

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: Sauermann/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; *Köbler*, 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; *Mailänder*, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, 1965; *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; *Schünemann*, „Unlauterkeit“ in den Generalklauseln und Interessenabwägung nach neuem UWG, WRP 2004, 925; *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, Konsumentenwohlfa hrt 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 Sta rkung der Marktkra fte, ORDO 46 (1995), 166; *Eucken*, Die Grundlagen der Nationalo konomie, 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 Pha nomene, Tu bingen 1972; *Hoppmann*, Workable Competition (Funktionsfa higer Wettbewerb) – Die Entwicklung einer Idee u ber die Norm der Wettbewerbspolitik, ZBJV 102 (1966), 249; *Kantzenbach*, Die Funktionsfa higkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., 1967; *Karte*, Ein neues Leitbild fu r die Wettbewerbspolitik, 1969; *Leistner*, Behavioral Economics und Lauterkeitsrecht, ZGE 2009, 3., *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 Verhaltenso konomik:

Carmon/Ariely, Focusing on the Forgone: How Value Can Appear So Different to Buyers and Sellers, 27 (2000) J. Cons. Res. 360; *Fehr/Nowak/Sigmund*, Teilen und Helfen – Urspru nge 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.

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.*, Ordnungo konomische Wettbewerbskonzepte: Die Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Effizienz, ORDO 59 (2008), 209; *ders.*, Wie o konomisch ist der „more economic approach“? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungso konomischer Sicht, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungso konomik 06/19, Freiburg 2010; *Stapelfeldt*, Kritik der o konomischen Rationalita t Band 2. Wirtschaft und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland, 1998, *Zimmer*, Der rechtliche Rahmen fu r die Implementierung moderner o konomischer Ansätze, WuW 2007, 1198.

Zum Verha ltnis zum EU-Kartellrecht:

Bauerschmidt, Die Sperrwirkung im Europarecht. EuR 2014, 277; *Alexander*, Wege und Irrwege – Europa isierung im Kartell- und Lauterkeitsrecht, GRUR Int. 2013, 636; *Doherty*, Community Exemptions in National Law, E.C.L.R. 1994, 315; *Koch*, Das Verha ltnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1959, 241.

I. Grundbegriffe**1. Kartellrecht als Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

- 1 Der Untertitel dieses Werks, „Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ wurde bewusst gewa hlt: 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 Sprachgebern. 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.¹ 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 Sprachgebrauch dahin, dass unter Kartellen sämtliche wettbewerbsbeschränkende Abmachungen verstanden wurden.² 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.³ Unter dem Eindruck des GWB forderte *Fikentscher* im Jahr 1958 zur Verwendung der genaueren Bezeichnung „**Recht der Wettbewerbsbeschränkungen**“ statt „Kartellrecht“ auf.⁴ 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.⁵

2. Wettbewerbsrecht

Ursprünglich bezeichnete der Begriff „**Wettbewerbsrecht**“ im deutschsprachigen Rechtsraum den Inbegriff der Normen, welche den Schutz der Lauterkeit des Wettbewerbs bezwecken.⁶ 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*⁷ (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“⁸ zu sprechen, wenn man Kartellrecht meinte. Zur Vermeidung von Verwechslungen zwischen „Wettbewerbsrecht“ im moderneren europarechtlichen Verständnis⁹ und dem überkommenen nationalen Verständnis wurden auch die Regelungen über den unlauteren Wettbewerb zunehmend durch die Begriffe „**Lauterkeitsrecht**“ oder „**Wettbewerbsrecht im engeren Sinne**“ beschrieben.¹⁰ Im weiteren Sinne verstanden umfasst das Wettbewerbsrecht die Summe der Normen, deren Zweck in der Realisierung der

1 *Rittner/Dreher/Kulka*, § 7 Rn. 796.

2 *Rittner/Dreher/Kulka*, § 7 Rn. 797.

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*, RablZ 36 (1972), 315, 325.

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

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.

