisbindungen zu.

Durch § 30 Abs. 1 GWB wird Presseunternehmen eine vertikale Preisbindung ausdrücklich erlaubt. Sie dürfen den Händlern verbindlich vorschreiben, welchen Preis sie für Zeitungen und Zeitschriften verlangen müssen. Diese Sonderbehandlung ist vom Gesetzgeber mit presse- beziehungsweise medienrechtlichen Überlegungen begründet worden. „Das historisch gewachsene, zeitung- und zeitschriftenspezifische Vertriebssystem gewährleistet, dass die Presseerzeugnisse zu einheitlichen Preisen überall erhältlich sind, damit sich Bürger in allen Teilen des Landes unter den gleichen Voraussetzungen eine eigene Meinung bilden können. Die vertragliche Preisbindung für Zeitungen und Zeitschriften dient vorrangig dem Zweck, diese Überallerhältlichkeit sicherzustellen“, *Regierungsentwurf und Begründung eines*

Gesetzes zur Regelung der Preisbindung bei Verlagserzeugnissen vom 2.6.2002, BT-Drucks 14/9196, S. 14.

- So soll publizistischer Wettbewerb in den Einzelhandelsverkaufsstellen begünstigt werden. Dem potenziellen Leser steht die ganze Bandbreite der unterschiedlichen veröffentlichten Meinungen offen.
- Der Presseunternehmer erhält durch die Möglichkeit der Preisbindung die Chance einer besonderen Mischkalkulation, die ihm typischerweise besondere Profitmöglichkeiten eröffnet. Sie geht zulasten solcher Verbraucher, die für das Unternehmen nur geringe Vertriebskosten begründen und zu geringeren Preisen beliefert werden könnten als weit entfernt wohnende Leser.

1. Zeitungen, Zeitschriften, reproduzierende oder substituierende Produkte

Die Preisbindung ist nur für Zeitungen und Zeitschriften erlaubt. Unter welchen Voraussetzungen etwas eine Zeitung oder eine Zeitschrift ist, bestimmt sich grundsätzlich nach den presserechtlichen Anforderungen, weil sich § 30 Abs. 1 GWB aus medienrechtlichen Überlegungen erklärt, *Beater*, Medienrecht, 2016, Rdnr. 158 mwN.

Damit etwas eine Zeitung oder eine Zeitschrift ist, muss es zunächst ein „*periodisches Druckwerk*“ im Sinne von **§ 6 Abs. 1 PresseG** (Fechner/Mayer (Hrsg.), Medienrecht, 15. Auflage 2019, Nr. 19) sein.

- Presserechtliche „*Druckwerke*“ setzen einen geistigen Sinngehalt voraus (Gegenbeispiel: Prüfungstafel des Augenarztes), müssen zur Verbreitung bestimmt sein (nicht gegeben bei bloßen Entwürfen oder bei Druckfahnen), in einem zur Massenherstellung geeigneten Vervielfältigungsverfahren (Buchdruckerpresse) hergestellt sein und stofflich verkörpert sein (sonst: Rundfunk, Telemedien). Eingehend *Beater*, Medienrecht, 2016, Rdnr. 161 ff. Die thematische und inhaltliche Ausrichtung ist unerheblich. Beispielsweise sind auch Reklamezettel und wissenschaftliche Zeitschriften presserechtliche Druckwerke.
- Druckwerke sind „*periodisch*“, wenn sie „in ständiger, wenn auch unregelmäßiger Folge und im Abstand von nicht mehr als sechs Monaten erscheinen“, **§ 6 Abs. 4 PresseG**, Fechner/Mayer (Hrsg.), Medienrecht, 15. Auflage 2019, Nr. 19. Eingehend *Beater*, Medienrecht, 2016, Rdnr. 173 ff. Bücher sind beispielsweise nicht periodisch und werden von § 30 GWB nicht erfasst.
- Die über die allgemeinen Kriterien des periodischen Druckwerks hinausreichenden Wesensmerkmale der „*Zeitung*“ sind ihr tagebuchartiger Charakter und ihre Aktualität, BGH vom 27.1.2005 (WirtschaftsWoche), NJW 2005, 2698, 2700 (zu § 49 Abs. 1 UrhG). Dagegen ist keine „Universalität“ im Sinne einer thematischen Offenheit erforderlich. Auch Blätter, die allein über begrenzte eigenständige Lebensbereiche berichten, zum Beispiel über Wirtschaft, sind Zeitungen.
- Im Unterschied dazu ist für die „*Zeitschrift*“ charakteristisch, dass sie keinen Tagebuchcharakter hat, sondern sich auf ihrem Gebiet mit einzelnen

Problemen und Vorgängen befasst. Die thematische und inhaltliche Ausrichtung ist im Übrigen unerheblich, so dass etwa auch wissenschaftliche Zeitschriften dem Presserecht unterfallen.

Erfasst werden auch Produkte wie etwa CD-Roms, sofern sie Zeitungen oder Zeitschriften reproduzieren oder substituieren und bei Würdigung aller Gesamtumstände als verlagstypisch anzusehen sind, **§ 30 Abs. 1 Satz 2 1. Alt. GWB**; BGH vom 11.3.1997 (NJW auf CD-ROM), BGHZ 135, 74, 76 ff. zu § 16 GWB a.F. Die Preisbindung kann auf kombinierte Produkte erstreckt werden, bei denen eine Zeitung oder Zeitschrift im Vordergrund steht, § 30 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. GWB. Die Preisbindung muss außerdem zwischen den beteiligten Unternehmen in einer bestimmten Schriftform abgefasst werden, um eine Überwachung durch das Bundeskartellamt zu ermöglichen, § 30 Abs. 2 GWB.

2. Missbrauch

Nach **§ 30 Abs. 3 Nr. 1 GWB** darf die Preisbindung nicht „*missbräuchlich gehandhabt*“ werden. Ein Missbrauch liegt vor, wenn die Handhabung der Preisbindung gegen den Sinn und Zweck des § 30 Abs. 1 GWB verstößt, *Nordemann* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, 2. Auflage 2009, § 30 GWB Rn. 52 ff. mwN. In Betracht kommen insbesondere die drei folgenden Konstellationen:

a. Verstoß gegen sonstige GWB-Normen

Ein Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen außerhalb des § 30 Abs. 3 Nr. 1 GWB begründet einen Missbrauch. Insbesondere hat der Preisbinder das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB zu beachten, um eine Unwirksamkeitserklärung zu vermeiden.

b. Verstoß gegen Zweck von § 30 GWB

Die Preisbindung wird missbräuchlich ausgeübt, wenn ihre Handhabung den Freistellungsziel nicht erreicht und namentlich der Überallerhältlichkeit entgegenläuft, *Nordemann* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, 2. Auflage 2009, § 30 GWB Rn. 55 mwN. Ein Missbrauch ist zum Beispiel denkbar, wenn die betreffenden Zeitungen oder Zeitschriften aufgrund von Ausschließlichkeitsbindungen nur an wenige Abnehmer gelangen können.

c. Übermäßige Beeinträchtigung von Abnehmern oder Dritten

Die Preisbindung kann weiterhin missbräuchlich sein, wenn sie Interessen von Abnehmern oder Dritten übermäßig beeinträchtigt. In Betracht kommt insbesondere, dass ein lückenhaftes Preisbindungssystem praktiziert wird. Ein

Missbrauch ist beispielsweise in Anlehnung an BGH vom 20.11.1969 (Schallplatten II), BGHZ 53, 76, 86 ff. (zu § 17 GWB a.F.) denkbar, wenn Zeitschriften über die Vertragshändler zu hohen gebundenen Preisen und zugleich über ungebundene Quellen deutlich billiger vertrieben werden. Der Zweck des Ausnahmetatbestands, den Zeitschriftenhandel in besonderer Weise durch die Preisbindung zu schützen, wird auf diese Weise konterkariert.

Praktische Bedeutung hat dies vor allem im Zusammenhang mit Probeabonnements erlangt. Solche Abonnements sind zeitlich befristet und liegen unter dem Preis eines regulären Abonnements, um mögliche neue Leser für das betreffende Blatt zu werben. Sie laufen aber zugleich Gefahr, für die der Preisbindung unterliegenden Zeitungs- und Zeitschriftenhändler unzumutbar zu sein.

In BGH vom 7.2.2006 (Probeabonnement), BGHZ 166, 154 ff. hatte der Verlag des „Stern“ mit einem Probeabonnement „13 mal Stern testen, über 40% sparen“ um neue Abonnenten geworben. Die Beurteilung solcher Konstellationen war lange Zeit umstritten. Die Wettbewerbsregeln des Bundes Deutscher Zeitungsverleger sahen vor, dass Probeabonnements nicht beliebig oft wiederholbar sein dürfen, eine Laufzeit von drei Monaten nicht überschreiten dürfen und eine maximale Rabattierung von 35% gegenüber dem regulären Abonnementspreis zulässig ist. Die OLG-Rechtsprechung hatte sich an diesen Maßstäben orientiert.

Der BGH hat diese Orientierung an den Wettbewerbsregeln grundsätzlich verworfen und Probeabonnements weitgehend als zulässig eingestuft. Er sah darin keine Wettbewerbs- oder Kartellrechtswidrigkeit. Insbesondere sei es nicht zu beanstanden, dass ein Verlag für ein Abonnement deutlich günstigere Konditionen anbiete als für den preisgebundenen Einzelverkauf. Abonnenten seien für den Verlag wesentlich attraktivere Leser als Personen, die das Blatt nur gelegentlich im Handel erwerben würden. Zugleich sei das Anbieten von besonders günstigen Probeabonnements dem Einzelhändler auch zumutbar. Es sei nämlich ohne Weiteres denkbar, dass der gewonnene Leserkreis durch das Probeabonnement stärker an die Zeitschrift gebunden werde und sie daher in Zukunft regelmäßiger im Handel erwerbe.

Die Probeabonnement-Entscheidung ist Gegenstand der früheren Examensklausur Das Probeabonnement. Sie können sich die Klausur samt Lösungsskizze auf meiner Lehrstuhlseite (Klausuren) ansehen. Das Passwort wird/wurde in den SchwerpunktVorlesungen mitgeteilt.

3. Aufsicht

Preisbindungen unterliegen der Aufsicht des Bundeskartellamts. Das Amt kann die Bindung von Amts wegen oder auf Antrag eines gebundenen Abnehmers für unwirksam erklären und die Anwendung einer neuen gleichartigen Preisbindung verbieten, wenn die Bindung entweder missbraucht wird oder sich in bestimmter Weise gesamtwirtschaftlich negativ auswirken kann, **§ 30 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 2 GWB**.

Die Einleitung eines solchen Verfahrens steht im Erschließungsermessen der Behörde („*kann*“). Sie hat sich bei ihrer Entscheidung an der Art und Schwere des Missbrauchs, der Belastung des Amtes, der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung des Preisbindungssystems und den Interessen des Preisbinders zu orientieren. Die Ausübung des Ermessens kann nur darauf überprüft werden, ob die Kartellbehörde von ihrem Ermessen fehlsamen Gebrauch gemacht hat, insbesondere ob sie die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder durch die Ermessensentscheidung Sinn und Zweck des Gesetzes verletzt hat, **§ 71 Abs. 5 Satz 1 GWB**.

Das Missbrauchsverbot ist keine Vorschrift im Sinne von **§ 33 Abs. 1 Satz 1 GWB**, OLG Düsseldorf vom 17.3.2004 (Wirtschaftswoche), GRUR-RR 2004, 206 mwN. Ein Verstoß löst daher als solcher keine kartellrechtlichen Ansprüche Betroffener aus.

4. Ergänzung: Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht

Welche Rechte und Pflichten im Verhältnis der Vertragspartner zueinander gelten, bestimmt sich nach dem vereinbarten Vertragsinhalt. Das Vertragsrecht legt fest, unter welchen Voraussetzungen vom Vertragspartner Erfüllung, Auskunft oder Schadensersatz verlangt werden kann.

Die Rechtsprechung hat vertragsrechtliche Ansprüche gegen das gebundene Unternehmen auf Einhaltung der Preisbindung darüber hinaus an weitere Anforderungen geknüpft. Sie verlangt namentlich, dass die Preisbindung tatsächlich funktioniert und gedanklich wie praktisch lückenlos ist. Dem im Rahmen einer Preisbindung verpflichteten Händler ist es danach nicht zumutbar, sich an den Vertrag zu halten, wenn Konkurrenten dieselben Produkte anbieten können, ohne denselben Preisbeschränkungen zu unterliegen. Deshalb kann das gebundene Unternehmen, wenn das betreffende Preisbindungssystem nicht lückenlos ist, vertraglichen Ansprüchen auf Einhaltung der vereinbarten Preise den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegensetzen, BGH vom 1.12.1999 (Außenseiteranspruch II), BGHZ 143, 232, 238 mwN.; BGH vom 15.2.1962 (Rollfilme), BGHZ 36, 370, 375 f.

BGH vom 7.2.2006 (Probeabonnement), BGHZ 166, 154 ff. sah in den dort zu beurteilenden Probeabonnements (siehe oben) auch keinen Verstoß gegen die vertragsrechtliche Treuepflicht, die dem preisbindenden Verlag gegenüber dem preisgebundenen Zeitschriftenhandel oblag.

Zugleich nimmt die h.M. im Zusammenhang mit Vertriebs- und Preisbindungen an, dass ein von dritter Seite initiiertes Verstoß gegen vertragsrechtliche Pflichten auch wettbewerbswidrig im Sinne von **§ 3 Abs. 1 UWG** sein und daher unter Umständen Verbandsklagerechte auslösen kann, zum Beispiel BGH vom

14.7.1988 (PKW-Schleichbezug), GRUR 1988, 916, 917; BGH vom 30.6.1994 (Tageszulassungen), GRUR 1994, 827.

II. Pressegrosso

1. Überblick zum Grosso-Vertrieb

Der Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften ist von Geschäftsstrukturen bestimmt, die historisch gewachsen sind und sich in den Augen vieler Beteiligten sehr bewährt haben. Typischerweise vertreiben die Verlage ihre Produkte über Grossisten (= Großhändler), die die Verkaufsgeschäfte (= Einzelhändler) als Vertragspartner gewinnen und sie beliefern.

Der Presse-Grosso-Vertrieb zeichnet sich durch verschiedene Merkmale aus, die sich auch auf die Verträge zwischen dem jeweiligen Verlag und dem Grossisten (= Grosso-Verträge) erstrecken.

- Dem Grossisten wird ein Alleinauslieferungsrecht in seiner Vertriebsregion eingeräumt. Der Verlag darf demnach kein anderes Unternehmen mit dem Vertrieb für diesen geografischen Bereich beauftragen. Er muss zugleich sicherstellen, dass Grossisten, die für ihn in anderen Gebieten tätig sind, seine Produkte nicht auch in einem Gebiet vertreiben, das dem Vertragspartner vorbehalten ist. Zugleich darf der Vertragspartner seinerseits die Produkte nicht außerhalb des geografischen Bereichs vertreiben, für den er zuständig ist.
- Der Grossist unterliegt einer Belieferungs- und Neutralitätspflicht. Er muss sämtliche Zeitungen und Zeitschriften des Verlegers vertreiben und alle Einzelhändler beliefern, die die Produkte des Verlegers in ihr Programm aufnehmen möchten. Durch die Pflichten wird für jedes Presseerzeugnis der freie Marktzutritt sichergestellt und für die Überallerhältlichkeit von Zeitungen und Zeitschriften gesorgt.
- Weiterhin ist das Dispositionsrecht im Rahmen des Grosso-Vertriebs wichtig. Der Verlag legt grundsätzlich die Liefermengen seines Presseprodukts an die Grossisten fest (originäres Dispositionsrecht). Die Grossisten wiederum entscheiden aufgrund ihrer Marktkennntnis und der Verkaufsergebnisse, in welchem Umfang sie die Einzelhändler beliefern (derivatives Dispositionsrecht).
- Außerdem sind die Preisbindung und das Remissionsrecht wesentlicher Bestandteil von Grosso-Verträgen. Der Grosso-Vertrag regelt, zu welchen Preisen der Grossist die Zeitungen und Zeitschriften bezieht sowie die Preise, zu denen die Einzelhändler ihrerseits die Zeitungen und Zeitschriften vom Grossisten erwerben und an die Endkunden verkaufen können. Diese Form der Preisbindung ist nach § 30 Abs. 1 Satz 1 GWB vom Kartellverbot freigestellt. Aufgrund des Remissionsrechts können sowohl die Einzelhändler als auch der Grossist nicht verkaufte Zeitungen und Zeitschriften an ihren jeweiligen Lieferanten zu den Preisen zurückgeben, die sie selber dafür bezahlt haben.

2. § 30 Abs. 2a GWB

§ 30 Abs. 2a GWB stellt Grossistenverträge unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls vom Kartellverbot frei. Der Gesetzgeber sieht das Presse-Grosso-Vertriebssystem als eine bewährte Vertriebsform an, die „wesentlich zur Überallerhältlichkeit von Pressetiteln und zu einem diskriminierungsfreien Zugang insbesondere von Titeln kleiner Verlage und von Titeln mit kleineren Auflagen zum Lesemarkt beiträgt“, *Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie* vom 17.10.2012 zum Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des GWB, BT-Drucks. 17/11053, S. 18. Er möchte dieses Vertriebssystem daher kartellrechtlich absichern. Die Freistellung setzt dem Gesetzeswortlaut nach voraus:

Es muss sich um eine „*Branchenvereinbarung*“ handeln, also nicht um eine Vereinbarung zwischen einzelnen Unternehmen, sondern zwischen einer Vereinigung von Presseverlagen einerseits und einer Vereinigung von Pressegrossisten andererseits.

Weiterhin muss die Vereinbarung

- den flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertrieb von Zeitungs- und Zeitschriftensortimenten durch die Pressegrossisten regeln. Sie muss insbesondere die Voraussetzungen des Vertriebs, die Vergütung und die dadurch abgegoltenen Leistungen regeln
- eine Preisbindung vorsehen
- den Grossisten ein Remissionsrecht gegenüber dem Verlag und den von den Grossisten belieferten Einzelhändlern ein Remissionsrecht gegenüber den Grossisten einräumen. „Remission“ meint die Rückgabe von nicht verkauften Zeitungen oder Zeitschriften an den Grossisten beziehungsweise den Verleger.

Über die wettbewerbspolitische Richtigkeit, den Grosso-Vertrieb vom Kartellverbot ausnehmen zu können – und damit auch über die wettbewerbspolitische Berechtigung von § 30 Abs. 2a Satz 1 GWB –, lässt sich streiten. Über § 30 Abs. 1 BGB lässt sich insbesondere die Zulässigkeit des alleinigen Auslieferungsrechts schwerlich begründen, weil das Alleinauslieferungsrecht nicht als zwingend notwendig erscheint, um die Überallerhältlichkeit von Zeitungen und Zeitschriften zu garantieren. Ob der Grosso-Vertrieb nach den Maßstäben von § 2 Abs. 2 Satz 2 GWB, Art. 2 Abs. 1 VO 330/2010 oder von § 2 Abs. 1 GWB, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG freistellbar wäre, ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung nie entschieden worden und zumindest sehr zweifelhaft.

3. Missbrauch, Kündigung von Grossoverträgen

Läuft eine Branchenvereinbarung auf einen Missbrauch der Freistellung hinaus, so kann das Bundeskartellamt sie ganz oder teilweise für unwirksam erklären, **§ 30 Abs. 3 Satz 2 GWB**.

Entschließt sich der Verleger, den Vertrag mit dem Grossisten zu kündigen, weil er seine Zeitungen und Zeitschriften in Zukunft selbst vertreiben will, so ist dies kartellrechtlich zulässig. Insbesondere gewähren die § 19 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 GWB, die in einem späteren Teil der Vorlesung vorgestellt werden, dem Grossisten keinen Anspruch darauf, mit dem Vertrieb der Zeitungen und Zeitschriften beauftragt zu werden, BGH vom 24.10.2011 (Grossistenkündigung), WuW 2012, 72, 77 f. = WuW/E DE-R 3446, 3451 f. Rn. 36 ff.

III. Verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit

§ 30 Abs. 2b Satz 1 GWB erlaubt Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen eine „*verlagswirtschaftliche Zusammenarbeit*“ und nimmt sie insoweit vom Kartellverbot aus. Dem klassischen Printbereich sowie der Internetpresse sollen so Möglichkeiten eröffnet werden, um im Wettbewerb mit anderen Medien zu bestehen, *Regierungsentwurf und Begründung eines Neunten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 7.11.2016, BT-Drucks 18/10207, S. 54. Privilegiert werden soll eine Zusammenarbeit, die der Rationalisierung und Synergiegewinnung in der verlagswirtschaftlichen Tätigkeit dient, zum Beispiel im Zusammenhang mit dem Anzeigen- und Werbegeschäft, dem Vertrieb, der Zustellung und der Herstellung von Zeitungen und Zeitschriften sowie etwaiger reproduzierender oder substituierender Produkte, *Regierungsentwurf und Begründung eines Neunten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 7.11.2016, BT-Drucks 18/10207, S. 54. Dadurch sollen insbesondere kleinere und mittlere Presseverlage profitieren, denen eine Zusammenarbeit auch mit stärkeren Marktpartnern ermöglicht wird.

Auf den „*redaktionellen Bereich*“ darf sich die Zusammenarbeit nicht beziehen, **§ 32 Abs. 2b Satz 2 GWB**. In redaktioneller Hinsicht sollen die Verlage möglichst eigenständig sein und sich voneinander unterscheiden. Die Übernahme fremder redaktioneller Inhalte würde zur Verringerung der redaktionellen Vielfalt führen. Das möchte man gerade vermeiden.

IV. Exkurs: Buchpreisbindung

Gesetz über die Preisbindung für Bücher vom 2.9.2002, GRUR 2003, 38 ff. (= Fechner/Mayer (Hrsg.), Medienrecht, 15. Auflage 2019, Nr. 27).

Die Zulässigkeit der Preisbindung bei Verlagserzeugnissen hat eine lange wirtschaftspolitische Tradition. Der Buchhandel kennt seit 1887 ein System fester Endverkaufspreise, das in Form von – damals erlaubten – Kartellabsprachen eingeführt und durchgesetzt wurde. Heute werden „kulturpolitische“ Gründe, insbesondere das Interesse an einem leistungsfähigen Bücherangebot und -sortiment als Rechtfertigung angeführt.

Die Preisbindung ist grundsätzlich vorgeschrieben für Bücher. Darunter sind auch zu verstehen: Musiknoten, kartografische Produkte, und Produkte, die Bücher oder Musiknoten substituieren und bei Würdigung der Gesamtumstände als überwiegende verlags- oder buchhandelstypisch anzusehen sind.

Die Eigenschaft bestimmter CD-Roms (Schönfelder) als Verlagserzeugnis war umstritten. BKartA und KG sahen darin wegen der gegenüber einem Buch erweiterten und zusätzlichen Anwendungsmöglichkeiten kein Verlagserzeugnis. BGH vom 11.3.1997 (NJW auf CD-ROM), BGHZ 135, 74 ff. entschied anders, um dem Buchhandel Anpassungen an den technischen und kulturellen Wandel zu ermöglichen.

