

## Teil I: Grundlagen

### § 1 Wettbewerb und Wettbewerbsschutz

#### Rechtsprechung:

EuGH v. 13.2.1969, Rs. 14/68 – *Walt Wilhelm*, Slg. 1969, 1; EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-234/89 – *Delimitis*, Slg. 1991, I-935; EuGH v. 14.12.2000 Rs. C-344/98 – *Masterfoods*, Slg. 2000, I-11369.

#### Literatur:

##### Zur geschichtlichen Entwicklung:

*Basedow*, Kartellrecht im Land der Kartelle – Zur Entstehung und Entwicklung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 2008, 270; *Baums*, Kartellrecht in Preußen. Von der Reformära zur Gründerkrise, 1990; *Böhm*, Die Idee des Ordo im Denken Walter Euckens, ORDO 3 (1950), XV; *Domeratzky*, Cartels and the Business Crisis, Foreign Affairs 10 (1931/1932), 34; v. *Götz*, Die Geburt des GWB und der amerikanische Einfluss auf das Entstehen einer neuen Wettbewerbsordnung in der Bundesrepublik, WRP 2007, 741; *Großfeld*, Hauptpunkte der Kartellrechtsentwicklung vor dem ersten Weltkrieg, ZHR 141 (1977), 442; *Günther*, Die geistigen Grundlagen des sogenannten Josten-Entwurfs, in: Sauer mann/Mestmäcker (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung: Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, 1975, S. 183; *Mestmäcker*, 50 Jahre GWB: Erfolgsgeschichte des unvollkommenen Gesetzes, WuW 2008, 6; *Schricker*, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz. Eine Darstellung des geltenden deutschen Rechts mit vergleichbaren Anmerkungen, RabelsZ 36 (1972), 315.

##### Zum Individualschutz sowie zum Verhältnis zum Lauterkeitsrecht:

*Fikentscher*, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz. Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung, 1958; *ders.*, Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs im deutschen und europäischen Recht, in: v. Caemmerer/Schlochauer/Steindorff (Hrsg.), Probleme des europäischen Rechts: Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag, Frankfurt a. M. 1966, S. 127; *ders.*, Wirtschaftsrecht Band II. Deutsches Wirtschaftsrecht, 1983; *ders.*, Recht und wirtschaftliche Freiheit. 1. Band. Die Freiheit des Wettbewerbs, Tübingen 1992; *Glöckner*, Individualschutz und Funktionenschutz in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts – Der Zweck heiligt die Mittel nicht – er bestimmt sie!, WRP 2007, 490; *ders.*, Verfassungsrechtliche Fragen um das Verhältnis staatlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung, WRP 2015, 410; *ders.*, Die Rolle des Staates als Enforcer im Wirtschaftsrecht, WuW 2019, 546 (Langversion online in Owlit, DokID WUW1316983); *Köhler*, Zur Konkurrenz lauterkeitsrechtlicher und kartellrechtlicher Normen, WRP 2005, 645; *Koenigs*, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln, GRUR 1958, 589; *Merz*, Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit?, in: Coing/Kronstein/Mestmäcker (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, 1965, S. 227; *K. Schmidt*, Offenhaltung der Märkte durch private Klagen bei Kartellsachverhalten? – Ein Beitrag zur Schutzgesetzdiskussion um § 35 GWB –, in: Andreae/Kirchhoff/Pfeiffer (Hrsg.), Wettbewerb als Herausforderung und Chance: Festschrift für Werner Benisch, 1989, S. 293; *P. Ulmer*, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Grenzen der Preisunterbietung im Pressewesen, AfP 1975, 870; *Würdinger*, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, 721.

**Zum Wettbewerbsleitbild:**

*Basedow*, Konsumentenwohlfahrt und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik?, WuW 2007, 726; *Clark*, Toward a Concept of Workable Competition, 30 (1940) Am. Econ. Rev. 241; *ders.*, Competition as a Dynamic Process, 3. Aufl., Washington (D.C.) 1968; *ders.*, Competition – Static Models and Dynamic Aspects, 45 (1955) Am. Econ. Rev. 450; *Dunn*, Neue Industriepolitik oder Stärkung der Marktkräfte, ORDO 46 (1995), 166; *Eucken*, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 7. Aufl., 1959; *ders.*, Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, ORDO 2 (1949), 1; Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1952, 6. Aufl., 1990; *v. Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 1968; *ders.*, Die Theorie komplexer Phänomene, Tübingen 1972; *Hoppmann*, Workable Competition (Funktionsfähiger Wettbewerb) – Die Entwicklung einer Idee über die Norm der Wettbewerbspolitik, ZBJV 102 (1966), 249; *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., 1967; *Kartte*, Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, 1969; *Miksch*, Wettbewerb als Aufgabe – Die Grundsätze einer Wettbewerbsordnung, 1937; *Schlecht*, Entscheidungslinien der deutschen Wirtschaftspolitik, ORDO 43 (1992), 319; *Sosnick*, A Critique of Concepts of Workable Competition, 72 (1958) QJE 380.

**Zu Fragen der Informations- und Verhaltensökonomik:**

*Carmon/Ariely*, Focusing on the Forgone: How Value Can Appear So Different to Buyers and Sellers, 27 (2000) J. Cons. Res. 360; *Febr/Nowak/Sigmund*, Teilen und Helfen – Ursprünge sozialen Verhaltens, Spektrum der Wissenschaft 2002, 52; *Kahneman/Knetsch/Thaler*, Experimental tests of the endowment effect and the Coase theorem, 1990 J. Pol. Econ. 1325; *Leistner*, Behavioral Economics und Lauterkeitsrecht, ZGE 2009, 3.

