

§ 1 Grundlagen des Kartellrechts

Seit dem Inkrafttreten des EG-Vertrags im Jahre 1958 – nunmehr: des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) – gehört die Errichtung eines Gemeinsamen Markts in Form eines echten Binnenmarkts mit marktwirtschaftlicher Prägung zu den Aufgaben der Europäischen Union. Innerhalb des Binnenmarkts soll gemäß dem Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb (i.V.m. Art. 3 EUV) ein System etabliert werden, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt. Gefahren drohen dem Wettbewerb vor allem durch staatliche Interventionen und durch das Verhalten markteteiligter Unternehmen. Diesen letztgenannten Gefahren entgegenzutreten, ist Aufgabe des europäischen Kartellrechts.¹

In vergleichbarer Weise schützt das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) den Wettbewerb auf dem deutschen Markt. Gestützt auf das ordoliberalen Modell der Freiburger Schule soll das GWB vor allem die Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer sichern und so eine optimale Ressourcenallokation gewährleisten. Seit Mitte der 1990er Jahre wird das deutsche Kartellrecht zunehmend vom europäischen Kartellrecht beeinflusst. Infolge der 7. GWB-Novelle 2005 kam es zu einer weitgehenden Angleichung des GWB an das europäische Kartellrecht. Hierdurch sollte sichergestellt werden, dass nationale Sachverhalte genauso behandelt werden wie Verhaltensweisen von unionsweiter Bedeutung.

I. Wichtige Rechtsgrundlagen des europäischen und deutschen Kartellrechts

⇒ AEU-Vertrag

- Art. 101 AEUV => Kartellverbot
- Art. 102 AEUV => Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen
- Art. 106 AEUV => Kartellrecht der öffentlichen und privilegierten Unternehmen

⇒ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (DurchführungsVO zu Artt. 101, 102 AEUV)²

- Art. 1 VO 1/2003 => Prinzip der Legalausnahme
- Art. 3 VO 1/2003 => Verhältnis von europäischem und mitgliedstaatlichem Kartellrecht
- Artt. 23 ff. VO 1/2003 => Sanktionen (insbes. Geldbußen)

⇒ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 (FusionskontrollVO, FKVO)³

- Art. 1 VO 139/2004 => Anwendungsbereich der FKVO
- Art. 2 VO 139/2004 => Maßstab für die Beurteilung von Zusammenschlüssen
- Art. 3 VO 139/2004 => Zusammenschlussbegriff

¹ Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl. EG 2008 Nr. C 115, S. 309.

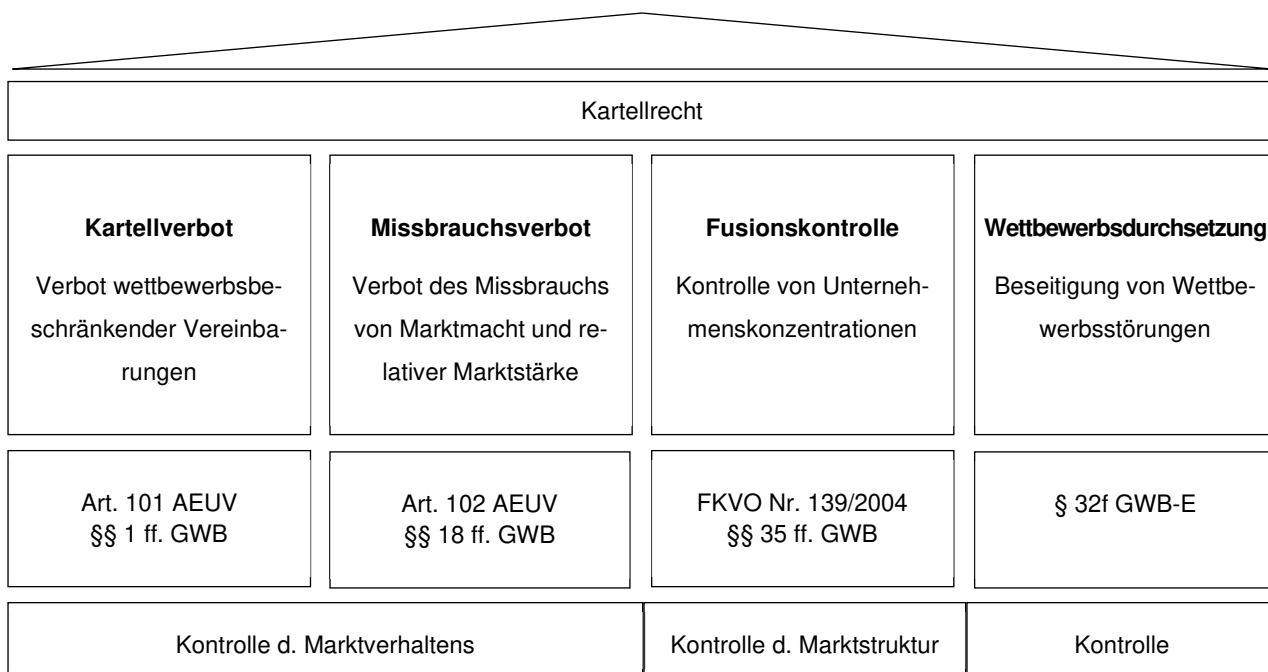
² Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikel 101 und 102 AEUV-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG Nr. L 1 v. 04.01.2003, S. 1 ff.

³ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. EG Nr. L 24 v. 29.01.2004, S. 1 ff.

- ⇒ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁴
 - § 1 GWB => Kartellverbot
 - §§ 18 ff. GWB => Missbrauchsaufsicht über marktstarke Unternehmen
 - § 32f GWB-E (11. GWB-Novelle 2023) => Wettbewerbsdurchsetzung bei Wettbewerbsstörung
 - §§ 33, 33a-33h GWB => Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche
 - §§ 35 ff. GWB => Zusammenschlusskontrolle
 - §§ 81-81g GWB => Bußgeldvorschriften (i.V.m. OWiG)

II. Die "drei Säulen" des Kartellrechts

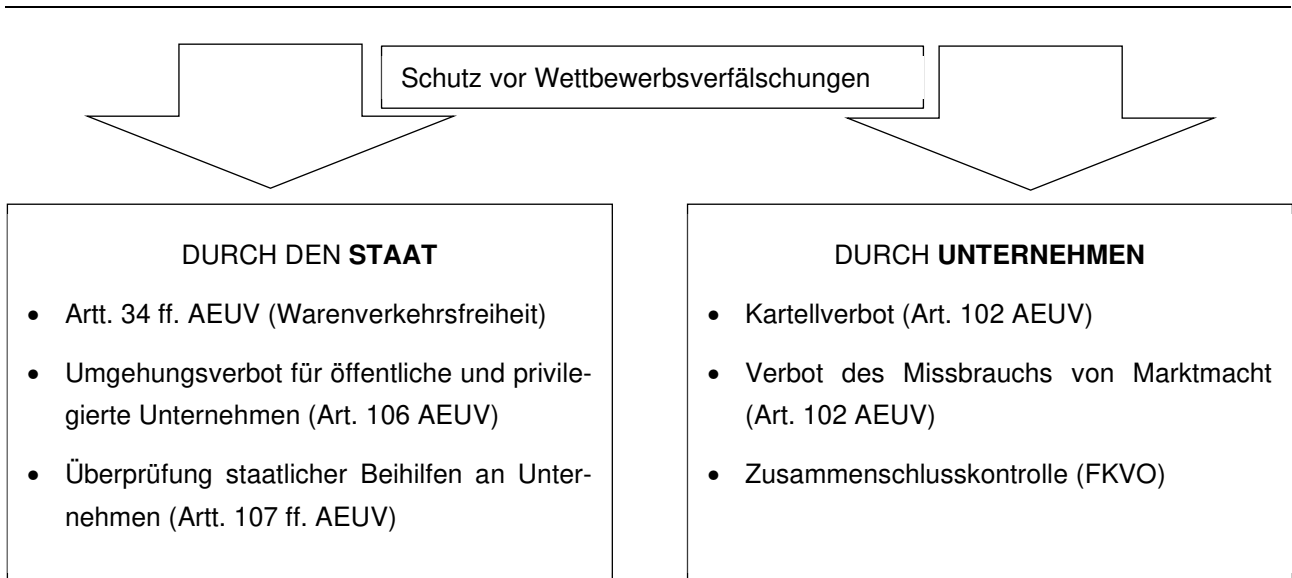
Das europäische und das deutsche Kartellrecht setzen sich materiellrechtlich aus drei unterschiedlichen Regelungskreisen zusammen, die als die "drei Säulen" des Kartellrechts bezeichnet werden.