F. Exkurs: Wettbewerbsregeln

I. Kartellrecht

Das Kartellverbot wird in praktischer Hinsicht ergänzt durch die **§§ 24 ff. GWB** über so genannte Wettbewerbsregeln. Nach **§ 24 Abs. 1 GWB** können Wirtschafts- und Berufsvereinigungen für ihren Bereich Wettbewerbsregeln aufstellen und die Anerkennung dieser Regeln nach **§ 24 Abs. 3 GWB** bei den Kartellbehörden beantragen.

Als Wettbewerbsregeln gelten Bestimmungen, die das Verhalten von Unternehmen zu dem Zweck regeln, „*einen den Grundsätzen des lautereren oder Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen*“, **§ 24 Abs. 2 GWB**.

Nach früherem Recht (zum Beispiel § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB 1999) konnte die Kartellbehörde Wettbewerbsregeln, die unter das Kartellverbot fielen, nach pflichtgemäßem Ermessen vom Kartellverbot freistellen. Die Wettbewerbsregeln konnten also auf diese Weise sehr bedeutsam werden. Sie werden deshalb hier noch im Anschluss an die Freistellung behandelt. Gleichwohl haben die Wettbewerbsregeln diese Bedeutung mit dem GWB 2005 verloren.

Die Kartellbehörde erkennt die Regeln durch Verfügung an, wenn diese entweder von § 1 GWB nicht erfasst werden oder nach den §§ 2 f. GWB freigestellt sind und auch keine sonstige Bestimmungen des GWB oder des UWG oder sonstiger Gesetze verletzen, **§ 26 Abs. 2 GWB**. Ein Unternehmen, das sich in seinen Vereinbarungen an die solchermaßen anerkannten Wettbewerbsregeln hält, kann daher sicher sein, dass ihm von den Kartellbehörden kein Ungemach droht.

Wettbewerbsregeln gelten beziehungsweise sind für Verbandsmitglieder nur verbindlich, wenn dies zwischen den Verbandsmitgliedern vereinbart wird, *Sack* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2. Auflage 2009, § 24 GWB Rn. 91 mwN. Gegenüber Außenseitern, die nicht Mitglieder des Verbands sind, gelten sie nicht, *Sack* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2. Auflage 2009, § 24 GWB Rn. 100 mwN.

Die Anerkennung durch die Kartellbehörde hat keine konstitutive Wirkung und bindet die Gerichte nicht. Der Inhalt der Wettbewerbsregeln ist für die richterliche Auslegung von GWB-Normen (zum Beispiel § 1, 19 Abs. 1, 30 GWB) oder UWG-Normen (siehe unten) unverbindlich. Die Behörde hat die Anerkennung zurückzunehmen oder zu widerrufen, wenn sie nachträglich feststellt, dass die Anerkennung hätte versagt werden müssen, **§ 26 Abs. 4 GWB**.

Nach BGH vom 7.2.2006 (Probeabonnement), BGHZ 166, 154 ff. Rn. 20 verleiht die Anerkennung durch die Kartellbehörde den Wettbewerbsregeln keine Rechtsnormqualität. Die Anerkennung durch die Behörde beschränkt sich in ihrer Wirkung darauf, eine Selbstbindung der Behörde herbeizuführen, die bei unveränderter Sachlage den Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln nicht mehr nach § 1 GWB verfolgen kann, § 26 Abs. 1 Satz 2 GWB.

Rechtspolitisch lässt sich über die Berechtigung eines solchen Instituts sehr streiten.

Die §§ 24 ff. GWB lassen sich auf die Idee einer Selbstverwaltung der Wirtschaft zurückführen. Die Frage ist freilich, ob sich die Wirtschaft wirklich selbst verwalten sollte. Wettbewerb hat nun einmal das Bestreben, sich selbst aufzuheben. Ebenso ist zu bedenken, dass Newcomer üblicherweise keine Lobby haben und eine „Selbstverwaltung“ sehr leicht hohe Marktzutrittsschranken aufbauen und letztlich dazu dienen kann, Konkurrenz abzuwehren.

Wirtschaftsverbände haben mit Hilfe von Wettbewerbsregeln vielfach versucht, auf die Interpretation des **§ 1 UWG a.F.** (= § 3 Abs. 1 UWG) durch die Gerichte Einfluss zu nehmen. Die Verbände versuchen dies durch Aufstellen von „Sündenregistern“, die angebliche Missbräuche aufzählen, zum Beispiel den Verkauf unter Einstandspreis, die Schaufenstermiete und

„Eintrittspreise“. Die Rechtsprechung zum UWG hat diesen Beeinflussungen häufig widerstanden. Nach BGH vom 8.11.1990 (Wettbewerbsrichtlinie der Privatwirtschaft), GRUR 1991, 462 f. können solche Richtlinien jedoch als ein Indiz dafür herangezogen werden, welches Wettbewerbsverhalten nach der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise als unlauter anzusehen ist.

In BGH vom 14.1.1993 (Mild-Abkommen), GRUR 1993, 756 f. wurde für eine Zigarette mit der Bezeichnung „mild“ geworben, obwohl deren Schadstoffe über dem lagen, was die Zigarettenindustrie selbst als „mild“ definiert hatte. Der BGH ließ dahingestellt, ob die Bezeichnung „mild“ überhaupt in der Zigarettenwerbung verwendet werden dürfe. Jedenfalls sei die Werbung irreführend, weil sie nicht einmal die von der Zigarettenindustrie selbst festgelegten Werte einhalte. Durch das Mild-Abkommen wurde die Verwendung der Bezeichnung „mild“ auf Zigaretten beschränkt, die „leichter“ als andere sind. Insoweit wirkte das Abkommen der Verharmlosung von Gesundheitsgefahren in der Zigarettenwerbung entgegen.

II. Wettbewerbsrecht

Wettbewerbsregeln sind in der Regel als Verhaltenskodizes im Sinne **§§ 2 Abs. 1 Nr. 5, 5 Abs. 1 Nr. 6 UWG, Nr. 1, 3 Anhang UWG** einzuordnen. Der Verstoß gegen Wettbewerbsregeln fällt als solcher nicht unter das Wettbewerbsrecht. **§ 3a UWG** scheidet aus, weil die Regeln nicht als „gesetzliche Vorschriften“ im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden, *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 2496 ff. mwN. Für die Anwendung des **§ 3 Abs. 1 UWG** reicht der bloße Verstoß gegen solche Regeln ebenfalls nicht aus.

Derartige, ohne gesetzliche Grundlage festgelegten Regeln dürfen – wenn ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 GG infrage steht – nicht als Hilfsmittel zur Auslegung und Konkretisierung gesetzlicher Generalklauseln herangezogen werden, BVerfG vom 14.7.1987, BVerfGE 76, 171, 188 f. zu Standesrichtlinien und § 43 BRAO. Dasselbe gilt für Wettbewerbsregeln und § 3 Abs. 1 UWG, BGH vom 7.2.2006 (Probeabonnement), BGHZ 166, 154 ff. Rn. 21.

§ 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 gegenübertreten, 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 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.

C. Kartelle, Preisbinder

Neben den marktbeherrschenden Unternehmen können auch bestimmte weitere Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen eine Stellung auf dem Markt haben, die den Wettbewerb auf diesem Markt irgendwie bedrohen kann. Für solche Fälle sieht das GWB in **§ 19 Abs. 3 GWB** ebenfalls strengere Maßstäbe vor, nämlich die Geltung

- des Verbots unbilliger Behinderungen und von sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlungen (**§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB**) sowie
- des Verbots von Vorzugsbedingungen (**§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB**).

I. Kartelle

Die Verbotstatbestände gelten nach **§ 19 Abs. 3 Satz 1 GWB** für „*Vereinigungen von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen*“, die miteinander einen Kartellvertrag geschlossen haben, der nach den §§ 2, 3, 28 Abs. 1, 30 Abs. 2a, 31 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 GWB zulässig ist. Die partielle Gleichsetzung von Kartellunternehmen mit marktbeherrschenden Unternehmen erklärt sich daraus, dass Kartellverträge und vergleichbare Regelungen eine mehr oder weniger große Marktmacht für die vertraglich miteinander verbundenen Unternehmen begründen können. Die Einbeziehung solcher Unternehmensvereinigungen dient zum Schutz sowohl der Wettbewerber des Kartells als auch dem Schutz der dem Kartell vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe.

Der Gesetzgeber lässt entsprechende Kartelle also zwar grundsätzlich zu, erteilt ihnen aber keinen Freibrief, sondern unterwirft sie den erhöhten Anforderungen von **§ 19 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 5 GWB**.

Das Verbot gilt lediglich für die Unternehmensvereinigung, nicht dagegen für die einzelnen beteiligten Unternehmen.

II. Preisbinder

Strengere Anforderungen gelten nach **§ 19 Abs. 3 Satz 2 GWB** außerdem für Unternehmen, die zulässigerweise Preise binden (§§ 28 Abs. 2, 30 Abs. 1 Satz 1, 31 Abs. 1 Nr. 3 GWB). Der Gesetzgeber steht diesen Unternehmen ebenfalls misstrauisch gegenüber. Der Preisbinder schließt nämlich den Preiswettbewerb auf den nachgelagerten Wirtschaftsstufen aus und erlangt hierdurch eine gewisse Marktmacht. Die von ihm betriebene Preisbindung wirkt sich auf den nachgelagerten Wirtschaftsstufen wie ein Preiskartell zwischen den Unternehmen aus, die auf der nachgelagerten Wirtschaftsstufe tätig sind.

Das Verbot ist nur auf den Preisbinder selbst anwendbar, nicht aber auf den Großhändler/Grossisten, der die Preisbindung aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung weiterleitet.

Für den Schwerpunkt ist wichtig, dass Presseverlage, die Preise binden, automatisch unter § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB fallen. In solchen Fällen muss also im Rahmen von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB überhaupt nicht geklärt werden, ob das entsprechende Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat. Das wird oft übersehen.

D. Marktmächtige Unternehmen

I. Allgemeines

Bestimmte erhöhte Maßstäbe gelten nach **§ 20 GWB** auch für „*Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht*“. Wettbewerbsschädliche Praktiken können nicht nur von Marktbeherrschern, Kartellen oder Preisbindern, sondern auch von Unternehmen mit einer geringeren Marktstärke ausgehen, BGH vom 9.11.1967 (Jägermeister II), BGHZ 49, 90, 96. Es geht um Unternehmen, die gegenüber Unternehmen tätig werden, die ihnen irgendwie unterlegen oder von ihnen abhängig sind. Das betreffende Unternehmen hat also nicht generell oder gegenüber allen anderen Unternehmen eine überlegene Marktstellung (dann wäre es nach § 18 Abs. 2 Nr. 3 GWB marktbeherrschend). Es reicht aus, wenn es gegenüber kleinen oder mittleren Unternehmen diese Position hat. Erforderlich ist ein „bilaterales Machtgefälle“. § 20 GWB unterscheidet zwei Formen, die relative Marktmacht und die überlegene Marktmacht.

II. Relative Marktmacht

§ 20 Abs. 1 GWB betrifft die relative Marktmacht. Sie bezieht sich auf das Vertikalverhältnis. Unternehmen und Unternehmensvereinigungen haben eine relative Marktmacht (**§ 20 Abs. 1 Satz 1 GWB**)

- soweit bestimmte andere Unternehmen ihnen „*als Anbieter oder Nachfrager*“ (= Vertikalverhältnis) gegenüberstehen,
- von ihnen in der Weise abhängig sind, dass sie für den Bezug oder Absatz von Waren keine „*ausreichende und zumutbare Möglichkeiten* [haben], auf andere Unternehmen auszuweichen“,
- und die anderen Unternehmen „*kleine oder mittlere Unternehmen*“ sind.

1. Abhängigkeit im Vertikalverhältnis

Ob das andere Unternehmen als „*Anbieter oder Nachfrager*“ einer bestimmten Art von Waren oder Leistungen keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten hat, bestimmt sich nach einer Fülle von Einzelkriterien und einer Gesamtabwägung:

Maßgebend ist in erster Linie die Geltung und das Ansehen der Ware des marktstarken Unternehmens auf dem Markt. Diese Bedeutung der Ware wird neben dem Preis vorwiegend durch die Qualität der Produkte und die Werbung des Unternehmens bestimmt. Insbesondere kann Werbung Markenartikeln auf dem Markt eine Stellung verschaffen, die dazu führt, dass Abnehmer den Artikel als nicht mit anderen austauschbar ansehen.

Beispiel: BGH vom 20.11.1975 (Rossignol), WuW 1976, 249 ff. = WuW/E BGH 1391 ff.

Die Abhängigkeit eines Anbieters wird nach **§ 20 Abs. 1 Satz 2 GWB** vermutet, wenn er als kleines oder mittleres Unternehmen dem nachfragenden Unternehmen regelmäßig besondere Vergünstigungen gewährt.

2. Kleines oder mittleres Unternehmen

Für die Einordnung als ein „*kleines oder mittleres Unternehmen*“ kommt es entscheidend darauf an, ob das betroffene Unternehmen in Relation zu seinen, auf dem gleichen Markt tätigen Mitbewerbern „klein“ oder „mittel“ ist.

3. Verbotstatbestände

Welche Verbotstatbestände für das relativ marktstarke Unternehmen gelten, regelt das GWB in Form von Verweisungen. Das marktstarke Unternehmen darf

- das abhängige Unternehmen nicht diskriminieren, **§§ 19 Abs. 2 Nr. 1, 20 Abs. 1 Satz 1 GWB**
- und von dem abhängigen Unternehmen keine Vorzugsbedingungen verlangen, **§§ 19 Abs. 2 Nr. 5, 20 Abs. 2 GWB**

III. Überlegene Marktmacht

Die **§ 20 Abs. 3, Abs. 4 GWB** betreffen die überlegene Marktmacht gegenüber kleinen oder mittleren „*Wettbewerbern*“ (**§ 20 Abs. 3 Satz 1 GWB**). Damit ist eine Marktmacht im Horizontalverhältnis gemeint.

Die „*überlegene Marktmacht*“ setzt ein Machtgefälle zwischen den beteiligten Unternehmen voraus, das zu wettbewerblich nicht ausreichend kontrollierten Verhaltensspielräumen führt, KG vom 3.5.1982 (Vergaserkraftstoff-Abgabepreise), WuW 1982, 592, 594 = WuW/E OLG 260, 2622.

Unternehmen dürfen ihre überlegene Marktmacht nicht dazu auszunutzen, die kleinen oder mittleren Mitbewerber „*unbillig zu behindern*“.

§ 20 Abs. 3 Sätze 2 ff. GWB enthalten spezielle Regelungen für den Verkauf unter Einstandspreis. Sie dienen mittelstandspolitischen Zielen und betreffen überwiegend die Lebensmittelbranche. Zu den Anforderungen BGH vom 12.11.2002 (Wal Mart), BGHZ 152, 361 ff.

IV. Exkurs

Das deutsche Kartellrecht weicht, indem es auch für „marktmächtige“ spezielle Tatbetände kennt, vom europäischen Kartellrecht ab, das keine vergleichbaren Regeln hat. Das Unionsrecht lässt „strengere innerstaatliche Vorschriften“ für diesen Bereich zu, **Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003**.

E. UWG

Unterhalb der Schwelle von Marktbeherrschung, Kartellen, Preisbindung oder Marktstärke verbietet das GWB die genannten Praktiken, insbesondere ein unbilliges Behindern oder ein Diskriminieren, nicht. Auf der Ebene gleichstarker Unternehmen sind „Diskriminierungen“ und „Behinderungen“ grundsätzlich erlaubt.

Dies wirft die Frage auf, ob derartige Handlungen nach UWG untersagt sind, zum Beispiel nach **§§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG** (gegenüber „Mitbewerbern“, also im Horizontalverhältnis) oder nach **§ 3 Abs. 1 UWG** (gegenüber „sonstigen Marktteilnehmern“, also insbesondere im Vertikalverhältnis). Nach UWG spielt die Überlegenheit oder Abhängigkeit eines Unternehmen von anderen grundsätzlich keine Rolle. Es soll dem Wettbewerb überlassen bleiben zu entscheiden, ob große, mittlere oder kleine Unternehmen am konkurrenzfähigsten sind. Deshalb

- kein Schutz vor überlegenen Mitbewerbern nach UWG, *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 1762 ff.
- kein Schutz des Unternehmens vor Vernichtung durch Wettbewerb, *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 1758, 2155 ff.

Fall: Das Fußballspiel

Der FC Köln erreicht als einziger deutscher Verein das Viertelfinale im UEFA-Cup. Ansonsten hält nur noch Bayern München die Ehre des deutschen Vereinsfußballs im Europa-Pokalwettbewerb der Pokalsieger hoch, während alle anderen Mannschaften inzwischen schmachvoll ausgeschieden sind. Der FC Köln muss gegen das Team von Inter Mailand antreten, während Bayern München am gleichen Tag zuhause gegen den AS Rom spielt. Für die Partie FC Köln gegen Inter Mailand wird ein „Topzuschlag“ erhoben, indem der Preis für die Karten der teuersten Kategorie von 60 € auf 100 € heraufgesetzt wird. Außerdem erhält jeder Erwerber einer Eintrittskarte für das Bundesligaspiel gegen den Tabellenletzten Eintracht Braunschweig ein Anrecht auf eine Eintrittskarte für das Spiel gegen Mailand. Das Match FC Köln gegen Eintracht Braunschweig wurde in der Vergangenheit nur von ungefähr 10.000 Zuschauern besucht. Wer das Spiel gegen Inter Mailand unbedingt erleben möchte, ist aufgrund des extrem großen Zuschauerinteresses faktisch gezwungen, auch eine Karte für die müde Partie gegen Eintracht Braunschweig zu erwerben.

Die Kartellbehörde möchte wissen, ob sie einschreiten und was sie gegebenenfalls veranlassen kann. Der FC Köln verteidigt die Maßnahme damit, dass er seinem Stammpublikum entgegenkommen und dessen Treue belohnen wolle.

Hinweis: BGH vom 26.5.1987 (Gekoppelter Kartenverkauf), BGHZ 101, 100 ff.; OLG Düsseldorf vom 22.1.1985 (Inter Mailand-Spiel), WuW 1985, 401 ff. = WuW/E OLG 3335 ff.

Lösung

Die Kartellbehörde kann Unternehmen ein Verhalten untersagen, wenn dieses Verhalten einer GWB-Vorschriften zuwider handelt, § 32 Abs. 1 GWB.

A. Unternehmen (+)

Erforderlich ist zunächst das Verhalten eines „Unternehmens“. Unternehmen lässt sich beschreiben als jede selbstständige nachhaltige Tätigkeit in der Erzeugung oder im Geschäftsverkehr. Der Begriff ist unabhängig von Gewinnerzielungsabsicht, Rechtsform, wirtschaftlicher Selbstständigkeit oder den Eigentumsverhältnissen am Gesellschaftskapital. Die Unternehmenseigenschaft des FC Köln ist wegen der wirtschaftlichen Aktivitäten des Vereins im Bereich des Berufsfußballs zu bejahen.

B. Zuwiderhandlung gegen GWB-Norm (+)**I. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (-)****1. Marktbeherrschende Stellung (+)**

§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB setzt zunächst eine „marktbeherrschende Stellung“ des FC Köln voraus. Wann ein Unternehmen marktbeherrschend ist, bestimmt sich nach § 18 GWB.

a. Relevanter Markt

Marktbeherrschung beziehungsweise überragende Marktstellung eines Unternehmens lassen sich nicht generell, sondern jeweils nur für einen ganz bestimmten Markt – den „relevanten Markt“, § 18 Abs. 1 GWB – feststellen. Er ist in sachlicher, räumlicher und gegebenenfalls zeitlicher Hinsicht von anderen Teilmärkten abzugrenzen. Für die Marktabgrenzung bei Angebotsmacht hat sich das „Bedarfsmarktkonzept“ beziehungsweise Konzept der „funktionellen Austauschbarkeit“ aus der Sicht des verständigen Abnehmers durchgesetzt.

aa. Sachlich

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 BGH hat von einem vergleichbaren Fußballspiel der Spitzenklasse gesprochen und klargestellt, dass nur die Partie Bayern München gegen AS Rom eine vergleichbare Alternative wäre, beziehungsweise zum gleichen sachlichen Markt gehört.
- Normale Bundesligaspiele haben einen anderen Zuschnitt als ein UEFA-Cup Viertelfinale. Dies gilt zum einen wegen der unterschiedlichen Häufigkeit, der nationalen beziehungsweise internationalen Komponente und des abweichenden Austragungsmodus. Kurz: sportlicher Wert, Attraktivität, Spannung und Unterhaltungscharakter des UEFA-Cup-Spiels zwischen europäischen Spitzenmannschaften ist ungleich höher.
- Der BGH hat es zu Recht auch abgelehnt, die persönliche Anwesenheit und Teilnahme als Zuschauer im Stadion für ersetzbar und austauschbar durch eine Live-Übertragung im Fernsehen zu halten.
- Es wäre im Hinblick auf das Verhalten der Konsumenten, sprich der Fußballfans, denkbar, selbst das Spiel von Bayern München nicht als Konkurrenzangebot anzusehen. Das käme in Betracht, wenn die Kölner Fans beziehungsweise die potenziellen Besucher von Spielen des FC Köln im Grunde niemals Spiele besuchen würden, in denen Bayern München gegen andere Mannschaften als den FC Köln spielt.

bb. Zeitlich

Der BGH hat auf das Angebot an Fußballspielen der Spitzenklasse an dem Tag abgestellt, an dem die Partie Köln gegen Mailand stattfindet. Eine abschließende Beurteilung dürfte damit nicht bezweckt gewesen sein. Auch ein Spiel, das einen Tag früher oder später, möglicherweise sogar eine Woche früher oder später stattfinden würde, wäre in die zeitliche Betrachtung miteinzubeziehen, wenn der Fußballfan es als Alternative zur Partie FC Köln gegen Inter Mailand ansehen würde.

In zeitlicher Hinsicht sind jedoch keine Alternativen ersichtlich. Köln und München waren die einzigen deutschen Mannschaften, die noch im europäischen Wettbewerb verblieben waren und auch ihr Vordringen ins Halbfinale war unsicher. Die Möglichkeit, ein Viertelfinalspiel in der nächsten Saison zu besuchen, ist vage und in zeitlicher Hinsicht irrelevant.

cc. Räumlich

Die Entfernung von München und Köln ist zu erheblich, als dass die Vereine um die gleichen Zuschauergruppen konkurrieren würden. Die räumlichen Märkte beziehungsweise die Radien potenzieller Zuschauer in Köln und München überschneiden sich im Grunde nicht. Der „verständige“ Abnehmer und eigentliche Adressat für die Eintrittskarten für das Spiel Köln gegen Mailand wird das Spiel in München nur in seltenen Ausnahmefällen als wirkliche Alternativmöglichkeit ansehen.

Zwischenergebnis: Der relevante Markt ist das Angebot von internationalem Spitzenvereinsfußball in der Gegend um Köln innerhalb einer bestimmten Woche.

b. § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB (+)

Marktbeherrschung ist gegeben, wenn das Unternehmen „ohne Wettbewerber ist“, § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Dies ist der Fall. Der FC Köln ist insoweit Monopolist.

Der Streitfall macht deutlich, wie eng die Bestimmung des relevanten Marktes mit den sonstigen Voraussetzungen des § 19 GWB zusammenhängt. 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.

