

TILL VOGEL

**Welche Bedeutung hat die Änderung  
des Kartellbegriffs,  
insbesondere im Hinblick auf die Verfolgung  
eines gemeinsamen Zwecks?**

Juristische Reihe **TENEA** / [www.jurawelt.com](http://www.jurawelt.com) Bd. 12





**Till Vogel** wurde am 19. März 1973 in Kiel geboren und verbrachte die Schulzeit in Gießen, Chapel Hill, NC, USA und Burlington, VT, USA. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Gießen absolvierte er den juristischen Vorbereitungsdienst in Frankfurt am Main. Seit Januar 2000 ist er dort als Rechtsanwalt tätig.

Mit der 6. Novelle des GWB wurde vor allem die Harmonisierung des deutschen mit dem europäischen Recht bezweckt. Die neue Fassung des § 1 GWB wurde sprachlich der Vorschrift in Art. 81 EGV angenähert. Dabei wurde insbesondere das Tatbestandsmerkmal des »gemeinsamen Zwecks« aufgegeben und durch das Merkmal des »miteinander im Wettbewerb Stehens« ersetzt. Ob sich mit der sprachlichen Neugestaltung auch eine inhaltliche Änderung des Kartellbegriffs ergeben hat, ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist mit der sprachlichen Angleichung des § 1 an Art. 81 EGV nicht auch die Aufgabe der für das deutsche Kartellrecht typischen Unterscheidung von vertikalen und horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen bezweckt. Der Verfasser stellt zunächst § 1 a.F. GWB im Wandel der Zeit dar. Insbesondere geht er dabei auf die durch die Rechtspraxis gewandelte Bedeutung des Tatbestandsmerkmals des »gemeinsamen Zwecks« ein. Es folgt die Betrachtung des Kartellbegriffs, wie er in Art. 81 EGV verwendet und im europäischen Kartellrecht verstanden wird. Im dritten Teil der Arbeit wird dann der neue Kartellbegriff des § 1 in seine einzelnen Tatbestandsmerkmale aufgespalten und erläutert. Dabei wird untersucht, ob die bisher bestehenden Strukturen des deutschen Kartellrechts weiterhin Bestand haben oder ob sich die gesetzliche Änderung des § 1 a.F., möglicherweise im Zusammenspiel mit neueren Entwicklungen in der Praxis, auch inhaltlich auf den Kartellbegriff ausgewirkt hat.

**TENEA**



**Tenea** (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]  
Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

**TILL VOGEL**

Welche Bedeutung hat die Änderung des Kartellbegriffs,  
insbesondere im Hinblick auf die Verfolgung eines  
gemeinsamen Zwecks?

**TENEA**

---

---



Till Vogel

Welche Bedeutung hat die Änderung des Kartellbegriffs,  
insbesondere im Hinblick auf die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks?

(Juristische Reihe TENE A/www.jurawelt.com; Bd. 12)

Zugleich Justus Liebig-Universität zu Gießen  
Dissertation 2002

© TENE A Verlag für Medien  
Berlin 2002

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.

Digitaldruck und Bindung:

docupoint GmbH · 39112 Magdeburg

Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München

TENE A-Graphik: Walter Raabe, Berlin

Printed in Germany 2002

ISBN 3-936582-26-2

Andrea & Gernot

und

Moni





## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit hat im Wintersemester 2001/2002 als Dissertation dem Fachbereich Rechtswissenschaften der Justus-Liebig-Universität Giessen vorgelegen.

Ich danke meinem Doktorvater, Prof. Dr. Fritz Traub, für die Bereitschaft zur Betreuung der vorliegenden Arbeit, die stets hilfreiche und konstruktive Unterstützung, die vielen anregenden Gespräche und für ihre zügige Begutachtung. Mein besonderer Dank gilt meiner Mutter, Frau Andrea Müller, die in zahlreichen Stunden die Arbeit auf Verständlichkeit geprüft und den Fehlerteufel weitgehend ausgetrieben hat.

Danken möchte ich an dieser Stelle auch Herrn Dr. Thomas Bergmann, ohne dessen stets großzügige und verständnisvolle Haltung die Erstellung dieser Arbeit sicher nicht neben meiner Tätigkeit als Rechtsanwalt der Kanzlei NÖRR STIEFENHOFER LUTZ möglich gewesen wäre. Besonderen Dank schulde ich auch Herrn Dr. Gernot Müller für die gelegentlich notwendig gewordene Motivation vor und während der Arbeit an der Dissertation und meiner lieben Frau, Monika Hess, für ihr Verständnis und die Bereitschaft auf mich an vielen freien Tagen zu verzichten.

August 2002

Till Vogel



## Inhaltsverzeichnis

<b><u>INHALTSVERZEICHNIS</u></b> .....	<b>1</b>
<b><u>A. EINFÜHRUNG, VORGEHENSWEISE</u></b> .....	<b>5</b>
<b><u>B. § 1 GWB A.F.</u></b> .....	<b>7</b>
<b><u>I. Tatbestandsmerkmale</u></b> .....	<b>7</b>
1. <u>Der Unternehmensbegriff</u> .....	7
a.) <u>Begriff</u> .....	7
b.) <u>Private Haushalte</u> .....	8
c.) <u>Arbeitsmarkt</u> .....	10
d.) <u>Potentielle Unternehmen</u> .....	12
e.) <u>Die öffentliche Hand</u> .....	14
f.) <u>Vereinigung von Unternehmen</u> .....	15
aa.) <u>Vereinigungen von Nichtunternehmen</u> .....	16
bb.) <u>Konzerne</u> .....	17
2. <u>Das Mittel der Beschränkung</u> .....	18
a.) <u>Der Vertrag</u> .....	18
aa.) <u>Der Vertrag im Sinne des § 1 a.F.</u> .....	18
(1) <u>Willenserklärungen</u> .....	18
(2) <u>Regelung der Beziehungen</u> .....	19
(3) <u>Rechtsfolgewille</u> .....	19
bb.) <u>Abgrenzung des § 1 a.F. zu § 25 I a.F.</u> .....	21
b.) <u>Beschlüsse</u> .....	22
aa.) <u>Allgemeines</u> .....	22
bb.) <u>Wirksamkeit des Beschlusses, Zuständigkeit des Organs</u> .....	22
cc.) <u>Bindende Regelung</u> .....	23
3. <u>„zu einem gemeinsamen Zweck“</u> .....	23
a.) <u>Entstehung der Norm</u> .....	24
b.) <u>Entwicklung der Rechtsprechung anhand von Grundsatzentscheidungen</u> .....	26
aa.) <u>Die „Gasglühkörper“ - Entscheidung</u> .....	26
bb.) <u>Die Entscheidungen Bahnen aus Kunststoff / Schnittblumentransport</u> .....	26
cc.) <u>Fertigbeton</u> .....	27
dd.) <u>Neuere Rechtsprechung</u> .....	28
c.) <u>Literatur</u> .....	29
aa.) <u>Die herrschende Meinung</u> .....	29
bb.) <u>Schwarz und Martinek</u> .....	29
d.) <u>Einzelne Fallgruppen</u> .....	30
aa.) <u>Gründung von Konzernen</u> .....	30
bb.) <u>Wettbewerbsverbote in Austauschverträgen</u> .....	30
cc.) <u>Vergleiche</u> .....	32
dd.) <u>Abkaufen von Wettbewerb</u> .....	33
ee.) <u>Sternverträge und Gemeinschaftsunternehmen</u> .....	33
4. <u>Die Wettbewerbsbeschränkung</u> .....	34
a.) <u>Was ist Wettbewerb?</u> .....	34
b.) <u>Potentieller Wettbewerb</u> .....	36
c.) <u>Konzerninterner Wettbewerb</u> .....	36
d.) <u>Beschränkung von Drittwettbewerb</u> .....	37
e.) <u>Unzulässiger Wettbewerb</u> .....	38
5. <u>Verhältnis zum Vertrag</u> .....	38
a.) <u>Gegenstandstheorie</u> .....	38
b.) <u>Zwecktheorie</u> .....	39

c.) Folgetheorie .....	39
6. Eignung zur Marktbeeinflussung .....	40
a.) Die Erzeugung .....	41
b.) Der Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen .....	42
aa.) Eignung zur Marktbeeinflussung .....	42
bb.) Der relevante Markt .....	42
(1) Sachliche Marktabgrenzung .....	42
(2) Räumliche Marktabgrenzung .....	43
(3) Zeitliche Marktabgrenzung .....	44
cc.) Spürbarkeit .....	44
<b>II. Tatbestandsrestriktionen.....</b>	<b>45</b>
1. <u>Vertragsimmanente Wettbewerbsbeschränkungen</u> .....	46
a.) Wettbewerbsverbote .....	46
aa.) Wettbewerbsverbote in Unternehmensveräußerungsverträgen .....	47
bb.) Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen .....	47
cc.) Umfang der Wettbewerbsverbote .....	49
b.) Vergleiche .....	50
2. Rechtsgüterabwägung .....	50
<b>III. Rechtsfolge .....</b>	<b>51</b>
1. Unwirksamkeit .....	51
2. Nichtigkeit .....	52
3. Ausführungs- und Folgeverträge .....	52
4. Untersagungsverfahren .....	53
5. Bußgeld .....	53
6. Schadensersatz .....	53
a.) Allgemeines .....	53
b.) Potentielle Wettbewerber .....	54
c.) Kunden und Lieferanten .....	54
d.) Kartellmitglieder .....	56
e.) Ermittlung und Berechnung des Schadens .....	56
7. Unterlassung .....	58
<b>C. ARTIKEL 81 EGV.....</b>	<b>59</b>
<b>I. Tatbestand.....</b>	<b>60</b>
1. Allgemeines .....	60
a.) Rangverhältnis der Normen .....	60
b.) Reichweite des Kartellverbotes .....	61
2. Unternehmen .....	62
3. Mittel der Beschränkung .....	64
a.) Vereinbarung .....	64
b.) Beschluß .....	65
c.) Abgestimmtes Verhalten .....	66
4. Wettbewerbsbeschränkung .....	67
a.) Wettbewerb im Konzern .....	68
b.) Potentieller Wettbewerb .....	69
c.) Verfälschung, Einschränkung, Verhinderung des Wettbewerbs .....	69
d.) Spürbarkeit auf dem relevanten Markt .....	70
5. Zwischenstaatlichkeitsklausel .....	71
6. Zweck oder Wirkung .....	72
7. Rule of Reason .....	73
<b>II. Regelbeispiele des Art. 81 I EGV.....</b>	<b>74</b>
1. Preisbindungsverbot (lit. a) .....	75
2. Verbot der Einschränkung oder Kontrolle über die Erzeugung ... (lit. b) .....	75

3. Verbot der Aufteilung der Märkte (lit. c)	76
4. Diskriminierungsverbot (lit. d)	76
5. Verbot von Kopplungsgeschäften (lit. e)	77
<b>III. Rechtsfolgen</b>	<b>78</b>
1. Grundsatz	78
a.) Zivilrechtliche Folgen	78
aa.) Nichtigkeit	78
bb.) Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche	80
b.) Bußgeldrechtliche Folgen	80
2. Ausnahmen	81
a.) Einzelfreistellungen	81
aa.) Verbesserung der Warenerzeugung	81
bb.) Beteiligung der Verbraucher am Gewinn	82
cc.) Nur unerläßliche Beschränkungen	82
dd.) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	82
b.) Gruppenfreistellungsverordnungen	83
aa.) Überschießende Wettbewerbsbeschränkungen	83
bb.) Einzelne Gruppenfreistellungsverordnungen	84
cc.) Einordnung der VO Nr. 2790/99	85
<b>IV. Ausblick auf die Reformen des europäischen Wettbewerbsrechts</b>	<b>86</b>
<b><u>D. § 1 GWB I.D.F. DER 6. NOVELLE</u></b>	<b>89</b>
<b>I. Tatbestandsmerkmale</b>	<b>89</b>
1. Unternehmen	89
2. Koordinierungsformen	90
a.) Vereinbarungen	90
b.) Abgestimmtes Verhalten	91
c.) Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen	92
3. „von Unternehmen, die miteinander im Wettbewerb stehen“	93
a.) Keine inhaltliche Änderung	94
b.) Doch inhaltliche Änderungen?	94
c.) Einschränkung des potentiellen Wettbewerbs?	95
d.) Abgrenzungsprobleme des neuen Tatbestandsmerkmals	97
aa.) Wettbewerbsverbote in Austauschverträgen	97
bb.) Beschränkung des Drittwettbewerbs	98
(1) Durch Wettbewerber	98
(2) Durch Nicht-Wettbewerber	98
cc.) Sternverträge	100
e.) Folgen des weiten Tatbestandes; Doppelkontrolle?	101
4. Wettbewerbsbeschränkungen	103
5. Bezwecken oder bewirken	103
6. Spürbare Beeinflussung der Marktverhältnisse	105
<b>II. Tatbestandsrestriktionen</b>	<b>106</b>
1. Immanenztheorie / Formel des Anzuerkennenden Interesses	107
2. Aufnahme in den Gesetzestext	108
<b>III. Rechtsfolge</b>	<b>109</b>
1. Nichtigkeit	109
2. Reichweite der Nichtigkeit	109
3. Schadensersatz	110
4. Unterlassung	111
5. Sanktionen	111

<b><u>D. ERGEBNIS</u></b> .....	<b>112</b>
<b><u>LITERATURVERZEICHNIS</u></b> .....	<b>114</b>
<b><u>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</u></b> .....	<b>123</b>

## A. Einführung, Vorgehensweise

Mit der 6. Novelle des GWB wurde mit Wirkung vom 01.01.1999 an der in § 1 GWB<sup>1</sup> geregelte Kartellbegriff grundlegend neu gefaßt. Ursprüngliches Ziel der Novelle war vor allem die Harmonisierung des deutschen mit dem europäischen Recht<sup>2</sup> sowie die Neuordnung der gesetzlichen Vorschriften des GWB. Dadurch sollte seine durch die vorherigen fünf Novellen stark beeinträchtigte Lesbarkeit wiederhergestellt werden. Die neue Fassung des § 1 wurde sprachlich der Vorschrift in Art. 81 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in seiner Fassung durch den Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1997 (EGV) angenähert. Dabei wurde insbesondere das Tatbestandsmerkmal des „gemeinsamen Zwecks“ verworfen und durch das Merkmal des „miteinander im Wettbewerb Stehens“ ersetzt.

Ob sich mit der sprachlichen Neugestaltung auch eine inhaltliche Änderung des Kartellbegriffs ergeben hat, ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist mit der sprachlichen Angleichung des § 1 an Art. 81 EGV nicht auch die Aufgabe der für das deutsche Kartellrecht typischen Unterscheidung von vertikalen und horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen bezweckt.<sup>3</sup> Nachfolgend wird zunächst die alte Fassung des § 1 im Wandel der Zeit betrachtet. Insbesondere ist dabei auf die durch die Rechtsprechung und die Praxis des Bundeskartellamtes gewandelte Bedeutung des Tatbestandsmerkmals des „gemeinsamen Zwecks“ einzugehen, weil nur im historischen Kontext die Neuregelung im rechten Licht betrachtet werden kann. Die Darstellung des § 1 a.F. kann an dieser Stelle nicht über das Maß hinausgehen, das für das Verständnis der folgenden Bearbeitung unbedingt notwendig ist. Allein die Tatbestandsmerkmale des „Unternehmens“<sup>4</sup> und des „Vertrages“<sup>5</sup> waren von Umfang und Bedeutung her Themen, die selbst ausreichend Stoff für Dissertationen bieten. Hierauf sollte vorliegend nicht der Schwerpunkt gelegt werden.

Da die Neuregelung des deutschen Kartellbegriffs ausdrücklich auch die Angleichung an die europäische Regelung bezwecken sollte und die Regelung des Art. 81 EGV zumindest sprachlich weitgehend in § 1 übernommen wurde, folgt der historischen Betrachtung des § 1 a.F. die Betrachtung des Kartellbegriffs, wie er in Art. 81 EGV verwendet und im europäischen Kartellrecht verstanden wird. Auch dies geschieht jedoch in der gebotenen Kürze und nur insoweit, als dies zum Verständnis der nachfolgenden Betrachtung der nationalen Neuregelung notwendig

---

<sup>1</sup> alle §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des GWB in seiner Fassung durch die 6. Novelle ab dem 01.01.1999; Bestimmungen des GWB in seiner Fassung vor dem Inkrafttreten der 6. Novelle werden als „a.F.“ gekennzeichnet

<sup>2</sup> Begr. RegE BT/Dr. 13/9720, S. 30

<sup>3</sup> Begr. RegE BT/Dr. 13/9720, S. 30

<sup>4</sup> vgl. z.B. die Arbeiten von Langer; Schmude, Der Unternehmensbegriff im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Gelhausen, Die staatlich gebundenen Berufe und das Kartellgesetz; R. Schmidt, Freie Berufe und Kartellgesetz

<sup>5</sup> vgl. z.B. die Arbeiten von Dethloff, Der Kartellbeschluß; Heigl, Das „Gentlemen`s Agreement“ im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Bahntje, Gentlemen`s Agreements und Abgestimmtes Verhalten; Diekmann, Abgestimmte Verhaltensweisen und conspiracy im deutschen, europäischen und amerikanischen Antitrustrecht

ist. Eine vollständige Auswertung insbesondere der Rechtspraxis der Organe der EU ist mit Rücksicht auf die Zielsetzung der Arbeit unterblieben.

Im dritten Teil der Arbeit soll dann der neue Kartellbegriff des § 1 in seine einzelnen Tatbestandsmerkmale zerlegt und erläutert werden. Dabei wird zu untersuchen sein, ob die bisher bestehenden Strukturen des deutschen Kartellrechts weiterhin Bestand haben oder ob sich die gesetzliche Änderung des § 1 a.F., möglicherweise im Zusammenspiel mit neueren Entwicklungen in der Praxis, auch inhaltlich auf den Kartellbegriff ausgewirkt hat.

Am Ende der Betrachtung wird dann ein Resümee gezogen, dessen Ergebnis hoffentlich nicht nur die Theorie, sondern auch die Praxis des Kartellrechts beeinflussen wird.

Für den ersten Teil wurde Literatur und Rechtsprechung bis zum 01.12.2000 berücksichtigt, der zweite Teil ist auf Stand 01.05.2001 und im letzten Teil wurde Literatur und Rechtsprechung bis zum 01.09.2001 berücksichtigt.



## **B. § 1 GWB a.F.**

### **I. Tatbestandsmerkmale**

#### **1. Der Unternehmensbegriff**

##### a.) Begriff

Der Begriff des Unternehmens war von zentraler Bedeutung für die Anwendbarkeit fast des gesamten GWB, denn die meisten seiner Vorschriften setzten das Handeln von Unternehmen voraus. Lediglich die Vorschriften der §§ 20, 21, 38, 39 a.F. sowie die sog. „Flickklausel“ § 23 I Satz 10 a.F. wendeten sich nicht nur an Unternehmen, sondern an die Allgemeinheit.

Durch den Begriff des Unternehmens wurde der Adressatenkreis der entsprechenden Normen des GWB insbesondere von privaten Haushalten, nichtselbständiger Arbeit und vom hoheitlichen Handeln des Staates abgegrenzt.

Während früher die Abgrenzung des Unternehmensbegriffs noch umstritten war, konnte dieser 1998 (also zum Zeitpunkt der Neuregelung durch die 6. Novelle) als geklärt angesehen werden. Der von Thomas Raiser<sup>6</sup> entwickelte „Wesensbegriff“ des Unternehmens konnte sich ebenso wie andere Versuche, den Unternehmensbegriff deduktiv zu bestimmen,<sup>7</sup> nicht durchsetzen, weil damit zwangsläufig eine dem Zweck des GWB nicht gerecht werdende Einengung des Unternehmensbegriffs verbunden gewesen wäre. Auch eine Ableitung des Unternehmensbegriffs aus anderen Gesetzen war nicht möglich. So wies zwar Emmerich<sup>8</sup> darauf hin, daß der Unternehmensbegriff im GWB weitgehend deckungsgleich mit dem Begriff der Wettbewerbshandlung im UWG war, das hieß: Unternehmer im Sinne des GWB war, wer eine Wettbewerbshandlung vornahm. Emmerich gestand jedoch zu, daß dabei die unterschiedlichen Zielsetzungen der Gesetze nicht übersehen werden durften.<sup>9</sup>

Der Unternehmensbegriff wurde nach dem Sinn und Zweck des Kartellverbotes, den Wettbewerb möglichst umfassend zu schützen, weit ausgelegt. Nach der Rechtsprechung<sup>10</sup> und der in der Literatur weit überwiegend vertretenen Auffassung<sup>11</sup> erfüllte „jedwede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr“<sup>12</sup> den Unternehmensbegriff im Sinne des GWB. Unternehmer im Sinne des GWB war, wer

---

<sup>6</sup> Thomas Raiser, Das Unternehmen als Organisation, dort insbesondere S. 115ff

<sup>7</sup> Langer, S. 16ff, 108; Schmude, Der Unternehmensbegriff im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 71

<sup>8</sup> Emmerich, Kartellrecht, 7. Auflage, S. 37

<sup>9</sup> Emmerich a.a.O.