**Zum „more economic approach“:**

*Drauz*, A View from Inside the Merger Task Force: Comments on „Reforming European Merger Review: Targeting Problem Areas in Policy Outcomes“, 2002 J. of Ind., Comp. & Trade 391; *Schmidt, A.*, Ordnungsökonomische Wettbewerbskonzepte: Die Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Effizienz, ORDO 59 (2008), 209; *ders.*, Wie ökonomisch ist der „more economic approach“? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik 06/19, Freiburg 2010; *Stapelfeldt*, Kritik der ökonomischen Rationalität Band 2. Wirtschaft und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland, 1998; *Zimmer*, Der rechtliche Rahmen für die Implementierung moderner ökonomischer Ansätze, WuW 2007, 1198.

**Zum Verhältnis zum EU-Kartellrecht:**

*Bauerschmidt*, Die Sperrwirkung im Europarecht. EuR 2014, 277; *Alexander*, Wege und Irrwege – Europäisierung im Kartell- und Lauterkeitsrecht, GRUR Int 2013, 636; *Koch*, Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1959, 241.

**Zur 9. GWB-Novelle:**

*Bremer/Scheffczyk*, Die Ministererlaubnis nach der 9. GWB-Novelle – Verfahren und Drittrechtsschutz, NZKart 2017, 464; *Esser/Höft*, Fusions- und Missbrauchskontrolle 4.0 – Die 9. GWB-Novelle als Antwort auf die Herausforderungen der Digitalisierung?, NZKart 2017, 259; *Kahlenberg/Heim*, Das deutsche Kartellrecht in der Reform: Überblick über die 9. GWB-Novelle, BB 2017, 1155; *Kersting/Podszun*, Die 9. GWB-Novelle, Kartellschadensersatz, Digitale Ökonomie, Fusionskontrolle, Bußgeldrecht, Verbraucherschutz, 2017; *Rother*, Kartellschadensersatz nach der 9. GWB-Novelle, NZKart 2017, 1; Bundeskartellamt, Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf der 9. GWB-Novelle, Ausschussdrucksache 18(9)1093 v. 18.1.2017, <<https://www.bundestag.de/blob/489188/71864fe8e7d3683c8954b60-94308eadc/mundt-data.pdf>>, site zul. besucht am 5.5.2021.

**Zur 10. GWB-Novelle:**

*Kleineberg*, Der „more economic approach“ im Referentenentwurf der 10. GWB-Novelle, WRP 2020, 832; *Kühling*, Digitale Märkte als Herausforderung – Von der 10. GWB-Novelle zur Reformdiskussion auf Unionsebene, NZKart 2020, 157; *Mäger*, Die 10. GWB-Novelle: Eine Plattform gegen Big Tech?, NZKart 2020, 101; *Podszun/Brauchmann*, GWB-Digitalisierungsgesetz: Der Referentenentwurf des BMWi zur 10. GWB-Novelle, GWR 2019, 436; *Pod-*

*szun/Busch/Henning-Bodewig*, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts?, Darstellung und Systematisierung von Möglichkeiten und Defiziten der privaten Durchsetzung des Verbraucherschutzes sowie Einbeziehung der Kartellbehörden zu dessen Durchsetzung, vom 7.9.2018, <[https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/behoerdliche-durchsetzung-des-verbraucherrechts.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=13](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/behoerdliche-durchsetzung-des-verbraucherrechts.pdf?__blob=publicationFile&v=13)>, site zul. besucht am 5.5.2021; *Schallbruch/Schweitzer/Wambach/W. Kirchhoff/Langeheine/Schneider/Schnitzer/Seeliger/Wagner/Durz/Heider/Mohrs*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 9.9.2019, <[https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=10](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.pdf?__blob=publicationFile&v=10)>, site zul. besucht am 5.5.2021; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Endbericht, vom 29.8.2018, <[https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=15](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=15)>, site zul. besucht am 5.5.2021; *Steinberg/Wirtz*, Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle, WuW 2020, 8.

### Zu Reformdiskussionen im EU-Kartellrecht:

*Argentesi/Buccirossi/Calvano/Duso/Marrazzo/Nava*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, 2019, <[http://www.learlab.com/wp-content/uploads/2019/06/CMA\\_past\\_digital\\_mergers\\_GOV.UK\\_version-1.pdf](http://www.learlab.com/wp-content/uploads/2019/06/CMA_past_digital_mergers_GOV.UK_version-1.pdf)>, site zul. besucht am 5.5.2021; *Crémer/Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, 2019, <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>, site zul. besucht am 5.5.2021; *Ezrachi/Jullien/Katz/Kinnelman/Melamed/Morgenstern*, Report of the Committee for the Study of Digital Platforms – Market Structure and Antitrust Subcommittee, 2019, <<https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/market-structure-report.pdf?la=en&hash=E08C7C9-AA7367F2D612DE24F814074BA43CAED8C>>, site zul. besucht am 5.5.2021; *Furman/Coyle/Fletcher/Marsden/McAuley*, Digital Competition Expert Panel, Unlocking digital competition, 2019, <[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf)>, site zul. besucht am 5.5.2021.