III. Regelungsziele des europäischen und deutschen Kartellrechts

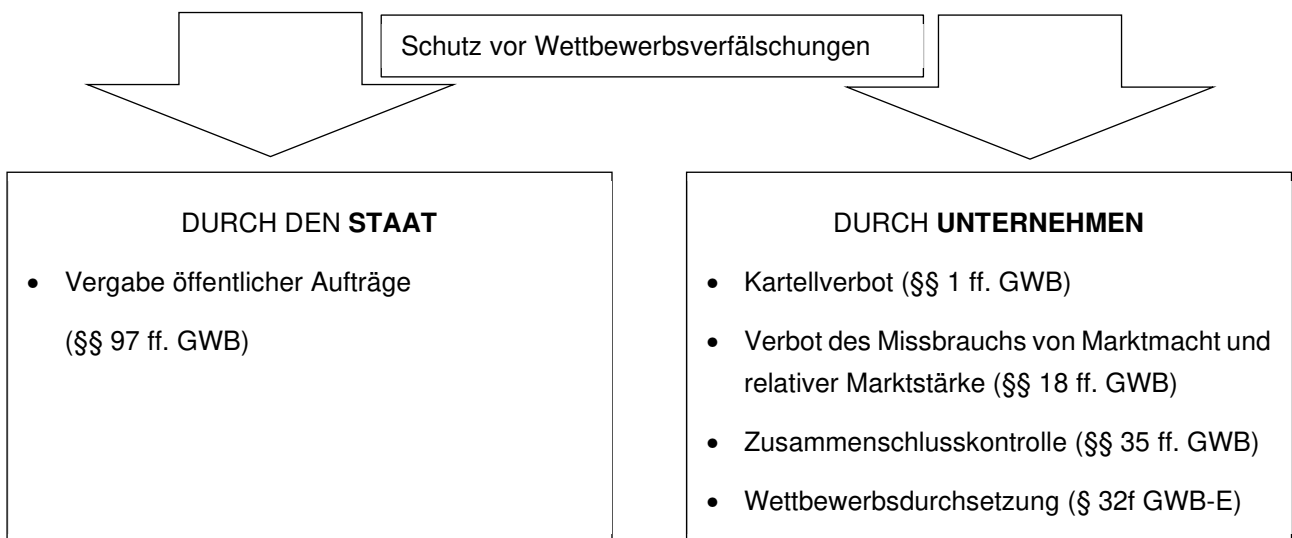
Europäisches Kartellrecht
⇒ Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV: "Die Union errichtet einen Binnenmarkt." ⇒ Art. 32 lit. b AEUV: "Entwicklung der Wettbewerbsbedingungen innerhalb der Union, soweit diese Entwicklung zu einer Zunahme der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen führt." ⇒ Art. 119 Abs. 1 AEUV: "Einführung einer Wirtschaftspolitik, die auf einer engen Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, dem Binnenmarkt und der Festlegung gemeinsamer Ziele beruht und dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist."

⁴ BGBl. v. 20.07.2005, Teil I, Nr. 44, S. 2114 ff.



Deutsches Kartellrecht

- ⇒ Sicherung wirtschaftlicher Handlungs- und Entschließungsfreiheit als Pendant zur parlamentarischen Grundordnung
- ⇒ Begr. zum RegE: "Wettbewerb als leistungsfähiges und der allgemeinen Wohlförderung am ehesten dienendes Wirtschaftssystem" (Ziel einer effizienten Wirtschaftsordnung)



IV. Wettbewerbsbegriff und grundlegende Wettbewerbstheorien

Der Wettbewerbsbegriff ist für das europäische und deutsche Kartellrecht von zentraler Bedeutung, da es der Wettbewerb ist, den der AEU-Vertrag und das GWB schützen wollen. Dennoch lässt sich das Phänomen Wettbewerb nur schwer in einer allgemein gültigen Definition erfassen.