<sup>10</sup> WuW/E BGH 442, 449 „Gummistrümpfe“; WuW/E BGH 1474, 1477 „Architektenkammer“; WuW/E BGH 1841, 1842 „Ganser-Dahlke“

<sup>11</sup> vgl. z.B. I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 34; L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 5; Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 37; v. Gamm, § 1 a.F., Rn. 8

<sup>12</sup> WuW/E BGH 1474, 1477 „Architektenkammer“

zum Zwecke des marktwirtschaftlichen Leistungsaustausches auf dem Markt als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen erschien.<sup>13</sup>

Auch die freien Berufe, soweit ihre Tätigkeit nicht durch Ständerecht oder Gebührenordnungen geregelt ist,<sup>14</sup> gemeinnützige Unternehmen, Privatpersonen und Unternehmen der öffentlichen Hand unterfielen daher grundsätzlich dem GWB, soweit sie im wirtschaftlichen Verkehr im Wettbewerb mit anderen Unternehmen standen. Auf die Rechtsform der Unternehmen kam es dabei genauso wenig an wie auf die Gewinnerzielungs- oder Gewinnverteilungsabsicht.<sup>15</sup> Karitative Einrichtungen und gemeinnützige Vereine, aber auch Genossenschaften, die nur zum Wohle ihrer Mitglieder handelten, waren demnach Unternehmen im Sinne des § 1 a.F., wenn (und nur soweit) sie auf einem Markt zum Zwecke des Leistungsaustausches aktiv wurden. Daraus ergab sich aber, daß z.B. ein karitatives Unternehmen oder ein gemeinnütziger Verein in einem Bereich als Unternehmen im Sinne des GWB anzusehen war, während es in einem anderen Bereich nicht als Unternehmen im Sinne des § 1 a.F. galt.<sup>16</sup>

Ob es sich bei dem Begriff des Unternehmens im gesamten GWB um einen einheitlichen Begriff handelte oder ob für den Bereich der Zusammenschlußkontrolle ein anderer Unternehmensbegriff anzuwenden war,<sup>17</sup> war eher eine Frage theoretischer Natur. Ein Bedürfnis zur Differenzierung bestand insoweit wohl nicht, wenn man den Unternehmensbegriff vor dem Hintergrund der jeweiligen Norm entsprechend auslegte.<sup>18</sup> Mir scheint es jedoch zumindest im Ergebnis selbstverständlich, daß sich durch die jeweilige Auslegung im Rahmen der verschiedenen Normen ein unterschiedlicher Unternehmensbegriff ergab und auch anzuwenden war.

#### b.) Private Haushalte

Hauptzweck des Unternehmensbegriffs im Sinne des § 1 a.F. war es, wie bereits erwähnt, das hoheitliche Handeln des Staates, den privaten Verbrauch und das einfache wirtschaftliche Handeln der privaten Haushalte dem Anwendungsbereich des Kartellrechts zu entziehen. Da nun aber auch die privaten Haushalte eine „Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr“ entfalteten, mußte der Unternehmensbegriff so ausgelegt werden, daß nur solche Tätigkeiten im geschäftlichen Verkehr erfaßt wurden, die über die Aktivitäten der am Markt beteiligten privaten Haushalte hinausgingen.<sup>19</sup>

---

<sup>13</sup> BGH NJW 1980, 1046 „Berliner Musikschule“

<sup>14</sup> z.B. Stuttgart, WuW/E OLG 545, 551f „Rabattverbot der Apothekerkammer“; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 86; L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 13; Gelhausen, Die staatlich gebundenen Berufe und das Kartellgesetz, S. 121; a.A. Rittner, DB 1957, 1091, 1094; ders., Unternehmen und Freier Beruf als Rechtsbegriffe, S. 14f, insbes. S. 34; vgl. auch R. Schmidt, Freie Berufe und Kartellgesetz, S. 75f

<sup>15</sup> WuW/E BGH 442, 449 „Gummistrümpfe“

<sup>16</sup> WuW/E BGH 1521, 1522 „Gaststättenverpachtung“

<sup>17</sup> so K. Schmidt, ZGR 80, 277, 280

<sup>18</sup> so auch L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 5

<sup>19</sup> KG, WuW/E OLG 4914, 4917 „Mustermietvertrag II“

Während über dieses Ergebnis nahezu Einigkeit herrschte,<sup>20</sup> bestand hinsichtlich seiner Begründung noch Klärungsbedarf. Die Unanwendbarkeit des § 1 a.F. auf das Verhalten von Privatpersonen im Rahmen der normalen Haushaltsführung ließ sich jedenfalls 1998 nicht mehr damit begründen, daß das Verhalten der Privaten keine spürbare Marktbeeinflussung hervorrufen könne.<sup>21</sup> Zum Beispiel durch das Internet konnten die Verbraucher auch damals schon enorme Nachfrageströme bündeln und so Verbraucherverhalten von bedeutender Marktmacht schaffen.

Auch die von Müller-Henneberg<sup>22</sup> vertretene Ansicht, Unternehmen im Sinne des § 1 a.F. sei nur derjenige Marktteilnehmer, der zumindest auch als Anbieter auf dem Markt tätig werde (sog. Zwei-Fronten-Theorie), konnte nicht überzeugen, weil damit zum Beispiel der Staat als „Nur-Nachfrager“ im Bereich der Wehr- oder Feuerwehrentechnik aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts herausgefallen wäre.<sup>23</sup> Daß aber auch der Staat gerade in diesen Bereichen dem GWB unterfiel, konnte letztlich wohl nicht mehr ernsthaft bestritten werden. Auch die privaten Haushalte waren nicht nur Nachfrager. Jeder, der sich privat einen PKW kaufte (private Nachfrage), konnte ihn einige Zeit später als Verkäufer wieder verkaufen, ohne dabei ein Unternehmen im Sinne des § 1 a.F. zu sein. Auch wer als Eigentümer einer Eigentumswohnung diese vermietete, war Anbieter auf dem Markt für privaten Wohnraum, ohne jedoch Unternehmen im Sinne des GWB zu sein.

Die Antwort auf die Frage, warum der private Verbrauch nicht unter den Unternehmensbegriff fallen konnte, ergab sich vor allem aus dem Sinn des Kartellgesetzes. Der bestand darin, zum Wohle der Verbraucher einen funktions- und leistungsfähigen Wettbewerb zu erhalten und ihre bestmögliche Versorgung sicherzustellen.<sup>24</sup> Nur mit dieser Begründung war es möglich, auch die Formen von Konsumentenverhalten vom Kartellverbot freizustellen, die durch eine Koordinierung des Verhaltens einer Vielzahl von Verbrauchern eine spürbare Marktbeeinflussung erreichten. Dies war zur Zeit der Neuregelung schon oft der Fall und wird in der Zukunft durch Internetseiten wie [www.letsbuyit.com](http://www.letsbuyit.com) immer öfter zu beobachten sein. Auf solchen Seiten wird die Nachfrage einzelner Verbraucher gebündelt, um dann durch die Abnahme großer Mengen und unter Ausschaltung der Zwischenstufen des Handels der Macht der Hersteller eine Gegenmacht der Verbraucher entgegensetzen zu können („Power-Shopping“, „Co-Shopping“). Die genannte Internetseite ist zwar ein kommerzielles Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH, dort werden Verträge nur zwischen Hersteller und LETSBUYIT.COM und zwischen LETSBUYIT.COM und dem Endkunden geschlossen. Die Abwicklung ließe sich jedoch auch ohne weiteres als wirkliche Vermittlung ausgestalten, bei der die Verträge direkt zwischen Hersteller und Endkunden zustande kämen. Allerdings dürfte es dabei trotz der an sich beachtlichen Mengen an Waren regelmäßig an der Spürbarkeit der Marktbeeinflussung fehlen. Dies könnte sich aber mit dem starken Wachstum des Internets schnell ändern.

---

<sup>20</sup> anders wohl nur Langer, S. 134ff, der den Begriff des Unternehmens in § 1 a.F. gänzlich für entbehrlich hält, a.a.O. S. 264

<sup>21</sup> vgl. I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 36

<sup>22</sup> GK-Müller-Henneberg, § 1 a.F., Rn. 6

<sup>23</sup> vgl. auch das Beispiel des „Museums-Kartells“ bei Langer, S. 126

<sup>24</sup> vgl. Begr. 1952, S. 21f

Andererseits war aber auch ein Privathaushalt als Unternehmen im Sinne des § 1 a.F. zu qualifizieren, wo er sich über das Maß üblicher Haushaltsführung hinaus am Markt beteiligte. Beispiele hierfür waren die Vermietung von Gewerberäumen,<sup>25</sup> die Erteilung von Musikunterricht<sup>26</sup> oder auch die Verpachtung von Gaststättenräumen.<sup>27</sup>

Im einzelnen waren die Grenzen hier fließend. Ein Verbraucher, der alle drei Jahre seinen privaten PKW verkaufte, war sicher kein Unternehmen im Sinne des § 1 a.F., sondern dies entsprach noch einer normalen Haushaltsführung. Aber wie stand es z.B. mit den Werksangehörigen der Automobilindustrie, die jedes Jahr ihren „Jahreswagen“ veräußerten? Ob ein solches Verhalten noch der normalen Haushaltsführung entsprach, erscheint mir doch sehr zweifelhaft. Waren diese Privatpersonen Unternehmen im Sinne des § 1 a.F., so war z.B. der Volkswagen Belegschaftsverein, der sich um die zentrale Vermarktung der „Jahreswagen“ kümmerte, eine Vereinigung von Unternehmen. Schon dessen Gründung zum Zwecke der Koordinierung des Absatzes dürfte ein Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck gewesen sein.

### c.) Arbeitsmarkt

Umstritten war auch Ende 1998 immer noch, ob der Arbeitsmarkt durch die Verwendung des Unternehmensbegriffs in § 1 a.F. gänzlich aus dem Anwendungsbereich des GWB ausgeschlossen wurde.

Die Rechtsprechung und ein Großteil der Literatur gingen davon aus, daß der Arbeitsmarkt insgesamt ein Ausnahmebereich sei, auf den das Kartellrecht keine Anwendung finden solle, weil der Zweck des Kollektivarbeitsrechtes gerade darin liege, den Wettbewerb der Arbeitnehmer durch die kollektive Vereinbarung von Arbeitsbedingungen zu ersetzen.<sup>28</sup> Eine andere in der Literatur vertretene Meinung und auch das Bundeskartellamt waren der Auffassung, daß ein grundsätzlicher Vorrang des Arbeitsrechts vor dem Kartellrecht nicht anerkannt werden konnte.<sup>29</sup>

Während die Rechtsprechung und die herrschende Meinung ihre Sicht der Dinge darauf stützten, daß es sich beim Arbeitsmarkt um einen allgemeinen Ausnahmebereich handele, nahm zum Beispiel Emmerich an, Tarifverträge unterlägen grundsätzlich dann den Bestimmungen des GWB, wenn mit ihnen wettbewerbsbeschränkende Ziele verfolgt würden oder wenn von ihnen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgingen.<sup>30</sup> Ausnahmen wollte er nur zulassen für die unmittelbaren Regelungen der Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge.

Was die Konsequenz dieser Meinung war, erscheint mir unklar. Denn nur den Vorrang des Arbeitsrechts vor dem Kartellrecht zu leugnen, begründete jedenfalls

---

<sup>25</sup> Düsseldorf, WuW/E OLG 1793 „Vergütungsabrede“

<sup>26</sup> BGH NJW 1980, 1046 „Berliner Musikschule“

<sup>27</sup> Düsseldorf, WuW/E OLG 888 „Gaststättenpacht“

<sup>28</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 322; L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 43

<sup>29</sup> Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 38f; Immenga, Grenzen des kartellrechtlichen Ausnahmebereichs Arbeitsmarkt, S. 9; BKartA, WuW 1989, 563

<sup>30</sup> Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 39

noch nicht die Anwendbarkeit von § 1 a.F. auf Tarifverträge. Voraussetzung für dessen Anwendbarkeit war schließlich, daß es sich bei den Vertragsparteien um Unternehmen handeln mußte. Weil es sich aber zumindest bei den Gewerkschaften (soweit diese im Bereich der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen tätig wurden) nicht um Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen handelte, erscheint es mir, als sei auch nach der Meinung von Emmerich ein Tarifvertrag grundsätzlich nicht vom Verbot des § 1 a.F. erfaßt worden.

Allerdings schweigt Emmerich sich darüber aus, warum er das Merkmal des Unternehmens im Sinne des § 1 a.F. bei den Gewerkschaften als erfüllt ansah, während die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Literatur die Unternehmereigenschaft der Gewerkschaften (in ihrem klassischen Aufgabengebiet als Interessenvertretung der Arbeitnehmer) verneinten.<sup>31</sup> Die Gewerkschaften konnten höchstens Vereinigungen von Unternehmen sein, was allerdings vorausgesetzt hätte, daß der Arbeitnehmer an sich als Unternehmen anzusehen gewesen wäre. Dies verbot sich jedoch, weil bereits die Regierungsbegründung für das GWB von 1952 die Unternehmenseigenschaft der Arbeitnehmer ausschloß<sup>32</sup> und außerdem Arbeitnehmer weder gewerbliche Leistungen noch Waren im Sinne des § 1 a.F. anboten oder in diesem Sinne nachfragten.

Außerdem stützten die Vertreter der vorherrschenden Meinung in der Literatur ihre Ansicht, das Kartellrecht sei auf dem Gebiet des Arbeitsmarktes nicht anwendbar, darauf, daß regelmäßig in einem Vertrag zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern kein gemeinsamer Zweck zu sehen sei.

Die oben skizzierte Freistellung der Gewerkschaften als Nichtunternehmen galt natürlich nur, soweit die Gewerkschaften in ihrem klassischen Aufgabenbereich tätig wurden. Soweit sie andere Aufgaben wahrnahmen als die Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bzw. mit ihren Angeboten in Konkurrenz zu anderen Unternehmen traten oder in anderer Form am geschäftlichen Verkehr als Anbieter oder Nachfrager teilnahmen, unterlagen auch die Gewerkschaften als Unternehmen im Sinne des § 1 a.F. den Beschränkungen des GWB.<sup>33</sup>

Durch eine Ausweitung des Anwendungsbereiches des Kartellrechts auf den Arbeitsmarkt würde nicht nur dem gesamten Kollektivarbeitsrecht der Boden entzogen und damit die gesetzgeberische Grundentscheidung in diesem Bereich für diesen Bereich mißachtet, sondern auch die in Art. 9 I Grundgesetz verfassungsrechtlich garantierte Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer nahezu vollständig aufgehoben bzw. ihres Sinnes beraubt.

Aber auch die Rechtsprechung stellte den Arbeitsmarkt nicht völlig frei vom Kartellverbot. Die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf kollektivvertragliche Regelungen zwischen den Tarifvertragsparteien wurde dort bejaht, wo die Tarifvertragsparteien direkt einen den Wettbewerb des Unternehmens

---

<sup>31</sup> Grdl. BAG, BB 1989, 2118; KG, WuW/E OLG 4531, 4533 „Ladenöffnungszeiten“; FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 76; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 101

<sup>32</sup> Begr. 1952, § 1, unter 3 b (S. 30)

<sup>33</sup> Hamburg, WuW/E OLG 79, 80 „Gewerkschafts-Sterbekasse“

beschränkenden Zweck zum Ziel hatten. Hierfür reichte dem BAG jedoch z.B. die Festlegung des Arbeitszeitendes in einem Tarifvertrag für den Einzelhandel nicht aus.<sup>34</sup>

In Individualarbeitsverträgen unterlagen alle diejenigen Klauseln der kartellrechtlichen Kontrolle, welche die Eigenschaft des Arbeitnehmers als potentiell Unternehmen (dazu gleich unten d.) betrafen. Dies waren namentlich Klauseln über ein Wettbewerbsverbot nach Beendigung des Arbeitsvertrages.<sup>35</sup>

#### d.) Potentielle Unternehmen

In der Praxis bestand ein gewisses Bedürfnis, den potentiellen Wettbewerb auch zwischen solchen Subjekten zu schützen, die sich zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht oder vorübergehend nicht mehr am Wettbewerb beteiligten. Ansonsten wäre der Umgehung des Kartellverbots durch die kurzfristige Beseitigung der Unternehmenseigenschaft Tür und Tor geöffnet worden.

Die Voraussetzungen, unter denen von der Literatur und der Rechtsprechung ein Beteiligter als sogenanntes potentiell Unternehmen angesehen wurde, unterschieden sich erheblich. Allgemein kam es darauf an, wie naheliegend die Aufnahme des Wettbewerbs für diejenige Partei war, die sich in der Vereinbarung der Wettbewerbsbeschränkung unterwarf. Die Frage danach, wie hoch der Grad der Wahrscheinlichkeit sein mußte, wurde jedoch unterschiedlich beantwortet.

Nach der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur reichte es aus, wenn es dem an der Vereinbarung beteiligten potentiellen Unternehmen *möglich* war, in absehbarer Zeit in das aktive Wettbewerbsgeschehen einzusteigen.<sup>36</sup> Hierfür mußte eine gewisse praktische Wahrscheinlichkeit sprechen.

Nach der Gegenmeinung reichte es bereits aus, daß die Vertragsschließenden lediglich ihr Verhalten bei der Nachfrage und dem Absatz wirtschaftlicher Güter oder Dienstleistungen koordinierten.<sup>37</sup> Wie wahrscheinlich die Aufnahme des Wettbewerbs war, war nach dieser Ansicht keine Frage des Unternehmensbegriffs, sondern sollte beim Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung erörtert werden. Ob für die Aufnahme des Wettbewerbs nur eine theoretische Möglichkeit oder aber eine praktische Wahrscheinlichkeit bestand, war nach dieser Ansicht für die Bejahung des Merkmals potentiell Unternehmen gleichgültig.

Ganz gegen die Anwendbarkeit des § 1 a.F. auf potentielle Unternehmen sprach sich Bunte<sup>38</sup> mit dem Hinweis aus, § 1 a.F. setze als Handelnde eben zwei oder mehr Unternehmen voraus.

---

<sup>34</sup> BAG BB 1989, 2118

<sup>35</sup> FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 75; a.A. das BAG in NJW 1966, 1677, 1678, das annahm, daß auch diese gar nicht das Arbeitsverhältnis sondern das Wettbewerbsverhältnis der Parteien betreffenden Klauseln der Freistellung unterlagen

<sup>36</sup> BGHZ 31, 105, 110 „Gasglühkörper“; GK-Müller-Henneberg, § 1 a.F., Rn. 10; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 52 m.w.N.

<sup>37</sup> Langer, S. 91f; FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 47

<sup>38</sup> L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 16

Daß zumindest die letztgenannte Auffassung nicht zu akzeptablen Lösungen in diesem Bereich zu führen vermochte, lag auf der Hand. Ob man dagegen den Grad der Wahrscheinlichkeit der Aufnahme von Wettbewerbshandlungen im Bereich des Unternehmensbegriffs oder im Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung prüfen wollte, war wohl nur in wenigen Ausnahmefällen von Bedeutung.

Meines Erachtens ist der Ansicht, die hier schon die Koordinierung des Verhaltens zwischen den potentiellen Unternehmen ausreichend sein ließ, der Vorzug zu geben, um den Kreis der vom Verbot des § 1 a.F. erfaßten Verträge möglichst groß zu halten und einer Überprüfung nicht schon frühzeitig den Boden zu entziehen. Außerdem war die Frage, ob die Möglichkeit der Aufnahme der Wettbewerbshandlung bestand oder nicht und wie hoch deren Wahrscheinlichkeit war, von Zufällen abhängig. Ein Unternehmen, das heute an einem Markt aus strategischen oder finanziellen Gründen kein Interesse (mehr) hat und sich daher des Wettbewerbs in diesem Bereich durch die Eingehung eines Vertrages und die Veräußerung aller notwendigen Anlagen, Rechte etc. begibt, kann schon morgen nach einer Übernahme oder nur durch eine neue Unternehmensstrategie (wieder) starkes Interesse an eben jenem Markt haben. Das Unternehmen jetzt an dem nunmehr offenbar den Wettbewerb beschränkenden Vertrag festzuhalten, nur weil die Aufnahme des Wettbewerbs zum Zeitpunkt der Eingehung des Vertrages nicht wahrscheinlich war, erscheint mir falsch.