## I. Grundbegriffe

### 1. Kartellrecht als Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Der Untertitel dieses Werks, „Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ wurde bewusst gewählt: Zwar hat sich im deutschsprachigen Rechtsraum der Begriff „Kartellrecht“ durchgesetzt. Er gibt aber nur verkürzt die Bandbreite dessen wieder, was Kartellrecht eigentlich umfasst. Kartelle i. e. S. sind nach deutschem Sprachgebrauch lediglich wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern. Regelungsgegenstand des Kartellrechts sind neben Kartellen i. e. S. jedoch auch Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die sich an unterschiedliche Abnehmerkreise wenden, ebenso wie Beschränkungen des Wettbewerbs durch den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen sowie durch Unternehmenszusammenschlüsse.

Die Bezeichnung Kartellrecht für das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen hat historische Wurzeln. Der Begriff Kartell ist in gegebenem Kontext national-ökonomischen Ursprungs und diente der Beschreibung der wirtschaftlichen Situation im späten 19. und beginnenden 20. Jahrhundert.<sup>1</sup> Damals bestimmten Verbände von Unternehmen, die sich mit ihren Leistungen an dieselben Abnehmer wandten und daher in einem Wettbewerbsverhältnis standen, das Geschehen in der jeweiligen Industriesparte. Im Laufe der Zeit entwickelte sich der allgemeine

<sup>1</sup> *Dreher/Kulka*, § 7 Rn. 862.

Sprachgebrauch dahin, dass unter Kartellen sämtliche wettbewerbsbeschränkende Abmachungen verstanden wurden.<sup>2</sup> In § 1 der **Kartellverordnung** aus dem Jahre 1923 wurde erstmals gesetzlich definiert, was unter einem Kartell zu verstehen ist: „...Verträge und Beschlüsse, welche Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten“. Die Kartellverordnung erfasste dabei sowohl horizontale als auch vertikale Vereinbarungen.<sup>3</sup> Unter dem Eindruck des GWB forderte *Fikentscher* im Jahr 1958 zur Verwendung der genaueren Bezeichnung „**Recht der Wettbewerbsbeschränkungen**“ statt „Kartellrecht“ auf.<sup>4</sup> Das hat sich leider nicht durchgesetzt. In Anlehnung an die etablierte Praxis wird daher auch in diesem Werk die Bezeichnung Kartellrecht *pars pro toto* verwendet.<sup>5</sup>

## 2. Wettbewerbsrecht

- 3 Ursprünglich bezeichnete der Begriff „**Wettbewerbsrecht**“ im deutschsprachigen Rechtsraum den Inbegriff der Normen, welche den Schutz der Lauterkeit des Wettbewerbs bezwecken.<sup>6</sup> Dieses Verständnis setzte „Wettbewerbsrecht“ sprachlich in einen Gegensatz zum „Kartellrecht“. In gleichem Maße, in dem das Europäische Kartellrecht an Bedeutung gewann, verschob sich die Terminologie: In Rückübersetzung der gebräuchlichen englischen Bezeichnung *Competition Law*<sup>7</sup> (ebenso frz.: *droit de la concurrence*, it.: *diritto della concorrenza*) für die Art. 101 ff. AEUV i. V. m. der Fusionskontrolle, wurde es gebräuchlich, auch auf Deutsch von „Wettbewerbsrecht“<sup>8</sup> zu sprechen, wenn man Kartellrecht meinte. Zur Vermeidung von Verwechslungen zwischen „Wettbewerbsrecht“ im moderneren europarechtlichen Verständnis<sup>9</sup> und dem überkommenen nationalen Verständnis wurden auch die Regelungen über den unlauteren Wettbewerb zunehmend durch die Begriffe „**Lauterkeitsrecht**“ oder „**Wettbewerbsrecht im engeren Sinne**“ beschrieben.<sup>10</sup> Im weiteren Sinne verstanden umfasst das Wettbewerbsrecht die Summe der Normen, deren Zweck in der Realisierung der Aufgaben des Wettbewerbs besteht<sup>11</sup>, also das Kartellrecht sowie das Lauterkeitsrecht.<sup>12</sup>

## 3. Wettbewerb

- 4 Schließlich bleibt der Begriff „**Wettbewerb**“ zu klären. *I. Schmidt* und *Haucap* bieten eine **Arbeitshypothese** an, nach welcher Wettbewerb allgemein als Streben von zwei oder mehr Personen oder Gruppen nach einem Ziel zu verstehen ist, wobei der höhere Zielerreichungsgrad des einen i. d. R. einen geringeren Zielerrei-

2 *Dreher/Kulka*, § 7 Rn. 863.

3 *Isay*, Kartellverordnung, S. 124, 125.

4 *Fikentscher*, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 197.

5 Vgl. bereits *Neef*, Rn. 1.

6 *Z. B. E. Ulmer*, Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht, GRUR 1937, 769; *Reimer*, Rn. 10; Allgemein zur Terminologie *Schricker*, RabelsZ 36 (1972), 315, 325.

7 *Z. B. v. Bael/Bellis*, Competition Law of the European Union.

8 *Z. B. Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht.

9 *Z. B. Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 1997, S. 66 Fn. 207.

10 *Z. B. bereits Reimer*, Rn. 10; in jüngerer Zeit *Harte/Henning/Keller*, Einl A Rn. 11; *Fezer/Fezer*, UWG, Einl Rn. 80 ff.; *Köhler*, Vom deutschen zum europäischen Lauterkeitsrecht – Folgen der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken für die Praxis, NJW 2008, 3032, 3033.

11 *Koppensteiner*, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht. Wettbewerbsbeschränkungen, Unlauterer Wettbewerb, Marken, 3. Aufl., 1997, § 2 Rn. 14.