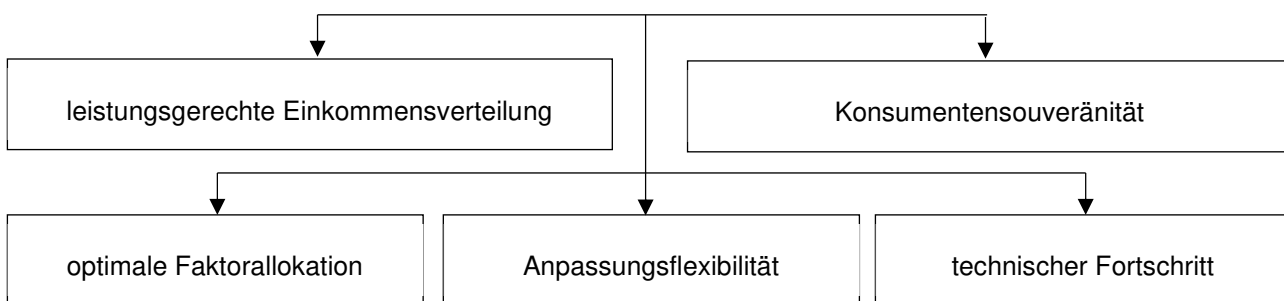
1. Formaler Wettbewerbsbegriff

Formal kann von Wettbewerb gesprochen werden, wenn (1.) Märkte existieren, auf denen (2.) ein Minimum von zwei Anbietern oder zwei Nachfragern auftritt, die sich (3.) antagonistisch verhalten, d. h. durch den Einsatz eines oder mehrerer Aktionsparameter ihren Zielerreichungsgrad zu Lasten anderer Marktteilnehmer optimieren wollen.

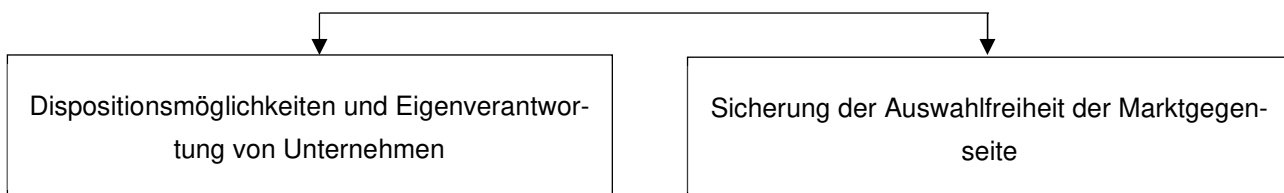
2. Wettbewerbsfunktionen

Um diesen formalen Wettbewerbsbegriff für das Kartellrecht zu operationalisieren, bedarf es seiner inhaltlichen Konkretisierung. Hierbei können die erwarteten positiven Wirkungen des Wettbewerbs als Ausgangspunkt dienen.

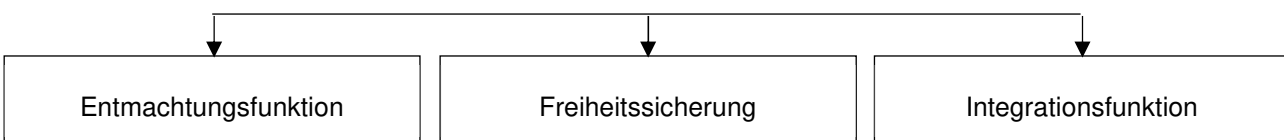
a) Ökonomische Zielfunktionen



b) Freiheitsfunktionen



c) Gesellschaftspolitische Zielfunktionen



3. Wettbewerbstheorien und deren Berücksichtigung in der heutigen Rechtspraxis

Ausgehend von den Wettbewerbsfunktionen entwickelten sich in den letzten drei Jahrhunderten unterschiedliche Wettbewerbstheorien. Sie versuchten einen Zusammenhang zwischen den wettbewerbpolitischen Zielen und den Instrumenten der Wettbewerbspolitik herzustellen. Weder der AEU-Vertrag noch das GWB bekennen sich ausdrücklich zu einer dieser Wettbewerbstheorien. Dennoch stützen sich viele kartellrechtliche Regelungen auf eine der folgenden wettbewerbstheoretischen Modellannahmen.