Würde der sachliche Markt beispielsweise auch Spitzenbegegnungen in der Fußballbundesliga mitumfassen, wäre die Marktbeherrschung im Streitfall bereits unsicher. Die Gerichte tendieren dazu, den relevanten Markt eng zu fassen und räumen der Missbrauchsaufsicht damit weiten Anwendungsbereich ein. Der FC Köln gilt im Streitfall also als Monopolist, obwohl es noch zahlreiche weitere Mannschaften gleicher Spielstärke in Deutschland gibt.

2. Behindern eines anderen Unternehmens, § 19 Abs. 2 Nr. 1 1. Alt. GWB (-)

Die Vorschrift verlangt, dass „andere Unternehmen unbillig behindert“ werden. Sie bezieht sich damit vornehmlich auf das Verhältnis zu Mitbewerbern (Horizontalverhältnis). Dabei reicht unter Umständen sogar das Behindern eines einzelnen Unternehmens aus, nicht aber das Beeinträchtigen von Nichtunternehmen beziehungsweise von Verbraucherinteressen. Die Vorschrift bezweckt den Schutz tatsächlicher oder potenzieller Konkurrenten vor Behinderungen. Im Streitfall geht es nicht um Konkurrenten, sondern allein um den Schutz der Zuschauer beziehungsweise der Nachfragerseite.

3. Diskriminieren, § 19 Abs. 2 Nr. 1 2. Alt. GWB (-)

Das Verbot, „Unternehmen unterschiedlich zu behandeln“, ist auf das Vertikalverhältnis gemünzt und schützt die jeweilige Marktgegenseite, also Anbieter vor marktbeherrschenden Nachfragern oder Nachfrager vor marktbeherrschenden Anbietern. Der Schutz beschränkt sich aber ebenfalls auf „Unternehmen“ der Marktgegenseite und erfasst Verbraucherinteressen als solche nicht.

II. Ausbeutungsmissbrauch, § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB (-)

Der Ausbeutungsmissbrauch in Gestalt des Preis- oder Konditionenmissbrauchs ist nicht auf den Schutz anderer Unternehmen beschränkt, sondern soll allgemein vor „missbräuchlichen Marktergebnissen“ sichern, also auch die Abnehmer schützen.

Die § 19 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 3 GWB sind freilich problematisch und werden daher zurückhaltend angewendet. Sie erlauben eine Preiskontrolle, kurieren letztlich aber nur an Symptomen. Es ist äußerst schwierig, eine Preissmissbrauchsschwelle 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.

Eine Anwendung auf den Streitfall liegt fern. BGH und OLG haben § 22 Abs. 4 Nr. 2 GWB a.F. nicht angewendet, ohne exakt deutlich zu machen, woran die Anwendung scheitert.

1. Entgelte (-)

Es lässt sich nicht annehmen, dass der FC Köln überhöhte „Entgelte“ fordert. Ein Top-Zuschlag für das Spiel gegen Inter Mailand dürfte wegen des besonderen Charakters der Begegnung berechtigt sein. Es ist weder ersichtlich, dass der Erwerber beider Karten keinen angemessenen Gegenwert für sein Geld erhält (= beide Eintrittskarten sind jeweils ihr Geld wert), noch dass der FC Köln im Falle bestehenden Wettbewerbs abweichende Preise verlangen würde.

2. Geschäftsbedingungen (-)

Mit „Geschäftsbedingungen“ sind Klauseln im Sinne der §§ 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“. Im Streitfall geht es weniger um unangemessene Bedingungen, als vielmehr die Koppelung zweier an sich selbstständiger Leistungen.

III. Missbrauch aufgrund § 19 Abs. 1 GWB (+)

Die § 19 Abs. 2 Nr. 1 – 5 GWB sind nicht abschließend („insbesondere“). Greifen sie nicht ein, so kann immer noch die allgemeine Regel des § 19 Abs. 1 GWB eingreifen. Die Vorschrift setzt Missbräuchlichkeit (dazu 1.) und einen Zusammenhang mit der marktbeherrschenden Stellung (dazu 2.) 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. Die Beispiele in Abs. 2 Nr. 1 – 5 geben Anhaltspunkte, doch ist man sich einig, dass der Vielfalt möglicher Missbräuche nur durch eine Generalklausel wirksam begegnet werden kann. Im Streitfall ist die Einordnung besonders schwierig, da die typischen Missbrauchsfälle tatsächliche oder potenzielle Konkurrenten schädigen, was hier nicht der Fall ist.

- OLG und BGH haben den Missbrauch darin gesehen, dass der FC Köln durch die Koppelung erreichen wollte, dass für das Spiel gegen Eintracht Braunschweig mehr Karten verkauft würden, als ohne die Koppelung. Wegen des außergewöhnlich großen Interesses an Eintrittskarten für das Spiel gegen Inter Mailand wären Interessenten faktisch gezwungen, zusätzlich eine Eintrittskarte für das lahme Spiel gegen Eintracht Braunschweig zu erwerben. Das sei „im Ergebnis nur eine unangemessene Verteuerung der UEFA-Cup-Karte“, für die keine Rechtfertigungsgründe bestanden.
- Der FC Köln trug vor, er wolle durch die Maßnahme „sein Stammpublikum mit den überaus nachgefragten Eintrittskarten für das Spiel gegen Inter Mailand zuverlässig bedienen sowie Kundenpflege betreiben“. In den früheren Begegnungen gegen Eintracht Braunschweig kamen durchschnittlich aber nur etwa 10.000 Zuschauer, während im Fall der Koppelung 40.000 erwartet wurden. Die Koppelung „schoss also deutlich über das Ziel hinaus“ und hätte sich nicht auf das Bevorzugen des Stammpublikums beschränkt.

2. Zusammenhang mit Marktbeherrschung (+)

Ein Zusammenhang mit der Monopolstellung besteht. 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. Eine solche kausale Verknüpfung lässt sich im Streitfall zwanglos bejahen. Nur weil der FC Köln Alleinanbieter der heißbegehrten Karten für das Spiel gegen Inter Mailand war, konnte er auf den Erfolg der Koppelung hoffen.

Exkurs: Besteht kein Zusammenhang mit der marktbeherrschenden Stellung oder noch nicht einmal eine marktbeherrschende Stellung, so scheidet § 19 Abs. 1 GWB aus. In solchen Fällen kann sich die Frage stellen, ob ergänzend das UWG eingreift. Sie ist umstritten und lässt sich nicht einheitlich beantworten. Eine strikte Ausschließlichkeit des § 19 GWB besteht nicht.

C. Befugnisse der Behörde

Da die Voraussetzungen der §§ 32 Abs. 1, 19 Abs. 1 GWB erfüllt sind, muss die Kartellbehörde eine Ermessensentscheidung („kann“) treffen.

I. Ermessen

Das Ermessen bezieht sich sowohl auf das „Ob“ (Handlungsermessen), als auch auf das „Wie“ (Auswahlermessen) des Einschreitens. Die Ausübung des Ermessens folgt den allgemeinen Regeln (Pflicht zur umfassenden Sachverhaltsermittlung und Abwägung usw.). Vor einem Einschreiten ist den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, **§ 56 Abs. 1 GWB**.

II. Untersagung

Wichtig ist, dass die Kartellbehörde nur missbräuchliches Verhalten untersagen, aber nicht ein Gebot zu einem positiven Tun aussprechen darf. Die Verfügung muss hinreichend bestimmt sein. Im Streitfall erachtete die Kartellbehörde die Koppelung für nicht mehr hinnehmbar, soweit sie sich auf mehr als 25.000 Karten bezog. Sie trug also dem „Stammpublikumgedanken“ (siehe oben IV. 1.) Rechnung und erkannte ein gewissen Überschreitungsspielraum zu. Missbrauch setzt ein erhebliches Abweichen voraus.

§ 8: SONSTIGER BEHINDERUNGSWETTBEWERB

Das GWB kennt einzelne Vorschriften, deren Eingreifen davon unabhängig ist, ob das fragliche Unternehmen eine marktbeherrschende oder irgendwie marktstarke Stellung hat. Bei diesen Tatbeständen folgt die Gefährlichkeit und Wettbewerbswidrigkeit nicht aus dem Missbrauch einer marktmächtigen Position. Um diese Konstellationen soll es im Weiteren gehen. Das Paradebeispiel ist der Boykott. Das GWB regelt für diesen Bereich aber lediglich Einzelkonstellationen. Die entsprechenden Regelungen sind entweder historisch bedingt (Boykott) oder deshalb im GWB „gelandet“, weil sie direkt mit vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen zusammenhängen (Druck- und Lockmittelverbot, Zwangsverbot). Einen allgemeinen Tatbestand, der Unternehmen vor Behinderungen durch andere Unternehmen schützt, kennt das Kartellrecht nicht. Solche Handlungen sind Gegenstand des Wettbewerbsrechts (§§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG wenn Behinderung durch Mitbewerber; § 3 Abs. 1 UWG wenn Behinderung durch sonstigen Marktteilnehmer).

A. Boykott

I. Kartellrecht

§ 21 Abs. 1 GWB regelt den Boykott. Danach dürfen Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen andere Unternehmen nicht zu Liefersperren oder Bezugssperren auffordern, um bestimmte Unternehmen unbillig zu beeinträchtigen. Die Regelung und ihr Standort im Kartellrecht sind historisch bedingt. Der Boykott wurde zu Zeiten des Reichsgerichts häufig als Mittel eingesetzt, Kartelle gegen Außenseiter zu sichern und die Außenseiter zu disziplinieren.

Das RG ließ Boykotte als Mittel des wettbewerblichen Kampfes weitgehend zu. Es untersagte sie nur, wenn die verwandten Mittel oder die verfolgten Ziele für sich allein betrachtet als solche sittenwidrig waren.

Die Entscheidungen des BGH wurden dagegen von Anfang an durch das alliierte Dekartellierungsrecht geprägt, das ein weitgehendes Boykottverbot enthielt. Boykotte tragen nämlich ein geradezu zerstörerisches Potenzial in sich und können „zur Existenzvernichtung des betroffenen Unternehmens oder zu sonstigen wirtschaftlich schwersten Folgen führen“, BGH vom 10.5.1957 (Spätheimkehrer), BGHZ 24, 200, 206. Sie können einen sachgerechten wettbewerblichen Ausleseprozess verhindern und so den Wettbewerb beeinträchtigen. Das ist beispielsweise der Fall, wenn ein Boykottaufruf zum Ausscheiden des boykottierten Unternehmens aus dem Markt führt, obwohl das Unternehmen an sich leistungs- und konkurrenzfähig ist, Harte/Henning/*Straub*, 1. Auflage 2004, § 4 Nr. 10 UWG Rdn. 211.

Beispiel: KG vom 20.1.1999 (Aral-Shop), WuW 1999, 881 ff. = WuW/E DE-R 333 ff.

1. Drei Parteien

BGH vom 18.11.1955 (Gesangbuch), BGHZ 19, 72 ff. hat zum Boykottverbot des alliierten Dekartellierungsrechts entschieden, dass der „Boykott“ drei Beteiligte voraussetzt: den Aufrufer, den oder die Boykottierenden und den Boykottierten. **§ 21 Abs. 1 GWB** hat dies übernommen. Die Vorschrift setzt bewusst und zwingend drei Beteiligte voraus. Inhaltlich hat dies seinen Grund darin, dass der Aufrufer den zu Boykottierenden mit mehr schädigen will, als was ihm selber an Mitteln zusteht. Eine solche Hebelwirkung ist verdächtig und potenziell wettbewerbsbeschränkend. Sie bedarf deshalb der Überprüfung.

Zweipersonenverhältnisse werden folglich anders beurteilt. Grundsätzlich muss es nämlich jedem Unternehmer freistehen, frei zu entscheiden, mit welchen Unternehmern er Geschäfte abschließt und welche er „boykottiert“. Eine Grenze besteht lediglich für Unternehmen, die marktbeherrschend, marktstark oder Mitglieder von Kartellen sind, §§ 19 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3, 20 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Von drei Parteien lässt sich nur sprechen, wenn der Adressat des Boykottaufrufs in seiner Entscheidung über die Durchführung der Sperre frei ist. Er darf also keinem Weisungsrecht des Auffordernden unterliegen.

- Eine Aufforderung zu Liefer- oder Bezugssperren scheidet aus, wenn der Adressat aufgrund eines rechtswirksamen Vertrags mit dem Auffordernden keinen Entscheidungsspielraum besitzt, wenn also der Adressat lediglich auf seine vertraglichen Pflichten hingewiesen wird, OLG Düsseldorf vom 29.12.2004 (PPK Entsorgung), WuW 2005, 525, 527 f. = WuW/E DE-R 1453, 1455 f.
- Weisungen an ein beherrschtes Tochterunternehmen erfüllen den Boykottatbestand nicht, BGH vom 26.10.1972 (Ersatzteile für Registrierkassen), GRUR 1973, 277 ff. Ebenso Aufrufe an Arbeitnehmer, Handelsvertreter oder sonstige weisungsgebundene Vertragspartner, BGH vom 18.11.1955 (Gesangbuch), BGHZ 19, 72 ff.; BGH vom 10.10.1989 (Neugeborenentransporte), GRUR 1990, 474 ff.
- Andererseits braucht der Adressat nicht mit dem Ausführenden der Sperre identisch zu sein. Es genügt die Aufforderung an den Adressaten, auf andere Personen einzuwirken, die die Sperre vornehmen sollen, BGH vom 13.11.1979 (Denkzettel-Aktion), GRUR 1980, 242 ff.; BGH vom 2.2.1984 (Kundenboykott), GRUR 1984, 461 ff.

2. Unternehmen

Die Regelung im GWB setzt voraus, dass alle drei Parteien „Unternehmen“ beziehungsweise „Vereinigungen von Unternehmen“ sind. Sie brauchen keine bestimmte Stellung auf dem Markt (marktbeherrschend etc.) zu haben.

- Grundsätzlich können auch nicht auf Erwerbstätigkeit gerichtete Organisationen Unternehmen sein, ein Gewinnerzielungswillen ist nicht erforderlich. Gleichwohl ist ein Tätigwerden am Markt, ein sich „als Unternehmen beziehungsweise im geschäftlichen Verkehr Betätigen“ erforderlich.
- Das Kartellrecht ist nicht anwendbar, wenn der Boykottaufruf von nichtunternehmerischen Organisationen ausgeht oder wenn er sich an Verbraucher richtet. Ein derartiger Boykottaufruf kann aber unter das UWG fallen (siehe unten).

3. Auffordern zu Liefersperren oder Bezugssperren

§ 21 Abs. 1 GWB verlangt das Auffordern zu Liefersperren oder Bezugssperren. Unter einem „Auffordern“ versteht man jeden Versuch, auf die freie Willensentscheidung des Adressaten, mit Dritten Lieferbeziehungen aufzunehmen oder aufrechtzuerhalten, einen negativen, das heißt auf die Verhinderung oder Aufhebung solcher Beziehungen abzielenden Einfluss zu nehmen, BGH vom 27.4.1999 (Taxi-Krankentransporte), WuW 1999, 725, 727 = WuW/E DE-R 303, 305. Die Aufforderung muss auf die Beeinflussung von Adressaten gerichtet und geeignet sein. Die Adressaten und Boykottierten müssen hinreichend bestimmt sein, BGH vom 13.11.1979 (Denkzettel-Aktion), GRUR 1980, 242 ff.

Die Einordnung als Boykottaufruf kommt nur in Betracht, wenn die Äußerung auf „Liefer- oder Bezugssperren“ zielt, also andere Personen zu einem Boykottverhalten bewegen soll, BGH vom 13.11.1979 (Denkzettel-Aktion), GRUR 1980, 242, 243. Typischerweise sollen die Adressaten dazu gebracht werden, mit dem Boykottierten keine Geschäfte mehr zu machen. Die Äußerung muss auf das Zufügen von Nachteilen gemünzt sein, indem sie die Adressaten dazu animiert, den Betroffenen vom Geschäftsverkehr auszuschließen, BGH vom 22.7.1999 (Kartenlesegerät), GRUR 2000, 340, 342 mwN.

Boykotte sind von bestimmten Nachbarkonstellationen abzugrenzen, die nicht von § 21 Abs. 1 GWB erfasst werden.

Die Aufforderung muss über die Wirkung einer bloß informatorischen, anregenden Berichterstattung oder bloße Meinungsäußerung hinausgehen. Sie muss über eine zulässige Äußerung hinausgehen, darf also insbesondere nicht eine bloße Meinungsäußerung, ein zulässiges Äußern von wahren Tatsachen (§ 4 Nr. 2 UWG) oder eine sonstige zulässige Äußerung über den Mitbewerber sein.

Die Handlung darf ferner nicht wie eine zulässige vergleichende Werbung (§ 6 UWG) darauf zielen, bisherige Kunden des Mitbewerbers zu erobern. Der Boykott ist ein Mittel, um den Boykottierten zu „bestrafen“ oder zu einem bestimmten „Wohlverhalten“ zu zwingen. Der Boykott hat den Charakter einer Nötigung, der ihn von der vergleichenden Werbung

unterscheidet. Werbevergleiche enthalten ebenfalls die inzidente Aufforderung, keine Geschäfte mehr mit dem Konkurrenten zu machen. Sie richten sich aber nicht wie der Boykott gegen den Konkurrenten als solchen, sondern beschränken sich auf spezielle Waren oder Dienstleistungen. Sie wollen die bisherigen Kunden des Mitbewerbers erobern. Das Ziel, den Mitbewerber zu sanktionieren oder ihn zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen, verfolgen sie nicht.

4. Absicht unbilliger Beeinträchtigung

„Beeinträchtigung“ im Sinne des § 21 Abs. 1 GWB ist objektiv jede Zufügung eines Nachteils im geschäftlichen Verkehr. Bereits die bloße Eignung zur Herbeiführung der unbilligen Beeinträchtigung genügt, eine tatsächliche Beeinträchtigung muss nicht eingetreten sein.

Die „Unbilligkeit“ ist durch eine umfassende Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB zu beurteilen, BGH vom 25.10.1988 (markt-intern-Dienst), WuW 1989, 510, 511 = WuW/E BGH 2562, 2563. Hierbei ist zu beachten, dass geschäftliche Boykotte grundsätzlich wettbewerbswidrig sind, BGH vom 13.11.1979 (Denkzettel-Aktion), GRUR 1980, 242, 244 zu § 1 UWG a.F. Die besondere Gefährlichkeit, die Boykotte aufgrund ihrer Hebelwirkung mit sich bringen, lässt gegenüber dieser rigiden Linie keine andere Wahl.

- Die Aufforderung ist umso eher wettbewerbswidrig, je mehr der Aufrufende die Adressaten zur Beachtung des Aufrufs zwingen kann, zum Beispiel in Form von Geschäftsvor- oder -nachteilen.
- In Ausnahmefällen, insbesondere im Fall des sog. Abwehrboykotts zur Verteidigung gegen rechtswidrige Angriffe, sollen Boykottpraktiken zulässig sein können. Zur Rechtmäßigkeit ist jedoch strikte Verhältnismäßigkeit erforderlich, die kaum einmal gegeben sein wird. Es ist zweifelhaft, ob es Beispielsfälle gibt. Immerhin hat OLG Jena vom 2.11.2005 (sportwetten.de), GRUR-RR 2006, 134, 136 dies einmal angenommen, die Entscheidung ist aber ihrerseits „ziemlich kühn“.
- Als weitere Ausnahmefälle sind die Wahrnehmung berechtigter Interessen sowie die Durchsetzung zulässiger Vertragsbindungen und gewerblicher Schutzrechte anerkannt, *Loewenheim* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2. Auflage 2009, § 21 GWB Rn. 19 ff.
- Das OLG Karlsruhe hat eine Boykottmaßnahme als zulässig angesehen, mit der die Juristische Fakultät Freiburg verhindert hat, dass ein privates juristisches Repetitorium in den Räumen der Universität Werbung machen kann. Die Fakultät hat in den Augen des OLG ein berechtigtes Interesse daran, Werbung gewerblicher Repetitorien in ihren eigenen Räumen zu unterbinden, weil das Repetitoriumsangebot „in einem gewissen Konkurrenzverhältnis zum Lehrangebot der Universität“ stehe, OLG Karlsruhe vom 13.5.2009 (Freiburger Repetitor), WuW 2009, 810 ff. Rn. 34 = WuW/E DE-R 2650 ff. Die Gestattung der Werbung könne den Eindruck

erwecken, dass aus Sicht der Fakultät „ein Bedürfnis für eine Ergänzung ihres eigenen Angebots durch solche Unternehmen nicht zu bestreiten“ sei. Zugleich treffe das Werbeverbot das Repetitorium nicht überhart. Das Repetitorium werde lediglich an einer Werbung mit Plakaten in den Gebäuden der Universität gehindert. Ihm verblieben jedoch „vielfältige andere Möglichkeiten, Studenten gezielt anzusprechen, etwa durch außerhalb dieser Gebäude verteilte Flugblätter oder Plakate, durch Anzeigen in Zeitungen oder im Internet oder dergleichen mehr“, OLG Karlsruhe vom 13.5.2009 (Freiburger Repetitor), WuW 2009, 810 ff. Rn. 36 = WuW/E DE-R 2650 ff.

Für die „Absicht“ genügt, dass der Aufrufer die Umstände kannte, die den Vorwurf der unbilligen Beeinträchtigung begründen, BGH vom 27.4.1999 (Taxi-Krankentransporte), WuW 1999, 725, 727 = WuW/E DE-R 303, 307.

II. Wettbewerbsrecht

Geschäftlich motivierte Boykotte können auch nach dem UWG zu beurteilen sein. Die Anforderungen des UWG sind denen des GWB weitgehend ähnlich, decken sich aber nicht mit ihnen. Auf der Ebene des Wettbewerbsrechts kommen die **§§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG** in Betracht, wenn sich der Boykott gegen einen Mitbewerber richtet. Wendet sich der Boykott gegen sonstige Marktteilnehmer, so ist an **§ 3 Abs. 1 UWG** zu denken.

Das Eingreifen des UWG setzt eine „*geschäftliche Handlung*“ voraus, **§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG**. Der Begriff der geschäftlichen Handlung ist weiter als der Anwendungsbereich von § 21 Abs. 1 GWB. Das UWG kann auch in Fällen eingreifen, in denen das Kartellrecht nicht anwendbar ist. Das UWG kommt insbesondere auch in Betracht, wenn eine nichtunternehmerische Organisation zum Boykott aufruft und wenn sich Boykottaufrufe an Verbraucher wenden.

In materieller Hinsicht laufen die Anforderungen der §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG auf dieselben Maßstäbe hinaus, die auch im Rahmen von § 21 Abs. 1 GWB gelten. „Unlauterkeit“ und „Unbilligkeit“ richten sich tendenziell nach denselben Voraussetzungen.

III. Gesellschaftliche/politische Boykotte

Boykotte basieren vielfach auf Aufrufen durch die Presse oder gesellschaftliche Institutionen. § 21 Abs. 1 GWB greift hier in der Regel nicht ein, weil sich die Vorschrift auf Boykotte unter Unternehmen beschränkt. Die Anwendbarkeit der §§ 3 ff. UWG steht und fällt damit, ob in dem Aufruf eine geschäftliche Handlung liegt. Die Voraussetzung wird bei Boykottaufrufen durch gesellschaftliche oder politische Institutionen oft zu verneinen sein. Einzelheiten werden in der Vorlesung zum Wettbewerbsrecht behandelt.

Scheidet das UWG aus, dann bleiben allein die **§§ 823 Abs. 1, 826 BGB**, die zu etwas anderen Maßstäben für die Beurteilung des Boykotts führen.