12 *Dreher/Kulka*, Einl Rn. 1.

chungsgrad des anderen bewirkt.<sup>13</sup> Daraus ist abzuleiten, dass wirtschaftlicher Wettbewerb sich durch die Existenz von Märkten mit mindestens zwei Anbietern oder Nachfragern, die sich antagonistisch verhalten, auszeichnet. *I. Schmidt* und *Haucap* verweisen aber auf die Notwendigkeit der inhaltlichen Ausfüllung durch die unter V. näher beschriebenen Leitbilder. Andere verneinen die Definierbarkeit des „Wettbewerbs“ gar apriorisch.<sup>14</sup> Das „natürliche“ Verständnis des Begriffs „Wettbewerb“ wird freilich allzu häufig durch ein **Vorverständnis** bestimmt, das durch sportliche oder kulturelle Veranstaltungen geprägt ist (so auch bei *I. Schmidt/Haucap*), bei welchen die Regeln (z. B. des Hundertmeterlaufs, der Fußball-WM oder des Eurovision Song Contest) vorgegeben sind und im Idealfall neutrale Schiedsrichter über den Erfolg entscheiden. Im wirtschaftlichen Wettbewerb gilt es demgegenüber, mithilfe des Wettbewerbsrechts i. w. S. erst die Regeln des Spiels aufzustellen. Überdies sind die Angehörigen der Marktgegenseite, um deren Gunst die Marktteilnehmer sich „um die Wette bewerben“, gerade nicht neutral, sondern selbst Marktteilnehmer.<sup>15</sup> Im wirtschaftlichen Wettbewerb sind **Parallel- und Austauschprozesse untrennbar verknüpft**. Die Marktentscheidungen der jeweiligen Marktgegenseite als „Schiedsrichter“ stehen zugleich im Kern von Austauschprozessen, die wirtschaftliche Bedürfnisse auf privatautonomem Wege erfüllen, und einem Parallelprozess, in welchem durch die Auswahl zwischen mehreren geeigneten Angeboten der „Wett“-Bewerb entschieden wird. Tatsächlich muss Wettbewerb als **komplexes und umfassendes wirtschaftliches Phänomen**<sup>16</sup> jederzeit für neue Entwicklungen von Marktstrukturen, -verhaltensweisen oder -ergebnissen offen bleiben.<sup>17</sup> Standardwerke verzichten daher z. T. ganz auf Definitionsversuche.<sup>18</sup> Gesetzestechisch wird der Begriff des Wettbewerbs als ein unbestimmter Rechtsbegriff behandelt, der im unionsrechtlichen Kontext anhand der allgemeinen Grundsätze und Ziele der Europäischen Verträge und im Übrigen anhand der Teleologie des Kartellrechts (vgl. dazu u. Rn. 56 ff.) auszulegen ist.

#### 4. Horizontale und vertikale Abreden

„**Abrede**“ wird im Folgenden als abkürzender Begriff für alle Formen **koordinierten Vorgehens**, d. h. insbesondere Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen, aber auch die Koordinierung durch Beschlüsse von Verbänden verwendet. Von „**horizontalen**“ **Abreden** wird gesprochen, wenn sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die auf **derselben Wirtschaftsstufe** stehen und sich an dieselben Abnehmerkreise wenden, von „**vertikalen**“ **Abreden**, wenn sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die auf **unterschiedlichen Wirtschaftsstufen** stehen und sich an unterschiedliche Abnehmer wenden.

#### 5. Angebots- und Nachfragewettbewerb

Lange Zeit wurde dem Wettbewerbsverhalten von Nachfragern im Kartellrecht wenig Bedeutung beigemessen. Die Deutschland in der Nachkriegszeit zunächst

13 *I. Schmidt/Haucap*, S. 3. Ähnlich i. E. *Kling/Thomas*, § 2 Rn. 5.

14 *Dreher/Kulka*, Einl Rn. 5; *Mestmäcker/Schweitzer*, § 3 Rn. 1; *Herdzina*, S. 7 ff.; grundsätzlich positiv gegenüber einer Definierbarkeit *Emmerich/Lange*, § 1 Rn. 1.

15 *Dreher/Kulka*, Einl Rn. 6; *Schünemann*, WRP 2004, 925, 932.

16 Vgl. dazu auch *v. Hayek*, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, S. 7 ff.

17 *Dreher/Kulka*, Einl Rn. 5.

18 Z. B. *Dreher/Kulka*, Einl Rn. 5: „widersetzt sich der gesetzlichen Definition“; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* u. a./*Meessen/Kersting*, Einf Rn. 6; *Kling/Thomas*, § 2 Rn. 3.

bestimmende Mangelwirtschaft brachte allein der Angebotsseite Vorteile.<sup>19</sup> Eine von der Nachfrageseite ausgehende Gefahr erschien wenig relevant. Das änderte sich jedoch mit der Stabilisierung der Märkte und der stärker werdenden Position der Nachfrager. Bereits seit der 2. GWB-Novelle 1973 findet sich die **Nachfragemacht** in den kartellrechtlichen Tatbeständen des GWB wieder (vgl. inzwischen etwa §§ 18 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 8, 19 Abs. 2, 20 Abs. 1 GWB: „als Anbieter oder Nachfrager“). Auch die Praxis<sup>20</sup> ging unter Zustimmung der Literatur<sup>21</sup> von einer Beschränkbarkeit des Nachfragerwettbewerbs aus.<sup>22</sup> Der **Nachfragerwettbewerb** wird bis heute überwiegend als **Spiegelbild** zum Anbieterwettbewerb gesehen.<sup>23</sup> Erst in jüngerer Zeit ist diese „Spiegeltheorie“ in Frage gestellt worden (vgl. dazu § 5 Rn. 475 ff., § 6 Rn. 643).