Im Ergebnis ist die Aufnahme des Wettbewerbes ohnehin fast immer möglich, solange das Unternehmen über entsprechende finanzielle Mittel verfügt. Diese sind, je nach Branche, schnell beschafft. An dieser Stelle gerät man an die philosophische Frage nach den veränderlichen und den unveränderlichen Welten. Letztlich war und ist aber im Bereich der Wirtschaft und des Wettbewerbs fast immer alles veränderbar, es ist nur eine Frage des Geldes. Die Beurteilung der Möglichkeit der Wettbewerbstätigkeit erscheint daher fast willkürlich.

Der BGH hat selbst dann noch eine GmbH als potentielles Unternehmen und damit als Unternehmen im Sinne des § 1 a.F. angesehen, wenn diese ihren Betrieb bereits aufgegeben hatte, als Gesellschaft aber weiter fortbestand und sich noch wenigstens mittelbar weiterhin am Wirtschaftsverkehr beteiligte, sowie über die rechtlichen und wirtschaftlichen Mittel verfügte, um später durch die Wiederaufnahme der Produktion oder Dienstleistung erneut am Markt teilzunehmen.<sup>39</sup>

Als eindeutig waren daher die Fälle zu bezeichnen, in denen ein ehemals am Markt tätiges Unternehmen auch nach seinem Rückzug noch vor allem über die wirtschaftlichen Mittel, über Marken oder eingeführte Handelsnamen verfügte oder in denen jemand im Hinblick auf die Aufnahme seiner unternehmerischen Tätigkeit aktiv wurde.

Insgesamt war dies alles jedoch sehr weit auszulegen, weil es fast immer möglich ist, mit entsprechendem finanziellen Aufwand in einen neuen (alten) Markt einzusteigen (s.o.). Daß diese, selbstverständliche und nicht neue Erkenntnis, selbst für angeblich „festgefahrene“ Märkte galt und gilt, zeigte sich an Beispielen aus der Vergangenheit. Erinnerung sei hier nur an den Markt für Wochenmagazine, der Anfang der

---

<sup>39</sup> BGHZ 31, 105, 110 „Gasglühkörper“

Neunziger erfolgreich vom „FOCUS“ erobert wurde. Den bis dahin einzigen Wettbewerbern (SPIEGEL und STERN) wurden mit erheblichem Werbeaufwand Kunden und Marktanteile abgenommen. Ebenso verhielt es sich auf dem Markt für Küchenrollen. Ende der neunziger Jahre erfolgte der Marktzugang von „BOUNTY“, und dieses neue Produkt hat sich gegen andere, bis dahin den Markt beherrschende Produkte („ZEWA Wisch und Weg“), durchgesetzt.

Es werden sich, das zeigen Vergangenheit und Gegenwart (Stichwort: Internet Start-ups), für einen Einstieg in einen aussichtsreichen Markt immer Geldgeber finden lassen.

Ebenfalls als potentielle Unternehmen erfaßt wurden Angestellte, wenn diese sich in ihren Dienstverträgen einem Wettbewerbsverbot für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses unterwarfen (Karenzzeit).<sup>40</sup> Dieses Verbot verhinderte die Aufnahme von Wettbewerb und war daher an § 1 a.F. zu messen.

An dieser Stelle sind auch die Klauseln in Gesellschaftsverträgen zu nennen, die dem Gesellschafter ein Wettbewerbsverbot auferlegten, oder solche Klauseln in Unternehmensveräußerungsverträgen, die den Veräußerer eines Unternehmens daran hindern sollten, zukünftig in Wettbewerb zu dem veräußerten Unternehmen zu treten.<sup>41</sup> Alle diese Klauseln hinderten ein potentielles Unternehmen daran, sich am Markt zu beteiligen, soweit sie nicht dem im Wettbewerb Beschränkten (Angestellten, Gesellschafter, Veräußerer) lediglich untersagten, sich in den Dienst eines Konkurrenzunternehmens zu stellen.

Letztlich ist darauf hinzuweisen, daß die Vertragsparteien einen Vertrag wohl gar nicht geschlossen hätten, wenn sie es schlechthin für unvorstellbar gewesen wäre, daß sich das potentielle Unternehmen am Markt beteiligen könnte. Allein der Vertragsschluß ist ein starkes Indiz für zumindest potentiellen Wettbewerb.

#### e.) Die öffentliche Hand

Auch der Staat war bei seinen Aktivitäten den Regelungen des GWB unterworfen, war also Unternehmen im Sinne des § 1 a.F., soweit er am geschäftlichen Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen teilnahm. Dies stellte § 98 I a.F. ausdrücklich klar. Allerdings galten im GWB a.F. eine Reihe von Ausnahmeregelungen für Bereiche, in denen der Staat klassischerweise aktiv war (§§ 99 bis 103a a.F., insbesondere § 99 a.F. für Beförderungsunternehmen, § 101 a.F. für die Bundesbank, § 103 a.F. für Versorgungsunternehmen).

Gleichgültig war es, für den Staat ebenso wie für alle anderen Unternehmen, in welcher Rechtsform er sich am wirtschaftlichen Verkehr beteiligte. Selbst Körperschaften des öffentlichen Rechts und gemeindliche Eigenbetriebe unterlagen somit dem GWB, soweit sie im Wettbewerb mit anderen Unternehmen ihre Leistungen erbrachten.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 75

<sup>41</sup> dazu, daß diese Klauseln gleichwohl als dem Vertrag immanent gemäß § 1 a.F. zulässig sein konnten, siehe unten B.II.1.a.)

<sup>42</sup> BGH GrZS, BGHZ 67, 81, 84 „Autoanalyser“; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 38



Ebenfalls gleichgültig war, ob die Leistungsbeziehung zwischen Staat und Leistungsempfänger öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet wurde. Früher herrschte die Ansicht vor, daß in den Fällen, in denen die Leistungsbeziehung zwischen dem Staat und dem Abnehmer öffentlich-rechtlich war, das GWB nicht anwendbar sei. Später jedoch setzte sich die Einsicht durch, daß die Rechtsnatur der Leistungsbeziehung grundsätzlich gleichgültig war und es nur auf die Wettbewerbsbeziehung des Staates zu den jeweiligen Wettbewerbern am Markt, nicht jedoch zu den Leistungsempfängern, ankam.<sup>43</sup> Denn auch wenn z.B. eine Gemeinde aufgrund ihrer gemeindlichen Satzung als kommunaler Eigenbetrieb gewisse Leistungen (öffentlich-rechtlich) erbrachte, änderte dies nichts an den privatrechtlichen Wettbewerbsbeziehungen zu den privaten Konkurrenten am Markt. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des GWB war allerdings, daß es überhaupt Konkurrenten gab.<sup>44</sup>

Die Frage, ob sich nicht der Staat auch in den Fällen, in denen es auf einem Markt keine private Konkurrenz gab, an die Regelungen des GWB zu halten hatte, erscheint mir - ähnlich wie bei der Möglichkeit des Marktzutritts im Rahmen der potentiellen Unternehmen -<sup>45</sup> eine Frage nach den „veränderlichen Welten“ zu sein. Jedenfalls mußte der Staat in den Bereichen, in denen er wenigstens theoretisch privater Konkurrenz ausgesetzt war, an das GWB gebunden sein. Dies war unabdingbar, um potentiellen Konkurrenten nicht den Marktzutritt zu versperren. Lediglich dort, wo private Konkurrenz schlechthin undenkbar war, konnte der Staat frei agieren. Dies dürften aber nur wenige Bereiche, wie z.B. die Verteidigung gewesen sein. Bei der Bestimmung dieser Bereiche war äußerste Vorsicht geboten. Selbst dort, wo noch vor Jahren eine Öffnung des Marktes für private Anbieter undenkbar schien, ist Wettbewerb zwischen dem Staat und privaten Anbietern heute selbstverständlich. Stellvertretend seien hier nur z.B. das Fernsehen, die Telekommunikation, das Rettungswesen und die Müllentsorgung genannt.

#### f.) Vereinigung von Unternehmen

Weitere Adressaten des § 1 a.F. waren neben den Unternehmen auch Vereinigungen von Unternehmen. Daran hat auch die Neufassung des § 1 nichts geändert.

Voraussetzung für die Annahme einer Vereinigung von Unternehmen im Sinne des § 1 a.F. war, daß ihr mindestens zwei Unternehmen angehörten. Ob ihr darüber hinaus auch Nichtunternehmen angehörten, war irrelevant.<sup>46</sup> Vereinigungen von Unternehmen, die als solche selbst aktiv am Markt teilnahmen und damit den Unternehmensbegriff im Sinne des § 1 a.F. selbst erfüllten, waren Unternehmen im Sinne des GWB und ebensowenig wie Konzerne oder Unternehmenszusammenschlüsse Unternehmensvereinigung im Sinne des § 1 a.F.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> BGHZ GS 97, 312, 314ff; 102, 280, 284ff, insbesondere 286

<sup>44</sup> I/M-Emmerich, § 98 Abs.1 a.F., Rn. 14

<sup>45</sup> Siehe oben B.I.1.d.)

<sup>46</sup> L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 18a

<sup>47</sup> FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 88; v. Gamm, § 1 a.F., Rn. 11

Weitere Voraussetzung war, daß die einzelnen Unternehmen, obwohl selbständig, in einer organisatorischen Verbundenheit zueinander standen. Wenn mehrere Unternehmen nur zufällig gleich handelten, so bestand darin kein kartellrechtlich relevantes Verhalten.<sup>48</sup> Erfasst wurden somit über das Merkmal der Vereinigung von Unternehmen nur diejenigen Unternehmensvereinigungen, die nicht selbständig am Markt aktiv wurden, sondern z.B. lediglich das Marktverhalten ihrer Mitgliedsunternehmen koordinierten oder auf das Verhalten Dritter (Abnehmer/Lieferanten) einwirkten.<sup>49</sup> Seit der allgemeinen Anerkennung des funktionalen Unternehmensbegriffs mit seiner großen Reichweite waren dies, im Gegensatz zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des GWB, nicht mehr viele Vereinigungen.<sup>50</sup> Beispielhaft sei hier aber auf die Kammern der freien Berufe hingewiesen.

Bedeutung hatten die Vereinigungen von Unternehmen jedoch deshalb, weil ihre Beschlüsse, damals wie heute, für unwirksam erklärt wurden. Dies waren insbesondere die Beschlüsse von nicht legalisierten Kartellen aber auch von Kammern der freien Berufe und von Berufs- und Wirtschaftsverbänden, da diese nicht selber am Markt aktiv wurden und daher keine Unternehmen im Sinne des § 1 a.F. waren.<sup>51</sup> An dieser Stelle sind auch die Beschlüsse von Dachverbänden zu nennen. Obwohl sie genaugenommen Vereinigungen von Vereinigungen von Unternehmen waren, wurden sie doch allgemein unter den Begriff der Vereinigungen von Unternehmen subsumiert.<sup>52</sup>

#### aa.) Vereinigungen von Nichtunternehmen

Abzugrenzen von den Vereinigungen von Unternehmen waren die Vereinigungen von Nichtunternehmen. Als Abgrenzungsbeispiel hierfür wurden in der Literatur vor allem die Sammelbesteller genannt.<sup>53</sup> Im Fall der Sammelbesteller dürfte nach dem oben gesagten entscheidend gewesen sein, ob diese über das übliche Maß der privaten Verbraucher hinaus und damit in Konkurrenz zu anderen Händlern am Markt tätig wurden. War dies der Fall, waren die Sammelbesteller deshalb als Unternehmen im Sinne des § 1 a.F. zu qualifizieren, weil sie selbständig am Markt auftraten. Ob sie dabei eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgten, war irrelevant. Diese (etwas umfangreicheren) Fälle hat wohl Immenga<sup>54</sup> vor Augen gehabt, wenn er Sammelbesteller grundsätzlich als Unternehmen ansah.

Wurden dagegen nur gelegentlich unentgeltlich Bestellungen von Bekannten oder aus der Familie in geringem Umfang zur Vereinfachung der Abwicklung von Lieferung und Zahlung gebündelt, dürfte eine über das übliche Maß hinausgehende wirtschaftliche Tätigkeit noch nicht anzunehmen gewesen sein.<sup>55</sup> Dann wären die

---

<sup>48</sup> P. Ulmer, Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, S. 11ff

<sup>49</sup> L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 17

<sup>50</sup> FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 88

<sup>51</sup> BGHZ GrZS, 67, 81, 84 „Autoanalyzer“; WuW/E BGH 1474, 1477 „Architektenkammer“; WuW/E BGH 2326, 2328 „Guten Tag-Apotheke II“

<sup>52</sup> L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 18b m.w.N.

<sup>53</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 100; L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 10; GK-Müller-Henneberg, § 1 a.F., Rn. 10

<sup>54</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 100

<sup>55</sup> L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 10; a.A. GK-Müller-Henneberg, § 1 a.F., Rn. 7

Sammelbesteller selbst nicht als Unternehmen, sondern gegebenenfalls als Vereinigung von Nichtunternehmen zu qualifizieren gewesen.

Hier ist noch einmal auf Internetseiten einzugehen, auf denen Nachfrageströme von Verbrauchern gebündelt werden. Die oben genannte Firma LETSBUYIT.COM GmbH war selbstverständlich Unternehmen im Sinne des § 1 a.F. Eine Internetseite – und die dahinter stehende Organisation –, auf der die vertraglichen Beziehungen zwischen Hersteller und Verbraucher direkt entstehen, gleicht weitgehend einer klassischen Einkaufsgenossenschaft und war daher auch genau wie diese zu behandeln. Einkaufsgenossenschaften wurden selbst als Unternehmen angesehen.<sup>56</sup>

#### bb.) Konzerne

Auf der anderen Seite war die Vereinigung von Unternehmen vom Konzern abzugrenzen. Von diesem unterschied sie sich dadurch, daß die Mitglieder der Vereinigung selbständig waren und blieben, während im Konzern die einzelnen Unternehmen ihre Selbständigkeit in der Regel einbüßten. Merkmal eines Konzerns war und ist ja gerade die Gebundenheit der Unternehmen durch die gemeinsame einheitliche Konzernleitung (§ 18 AktG).<sup>57</sup>

Dabei wurde als kartellrechtliches Problem vor allem auf die fehlende Rechtsfähigkeit der Konzerne hingewiesen. Konzerne sind und waren im Falle eines Gleichordnungskonzerns Gesellschaften bürgerlichen Rechts (GbR) oder im Falle der Unterordnungskonzerne gar keine gesellschaftsrechtlich einzuordnenden Gebilde.<sup>58</sup> Da sowohl die GbR als auch erst recht die „Nichtgesellschaft“ eines Unterordnungskonzerns nicht selbständig Träger von Rechten und Pflichten sein konnten, wurde in der Literatur vorgetragen, der Konzern scheide als solcher als Unternehmen im Sinne des § 1 a.F. aus.<sup>59</sup>

Die Rechtsform bzw. Rechtsfähigkeit des Konzerns konnte indes kein wesentliches Kriterium bei der Klärung der Frage nach der Unternehmenseigenschaft des Konzerns im Sinne des § 1 a.F. sein.<sup>60</sup> Denn nach dem oben bejahten funktionalen Unternehmensbegriff war Unternehmen jedes „Gebilde“, das sich am Verkehr mit Waren und Dienstleistungen beteiligte.

Auch § 25 a.F. wendete sich an Unternehmen und verbot ihnen abgestimmtes Verhalten. Da einerseits ein solches abgestimmtes Verhalten auch von Konzernen ohne eigene Rechtspersönlichkeit praktiziert werden konnte und andererseits nicht ersichtlich war, warum ein Unternehmen im Sinne des § 25 a.F. etwas anderes sein sollte als ein Unternehmen im Sinne des § 1 a.F.,<sup>61</sup> war davon auszugehen, daß ein an sich nicht rechtsfähiger Konzern ein Unternehmen im Sinne des § 1 a.F. war.<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> WuW/E BGH 1142, 1143 „Volksbühne II“

<sup>57</sup> Hüffer, AktG, § 18, Rn. 8ff; sowie die sonstige Kommentierung zu § 18 AktG

<sup>58</sup> Koppensteiner in Kölner Kommentar, § 18 AktG, Rn. 7

<sup>59</sup> Grandpierre, Wettbewerbsbeschränkungen zwischen verbundenen Unternehmen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 66ff, 81; FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 83

<sup>60</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 58; v. Gamm, § 1 a.F., Rn. 11

<sup>61</sup> L/B-Bunte, § 25 a.F., Rn. 9

<sup>62</sup> so auch Langer, S. 46

Wie unten zu zeigen sein wird, reichte für die Annahme des Vorliegens eines Vertrages im Sinne des § 1 a.F. aus, daß die Parteien sich z.B. aufgrund einer moralischen Verpflichtung an die getroffene Vereinbarung gebunden fühlten und entsprechend verhielten.<sup>63</sup> Nicht erforderlich war hingegen eine tatsächliche rechtliche Gebundenheit.

Warum also eine eigene Rechtsfähigkeit des Konzerns für die Bejahung der Unternehmenseigenschaft notwendig gewesen sein soll, erscheint mir nicht plausibel.<sup>64</sup> Entscheidend konnte auch für die Unternehmenseigenschaft des Konzerns nur sein, ob er sich als solcher selbständig am Wettbewerb im Markt für Waren und Dienstleistungen beteiligte oder nicht.

## **2. Das Mittel der Beschränkung**

### **a.) Der Vertrag**

Klassisches Mittel zur Beschränkung des Wettbewerbs war der Vertrag.

#### **aa.) Der Vertrag im Sinne des § 1 a.F.**

Lange war es umstritten, ob das Merkmal Vertrag nur als Vertrag im zivilrechtlichen Sinne auszulegen sei oder ob auch andere Formen der Koordinierung von Verhaltensweisen von dem Tatbestandsmerkmal Vertrag erfaßt wurden.<sup>65</sup> Diese alte Diskussion verlor jedoch ihre praktische Bedeutung mit der Einführung der Verbote des abgestimmten Verhaltens in § 25 I a.F. und der befolgten Empfehlung in § 38 I Nr. 11 a.F. durch die 2. Kartellgesetznovelle von 1973. Seitdem war jedwede Form des abgestimmten Verhaltens verboten und der Wettbewerb daher, wenn nicht durch § 1 a.F., so durch § 25 I a.F. oder § 38 I Nr. 11 a.F. verboten.

#### *(1) Willenserklärungen*

Voraussetzung für das Vorliegen eines Vertrages im Sinne des § 1 a.F. war zunächst in jedem Fall, daß sich die Parteien durch den Austausch von Willenserklärungen geeinigt hatten.<sup>66</sup> Dabei waren die allgemeinen Regeln über den Vertragsschluß, Angebot und Annahme in den §§ 145 ff BGB, anwendbar, wenn auch einige Autoren in der Literatur Modifikationen insbesondere bei der Anwendbarkeit von einzelnen Vorschriften befürworteten.<sup>67</sup> Generell war bei der Anwendung der allgemeinen Vorschriften der gänzlich andere Zweck des Vertragsbegriffs in § 1 a.F. im Vergleich zum allgemeinen Zivilrecht zu beachten. Im allgemeinen Zivilrecht war und ist es in der Regel so, daß die Interessen der Parteien sich spiegelbildlich gegenüber stehen, während im Kartellrecht der Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen

---

<sup>63</sup> Haberkorn, NJW 1960, 86, 87

<sup>64</sup> so aber Westrick/Loewenheim in Loewenheim/Belke, § 1 a.F., Rn. 27; FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 83

<sup>65</sup> vgl. die Nachweise bei Sandrock, WuW 1971, 858, 861

<sup>66</sup> BGHSt 24, 54, 61 „Teerfarben“; FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 101

<sup>67</sup> L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 22; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 132; Westrick/Loewenheim in Loewenheim/Belke, § 1 a.F., Rn. 36

wird.<sup>68</sup> Es bestand und besteht also, anders als im allgemeinen Zivilrecht, kein Gleichgewicht gegenläufiger Interessen, die sich gegenseitig kontrollieren. Dies konnte sicher nicht unbeachtet bleiben.

Daraus ergaben sich einige Abweichungen bei der Anwendung der allgemeinen Regeln, wobei insbesondere auf Sinn und Zweck des § 1 a.F. Rücksicht zu nehmen war. Zum Beispiel bei der Bindung an das Angebot (§ 145 BGB), der Angebotsfrist (§ 147 BGB) und natürlich bei der Auslegung der Willenserklärungen der Parteien<sup>69</sup> konnten die allgemeinen Regeln nicht unverändert angewandt werden, wenn nicht die Wirksamkeit des Vertrages und damit die Anwendbarkeit des § 1 a.F. in das Belieben der Parteien gestellt sein und dadurch gegebenenfalls Lücken im Schutz des GWB in Kauf genommen werden sollten.