a) Klassische Nationalökonomie (A. Smith, D. Ricardo)

- ⇒ Wettbewerb als dynamisches Verfahren gesellschaftlicher Koordination ("invisible hand") ohne staatliche Lenkung zur optimalen Synthese von Freiheit, Gleichheit und Wohlstand
- ⇒ Staat als größter Feind des Wettbewerbs
- ⇒ Voraussetzungen:
 - unabhängiges Handeln der Wirtschaftssubjekte (keine Kartelle)
 - ausreichende Anzahl tatsächlicher und potenzieller Wettbewerber
 - ausreichendes Wissen über die Marktverhältnisse
 - ausreichend Zeit für allokativen Anpassungsvorgänge
- ⇒ Auswirkungen:⁵
 - Subventionskontrolle (Artt. 107 ff. AEUV)
 - Pflicht zur Ausschreibung öffentlicher Aufträge (§§ 97 ff. GWB)

b) Gleichgewichtsmodelle der vollständigen Konkurrenz (F. H. Knight, A. Cournot)

- ⇒ statischer Gleichgewichtsansatz der vollkommenen Konkurrenz (beiderseitiges Polypol bei vollkommener Markttransparenz, Homogenität der Produkte, totaler Faktormobilität und -flexibilität sowie unendlichen Anpassungsgeschwindigkeiten)⁶
- ⇒ Beseitigung von Marktunvollkommenheiten durch staatliche Eingriffe
- ⇒ Probleme:
 - Zielkonflikt zwischen dem Postulat atomistischer Konkurrenz und (Kosten-)Effizienz bei Economies of Scale
 - Zielkonflikt zwischen der Homogenitätsbedingung und heterogenen Verbraucherpräferenzen
 - fehlende Anreizwirkung bei vollständiger Konkurrenz, da der Preis (Datum) und die Qualität (Homogenitätsbedingung) als Aktionsparameter ausscheiden

c) Gegengifthypothese, Theorem des Zweitbesten (J. M. Clark)

- ⇒ Wandel in der (nunmehr positiven) Beurteilung von Marktunvollkommenheiten
- ⇒ Wohlfahrtsmaximierung durch Schaffung weiterer Unvollkommenheiten als Ausgleich zu bereits bestehenden Marktunvollkommenheiten
- ⇒ Auswirkungen:
 - Berücksichtigung von Macht der Marktgegenseite

⁵ Unter „Auswirkungen“ werden hier und im Folgenden die Auswirkungen der jeweiligen Wettbewerbstheorie auf das heute geltende Kartellrecht bezeichnet.

⁶ Sind die Voraussetzungen des Modells der vollständigen Konkurrenz gegeben, resultiert daraus ein Zustand der marktgerechten Einkommensverteilung, optimalen Faktorallokation und Angebotssteuerung gemäß Käuferpräferenzen. Die wirtschaftliche Effizienz i.S.d. Allokation (unter Ausschluss distributiver Aspekte) wird maximiert.

d) Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs (E. Kantzenbach)

- ⇒ Definition normativer Leitbilder zur positiven/ negativen Beurteilung ökonomischer Zustände
- ⇒ Marktverhalten, Marktstruktur und Marktergebnisse als Untersuchungsgegenstand
- ⇒ Postulation eines Kausalzusammenhangs zw. Marktstruktur und Wettbewerbsintensität, d. h.
 - optimale Wettbewerbsintensität bei weiten Oligopolen mit mäßiger Produktheterogenität und begrenzter Transparenz
 - überoptimale Interdependenz bei engen Oligopolen gekennzeichnet durch funktionslose Machtkämpfe oder spontan-solidarisches Parallelverhalten
 - unteroptimale Interdependenz im Polypol mangels ausreichender Finanzierungsmöglichkeiten und geringer absoluter Unternehmensgröße
- ⇒ Auswirkungen:
 - normative Differenzierung zwischen Kontrolle des Marktverhaltens (Kartellverbot, Missbrauchsverbot), der Marktstruktur (Zusammenschlusskontrolle) und der Marktergebnisse (more economic approach)
 - anhaltend positive Beurteilung von weiten Oligopolen

e) Ordo-Liberalismus (W. Eucken, F. Böhm)