- 7 Nachfragemacht kann in verschiedenen Konstellationen kartellrechtliche Relevanz erlangen. Dazu zählen z. B. **Einkaufskooperationen**, die in den Anwendungsbereich der Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB fallen (vgl. § 4 Rn. 414 ff.). Zudem kann sich Nachfragemacht in Form eines spiegelverkehrten Ausbeutungsmisbrauchs zeigen, Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV (vgl. dazu u. § 6 Rn. 642 ff.). Darüber hinaus spielt die Stärke der Nachfrageseite bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen im Rahmen der Fusionskontrolle insbesondere im Einzelhandel<sup>24</sup> eine zunehmende Rolle. Daneben vermögen wirtschaftlich starke Nachfrager die Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens von Anbietern zu relativieren (sog. „*countervailing buyer power*“).<sup>25</sup>

## II. Entwicklung der an Unternehmen gerichteten Wettbewerbsregeln

### 1. Anfänge

- 8 Das Kartellrecht hat als Rechtsgebiet bei weitem nicht die Tradition wie etwa das Bürgerliche Recht. Es entwickelte sich erst im Gefolge der Gewährung der

19 Ausführlich dazu *Bontrup*, WRP 2006, 225, 226.

20 Z. B. BGH v. 13.12.1983, KZR 10/83 – *Holzschutzmittel*, WuW/E BGH 2049; BGH v. 12.11.2002, KZR 11/01 – *Ausrüstungsgegenstände für Löschfahrzeuge*, WuW/E DE-R 1087.

21 Immenga/Mestmäcker/Zimmer, GWB, § 1 Rn. 120.

22 In diesen Rahmen ist auch die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Regelungen auf die Nachfragertätigkeit der öffentlichen Hand einzuordnen, BGH v. 12.11.2002, KZR 11/01 – *Ausrüstungsgegenstände für Löschfahrzeuge*, WuW/E DE-R 1087; OLG Düsseldorf v. 12.5.1998, U (Kart) 11/98 – *Löschfahrzeuge*, WuW/E DE-R 150; OLG Koblenz v. 5.11.1998, U 596/98 – *Kart – Feuerlöschgeräte*, WuW/E Verg 184. Vgl. dazu noch eingehend u. § 10 Rn. 955.

23 Immenga/Mestmäcker/Zimmer, GWB, § 1 Rn. 109. Bereits Nachw. bei *Köhler*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977, S. 44 ff., 59; *Legner*, Schadenstheorien bei Nachfragemacht im europäischen und deutschen Kartellrecht, 2019, S. 2.

24 So kam es in jüngerer Zeit verstärkt zu Fällen von Zusammenschlussbestrebungen im Einzelhandelssektor; z. B. Komm. v. 3.2.1999, IV/M.1221 – *Rewe/Meinl*, ABl. 1999 Nr. L 274/1; v. 9.11.1998, IV/M.1303 – *Adeg/Edeka*, ABl. 1998 Nr. C 385/5; BKartA v. 30.6.2008, B2–333/07 – *Edeka/Tengelmann*, WuW/E DE-V 1607; BKartA v. 31.3.2015, B2–96/14 – *Edeka/Tengelmann*, BeckRS 2015, 9385 (Bedingungen für die Erteilung einer Ministererlaubnis wurden genannt); BKartA v. 9.11.2018, B2–106/18 – *Karstadt/Kaufhof*, NZKart 2018, 598; BKartA v. 3.12.2020, V-27/20 – *Thalia/Osiander*, WuW 2021, 66.

25 Z. B. bei der Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens *Guinness/Grand Metropolitan*, Pressemitteilung v. 15.10.1997, Commission clears the merger between GUINNESS PLC and GRAND METROPOLITAN PLC subject to several firm divestment commitments, IP/97/878; Komm. v. 30.7.1998, IV/M.1245 – *VALEO/ITT*, Rn. 26. Vgl. dazu allg. Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 Nr. C 31/3, Rn. 64 ff. Zur Berücksichtigung bei der Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung vgl. u. § 6 Rn. 553.

**Gewerbefreiheit**, die im Zuge der Hardenberg'schen Reformen in den Jahren ab 1806 eingeführt wurde<sup>26</sup>, doch erst in § 1 der **Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes**<sup>27</sup> 1869 ihre Magna Charta erhielt. Mit der Beseitigung der Zunftschranken setzte nicht nur eine stürmische wirtschaftliche Entwicklung ein, sondern es stellte sich auch heraus, dass die einmalige Freiheitsgewährung zur Schaffung einer Wettbewerbsordnung nicht genügte. Es bedurfte ihrer steten Pflege. Der einsetzende Konkurrenzkampf artete insofern aus, als in ganzen Branchen Praktiken wie Täuschung der Abnehmer, Nachahmung und Anschwärzung der Konkurrenten an der Tagesordnung waren.<sup>28</sup> Durch solche Praktiken wurden die Nachfrageströme fehlgeleitet und der Wettbewerb denaturiert. Daneben wurde der Wettbewerb durch die Tendenz zur **Selbstaufhebung** bedroht. Im Gefolge der Depression von 1873 setzte eine rasch um sich greifende Kartellierung ein, die zunächst die Folgen der Krise lindern wollte („Kartelle als Kinder der Not“<sup>29</sup>).<sup>30</sup> Bald nahmen die Kartelle indes offensive Züge an. Hinzu kam eine sich verstärkende Konzentrationsbewegung.