Dies konnte jedoch nicht hingenommen und auch nicht angenommen werden. Durch die Einführung des Verbotes abgestimmten Verhaltens in § 25 a.F. durch die 2. Novelle von 1973 wurde das Verbot des § 1 a.F. lediglich ergänzt. Die Einführung des § 25 a.F. hat deshalb an der Auslegung des § 1 a.F. nichts geändert.<sup>70</sup> Da aber zuvor die Sanktionen von Kartellabsprachen davon abhingen, ob § 1 a.F. anwendbar war oder nicht, und sein Tatbestand daher nach Sinn und Zweck weit zu fassen war, mußten auch die allgemeinen Regeln über den Vertragsschluß weiter gefaßt werden.

Dagegen wurde vorgetragen, daß es sich bei den entstehenden Lücken tatsächlich gar nicht um Lücken in der Anwendung des Gesetzes handle, sondern vielmehr um ein Beweisproblem im konkreten Einzelfall.<sup>71</sup>

Dieser Einwand war seit der Einführung des § 25 a.F. sicher richtig, vermochte aber am grundsätzlichen Verständnis des Vertragsbegriffs im Sinne des § 1 a.F., insbesondere vor dem historischen Hintergrund, nichts zu ändern.

### *(2) Regelung der Beziehungen*

Weiter war für das Vorliegen eines Vertrages nach § 1 a.F. erforderlich, daß die Parteien die zwischen Ihnen bestehenden Beziehungen verbindlich regeln wollten. Dabei lag die Betonung auf der Regelung. Lag das Merkmal der Regelung nicht vor oder hatte die Absprache keinen Regelungscharakter, so konnte es sich nur um abgestimmtes Verhalten der Parteien handeln.<sup>72</sup>

### *(3) Rechtsfolgewille*

Nicht notwendig war dagegen, daß die Parteien mit dem Vertrag eine verbindliche Rechtsfolge in Form von klagbaren Ansprüchen herbeiführen wollten. Häufig fehlte es bei Abschluß eines Kartellvertrages gerade an dem dazu notwendigen Rechtsfolgewillen der Parteien. So war dies insbesondere bei sogenannten

---

<sup>68</sup> Willoweit, NJW 1971, 2045, 2050

<sup>69</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 133f

<sup>70</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 117

<sup>71</sup> vgl. FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 113 m.w.N.

<sup>72</sup> Belke, ZHR 143, 74, 75; L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 19; zur Abgrenzung siehe unten B.I.2.a.bb.)

Gentlemen`s Agreements der Fall, bei denen die Parteien ihre Abrede gerade nicht der Rechtsordnung unterwerfen wollen, sondern es „... für ausreichend halten, eine allgemeine Übereinstimmung zu erzielen, deren Ausgestaltung im einzelnen dem beiderseitigen kaufmännischen Anstand überlassen wird, ohne daß die Parteien klagbare Ansprüche erwerben sollen.“<sup>73</sup> Aber auch in den Fällen, in denen die Parteien wußten, daß der von ihnen geschlossene Vertrag unwirksam und in der Folge nichtig ist, fehlte es an einem Rechtsfolgewillen.

Von der Praxis wurde daher für den Vertragsbegriff in § 1 a.F. seit der Begründung im Teerfarbenfall durch das Bundeskartellamt<sup>74</sup> und verschiedener Entscheidungen in der Rechtsprechung<sup>75</sup> auf einen Rechtsfolgewillen verzichtet. Dieser Vertragsbegriff wurde sodann entsprechend dem mit dem Kartellverbot verfolgten Sinn und Zweck ausgelegt. Dem hat sich die Literatur<sup>76</sup> angeschlossen.<sup>77</sup>

Nicht verzichtet werden konnte dagegen auf irgendeine Bindungswirkung. Es war also in jedem Fall erforderlich, daß wenigstens aufgrund moralischer Integrität, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Drucks, kaufmännischer Anständigkeit etc. die Einhaltung des Vertrages gesichert erschien.<sup>78</sup> Die von einem Gentlemen`s Agreement ausgehenden Zwänge konnten durchaus beträchtlich sein, so daß es im Ergebnis und vom Sinn und Zweck der Bestimmung her mehr als gerechtfertigt erschien, auch Gentlemen`s Agreements unter den Begriff des Vertrages im Sinne des § 1 a.F. zu subsumieren.<sup>79</sup> Insbesondere kam als Druckmittel z.B. der Abbruch der Geschäftsbeziehungen zu den anderen Teilnehmern des Kartells in Betracht. Letztlich war auch die persönliche Ehre der Vertragspartner oft eine nicht zu unterschätzende Triebfeder für die Einhaltung der Abreden.

Soweit der Einbeziehung des Gentlemen`s Agreements in das Tatbestandsmerkmal des Vertrages im Sinne des § 1 a.F. mit dem Argument widersprochen wurde, dies verstieße vor dem Hintergrund der Bußgeldvorschriften gegen das auch im Ordnungswidrigkeitenrecht geltende Analogieverbot, überzeugte dies nicht. Es handelte sich bei der Einbeziehung des Gentlemen`s Agreements in den Vertragsbegriff des § 1 a.F. nicht um eine verbotene Analogie, sondern um eine zulässige Auslegung des Tatbestandsmerkmals nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes.<sup>80</sup>

---

<sup>73</sup> BGH BB 1964, 410 „Schiffspumpen“

<sup>74</sup> WuW/E BKartA 1179, 1183 „Teerfarbenhersteller“

<sup>75</sup> Celle, WuW/E OLG 772, 775 „Naturstein“; KG, WuW/E OLG 1015, 1018 „Teerfarben“; KG, WuW/E OLG 1449, 1450 „bitumenhaltige Bautenschutzmittel II“

<sup>76</sup> vgl. zur zahllosen Literatur nur z.B. L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 25; I/M-Immenga, § 1 a.F. Rn. 122 (jeweils m.w.N.), sowie Sandrock, WuW 1971, 861ff

<sup>77</sup> anders wohl nur Lukes (Lukes, Kartellvertrag, S. 253ff), der davon ausgeht, es sei dem Kartellvertrag wesensimmanent, daß er keine rechtliche Außenwirkung entfalte, sondern sich vielmehr nur reflexartig auf Außenstehende auswirke. Dieser Ansicht wird insbesondere mangelnde Realitätsnähe vorgeworfen (z.B. Sandrock, Grundbegriffe, S. 257).

<sup>78</sup> Celle, WuW/E OLG 772, 775 „Naturstein“; Sandrock, Grundbegriffe, S. 249

<sup>79</sup> a.A. Heigl, Das „Gentlemen`s Agreement“ im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 31ff

<sup>80</sup> P. Ulmer, Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, S. 45; Sandrock, WuW 1971, 585, 865f; FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 106

bb.) Abgrenzung des § 1 a.F. zu § 25 I a.F.

Bedeutung hatte der Vertragsbegriff letztlich nur noch zur Abgrenzung von § 1 a.F. zu § 25 I a.F. Da beide Vorschriften jedoch die Unwirksamkeit der Abrede zur Rechtsfolge hatten und auch die Sanktion des § 38 a.F. nach sich zogen, war die praktische Bedeutung der Abgrenzung nur sehr gering.

Der wesentliche Unterschied zwischen Vertrag und abgestimmter Verhaltensweise lag darin, daß die Beteiligten im Rahmen des Vertrages entweder rechtlich oder außerrechtlich gebunden waren, während es ihnen bei einer Abstimmung des Verhaltens grundsätzlich freistand, ihre Verhaltensweisen jederzeit, ohne Begründung und ohne Angst vor Sanktionen zu ändern und so wieder Wettbewerb zu schaffen.<sup>81</sup> In der Praxis war die Feststellung der tatsächlichen Merkmale des Vertragsbegriffs oft schwierig.<sup>82</sup> Daher hat das Bundeskartellamt in der Vergangenheit den Grundsatz der Wahlfeststellung zwischen § 1 a.F. und § 25 I a.F. angewandt.<sup>83</sup> In der Literatur wurde § 25 I a.F. als „Auffangtatbestand“<sup>84</sup> oder „Umgehungstatbestand“<sup>85</sup> verstanden oder aber als Grundtatbestand des Kartellverbotes angesehen.<sup>86</sup>

Insgesamt erscheint mir der Begriff des Umgehungstatbestandes am treffendsten für das Verhältnis von § 1 a.F. zu § 25 I a.F. zu sein. Denn sobald ein Vertragsschluß umgangen wurde, um den Wirkungen des § 1 a.F. zu entkommen, griff § 25 I a.F. ein und ordnete, in einem späteren Stadium, wie Huber/Baums<sup>87</sup> zutreffend bemerken, an, daß das eigentlich gewollte Verhalten der Parteien verboten war. Die Tatsache, daß durch § 1 a.F. schon der schuldrechtlichen Verpflichtung der Boden entzogen wurde, während § 25 I a.F. lediglich die Praktizierung abgestimmten Verhaltens verbot,<sup>88</sup> sollte nicht überbewertet werden, weil es in der Praxis wohl keinen Unterschied machte. Deshalb wurde ja auch das Gentlemen`s Agreement unter § 1 a.F. gefaßt. Schließlich war die Situation eines unwirksamen oder gar nichtigen Vertrages nach § 1 a.F. gleich der Situation nach Abschluß eines Gentlemen`s Agreements, nämlich die, daß keine klagbaren Ansprüche der Parteien daraus hergeleitet werden konnten. Obwohl nicht rechtswirksam verpflichtet, werden sich die Parteien in der Regel an das gehalten haben, was vereinbart war, um den gemeinsamen Zweck zu erreichen und darüber hinaus das Gesicht oder den „kaufmännischen Anstand“ zu wahren. Hauptgrund für die Einhaltung solcher Vereinbarungen dürfte aber gewesen sein, die von den Parteien erwarteten

---

<sup>81</sup> vgl. Sandrock, Grundbegriffe, S. 250

<sup>82</sup> vgl. Diekmann, Abgestimmte Verhaltensweisen und conspiracy im deutschen, europäischen und amerikanischen Antitrustrecht

<sup>83</sup> zitiert nach Ulmer/Wiedemann, Das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen, S. 295, Fn. 120

<sup>84</sup> Beuthin, FS f. Hartmann, S. 51f

<sup>85</sup> Ulmer/Wiedemann, a.a.O., S.275; I/M-Immenga, § 25 a.F., Rn. 6; FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 113

<sup>86</sup> K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 32ff; ders., Kartellverbot, S. 9f; zust. Emmerich, Kartellrecht, 6. Aufl., S. 49; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 102f, a.A. Wilhelm, ZHR 149, 444ff

<sup>87</sup> FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 113

<sup>88</sup> Wilhelm, ZHR 149, 444ff

wirtschaftlichen Vorteile tatsächlich zu erlangen. Es gab also nur eine faktische Gebundenheit.

## b.) Beschlüsse

Als weiteres Mittel der Beschränkung von Wettbewerb sah § 1 a.F. die Fassung von Beschlüssen durch Vereinigungen von Unternehmen an.

### aa.) Allgemeines

Ein Beschluß ist kein Vertrag, sondern ein Rechtsgeschäft eigener Art und ein Akt körperschaftlicher Willensbildung innerhalb von Vereinigungen, Vereinen und Verbänden, wobei diese Begriffe nachfolgend vereinfachend synonym verwendet werden sollen.

Der Beschluß war die Abgabe von gleichgerichteten Willenserklärungen an einen Verbandsleiter.<sup>89</sup> Die genauen Regeln für das Zustandekommen eines Beschlusses gab sich der Verband selbst. Anders als bei Verträgen war es für das Vorliegen eines Beschlusses unerheblich, ob alle Beteiligten dem Beschluß zustimmten (außer bei Beschlüssen, die nur einstimmig gefaßt werden konnten) oder ob der Beschluß nur z.B. mit der einfachen Mehrheit der anwesenden Verbandsmitglieder gefaßt wurde. Es war dem Beschluß vielmehr wesensimmanent, daß er eine Mehrheitsentscheidung war, die grundsätzlich auch diejenigen Mitglieder einer Organisation band, die nicht für den Beschluß gestimmt hatten. Daher konnten auch Unternehmen, die in der Beschlußfassung selbst gegen den Beschluß gestimmt hatten, ihn aber gleichwohl später durchführten, die Bußgeldvorschrift des § 38 a.F. verletzen.<sup>90</sup> Zur Vermeidung der Bindung an kartellrechtswidrige Beschlüsse stand den überstimmten Unternehmen gemäß § 13 a.F. gegebenenfalls analog ein Recht zur außerordentlichen Kündigung der Mitgliedschaft in dem Verband zu.<sup>91</sup>

### bb.) Wirksamkeit des Beschlusses, Zuständigkeit des Organs

Voraussetzung für einen wirksamen Beschluß war, daß er nach den jeweiligen Regeln des Verbandes gefaßt wurde. Dazu gehörte insbesondere die Frage, ob das den Beschluß fassende Organ dazu überhaupt berechtigt war oder nicht. Hier konnte im Ergebnis aber nichts anderes gelten als im allgemeinen Zivilrecht. Auch bedurfte es in diesem Punkt, anders als beim Begriff des Vertrages (vgl. oben 2.a.), keiner eigenen kartellrechtlichen Erweiterung des Beschlußbegriffs. Denn Beschlüsse, die von unzuständigen Organen eines Verbandes gefaßt wurden oder deren Inhalt mit den in seiner Satzung festgelegten Zielen nicht übereinstimmten, waren in der Regel unwirksam und daher schon nach allgemeinem Zivilrecht zumindest für diejenigen Mitglieder unverbindlich, die gegen den Beschluß gestimmt hatten.<sup>92</sup> Befolgt die Mitglieder den vereinsrechtlich unverbindlichen Beschluß, so war darin nur ein Gentlemen's Agreement (Vertrag im Sinne des § 1 a.F.), die Abstimmung des Ver-

<sup>89</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 136

<sup>90</sup> Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 106; FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 119

<sup>91</sup> GK-Müller-Henneberg, § 1 a.F., Rn. 32; I/M-Immenga, § 13, Rn. 7, m.w.N.

<sup>92</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 138; vgl. zum allg. Zivilrecht MünchKomm-Reuter, § 32 BGB, Rn. 36



haltens (§ 25 I a.F.) oder die Abgabe einer Empfehlung (§ 38 I Nr. 11 a.F.) des Verbandes an die Mitglieder zu sehen. Davon konnte aber dann selbstverständlich keine rechtliche Bindungswirkung auf diejenigen Mitglieder ausgehen, die gegen den Beschluß gestimmt hatten.

Ein Beschluß im Sinne des § 1 a.F. war mithin nur derjenige, der vom Verbandszweck gedeckt war und von einem Organ, in der Regel der Mitgliederversammlung, wenn nicht ausnahmsweise der Vorstand dazu ermächtigt worden war, innerhalb seiner Kompetenzen unter Beachtung der Regeln für die Beschlußfassung gefaßt wurde.<sup>93</sup> Auch die Satzung eines Verbandes konnte Beschluß im Sinne des § 1 a.F. sein, wenn sie ordnungsgemäß durch Gründungs- oder Änderungsbeschluß zustande gekommen war.<sup>94</sup>

cc.) Bindende Regelung

Eine weitere Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Beschlusses war, daß er für die Mitglieder des Verbandes kraft Satzung oder Statuten verbindlich galt. Fehlte ihm diese Eigenschaft, so handelte es sich nicht um einen Beschluß im Sinne des § 1 a.F., sondern nur um eine Empfehlung an die Mitglieder. Ob diese zulässig war, richtete sich nach § 38 II a.F.

### **3. „zu einem gemeinsamen Zweck“**

Das Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks war das zentrale des § 1 a.F. Es war entscheidend für die Abgrenzung zwischen den sogenannten Horizontalvereinbarungen, deren Zulässigkeit sich nach den §§ 1 ff a.F. beurteilte, und den Vertikalvereinbarungen, die in den §§ 15 ff a.F. geregelt wurden. Das Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks mußte aber nur bei Verträgen im Sinne des § 1 a.F. vorliegen. Bei Beschlüssen war dies nicht erforderlich.

Das GWB hat zwischen diesen beiden Formen von wettbewerbsbeschränkenden Verträgen differenziert und somit - anders als im europäischen Kartellrecht - verschiedene Rechtsfolgen an die Beantwortung der Frage geknüpft, ob die den Wettbewerb beschränkenden Verträge von Unternehmen einer Handelsstufe oder von Unternehmen unterschiedlicher Stufen der Wertschöpfungskette abgeschlossen wurden. Während die horizontalen zu einem gemeinsamen Zweck geschlossenen Verträge grundsätzlich gemäß § 1 a.F. unwirksam waren, wurden die vertikalen Verträge, die den Bestimmungen der §§ 15 ff. a.F. unterlagen, nicht grundsätzlich für unwirksam erklärt, sondern einer differenzierten Rechtsfolge zugeführt. Für das richtige Verständnis des Tatbestandsmerkmals des gemeinsamen Zwecks waren seine Entstehung und seine Entwicklung im Wandel der Zeit entscheidend. Daher soll hier im Folgenden darauf eingegangen werden.

---

<sup>93</sup> FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 30

<sup>94</sup> v. Gamm, § 1 a.F., Rn. 24; Dethloff, Kartellbeschluß, S. 60f

## a.) Entstehung der Norm

Bei der Formulierung des Kartellbegriffs in § 1 a.F. des GWB hat der Gesetzgeber im Jahre 1952 sich am Stand der damaligen Rechtsprechung und Lehre orientiert.<sup>95</sup> So fand man Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts eine Reihe von Kartellen vor, die, wie es das Reichsgericht in seiner Entscheidung zum Fall der sächsischen Holzstoff-Fabrikanten feststellte, aufgrund eines Vertrages geschlossen worden waren, um „in Zukunft einen verderblichen Wettbewerb der Fabrikanten zu verhindern und für ihr Fabrikat einen angemessenen Preis zu erzielen.“<sup>96</sup> Dabei wurden Kartelle und Syndikate im ausgehenden 19. Jahrhundert durchaus nicht als grundsätzlich schädlich, sondern vielmehr als im allgemeinen Interesse liegend angesehen. Darin waren sich Rechtsprechung und Schrifttum einig.<sup>97</sup> Es liege „im Interesse der Gesamtheit, daß nicht dauernd unangemessen niedrige Preise in einem Gewerbebezweige“ die Unternehmer in den Ruin treiben sollten.<sup>98</sup>

In dem Fall der sächsischen Holzstoff-Fabrikanten wie auch den meisten anderen Fällen gab es einen ausdrücklichen Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck, nämlich der Verhinderung des Wettbewerbs. In einem Rechtssystem, in dem Kartelle erlaubt waren, bildeten sich überwiegend solche, die in Form von BGB-Gesellschaften ihre Ziele verfolgten. So fand auch der Gesetzgeber damals in der Regel Kartelle auf der Basis von Verträgen vor, die zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen worden waren.

Erst später erkannte man die schädlichen Auswirkungen, die Kartelle und Syndikate auf den Wettbewerb haben. Daher erließ man 1923 die Kartellverordnung<sup>99</sup> (KartellVO), die - um Mißverständnissen vorzubeugen - keineswegs die Gründung von Kartellen grundsätzlich verbot, sondern im Gegenteil die Gründung von Kartellen grundsätzlich erlaubte und dies gesetzlich verankerte.<sup>100</sup>

Als wesentlich für das Vorliegen eines Kartells wurde deshalb damals von der Rechtsprechung zur KartellVO das Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages im Sinne des § 705 BGB angesehen.<sup>101</sup>

Dagegen fanden sich bei weniger hoch entwickelten Kartellen, wie zum Beispiel einfachen Verträgen über Gebietsschutz oder Preisabsprachen, keine ausdrücklich zu einem gemeinsamen Zweck geschlossenen Verträge. Die Parteien verfolgten in diesen Fällen wohl nur den Zweck, das jeweils eigene Gebiet zu sichern und den Kunden die Möglichkeit zu nehmen, sich an die Konkurrenz zu wenden, um die Anbieter zu marktkonformem Verhalten zu zwingen. Das Reichsgericht erkannte aber schnell, daß auch in diesen Fällen ein gemeinsames Interesse der Vertragsparteien gegeben war. Anders als in Verträgen über den Austausch von Waren

---

<sup>95</sup> vgl. dazu Baur, JZ 78, 586, 587

<sup>96</sup> RGZ 38, 155

<sup>97</sup> RGZ 38, 155, 157f, m.w.N. aus der zeitgenössischen Literatur

<sup>98</sup> RG a.a.O., S. 157

<sup>99</sup> RGBL. I, 1923, 1067ff

<sup>100</sup> Baur, JZ 78, 586

<sup>101</sup> RGZ 114, 262, 264

und Dienstleistungen oder im übrigen Zivilrecht standen sich auch bei diesen einfachen Kartellverträgen die Interessen der beteiligten Parteien nicht spiegelbildlich gegenüber, sondern waren vielmehr, wie im Falle des Gesellschaftsrechts, gleichgerichtet. Auch wenn der jeweilige Vertrag nicht für die Bejahung eines gemeinsamen Zwecks im Sinne des § 705 BGB ausreichte, sprach das Reichsgericht von einem „gesellschaftsähnlichen Vertrag“ und stellte ihn wegen der Nähe zu den Kartellen den Verträgen „zu einem gemeinsamen Zweck“ gleich.<sup>102</sup> Diese Rechtsprechung fand ihre gesetzliche Grundlage in § 1 KartellVO, der neben den Kartellen, Syndikaten und Konventionen auch „ähnliche Abmachungen“ erfaßte und sie nicht etwa verbot, sondern lediglich für sie die Schriftform anordnete. Daraus entwickelte sich die Lehre von Kartellen als Gesellschaften oder gesellschaftsähnlichen Verträgen.