Überspitzt lässt sich sagen: Der Boykott zu Wettbewerbszwecken ist grundsätzlich verboten. Boykottaufrufe durch die Presse oder gesellschaftliche Institutionen und entsprechendes Boykottverhalten, die nicht durch geschäftliche Zwecke motiviert, sondern Ausdruck und Wahrnehmung von Meinungs- oder Pressefreiheit sind, sind grundsätzlich erlaubt.

Für das Eingreifen des § 823 Abs. 1 BGB beziehungsweise eine Verletzung des Rechts am Unternehmen ist eine Abwägung maßgebend, Soergel/Beater, 13. Auflage 2005, § 823 BGB Anh. V Rz. 39 ff., 110 f. mwN. Handelt es sich um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage, so streitet die Vermutung für die Zulässigkeit der „freien Rede“, BGH vom 21.6.1966 (Höllengefährdung), BGHZ 45, 296, 308; siehe auch BGH vom 6.2.2014 (Jetzt anmelden), NJW-RR 2014, 1508 ff. Rn. 25. Auch Boykottaufrufe werden grundsätzlich durch das Recht der freien Meinungsäußerung geschützt, BVerfG vom 15. Januar 1958 (Lüth), BVerfGE 7, 198 ff. Im Einzelnen:

- Um die freie Diskussion gemeinschaftswichtiger Fragen zu sichern, kann es nach den Umständen des Einzelfalls geboten sein, den Schutz privater Rechtsgüter zurücktreten zu lassen. Gerade in Auseinandersetzungen, die über einzelpersonliche Bezüge hinausgehen und eine Thematik von großer Tragweite für das Gemeinschaftsleben ansprechen, erfordert es die Bedeutung des Art. 5 Abs. 1 GG, dass auch in der Art der Meinungsäußerung von Rechts wegen große Freiheit gewährt und in der Bejahung einer Beleidigungsabsicht oder einer rechtswidrigen Störung Zurückhaltung geübt wird. Der Boykottaufruf muss dazu ein Mittel des geistigen Meinungskampfes sein in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage; er muss der Sorge um politische, wirtschaftliche, soziale oder kulturelle Belange entstammen.
- Es ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Insbesondere darf ein Boykott, der sich gegen ein bestimmtes Fehlverhalten richtet, nur solange anhalten, wie der Boykottierte das Fehlverhalten praktiziert.
- Das Durchsetzen des Boykotts mit wirtschaftlichen Machtmitteln ist nicht gedeckt. Boykottaufrorderungen dürfen ebenso nicht mit unwahren Tatsachen begründet werden.

B. Druck- und Lockmittelverbot

Nach § 21 Abs. 2 GWB dürfen Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen beziehungsweise Vorteile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das kartellrechtlich nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf.

Die Vorschrift dient dem Schutz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit vor unerlaubter Einflussnahme durch andere Unternehmer. Sie will der Gefahr vorbeugen, dass wettbewerbswidriges Verhalten unabhängig von vertraglichen Vereinbarungen durch Druck- oder Lockmittel erzeugt wird und damit kartellrechtliche Verbote umgangen werden, BGH vom 24.6.1965 (Brotkrieg), BGHZ 44, 279, 281. § 21 Abs. 2 GWB hat große praktische Bedeutung und ist klausurrelevant.

Ein „Androhen“ von Nachteilen ist im Hinblick auf den Gesetzeszweck bereits anzunehmen, wenn dem anderen Teil nachteilige Folgen für den Fall in Aussicht gestellt werden, dass er der Empfehlung zu dem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten nicht folgt. „Nachteil“ ist jedes Übel, das objektiv geeignet ist, den Adressaten der Drohung zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, BGH vom 19.3.1991 (Warenproben in Apotheken), GRUR 1991, 622, 624.

Ein relevanter Nachteil kann nach der Rechtsprechung auch die Einleitung oder Beantragung von Gerichtsverfahren sein, sofern damit nicht nur auf eine gerichtliche Entscheidung, sondern vor allem darauf gezielt wird, andere Unternehmen zu einem wettbewerbswidrigen Verhalten zu zwingen. Allein die Darlegung des eigenen Rechtsstandpunkts und die Androhung von sich daraus ergebenden Ersatzansprüchen ist aber noch keine Nachteilsandrohung im Sinne von § 21 Abs. 2 GWB, BGH vom 16.12.1976 (Architektenkammer), WuW 1977, 512, 517 = WuW/E BGH 1474, 1479; BGH vom 19.3.1991 (Warenproben in Apotheken), WuW 1991, 484, 488 f. = WuW/E BGH 2688, 2692 f.

Das „Versprechen oder Gewähren von Vorteilen“ setzt Vorteile voraus, die deutlich über das hinausgehen, was im Einzelfall – zum Beispiel als Gegenleistung – ohnehin geschuldet wird. Ein Beispiel ist das Inaussichtstellen eines wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens als Belohnung für ein entsprechendes Verhalten des Adressaten.

Das Mittel der Vorteils- oder Nachteilszufügung braucht als solches nicht rechtswidrig zu sein. Die Rechtswidrigkeit von Handlungen im Sinne des § 21 Abs. 2 GWB ergibt sich bereits daraus, dass sie auf die Herbeiführung eines kartellrechtswidrigen Zustands abzielen, BGH vom 7.10.1980 (Rote Liste),

BGHZ 78, 190, 200. Es genügt also bereits die Verknüpfung mit dem unzulässigen Zweck.

Beispiel: Unternehmer A droht seinen Konkurrenten B wegen Hinterziehung von Vorsteuern anzuzeigen, wenn B seine aggressive Preispolitik zukünftig beibehält.

Erforderlich ist weiterhin eine subjektive Motivation zur Wettbewerbsbeschränkung („um ... zu veranlassen“) erforderlich, *Loewenheim* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2. Auflage 2009, § 21 GWB Rn. 39 mwN. Die Vor- beziehungsweise Nachteilszufügung muss den Zweck haben, den Adressaten zu einem kartellrechtswidrigen Verhalten zu bewegen. Erforderlich ist also, dass das andere Unternehmen zur Verhaltensänderung bewegt werden soll. Daran fehlt es nach der Rechtsprechung, wenn zum Beispiel Liefersperren als eine endgültige Sanktion dienen und gerade nicht mehr zur Willensbeugung gedacht sind.

In BGH vom 28.10.1965 (Saba), BGHSt 20, 333 ff. hatte ein Hersteller einen Einzelhändler nicht mehr beliefert, weil er mit dessen Preispolitik nicht einverstanden war. Der Hersteller hatte die Belieferung aber endgültig eingestellt. Das ist ihm – im Rahmen der Vertrags- und Unternehmensfreiheit – grundsätzlich erlaubt. § 21 Abs. 2 GWB greift in solchen Fällen nicht ein, da hier auf die Entschließungsfreiheit des betroffenen Einzelhändlers kein Einfluss ausgeübt werden soll, BGH vom 28.10.1965 (Saba), BGHSt 20, 333, 340 f. Kurz: Der Hersteller darf die Geschäftsbeziehung abbrechen, nicht aber die Drohung mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehung als Mittel zur Beeinflussung des Einzelhändlers nutzen.

Diese Rechtsprechung wird im Schrifttum zum Teil heftig kritisiert, hat aber gute Gründe für sich. Es muss Unternehmen insbesondere möglich sein, Geschäftsbeziehungen mit anderen Unternehmen nach freier eigener Entscheidung einstellen oder verändern zu können, wenn sie mit der Geschäftsbeziehung nicht mehr zufrieden sind. Eine Ausweitung des § 21 Abs. 2 GWB brächte die Gefahr mit sich, einen allgemeinen Lieferzwang gegenüber Abnehmern zu begründen, der noch erheblich über das hinausginge, was für marktbeherrschende und relativ marktstarke Lieferanten gilt.

Es ist nicht erforderlich, dass der Handelnde sein Ziel auch erreicht. § 21 Abs. 2 GWB ist darauf zugeschnitten, bereits die versuchte Verleitung zu einem kartellrechtswidrigen Verhalten zu erfassen. Das Druck- und Lockmittelverbot kann sich mit anderen Kartellrechtstatbeständen überschneiden. In manchen Konstellationen hat es die Funktion eines Auffangtatbestandes.

Das Druck- und Lockmittelverbot erfasst Handlungen, die sozusagen im Vorfeld eines unzulässigen Kartells liegen.

Anders als der Boykott erfasst das Druck- und Lockmittelverbot auch Maßnahmen, die allein zwischen zwei Unternehmen stattfinden und sich

nicht an Dritte wenden. Es gibt aber Ähnlichkeiten mit Boykottfällen, wenn als Nachteil ein Boykott angedroht wird.

Im Unterschied zu den **§§ 19, 20 GWB** setzt § 21 Abs. 2 GWB keine marktbeherrschende oder marktstarke Stellung voraus. Überschneidungen können sich insbesondere ergeben, wenn der angedrohte Nachteil in dem Abbruch von Geschäftsbeziehungen besteht.

C. Verbot von Zwang

Einen verwandten Tatbestand normiert **§ 21 Abs. 3 GWB**. Die Vorschrift verbietet Zwang, wenn dadurch ein legales, wettbewerbsbeschränkendes Verhalten erreicht werden soll. Das Gesetz will sicherstellen, dass die aufgeführten Verhaltensweisen nur freiwillig vorgenommen werden, nicht dagegen aufgrund eines Zwangs durch andere Unternehmen. Hier ist bereits das zur Willensbeeinflussung eingesetzte Mittel rechtswidrig, auf die Kartellrechtswidrigkeit des erstrebten Zustands kommt es also nicht an, BGH vom 7.10.1980 (Rote Liste), BGHZ 78, 190, 200.

„Zwang“ im Sinne der Vorschrift setzt mehr voraus, als im Rahmen des § 21 Abs. 2 GWB verlangt wird. Erforderlich ist eine intensive Beeinflussung, die eine Willensbetätigung des Betroffenen zwar nicht schlechthin ausschließt, aber doch so stark ist, dass ihm allenfalls formell Alternativen bleiben, die ihm nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Vernunft und mit Rücksicht auf die Schwere der angedrohten oder zugefügten Nachteile nicht zugemutet werden können, BGH vom 7.10.1980 (Rote Liste), BGHZ 78, 190, 200 f.

In BGH vom 7.10.1980 (Rote Liste), BGHZ 78, 190 ff. bestand die Zwangswirkung darin, dass sich ein Pharmaverband weigerte, die Produkte eines Pharmaherstellers in die „Rote Liste“ aufzunehmen. Der Pharmahersteller hatte sich geweigert, einem Beschluss des Pharmaverbands Folge zu leisten, nach dem nur eine bestimmte Anzahl von Gratisprodukten gewährt werden durfte. Durch die Nichtaufnahme in die Liste wurden die betroffenen Produkte nahezu unverkäuflich.

Die Fallkonstellation zeigt eine enge Verwandtschaft mit den § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB. § 21 Abs. 3 GWB setzt jedoch keine marktbeherrschende oder marktstarke Stellung voraus.

D. Aufnahmezwang

Einen Sonderfall der Diskriminierung regelt **§ 20 Abs. 5 GWB**. Die Vorschrift gewährt den Anspruch auf Aufnahme in eine Wirtschafts- oder Berufsvereinigung. Sie setzt voraus, dass die Ablehnung eine sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung ist und zu einer unbilligen Benachteiligung des Unternehmens führt. Für ein Unternehmen kann es von wesentlicher Bedeutung sein, ob es Mitglied einer Wirtschafts- oder Berufsvereinigung ist und dadurch Einfluss nehmen kann auf die Willensbildung in den Vereinigungen, die die Interessen des Berufsstandes formulieren und vertreten.

E. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG

Die § 21 Abs. 2, Abs. 3 GWB sind als Kartellrechtsvorschriften zugleich Ordnungswidrigkeitstatbestände, § 81 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB. Sie sind deshalb im Zweifel eng auszulegen. Es sind daher namentlich für § 21 Abs. 2 GWB Fälle denkbar, die zwar auf Wettbewerbsbeschränkungen hinauslaufen, aber trotzdem nicht erfasst werden können. Dann kann über einen Rückgriff auf die §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG beziehungsweise auf § 3 Abs. 1 UWG nachzudenken sein.

Handlungen, die Zwang auf die Entscheidung des Wettbewerbers ausüben, können auch nach UWG unzulässig sein. Es muss dem Unternehmer rechtlich garantiert sein, sein geschäftliches Vorgehen in eigener Verantwortung zu bestimmen. Wer zum Messer greift, um den Konkurrenten zu einer veränderten Geschäftspolitik zu bewegen, handelt wettbewerbswidrig. Es ist freilich zu beachten, dass der Wettbewerb von bestimmten „Zwangswirkungen“ gerade lebt. Wettbewerb kann sich nur einstellen, wenn die Beteiligten unter Handlungsdruck geraten können und zum Beispiel durch geschäftliche Vorstöße des Konkurrenten zu Verbesserungen des eigenen Angebots „gezwungen“ sind, um sich erfolgreich auf dem Markt zu behaupten. Für die §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG ist daher nur Raum, wenn der Zwang keinen wettbewerbskonformen Charakter hat.

Das soweit ersichtlich einzige wettbewerbsrechtliche Urteil zu diesem Bereich ist BGH vom 27.6.1975 (Einfirmenvertreter), GRUR 1976, 427 ff. Es betraf einen Versicherungsvertreter, der an kein Unternehmen gebunden war. Er wollte seine Konkurrenten, die als Einfirmenvertreter für ein bestimmtes einzelnes Unternehmen tätig waren, zur Einhaltung der Konkurrenzklausel bewegen, die diese mit dem Unternehmen vereinbart hatten. Er drohte ihnen deshalb, dieses Unternehmen von ihrer vertragswidrigen Tätigkeit zu benachrichtigen, um sich so Konkurrenz vom Leibe zu halten.

Das Eingreifen des § 21 Abs. 2 GWB ist insoweit unsicher, als dass es den Einfirmenvertretern im Ergebnis gerade verboten war, auch für andere Unternehmen tätig zu werden. Nach **§ 2 Abs. 2 Satz 1 GWB; Art. 2 Abs. 1 VO 330/2010** können solche Vertriebsvereinbarungen zulässig sein. Einen objektiv kartellrechtswidrigen Zustand strebte der Versicherungsvertreter also gerade nicht an. § 21 Abs. 3 GWB scheidet aus, wenn man die bloße Benachrichtigung nicht als Zwang einordnet.

Der BGH sah das Verhalten aber jedenfalls als wettbewerbswidrig an. Das Bestreben, Konkurrenz zu verhindern, kann nach den Maßstäben der §§ 3 ff. UWG nicht rechtens sein. Eine andere Beurteilung kommt nach der Entscheidung nur in Betracht, wenn der Handelnde einen Rechtsanspruch auf das begehrte Verhalten hat und der angedrohte Nachteil ein adäquates, von der Rechtsordnung gebilligtes oder vorgesehenes Mittel ist, um dem Begehren Nachdruck zu verleihen. Einen solchen Anspruch hatte der Versicherungsvertreter aber gerade nicht.

§ 9: ZUSAMMENSCHLUSSKONTROLLE

A. Überblick

Das deutsche Kartellrecht kennt seit 1973 Regelungen über die „Zusammenschlusskontrolle“. Wettbewerb soll nicht dadurch ausgeschlossen werden, dass Konkurrenzunternehmen miteinander zu einem Unternehmen fusionieren. Bei den Vorschriften handelt es sich um die **§§ 35 ff. GWB**. Fusionen sind anders als Kartelle nicht per se verboten, sondern können erst bei Überschreiten einer relativ hohen Schwelle unterbunden werden.

- Die Fusionskontrolle steht – abhängig von der wirtschaftlichen „Großwetterlage“ – vielfach im Mittelpunkt des wettbewerbspolitischen und kartellrechtspraktischen Interesses. Sonstige kartellrechtliche Streitfragen verlieren ihr gegenüber immer stärker an Bedeutung.
- Das GWB beschränkt sich in den §§ 35 ff. GWB darauf, externes Wachstum zu kontrollieren und gegebenenfalls zu untersagen. Internem Wachstum wirkt das GWB nicht entgegen, sondern es begnügt sich damit, an marktbeherrschende Unternehmen strenge Missbrauchsanforderungen zu stellen, § 19 Abs. 1 GWB. Das deutsche Kartellrecht kennt keinen Zerschlagungstatbestand.
- Es wäre möglich, den Zusammenschluss von zwei Unternehmen als Vereinbarung im Sinne von § 1 GWB; Art. 101 Abs. 1 AEUV zu begreifen. Der Zusammenschluss führt dazu, dass aus zwei Unternehmen zu einem Unternehmen werden und damit prinzipiell zum Wegfall von Wettbewerb. Man ist sich gleichwohl einig, dass Fusionen nicht am allgemeinen Kartellverbot gemessen werden dürfen, sondern nach einem eigenen Beurteilungsmaßstab verlangen, siehe zum Beispiel BGH vom 26.10.1959 (Glasglühkörper), BGHZ 31, 105, 113. Fusionen sind nämlich typischerweise mit Synergieeffekten und Effizienzvorteilen verbunden (sonst würden die beteiligten Unternehmen die Fusion nicht anstreben). Dadurch kann es dem neu entstandenen Unternehmen möglich sein, zum Beispiel effektiver zu forschen, kostengünstiger zu produzieren etc. Auf das Verhältnis der Fusionskontrolle zu den §§ 1 ff. GWB wird am Ende des Kapitels noch eingegangen.

Die kartellrechtliche Behandlung von Unternehmenskonzentration kann auf zwei verschiedene Aspekte abstellen: auf Größenwachstum oder auf die Verstärkung der Marktstellung von Unternehmen. Die **§§ 35 ff. GWB** beziehen beide Gesichtspunkte in unterschiedlicher Weise mit ein.

- Das Gesetz definiert in § 37 GWB, was überhaupt als ein „Zusammenschluss“ von Unternehmen anzusehen ist.
- Wenn die an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zusammen eine bestimmte Größe („Umsatzerlöse“) erreichen, dann unterliegt der Zusammenschluss den Vorschriften über die Fusionskontrolle (**§ 35 Abs. 1 GWB**) und muss vor Vollzug beim BKartA angemeldet werden, **§ 39 Abs. 1 Satz 1 GWB**. Das BKartA soll durch die Anzeige informiert und in die Lage versetzt werden, den Zusammenschluss auf seine Zulässigkeit zu überprüfen.

- Wenn der Zusammenschluss den „wirksamen Wettbewerb erheblich behindern“ würde oder zu erwarten ist, dass er eine „marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt“, so hat das BKartA den Zusammenschluss unter bestimmten Voraussetzungen zu untersagen, § 36 Abs. 1 GWB.

B. Zusammenschlusstatbestand

§ 37 GWB definiert, was unter dem „Zusammenschluss“ von Unternehmen zu verstehen ist. Die Vorschrift grenzt damit die Tatbestände zulässigen internen Wachstums von Tatbeständen externen Wachstums ab, die möglicherweise kartellrechtliche Rechtsfolgen auslösen.

Der Katalog von Zusammenschlusstatbeständen in § 37 GWB ist abschließend. Über den Wortlaut hinausgehende Erweiterungen sind schon deswegen nicht möglich, weil die Vorschrift zugleich einen Bußgeldtatbestand begründet (§ 81 Abs. 2 Nr. 3 GWB) und im Verwaltungszwang durchgesetzt werden kann. Im Übrigen geht es bei Unternehmenszusammenschlüssen stets um riesige Volumina, so dass ein besonderes Bedürfnis nach Rechtssicherheit besteht.

Im Einzelnen setzt sich die komplizierte Regelung aus unterschiedlichen Einzeltatbeständen zusammen.

I. Vermögenserwerb, § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB

Nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB gilt als Zusammenschluss der Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil durch Umwandlung oder in sonstiger Weise.

1. Vermögen oder wesentlicher Vermögensteil

Unter „Vermögen“ sind alle geldwerten Güter eines Unternehmens ohne Rücksicht auf Art, Verwendung und Verwertbarkeit zu verstehen. Es muss dabei das gesamte Vermögen des Unternehmens oder ein wesentlicher Teil betroffen sein.

Unstreitig werden davon Vermögensteile erfasst, die im Verhältnis zum Gesamtvermögen des Veräußerers „quantitativ ausreichend hoch“ sind. Die Rechtsprechung erfasst überdies jeden Vermögenswert, der „die Stellung des Erwerbers auf dem Markt zu verändern in der Lage ist“.

Ein besonders wichtiges und zum Teil neue Akzente setzendes Urteil ist BGH vom 7.7.1992 (Warenzeichenerwerb), BGHZ 117, 119: Melitta erwirbt von einem anderen Unternehmen das Warenzeichen „Frapan“ für Aluminiumfolien,

Kunststofffolien usw. Der Verkäufer hatte damit einen Jahresumsatz von 4,7 Mio DM, Melitta zuvor bereits einen Jahresumsatz von 104 Mio DM. Der BGH untersagte den Erwerb. Die Prüfung des Vermögenserwerbs sei nicht erwerbsbezogen, sondern marktbezogen zu beurteilen.

- Es komme nicht allein darauf an, wie die Proportionen im Vermögen des Verkäufers seien, das heißt ein wie großer Teil des Vermögens vom Verkäufer weggehe. Es hänge nämlich vom Zufall ab, wie groß das Vermögen des Verkäufers insgesamt sei.
- Nicht die Auswirkungen auf die Marktstellung des konkreten Erwerbers seien entscheidend, sondern die abstrakte Eignung des veräußerten Vermögensteils, die Stellung eines Erwerbers auf dem relevanten Markt zu verstärken.

Maßgeblich sei deshalb, ob der Vermögenserwerb einem Erwerber die Möglichkeit gebe, in die Marktstellung des Verkäufers an dessen Stelle einzutreten. „Vermögen zu einem wesentlichen Teil“ sei solches Vermögen, das tragende Grundlage der Stellung des Verkäufers auf dem relevanten Markt ist und demgemäß geeignet sei, diese Marktstellung von dem – aus dem Markt ausscheidenden – Verkäufer auf einen Erwerber zu übertragen.

Als Konsequenz des Urteils wird man sagen können, dass auch der Erwerb von Unternehmensvermögen, das numerisch nur einen kleinen Teil des Verkäufervermögens ausmacht, den Erwerbstatbestand erfüllen kann. Der Erwerb bestimmt sich nicht allein anhand rein quantitativer, sondern auch anhand qualitativer, eben marktbezogener Größen.

2. Erwerb

Der „Erwerb“ setzt den Übergang des Vollrechts voraus, muss also auf der dinglichen Ebene wirksam erfolgt sein. Ansonsten ist die Art des Erwerbs gleichgültig. Er kann durch Verkauf, Verschmelzung (§§ 2 ff. UmwG = Nomos Nr. 46), übertragende Umwandlung, §§ 174 ff. UmwG eintreten. Erfasst wird allein der abgeleitete Vermögenserwerb.

Erwerb kraft Gesetzes, zum Beispiel aufgrund Erbfalls, fällt nicht unter die Fusionskontrolle, da es kein abgeleiteter Erwerb ist.

Die formwechselnde Umwandlung (§§ 190 ff. UmwG) ändert dagegen die Identität der Gesellschaft nicht und ist deshalb kein Zusammenschluss. Der Inhaber des Unternehmens bleibt sozusagen derselbe und ändert lediglich sein äußeres Rechtskleid.