Aufgaben des Wettbewerbs besteht¹¹, also das Kartellrecht sowie das Lauterkeitsrecht.¹²

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 Zielerreichungsgrad des anderen bewirkt.¹³ 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.¹⁴ 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.¹⁵ 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**¹⁶ jederzeit für neue Entwicklungen von Marktstrukturen, -verhaltensweisen oder -ergebnissen offen bleiben.¹⁷ Standardwerke verzichten daher z. T. ganz auf Definitionsversuche.¹⁸ Gesetzestech-nisch 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. 50 ff.) auszulegen ist.

4. Horizontale und vertikale Abreden

- 5 „Abrede“ wird im Folgenden als abkürzender Begriff für alle Formen **koordinierten Vorgehens**, d. h. insbesondere Vereinbarungen und abgestimmte Verhal-

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

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

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

14 *Rittner/Dreher/Kulka*, Einl Rn. 5; *Mestmäcker/Schweitzer*, § 3 Rn. 1; *Herdzina*, S. 7 ff; grundsätzlich positiv gegenüber einer Definierbarkeit *Emmerich*, § 1 Rn. 2.

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

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

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

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

tensweisen, 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 bestimmende Mangelwirtschaft brachte allein der Angebotsseite Vorteile.¹⁹ 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, 19 Abs. 2, 20 Abs. 1 GWB: „als Anbieter oder Nachfrager“). Auch die Praxis²⁰ ging unter Zustimmung der Literatur²¹ von einer Beschränkbarkeit des Nachfragewettbewerbs aus.²² Der **Nachfragewettbewerb** wird bis heute überwiegend als **Spiegelbild** zum Anbieterwettbewerb gesehen.²³ Erst in jüngerer Zeit ist diese „Spiegeltheorie“ in Frage gestellt worden (vgl. dazu § 5 Rn. 422 ff.).

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. 362 ff.). Zudem kann sich Nachfragemacht in Form eines spiegelverkehrten Ausbeutungsmissbrauchs zeigen, Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV (vgl. dazu u. § 6 Rn. 585 ff.). Darüber hinaus spielt die Stärke der Nachfrageseite bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen im Rahmen der Fusionskontrolle insbesondere im Einzelhandel²⁴ eine zunehmende Rolle. Daneben vermögen wirtschaftlich starke Nachfrager die Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens von Anbietern zu relativieren (sog. „*countervailing buyer power*“).²⁵

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

20 Z. B. BGH WuW/E BGH 2049 – *Holzschutzmittel* (1983); BGH WuW/E DE-R 1087 – *Ausrüstungsgegenstände für Löschfahrzeuge* (2002).

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

22 In diesen Rahmen ist auch die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Regelungen auf die Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand einzuordnen, BGH WuW/E DE-R 1087 – *Ausrüstungsgegenstände für Löschfahrzeuge* (2002); OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 150 – *Löschfahrzeuge* (1998); OLG Koblenz WuW/E Verg 184 – *Feuerlöschgeräte* (1998). Vgl. dazu noch eingehend u. § 10 Rn. 863.

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

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, B 2 – 333/07 – *Edeka/Tengelmann*; BKartA v. 31.3.2015, B2 – 96/14 – *Edeka/Tengelmann* (Bedingungen für die Erteilung einer Ministererlaubnis wurden genannt).

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. 499.

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 **Gewerbefreiheit**, die im Zuge der Hardenberg'schen Reformen in den Jahren ab 1806 eingeführt wurde²⁶, doch erst in § 1 der **Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes**²⁷ 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.²⁸ 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“²⁹).³⁰ Bald nahmen die Kartelle indes offensive Züge an. Hinzu kam eine sich verstärkende Konzentrationsbewegung.

2. Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht

- 9 In Deutschland wurde zunächst der **unlautere Wettbewerb** bekämpft.³¹ 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. Durch die Aufnahme einer Generalklausel nach dem Vorbild von § 826 BGB wurde im UWG 1909 das Manko der Vorgängerregelung behoben. 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 1931³² 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 Konventions-

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

27 Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund v. 21.6.1969, 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.

preisen 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 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.³³ Gegen diese Trennungstheorie richtete sich die auf *P. Ulmer*³⁴ zurückgehende **Vorfeldthese**, nach welcher das Lauterkeitsrecht für eine Sanktionierung „im Vorfeld“ der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht herangezogen werden kann.