Von diesem Standpunkt ausgehend hat der Gesetzgeber bei dem Entwurf des Kartellbegriffs in § 1 a.F. das Merkmal des gemeinsamen Zwecks in den Gesetzestext aufgenommen.<sup>103</sup> Allerdings geht aus den Materialien hervor, daß damit doch nicht der Begriff des gemeinsamen Zwecks im Sinne des § 705 BGB exakt übernommen werden sollte. Vielmehr ergeben sich Hinweise darauf, daß der Gesetzgeber z.B. das subjektive Element des § 705 BGB wegen seiner unsicheren Nachweisbarkeit im Prozeß nicht mit in den § 1 a.F. übernehmen wollte.<sup>104</sup> Der Kartellbegriff in § 1 a.F. sollte darauf abstellen, ob der geschlossene Vertrag objektiv dazu geeignet sei, den Wettbewerb zu beschränken.<sup>105</sup> Dies fand dann auch seinen Niederschlag im Gesetzestext.

Dagegen hielt der Gesetzgeber an der Rechtsprechung des Reichsgerichts fest, soweit diese davon ausgegangen war, daß anders als bei den sonstigen Verträgen im Sinne der §§ 15 ff a.F. bei den Kartellen im Sinne des § 1 a.F. ein Gesellschaftsvertrag oder zumindest ein gesellschaftsähnliches Verhältnis bestehen müsse.<sup>106</sup>

Ob der Gesetzgeber dabei fälschlich den in der Zeit der Kartellfreiheit entwickelten gesellschaftsrechtlichen Kartellbegriff übernommen hat,<sup>107</sup> ob die Gesetzesverfasser, die irrtümlich die Kooperation als das für das Vorliegen eines Kartells entscheidende Abgrenzungsmerkmal zu sonstigen Verträgen hielten, nur vorschnell einen typischen Regelfall verallgemeinert haben<sup>108</sup> oder ob sie einfach verkannt haben, daß auch andere Verträge als Gesellschaftsverträge zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen wurden,<sup>109</sup> kann angesichts der zwischenzeitlich geänderten Praxis wohl dahingestellt bleiben.

Im Gegensatz zu den Kartellen nach § 1 a.F. wurde als wesentliches Merkmal der sonstigen Verträge gemäß §§ 15 ff a.F. angesehen, daß es sich bei den vertraglichen Klauseln um solche handelte, die sich nicht in Gesellschaftsverträgen, sondern in

---

<sup>102</sup> RG JW 1938, 1025

<sup>103</sup> L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 33

<sup>104</sup> vgl. hierzu Lukes, Kartellvertrag, S. 123

<sup>105</sup> Begr. 1952, S. 31

<sup>106</sup> Begr. 1952, S. 30

<sup>107</sup> so K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 19ff, insbes. S. 22

<sup>108</sup> so FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 417

<sup>109</sup> so Lukes, Kartellvertrag, S. 127

Austauschverträgen zwischen Unternehmen unterschiedlicher Wirtschaftsstufen befanden.<sup>110</sup>

#### b.) Entwicklung der Rechtsprechung anhand von Grundsatzentscheidungen

Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals des gemeinsamen Zwecks bereitete der Praxis von Anfang an gewisse Schwierigkeiten. Es wurde ursprünglich von der Rechtsprechung in die Nähe des § 705 BGB gerückt, was vor dem Hintergrund der geschichtlichen Entwicklung des vor allem gesellschaftsrechtlich geprägten Kartellbegriffs, der zu § 1 KartellVO entwickelt worden war, zu verstehen ist. Bei diesem Verständnis des gemeinsamen Zwecks wurde damals, aber auch noch viel später, zwischen einem Vorzweck und einem Endzweck unterschieden.<sup>111</sup> Der Vorzweck war derjenige, welchen die Gesellschafter zu fördern hatten und durch den der Endzweck erreicht werden sollte. Dieser Vorzweck mußte der – von den Parteien verfolgte – gemeinsame Zweck sein. Die von den Beteiligten verfolgten Endzwecke konnten dagegen unterschiedlich sein. Endzweck eines Kartellvertrages war in der Regel die Verbesserung oder der Erhalt des Gewinns des eigenen Unternehmens. Notwendig hierzu waren die Vergrößerung des Umsatzes oder die Steigerung der Gewinnspanne. Hierfür war als Vorzweck die Beschränkung des Wettbewerbs erforderlich. Dies war der mit dem Vertrag verfolgte gemeinsame Zweck.

##### aa.) Die „Gasglühkörper“ - Entscheidung

Die am gesellschaftsrechtlichen Vertragsbegriff orientierte Auslegung des Kartellbegriffs mußte aber zu einem derart engen Kartellbegriff führen, daß dieser dem mit der Schaffung eines Kartellverbots bezweckten Sinn des Gesetzes nicht gerecht wurde. Die Rechtsprechung ging daher z.B. in der Entscheidung „Gasglühkörper“ entsprechend der Gesetzesbegründung davon aus, daß für die Anwendung des § 1 a.F. neben einem Gesellschaftsvertrag gemäß § 705 BGB auch schon ein gesellschaftsähnliches Verhältnis zwischen den Parteien genügen müsse.<sup>112</sup>

Die Rechtspraxis entwickelte sich in der Folgezeit weiter und stieß insbesondere dort an die Grenzen der gesellschaftsrechtlich geprägten Auslegung des gemeinsamen Zwecks, wo die Klauseln, die den Wettbewerb beschränkten, in einen Vertrag eingebettet waren, der zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen geschlossen worden war und der vornehmlich den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen zum Gegenstand hatte. So war die Situation beispielsweise im Falle der „Zimcofot“ - Entscheidung.<sup>113</sup>

##### bb.) Die Entscheidungen Bahnen aus Kunststoff / Schnittblumentransport

Die endgültige Abkehr von der gesellschaftsrechtlichen Auslegung leiteten dann 1974/75 die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes (BGH) zu den Fällen „Bahnen

---

<sup>110</sup> Begr. 1952, S. 25f, insbes. S. 35

<sup>111</sup> Hoffmann, BB 75, 628, 632f; Martinek, Franchising, S. 529; Schwarz, Kartellvertrag, S. 71f

<sup>112</sup> BGHZ 31, 105, 110 „Gasglühkörper“ und WuW/E BGH 605, 607 „Flußspat“

<sup>113</sup> BGH DB 1966, 1051, 1052 „Zimcofot“

aus Kunststoff<sup>114</sup> und „Schnittblumentransport“<sup>115</sup> ein. Darin wurden erstmals auch solche Klauseln unter § 1 a.F. subsumiert, die in Austauschverträge eingebettet waren. Dies war auch insoweit ein Novum, als der BGH bei der Beurteilung der Frage nach der Anwendbarkeit von § 1 a.F. oder §§ 15 ff a.F. erstmals nicht mehr auf den Gesamtvertrag abstellte, sondern sich die jeweilige Klausel separat ansah und beurteilte. In dem Urteil zum „Schnittblumentransport“ stellte der BGH fest, daß Regelungen in Austauschverträgen, durch welche die beteiligten Unternehmen ihre Kundenkreise gegeneinander abgrenzten, als durchaus einem gemeinsamen Zweck dienend betrachtet werden konnten.<sup>116</sup> Der BGH formulierte damals: „Allein der Umstand, daß sie (die Regelungen) ... Teil eines Austauschvertrages sind, steht einer Beurteilung nach § 1 GWB nicht entgegen.“<sup>117</sup>

Der Entscheidung „Bahnen aus Kunststoff“ lag stark verkürzt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Verkäufer einer Maschine verpflichtete sich in dem Kaufvertrag, gegen Zahlung einer umsatzabhängigen „Lizenzgebühr“ durch den Käufer keine Maschinen an dessen Wettbewerber zu verkaufen.

Der BGH entschied, daß der gemeinsame Zweck in diesem Fall darin zu sehen sei, daß durch den Vertrag eine Beschränkung des Wettbewerbs auf der Wirtschaftsstufe des Käufers eintrete. Diese komme zwar unmittelbar nur dem Käufer der Maschine zugute, da dieser aber vertraglich verpflichtet sei, eine umsatzabhängige „Lizenzgebühr“ an den Verkäufer zu zahlen, profitiere auch der Verkäufer von der Wettbewerbsbeschränkung auf der Stufe des Käufers. Da bei dem Käufer als Monopolist ein Mehrerlös eintrat, der wenigstens teilweise in Form der „Lizenzgebühr“ auch dem Verkäufer zugute kam, nahm der BGH an, die Wettbewerbsbeschränkung diene einem gemeinsamen Zweck. Auch in dieser Entscheidung ging der BGH nicht mehr auf die Frage eines Gesellschaftsvertrages oder eines gesellschaftsähnlichen Vertrages ein.

cc.) Fertigbeton

Durch die BGH Entscheidung im Fall „Fertigbeton“<sup>118</sup> wurde ein weiterer Schritt weg von der gesellschaftsrechtlichen Auslegung gemacht. Dort entschied der BGH erstmals, das Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks sei „eigenständig, unter der Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes“ auszulegen.<sup>119</sup> Am Erfordernis eines gesellschaftsrechtlichen oder gesellschaftsähnlichen Vertrages hielt der BGH ausdrücklich nicht länger fest<sup>120</sup> und stellte nunmehr auf das Vorliegen gleichgerichteter Interessen der Beteiligten ab.

Im Ergebnis wurde in der Folgezeit vom BGH das Vorliegen gleichgerichteter Interessen immer dann vermutet, wenn die Vertragspartner solche Unternehmen

---

<sup>114</sup> BGH DB 1975, 148f „Bahnen aus Kunststoff“

<sup>115</sup> BGH DB 1975, 636f „Schnittblumentransport“

<sup>116</sup> BGH DB 1975, 636, 637 „Schnittblumentransport“

<sup>117</sup> BGH a.a.O. Die Ergänzung in der Klammer stammt vom Verfasser

<sup>118</sup> BGHZ 68, 6ff „Fertigbeton“

<sup>119</sup> BGHZ 68, 6, 10 „Fertigbeton“

<sup>120</sup> BGHZ 68, 6, 10 „Fertigbeton“

waren, die miteinander im aktuellen oder potentiellen Wettbewerb standen und durch den Vertrag den zwischen ihnen bereits bestehenden oder in Zukunft möglichen Wettbewerb beschränkten. Dadurch war ein Wandel dahingehend vollzogen, daß nun nicht mehr auf das vertragliche Verhältnis der Parteien zueinander (Gesellschaftsvertrag oder gesellschaftsähnlicher Vertrag) abgestellt wurde, sondern nur noch auf deren Positionierung innerhalb der Wertschöpfungskette und auf die objektiven Interessen der Parteien. Die Rechtsprechung hatte sich von einer vom Gesellschaftsrecht abgeleiteten Auslegung zu einer funktionalen Auslegung des gemeinsamen Zwecks gewandelt.

An dieser Position hielt der BGH später zunächst fest. Zum Beispiel formulierte er in der Begründung zur Entscheidung „Spielkarten“: „Es kommt ... nicht entscheidend darauf an, ob der wettbewerbsbeschränkende Vertrag im Sinne des § 705 BGB zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen worden ist und sich demgemäß als Gesellschaftsvertrag oder gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis darstellt. Es ist vielmehr vor allem auf die durch den Vertrag begründete Wettbewerbsbeschränkung und ihre Wirkung auf den relevanten Markt abzustellen und damit insbesondere darauf, ob sich die Vertragsbeteiligten als (aktuelle oder potentielle) Wettbewerber gegenüberstehen und durch die Vereinbarung den Wettbewerb untereinander (horizontal) beschränken.“<sup>121</sup> Hier wurde die funktionale Auslegung des gemeinsamen Zwecks besonders deutlich.

#### dd.) Neuere Rechtsprechung

Eine erneute Weiterentwicklung der Rechtsprechung brachten sodann einige Entscheidungen aus den Jahren 1997 und 1998.<sup>122</sup> Danach sollte sich die Abgrenzung zwischen Kartell- (§ 1 a.F.) und sonstigen Verträgen (§§ 15 ff a.F.) nicht mehr nur danach richten, ob die Vertragsparteien im aktuellen oder potentiellen Wettbewerb zueinander standen. In zweifelhaften Fällen, etwa von Austauschverträgen mit wettbewerbsbeschränkenden Klauseln, war zudem noch zu prüfen, ob in den grundsätzlich kartellrechtsneutralen (vertikalen oder horizontalen) Vereinbarungen bei wertender Betrachtungsweise für die fragliche Wettbewerbsbeschränkung im Hinblick auf die Freiheit des Wettbewerbs „ein anzuerkennendes Interesse“ der Beteiligten bestand.<sup>123</sup> Dabei rückte der BGH ausdrücklich von seiner früher geäußerten Ansicht ab,<sup>124</sup> es komme bei dem Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks auf die „Verfolgung gleichgerichteter Interessen“ an.<sup>125</sup>

Im Ergebnis wendete die Rechtsprechung § 1 a.F. zuletzt an, wenn die Parteien in aktuellem oder potentielltem Wettbewerb miteinander standen und im Hinblick auf die Freiheit des Wettbewerbs ein anzuerkennendes Interesse an der vereinbarten Wettbewerbsbeschränkung nicht bestand.

---

<sup>121</sup> WuW/E BGH 2285, 2287 „Spielkarten“

<sup>122</sup> BGH NJW 1998, 2825 „Carpenter“; BGH NJW 1997, 2324 „Druckgußteile“; WuW/E BGH 3121 „Bedside-Testkarten“; WuW/E BGH 3137 „Sole“

<sup>123</sup> BGH NJW 1997, 2324, 2325 „Druckgußteile“; WuW/E BGH 3137, 3138 „Sole“

<sup>124</sup> vgl. z.B. BGHZ 68, 6, 10 „Fertigbeton“

<sup>125</sup> BGH NJW 1997, 2324, 2325 „Druckgußteile“

### c.) Literatur

Die Lehre war der Rechtsprechung bei der Auslegung des Merkmals des gemeinsamen Zwecks in der Vergangenheit nicht selten einen Schritt voraus. Schon vor der Rechtsprechung erkannten einige Autoren, daß der gemeinsame Zweck des § 1 a.F. nicht dem gemeinsamen Zweck des § 705 BGB entsprechen konnte, wenn nicht große Lücken im kartellrechtlichen Schutz des Wettbewerbs in Kauf genommen werden sollten.<sup>126</sup>

So wurde in der Literatur schon lange die Immanenztheorie<sup>127</sup> vertreten, die besagte, daß es einer Einschränkung der ansonsten uferlosen Weite des Tatbestands bedurfte, bevor die Rechtsprechung dies in der Entscheidung „Bedside-Testkarten“<sup>128</sup> mit der Formel des „anzuerkennenden Interesses“ zwar nicht ausdrücklich anerkannte, die Immanenztheorie aber zumindest der Sache nach indirekt bestätigte.<sup>129</sup>

Auch schlug z.B. Köhler schon 1984 vor, das damals noch von der Rechtsprechung geforderte Merkmal der „gleichgerichteten Interessen“ fallen zu lassen,<sup>130</sup> wohin ihm die Rechtsprechung erst mit der Entscheidung „Druckgußteile“ 1997 folgte.<sup>131</sup>

#### aa.) Die herrschende Meinung

Die zuletzt in der Literatur weit überwiegend vertretene Ansicht stimmte mit der zuletzt vom BGH gefällten Rechtsprechung überein und nahm an, daß das Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks erfüllt war, wenn Unternehmen, die miteinander im aktuellen oder potentiellen Wettbewerb standen, einen Vertrag schlossen, durch den sie den zwischen ihnen bestehenden Wettbewerb beschränkten und wenn für diese Beschränkung kein anerkanntes Interesse bestand.<sup>132</sup> Unerheblich sollte es sein, ob die Klausel in einen ansonsten vertikalen Vertrag eingebettet war oder nicht.<sup>133</sup>

#### bb.) Schwarz und Martinek

Soweit ersichtlich gab es zuletzt nur noch eine kleine Gruppe von Anhängern der gesellschaftsrechtlichen Auslegung, die auch nach dem Fortschreiten der Rechtsprechung noch immer daran festhalten wollte, den gemeinsamen Zweck in § 1

---

<sup>126</sup> Lukes, Kartellvertrag, S. 126f; Hefermehl in Baumbach/Hefermehl, 8. Aufl., § 1 GWB, Rn. 18; sich ihnen anschließend Ballerstedt, JuS 1963, 253, 263, der erstmals von „gleichgearteten“ Interessen der Beteiligten spricht; sowie Fikentscher, FS f. H. Westermann, 1974, S. 87, 107

<sup>127</sup> vgl. dazu unten II.

<sup>128</sup> WuW/E BGH 3121, 3125 „Bedside-Testkarten“

<sup>129</sup> Bunte, WuW 1997, 857, 861

<sup>130</sup> Köhler, ZHR 148, 487, 489

<sup>131</sup> BGH NJW 1997, 2324 „Druckgußteile“

<sup>132</sup> z.B. Steindorff, BB 1977, 569, 570; K. Schmidt, JuS 1978, 736, 738; P. Ulmer, NJW 1982, 1975, 1976; Belke, ZHR 143, 74, 75; Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 65; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 154; Köhler, ZHR 148, 487, 488f; GK-Müller-Henneberg, § 1 a.F., Rn. 33; sowie FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 431 m.w.N.

<sup>133</sup> vgl. I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 149 m.w.N.; Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 65; zweifelnd aber Rittner, Wirtschaftsrecht, S. 287

a.F. in Anlehnung an § 705 BGB auszulegen.<sup>134</sup> Diese Ansicht war jedoch wegen der mit ihr einhergehenden Verengung des Tatbestands des § 1 a.F. abzulehnen, da dies dem Sinn und Zweck des Gesetzes widersprach.

#### d.) Einzelne Fallgruppen

##### aa.) Gründung von Konzernen

Während die Gründung eines Unterordnungskonzerns grundsätzlich (wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen) als nach § 1 a.F. zulässig angesehen wurde,<sup>135</sup> sollte die Gründung von Gleichordnungskonzernen grundsätzlich gegen § 1 a.F. verstoßen, da diese in der Regel in Form einer BGB-Gesellschaft bestanden und daher deren Gesellschaftsvertrag zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen worden war.<sup>136</sup> Die Errichtung eines Gleichordnungskonzerns war daher nach § 1 a.F. nur möglich, wenn die Zusammenarbeit über die bloße Herstellung der einheitlichen Leitung hinaus auf Dauer angelegt war. Sie mußte insbesondere zum Beispiel finanzielle Verbindungen schaffen, durch die sich die Unternehmen „auf Gedeih und Verderb“ einander auslieferten.<sup>137</sup> Hierfür reichte beispielsweise eine fünfzigprozentige Beteiligung der das Konzerndach bildenden Mutter an den Tochterunternehmen aus. Dadurch war sichergestellt, daß beim Auseinanderbrechen des Konzerns die Töchter über die Mutter sich gegenseitig so schwer schaden konnten, daß diese Form der Kooperation der Bildung eines Unterordnungskonzerns gleich geachtet werden konnte.<sup>138</sup>

##### bb.) Wettbewerbsverbote in Austauschverträgen

In der Literatur wurde problematisiert, ob Wettbewerbsverbote in Austauschverträgen und hier insbesondere in Unternehmenskauf- und Gesellschaftsverträgen auch zu einem gemeinsamen Zweck im Sinne des § 1 a.F. vereinbart wurden. Die Rechtspraxis<sup>139</sup> und die überwiegende Zahl der Literatur<sup>140</sup> subsumierte diese oft einseitigen Wettbewerbsbeschränkungen einheitlich unter den Tatbestand des § 1 a.F.

Dieses Ergebnis erscheint heute selbstverständlich, wenn man von der Definition des gemeinsamen Zwecks als Beschränkung von aktuellem oder potentielltem Wettbewerb ausgeht. Jedoch zu Zeiten, als die Rechtsprechung noch annahm, der gemeinsame Zweck liege nur vor, wenn die Parteien wenigstens gleichgerichtete Interessen verfolgten, erschien dies durchaus fraglich.