- ⇒ Definition von konstituierenden Prinzipien zur Schaffung einer freiheitssichernden Wettbewerbs- und Gesellschaftsordnung unter Näherung an das Leitbild vollständiger Konkurrenz
- ⇒ Staat als zentrale Instanz zur Sicherung des Ordnungsrahmens: (1) Aufrechterhaltung oder Schaffung vollständiger Konkurrenz, (2) wenn nicht möglich, dann Marktregulierung i.S.v. „Als-ob-Wettbewerb“, (3) Schaffung einer unabhängigen Wettbewerbsbehörde
- ⇒ Auswirkungen:
 - Grundlage des GWB von 1958
 - Wirkungsidealität von aktueller und potenzieller Konkurrenz

f) Neuklassisches Konzept der Wettbewerbsfreiheit (E. Hoppmann, A. v. Hayek)

- ⇒ Wettbewerb als Such- und Entdeckungsverfahren
- ⇒ Ziel staatlicher Maßnahmen = Erschaffung/Aufrechterhaltung von Wettbewerbsfreiheit (Erschaffung von Wettbewerbsregeln, Ausfüllen derselben durch Marktakteure)
- ⇒ Wettbewerbsfreiheit als Entschließungsfreiheit (Abwesenheit von Zwang durch Dritte) und Handlungsfreiheit (Abwesenheit von Beschränkungen im Tauschverkehr)
- ⇒ Ablehnung einer inhaltlich ex-ante festgelegten Wettbewerbsdefinition (-ergebnisse), Beschränkung auf Definition wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen
- ⇒ Auswirkungen:
 - Verbot wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens (*per se rules*)

g) Chicago School (R. A. Posner, M. Friedman)

- ⇒ Ziel staatlicher Wettbewerbspolitik = Vermehrung allgemeiner Wohlfahrt durch Steigerung der allokativen und produktiven Effizienz der Unternehmen (Efficiency-Doktrin)
- ⇒ Vertrauen auf Selbstregulierungskräfte des Marktes (survival of the fittest), d. h. Beschränkung staatlicher Eingriffsmaßnahmen auf die Beseitigung künstlicher Marktzutrittsschranken
- ⇒ Auswirkungen:
 - positive Bewertung von effizienzsteigernden Vertikalvereinbarungen und Zusammenschlüssen

h) Post-Chicago School

- ⇒ Übernahme der Effizienzorientierung bei dominierender partialanalytischer, mikroökonomischer Betrachtungsweise
- ⇒ Einsatz industrieökonomischer und spieltheoretischer Modelle
- ⇒ verstärkte Berücksichtigung empirischer Daten
- ⇒ Auswirkungen:
 - *more economic approach* der EU-Kommission

4. Kartellrechtlicher Wettbewerbsbegriff

Ökonomische Begriffsvorstellungen, wie sie den unterschiedlichen Wettbewerbstheorien zugrunde liegen, können nicht ohne weiteres auf das Kartellrecht übertragen werden. Zu sehr weichen die Anwendungsmethoden und Rahmenbedingungen der Wettbewerbspolitik von jenen des Kartellrechts ab. Das Kartellrecht arbeitet dementsprechend mit einem eigenständigen Wettbewerbsbegriff, dessen Ausgangspunkt das Freiheitspostulat bildet.⁷ Wettbewerb ist danach jenes komplexe System von Marktprozessen, das sich herausbildet, solange Unternehmen frei sind, sich an den Marktprozessen nach eigenen Vorstellungen zu beteiligen.

Wettbewerbsfreiheit bedeutet aber auch, dass Wettbewerb nicht positiv im Sinne bestimmter Marktstrukturen oder -ergebnisse definiert werden kann. Eine solche Definition wäre mit der Freiheitsfunktion des Wettbewerbs als Such- und Entdeckungsverfahren nicht zu vereinbaren. Dementsprechend beschränken sich sowohl der AEU-Vertrag als auch das GWB auf eine negative Definition durch die Normierung von Sachverhalten, bei deren Vorliegen eine Verfälschung des Wettbewerbs angenommen werden kann.