## 2. Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht

In Deutschland wurde zunächst der **unlautere Wettbewerb** bekämpft.<sup>31</sup> Nachdem es den Gerichten nicht gelungen war, den allgemeinen deliktsrechtlichen Rechtsschutz wirksam auszugestalten, entstand das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 27. Mai 1896, das schon im Jahr 1909 vom bis 2004 geltenden UWG abgelöst wurde. Das UWG wurde auch zur Bewältigung von Fragestellungen herangezogen, die heute einer kartellrechtlichen Lösung zugeführt werden würden. Nur beispielhaft sei bereits an dieser Stelle das wegweisende *Benrather Tankstellen*-Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahr 1931<sup>32</sup> aufgeführt:

Der Betreiber einer Tankstelle in Benrath hatte sich geweigert, seinen Benzinpreis nach den „Bedingungen für den Verkauf von Autotreibstoffen“ der sog. „Konvention“, einem Kartell von Treibstoffherstellern, festzusetzen. Darauf reduzierte die „Konvention“ ihren Benzinpreis einzig und allein für ihre Tankstellen in Benrath und wies die Inhaber der Tankstellen in Benrath an, den Außenseiter in Zukunft unter allen Umständen zu unterbieten. Als Zweck ihrer ständigen Preisunterbietungen gaben die Kartellanten an, sie hätten den Außenseiter nicht vernichten, sondern allein dazu zwingen wollen, seine Preise in gleicher Höhe festzusetzen wie sie. Der Außenseiter erhob dagegen Klage und verlangte, den beklagten Kartellanten zu untersagen, an den Tankstellen in Benrath ihre Benzine zu einem niedrigeren Preise anzubieten als demjenigen, zu dem er selbst sie anbiete, solange dieser Preis unter den Konventionspreisen bleibe. Die zweite Instanz wie auch das Reichsgericht gaben der Klage statt und stützten ihr Urteil auf die §§ 826 BGB, 1 UWG a. F.

Das *Benrather Tankstellen*-Urteil steht zugleich symbolisch für die historisch gewachsene, enge Verbindung zwischen Lauterkeits- und Kartellrecht: Unter dem Eindruck der Kartellgesetzgebung in den 1950er-Jahren setzte sich demgegenüber zunächst die **Trennungstheorie** durch. *Würdinger* hatte angenommen, dass der

26 Ausführlich zu Fällen und Entscheidungen bis 1845 *Baums*, Kartellrecht in Preußen, S. 6 ff., 10 ff.

27 Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund v. 21.6.1869, BGBl. des Norddeutschen Bundes 1869, 245.

28 *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht II, § 22 II.4, S. 175.

29 So bereits *Kleinwächter*, S. 142 f.

30 Nachw bei *Koppensteiner*, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht. Wettbewerbsbeschränkungen, Unlauterer Wettbewerb, Marken, 3. Aufl., 1997, § 3 Rn. 5.

31 Vgl. dazu *Fikentscher*, in: FS Hallstein, S. 127, 128 ff.

32 RGZ 134, 342 – *Benrather Tankstellen* (1931). Ausf. dazu *Emmerich/Sosnitza*, S. 3 ff.

Gesetzgeber den Schutz des **Wettbewerbs als Institution** allein durch das GWB bezwecke. Dem Lauterkeitsrecht, welches allein auf die Formen des Wettbewerbskampfes Bezug nehme, sei die Vorstellung des Schutzes des Wettbewerbs als Institution fremd. Das UWG stehe daher Monopolisierungen neutral gegenüber.<sup>33</sup> Gegen diese Trennungstheorie richtete sich die auf *P. Ulmer*<sup>34</sup> zurückgehende **Vorfeldthese**, nach welcher das Lauterkeitsrecht für eine Sanktionierung „im Vorfeld“ der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht herangezogen werden kann.

- 11 In der Zwischenzeit wurde die Trennung von Lauterkeitsrecht und Kartellrecht überwunden. Es wird heute überwiegend davon ausgegangen, dass das **Schutzobjekt von Lauterkeitsrecht und Kartellrecht die Wettbewerbsordnung** ist.<sup>35</sup> Die historisch begründete enge Verbindung zwischen Lauterkeitsrecht und Kartellrecht wirkt sich heute noch auf Fallgestaltungen wie etwa den **Verkauf unter Einstandspreis** aus. Sie werden nach wie vor unter dem Gesichtspunkt der **Marktstörung** als unlauter betrachtet<sup>36</sup>, obwohl eine kartellrechtliche Beurteilung näher liegt. Ganz in diesem Sinne hat der deutsche Gesetzgeber die typischerweise problematisierten „Vorfeldtatbestände“ des Lauterkeitsrechts durch eine Ausweitung der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle einer kartellrechtlichen Regelung zugeführt.
- 12 Die Anerkennung der Schutzzweckidentität stände einer Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften zur Begründung des **Rechtsbruchstatbestandes** in § 3a UWG nicht entgegen. Kein anderes außerlauterkeitsrechtliches Gesetz hat in dem Maße wettbewerbsschützende Funktion wie das GWB bzw. die Vorschriften des EU-Kartellrechts. Der Bundesgerichtshof entnimmt jedoch zu Recht dem zivilrechtlichen Sanktionensystem in §§ 33 ff. GWB eine abschließende Regelung, die einer Ergänzung durch die Regelungen in §§ 8–10 UWG entgegensteht. Diese differenzierte gesetzliche Regelung würde konterkariert, wenn kartellrechtliche Missbrauchstatbestände, die nicht als Verbote ausgestaltet sind, gleichwohl mit Hilfe des Lauterkeitsrechts durchgesetzt werden könnten oder wenn – ungeachtet der bewussten Beschränkung der Anspruchsberechtigung in § 33 GWB – bei Zuwiderhandlungen gegen kartellrechtliche Verbote stets auch ein lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs bejaht würde.<sup>37</sup>
- 13 Der klare Vorrang der in §§ 33 ff. GWB geregelten zivilrechtlichen Ansprüche beschränkt sich allerdings auf die Fälle, in denen sich der Vorwurf der Unlauterkeit allein aus dem Verstoß gegen die kartellrechtlichen Normen speist. Grundet sich die Unlauterkeit dagegen – wie etwa in Fällen des **Boykotts** oder der **unbilligen Behinderung** – auf einen eigenständigen lauterkeitsrechtlichen Tatbestand (z. B. auf eine **gezielte Behinderung** gem. § 4 Nr. 4 UWG), so stehen die zivilrechtlichen Ansprüche, die sich aus dem Kartellrecht und aus dem Lauterkeitsrecht ergeben, gleichberechtigt nebeneinander.<sup>38</sup> Einigkeit besteht jedoch darüber, dass das