---

<sup>134</sup> Schwarz, Kartellvertrag, S. 69ff und S. 175f; Martinek, Franchising, S. 529ff

<sup>135</sup> L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 101 m.w.N.; hier sei i.d.R. schon kein gemeinsamer Zweck gegeben

<sup>136</sup> GK-Müller-Henneberg, § 1 a.F., Rn. 16

<sup>137</sup> v. Bar, BB 80, 1185, 1190; L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 103

<sup>138</sup> v. Bar, a.a.O.

<sup>139</sup> seit den BGH-Entscheidungen WuW/E BGH 1597, 1599 „Erbaueinandersetzung“ und WuW/E BGH 1600, 1601 „Frischbeton“; vgl. z.B. auch WuW/E BGH 2085, 2087 „Strohgäu-Wochenjournal“; WuW/E BGH 2675, 2678 „Nassauische Landeszeitung“

<sup>140</sup> dagegen aber Rittner, Wirtschaftsrecht, S. 286ff



Der BGH hatte zur Schließung unerwünschter Lücken des Kartellverbots zum Beispiel in der Entscheidung „Holzpaneele“<sup>141</sup> angenommen, ein gemeinsamer Zweck eines auf zehn Jahre geschlossenen Wettbewerbsverbots in einem Unternehmenskaufvertrag liege schon dann vor, wenn der Käufer den Kaufpreis in Form von festen Raten aus dem laufenden Gewinn des verkauften Unternehmens bezahlen sollte. Die Beschränkung des Wettbewerbs durch den Verkäufer sei hier auch in dessen Interesse, weil er daraus einen Vorteil (nämlich die sichere Zahlung aus dem durch die Wettbewerbsbeschränkung gesicherten Unternehmensgewinn) erhalte.<sup>142</sup>

Nach der neuesten Rechtsprechung waren diese „Klimmzüge“ dann nicht mehr notwendig. Es war eindeutig, daß Wettbewerbsverbote, gleich ob in horizontalen oder in Austauschverträgen, immer Verträge waren, die, wenn von Unternehmen im Sinne des § 1 a.F. geschlossen, den aktuellen oder potentiellen Wettbewerb untereinander ausschließen sollten. Denn würden die Unternehmen nicht zumindest potentiell miteinander im Wettbewerb stehen, gäbe die ganze Klausel keinen Sinn.

Es bestand daher zuletzt kein Zweifel mehr daran, daß auch in Unternehmenskauf-, Handelsvertreter- oder Gesellschaftsverträgen (vgl. auch § 112 HGB) aufgenommene Wettbewerbsverbote tatbestandsmäßig unter § 1 a.F. zu subsumieren waren, weil damit zumindest der potentielle Wettbewerb zwischen den Vertragsparteien beschränkt wurde.<sup>143</sup>

In einigen Austauschverträgen war die Aufnahme von Wettbewerbsklauseln jedoch unerlässlich für die geordnete Durchführung und die Sicherung des Vertragszwecks. Zu denken war hier insbesondere an die bereits oben erwähnten Verträge, aber auch an andere wie z.B. gewerbliche Mietverträge oder Lizenzverträge.<sup>144</sup> Bei gewerblichen Mietverträgen ergab sich das Verbot für den Vermieter, weitere Mietverträge mit Mietern aus der gleichen Branche für dasselbe Haus zu schließen, schon aus § 242 BGB.<sup>145</sup> Daher stellte sich nach dem oben Gesagten die Frage, ob eine diese Verpflichtung explizit ausdrückende Klausel nach § 1 a.F. unwirksam sei.

Obwohl die Klauseln in den genannten Verträgen tatbestandsmäßig gegen § 1 a.F. verstießen, wurde dessen Anwendbarkeit trotzdem verneint, wenn sich das Wettbewerbsverbot räumlich, sachlich und vor allem zeitlich auf das Maß beschränkte, das erforderlich war, um dem Leistungsempfänger die vertraglichen Leistungen zu sichern.<sup>146</sup>

---

<sup>141</sup> BGH NJW 1982, 2000f „Holzpaneele“

<sup>142</sup> BGH NJW 1982, 2000, 2001 „Holzpaneele“

<sup>143</sup> anders aber Rittner, Wirtschaftsrecht, S. 286ff

<sup>144</sup> vgl. hierzu aber die Sonderregelung des § 20 a.F.

<sup>145</sup> Staudinger/Emmerich, § 535, Rn. 36; BGH NJW 1979, 1404, 1405; Frankfurt, NJW-RR 1989, 1422, 1423

<sup>146</sup> sog. Immanenztheorie; vgl. z.B. Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 84; vgl. auch unten zur Immanenztheorie B.II.1.b.)

## cc.) Vergleiche

Vergleiche sind Verträge, in denen die Parteien im Wege gegenseitigen Nachgebens einen zwischen ihnen bestehenden Streit beilegen (§ 779 BGB). Diese Verträge werden also von den Parteien zu dem gemeinsamen Zweck geschlossen, die Unklarheit über ein zwischen ihnen strittiges Rechtsverhältnis zu beenden. Bei Vergleichen handelte es sich somit um Verträge zu einem gemeinsamen Zweck, selbst im Sinne der gesellschaftsrechtlich und an § 705 BGB orientierten Auslegung des § 1 a.F. Daher konnte eigentlich nicht bestritten werden, daß auch sie tatbestandsmäßig unter § 1 a.F. zu subsumieren waren.<sup>147</sup>

Besonders problematisch waren aber Vergleiche in Wettbewerbssachen nach dem UWG und in Streitigkeiten nach §§ 20, 21 a.F. Verlangte z.B. der Kläger in seiner Klage die Unterlassung einer Wettbewerbshandlung und verpflichtete sich der Beklagte daraufhin in einem Vergleich, nicht mehr – den guten Ruf des Klägers ausnutzend - in den von diesem beherrschten Markt einzudringen, so lag darin sicherlich ein kartellrechtlich relevantes Verhalten im Sinne einer Beschränkung des aktuellen Wettbewerbs. Andererseits konnte der Kläger dieses Verhalten auf § 1 UWG gestützt durch Urteil ohnehin erwirken. Fraglich erschien daher, ob es sinnvoll war, die Parteien zu zwingen, das Verfahren fortzusetzen und damit eigene und gerichtliche Ressourcen zu binden, oder ob es nicht den Parteien ermöglicht werden mußte, sich zu vergleichen. Im Rahmen von Streitigkeiten nach den §§ 20, 21 a.F. wurden Vergleiche nicht selten durch Gratislizenzen „erkauft“. Diese Vergleiche galt es zu kontrollieren.

Die Rechtsprechung hat letzteres bejaht.<sup>148</sup> Sie hatte zunächst den gemeinsamen Zweck im Sinne eines Gesellschafts- oder gesellschaftsähnlichen Vertrages (und damit auch im Sinne der frühen Auslegung des § 1 a.F.) geleugnet, bevor sie sich diesen Weg selbst versperrte.<sup>149</sup> Seitdem stellte die Rechtsprechung in der Regel darauf ab, ob erstens objektiv Zweifel über das Bestehen oder den Umfang des geltend gemachten Anspruchs bestanden, ob sich zweitens die im Vergleich getroffenen wettbewerbsbeschränkenden Abreden innerhalb dessen hielten, was bei objektiver Beurteilung ernstlich zweifelhaft war und ob drittens die Parteien gutgläubig gehandelt hatten.<sup>150</sup> Dem hatte sich die überwiegende Mehrheit der Literatur angeschlossen<sup>151</sup> mit dem Argument, die Privilegierung des Vergleichs sei einem außergesetzlichen Rechtfertigungsgrund zu entnehmen. Dabei sollte die Einschränkung der Anwendbarkeit des § 1 a.F. nicht auf der Nichtanwendbarkeit des Tatbestandes, sondern in seiner Einschränkung durch die Immanenztheorie bestehen.<sup>152</sup> Daß die Einschränkung hier nicht auf der Tatbestandsebene liegen konnte, ergab sich meiner Ansicht nach schon aus dem Gebot der Einheitlichkeit der

---

<sup>147</sup> Lukes, Kartellvertrag, S. 127; K. Schmidt, JuS 1978, 737; ders., Kartellvertrag, S. 48; a.A. z.B. Rittner, Wirtschaftsrecht, S. 286

<sup>148</sup> z.B. BGHZ 65, 147ff „Heilquelle“, insbesondere S. 151

<sup>149</sup> vgl. oben 3.b.bb)f

<sup>150</sup> BGHZ 65, 147ff „Heilquelle“

<sup>151</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 161ff; L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 167; a.A. Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 87

<sup>152</sup> K. Schmidt, JuS 1978, 736, 738; ders., Kartellverbot, S. 47, 87; Westrick/Loewenheim in Loewenheim/Belke, § 1 a.F., Rn. 87; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 171

Rechtsordnung. Die Verbotsnorm des § 1 a.F. konnte nicht verbieten, was die Norm des § 1 UWG von den Parteien positiv forderte.

#### dd.) Abkaufen von Wettbewerb

Diese Fälle zeichneten sich dadurch aus, daß eine Partei gegen Zahlung einer einmaligen Summe aus dem bestehenden Wettbewerb ausstieg oder nur vorübergehend, z.B. an einer Ausschreibung, nicht teilnahm. Zu nennen waren hier insbesondere die Fälle, in denen zuerst der Betrieb des Wettbewerbers aufgekauft und mit dessen Inhaber als Veräußerer ein dauerhaftes Wettbewerbsverbot vereinbart worden war und in denen sodann der frisch erworbene Betrieb stillgelegt wurde.<sup>153</sup>

Schwierigkeiten entstanden hier aus der Frage, ob ein gemeinsamer Zweck im Sinne des § 1 a.F. vorlag, wenn die Wettbewerbsbeschränkung nur den Zwecken einer Vertragspartei diene. Dabei mußte man sich die damals von der Rechtsprechung gebrauchte Definition des gemeinsamen Zwecks vor Augen halten,<sup>154</sup> in der das Vorliegen gleichgerichteter Interessen verlangt wurde. Zum Beispiel konnten in den Fällen, in denen ein Kaufmann einem Konkurrenten Geld dafür bezahlte, daß dieser an einer bestimmten Ausschreibung nicht teilnahm, gleichgerichtete Interessen der Parteien in der Wettbewerbsbeschränkung nicht erblickt werden. Während sich das Interesse der einen Partei darauf richtete, den Wettbewerb bei dieser Ausschreibung zu vermindern, kam es der anderen Partei ausschließlich auf die Erlangung des Geldbetrages an.

Dieses Problem wurde durch die Erkenntnis gelöst, daß der zwischen den Parteien tatsächlich oder potentiell bestehende Wettbewerb nicht notwendig wechselseitig zu beschränken war.<sup>155</sup> Vielmehr reichte es aus, wenn nur eine Partei den Wettbewerb aufgab oder seine Wettbewerbstätigkeit einschränkte. Dies erscheint (wieder) aus heutiger Sicht nur logisch, weil die Wettbewerbsbeschränkung schon eintritt, wenn auch nur ein Anbieter/Nachfrager weniger auf dem Markt aktiv ist.<sup>156</sup> Doch auch unter den vorangegangenen Definitionen des gemeinsamen Zwecks<sup>157</sup> hat die Rechtsprechung immer einen Weg gefunden, zu diesem Ergebnis zu gelangen. Allerdings hat sie dabei bisweilen merkwürdig anmutende Kunstgriffe gebraucht.<sup>158</sup>

#### ee.) Sternverträge und Gemeinschaftsunternehmen

Problematisch war vor der neuesten Wendung in der Rechtsprechung auch die Beurteilung solcher Verträge, bei denen eine Vielzahl von Unternehmen, beispielsweise von Händlern, vertikale Verträge mit demselben Vertragspartner, beispielsweise einem Hersteller, abschloß, die, jeder für sich betrachtet, kartellrechtsneutral, bzw. nach den §§ 15 ff a.F. nicht zu beanstanden waren. Erst die

---

<sup>153</sup> so geschehen z.B. im Fall WuW/E BGH 2085ff „Strohgäu-Wochenjournal“

<sup>154</sup> vgl. oben unter B.I.3.b.cc.)

<sup>155</sup> z.B. FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 432

<sup>156</sup> dies hat die Rechtsprechung schon lange so gehandhabt: WuW/E BGH 2085f „Strohgäu-Wochenblatt“; WuW/E BGH 2675, 2678 „Nassauische Landeszeitung“

<sup>157</sup> vgl. oben B.I.3.b)

<sup>158</sup> vgl. WuW/E BGH 2085f „Strohgäu-Wochenblatt“

Betrachtung des gesamten Vertragssystems ließ dann oft erkennen, daß durch eine Vielzahl vertikaler und grundsätzlich zulässiger Bindungen eine horizontal wirkende Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Abnehmern in diesem Beispiel der Händler, herbeigeführt wurde.<sup>159</sup>

Ebenfalls praktisch bedeutsam waren Verträge über Gemeinschaftsunternehmen, z.B. Vertriebsstellen. Obwohl grundsätzlich die Gründung eines neuen, am Markt für Konkurrenz sorgenden Unternehmens, als für den Wettbewerb positiv gewertet wurde<sup>160</sup> und sein Gesellschaftsvertrag daher nicht per se § 1 a.F. unterfiel, änderte sich diese Wertung, wenn das Unternehmen nicht als selbständiges Subjekt am Markt auftrat und den Wettbewerb verstärkte, sondern lediglich die Interessen seiner Gesellschafter koordinierte und damit den Wettbewerb beschränkte. Bei Gemeinschaftsunternehmen ergab sich die kartellrechtliche Relevanz also aus der Tatsache, daß diese mit den Gründern gleichlautende Verträge schlossen, die letztlich horizontal wirkten.<sup>161</sup>

Nach der neuesten Rechtsprechung zum gemeinsamen Zweck<sup>162</sup> stellten auch komplexe Vertragsnetzwerke keine Schwierigkeiten mehr dar, weil man nicht den einzelnen vertikalen Vertrag betrachtete, sondern das Gesamtsystem des Netzwerks. Dabei war nicht nur z.B. auf den Gesellschaftsvertrag eines Gemeinschaftsunternehmens abzustellen, sondern auch auf dessen späteres Auftreten am Markt.<sup>163</sup>

#### **4. Die Wettbewerbsbeschränkung**

Der von den Parteien geschlossene Vertrag (oder der gefaßte Beschluß) mußte geeignet sein, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr von Waren oder gewerblichen Leistungen durch die Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Im Ergebnis mußte sich also der Vertrag als Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Zur Bestimmung der Wettbewerbsbeschränkung ist es notwendig, über den Wettbewerb als solchen zu sprechen. Der Wettbewerbsbegriff war ebenso wie der Begriff des Unternehmens<sup>164</sup> nicht im ganzen Rechtssystem und noch nicht einmal für das ganze GWB einheitlich. Vielmehr war der Wettbewerbsbegriff dem jeweiligen Zweck der jeweiligen Norm entsprechend auszulegen.<sup>165</sup>

a.) Was ist Wettbewerb?

§ 1 a.F. schützte den Wettbewerb. Dies führt naturgemäß zu der Frage: Was war Wettbewerb im Sinne des Kartellverbots?

Eine Definition der äußerst komplexen Erscheinung des Wettbewerbs ist verschiedentlich versucht worden. Einzelne Begriffsbestimmungen waren jedoch in der

---

<sup>159</sup> vgl. z.B. Frankfurt, NJW-RR 1989, 1422, 1423

<sup>160</sup> BGH NJW 1998, 2825, 2826 „Carpenter“

<sup>161</sup> BGHZ 65, 30 „ZVN II“; Frankfurt, NJW-RR 1989, 1422f

<sup>162</sup> vgl. oben B.I.3.b.dd.)

<sup>163</sup> BGH NJW 1998, 2825, 2827 „Carpenter“

<sup>164</sup> vgl. oben B.I.1.a.)

<sup>165</sup> GK-Müller-Henneberg, § 1 a.F., Rn. 42 und 43; v. Gamm, Einf. A., Rn. 20; Baur, ZHR 134, 97, 117; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 186; a.A. aber Sandrock, Grundbegriffe, S. 224

juristischen Literatur nie konsensfähig.<sup>166</sup> Die beiden wohl bekanntesten Definitionen dürften die von Fikentscher und Knöpfle sein. Nach Fikentscher ist wirtschaftlicher Wettbewerb „das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Wettbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen.“<sup>167</sup> Knöpfle definiert: „Unter Wettbewerb sind zu verstehen die wirtschaftlichen Erfordernisse (positive Anforderungen und Schranken), Risiken und Chancen, die sich für die einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter den verschiedenen Anbietern (Nachfragern) wählen oder doch von dem einen Anbieter (Nachfrager) auf andere ausweichen können.“<sup>168</sup> Neben diesen Definitionen gab es noch andere Versuche, den Wettbewerb zu definieren.<sup>169</sup>

Ende 1998 wurde jedoch allgemein davon ausgegangen, daß „der Wettbewerb als reales Phänomen sich einer begrifflichen Festlegung entzieht und kein normatives Element enthält.“<sup>170</sup> Eine Definition hätte zu einer unerwünschten Verengung des Wettbewerbsbegriffs geführt und damit die Gefahr begründet, daß wesentliche Wettbewerbsbeschränkungen dem Anwendungsbereich des § 1 a.F. entzogen worden wären. Auch der Gesetzgeber verzichtete bei der Gestaltung des GWB auf eine Definition des Tatbestandsmerkmals. Soweit ersichtlich hielt letztendlich nur noch Knöpfle eine Definition des Wettbewerbs für notwendig und möglich.<sup>171</sup>

Es wurde aber allgemein als sicher angesehen, daß sich Wettbewerb als Folge von Freiheit beim Treffen unternehmerischer Entscheidungen von selbst einstelle.

Als Beschränkungsgegenstände kamen insbesondere Preisabsprachen, Angebotsbeschränkungen, Marktaufteilungen (nach Kunden, Gebiet oder Zeit), Submissionskartelle, Sortimentsabgrenzungen etc. in Betracht.

Aufgabe des Kartellverbots war es daher, den Wettbewerb gegen solche Beschränkungen zu schützen (wie sich dies auch schon dem Namen des Gesetzes entnehmen ließ), die die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Beteiligten einengten.<sup>172</sup> Voraussetzung einer Wettbewerbsbeschränkung war somit, daß die sich bindenden Wirtschaftssubjekte überhaupt eine Handlungsfreiheit besaßen, derer sie sich durch den Vertragsschluß begeben konnten. Eine Ausnahme hierzu bildete allerdings die Beschränkung des Drittwettbewerbs.<sup>173</sup>

---

<sup>166</sup> wegen der einzelnen in den Wirtschaftswissenschaften hierzu vertretenen Ansichten vgl. die Nachweise bei Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 6ff

<sup>167</sup> Fikentscher, WuW 61, 788, 798; ders., Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 194f; zuerst bei Borchard/Fikentscher, Wettbewerb, S. 15 (noch leicht abgewandelt); weiterentwickelt von Sandrock, Grundbegriffe, S. 123f, insbesondere S. 129

<sup>168</sup> Knöpfle, Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“, S. 222; GK-Müller-Henneberg, § 1 a.F., Rn. 44

<sup>169</sup> vgl. die Übersicht bei Knöpfle, Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“, S. 102ff, insbesondere S. 105, sowie die Definitionen z.B. bei Lukes, FS Böhm, S. 199, 220ff; Plaßmann, JZ 68, 81, 83ff

<sup>170</sup> Baur, ZHR 134, 97, 116; Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 16; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 183; L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 63

<sup>171</sup> Knöpfle, BB 1983, 1421, 1429; ders., DB 1991, 1433, 1437

<sup>172</sup> vgl. I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 184; L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 68

<sup>173</sup> vgl. unten B.I.4.d.)

## b.) Potentieller Wettbewerb

Das Vorliegen wirtschaftlicher Handlungsfreiheit wurde auch bei Wirtschaftssubjekten bejaht, die sich noch nicht am Wettbewerb beteiligten. Dies waren namentlich die oben genannten leitenden Mitarbeiter, Gesellschafter einer Gesellschaft und der Veräußerer eines Unternehmens. Auch sie konnten sich ihrer Handlungsfreiheit begeben, nämlich der Freiheit, in den Wettbewerb einzutreten. Daher wurde auch der sogenannte potentielle Wettbewerb als Wettbewerb im Sinne des § 1 a.F. geschützt.<sup>174</sup>

## c.) Konzerninterner Wettbewerb

Ausgehend davon, daß Schutzgut des § 1 a.F. die Entscheidungsfreiheit des Unternehmens war, stellte sich die Frage, ob auch der Wettbewerb innerhalb eines Konzerns dem Schutz des Kartellverbots unterstand. Daß konzerngebundene Unternehmen mit dritten Unternehmen Kartellverträge schließen konnten, stand außer Frage. Ob und inwieweit § 1 a.F. auf Vereinbarungen, die von Unternehmen eines Konzerns untereinander geschlossen wurden, Anwendung fand, war hingegen noch nicht abschließend geklärt.