V. Entwicklungsgeschichte des Kartellrechts

Das Kartellrecht ist seinem Ursprung nach ein sehr altes Rechtsgebiet. Es steht entwicklungsgeschichtlich in einem engen Zusammenhang mit der Privatautonomie. Schon früh erkannte man, dass es einer kartellrechtlichen Kontrolle der Marktteilnehmer bedarf, um zu verhindern, dass die (Vertrags-)Freiheit gerade durch ihren Gebrauch aufgehoben wird (sog. Freiheitsparadoxon).

"Niemandem ist gestattet, ein Monopol auszuüben. Dies betrifft Monopole für Kleidung, Fische, Käämme, Seeigel, Lebensmittel und für zu sonstigem Gebrauch bestimmte Waren und für sämtliche Grundstoffe. Dabei ist es gleichgültig, ob ein Monopol durch

⁷ Art. 119 Abs. 1 AEUV spricht ausdrücklich von der Verpflichtung zur "offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb."

eigenes Tun begründet oder durch hoheitlichen Akt gleich welcher Art verliehen worden ist oder noch verliehen werden wird.

(Monopolisierungsverbot)

Weiter ist verboten, sich in unerlaubten Zusammenkünften dahingehend zu verschwören oder vertraglich zu binden, Handelswaren nicht billiger als untereinander festgesetzt zu verkaufen. (Kartellverbot)

Die Ausübung eines Monopols wird mit Vermögenseinzug und immerwährender Verbannung bestraft." (Sanktion)

(aus der Constitutio des Kaisers Zeno, 433 n. Chr., C.4, 59, 2)

1. Die "Vorläufer" des europäischen und deutschen Kartellrechts

1470	Erstes (Alaun-)Kartell in Form eines Syndikats, kontrolliert durch die Mitglieder des Medici-"Konzerns"
ab 16. Jh.	Erste staatliche Zwangskartelle
1602	Urteil <i>Darcy vs. Allin</i> des obersten englischen Gerichtshofs: Schutz des Wettbewerbs durch ein Verbot staatlicher Monopolverleihung; Begründung der Doktrin von den <i>restraints of trade</i>
18. Jh.	Quesnay: Erste Wirtschaftskreislauftheorie (<i>laissez faire, laissez passer</i>); Forderung nach freiem Eigentum, freiem Gewerbe, freiem Wettbewerb und freiem Handel
1776	Adam Smith ⁸ : <i>An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations</i> . Wettbewerblicher Grundgedanke: Durch staatliche Autorität unbeeinflusstes Streben nach individueller Nutzenmaximierung führt zum größten Nutzen für alle. Voraussetzungen sind (1.) schöpferische Akteure (Egoismus), (2.) Gerechtigkeitsregeln (Fairnessregeln) und (3.) funktionsfähiger Wettbewerb als Koordinator von Angebot und Nachfrage
1808/1816	Stein-/Hardenberg'sche Reformen bewirken Gewerbefreiheit des 3. Standes
1883	Kleinwächter: "Kartell" von <i>carta</i> (schriftlich beurkundeter Anspruch), sich gegenseitig keinen Wettbewerb zu machen; Kartelle als Gegenmittel zu ruinösen Wettbewerbspraktiken
1890	Inkrafttreten von Section 1 des US Sherman Act – das erste neuzeitliche Kartellverbot
1897	Entscheidung des Reichsgerichts zum Sächsischen Holzkartell: Zulässigkeit der Kartellbildung im Rahmen der Vertragsfreiheit, da sich das Recht auf Gewerbefreiheit nur gegen den Staat, nicht jedoch auch gegen private wirtschaftliche Machtbildung richtet
1911	Urteil <i>Standard Oil</i> des US Supreme Courts: Beschränkung wesentlicher Teile des US-Kartellverbots auf „unvernünftige“ Verhaltensweisen (sog. <i>rule of reason</i>)
1923	Kartellverordnung (Deutschland): Schriftformerfordernis für Kartellbildung + (weitgehend wirkungslose) Missbrauchsaufsicht durch das Reichswirtschaftsministerium
1931	Entscheidung des Reichsgerichts im <i>Benrather Tankstellenfall</i> : Sittenwidrigkeit (§ 1 UWG a.F.) von Kartellen, die nicht mit Mitteln des Leistungs-, sondern des Behinderungswettbewerbs handeln

⁸ Von Smith stammt das berühmte – auch noch heute aktuelle – Zitat: "*People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.*"