33 *Wüding*, WuW 1953, 721, 731; *Koenigs*, GRUR 1958, 589, 590.

34 *P. Ulmer*, AfP 1975, 870, 885 ff.

35 *Dreber/Kulka*, Einl Rn. 3; *Fikentscher*, Recht und wirtschaftliche Freiheit I, S. 50.

36 BGH v. 2.10.2008, I ZR 48/06 – *Küchentiefstpreis-Garantie*, GRUR 2009, 416, Rn. 13; *Harte/Henning/Omsels*, § 4 Nr. 4 Rn. 175, 251 ff.

37 BGH v. 7.2.2006, KZR 33/04 – *Probeabonnement*, GRUR 2006, 773.

38 BGH v. 5.2.2009, I ZR 119/06 – *Änderung der Voreinstellung II*, NJW-RR 2009, 1493, Rn. 10.



kartellrechtliche Erfordernis einer marktbeherrschenden Stellung nicht ohne weiteres durch die Anwendung des Lauterkeitsrechts unterlaufen werden darf.<sup>39</sup>

### 3. Entstehung der deutschen Vorschriften zur Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen

a) **Bis 1923: Braucht die Gesellschaft ein Kartellrecht?** Auf die Gefahren der Selbstaufhebung des Wettbewerbs durch Kartelle und Konzentration reagierte die deutsche Rechtsordnung bedeutend langsamer. Zunächst entstanden in den Einzelstaaten Vorschriften kartellrechtlicher Natur wie etwa die Regelung in der preußischen Gewerbeordnung von 1845 zum Schutz vor wettbewerbswidrigen Absprachen.<sup>40</sup> Nach der Reichsgründung wurde erst 1891<sup>41</sup> eine **Kartelldebatte** im Deutschen Reichstag geführt<sup>42</sup>, die allerdings zu keiner gesetzgeberischen Maßnahme führte. Sowohl das Bayerische Oberste Landesgericht<sup>43</sup> als auch das Reichsgericht<sup>44</sup> sprachen sich für die zivilrechtliche Wirksamkeit von Kartellvereinbarungen aus. Es verstoße „nicht wider das Prinzip der Gewerbefreiheit, ... wenn sich Gewerbsgenossen zu dem in gutem Glauben verfolgten Zweck miteinander verbinden, einen Gewerbszweig durch Schutz gegen die Entwertung seiner Erzeugnisse und die sonstigen aus Preisunterbietungen Einzelner hervorgehenden Nachteile lebensfähig zu erhalten“.<sup>45</sup> Bemerkenswert ist dabei, dass das Reichsgericht einen Zusammenhang mit der **Handelspolitik** herstellte: Wenn der Staat selbst „durch Einführung von Schutzzöllen auf die Steigerung der Preise gewisser Produkte“ hinwirke, könne es nicht schlechthin auf dem Interesse der Gesamtheit zuwiderlaufend angesehen werden, wenn sich Private mit demselben Ziel zusammenschlossen.<sup>46</sup> Im Zuge der Europäischen Marktintegration findet sich derselbe Zusammenhang – unter umgekehrten Vorzeichen – wieder.

Von 1902 bis 1905 fand eine **Kartellenquête** im Reichsamt des Innern statt. Trotz ihres Umfangs<sup>47</sup> wurde der Wert der gewonnenen Erkenntnisse als gering eingeschätzt.<sup>48</sup> Kolportiert wird der Satz, es sei mehr eine Enquête für als gegen die Kartelle geworden.<sup>49</sup> Im Ganzen war das Ansehen der Kartelle durch die Enquête eher gestiegen. Erst im Jahr 1912 schlug die Meinung in der Wissenschaft zulasten der Kartelle um.<sup>50</sup>

b) **1923–1945: Kartellverordnung und Zwangskartellierung.** Die Entscheidung der Gerichte zugunsten der grundsätzlichen Zulässigkeit von Kartellen blieb demgegenüber grundlegend bis 1945. Im Jahr 1923 erging zwar die **Verordnung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen**.<sup>51</sup> Diese sog. **Kartellverordnung** war aber rechtspolitisch ein Fehlschlag, weil sie Kartelle grundsätzlich