Während von Teilen der Praxis die Anwendbarkeit des § 1 a.F. auf konzernintern wettbewerbsbeschränkend wirkende Verträge grundsätzlich verneint wurde,<sup>175</sup> wollten einzelne Autoren in der Literatur die Anwendung des Kartellverbots grundsätzlich bejahen.<sup>176</sup> Überwiegend jedoch wurde davon ausgegangen, daß eine grundsätzliche Freistellung der konzerninternen Wettbewerbsbeschränkungen nicht angenommen werden konnte, sondern daß hier entsprechend der Vielfalt der möglichen Konzerngestaltungen zu differenzieren war.<sup>177</sup> Letztgenannter Ansicht war zu folgen.

Dieser konzerninterne Wettbewerb konnte nur dann von § 1 a.F. erfaßt werden, wenn zwischen den einzelnen Konzerngesellschaften überhaupt Raum für eigene unternehmerische Entscheidungen blieb. Daher waren Verträge zwischen Schwesterunternehmen generell als problematisch anzusehen und mußten differenziert betrachtet werden.

Handelte es sich nur um einen sehr lockeren Konzern (z.B. einen einfachen faktischen Konzern unter Aktiengesellschaften), in dem die Unternehmen noch weitgehend selbständig ihren Geschäften nachgingen, dann fiel ein wettbewerbsbeschränkender Vertrag zwischen Schwestern unter § 1 a.F., weil die Unternehmen über die Handlungsfreiheit verfügten, miteinander in Wettbewerb zu

---

<sup>174</sup> vgl. oben die Ausführungen zu den potentiellen Unternehmen, B.I.1.d.) m.w.N.

<sup>175</sup> Stuttgart, WuW/E OLG 2352, 2355; BKartA, TB 1989/90, S. 31; Ulmer, WuW 60, 163, 172f; Hefermehl in Baumbach/Hefermehl, 8.Aufl., § 1 GWB, Rn. 16; Grandpierre, Wettbewerbsbeschränkungen zwischen verbundenen Unternehmen, S. 133ff und S. 171

<sup>176</sup> Zeitler, WuW 1959, 621, 628; Haberkorn, WRP 1967, 39, 41

<sup>177</sup> Emmerich, Kartellrecht, 7.Aufl., S. 57; Frankfurt, WuW/E OLG 3600, 3601

treten. Ein Vertrag, mit dem sie diesen potentiellen Wettbewerb ausschlossen, war wettbewerbsbeschränkend.<sup>178</sup>

In einem Konzern, in dem die Tochterunternehmen aber durch Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge mit der Mutter verbunden waren (sogenannter vertraglicher Unterordnungskonzern, z.B. §§ 308, 323 AktG), blieb für die Annahme von Handlungsfreiheit und damit für die Annahme von Wettbewerb zwischen den Töchtern kein Raum. In diesen Fällen konnte die nicht vorhandene Handlungsfreiheit der Töchter nicht durch einen zwischen ihnen geschlossenen Vertrag beschränkt werden. Es lag keine Wettbewerbsbeschränkung vor.<sup>179</sup> Selbst für den Fall, daß zwischen den Töchtern ein regulärer Kartellvertrag geschlossen wurde, unterlag dieser nicht § 1 a.F.,<sup>180</sup> weil es keine Rolle spielen konnte, ob die Unternehmen ihr Verhalten vertraglich koordinierten, die Mutter von ihrem Weisungsrecht Gebrauch machte oder möglicherweise nur indirekt Einfluß auf die Entscheidungen ihrer Tochtergesellschaften ausübte.<sup>181</sup>

Auch in einem vertraglichen Gleichordnungskonzern kam es auf die Form der wettbewerbsbeschränkenden Abrede nicht an. Wenn der Gesellschaftsvertrag des gemeinsamen Mutterunternehmens nicht gegen § 1 a.F. verstieß<sup>182</sup> und daher wirksam war, waren die zwischen den gebundenen Unternehmen geschlossenen Verträge nicht geeignet, den Wettbewerb zwischen ihnen zu beschränken.<sup>183</sup>

Wegen der Vielfalt der sonst noch möglichen und in der Literatur diskutierten Beispiele<sup>184</sup> wird auf die Kommentarliteratur verwiesen.<sup>185</sup> Grundsätzlich kann jedoch festgehalten werden, daß Wettbewerb oder potentieller Wettbewerb nur dort im Sinne des § 1 a.F. beschränkt werden konnte, wo er überhaupt bestand oder potentiell bestand.

#### d.) Beschränkung von Drittwettbewerb

Die Beschränkung des Wettbewerbs mußte nicht notwendigerweise zwischen den Vertragsparteien selbst erfolgen. Sie konnte vielmehr zwischen den Parteien, aber auch im Verhältnis zu Dritten erfolgen, wie dies z.B. im Fall „Sole“<sup>186</sup> des BGH geschehen war. Damals vereinbarte (stark verkürzt dargestellt) der Abnehmer von Sole mit dem Lieferanten, daß dieser keinem anderen Abnehmer die gleiche Sole liefern dürfe. Damit war faktisch der Marktzugang für Konkurrenten des Abnehmers blockiert. Bei genauer Betrachtung fällt jedoch auf, daß auch hier eine Wett-

---

<sup>178</sup> vgl. z.B. FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 244

<sup>179</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 202

<sup>180</sup> L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 105

<sup>181</sup> FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 242; Huber, ZHR 131, 193, 213

<sup>182</sup> das BKartA verneinte dies, wenn die gemeinsame Leitung der Unternehmen auf die Dauer von 10 – 15 Jahren angelegt war (BKartA, TB 1973, S. 98f); ebenso FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 237

<sup>183</sup> FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 237

<sup>184</sup> vgl. z.B. die von Grandpierre, Wettbewerbsbeschränkungen zwischen verbundenen Unternehmen, dargestellten Fallgestaltungen

<sup>185</sup> FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 236ff; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 202; L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 104, jeweils m.w.N.

<sup>186</sup> WuW/E BGH 3137 „Sole“, dort zur Beschränkung des Drittwettbewerbs insbesondere S. 3139

bewerbsbeschränkung des Verkäufers vorlag,<sup>187</sup> weil dieser sich des Rechts begab, an andere Abnehmer zu liefern, die möglicherweise bereit gewesen wären, einen höheren Preis für sein Produkt zu bezahlen als der Vertragspartner. Darüber hinaus war in dieser Absprache auch eine mengenmäßige Beschränkung des Verkäufers zu sehen, weil natürlich ein Abnehmer weniger Sole abnahm als fünf Abnehmer.

#### e.) Unzulässiger Wettbewerb

Festzuhalten ist letztlich, daß § 1 a.F. grundsätzlich nur den zulässigen Wettbewerb schützte. Dies ging schon aus der Begründung des Gesetzesentwurfs<sup>188</sup> hervor und ergab sich darüber hinaus auch aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Nicht vom Begriff des Wettbewerbs erfaßt wurden daher, wie oben gezeigt, solche Praktiken, die dem UWG unterlagen. Vergleiche und sonstige Verträge, die die Unterlassung einer wettbewerbswidrigen Handlung zum Gegenstand hatten, waren zulässig, soweit sie im Rahmen dessen lagen, was das UWG verlangte oder gewährte.<sup>189</sup> Auch ein Vertrag, in dem sich Unternehmen verpflichteten, keine wettbewerbswidrigen Wettbewerbshandlungen vorzunehmen, konnte nicht unter § 1 a.F. fallen.<sup>190</sup>

### 5. Verhältnis zum Vertrag

Zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 1 a.F. war es Voraussetzung, daß die Wettbewerbsbeschränkung in einem bestimmten Verhältnis zum Vertrag stand, sie mußte von ihm ausgehen. Die Beschränkung des Wettbewerbs mußte darüber hinaus den Parteien zurechenbar sein. Dazu, wann dies zu bejahen war, wurden im wesentlichen drei Theorien vertreten.

#### a.) Gegenstandstheorie

Die Gegenstandstheorie entstammte dem organisationsrechtlichen Verständnis des Kartellrechts<sup>191</sup> und wurde, wie auch die beiden anderen Theorien, in verschiedenen Variationen vertreten. Nach der Gegenstandstheorie lag eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 a.F. nur vor, wenn der betreffende Vertrag oder Beschluß eine Beschränkung der wettbewerbsrelevanten Handlungsfreiheit eines oder mehrerer daran Beteiligter zum Gegenstand hatte, d.h. wenn eine solche Beschränkung Inhalt des Vertrages oder Beschlusses war, und nicht lediglich dessen Folge.<sup>192</sup> Die Wettbewerbsbeschränkung mußte dem Vertrag direkt als Bindung zu entnehmen sein. Allerdings war innerhalb dieser Theorie umstritten, ob diese Bindung eine rechtsgeschäftliche sein mußte oder ob eine rein wirtschaftliche ausreichte.<sup>193</sup>

---

<sup>187</sup> WuW/E BGH 3137 „Sole“

<sup>188</sup> Begr. 1952, S. 31

<sup>189</sup> oben B.I.3.d.cc.)

<sup>190</sup> vgl. I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 216

<sup>191</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 289

<sup>192</sup> Markert, ZHR 134, 53, 54f; vgl. auch Beuthin, FS f. Hartmann, 51, 55f; Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 71

<sup>193</sup> vgl. Markert, ZHR 134, 53, 59



Die klare Vorhersehbarkeit der Anwendbarkeit des § 1 a.F. nach der Gegenstandstheorie hatte jedoch zur Folge, daß die Parteien sie fast nach Belieben ausschließen konnten, indem sie die angestrebten Wettbewerbsbeschränkungen nicht ausdrücklich in den Vertrag aufnahmen, sondern einen anderen Hauptzweck vorgaben. Dies konnte allerdings dem Sinn und Zweck des § 1 a.F. nicht gerecht werden.

Das Problem der so provozierten „Kartellsurrogate“ trat z.B. bei den sogenannten Torso-Syndikaten (Vertriebsgesellschaften ohne Andienungszwang) oder Einkaufsgenossenschaften auf. Hier ließen sich die Wettbewerbsbeschränkungen der Parteien aus den vertraglichen Bindungen heraus halten und dennoch entstanden faktische, auf der wirtschaftlichen Günstigkeit und dem gemeinsamen Zweck des Vertrages beruhende Kartelle.

#### b.) Zwecktheorie

Aus dieser Erkenntnis entwickelte sich die Zwecktheorie. Diese hielt § 1 a.F. schon dann für anwendbar, wenn die Wettbewerbsbeschränkung der gemeinsame Zweck der Parteien war, und zwar im Sinne gemeinschaftlich übereinstimmender Motive oder einer gemeinsamen Geschäftsgrundlage, ohne daß diese jedoch Vertragsinhalt gewesen zu sein brauchte.<sup>194</sup> Nicht unter § 1 a.F. fielen solche Verträge, die de facto zu einer mit ihnen nicht bezweckten Wettbewerbsbeschränkung führten. Die Anwendbarkeit des § 1 a.F. wurde also vom subjektiven Parteiwillen abhängig gemacht. Dieses subjektive Element führte natürlich dort zu Beweisschwierigkeiten, wo es nicht z.B. in einer Präambel oder sonst im Vertrag ausdrücklich festgehalten worden war. Daher wurde versucht, den Zweck des Vertrages objektiv zu ermitteln. Wenn eine objektive Wettbewerbsbeschränkung von dem Vertrag ausging, wurde daraus auf den subjektiven Willen der Parteien zur Wettbewerbsbeschränkung geschlossen.<sup>195</sup>

Der Zwecktheorie wurde von ihren Gegnern vor allem entgegengehalten, daß sich für sie im Wortlaut des § 1 a.F. kein Stütze fand.<sup>196</sup> Darüber hinaus wurde ihr vorgeworfen, einen systematischen Bruch zu begehen, indem sie in den objektiven Kartellbegriff und dessen objektives Merkmal der Eignung des Vertrages zur Beeinflussung des Marktes eine subjektive Voraussetzung einführe.<sup>197</sup>

#### c.) Folgetheorie

Die Folgetheorie stellte hingegen ausschließlich auf die Folgen des Vertrages ab.<sup>198</sup> Nach ihr reichte es aus, daß ein Vertrag eine Wettbewerbsbeschränkung überhaupt nur bewirkte. Einige Autoren schränkten die Folgetheorie dahingehend ein, daß

---

<sup>194</sup> grundlegend Fikentscher, WuW 60, 680, 681; ders., FS f. H. Westermann, 1974, S. 87, 107f; ders., Wirtschaftsrecht II, S. 261

<sup>195</sup> Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 73

<sup>196</sup> Sandrock, Grundbegriffe, S. 237

<sup>197</sup> z.B. I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 301, m.w.N.

<sup>198</sup> Sandrock, Grundbegriffe, S. 236ff, 243; Säcker, BB 67, 681, 682; Benkendorff, WRP 1962, 313, 318ff; Hoppmann, DB 1970, 93, 96; Möschel, NJW 1975, 94, 96

lediglich die vorhersehbaren Folgen des Vertrages zur Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit des § 1 a.F. herangezogen werden sollten.<sup>199</sup> Darüber hinaus wurde angenommen, daß nur dann ein Kartellvertrag vorliege, wenn eine konkrete Eignung zur Beeinflussung des Wettbewerbs gegeben war.<sup>200</sup> Nach der Folgetheorie waren auch die Auswirkungen des Vertrages oder Beschlusses auf Dritte zu erfassen. Sie stellte also allein auf die Folgen des Vertrages ab, ohne auf den von den Parteien beeinflussbaren Inhalt und den subjektiven, im Streitfall schwer zu beweisenden Zweck des Vertrages zurückzugreifen.

Für die Anwendung der Folgetheorie sprach insbesondere, daß sie die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des von den Parteien verfolgten Zwecks vermied und darüber hinaus der im Rahmen des Art. 81 EGV geltenden Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Bezwecken oder Bewirken“ am nächsten kam und so für eine gewisse „Harmonisierung“ des Kartellrechts sorgte.<sup>201</sup>

Die Rechtsprechung verweigerte sich seit der ZVN-Entscheidung<sup>202</sup> der Gegenstandstheorie, war ansonsten jedoch insgesamt eher uneinheitlich. Während der BGH und die neuere Rechtsprechung wohl der Zwecktheorie zuneigten,<sup>203</sup> wurden alte Entscheidungen der Instanzgerichte durchaus aus der Sichtweise der Folgetheorie gefällt.<sup>204</sup>

## 6. Eignung zur Marktbeeinflussung

Der Vertrag oder Beschluß im Sinne des § 1 a.F. mußte geeignet sein, gerade infolge der Wettbewerbsbeschränkung die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für Waren oder gewerbliche Leistungen zu beeinflussen. Geprüft wurde dabei, ob das Kartell seiner gesamten Anlage nach, unter Berücksichtigung der gegebenen Marktverhältnisse nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung, geeignet war, die Marktdaten in nennenswertem Umfang zu verändern. Darüber hinaus war es erforderlich, daß der Kartellvertrag eine Außenwirkung gegenüber Dritten entfaltete.<sup>205</sup> Diese wurde angenommen, wenn Chancen oder Alternativen der Marktgegenseite beeinträchtigt wurden.<sup>206</sup>

Marktverhältnisse waren die Summe aller Eigenschaften, die einem bestimmten Markt das besondere Gepräge gaben.<sup>207</sup> Sie umfaßten insbesondere die Umstände, die Angebot, Nachfrage, Anbieter und Absatz betrafen,<sup>208</sup> aber auch Faktoren wie die

<sup>199</sup> z.B. Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 73

<sup>200</sup> Sandrock, Grundlagen, S. 243

<sup>201</sup> vgl. Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 73

<sup>202</sup> grundlegend BGHZ 65, 30, 36ff „ZVN“

<sup>203</sup> BGH NJW 1987, 1821 „Baumarktstatistik“; vgl. aber auch BGH a.a.O., S. 1822, wo er feststellt, daß es ausreicht, „daß die vorgesehene Wettbewerbsbeschränkung die Ursache“ für die Marktbeeinflussung war. Dies wies aber eher auf die Folgetheorie hin; BGHSt 26, 56, 64; KG, WuW/E OLG 2745; 3483, 3484; 3675, 3681; Stuttgart, WuW/E OLG 2790, 2791

<sup>204</sup> vgl. z.B. KG, BB 1972, 1241

<sup>205</sup> BGHZ 68, 6, 11; v. Gamm, § 1 a.F., Rn. 31

<sup>206</sup> z.B. BGHZ 37, 194, 200 „Spar“; BGHSt 26, 56, 65; Emmerich, ZHR 139, 501, 504

<sup>207</sup> BGHSt 26, 56, 65; Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 74; Benkendorff, WRP 1962, 146, 148; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 331

<sup>208</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 331; Westrick/Loewenheim in Loewenheim/Belke, § 1 a.F., Rn. 72

Art und Weise der auf einem Markt üblichen Werbung oder die übliche Wahl des Vertriebsweges.

Geschützt wurden von § 1 a.F. aber nur die Märkte für Waren und gewerbliche Leistungen. Dieser Begriff wurde jedoch denkbar weit ausgelegt, so daß er im Ergebnis den gesamten wirtschaftlichen Verkehr umfaßte.<sup>209</sup> Er beinhaltete insbesondere entgeltliche Austauschverträge, wie Kauf-, Werk-, Miet-, Pacht- und Lizenzverträge. Letztlich waren dem Anwendungsbereich des § 1 a.F. damit nur noch der Arbeitsmarkt<sup>210</sup> und die in den §§ 99 bis 103a a.F. geregelten Bereiche entzogen.

Anders als etwa im Handelsrecht<sup>211</sup> waren als Waren im Sinne des § 1 a.F. nicht nur bewegliche Gegenstände anzusehen. „Ware ist jeder körperliche und nicht körperliche Gegenstand, der einen eigenen, in sich geschlossenen wirtschaftlichen Wert und eine eigene wirtschaftliche Selbständigkeit hat, der Gegenstand einer Herrschaft und Verfügung sein kann und der als solcher geeignet ist, im Geschäftsverkehr veräußert und erworben zu werden.“<sup>212</sup> Auch Immobilien, Rechte an Grundstücken und Rechte an Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen sowie Immaterialgüter waren Waren im Sinne des § 1 a.F.<sup>213</sup>

#### a.) Die Erzeugung

Umstritten war, ob das Merkmal der Erzeugung von Waren oder gewerblichen Leistungen eine eigenständige Bedeutung hatte. Während die eine Ansicht davon ausging, daß sich der Zusatz „für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen“ auch auf die Erzeugung bezog und daher die Einwirkung auf die Erzeugung nur dann als tatbestandsmäßig ansah, wenn diese sich auf den Markt für das entsprechende Gut auswirkte,<sup>214</sup> nahm die Gegenansicht an, daß es sich bei der Erzeugung um eine selbständige Alternative handelte und es daher auf die Wirkung der Beschränkung der Erzeugung auf den nachgelagerten Markt nicht ankam.<sup>215</sup>

Zu Gunsten der letztgenannten Ansicht wurde ins Feld geführt, es ergebe sich nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes, daß sich die Beschränkung der Erzeugung einer Ware auch auf den nachgelagerten Markt auswirken müsse.<sup>216</sup> Dem war zuzustimmen und daher der Ansicht zu folgen, daß auch diejenige Beschränkung der

---

<sup>209</sup> Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl. S. 74

<sup>210</sup> vgl. oben B.I.1.c)

<sup>211</sup> vgl. z.B. Baumbach/Hopt, 29. Aufl., § 1 HGB, Rn. 25 und Überbl. v. § 373, Rn. 10, jeweils m.w.N.

<sup>212</sup> Definition von Hoth, WRP 1956, 261, 267; vgl. auch L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 40; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 315, jeweils m.w.N.

<sup>213</sup> WuW/E BGH 2158, 2160 „Anschlußvertrag“; KG, WuW/E OLG 1377, 1380 „Starkstromkabel“; v. Gamm, § 1 a.F., Rn. 39

<sup>214</sup> so vor allem der BGH NJW 1964, 2343, 2346 „Flußspat“; BGHZ 68, 6, 11 „Fertigbeton“; L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 50

<sup>215</sup> GK-Müller-Henneberg, § 1 a.F., Rn. 90; v. Gamm, § 1 a.F., Rn. 38; Emmerich, ZHR 139, 501, 503; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 330

<sup>216</sup> Koenigs, NJW 1964, 2343, 2344

Erzeugung tatbestandsmäßig war, die sich nicht auf den Markt des erzeugten Produktes auswirkte.