II. Kontrollerwerb, § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB

Ein Zusammenschluss liegt auch vor, wenn die „*unmittelbare oder mittelbare Kontrolle ... über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen*“ erworben wird.

Ein eindeutiger Fall ist der Erwerb der Stimmenrechtsmehrheit. Aber auch eine Minderheitsbeteiligung kann zum Kontrollerwerb führen, sofern sie aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen dem Erwerber eine maßgebliche Einflussmöglichkeit auf das Beteiligungsunternehmen eröffnet. Davon ist zum Beispiel auszugehen, wenn die Minderheitsbeteiligung wegen der niedrigen Hauptversammlungspräsenz in der Regel eine Hauptversammlungsmehrheit verleiht.

III. Anteilserwerb, § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB

§ 37 Abs. 1 Nr. 3 enthält einen in der Praxis wichtigen Zusammenschlusstatbestand. Er erfasst den Erwerb von Anteilen jeder Art an Unternehmen.

- Unter „*Anteilen*“ sind sowohl Stimmrechte als auch Kapitalanteile zu verstehen, zwischen denen nicht differenziert wird. Auch der Erwerb bloßer Kapitalanteile oder der Erwerb bloßer Stimmrechte ohne jede Kapitalbeteiligung (Treuhandverhältnisse) fallen unter die Vorschrift.
- Die Vorschrift stellt im Einzelnen darauf ab, welche prozentuale Beteiligung das erwerbende Unternehmen durch den Anteilserwerb an dem anderen Unternehmen erwirbt. Dabei werden bereits gehaltene und erworbene Anteile zusammengerechnet. Das Erreichen von 25% – 49,99% und von 50% ist jeweils ein eigener Zusammenschlusstatbestand. Das Wachsen der Anteilsquote kann also zweimal fusionskontrollrechtliche Folgen auslösen. Die Zahlengrenze von 25% ist ganz formal zu verstehen, ohne materielle Prüfung der Einflussmöglichkeiten. Auch die Aufstockung einer 24,99%-Beteiligung um 0,01% auf 25% ist ein Zusammenschluss. Bei dem anderen Tatbestand ist der Einfluss bereits durch die Höhe der Beteiligung vorgegeben.

IV. Wettbewerbslich erheblicher Einfluss, § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB

§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB kennt schließlich noch einen Auffangtatbestand („*sonstige Verbindung*“). Ein Unternehmen besitzt einen wettbewerbslich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen, wenn es trotz seiner geringen, namentlich unter der Schwelle von § 37 Abs. 1 Nr. 3b GWB liegenden Beteiligung aufgrund rechtlicher oder tatsächlicher Umstände die gesicherte Fähigkeit erlangt, seine eigenen Interessen bei der Entscheidung über den Einsatz der Ressourcen des anderen Unternehmens im Wettbewerb zur Geltung zu bringen.

Paradigma der gesetzlichen Regelung sind Minderheitsbeteiligungen knapp unter der 25%-Schwelle (sog. 24,9% Fälle), in denen diese Minderheitsbeteiligung mit besonderen Informations-, Mitsprache- und Kontrollrechten des Erwerbers verbunden wird.

C. Zusammenschlussvolumen

Die Fusionskontrolle greift nur für Zusammenschlüsse bestimmter Größenordnungen, die von § 35 GWB näher geregelt werden. Danach werden nur Fusionen erfasst, die ein Großunternehmen zur Folge und Auswirkungen auf den deutschen Markt hätten.

Maßgebend ist, dass die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen € haben, **§ 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB**. Weiterhin muss mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen € erzielt haben und ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 5 Millionen €, **§ 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB**.

Einzelheiten der Berechnung bestimmen sich nach **§ 38 GWB**. „Umsatzerlöse“ (**§ 277 Abs. 1 HGB**) sind ein tauglicher Gradmesser für die wettbewerbliche Relevanz von Fusionen, weil sie die Erlöse aus der gewöhnlichen und für das Unternehmen typischen Geschäftstätigkeit sind.

D. Kontrollmaßstab

I. Erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs

Ein Zusammenschluss, „*durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde*“, ist zu untersagen, **§ 36 Abs. 1 Satz 1 GWB**. Die Regelung stimmt das deutsche Recht auf die Anforderungen des europäischen Rechts ab, um eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung auf deutscher und europäischer Ebene zu erleichtern, *Regierungsentwurf und Begründung eines Achten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 31.5.2012, BT-Drucks. 17/9852, S. 28. Die Regelung erlaubt eine Untersagung von Fusionen auch in den seltenen wettbewerblich schädlichen Konstellationen, in denen die Voraussetzung der Einzelmarktbeherrschung nicht erfüllt sind, *Regierungsentwurf und Begründung eines Achten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 31.5.2012, BT-Drucks. 17/9852, S. 28. Dies kann etwa bei konglomeraten Zusammenschlüssen (zu solchen Zusammenschlüssen gleich) oder bei crossmedialen Fusionen (zur Springer/ProSiebenSat.1-Fusion später) der Fall sein.

II. Marktbeherrschende Stellung

Der Zusammenschluss ist „*insbesondere*“ (Regelbeispiel) zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass er „*eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt*“, **§ 36 Abs. 1 Satz 1 GWB**. Der Zusammenschluss muss erwarten lassen, eine marktbeherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken. Indem das Gesetz ausdrücklich die marktbeherrschende Stellung als maßgebliches Kriterium nennt, nimmt es auf die Regelungen in **§ 18 GWB**

Bezug. Der Begriff der Marktbeherrschung ist in beiden Normenbereichen grundsätzlich derselbe.

1. Erwartung

Die bloße Erwartung reicht, so dass nicht vorhersehbare spätere Veränderungen keine Rolle spielen. Die Voraussetzung belastet die Rechtsanwendung freilich mit einer Prognose, die naturgemäß mit großen Unsicherheiten verbunden ist. Die Praxis greift soweit wie möglich auf Erfahrungsregeln zurück.

So entspricht es zum Beispiel allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung, dass bei einem Zusammenschluss von Konkurrenten in der Regel eine Addition ihrer Marktanteile und Umsätze zu erwarten ist, weil das zusammengeschlossene Unternehmen zumindest denselben Marktanteil und dieselben Umsätze wie die beiden zuvor selbstständigen Unternehmen erreichen wird. Unter bestimmten Umständen sind auch die Ressourcen der Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft zuzurechnen.

Nach BGH vom 19.6.2012 (Haller Tagblatt), WuW 2012, 1189, 1191 f. = WuW/E DE-R 3695, 3697 f. Rn. 17 ff. sind konkrete Anhaltspunkte erforderlich, dass infolge des Zusammenschlusses mit einer einiger Wahrscheinlichkeit eine Veränderung von Umständen zu erwarten ist, die dem marktbeherrschenden Unternehmen eine günstigere Wettbewerbssituation verschaffen.

2. Kausalität

§ 36 Abs. 1 GWB wendet sich nur gegen solche Veränderungen, die auf dem Zusammenschluss beruhen („durch den“).

Die Prüfung der Kausalität bereitet namentlich bei Sanierungsfusionen Schwierigkeiten. In solchen Fällen kann es an der Kausalität fehlen, wenn das übernommene Unternehmen ohne den Zusammenschluss zusammengebrochen und seine Marktanteile infolgedessen ohnehin dem Erwerber zugewachsen wären. Die Kausalität ist aber anzunehmen, wenn sich die Marktanteile des übernommenen Unternehmens im Falle des Zusammenbruchs voraussichtlich auf alle Konkurrenten verteilt hätten.

3. Begründung/Verstärkung der Marktbeherrschung

Die Fusionskontrolle erfasst neben der Begründung auch die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Das Gesetz will für den letztgenannten Fall auch den noch vorhandenen Restwettbewerb auf dem bereits gefährdeten Markt schützen.

- Deshalb liegt eine Verstärkung bereits in jeder Veränderung der die Marktmacht bestimmenden Größen, die zur Folge hat, dass die machtnutralisierende Wirkung des Wettbewerbs in höherem Maße eingeschränkt wird als vor dem Zusammenschluss. Auch die Beseitigung potenzieller Konkurrenz am Marktrand durch den Zusammenschluss kann daher zur Verstärkung einer schon bestehenden marktbeherrschenden

Position durch die Erweiterung des Verhaltensspielraums des betreffenden Unternehmens führen.

- Die Verstärkung der Marktbeherrschung steht in der Praxis im Vordergrund, weil an Unternehmenszusammenschlüssen in der Regel Unternehmen beteiligt sind, die sich ohnehin bereits in einer marktbeherrschenden Position befinden und für die der Zusammenschluss mit anderen Unternehmen lediglich ein Mittel zum weiteren Ausbau ihrer schon bestehenden Machtposition ist.

4. Horizontale, vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse

Das Erlangen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung lässt sich in Abhängigkeit von der strukturellen Art des Zusammenschlusses unterschiedlich schwer beurteilen. Bei dem Umgang mit Urteilen und Literaturbeiträgen sollte deshalb stets darauf geachtet werden, auf welche Form von Zusammenschluss sie sich beziehen.

- Im Vordergrund der Praxis stehen die sog. horizontalen Zusammenschlüsse. Unternehmen gleicher Marktstufe schließen sich zusammen, zum Beispiel Hersteller konkurrierender Produkte. Hier lassen sich Marktanteile vergleichsweise einfach zusammenrechnen.
- Es gibt aber auch vertikale Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen unterschiedlicher Marktstufen, zum Beispiel eine Fusion zwischen dem Herstellerunternehmen und einer Handelskette. Hier sind nicht nur die Auswirkungen auf zwei isolierten Märkten zu beurteilen, sondern gerade die Verbindung von Hersteller- und Vertriebsunternehmen. Der Zusammenschluss kann den beteiligten Unternehmen den Vorteil besserer Absatzwege oder Bezugsquellen bringen. Dieser Zuwachs an „Marktstärke“ lässt sich schwer quantifizieren.

Nach § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB kann sich eine marktbeherrschende Stellung zum Beispiel auch aus dem „Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten“ ergeben, also aus speziellen Verbindungen mit Unternehmen, die auf einer anderen Wirtschaftsstufe tätig sind.

- Schließlich gibt es konglomerate Zusammenschlüsse. Sie werfen nochmals andere und sehr komplexe Schwierigkeiten auf, weil sie sowohl vertikale als auch horizontale Momente in sich bergen. Es war bislang unmöglich, für solche Zusammenschlüsse allgemeine Regeln zu entwickeln.

III. Abwägungsklausel

Nach **§ 36 Abs. 1 Nr. 1 GWB** ist ein Zusammenschluss nicht zu untersagen, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss *„auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen“*.

Die Vorschrift soll dem BKartA die Möglichkeit eröffnen, die positiven und negativen Aspekte eines Zusammenschlusses gegeneinander abzuwägen und bei einem Überwiegen der positiven Aspekte auf ein Verbot des

Zusammenschlusses zu verzichten. Sie wird von den Gerichten jedoch sehr restriktiv gehandhabt und hat deshalb geringe Bedeutung.

1. Wettbewerbsbedingungen

Es kommt allein auf die „*Wettbewerbsbedingungen*“ an. Sonstige öffentliche Interessen können im Rahmen der Abwägungsklausel keine Berücksichtigung finden.

Beispiele für solche unbeachtlichen Kriterien sind unter anderem Erwägungen der Arbeitsmarktpolitik, Strukturpolitik, Regionalpolitik oder Medienpolitik. Sie sind allein im Rahmen der Ministererlaubnis relevant (siehe unten).

Ebenso sind Vorteile unbeachtlich, die sich für die zusammengeschlossenen Unternehmen ergeben, wenn damit keine Verbesserung der allgemeinen Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt verbunden ist.

2. Beispiele

Es gibt durchaus Beispiele für die Verbesserung der allgemeinen Wettbewerbsbedingungen durch den Zusammenschluss von Unternehmen.

In BGH vom 12.12.1978 (Erdgas Schwaben), BGHZ 73, 65, 78 f. war von Gas- und Elektrizitätsversorgungsunternehmen ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet worden mit dem Ziel, eine echte Konkurrenz zu dem den Wärmemarkt dominierenden Öl zu schaffen.

In BGH vom 8.2.1994 (Panorama-Anzeigenblätter II), WuW 1994, 447, 450 f. = WuW/E BGH 2899, 2902 f. war der Zusammenschluss dazu angetan, die gefährdete Position einer Zweitzeitung gegenüber der übermächtigen Erstzeitung zu sichern.

IV. Sonderregeln

Nach **§ 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB** ist die Fusion nicht zu untersagen, wenn sie einen Bagatellmarkt betrifft. **§ 36 Abs. 1 Nr. 3 GWB** regelt den Sonderfall der Pressesanierung.

Die betreffenden Fusionen fallen aber grundsätzlich unter die §§ 35 ff. GWB und sind insbesondere anmeldepflichtig.

E. Zusammenschlusskontrolle bei Presseunternehmen

Für die Fusion von Medienunternehmen sind bestimmte Besonderheiten zu beachten. Sie sollen für den Bereich der Presse skizziert werden, weil sich hier wichtige kartellrechtliche Sonderfragen stellen.

Die Fusion von Rundfunkunternehmen unterliegt dagegen noch zusätzlichen mediengesetzlichen Anforderungen. Sie sind in den **§§ 26 ff. RStV geregelt** und werden im Rahmen des Teilschwerpunkts nicht behandelt. Zu Überblick und Einzelheiten *Beater*, Medienrecht, 2016, Rdnr. 917 ff., 927 ff.

Tacke, Die Marktabgrenzung im Rundfunk- und Pressebereich und ihre Bedeutung im Rahmen der deutschen Fusionskontrolle, Greifrecht 2007, 10 ff.

I. Gesetzliche Sonderregel

§ 38 Abs. 3 GWB sieht vor, dass für „den Verlag, die Herstellung und den Vertrieb von Zeitungen, Zeitschriften und deren Bestandteilen“ das Achtfache der Umsatzerlöse anzusetzen ist. Die Vorschriften bewirkt, dass bei einer Fusion von Presseunternehmen bereits Zusammenschlüsse kontrolliert werden, die bei vergleichbaren Fusionen von Unternehmen anderer Branchen als ökonomisch unbedeutend angesehen und daher nicht überprüft würden.

Der Gesetzgeber ging 1973 davon aus, dass auf dem Pressesektor weitgehend mittlere und kleine Unternehmen tätig seien und es „in besonderem Maße auf die Vielfalt des Angebots auch im regionalen und lokalen Bereich“ ankomme, *Regierungsentwurf und Begründung eines Dritten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 11.12.1974, BT-Drucks. 7/2954, S. 5. Die auf den Zusammenschluss von Großunternehmen zugeschnittene Fusionskontrolle wurde daher als anpassungsbedürftig angesehen. 2013 wurden die Schwellenwerte verändert, um den Verlagen angemessene Spielräume zur „Stabilisierung ihrer wirtschaftlichen Basis durch Zusammenschlüsse“ zu ermöglichen und ihre „Wettbewerbsfähigkeit mit anderen Medien“ (Internet) zu steigern, *Regierungsentwurf und Begründung eines Achten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 31.5.2012, BT-Drucks. 17/9852, 29. Pressefusionen werden nunmehr seltener überprüft, als dies vorher der Fall war. Gleichwohl unterliegen Verlage nach wie vor einem Sondermaßstab.

II. Die „Auflagen-Anzeigen-Spirale“

Ein typisches Presseunternehmen ist gleichzeitig auf zwei verschiedenen Märkten tätig, nämlich auf dem Lesermarkt und dem Anzeigenmarkt. Beide Märkte hängen eng miteinander zusammen. Das macht die kartellrechtliche Beurteilung von Fusionen von Presseunternehmen kompliziert.

Die Presse finanziert sich in der Regel sowohl aus Entgelten ihrer Käufer als auch durch Werbeeinnahmen, die sie von ihren Inserenten erhält. Leser- und

Anzeigenmarkt wiederum stehen für Zeitungsunternehmen in einer engen Wechselbeziehung, BGH vom 18.12.1979 (Elbe Wochenblatt I), BGHZ 76, 55, 74 f. mwN. Je größer die Auflage und der Leserkreis einer Zeitung sind, umso größer ist auch der Verbreitungsgrad der in ihr abgedruckten Werbeanzeigen. Da eine Zeitung mit hoher Auflage höhere Preise für Annoncen verlangen kann als ein wenig gelesenes Blatt, werden bei steigender Auflage auch die Werbeeinnahmen steigen und die fixen Stückkosten pro Zeitungsausgabe niedriger werden. Zugleich ermöglicht das Ansteigen von Werbeeinnahmen Verbesserungen der redaktionellen Qualität und auf diese Weise ein Erhöhen der Auflage, was wiederum die Möglichkeit von Werbeeinnahmen steigert. Derselbe Zusammenhang kann aber auch in umgekehrter Richtung wirken. Lässt die redaktionelle Qualität nach, so sinken die Auflage und mit ihr die Werbeeinnahmen, was wiederum ein weiteres Absinken der redaktionellen Güte zur Folge haben kann. Lesermarkt und Werbemarkt beeinflussen einander.

III. Marktabgrenzungen

Das Kartellrecht tendiert auch in Bezug auf die Presse zu einer engen Definition der relevanten Märkte. Für die Marktabgrenzung ist im Ausgangspunkt zwischen Anzeigenmarkt und Lesermarkt zu trennen, die von den Gerichten unterschiedlich definiert und behandelt werden.

1. Anzeigenmarkt

Für den Anzeigenmarkt wird nach Inhalt und Regionalität der Werbenachfrage und räumlicher und qualitativer Differenzierung des Werbeträgers getrennt. Man unterscheidet unter anderem zwischen lokalen, regionalen und überregionalen Anzeigen und zwischen unterschiedlichen Werbeeinhalten, etwa zwischen Stellen- und Einzelhandelsangeboten. Im Ergebnis wird der relevante Anzeigenmarkt eng definiert. Das Bundeskartellamt sieht beispielsweise überregionale Stellenanzeigen in Abonnements-Tageszeitungen für Fach- und Führungskräfte als einen eigenen Anzeigenmarkt an, BKartA vom 26.1.1999 (Stellenmarkt für Deutschland), WuW 1999, 528, 530 = WuW/E DE-V 100, 102.

2. Lesermarkt

Für den Lesermarkt wird streng nach dem Zuschnitt der betreffenden Blätter unterschieden.

Wie im Presserecht ist zunächst zwischen Zeitungen und Zeitschriften zu trennen. Beide unterscheiden sich vor allem darin, dass die Zeitung den Charakter eines Tagebuchs hat, die Zeitschrift dagegen nicht.

- Es ist zwischen Tageszeitungen und politischen Wochenzeitungen zu trennen, weil Tageszeitungen stärker der Aktualität verpflichtet sind, BGH vom 2.10.1984 (Gruner & Jahr I), BGHZ 92, 223, 238 f.
- Straßenverkaufszeitungen bewegen sich auf anderen Märkten als Abonnementzeitungen und als Sonntagszeitungen, Wochenzeitungen und Fachzeitschriften.
- Wichtig ist ferner die Unterscheidung von Zeitungen mit lokalem und regionalem Zuschnitt einerseits und andererseits Zeitungen mit überregionaler Berichterstattung. Regionale Abonnement-Tageszeitungen befriedigen das spezifische Bedürfnis des im Verbreitungsgebiet der Zeitung wohnenden Lesers, über die lokal und regional bedeutsamen Ereignisse und Meldungen unterrichtet zu werden. Sie bewegen sich daher in einem anderen Markt als überregional ausgerichtete Blätter.

3. Beispiel

Die Enge und Einzelheiten der Marktabgrenzung lassen sich am Beispiel von BGH vom 29.9.1981 (Zeitungsmarkt München), BGHZ 82, 1 ff. illustrieren. Im Streitfall wollte der Eigentümer der „Bild“-Zeitung Anteile an einem Unternehmen erwerben, das Tageszeitungen mit regionaler und lokaler Berichterstattung in der Region München verlegte. Die Tageszeitung „Bild“ hatte seinerzeit bei den Straßenverkaufszeitungen bundesweit einen Marktanteil von 75% und war im überwiegenden Teil Deutschlands keinem Wettbewerb von Straßenverkaufszeitungen ausgesetzt. Nur auf wenigen – wenn auch bedeutsamen – Regionalmärkten (Berlin, Düsseldorf, Frankfurt, Köln/Bonn, München) stand sie in Wettbewerb zu lokalen Verkaufszeitungen, dem sie durch die Herausgabe von Regionalausgaben der „Bild“-Zeitung begegnete.

Wenn nun „Bild“ allein mit anderen Straßenverkaufszeitungen in der Region München konkurriert hätte, dann wäre eine marktbeherrschende Stellung zumindest begründet worden und die Fusion unzulässig gewesen. Wenn „Bild“ dagegen auch mit sämtlichen überregionalen, regionalen und lokalen Tageszeitungen und sowohl mit Straßenverkaufs- als auch mit Abonnementzeitungen in Konkurrenz gestanden hätte, dann wäre eine marktbeherrschende Stellung wohl abzulehnen und die Fusion zulässig gewesen.

Der BGH hielt die enge Betrachtung für maßgeblich. Er nahm in Bezug auf die Leserschaft an, dass Straßenverkaufszeitungen einen eigenen sachlichen Markt bilden, da sie nicht denselben Bedarf ansprechen wie andere Zeitungen. Sie zielten auf „völlig andersartige“ Bedürfnisse als Sonntagszeitungen, Wochenzeitungen und die verschiedenen Arten von Zeitschriften. Zugleich sei in Bezug auf Tageszeitungen davon auszugehen, dass die Straßenverkaufszeitungen und die Abonnementzeitungen jeweils eigene Märkte bildeten, weil sich diese Zeitungen in der Breite und Tiefe der Berichterstattung, in der Art der Darstellung und in den Nachrichten- und Berichtsschwerpunkten wesentlich voneinander unterschieden. Sie dienten also unterschiedlichen Bedürfnissen und würden demgemäß von einem sehr erheblichen Teil der Nachfrage gegeneinander nicht ohne Weiteres als funktionell austauschbar angesehen.

IV. Fusionsrechtliche Gesamtbewertung beider Märkte

Anzeigen- und Lesermarkt sind fusionsrechtlich abhängig voneinander zu bewerten, weil sich die Stellung auf einem der beiden Märkte auch auf die Stellung auf dem jeweils anderen Markt auswirken kann, BGH vom 18.12.1979 (Elbe Wochenblatt I), BGHZ 76, 55, 70; BGH vom 2.10.1984 (Gruner & Jahr I), BGHZ 92, 223, 230. Die Prüfung, ob die Fusion negative wettbewerbliche Effekte im Sinne von § 36 Abs. 1 GWB erwarten lässt, muss daher auf beide Märkte zusammen abstellen. Maßgebend ist die Gesamtschau bei Berücksichtigung der konkreten Auswirkungen auf die im Streitfall betroffenen Märkte. Eine marktbeherrschende Stellung eines Presseunternehmens kann im Einzelfall bereits in Betracht kommen, wenn eine entsprechende Entwicklung nur auf einem der beiden Märkte zu erwarten ist, BGH vom 29.9.1981 (Zeitungsmarkt München), BGHZ 82, 1, 3 f. Eine zwingende Regel ist dies jedoch nicht.