39 Harte/Henning/Omsels, § 4 Nr. 4 Rn. 12; Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, § 4a Rn. 1.16.

40 Baums, Kartellrecht in Preußen, S. 6.

41 Zu der bis 1877 herrschenden Meinung vgl. Großfeld, ZHR 141 (1977), 442, 443.

42 Fikentscher, Wirtschaftsrecht II, § 22 II.6 a, S. 177 Fn. 127.

43 BayOBLG v. 7.4.1888, I.138/1887, SeuffArch 44 (1889), 16 ff.

44 RG v. 4.2.1897, VI 307/96 – *Sächsisches Holzstoffkartell*, RGZ 38, 155.

45 RG v. 4.2.1897, VI 307/96 – *Sächsisches Holzstoffkartell*, RGZ 38, 155, 158.

46 RG v. 4.2.1897, VI 307/96 – *Sächsisches Holzstoffkartell*, RGZ 38, 155, 157.

47 Das Verfahrensprotokoll nebst Anlagen umfasst 3900 Druckseiten, vgl. Großfeld, ZHR 141 (1977), 442, 447.

48 Richter, S. 196.

49 Weitergegeben von Schmoller, zit. nach Großfeld, ZHR 141 (1977), 442, 450.

50 Großfeld, ZHR 141 (1977), 442, 454.

51 RGBl. 1923 I, S. 1067.

erlaubte und lediglich einer Registrierungspflicht und bestimmten Kontrollmechanismen unterwarf. Die Kartellentwicklung erreichte im Jahr 1925 mit 2500 Industriekartellen ihren Höhepunkt.<sup>52</sup> Deutschland wurde zu jener Zeit als „das klassische Land der Kartelle“<sup>53</sup> bezeichnet. Lediglich die Auswüchse der Kartellierung wurden im Anschluss an das *Benrather Tankstellen*-Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahr 1931<sup>54</sup> (vgl. o. Rn. 9) mit lauterkeitsrechtlichen Mitteln korrigiert. Die Entscheidung bewirkte allerdings ein weiteres Zurücktreten des Kartellrechts hinter dem Lauterkeitsrecht.

- 17** Das nationalsozialistische Regime erließ im Jahr 1933 gar ein **Zwangskartellgesetz**.<sup>55</sup> Gemäß § 1 Abs. 1 des Zwangskartellgesetzes konnte der Reichswirtschaftsminister „zum Zweck der Marktregelung Unternehmungen zu Syndikaten, Kartellen, Konventionen oder ähnlichen Abmachungen zusammenschließen oder an bereits bestehende derartige Zusammenschlüsse von Unternehmen anschließen, wenn der Zusammenschluss oder Anschluss unter Würdigung der Belange der Unternehmungen sowie der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls geboten“ erschien. Das Gesetz zur Vorbereitung des organischen Aufbaus der deutschen Wirtschaft vom 27. Februar 1934<sup>56</sup> ermächtigte den Reichswirtschaftsminister dazu, Wirtschaftsverbände als alleinige Vertretung ihres Wirtschaftszweiges zu errichten, insbesondere den „Führergrundsatz“ einzuführen, die „Führer“ der Verbände zu bestellen und abzurufen sowie Unternehmen an Wirtschaftsverbände anzuschließen.
- 18 c) 1945–1958: Alliiertes Dekartellierungsrecht und Entstehen des GWB.** Erst nach dem Zweiten Weltkrieg änderten sich die Verhältnisse. Im **Potsdamer Abkommen** war die Dezentralisierung der deutschen Wirtschaft in kürzester Frist beschlossen worden. Gestützt darauf erließen die amerikanische und die britische Militärregierung textlich übereinstimmend für ihre Zonen das Gesetz Nr. 56 bzw. die Verordnung Nr. 78 „*Prohibition of Excessive Concentration of German Economic Power*“.<sup>57</sup> Das sog. „**alliierte Dekartellierungsrecht**“ wurde zunächst in alliierter Zuständigkeit, ab dem Souveränitätstichtag am 5. Mai 1955 in deutscher Zuständigkeit angewendet. Dadurch verloren zunächst die über Jahrzehnte gewachsenen Kartelle ihre Selbstverständlichkeit. Sie lösten sich auf oder wurden nicht wieder neugegründet. Daneben setzte sich das Wettbewerbsdenken durch, die Idee des freien Wettbewerbs, wie sie sich in den USA entwickelt hatte.<sup>58</sup>

52 Vgl. die Angaben bei *Günther*, in: FS Böhm, S. 183, 184.

53 *Domeratzky*, Foreign Affairs 10 (1931/1932), 34, 37.

54 RG v. 18.12.1931, II 514/30 – *Benrather Tankstellen*, RGZ 134, 342.

55 RGBl. 1933 I, S. 488.

56 RGBl. 1934 I, S. 185.

57 Amerikanisches Gesetz Nr. 56 v. 1.4.1947, abgedr. in: Anders (Hrsg.), Die Proklamationen, Gesetze und Verordnungen der Militärregierung Deutschlands (amerikanische Zone), D 56/1; britische Verordnung Nr. 78 v. 12.2.1947, ABl. der Militärregierung Deutschland, britisches Kontrollgebiet, S. 412. Die französische Verordnung Nr. 96 v. 9.6.1947, Amtsblatt des französischen Oberkommandos in Deutschland, S. 784, enthielt ähnliche Regeln, war jedoch ersichtlich weniger an den Zielen des Kartellrechts orientiert.

58 *Dreher/Kulka*, § 5 Rn. 591.