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.³⁵ 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 betrachtet³⁶, 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.

Die Anerkennung der Schutzzweckidentität stände einer Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften zur Begründung des **Rechtsbruchtatbestandes** 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 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.³⁷

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

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

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

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

36 BGH, GRUR 2009, 416 – *Küchentieftstpreis-Garantie*, Rn. 13; *Harte/Henning/Omsels*, § 4 Nr. 10 Rn. 161 ff., 245 ff.

37 BGHZ 166, 154 – *Probeabonnement* (2006).

sich die Unlauterkeit dagegen – wie etwa in Fällen des **Boycotts** 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.³⁸ Einigkeit besteht jedoch darüber, dass das kartellrechtliche Erfordernis einer marktbeherrschenden Stellung nicht ohne weiteres durch die Anwendung des Lauterkeitsrechts unterlaufen werden darf.³⁹

3. Entstehung der deutschen Vorschriften zur Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen

- 14 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.⁴⁰ Nach der Reichsgründung wurde erst 1891⁴¹ eine **Kartelldebatte** im Deutschen Reichstag geführt⁴², die allerdings zu keiner gesetzgeberischen Maßnahme führte. Sowohl das Bayerische Oberste Landesgericht⁴³ als auch das Reichsgericht⁴⁴ 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“.⁴⁵ 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 als dem Interesse der Gesamtheit zuwiderlaufend angesehen werden, wenn sich Private mit demselben Ziel zusammenschlossen.⁴⁶ Im Zuge der Europäischen Marktintegration findet sich derselbe Zusammenhang – unter umgekehrten Vorzeichen – wieder.
- 15** Von 1902 bis 1905 fand eine **Kartellenquête** im Reichsamt des Innern statt. Trotz ihres Umfangs⁴⁷ wurde der Wert der gewonnenen Erkenntnisse als gering eingeschätzt.⁴⁸ Kolportiert wird der Satz, es sei mehr eine Enquête für als gegen die Kartelle geworden.⁴⁹ 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.⁵⁰

38 BGH, NJW-RR 2009, 1493 – *Änderung der Voreinstellung II*, Rn. 10.

39 Harte/Henning/Omsels, § 4 Nr. 10 Rn. 10; Köhler/Bornkamm/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 ScuffArch 44 (1889), 16 ff.

44 RGZ 38, 155 – *Sächsisches Holzstoffkartell* (1897).

45 RGZ 38, 155, 158 – *Sächsisches Holzstoffkartell* (1897).

46 RGZ 38, 155, 157 – *Sächsisches Holzstoffkartell* (1897).

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.

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**.⁵¹ Diese sog. **Kartellverordnung** war aber rechtspolitisch ein Fehlschlag, weil sie Kartelle grundsätzlich erlaubte und lediglich einer Registrierungspflicht und bestimmten Kontrollmechanismen unterwarf. Die Kartellentwicklung erreichte im Jahr 1925 mit 2500 Industriekartellen ihren Höhepunkt.⁵² Deutschland wurde zu jener Zeit als „das klassische Land der Kartelle“⁵³ bezeichnet. Lediglich die Auswüchse der Kartellierung wurden im Anschluss an das *Benrather Tankstellen*-Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahr 1931⁵⁴ (vgl. o. Rn. 9) mit lauterkeitsrechtlichen Mitteln korrigiert. Die Entscheidung bewirkte allerdings ein weiteres Zurücktreten des Kartellrechts hinter dem Lauterkeitsrecht.

Das nationalsozialistische Regime erließ im Jahr 1933 gar ein **Zwangskartellgesetz**.⁵⁵ 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 1934⁵⁶ 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.