Die Beurteilung kann beispielsweise von der Art der Finanzierung beziehungsweise davon abhängen, in welchem Ausmaß sich das betroffene Unternehmen, seine Konkurrenten und die jeweiligen Zeitungen und Zeitschriften durch Verkaufs- oder Anzeigenerlöse finanzieren.

Ein weiteres Kriterium kann eine starke Bindung des Lesers an „seine“ Zeitung sein.

Zu beachten ist unter Umständen auch die „Profilierung“ der betreffenden Zeitungen im Markt. Ein Erwerb von Anteilen an einem Unternehmen, das eine beherrschende Stellung auf dem Lesermarkt hat, muss nicht unbedingt dazu führen, dass der Erwerber des Unternehmensanteils nun seinerseits eine stärkere Position auf dem betroffenen Lesermarkt erlangt. Beispielsweise werden profilierte Blätter, etwa „Stern“, „Zeit“ und „Spiegel“, im Interesse ihres wirtschaftlichen Erfolges jeweils selbstständig unter Wahrung ihrer jeweiligen Besonderheiten geführt. Die Stellung solcher Blätter auf dem Markt wird daher weniger durch unternehmerische Beteiligungsverhältnisse, als vielmehr durch die Zahl der erscheinenden Blätter und deren Marktanteil geprägt, BGH vom 2.10.1984 (Gruner & Jahr I), BGHZ 92, 223, 235.

F. Springer/ProSiebenSat.1

BKartA und Rechtsprechung prüfen in Sonderfällen auch, ob und gegebenenfalls welche Auswirkungen die Fusion auf die so genannte Substitutionskonkurrenz hat. Dabei geht es um Auswirkungen, die nicht auf den relevanten, sondern auf anderen Märkten eintreten, den Substitutionsmärkten. Bedeutung hat dies bislang namentlich gehabt, wenn die Verstärkung einer marktbeherrschenden Position infrage stand. In Zukunft werden solche Fälle möglicherweise anhand des Kriteriums der erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs beurteilt werden. In diesen Konstellationen lassen sich die

wettbewerbsschädlichen Wirkungen nicht sicher erfassen, wenn man nur auf die relevanten Märkte achten würde.

Es ist dem Konsumenten stets möglich, eine Sache zumindest entfernt durch eine andere zu ersetzen, die nicht zu demselben Markt gehört. Wer etwa kein Brot vom Monopolisten kaufen will, kann stattdessen auf Brötchen, Müsli oder Vollkornkekse ausweichen. Man spricht in solchen Fällen von Substitutionskonkurrenz und Substitutionswettbewerb. Bloße Substitute sind nach allgemeiner Ansicht nie als marktgleichwertig anzusehen, weil die Hemmschwelle beim Überwechseln zu Substituten in der Regel zu groß ist. Zugleich kann der Substitutionswettbewerb niemals so wesentlich sein, dass er eine Marktbeherrschung ausschließt.

Diese Sondermaßstäbe können Bedeutung für die Fusion von Medienunternehmen haben. Die Kartellbehörden und die Gerichte gehen stets davon aus, dass Zeitungen nicht mit dem Rundfunk und den Telemedien in Wettbewerb stehen. Beispielsweise betreffen Fernsehwerbung und Zeitungswerbung kartellrechtlich zwei unterschiedliche Märkte. Wenn nun ein marktbeherrschendes Fernsehunternehmen mit einer marktbeherrschenden Zeitung fusioniert, dann verändert sich grundsätzlich weder die Stellung des Fernsehunternehmens auf dem Fernsehwerbemarkt noch die Stellung der betreffenden Zeitung auf dem Zeitungswerbemarkt.

BKartA vom 19.1.2006 (Springer/ProSiebenSat.1), WuW 2006, 405 ff. = WuW/E DE-V 1163 ff.; BGH vom 8.6.2010 (Springer/ProSiebenSat.1 II), WuW 2010, 1261 ff. = WuW/E DE-R 3067 ff. betrifft einen solchen intermediären Zusammenschluss. Im Streitfall ging es um ein unternehmerisches Expansionsvorhaben des Springer-Konzerns. Springer ist vor allem im Printbereich national und international tätig. Das Unternehmen ist unter anderem Eigentümer der Bild-Zeitung und hat mit diesem Blatt eine beherrschende Stellung auf dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen und auf dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Zeitungen. Der Springer-Konzern wollte sämtliche Stammaktien der ProSiebenSat.1 Media AG erwerben. Die betreffenden Fernsehsender hatten zusammen auf dem Fernsehwerbemarkt einen Marktanteil von ca. 44%. Sie waren damit Marktführer und hatten zusammen mit einer anderen Sendergruppe auch eine kollektiv marktbeherrschende Stellung.

Das BKartA untersagte das Vorhaben. Der Zusammenschluss des größten deutschen Zeitungsverlags mit dem führenden deutschen TV-Unternehmen führte in seinen Augen zwar nicht zu Marktanteilsadditionen, wohl aber aufgrund marktübergreifender Effekte zu Verstärkungen einer kollektiven Marktbeherrschung auf dem Fernsehwerbemarkt sowie der marktbeherrschenden Stellungen auf dem bundesweiten Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen und auf dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Tageszeitungen.

- Die marktbeherrschende Stellung von ProSiebenSat.1 auf dem Fernsehwerbemarkt wäre durch den Zusammenschluss mit Springer noch weiter zementiert worden. Unter anderem hätte die Fusion cross-mediale Werbekampagnen zwischen ProSiebenSat.1 und der Bild-Zeitung erlaubt, die vorher nicht möglich waren. Zugleich hätte der Zusammenschluss auch die bis dahin bestehende Randsubstitution auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt durch die Bild-Zeitung entfallen lassen. ProSiebenSat.1 und die RTL-Sendergruppe hätten dann bei der Preisgestaltung für Fernsehwerbung keine Rücksicht mehr auf die Preisgestaltung für Anzeigen in der Bild-Zeitung nehmen müssen, was ihre Duopolstellung weiter verstärkt hätte.
- Für den Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen hätte die Fusion die marktbeherrschende Stellung des Springer-Konzerns verstärkt. Das BKartA rechnete auch insoweit mit gegenseitigen Beeinflussungen zwischen den konglomeraten Märkten. Insbesondere maß es der Möglichkeit der Cross-Promotion abermals wichtige Bedeutung zu. Es handele sich um eine wirtschaftlich und wettbewerblich vorteilhafte Ressource, die bei wirtschaftlich vernünftigem Verhalten auch genutzt werde.
- Gleiches nahm das BKartA im Ergebnis schließlich auch im Hinblick auf den Anzeigenmarkt für Zeitungen an. Hier sei namentlich zu berücksichtigen, dass der Springer-Konzern entgegen dem Branchentrend seine Werbetätigkeit seit 2002 noch ausweiten konnte. Außerdem ermögliche die Fusion cross-mediale Werbekampagnen. Dies erlaube es, die Werbung für Produkte von nichtkonzernzugehörigen Werbetreibenden abgestimmt über mehrere Medien zu vermitteln, was die dominante Stellung der an der Fusion beteiligten Unternehmen auf ihren Werbemärkten nochmals verstärke.

G. Verfahren, Untersagungsverfügung

I. Anmeldung

Sind die §§ 35 ff. GWB auf einen Zusammenschluss anwendbar, so ist der Zusammenschluss dem BKartA vor dem Vollzug anzumelden, **§ 39 Abs. 1 Satz 1 GWB**. Das Gesetz sieht auf diesem Wege ausschließlich eine präventive Zusammenschlusskontrolle vor. Wirkungen von Zusammenschlüssen, die im Nachhinein untersagt würden, wären häufig nicht mehr zu beseitigen. Das Entflechten kann den früheren Zustand insbesondere nicht wiederherstellen, wenn das erworbene Unternehmen in das Unternehmen des Erwerbers integriert wird.

- Wer zur Anmeldung verpflichtet ist, bestimmt sich nach **§ 39 Abs. 2 GWB**. Der Inhalt der Anmeldung ist in **§ 39 Abs. 3 GWB** festgelegt.
- Die Anmeldung bewirkt einen erheblichen Beschleunigungsdruck auf das BKartA. Ist der Zusammenschluss „vollständig“ angemeldet worden, so darf das BKartA den Zusammenschluss nur untersagen, wenn es innerhalb einer Frist von einem Monat seit Eingang der Anmeldung mitteilt, dass es in die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens eingetreten ist (**§ 40 Abs. 1 Satz 1 GWB**) und die Untersagungsverfügung innerhalb einer Frist von vier

Monaten seit Eingang der Anmeldung ergeht, **§ 40 Abs. 2 Satz 2 GWB**. In bestimmten Ausnahmefällen kann das BKartA auch eine spätere Untersagungsverfügung erlassen, **§ 40 Abs. 2 Satz 4 GWB**.

II. Untersagung, Freigabe

1. Gebundene Entscheidungen

Das BKartA hat den Zusammenschluss zu untersagen oder ihn freizugeben, **§ 40 Abs. 2 Satz 1 GWB**. Es handelt sich in beiden Fällen um gebundene Entscheidungen. Die Freigabe wird unter bestimmten Umständen unwiderlegbar vermutet, **§ 40 Abs. 2 Satz 2 GWB**.

2. Vollzugsverbot

Für den Zusammenschluss besteht, solange er vom BKartA nicht freigegeben ist, ein Vollzugsverbot, **§ 41 Abs. 1 Satz 1 GWB**. Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind unwirksam, **§ 41 Abs. 1 Satz 2 GWB**. Ist ein Zusammenschluss, der nach § 36 Abs. 1 GWB zu untersagen wäre, schon vollzogen, so besteht grundsätzlich eine Auflösungsverpflichtung, **§ 41 Abs. 3 Satz 1 GWB**.

3. Untersagungsabwendende Zusagen

Eine Untersagungsverfügung kann unter Umständen abgewendet werden, wenn die beteiligten Unternehmen oder eines davon in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag mit dem BKartA verbindlich zusagen, die Untersagungs Voraussetzungen binnen angemessener Frist zu beseitigen. Diese Zusagen müssen geeignet sein, die Untersagungs Voraussetzungen zu beseitigen und zwar dadurch, dass entweder die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung entfällt oder überwiegende Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten.

- Ohne Weiteres zulässig sind sog. Vorfristzusagen, das heißt Zusagen vor Ablauf der Untersagungsfrist. Das BKartA sichert dann gegebenenfalls zu, nach Vollzug der Zusagen keine Untersagungsverfügung zu erlassen. Im Zeitpunkt des Fristablaufs sind die Untersagungs Voraussetzungen dann nicht mehr gegeben.

Die sog. Nachfristzusagen müssen dagegen zwingend in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags, also unter anderem in Schriftform (**§ 57 VwVfG**), gegeben werden. Behandlung und Zulässigkeitsanforderungen solcher Zusagen sind umstritten.

- Die Zusagen müssen sich auf Erhaltung oder Gestaltung von Wettbewerbsbedingungen beziehen, die bloße Festlegung unternehmerischen Verhaltens reicht nicht. Typisch sind insbesondere Veräußerungszusagen.

- Der BWM hat das BKartA angewiesen, Zusagen im Fusionskontrollverfahren zu veröffentlichen.

III. Ministererlaubnis

Nach § 42 GWB kommt eine Erlaubnis des Zusammenschlusses durch den BWM in Betracht, wenn eine Untersagungsverfügung des BKartA ergangen ist. Sie setzt eine Abwägung zwischen den Wettbewerbsbeschränkungen und den gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses voraus oder ein überragendes Interesse der Allgemeinheit. Der BWM hat nach h.M. bei seiner Entscheidung kein Ermessen!

„Gesamtwirtschaftliche Vorteile“ können zum Beispiel sein die Erhaltung eines volkswirtschaftlich besonders wertvollen technischen Potentials oder Know-hows, die Sanierung der beteiligten Unternehmen, die Sicherung gesamtwirtschaftlich notwendiger Wirtschaftsbereiche.

Als „Interessen der Allgemeinheit“ können sozialpolitische Gründe wie zum Beispiel das Sichern von Arbeitsplätzen, regional-, militär- und gesundheitspolitische Erwägungen von Bedeutung sein.

Ob auch medienpolitische Überlegungen die Erlaubnis rechtfertigen können, ist bislang offen. Das besondere Bedürfnis nach Staatsfreiheit der Medien mahnt insoweit zumindest zu äußerster Zurückhaltung, siehe Engel ZWeR 2003, 448, 473 ff.

H. Verhältnis zu den §§ 1 ff. GWB, Gemeinschaftsunternehmen

§ 36 Abs. 1 GWB basiert für die Beurteilung von Fusionen auf einem großzügigen Maßstab. Fusionen, von denen zu erwarten ist, dass sie keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken, sind in der Regel erlaubt. Darüber hinaus können selbst Fusionen zulässig sein, die zwar eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken, aber gleichwohl mit überwiegenden Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen verbunden sind. Dagegen liegt den §§ 1 ff. GWB eine ungleich strengere Wertung zugrunde. Danach sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen grundsätzlich verboten (§ 1 GWB) und ihnen zugrundeliegende Rechtsgeschäfte unwirksam, § 134 BGB. Etwas anderes gilt nur, wenn ein in den §§ 2 f. GWB geregelter Freistellungstatbestand eingreift.

Dieser Wertungsunterschied wird relevant, wenn eine Kooperation sowohl als eine „Vereinbarung“ oder ein „Beschluss“ im Sinne von § 1 GWB angesehen werden könnte als auch die Voraussetzungen des Zusammenschlusstatbestands nach § 37 GWB erfüllen würde.

- Ein Zusammenschluss schafft eine dauerhafte, strukturelle Verbindung von Unternehmen, die nicht ohne Weiteres rückgängig gemacht werden kann. Zugleich unterliegt das Verfahren der Zusammenschlusskontrolle in einem

besonderen Maß dem Beschleunigungsgebot und dem Gebot der abschließenden Beurteilung. Gleichwohl kann daraus nicht – wie eine frühere Ansicht annahm – ein Vorrang der §§ 35 ff. GWB abgeleitet werden, die den §§ 1 ff. GWB als speziellere Normen vorgehen.

- Bei Annahme eines allgemeinen Vorrangs der Fusionskontrollnormen könnte das Kartellverbot sehr leicht durch die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen umgangen werden. Dies widerspricht dem Anliegen des § 1 GWB, alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zu verbieten.
- *Schmitt-Mücke*, Kartellverbot und Fusionstatbestände – zur Abgrenzung der §§ 1 ff., 35 ff. GWB voneinander, GreifRecht Heft 24 Oktober 2017, 112 ff. (frühere Studienarbeit zum Schwerpunkt)

I. Gemeinschaftsunternehmen

Praktische Bedeutung hat die Problematik für die so genannten Gemeinschaftsunternehmen. (Im Zusammenhang mit Gleichordnungskonzernen können sich ähnliche Fragen stellen, auf die im Rahmen dieser Vorlesung aber nicht eingegangen wird.) Gemeinschaftsunternehmen liegt in der Regel eine so genannte Grundvereinbarung zugrunde, in der die Tätigkeiten der Gründerunternehmen und des Gemeinschaftsunternehmens festgelegt sowie die Wettbewerbs- und Leistungsbeziehungen der Beteiligten untereinander geregelt werden.

Wichtig für die Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen ist vor allem **§ 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB**: Wenn mehrere Unternehmen gleichzeitig oder nacheinander Anteile an einem anderen Unternehmen erwerben, so kann dies auch ein Zusammenschluss der sich beteiligenden Unternehmen untereinander sein.

Beispiel: A, B und C sind Möbelunternehmen, die jeweils einen Marktanteil von 15 % haben. Wenn A die Unternehmen von B und C erwirbt, dann liegt ein Zusammenschluss nach **§ 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB** vor. Der Marktanteil dieses neuen Unternehmens beträgt 45 %. Die Fusion ist zu untersagen, da sie zu einer marktbeherrschenden Stellung führt, **§§ 36 Abs. 1 Satz 1, 18 Abs. 4 GWB**.

Anders ist es, wenn A, B und C wie bisher als eigenständige Unternehmen fortbestehen, aber zusätzlich das Gemeinschaftsunternehmen G gründen, an dem jeder von ihnen einen Unternehmensanteil von 33,3% erhält. Dann liegen zum einen drei Fälle eines Zusammenschlusses im Sinne von **§ 37 Abs. 1 Nr. 3b GWB** vor. A, B und C haben jeweils Anteile von mehr als 25% an dem Unternehmen G erworben. Ob jeder dieser Zusammenschlüsse für sich genommen zu einer marktbeherrschenden Stellung führt, ist ungewiss. Wenn etwa für das neu gegründete Unternehmen G ein Marktanteil von 10% zu erwarten wäre, dann würden die einzelnen Zusammenschlüsse für sich genommen zumindest nicht die Schwelle von **§ 18 Abs. 4 GWB** erreichen.

§ 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB ordnet aber zusätzlich an, dass der Erwerb der Anteile durch A, B und C „auch als Zusammenschluss der sich

beteiligten Unternehmen untereinander“ anzusehen ist. Die Beteiligung an dem Gemeinschaftsunternehmen wird also bewertet wie ein direkter Zusammenschluss von A, B und C. Deren Marktanteile werden daher addiert (= 45 %) und führen folglich zu einer marktbeherrschenden Stellung.

Das Gesetz geht davon aus, dass die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (oder die gemeinschaftliche Beteiligung an einem Unternehmen) Rückwirkungen auf das Verhalten der Beteiligungsunternehmen untereinander hat. Man spricht insoweit auch von „Gruppeneffekt“.

Das Bilden von Gemeinschaftsunternehmen kann zugleich unter **§ 1 GWB** fallen. Die Existenz des Gemeinschaftsunternehmens führt dazu, dass die unternehmerischen Tätigkeiten der Gründungsunternehmen miteinander koordiniert oder irgendwie aufeinander abgestimmt werden. Soweit dies nicht auf einer Vereinbarung basiert, kommt jedenfalls ein abgestimmtes Verhalten in Betracht.

Gemeinschaftsunternehmen können daher sowohl Elemente eines Kartells als auch Elemente des Zusammenschlusses enthalten. Für sie ist gerade typisch, dass die sich beteiligenden Unternehmen als solche fortbestehen. Im obigen Beispielsfall führt das Entstehen des Gemeinschaftsunternehmens gerade dazu, dass A, B und C auch die Geschäftspolitik ihrer eigenen Unternehmen nicht mehr unabhängig voneinander bestimmen. Nach der Rechtsprechung und der h.M. sind das Kartellverbot des § 1 GWB und die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle grundsätzlich nebeneinander anwendbar. In den Augen des BGH handelt es sich nämlich um zwei verschiedene Sachverhalte, BGH vom 22.6.1981 (Transportbeton Sauerland), BGHZ 81, 56, 66; BGH vom 1.10.1985 (Mischwerke), BGHZ 96, 69, 77 f.; BGH vom 8.5.2001 (Ost-Fleisch), BGHZ 147, 325 ff.; BGH vom 4.3.2008 (Nord-KS/Xella), WuW 2008, 1058 ff. = WuW/E DE-R 2361 ff. Für die Zusammenschlusskontrolle kommt es wesentlich auf die tatsächlich bestehenden Machtverhältnisse sowie darauf an, ob die Fusion eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Dagegen sind die Größe und die Marktmacht der beteiligten Unternehmen im Rahmen des Kartellverbots zweitrangig und nur – wenn auch wichtige – Anhaltspunkte für die Spürbarkeit.

Ob sowohl die Zusammenschlusskontrolle als auch das Kartellverbot eingreifen, ist im Einzelfall anhand der Gesamtumstände zu prüfen. Eine wichtige „Abgrenzungshilfe“ ist dafür die Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen, BGH vom 1.10.1985 (Mischwerke), BGHZ 96, 69, 78.

II. Konzentrativ Gemeinschaftsunternehmen

Die Vereinbarung ist allein an den §§ 35 ff. GWB zu messen, wenn sie ein konzentrativ Gemeinschaftsunternehmen entstehen lässt. Ein konzentrativ Gemeinschaftsunternehmen liegt vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen sämtliche Funktionen eines selbstständigen Unternehmens wahrnimmt (selbstständig plant, entscheidet und handelt), marktbezogene Leistungen erbringt und nicht ausschließlich oder überwiegend auf einer vor- oder nachgelagerten Stufe für die Muttergesellschaft sowie nicht auf demselben Markt wie die Mütter tätig ist, BGH vom 8.5.2001 (Ost-Fleisch), BGHZ 147, 325, 337. Die gründenden Unternehmen geben ihre selbstständige Unternehmenstätigkeit auf. Das entstandene Gemeinschaftsunternehmen ist ein „Vollfunktionsunternehmen“. § 1 GWB ist in solchen Fällen aus systematischen Gründen nicht anwendbar, die Vorschrift wird vom Fusionskontrollrecht „verdrängt“, Formulierung von BGH vom 8.5.2001 (Ost-Fleisch), BGHZ 147, 325, 336.

Die gründenden Unternehmen machen in einem solchen Fall eben nicht mehr „gemeinsame Sache“, wie es § 1 GWB voraussetzt. Sie gehen vielmehr gemeinsam in einem neuen Unternehmen auf.

III. Kooperative Gemeinschaftsunternehmen

Dagegen kann § 1 GWB – gegebenenfalls neben den §§ 35 ff. GWB – eingreifen, wenn die Vereinbarung zu einem kooperativen Gemeinschaftsunternehmen führt, BGH vom 1.10.1985 (Mischwerke), BGHZ 96, 69, 77. Solche Gemeinschaftsunternehmen führen lediglich Teil- oder Hilfsfunktionen für die gründenden Unternehmen aus, BGH vom 8.5.2001 (Ost-Fleisch), BGHZ 147, 325, 337. Das Gemeinschaftsunternehmen ist lediglich ein Mittel, um das Wettbewerbsverhalten der Muttergesellschaften zu koordinieren. Ein Koordinierungscharakter liegt insbesondere nahe, wenn die Mutterunternehmen als Wettbewerber auf demselben Markt wie das Gemeinschaftsunternehmen tätig bleiben oder auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätig sind.

§ 10: SANKTIONEN, VERFAHREN, ANSPRÜCHE

Das deutsche Kartellrecht ist geprägt durch eine Gemengelage von Verwaltungsrecht, Straf- beziehungsweise Ordnungswidrigkeitsrecht und Zivilrecht.

- Es ist eine Zwittermaterie, die heute überwiegend dem privaten Wirtschaftsrecht und nicht dem Wirtschaftsverwaltungsrecht zugeschrieben wird. Der Zwischencharakter erklärt sich daraus, dass Wettbewerb im öffentlichen Interesse liegt und zugleich private Unternehmer betrifft. Das Kartellrecht kennt deshalb ähnlich wie das UWG zivil- und strafbeziehungsweise bußgeldrechtliche Sanktionen, zusätzlich aber auch verwaltungsrechtliche Möglichkeiten. Das Bestehen einer verwaltungsrechtlichen Komponente dürfte sich zum einen historisch und zum anderen daraus erklären, dass in zahlreichen kartellrechtlichen Sachverhalten zivilrechtliche Klagemöglichkeiten, wie sie in §§ 33 f. GWB, 8 ff. UWG vorgesehen sind, allein keine sichere Abhilfe garantieren würden.
- Die drei Rechtsgebiete bedingen unterschiedliche Verfahrensstrukturen. Das Kartellrecht verhindert aber ein Auseinanderfallen und Konkurrieren unterschiedlicher Rechtswege, indem es gerichtliche Streitigkeiten durchweg den ordentlichen Gerichten zur Entscheidung zuweist. Das GWB ist weitgehend um eine eigenständige Regelung der Materie bemüht.