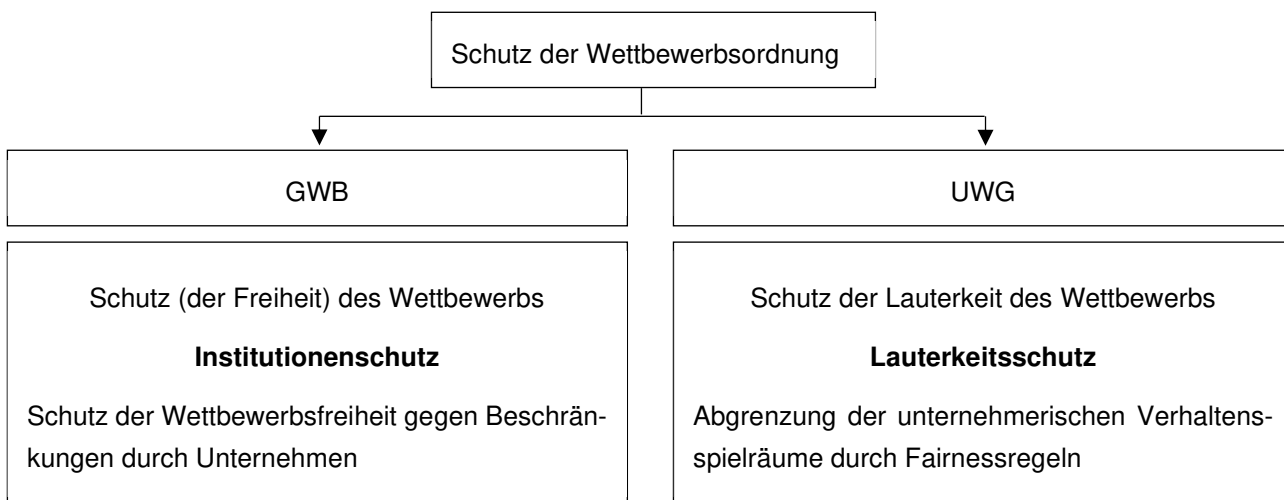
2. Die Entwicklung des europäischen und deutschen Kartellrechts

Demgegenüber weisen das moderne europäische und deutsche Kartellrecht eine relativ junge Geschichte auf, deren Entwicklungsprozess noch lange nicht abgeschlossen ist.



VI. Kartellrecht als integraler Bestandteil der Rechtsordnung

1. Das Verhältnis zum Lauterkeitsrecht des UWG



Kartellrecht und Lauterkeitsrecht schließen sich nicht gegenseitig aus.

Wertungen des GWB wirken sich auf das UWG aus (sog. Wechselwirkungen), z. B. § 20 Abs. 3 GWB (keine Unbilligkeit = grundsätzlich keine Unlauterkeit) oder § 24 Abs. 2 GWB.

2. Das Verhältnis zum Immaterialgüterrecht

Immaterialgüterrechte begründen Ausschließlichkeitspositionen. Sie können den Imitationswettbewerb ausschließen und den Innovationswettbewerb behindern. Andererseits fördern Immaterialgüterrechte den Substitutionswettbewerb, da sie einen (finanziellen) Anreiz zur Entwicklung neuer Produkte schaffen.

Insofern werden Immaterialgüterrechte als Bestandteil der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung auch durch das Kartellrecht anerkannt. Immaterialgüterrechte können jedoch in wettbewerbswidriger Weise – insbesondere in Lizenzverträgen – ausgeübt werden. Insofern ist zwar nicht das Immaterialgüterrecht als solches, aber dessen Ausübung an den Grenzen des Kartellrechts zu messen.

3. Das Verhältnis zum Bürgerlichen Recht

Das mitgliedstaatliche Bürgerliche Recht regelt wesentliche zivilrechtliche Folgen einer Zuwiderhandlung gegen kartellrechtliche Verbotsnormen. In § 134 BGB findet sich eine Nichtigkeitsanordnung für Rechtsgeschäfte, die gegen das deutsche Kartellrecht verstoßen. § 139 BGB beantwortet die Frage, ob ein Vertrag insgesamt nichtig ist, wenn ein Teilbereich desselben gegen das Kartellrecht verstößt.