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*“.⁵⁷ 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

51 RGBl. 1923 I, S. 1067.

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

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

54 RGZ 134, 342 – *Benrather Tankstellen* (1931).

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.

durch, die Idee des freien Wettbewerbs, wie sie sich in den USA entwickelt hatte.⁵⁸

- 19 Zeitgleich bemühte man sich, aufbauend auf den Arbeiten der Ordo-Liberalen (dazu sogl.) der **Freiburger Schule** aus der Vorkriegszeit⁵⁹, um eine neue Konzeption des Kartellrechts. Bereits am 5. Juli 1949 legte ein **Sachverständigenausschuss**⁶⁰ *Ludwig Erhard* als damaligem Direktor der Verwaltung für Wirtschaft in Frankfurt den nach dem Ausschussvorsitzenden benannten **Josten-Entwurf**⁶¹ vor. Die alliierten Dekartellierungsgesetze und der Josten-Entwurf bildeten die Wurzeln des deutschen Kartellrechts. Der Regierungsentwurf von 1952 zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁶² (RegE-GWB) baute in vielem auf dem Josten-Entwurf auf. Er sah ein generelles Kartellverbot (§ 1 RegE-GWB) und eine Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen (§§ 17, 25 RegE-GWB) ebenso wie eine Fusionskontrolle (§ 18 RegE-GWB) vor. Der Bundestag sprach sich im Gesetzgebungsverfahren jedoch gegen letztere aus. Nach langer politischer Auseinandersetzung wurde das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen am 27. Juli 1957 erlassen⁶³ und trat am 1. Januar 1958 in Kraft.
- 20 d) 1958–1997: **Entwicklung des GWB**. Im Jahr 1973 wurde mit der 2. GWB-Novelle die **Zusammenschlusskontrolle** eingeführt, vor der das Parlament bei der Schaffung des GWB noch zurückgeschreckt war. Daneben wurde die Zulässigkeit der **vertikalen Preisbindung für Markenartikel** gestrichen und durch eine Erweiterung der Missbrauchsaufsicht für **marktstarke Unternehmen** ergänzt. Die 3. GWB-Novelle verschärfte 1976 insbesondere die **Zusammenschlusskontrolle im Pressebereich**, um die Pressevielfalt zu sichern. Damit unterlagen auch kleinere Zusammenschlüsse im Pressebereich der Fusionskontrolle. Die 4. und 5. GWB-Novelle 1980 und 1989 galten im wesentlichen dem **Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen**.
- 21 e) 1998–2016: **Europäisierung des GWB**. Die 6. GWB-Novelle des Jahres 1998 (in Kraft seit 1999) bewirkte einerseits in materiellrechtlicher Hinsicht eine strukturelle Anpassung an das EG-Kartellrecht – das deutsche Kartellrecht als Urgestein der Wettbewerbsgesetze in Europa stand zuletzt allein, da die Rechtsordnungen der vierzehn anderen EG-Mitgliedstaaten Kartellgesetze nach dem Vorbild des Europarechts erlassen hatten. Als Folge wurde die bis dahin allein bestehende Missbrauchsaufsicht über einseitiges Wettbewerbsverhalten marktbeherrschender Unternehmen in ein unmittelbar geltendes Missbrauchsverbot nach

58 *Rittner/Dreher/Kulka*, § 5 Rn. 566.

59 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933; *Miksch*, Wettbewerb als Aufgabe, 1937; *Eucken*, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 1940. Die Entstehung des Ordo-Liberalismus fällt in die Zeit der 1929 einsetzenden und Jahre andauernden Weltwirtschaftskrise. Sie dürfte gemeinsam mit der ideologischen Herausforderung durch sozialistische Strömungen den Anstoß zu einer Neubesinnung im liberalen Lager gegeben haben, *Günther*, in: FS Böhm, S. 183, 189.

60 Mitglieder waren der frühere Leiter des Kartellreferats im Reichswirtschaftsministerium *Josten* als Vorsitzender, die Professoren *Böhm*, *Kromphardt* und *Pfister*, sowie die Praktiker *Bauer*, *Fischer* und *Köppel*.

61 Entwurf zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs und zu einem Gesetz über das Monopolamt, mit Stellungnahme des Sachverständigen-Ausschusses und Minderheitsgutachten, vorgelegt am 5.7.1949.

62 Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 1/3462.

63 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957, BGBl. 1957 I, S. 1081. Vgl. dazu „Der siebenjährige Krieg“, *Der Spiegel*, 7.3.1957, S. 17.