A. Kartellverwaltungsrecht

I. Behörden

Näheres über die Kartellbehörden regeln die **§§ 48 ff. GWB**. Die wichtigste Kartellbehörde ist das „*Bundeskartellamt*“ = BKartA, **§ 51 GWB**. Seine Zuständigkeiten sind unter anderem in **§§ 48 Abs. 2 Satz 1, 49 f. GWB** bestimmt. Der Sitz des BKartA ist im Wege der „Hauptstadtkompensation“ nach Bonn verlegt worden, vorher befand sich das BKartA in Berlin. Das BKartA veröffentlicht in Jahren mit ungerader Zahl für die beiden vorangegangenen Jahre seinen Tätigkeitsbericht.

Daneben kennt das GWB noch Zuständigkeiten des Bundeswirtschaftsministers (**§ 42 GWB**) und Landeskartellbehörden, **§ 48 GWB**. Die „*Monopolkommission*“ (**§§ 44 ff. GWB**) ist keine Kartellbehörde, sondern arbeitet als externes Sachverständigengremium auf rein gutachterlicher Basis, **§ 44 GWB**. Sie erstellt Sondergutachten (jeweils in Jahren mit gerader Zahl).

II. Abstellungsverfügung

Die Kartellbehörden können nach **§ 32 Abs. 1 GWB** Unternehmen aufgeben, Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften von GWB oder Artt. 101 f. AEUV abzustellen. Das Abstellen der Zuwiderhandlung schließt die Unterlassung von

Gesetzesverstößen mit ein. **§ 32 Abs. 2 GWB** konkretisiert die Befugnisse der Kartellbehörden nach Abs. 1. Danach kann die Behörde alle Maßnahmen aufgeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind. Im Zusammenhang mit § 19 GWB ist wichtig, dass die Kartellbehörde nur missbräuchliches Verhalten untersagen, aber kein Gebot zu einem positiven Tun aussprechen darf.

- Zum Verstoß gegen das Kartellrecht braucht es noch nicht gekommen zu sein. Die Kartellbehörde kann bereits tätig werden, wenn eine solche Verletzung droht.
- Nach **§ 32 Abs. 3 GWB** darf die Behörde einen Kartellrechtsverstoß auch nachträglich feststellen, wenn dafür ein berechtigtes Interesse besteht. Ein berechtigtes Interesse ist insbesondere dann zu bejahen, wenn eine Klarstellung der Rechtslage wegen Wiederholungsgefahr geboten ist, *Regierungsentwurf und Begründung eines Siebenten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 12.8.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 51.
- § 32 GWB räumt der Behörde pflichtgemäßes Ermessen ein („kann“). Das Ermessen bezieht sich sowohl auf das „Ob“, als auch auf das „Wie“ des Einschreitens. Die Entscheidung der Behörde kann nur darauf überprüft werden, ob das Ermessen richtig ausgeübt worden ist, **§ 71 Abs. 5 Satz 1 GWB**.
- Einen Anspruch Dritter auf Einschreiten oder ermessensfehlerfreie Entscheidung über das Einschreiten gewährt § 32 GWB nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich nicht, BGH vom 11.3.1997 (Rechtsschutz gegen Berufsordnung), WuW 1997, 521 f. = WuW/E BGH 3113 f. § 32 GWB sieht kein Antragsrecht des Dritten vor und Dritte sind durch die zivilrechtlichen Klagemöglichkeiten aus § 33 GWB ausreichend geschützt. Allein die Vorteile, die sich aus dem Einschreiten einer Behörde für den Dritten ergeben (z.B. fehlendes Prozessrisiko), können nicht dazu führen, einen Anspruch auf Einschreiten zu bejahen. BGH vom 11.3.1997 (Rechtsschutz gegen Berufsordnung), WuW 1997, 521 f. = WuW/E BGH 3113 f. hat daran festgehalten, aber zugleich Ausnahmen nicht ausgeschlossen, zum Beispiel wenn der Betroffene ohne einen solchen Anspruch gleichwohl rechtlos gestellt wäre, weil ihm kein anderer Rechtsschutz zusteht.
- Verfügungen aufgrund des § 32 GWB können im Verwaltungs-zwangsverfahren nach dem VerwVollstrG durchgesetzt werden.

III. Sonstige Verfügungen

Daneben sieht das GWB weitere Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörden vor. Zum Beispiel kann die Behörde Preisbindungen für unwirksam erklären, die missbräuchlich gehandhabt werden, § 30 Abs. 3 Nr. 1 GWB.

IV. Vorteilsabschöpfung

§ 34 GWB lässt ein Abschöpfen von wirtschaftlichen Vorteilen zu, die ein Unternehmen erzielt, indem es gegen Vorschriften des GWB oder die Artt. 101

f. AEUV verstößt oder einer unanfechtbar gewordenen Verfügung nicht nachkommt.

V. Verfahren

Das Verfahren ist in den **§§ 54 ff. GWB** geregelt. Es herrscht der Amtsermittlungsgrundsatz. Die Kartellbehörde hat unterschiedliche verfahrensrechtliche Befugnisse, zum Beispiel bestimmte Ermittlungs- und Beschlagnahmerechte. Die verfahrensrechtlichen Befugnisse der Behörden gehen über die zivilprozessualen Ermittlungsmöglichkeiten der Zivilgerichte hinaus und können den Behörden Wege eröffnen, die das Zivilrecht beziehungsweise das Zivilprozessrecht nicht bereitstellt.

VI. Rechtsweg

Verfügungen der Kartellbehörden sind nach **§§ 63 ff. GWB** durch Beschwerde anfechtbar, über die das jeweils zuständige OLG entscheidet.

Die Beschwerde hat zumeist aufschiebende Wirkung (**§ 64 GWB**), die sofortige Vollziehung kann unter den Voraussetzungen des **§ 65 GWB** angeordnet werden. Die Beschwerde ist innen Monatsfrist schriftlich einzureichen, **§ 66 GWB**.

Gegen die Entscheidung des OLG über die Beschwerde kann Rechtsbeschwerde beim BGH eingelegt werden, **§§ 74 ff. GWB**.

B. Ordnungswidrigkeitsrecht

Verstöße gegen Vorschriften des GWB werden als Ordnungswidrigkeiten und nicht als Straftaten geahndet.

I. Bußgeldtatbestände

Bußgeldtatbestände enthalten **§ 81 Abs. 1 – 3 GWB**.

Danach handelt zum Beispiel ordnungswidrig, wer unwirksame Kartellverträge abschließt und damit dem Verbot von **§ 1 GWB** zuwiderhandelt, **§ 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB**. Ebenso handelt unter anderem ordnungswidrig, wer vollziehbaren Verfügungen der Kartellbehörde zuwiderhandelt (**§ 81 Abs. 2 Nr. 2 GWB**) oder anmeldepflichtige Zusammenschlüsse nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig anmeldet, **§ 81 Abs. 1 Nr. 3 GWB**.

II. Einzelheiten

Für die Bußgeldhöhe ist sowohl „die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen“, **§ 81 Abs. 4 Satz 6 GWB**. Der

Bußgeldrahmen beträgt bis zu 1.000.000 € beziehungsweise 100.000 € (§ 81 Abs. 4 Satz 1, Satz 5 GWB), doch können gegen ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung auch höhere Geldbußen verhängt werden, **§ 81 Abs. 4 Satz 2 GWB**. Im Übrigen bestimmt sich die Bemessung der Geldbuße nach **§ 17 Abs. 4 OWiG**. Danach kann die Geldbuße so bemessen werden, dass sie den wirtschaftlichen Vorteil abschöpft, der aus der Ordnungswidrigkeit gezogen wurde, **§ 81 Abs. 5 Satz 1 GWB**.

Das Bußgeld kann verhängt werden gegen den Inhaber des Unternehmens, die Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften, Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften sowie gegen das Unternehmen selbst, **§ 30 OWiG**.

Das Verfahren und die Zuständigkeiten bestimmen sich nach den **§§ 82 ff. GWB** und weitgehend nach dem OWiG. Der Rechtsweg gegen Bußgeldanordnungen führt über das OLG (**§ 83 GWB**) zum BGH, **§ 84 GWB**.

III. Kartell-Strafrecht

In der Möglichkeit von Verbandssanktionen wird vielfach der Grund gesehen, aus dem sich das GWB gegen Straftatbestände entschieden hat, die es in anderen nationalen Kartellrechtsordnungen, im UWG und für bestimmte Wirtschaftsbereiche inzwischen auch im allgemeinen Strafrecht (**§§ 299 ff. StGB**) durchaus gibt.

- Die Amtliche Begründung zum GWB 1958 nahm an, es sei „weder in der deutschen Öffentlichkeit noch in den beteiligten Wirtschaftskreisen ...bisher ein lebendiges Gefühl dafür verbreitet, dass wettbewerbsbeschränkende Verträge und Geschäftspraktiken unerlaubt und ethisch verwerflich seien“, *Regierungsentwurf und Begründung zum GWB* vom 22.1.1955, BT-Drucks. II/1158, S. 28.
- In der Strafrechtslehre ist inzwischen unbestritten, dass die Einstufung selbst der gravierendsten Kartellrechtsverstöße als bloße Ordnungswidrigkeit verfehlt und im Gesamtsystem des Strafrechtssystems nicht mehr zu rechtfertigen ist.
- Einzelne ausländische Rechte kennen die Möglichkeit der Unternehmensbestrafung, namentlich das US-amerikanische und das finnische Strafrecht. Die „Bestrafung“ des Unternehmens hat in diesen Ländern unter anderem eine Ächtung zur Folge, die dem Unternehmen schadet.

C. Zivilrecht

Das Kartellrecht unterscheidet mehrere zivilrechtliche Konsequenzen.

I. Vertragsnichtigkeit

Zahlreiche Vorschriften des GWB sind ein „*gesetzliches Verbot*“ im Sinne von **§ 134 BGB**, dessen Missachtung zur Nichtigkeit des entsprechenden Rechtsgeschäfts führt.

Dies gilt namentlich für Verstöße gegen **§ 1 GWB**. Die Unwirksamkeit erfasst allein den gegen § 1 GWB verstoßenden Teil der Vereinbarung. Die Wirksamkeit des übrigen Rechtsgeschäfts beurteilt sich nach **§ 139 BGB** (klausurrelevant, siehe § 5E dieser Vorlesung).

Die Beteiligten verlieren ihren vertragsrechtlichen Schutz und müssen etwaige Leistungen nach **§§ 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB** zurückgewähren. Für den Bereicherungsausgleich sind zahlreiche Besonderheiten zu berücksichtigen. Wenn der Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB nach § 814 1. Alt. BGB ausgeschlossen ist, kann sich ein Rückforderungsrecht nur aus dem schwierigen § 817 Satz 1 BGB ergeben.

II. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch

§ 33 Abs. 1 1. Alt. GWB normiert den Anspruch auf „*Beseitigung*“. Er setzt einen rechtswidrigen Zustand, also eine Quelle noch andauernder Störungen voraus, die durch ein aktives Handeln des Anspruchsgegners beseitigt werden muss.

§ 33 Abs. 1 2. Alt. GWB normiert den Anspruch auf „*Unterlassung*“. Der Unterlassungsanspruch ist nicht nur bei „*Wiederholungsgefahr*“, sondern bereits schon dann möglich, wenn die Erstbegehung des Wettbewerbsverstößes „*droht*“, § 33 Abs. 2 GWB. Der Berechtigte erlangt dadurch die Möglichkeit, schon den Eintritt der Wettbewerbsbeschränkung abzuwenden.

1. Allgemeine Anforderungen

Die Ansprüche setzen den Verstoß gegen eine GWB-Norm, gegen die Artt. 101 f. EAUV oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde voraus, § 33 Abs. 1 GWB. Grundsätzlich kann der Verstoß gegen jede materielle GWB-Norm zivilrechtliche Ansprüche zur Folge haben.

Wenn beispielsweise die Unterlassung eines Kartellverhaltens begehrt wird, dann sind als Anspruchsgrundlage **§§ 33 Abs. 1 2. Alt., 1 GWB** zu nennen.

In der Praxis kommen besonders häufig Verstöße gegen das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des **§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB** in Betracht.

Eine Ausnahme gilt für das Verbot, Preisbindungen zu missbrauchen, § 30 Abs. 3 Nr. 1 GWB. Die Norm ist kein Gesetz im Sinne von § 33 GWB, BGH vom 7.2.2006 (Probeabonnement), BGHZ 166, 154, 160 Rn. 15. Ein Verstoß gegen dieses Verbot löst allein Befugnisse der Kartellbehörde, aber weder kartellrechtliche noch wettbewerbsrechtliche Ansprüche Betroffener aus. Diese Wertung und namentlich der Ermessensspielraum der Kartellbehörde sollen nicht dadurch gefährdet werden, dass Betroffene eine zivilgerichtliche Klage anstrengen.

Es ist kein Verschulden erforderlich.

Der Beseitigungs- und der Unterlassungsanspruch verjähren nach § 33h Abs. 1 GWB jeweils in fünf Jahren.

Für die Verjährung des Unterlassungsanspruchs ist zu beachten, dass der Anspruch mit jedem Verstoß aufs Neue entsteht.

2. Betroffener

Die Ansprüche stehen dem „*Betroffenen*“ zu. Betroffener ist, wer „*als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist*“, § 33 Abs. 3 GWB. Die Voraussetzungen sind im Einzelnen umstritten.

Die Maßstäbe des UWG, das zwischen Mitbewerber, Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern trennt, gelten für das GWB nicht, *Alexander JuS* 2007, 109, 110. Die beiden Gesetze verwenden zwar zum Teil identische Formulierungen, doch stehen die jeweiligen Rechtsbegriffe in unterschiedlichen Regelungszusammenhängen. Beim GWB geht es allein um die Klagebefugnis und es trennt insoweit nur zwischen Mitbewerbern und sonstigen Marktbeteiligten. Das UWG geht dagegen von einer Dreiteilung aus und trennt zwischen Mitbewerbern, Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern. Ferner haben diese Begriffe im UWG auch eine abweichende Funktion, nämlich die, den Anwendungsbereich von materiell-rechtlichen Tatbeständen zu bestimmen, zum Beispiel § 4 UWG (Mitbewerber), § 4a UWG (Verbraucher, sonstige Marktteilnehmer).

a. Beeinträchtigung durch Verstoß

Beeinträchtigt ist grundsätzlich jeder, der durch den Verstoß in kartellrechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt wird.

Es ist umstritten, ob Betroffener auch ein Unternehmen sein kann, das Partner eines Kartells ist und sich durch die von ihm selbst getroffene Kartellabsprache geschädigt sieht (klausurrelevant, siehe § 5E der Vorlesung).

b. Mitbewerber

Mitbewerber sind typischerweise Betroffene und haben ein entsprechendes Klagerecht. Die Mitbewerbereigenschaft ist für Unternehmen zu bejahen, die in Konkurrenz zueinander stehen, also auf demselben sachlich, räumlich und

zeitlich relevanten Markt tätig sind, *Alexander* JuS 2007, 109, 110. Ähnlich **Art. 1 Abs. 1 lit. c VO 330/2010**.

Auf § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG kommt es nicht an, weil das UWG insoweit andere Zielsetzungen verfolgt als § 33 GWB.

Die Mitbewerber der Unternehmen, die ein unzulässiges Kartell miteinander vereinbart haben, sind typischerweise Betroffene und haben bei Verstößen gegen § 1 GWB in aller Regel ein Klagerecht (klausurrelevant, siehe § 5E).

c. Sonstiger Marktbeteiligter

Wer ein „*sonstiger Marktbeteiligter*“ ist, ist streitig. Grundsätzlich anerkannt ist jedenfalls, dass die unmittelbare Marktgegenseite ein sonstiger Marktbeteiligter ist, *Alexander* JuS 2007, 109, 111; *Rehbinder* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2. Auflage 2009, § 33 GWB Rn 14 a.E. Ob dagegen auch fernere Marktstufen, also zum Beispiel Endverbraucher, zu den sonstigen Marktbeteiligten gehören, wurde bislang unterschiedlich beurteilt.

Das GWB nimmt zur Klageberechtigung einzelner Verbraucher beziehungsweise zum Status als „Betroffener“ nicht direkt Stellung. Die Amtliche Begründung zu § 33 Abs. 1 GWB spricht beiläufig davon, dass auch Endverbraucher zum Kreis der Anspruchsberechtigten gehören könnten, *Regierungsentwurf und Begründung eines Siebenten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 12.8.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 53.

BGH vom 28.6.2011 (ORWI), BGHZ 190, 145, 151 ff. Rn. 23 ff. hat ein Klagerecht von Unternehmern bejaht, die nicht zur unmittelbaren Marktgegenseite gehörten. Im Streitfall hatten Produzenten, die ihre Produkte über den Großhandel vertrieben, eine Kartellabsprache getroffen. Dagegen klagte ein Einzelhändler, der seinerseits vom Großhandel beliefert worden war. Die Begründung des Urteils drängt zu der Annahme, dass der BGH grundsätzlich auch einzelne Verbraucher als Betroffene ansehen würde. Danach ist es angesichts der Bedeutung des Kartellverbots für die Wirtschaftsordnung geboten, denjenigen gesetzestreuen Marktteilnehmern deliktsrechtlichen Schutz zu gewähren, auf deren Kosten ein kartellrechtlich verbotenes Verhalten praktiziert wird, BGH vom 28.6.2011 (ORWI), BGHZ 190, 145, 152 Rn. 25 ff.; dazu *Kirchhoff* WuW 2012, 927 ff.

3. Verbandsklagen

Neben den Betroffenen können auch Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen (§ 33 Abs. 4 Nr. 1 GWB) sowie Verbrauchereinrichtungen (§ 33 Abs. 4 Nr. 2 GWB) auf Beseitigung oder Unterlassung klagen. Beide Regelungen sind nach dem Vorbild des UWG in das Gesetz aufgenommen worden, ein Klagerecht für Verbrauchereinrichtungen lässt das GWB aber erst seit 2013 zu.

4. Passivlegitimation

Schuldner ist das Unternehmen, das gegen das Kartellrecht verstoßen hat und das zur Beseitigung beziehungsweise Unterlassung in der Lage ist. Es gelten insoweit die allgemeinen deliktsrechtlichen Anforderungen an die Täterschaft.

Für die Passivlegitimation im Kartellrecht kommt es dagegen nicht auf die Eigenschaft als Störer an, *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, 11. Auflage 2011, Bd 1, § 33 GWB Rn. 91. Einen Rückgriff auf § 1004 Abs. 1 BGB analog, der im Marken- und im Urheberrecht praktiziert wird, gibt es im Kartellrecht nicht.

III. Schadensersatzanspruch

Weiterhin gewährt das Kartellrecht Schadensersatzansprüche. Sie bestimmen sich nach **§ 33a GWB**.

1. Allgemeine Anforderungen

Der Schadensersatz hat weitgehend dieselben Anforderungen wie der Unterlassungsanspruch. Der Schuldner muss den Kartellverstoß aber „*vorsätzlich oder fahrlässig*“ (**§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB**) begangen haben.

2. Aktivlegitimation, Betroffene

Schadensersatz kann jeder verlangen, der „*Betroffener*“ ist und durch den Verstoß einen Schaden erlitten hat. Die Beschränkung auf den Betroffenen wird von § 33a GWB vorausgesetzt, indem die Regelung auf § 33 Abs. 1 GWB verweist. Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist, **§ 33 Abs. 3 GWB** (siehe oben).

3. Anspruchsinhalt

Als Schadensersatz ist Naturalrestitution (**§§ 249 ff. BGB**) geschuldet. Der Schadensersatz bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen und umfasst unter anderem den entgangenen Gewinn, **§ 252 BGB**. Die Ermittlung und Berechnung des Schadens bereitet freilich gehörige praktische Probleme.

Die Bestimmung des Schadens, den der Betroffene durch einen Wettbewerbsverstoß des Konkurrenten erleidet, ist wegen der Komplexität und Unüberschaubarkeit von Marktvorgängen nur unter einer Anmaßung von Wissen möglich, das Menschen nicht haben, siehe *Beater*, *Unlauterer Wettbewerb*, 2011, Rdnr. 125 ff., 2771 f. Der Wettbewerb kennt keine klaren Kausalitätsbeziehungen, wie sie das allgemeine Schadensrecht an sich voraussetzt.

Andere Rechtsgebiete (Wettbewerbsrecht, Urheberrecht, Markenrecht, siehe die Vorlesungsmanuskripte zu diesen Fächern) haben auf die Schwierigkeit der Schadensberechnung mit unterschiedlichen Berechnungsmethoden (dreifache Schadensberechnung) reagiert. Das Kartellrecht kann diese Lösungen nur zum Teil übernehmen.

Nach **§ 33a Abs. 2 Satz 1 GWB** wird widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht. Nach **§ 33a Abs. 3 Satz 2 GWB** kann bei der Bestimmung des Schadens der anteilige Gewinn, den der Unternehmer durch den Verstoß gemacht hat, berücksichtigt werden (= Verletzergewinn).

Die Möglichkeit, den Schaden nach der Höhe einer fiktiven Lizenzgebühr zu berechnen, scheidet dagegen im Kartellrecht aus. Der Schadensersatzanspruch basiert nämlich stets auf einem rechtlich unzulässigen Verhalten, zum Beispiel auf einem Verstoß gegen das Kartellverbot. Wenn ein Mitbewerber durch einen solchen Kartellverstoß geschädigt wird, kann er nicht verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn man ihn in das Kartell mit aufgenommen hätte.

Hensel, Kausalität im Kartellschadensersatzrecht: Umbrella-Pricing und Passing-on-Einrede, GreifRecht Heft 23 April 2017, 25 ff. (frühere Studienarbeit zum Schwerpunkt)

Ein Kartell kann dazu führen, dass unternehmerische Abnehmer überhöhte Preise zahlen müssen. Was gilt aber, wenn die Abnehmer es schaffen, den erlittenen Schaden (überhöhte Einkaufspreise) auf ihre Abnehmer beziehungsweise die Verbraucher abzuwälzen? Die Frage war früher umstritten und wird jetzt durch **§ 33c GWB** geregelt. Danach wird ein Schaden nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde.

Es handelt sich um einen Anwendungsfall der Lehren über den schadensrechtlichen Vorteilsausgleich. Nach **§ 843 Abs. 4 BGB** sind Unterhaltsleistungen nicht auf die Höhe des Schadensersatzanspruchs anzurechnen. Die Regelung erklärt sich aus dem Gedanken, dass der dem Verletzten von einem Dritten zu gewährende Unterhalt dem Schädiger nicht zugute kommen soll. Sie ist Ausdruck eines allgemeinen schadensrechtlichen Grundsatzes über die Anrechnung von sonstigen Leistungen Dritter und verletzungsbedingten Vorteilen auf die Höhe der Ersatzpflicht. Nach der Rechtsprechung ist grundsätzlich entscheidend, ob die Anrechnung einer Drittleistung oder eines Vorteils dem Zweck des Ersatzanspruchs entspricht beziehungsweise dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet. Deshalb mindern auch alle sonstigen Zuwendungen und Vorteile, die eine entsprechende Zielrichtung haben und dem Verletzten unfallbedingt zufließen, den Ersatzanspruch nicht.

Kartellrechtlich ist zu prüfen, ob im Rahmen einer wertenden Betrachtungsweise eine Vorteilsausgleichung sachgerecht ist. Die Gesetzesmaterialien tendieren dazu, eine Vorteilsausgleichung im Fall der Abwälzung des Schadens nicht in Betracht zu ziehen, *Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zum Siebenten Gesetz zur Änderung des GWB* vom 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049, S. 48 mwN. Die wirtschaftliche Überwälzung des Mehrpreises ist allein der

geschäftliche Verdienst des unternehmerischen Abnehmers und darf daher dem überteuert liefernden Kartellbeteiligten nicht zu Gute kommen. Zum Problem *Berrisch/Burianski* WuW 2005, 878, 885 ff.

4. Passivlegitimation

Zum Ersatz verpflichtet ist das Unternehmen, das gegen das Gesetz oder die Verfügung verstoßen hat. Wenn es mehrere Schuldner gibt, dann haften sie als Gesamtschuldner, **§ 33d Abs. 1 Satz 1 GWB**.

Der Kronzeuge ist grundsätzlich nur zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der seinen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten aus dem Verstoß entsteht, **§ 33e Abs. 1 Satz 1 GWB**. Andere Geschädigte können ihn nur unter besonderen Bedingungen in Anspruch nehmen, **§ 33e Abs. 1 Satz 2 GWB**.

5. Verjährung

Der kartellrechtliche Ersatzanspruch verjährt ebenfalls in fünf Jahren, **§ 33h Abs. 1 GWB**.

IV. Vorteilsabschöpfung

Die Wirtschaftsverbände können unter bestimmten Voraussetzungen nach dem Vorbild von § 10 UWG Vorteilsabschöpfung verlangen, **§ 34a GWB**.

V. Rechtsweg

Nach **§ 87 Abs. 1 GWB** sind für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB oder aus Kartellverträgen und aus Kartellbeschlüssen ergeben, ausschließlich die Landgerichte erstinstanzlich zuständig. Gegen ihre Entscheidungen sind als Rechtsmittel Berufung zum OLG (**§ 119 Abs. 1 Nr. 2 GVG**) und Revision zum BGH (**§ 133 GVG**) möglich.

Auf Landgerichtsebene entscheiden gegebenenfalls die Kammern für Handelssachen, §§ 94, 95 Abs. 2 Nr. 1 GVG.

Die meisten Bundesländer haben von den Ermächtigungen (**§§ 89, 92 GWB**) Gebrauch gemacht, die Zuständigkeiten in Kartellstreitsachen zu zentralisieren. Die Zentralisierung erfasst auch die kartellverwaltungsrechtlichen und bußgeldrechtlichen Streitsachen.

In Mecklenburg-Vorpommern ist das LG Schwerin erstinstanzlich zuständig, als zweite Instanz das OLG Rostock (einziges OLG in MV).

VI. §§ 3a, 8 Abs. 3 UWG

Die §§ 33, 33a GWB regeln die zivilrechtlichen Ansprüche abschließend, BGH vom 7.2.2006 (Probeabonnement), BGHZ 166, 154, 161 Rn. 16 für § 30 Abs. 3 Nr. 1 GWB. Verstöße gegen diese Normen sind also allein nach den im GWB vorgesehenen Regeln zu ahnden. Sie begründen keine ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Ansprüche nach §§ 8, 3a UWG.

III. TEIL: EUROPÄISCHES KARTELLRECHT (ÜBERSICHTSWISSEN / NICHT KLAUSURRELEVANT)

§ 11: ÜBERBLICK

A. Grundlagen

Die **Artt. 101 ff. AEUV** richten sich gegen wettbewerbsbeschränkende Praktiken von Unternehmen. Sie sind die Grundlage des europäischen Kartellrechts und sozusagen das Gegenstück zum GWB. Um sie wird es im Weiteren gehen.

Der AEUV schützt den Wettbewerb nicht nur vor Beschränkungen, die auf das Verhalten von Unternehmen zurückgehen. Die wirklichen Bösewichter sind oftmals nämlich gar nicht die Unternehmen, sondern die einzelnen Mitgliedstaaten, die politischen Zwängen unterliegen und der einheimischen Wirtschaft etwas vermeintlich Gutes tun wollen (= sie vor der ausländischen Konkurrenz schützen). Der AEUV sieht daher zusätzliche Regelungen vor, für die es in den nationalen Rechten kaum/keine Gegenstücke gibt.

Die **Artt. 34 ff. AEUV** wenden sich (hauptsächlich) gegen staatliche Maßnahmen, die dem Grundsatz des freien Waren-, Dienst- und Kapitalverkehrs sowie der Freizügigkeit zuwiderlaufen und dem einheitlichen Binnenmarkt entgegenwirken. Im deutschen Recht sind vergleichbare Vorschriften nicht erforderlich, weil es ein einheitliches nationales Recht ist.

Die **Artt. 107 ff. AEUV** regeln die Zulässigkeit staatlicher Beihilfen (Subventionen), die sich in ganz erheblichem Ausmaß wettbewerbsverzerrend auswirken und vielfach zur Stärkung und Protektion der nationalen Industrie eingesetzt werden.

Art. 106 AEUV trifft Regelungen für öffentliche Unternehmen. Die Vorschrift soll verhindern, dass die Mitgliedstaaten im Zwischenbereich zwischen den Artt. 34 ff, 101 ff. AEUV integrationsfeindliche Wettbewerbsschranken errichten können, etwa durch die Beleihung privater Unternehmen.

B. Normen

Das europäische Kartellrecht hat zahlreiche Regeln unterschiedlicher Qualität und Ursprungs zur Basis. Es ist ein sehr kompliziert und zersplittert geregeltes Gebiet. Die vier wichtigsten Normenbereiche seien zunächst angesprochen.

I. Art. 101 ff. AEUV

Das Herzstück des europäischen Kartellrechts sind die Art. 101, 102 AEUV. Sie traten gleichzeitig mit dem GWB 1958 in Kraft. Damals kannte keiner der ur-

sprünglich sechs Gründerstaaten ein spezielles Antikartellrecht. Man hatte keine genaue Kenntnis von der wirklichen Reichweite der beiden Vorschriften und konnte sie auch nicht haben. Sie waren Formelkompromisse wie viele andere Teile des Vertragswerkes auch.

Art. 101 Abs. 1 AEUV wendet sich gegen wettbewerbsbeschränkende Kooperationen (Vereinbarungen, Beschlüsse, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen), **Art. 102 AEUV** gegen den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen.

Die beiden Tatbestände sind weit und unbestimmt gefasst. Sie wurden erst durch ergänzende Bestimmungen und vor allem die Spruchpraxis des EuGH mit der Zeit handhabbar. Die Tatbestände sind denen im deutschen (§§ 1, 19 GWB) und in weiteren nationalen Kartellrechten wesensverwandt. Insbesondere wurden und werden die Regelungen der einzelnen Mitgliedstaaten immer stärker dem europäischen Normen angepasst.

Art. 103 AEUV berechtigt den Rat, Verordnungen oder Richtlinien (= Sekundärrecht) zur Verwirklichung der in Art. 101, 102 AEUV niedergelegten Grundsätze zu beschließen

II. VO 1/2003 zu Art. 81 und 82 EGV (KartellVO)

1962 hat der Rat die **KartellVO** erlassen, die Einzelheiten zum Kartell- und Missbrauchsverbot regelt (Verfahren, Zuständigkeiten, Bußgeldrecht und zum Teil materiell-rechtliche Fragen). Die derzeitige Fassung stammt von 2003 und nimmt daher auf die Artt. 81, 82 EGV Bezug, die später zu den Artt. 101, 102 AEUV geworden sind.

III. VO 139/2004 zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FusionskontrollVO)

1989 hat der Rat mit der **FusionskontrollVO** einen zusätzlichen materiellen Tatbestand für Unternehmenszusammenschlüsse geschaffen.

IV. GruppenfreistellungsVOen

Art. 101 Abs. 3 AEUV sieht Ausnahmen von dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Verträge nach Art. 101 Abs. 1 AEUV vor. Die Kommission hat dazu zahlreiche sog. GruppenfreistellungsVO erlassen. Eine besonders wichtige ist die **VO 330/2010 über Vertikalvereinbarungen**.

C. Kartellverbot, Art. 101 AEUV

Nach **Art. 101 Abs. 1 AEUV** sind mit dem Binnenmarkt unvereinbar Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Die Vorschrift deckt sich in wichtigen Teilen mit dem Wortlaut von § 1 GWB. Sie normiert darüber hinaus Regelbeispiele, die bestimmte horizontale oder vertikale Beschränkungen erfassen. Danach sind „insbesondere“ verboten,

- die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen, Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV
- die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes der technischen Entwicklung oder Investitionen, Art. 101 Abs. 1 lit. b AEUV
- die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen, Art. 101 Abs. 1 lit. c AEUV
- die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden, Art. 101 Abs. 1 lit. d AEUV
- die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen, Art. 101 Abs. 1 lit. e AEUV.

In **Art. 101 Abs. 3 AEUV** sieht das europäische Kartellrecht Ausnahmen von dem generellen Kartellverbot vor. Die Vorschrift deckt sich in wichtigen Teilen mit dem Wortlaut von § 2 Abs. 1 GWB.

Vereinbarungen oder Beschlüsse, die nach Abs. 1, Abs. 3 verboten sind, sind nichtig, **Art. 101 Abs. 2 AEUV**.

Die Nichtigkeit erfasst nur die verbotswidrigen Teile einer Vereinbarung. Ob die Vereinbarung im Übrigen aufrechterhalten werden kann, bestimmt sich nach dem jeweiligen nationalen Recht, zum Beispiel nach **§ 139 BGB**.

Der Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1, Abs. 3 AEUV kann nach **§ 33 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 GWB** Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche auslösen. Art. 101 AEUV ist ein Schutzgesetz zugunsten der Marktteilnehmer, EuGH vom 30.4.1974 (Sacchi) – 155/73, Slg. 1974, S. 409 ff.

D. Missbrauchsverbot, Art. 102 AEUV

Art. 102 Satz 1 AEUV verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen. Die Voraussetzungen einer marktbeherrschenden Stellung sind im europäischen Kartellrecht nicht geregelt.

Die Abgrenzung des relevanten Marktes richtet sich prinzipiell nach denselben Grundsätzen wie im deutschen Recht. Es sind alle Erzeugnisse oder Dienstleistungen einzubeziehen, die aufgrund ihrer Merkmale (Qualität, Preis einschließlich Transportkosten, Verwendungszweck) vom Verbraucher als gleichartig bzw. als gegeneinander austauschbar angesehen werden, EuGH vom 11.12.1980 (L’Oreal) – 31/80, Slg. 1980, S. 3775 ff.; EuGH vom 2.3.1994 (Hilti) – C-53/92, Slg. 1994 I, S. 693 ff.

Nach EuGH vom 9.11.1983 (Michelin) – 322/81, Slg. 1983, S. 3461 ff. hat ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung erlangt, wenn es sich in der Lage sieht, sein Verhalten auf dem relevanten Markt gegenüber seinen Wettbewerbern sowie seinen Abnehmern und Lieferanten in nennenswertem Umfang unabhängig zu gestalten.

Den Missbrauch von wettbewerblichen Stellungen unterhalb der Marktbeherrschung erfasst Art. 102 AEUV nicht. Gegenüber Boykotten können die Artt. 101, 102 AEUV nur eingreifen, wenn etwa eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise vorliegt oder der Boykottaufruf ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist. Das Unionsrecht lässt aber entsprechende Regeln im nationalen Recht zu, Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 (siehe unten).

Missbräuchliches Ausnutzen der marktbeherrschenden Stellung ist ein Verhalten, das andere Wettbewerber mit Mitteln beschränkt, die „von den Mitteln eines normalen Produkt- und Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Unternehmen abweichen“, EuGH vom 9.11.1983 (Michelin) – 322/81, Slg. 1983, S. 3514 ff. Art. 102 Satz 2 AEUV ergänzt die Vorschrift um Regelbeispiele. Danach kann der Missbrauch insbesondere in Folgendem bestehen:

- der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV
- der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher, Art. 102 Satz 2 lit. b AEUV
- der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden, Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV
- der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen, Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV.

Missbräuchliche Handlungen begründen Ansprüche betroffener Marktteilnehmer, weil Art. 102 AEUV auch die Individualinteressen der Marktteilnehmer schützt, EuGH vom 30.1.1974 (BRT/SABAM) – 127/73, Slg. 1974, S. 51 ff. Einzelheiten bestimmen sich nach dem nationalem Recht beziehungsweise nach § 33 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 GWB.

E. FusionskontrollVO

Das europäische Kartellrecht kennt erst seit 1989 die **VO 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen** (= FusionskontrollVO), die die kartellrechtliche Zulässigkeit von Unternehmenszusammenschlüssen detailliert regelt. Vor diesem Zeitpunkt waren Unternehmenszusammenschlüsse vereinzelt an Art. 82 EGV/102 Abs. 1 AEUV gemessen worden.

- Die europäische Fusionskontrolle erstreckt sich auf alle Unternehmenszusammenschlüsse von „*gemeinschaftswelter Bedeutung*“, Art. 1 VO 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Sie überprüft diese auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt, Art. 2 VO 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Die Hürde dafür ist relativ hoch angesiedelt und erfasst nur Zusammenschlüsse sehr großer Unternehmen, zu Einzelheiten siehe Art. 1 Abs. 2 VO 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.
- Zusammenschlüsse, durch die ein wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, sind für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären, Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Regionale Grundlage der Marktbeherrschungs-Prüfung nach Art. 2 FusionskontrollVO ist nicht nur der Gemeinsame Markt, sondern ggf. auch ein „wesentlicher Teil desselben“.
- Obwohl das europäische Recht dieselben materiellen Maßstäbe wie das deutsche (§ 36 Abs. 1 GWB) formuliert, wurden die Voraussetzungen in Vergangenheit zum Teil unterschiedlich ausgefüllt. Das europäische Recht war (ist?) fusionsfreundlicher. Das hat zur Konsequenz, dass die Fusion besonders großer Unternehmen (gemeinschaftswelter Bedeutung) eher zulässig ist als die Fusion kleinerer Unternehmen (keine gemeinschaftswelter Bedeutung), obwohl gerade der Zusammenschluss von Großunternehmen wettbewerbspolitisch besonders brisant ist.

F. Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts

I. Internationale Anwendbarkeit

Die internationale Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts bestimmt sich nach dem sogenannten Auswirkungsprinzip (ebenso § 185 Abs. 2 GWB für das deutsche Recht). Es kommt also darauf an, ob sich eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme auf den Markt in der EU auswirkt. Der Sitz der beteiligten Unternehmen ist irrelevant. Das EU-Recht kann also eingreifen, wenn Unternehmen außerhalb der EU ein Preiskartell vereinbaren, es aber über Filialen in der EU durchsetzen, EuGH vom 27.9.1988 (Zellstoff) – C-89/85 u.a., Slg. 1988, 5193 ff.

II. Zwischenstaatlichkeitsklausel

Das europäische Recht ist anwendbar auf Handlungen, die den „*Handel zwischen den Mitgliedstaaten*“ betreffen, **Artt. 101 Abs. 1, 102 Abs. 1 AEUV**. Diese Zwischenstaatlichkeitsklausel grenzt den sachlichen Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln der EU von dem der nationalen Wettbewerbsrecht der Mitgliedstaaten ab. Sie legt fest, wann das europäische Recht ggf. zusätzlich zum nationalen Recht der Mitgliedstaaten anwendbar ist. Die Anwendbarkeitsvoraussetzungen nach Art. 1 ff. FusionskontrollVO sind dagegen anders definiert und bleiben hier außer Betracht.

Der Wortlaut der Artt. 101 Abs. 1, 102 Abs. 1 AEUV weckt die Vorstellung, dass eine Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts zwingend einen grenzüberschreitenden Handel voraussetzt. Das ist jedoch ein Trugschluss. Der EuGH hat die Voraussetzung vielmehr mit besonders ausgreifendem Inhalt gefüllt mit der Folge, dass das europäische Kartellrecht in sehr vielen Fällen anwendbar und keineswegs auf grenzüberschreitende Praktiken beschränkt ist.

Hintergrund dieser extensiven Auslegung war, dass zahlreiche Mitgliedstaaten lange Zeit gar kein nationales Kartellrecht kannten. Dies bewog den EuGH, im Interesse der Wettbewerbsfreiheit das europäische Kartellrecht weit zu erstrecken, um wenigstens in gravierenden Fällen das Fehlen nationaler Regeln auszugleichen. Die weite Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel wurde übrigens von Anfang an ausdrücklich mit den Aufgaben und Zielen der Gemeinschaft nach Artt. 2, 3 AEUV, insbesondere mit der besonderen Garantie des Binnenmarktes begründet.

- Der AEUV spricht nur von „*Handel*“ und könnte damit den Schluss nahelegen, die Artt. 101 f. AEUV beträfen nur den Warenverkehr. Im Hinblick auf die übrigen Freiheiten, die der AEUV verwirklichen will, wäre dies allerdings eine vorschnelle Interpretation. Die genannten Bestimmungen sind nach allgemeiner Meinung vielmehr auf den gesamten

Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten unter Einschluss der Dienstleistungen und des Zahlungsverkehrs anzuwenden.

- Es reicht bereits aus, dass die Maßnahme „*geeignet*“ ist, den Handel zu beeinträchtigen. Ein tatsächlicher Nachweis ist nicht erforderlich. Alle Maßnahmen, welche die vom AEUV gewollte gegenseitige Durchdringung der nationalen Märkte behindern, insbesondere Beschränkungen von Importen und Exporten, sind geeignet, den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr zu beeinflussen.

Wettbewerbsbeschränkende Absprachen, die nur für das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats gelten oder an denen nur Unternehmen eines Mitgliedstaats beteiligt sind, können den Wirtschaftsverkehr zwischen Mitgliedstaaten betreffen. Sie sind nämlich grundsätzlich geeignet, den nationalen Markt von den anderen abzuschotten, EuGH vom 17.10.1972 (Cementhandlaren) – C-8/72, Slg. 1972, S. 991 ff.

Ebenso können wettbewerbsbeschränkende Abreden zwischen Unternehmen mit Sitz in der EU und Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten sowie derartige Abreden zwischen Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen, EuGH vom 25.11.1971 (Béguelin Import) – C-22/71, Slg. 1971, S. 959 ff.

III. Unternehmen

Die Artt. 101 ff. AEUV definieren ihren Anwendungsbereich subjektbezogen und verlangen, dass ein Unternehmen tätig geworden ist. Der Unternehmensbegriff ist funktional auszulegen. Er umfasst jede natürliche und juristische Person in ihrer selbständigen, auf den Austausch von Waren oder Dienstleistungen gerichteten erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit.

Das Kartellverbot auch auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen anwendbar, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren. **Art. 106 Abs. 1 AEUV** verpflichtet die Mitgliedstaaten, in Bezug auf diese Unternehmen keine dem AEUV widersprechenden Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten.

Ein öffentliches Unternehmen ist jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss nehmen kann.

Die Mitgliedstaaten dürfen keine Maßnahmen beibehalten oder treffen, durch die die Unternehmen gegen die Wettbewerbsvorschriften verstoßen. Beispiel: Arbeitsvermittlungsmonopol einer öffentlich-rechtlichen Anstalt auch für die Vermittlung von Führungskräften, wenn sie offenkundig nicht in der Lage ist, die Nachfrage auf diesem Sektor zu befriedigen, EuGH vom 23.4.1991 (Macrotron) C-41/90, NJW 1991, 2891.

Art. 106 Abs. 2 AEUV betrifft Unternehmen mit bestimmten Sonderaufgaben. Sie unterliegen den Wettbewerbsregeln nicht, wenn die Anwendung dieser

Vorschriften die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindern würde.

Beispiel: Eine unrentable Fluglinie, deren Bedienung aus Gründen des allgemeinen Interesses erforderlich ist, aber bei Geltung der allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Regeln überhaupt nicht bedient werden würde.

G. Europäisches und deutsches Kartellrecht

Das Verhältnis des europäischen zum deutschen Kartellrecht regelt **Art. 3 VO 1/2003**.

I. Anwendung beider Rechte nebeneinander

Liegen die Voraussetzungen von Art. 101 AEUV oder von Art. 102 AEUV vor, so haben die nationalen Kartellbehörden das europäische Kartellrecht neben dem nationalen anzuwenden, **Art. 3 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 VO 1/2003** („auch“). Für das deutsche Recht tragen die **§§ 32 Abs. 1, 33 Abs. 1 GWB** diesem Grundsatz Rechnung, weil sie Zuwiderhandlungen gegen das GWB und gegen die Art. 101, 102 AEUV erfassen.

II. Vorrang des europäischen Kartellrechts

Wenn das europäische und das nationale Recht zu einander widersprechenden Ergebnissen kommen würden, greift die Lehre vom Vorrang des europäischen Kartellrechts. Es würde dem Wesen der durch den AEUV geschaffenen, eigenständigen Rechtsordnung widersprechen, „wenn es Mitgliedstaaten gestattet wäre, Maßnahmen zu ergreifen oder aufrechtzuerhalten, welche die praktische Wirksamkeit des Vertrags beeinträchtigen könnten“, EuGH vom 13.2.1969 (Wilhelm) – C-14/68, Slg. 1969, S. 1 ff., Rn. 6. Nach der Vorranglehre und Art. 3 VO 1/2003 gilt im Einzelnen folgendes:

- Ein Widerspruch droht zum einen, wenn das europäische Recht die Handlung erlauben und das nationale Recht sie verbieten würde. **Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003** legt dazu fest, dass die Anwendung des nationalen Kartellrechts eine Verhaltensweise, die nicht gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt oder nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt ist, nicht verbieten darf.
- Ein Widerspruch droht zum anderen auch, wenn das europäische Recht die Handlung verbieten und das nationale Recht sie erlauben würde. Ist eine Verhaltensweise nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verboten und nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt, so ist eine Freistellung nach nationalem Kartellrecht nicht zulässig.

Bedeutung hat dies für das Mittelstandskartell und **§ 3 GWB**. Das europäische Recht kennt keinen dem § 3 GWB entsprechenden Freistellungstatbestand. Wenn ein Mittelstandskartell, das an sich unter § 3 GWB fallen würde, geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten

zu beeinträchtigen, und folglich dem europäischen Recht unterliegt, dann ist § 3 GWB nicht anwendbar. Die Vorschrift greift nur für Mittelstandskartelle ein, die vom europäischen Recht gerade nicht erfasst werden.

III. Erlaubnis strengerer nationaler Maßstäbe, Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003

Die Mitgliedstaaten dürfen für bestimmte Bereiche in ihrem Hoheitsgebiet strengere Maßstäbe anordnen, als sie im europäischen Recht gelten, **Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO**.

Diese Berechtigung besteht für die Unterbindung oder Ahndung „*einseitiger Handlungen von Unternehmen*“. Damit wird den Mitgliedstaaten erlaubt, missbräuchliche Verhaltensweisen auch unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung zu verbieten. Der deutsche Gesetzgeber hat davon Gebrauch gemacht. Insbesondere sind bestimmte, in § 19 GWB normierte Verbote nicht auf Marktbeherrscher beschränkt, sondern gelten auch für Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht, **§ 20 Abs. 1 Satz 1, 20 Abs. 3 Satz 1 GWB**.