## b.) Der Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen

### aa.) Eignung zur Marktbeeinflussung

Das Kartell mußte geeignet sein, die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen<sup>217</sup> spürbar zu beeinflussen. Nicht erforderlich war jedoch, daß sich die Marktverhältnisse tatsächlich änderten.<sup>218</sup> Dabei wurde darum gestritten, welche Anforderung an den Grad der Wahrscheinlichkeit der Beeinflussung gestellt werden sollten. Während einerseits schon die theoretische Möglichkeit (mit konkreten Hinweisen) der Marktbeeinflussung für ausreichend erachtet wurde,<sup>219</sup> wurde von anderer Seite verlangt, daß die Eignung zur Beeinflussung des Marktes konkret sein mußte.<sup>220</sup> Richtigerweise hat man hier von einem Mittelweg ausgehen müssen. Daher war ausreichend, aber auch erforderlich, jede ernsthaft in Betracht kommende Möglichkeit der Beeinträchtigung der Marktverhältnisse.<sup>221</sup>

### bb.) Der relevante Markt

Ein Markt war einerseits der (möglicherweise nur ideelle) Ort, wo das Angebot einer bestimmten Ware auf die Nachfrage nach eben dieser stieß, andererseits die Summe aller Austauschvorgänge an diesem Ort.<sup>222</sup>

Zur Bestimmung des für die Marktbeeinflussung im Sinne des § 1 a.F. relevanten Marktes mußte dieser von der Vielzahl der anderen Märkte für ähnliche aber nicht gleiche Waren abgegrenzt werden. Dazu wurde der relevante Markt sachlich, räumlich und zeitlich definiert, wobei die Praxis dazu neigte, durch enge Marktabgrenzungen kleine Teilmärkte zu bestimmen,<sup>223</sup> denn je größer der Markt, desto kleiner die Wirkung des Kartells.

#### *(1) Sachliche Marktabgrenzung*

Bei der sachlichen Marktabgrenzung stellte sich immer wieder das Problem, ob man zwei nicht völlig identische Waren miteinander vergleichen und diese folglich als in demselben Markt gehandelt betrachten konnten. Da diese Entscheidung nicht selten ausschlaggebend war für das Ergebnis der gesamten Prüfung des § 1 a.F.,<sup>224</sup> mußten entsprechend objektive Maßstäbe entwickelt werden.

---

<sup>217</sup> im folgenden soll vereinfachend nur noch von Waren die Rede sein

<sup>218</sup> WuW/E BGH 2088, 2090 „Korkschrött“; BGHZ 68,6, 11 „Fertigbeton I“; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 334

<sup>219</sup> BGHZ 37, 194, 200 „SPAR“; BGHZ 68, 6, 11 „Fertigbeton I“; L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 61; Emmerich, ZHR 139, 501, 506

<sup>220</sup> so vor allem Benkendorff, WRP 1962, 313, 318f

<sup>221</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 335

<sup>222</sup> vgl. L/B-Bunte, §1, Rn. 45

<sup>223</sup> Emmerich, ZHR 140, 97, 101

<sup>224</sup> vgl. oben B.I.6.b.)bb.) am Ende

Die sachliche Abgrenzung des relevanten Marktes wurde daher nach dem Prinzip der funktionellen Austauschbarkeit vorgenommen. Zu einem Markt gehörten sachlich alle diejenigen Produkte, die vom Standpunkt des durchschnittlichen Nachfragers ohne weiteres gegeneinander austauschbar waren (sogenanntes Bedarfsmarktkonzept).<sup>225</sup> Entscheidend war dabei, daß die Waren keine für die Abnehmerentscheidung erheblichen Unterschiede aufwiesen, wobei die tatsächliche Handhabung und die tatsächliche Anschauung des verständigen Abnehmers maßgeblich war.<sup>226</sup> Unerheblich war dagegen zum Beispiel, ob die verschiedenen Produkte aus den gleichen Rohstoffen oder nach den gleichen Fertigungsverfahren hergestellt wurden. Ebenfalls war es gleichgültig, ob andere Kreise der Bevölkerung oder der Wirtschaft die Produkte als nicht austauschbar ansahen. Bei der Frage der Austauschbarkeit war ganz konkret auf die jeweiligen Einzelheiten des zu betrachtenden Marktes einzugehen.<sup>227</sup>

Neben der Befragung entsprechender Kundenkreise gab es ein weiteres Indiz für die Austauschbarkeit zweier Produkte, die sogenannte Kreuz-Preis-Elastizität. Diese beruhte wiederum auf dem Sachverstand der Marktteilnehmer, die durch ihre Reaktionen auf Preisbewegungen zeigten, ob zwei Produkte miteinander austauschbar waren. Nach dem Konzept der Kreuz-Preis-Elastizität waren zwei Produkte als austauschbar anzusehen, wenn schon bei geringer Anhebung der Preise für das eine die Nachfrager auf das andere, das Substitutionsprodukt, umstiegen.<sup>228</sup> Umgekehrt wurde eine große Kreuz-Preis-Elastizität als Indiz dafür angesehen, daß zwei Produkte auch dann nicht gegeneinander austauschbar waren, wenn sie objektiv gesehen den gleichen wirtschaftlichen Nutzen brachten. Denn offenbar enthielt das eine Produkt dann einen weiteren, nicht objektiv meßbaren Zusatznutzen, wie z.B. das Prestige einer Ware, der sich in der Bereitschaft der Abnehmer ausdrückte, für die Ware einen höheren Preis zu bezahlen.

Ebenso wie selbst objektiv gleichartige Waren nicht gleichartig im obigen Sinne sein konnten, brauchten die miteinander im Wettbewerb stehenden Produkte gar nicht gleichartig zu sein. In der Vergangenheit wurden zum Beispiel Eiskonfekt und sonstige Süßwaren für gegeneinander austauschbar gehalten.<sup>229</sup>

## *(2) Räumliche Marktabgrenzung*

Auch räumlich war der jeweilige Markt abzugrenzen. Während der Markt für einige Produkte gegen Ende des 20. Jahrhunderts global wurde (Investitionsgüter, z.B. Maschinen, PKW), blieben die Märkte für andere Waren und erst recht für die Masse der gewerblichen Leistungen eher auf kleinere Regionen beschränkt. Einige Waren ließen sich aufgrund ihrer Verderblichkeit nicht über große Strecken transportieren. Bei anderen Produkten war z.B. der Transport so aufwendig, daß ihrer Verbreitung

---

<sup>225</sup> Emmerich, ZHR 139, 501, 505; v. Gamm, Einf.A., Rn. 36

<sup>226</sup> BGHZ 101, 100, 103 „Inter Mailand-Spiel“

<sup>227</sup> BGHZ 68, 23, 28 „Valium“; vgl. auch v. Brunn, WuW 1958, 407ff

<sup>228</sup> I/M-Möschel, § 22, Rn. 33, m.w.N.

<sup>229</sup> BGH NJW 1972, 2180, 2182f „Eiskonfekt I“

schon von daher wirtschaftliche Grenzen gesetzt waren.<sup>230</sup> Allerdings verschoben sich diese Grenzen aufgrund neuer Transportverfahren laufend.

Gleiches galt auch für die Erbringung von gewerblichen Leistungen. Die Beförderung von Menschen über weite Strecken zur Erledigung von Arbeiten war nur in einigen Fällen wirtschaftlich sinnvoll. Oft konnten die am Ort vorhandenen Anbieter einer gewerblichen Leistung diese qualitativ genau so gut, ohne die teure Anreise jedoch günstiger erbringen. Dabei war allerdings - wie immer - auf den konkreten Einzelfall abzustellen. So war der Markt für die Errichtung eines kleinen Einfamilienhauses stark regional begrenzt, während bei der Errichtung von Hochhäusern und Großobjekten wie z.B. dem neuen Flughafen von Hongkong oder der Brücke über den Øresund immer häufiger ausländische Unternehmen konkurrenzfähige Angebote abgeben konnten bzw. aufgrund ihres besonderen Know-hows den Auftrag erhielten.

Darüber hinaus machte der Fortschritt in der Telekommunikation den Transport von Menschen immer öfter entbehrlich, insbesondere bei der Erbringung von geistigen Leistungen wie z.B. Forschung, Entwicklung oder Planung, so daß sich auch insoweit die räumlichen Märkte ausdehnten.

### *(3) Zeitliche Marktabgrenzung*

Auch zeitlich war der Markt, dessen Verhältnisse beeinflußt werden sollten, abzugrenzen.<sup>231</sup> Einige Waren konnten nur in einem bestimmten Zeitraum sinnvoll angeboten werden. Beispielhaft hierfür waren die Zulassung eines Herstellers zu einer Fachmesse<sup>232</sup> oder der Markt für Saisonartikel (z.B. Weihnachtsbäume, Schokoladenosterhasen). Obwohl natürlich Tannenbäume auch in der übrigen Zeit des Jahres verkauft werden konnten (und wurden), waren es eben nur in der Zeit vor Weihnachten Weihnachtsbäume.

#### cc.) Spürbarkeit

Die von dem Vertrag oder Beschluß ausgehende Wirkung auf den relevanten Markt mußte eine gewisse Intensität haben, sie mußte spürbar sein.

Nach einer vor allem in der Literatur vertretenen Ansicht bedurfte es der Prüfung der Folgen einer Wettbewerbsbeschränkung jedoch dann nicht, wenn die Parteien mit ihrem Vertrag oder Beschluß eindeutig wettbewerbsbeschränkende Zwecke verfolgt hatten.<sup>233</sup> Diese Ansicht ging von der Überlegung aus, daß die auf einem Markt aktiven Unternehmer den Markt selbst am besten kennen dürften.<sup>234</sup> Daher habe eine von ihnen gewollte Beschränkung des Wettbewerbs immer eine spürbare Wirkung auf den relevanten Markt, andernfalls würden die Parteien den Vertrag nicht geschlossen haben. Es wurde hier sozusagen der Sachverstand der Parteien genutzt.

---

<sup>230</sup> BHGZ 81, 56, 62ff „Transportbeton Sauerland“

<sup>231</sup> vgl. Leberl, S. 18ff

<sup>232</sup> BGHZ 52, 65, 68 „Sportartikelmesse II“

<sup>233</sup> vgl. Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 77; J. Baur, JZ 1978, 586, 590

<sup>234</sup> Emmerich, ZHR, 139, 501, 506f; a.A. aber wohl v. Brunn, WuW 1958, 407ff

Dem hielt man zu Recht entgegen, daß § 1 a.F. sowohl eine vertragliche Vereinbarung einer Wettbewerbsbeschränkung als auch die Eignung selbiger zur Beeinflussung der Marktverhältnisse erfordere.<sup>235</sup> Wäre man der erstgenannten Ansicht gefolgt, so wären z.B. auch „Wahn-Kartelle“<sup>236</sup> § 1 a.F. unterfallen, obwohl von ihnen eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs nicht ausging.

Richtig war allerdings, daß die Motivation der Parteien ein starkes Indiz dafür sein konnte, ob die Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt spürbar sein würde oder nicht.

Grundsätzlich mußte also auch die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung quantifiziert werden. Dabei wurde auf die Sachkunde der am Markt Beteiligten zurückgegriffen. Die Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung wurde insbesondere angenommen, wenn sich dadurch eine konkrete Einschränkung der Alternativen der Marktgegenseite ergab und diese sich daraufhin zu Reaktionen veranlaßt sah.<sup>237</sup> In den Fällen der Beschränkung des potentiellen Wettbewerbs wurde die Spürbarkeit angenommen, wenn die für den Marktzutritt neuer Wettbewerber bestehenden Marktzutrittschranken fühlbar erhöht wurden.

Weitere Indizien zur Quantifizierung der Spürbarkeit der Beeinflussung der Marktverhältnisse waren die Anzahl der Marktbeteiligten insgesamt und der Marktanteil des Kartells. In der Praxis haben sich dabei - soweit ersichtlich - keine absolut gültigen Grenzen herausgebildet. Vielmehr wurde auf den jeweiligen Fall (Markt) abgestellt. Dabei wurden besonders strenge Maßstäbe angelegt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung durch den Vertrag gerade bezweckt war.<sup>238</sup>

## II. Tatbestandsrestriktionen

Wie oben gezeigt war der Tatbestand des Kartellverbots sehr weit gefaßt,<sup>239</sup> so daß in einer Reihe von Fällen bis dahin von der Rechtsordnung gebilligte und daher wirksame Verträge plötzlich, unter den weiteren Voraussetzungen des § 1 a.F., von dessen Unwirksamkeitsfolge bedroht waren. So wurde schon in den Beratungen zum Kartellgesetz deutlich, daß z.B. Genossenschaftsverträge nahezu prototypisch solche Verträge waren, die von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen wurden und die dazu geeignet waren, die Marktverhältnisse auf einem Markt durch die Beschränkung des Wettbewerbs spürbar zu beeinflussen. Darin lag ja gerade ihr Sinn. Schon die Verabschiedung des GWB hing wegen der starken Lobby der Genossenschaften davon ab, daß es gelang, die vom Gesetz an anderer Stelle nicht nur erlaubten, sondern zum Teil selbst vorgeschriebenen Wettbewerbsbeschränkungen dem Zugriff des Kartellrechts zu entziehen. Dies galt z.B. für die

---

<sup>235</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 343

<sup>236</sup> schlossen z.B. zwei Unternehmen, die gemeinsam nicht einmal 5 % des relevanten Marktes auf sich vereinten, einen Kartellvertrag, so konnte hiervon eine spürbare Beeinträchtigung nicht ausgehen. Warum einen solchen Vertrag die scharfe Rechtsfolge des § 1 a.F. treffen sollte, war unverständlich

<sup>237</sup> Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 75; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 337

<sup>238</sup> vgl. BGHZ 37, 194, 201 „SPAR“; München, NJW 1991, 3154 „Golden Toast“

<sup>239</sup> vgl. die Ausführungen zu den Tatbestandsmerkmalen Unternehmen (oben B.I.1.), Vertrag (oben B.I.2.) und gemeinsamer Zweck (oben B.I.3.)

gerade erwähnten Genossenschaftsverträge (§ 68 GenG), aber auch für Wettbewerbsbeschränkungen in Gesellschaftsverträgen, z.B. von OHG und KG (vgl. §§ 112, 113, 165 HGB), in Handelsvertreterverträgen (§§ 86, 90 a HGB) sowie in Arbeits- und Dienstverträgen (§§ 60, 61 HGB).

Aber auch in anderen Fällen erschien es durchaus angebracht, obwohl § 1 a.F. grundsätzlich tatbestandsmäßig anwendbar war, aus übergeordneten Erwägungen gleichwohl von dessen Anwendung abzusehen.

Dafür wurden vor allem zwei Sachverhaltsgruppen gebildet.

### **1. Vertragssimmanente Wettbewerbsbeschränkungen**

Während die Rechtsprechung - wie oben bereits dargestellt - die Weite des Tatbestands durch die Verwendung der Formel, daß ein Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck nur vorliege, „wenn für die Wettbewerbsbeschränkung bei wertender Betrachtungsweise im Hinblick auf die Freiheit des Wettbewerbs ein anzuerkennendes Interesse nicht besteht“<sup>240</sup>, einengte, ging die Literatur einen anderen Weg.

Die Literatur, die schon lange annahm, daß ein gemeinsamer Zweck nur vorlag, wenn die Wettbewerbsbeschränkung von Unternehmen vereinbart wurde, die miteinander im Wettbewerb standen, ging davon aus, daß eine den Wettbewerb beeinträchtigende Klausel immer dann nicht dem Kartellverbot des § 1 a.F. unterfiel, wenn die damit verbundene Wettbewerbsbeschränkung dem jeweiligen Vertrag immanent sei. Wie oben dargestellt, wurde aber allgemein anerkannt, daß eine Vertragsklausel nicht schon deshalb dem Kartellverbot entzogen war, weil sie in einem Austauschvertrag stand. Vielmehr war nur dann § 1 a.F. auf eine den Wettbewerb beschränkende Klausel nicht anwendbar, wenn die Wettbewerbsbeschränkung unerläßlich war für die Durchführung des Vertrages und die Erhaltung der gegenseitigen Leistungen im Rahmen des an sich kartellrechtlich neutralen Vertrages (Immanenztheorie).<sup>241</sup>

Obwohl hier nicht verkannt werden soll, daß die Rechtsprechung sich nie ausdrücklich, wohl aber inhaltlich, der Immanenztheorie angeschlossen hat und die Lösung des Problems von der Rechtsprechung schon im Rahmen des Tatbestandsmerkmals des gemeinsamen Zwecks gesucht wurde, bestand doch in der Sache Einigkeit über das zu erreichende Ergebnis.<sup>242</sup>

#### **a.) Wettbewerbsverbote**

Das besondere Interesse von Rechtsprechung und Literatur richtete sich dabei auf Wettbewerbsverbote aller Art. Diese fanden sich, wie oben gezeigt, in Unternehmenskauf- oder Handelsvertreterverträgen ebenso wie in Gesellschafts- oder Dienstverträgen. Allein die Tatsache, daß es sich dabei (mit Ausnahme der

---

<sup>240</sup> z.B. BGH NJW 1997, 2324, 2325 „Druckgußteile“

<sup>241</sup> zuerst von Steindorff, BB 1977, 569, 570f; H. Köhler, ZHR 148, 487, 491ff

<sup>242</sup> vgl. z.B. BGH NJW 1994, 384 „Ausscheidender Gesellschafter“, dort unter 2.a)



Gesellschaftsverträge) um Austauschverträge handelte, entzog die Wettbewerbsklauseln noch nicht dem Anwendungsbereich des § 1 a.F. Jedoch waren die Wettbewerbsverbote in den meisten vorgenannten Verträgen unerlässlich, weil sonst die Abwicklung des gesamten Vertrages unmöglich oder wirtschaftlich sinnlos geworden wäre.

#### aa.) Wettbewerbsverbote in Unternehmensveräußerungsverträgen

Die Unerlässlichkeit von Wettbewerbsverboten läßt sich besonders deutlich in den Fällen der Unternehmensveräußerungsverträge zeigen. Verkauft wurden in diesen Fällen ja nicht nur die Einrichtung und der materielle Betrieb des Unternehmens nebst Immaterialgüterrechten und anderem Know-how, sondern auch und vor allem der gute Name des Unternehmens (die Firma, § 17 HGB), der Kundenstamm und dessen Goodwill. Diese beiden zuletzt genannten Punkte stellten nicht selten den größten Wert des Unternehmens dar. Wäre dem Verkäufer nun kein Wettbewerbsverbot auferlegt worden, so könnte er sich am Tage nach dem Verkauf in unmittelbarer Nachbarschaft zu seinem ehemaligen Unternehmen erneut geschäftlich niederlassen und somit dem Käufer einen Großteil des wirtschaftlichen Wertes des Unternehmens, nämlich die Kunden und deren Geneigtheit, wieder entziehen. Daß dies nicht im Interesse von redlichen Vertragsparteien sein konnte, lag auf der Hand.

#### bb.) Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen

Ähnlich wie bei den Unternehmensveräußerungsverträgen lag es mit Wettbewerbsverboten auch im Bereich der Gesellschaftsverträge der Personenhandels-gesellschaften. Die Gründung einer Gesellschaft setzte immer einen Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck voraus. Dieser war manchmal (aber nicht immer)<sup>243</sup> auch ein Vertrag im Sinne des § 1 a.F.<sup>244</sup> Die in Gesellschaftsverträgen den Gesellschaftern auferlegten Wettbewerbsverbote verstießen in der Regel gegen § 1 a.F., sofern dessen weitere Voraussetzungen vorlagen. Auch im Falle einer Gesellschaft waren ein wesentlicher Bestandteil des Wertes der Gesellschaft die Beziehungen der einzelnen dort tätigen Gesellschafter zu den Kunden. Ein anderer wesentlicher Wertfaktor war ihr Know-how. Darüber hinaus lag im gegenseitigen Vertrauen der Gesellschafter eine unabdingbare Voraussetzung für die Existenz und den Fortbestand der Gesellschaft. Daher war es auch in diesen Fällen offensichtlich, daß eine Konkurrenzfähigkeit eines in der Gesellschaft tätigen Gesellschafters auf eigene Rechnung dieser schweren Schaden zufügen konnte. Dies galt bei Personengesellschaften um so mehr, als der Gesellschafter durch seine Kontrollrechte sehr genau über die Betriebsgeheimnisse (Kalkulationsgrundlagen, Produktionskapazitäten, Patente, Lizenzen etc.) der Gesellschaft unterrichtet war. Daher war es auch hier zur Sicherung der vertraglichen Leistungen unumgänglich,

<sup>243</sup> so aber Steindorff, BB 1981, 377, 379f

<sup>244</sup> vgl. hierzu BGHZ 96, 69, 86f „Mischwerke“, in der der gemeinsame Zweck im Sinne des § 1 a.F. eines Gemeinschaftsunternehmens nicht schon in dessen Gesellschaftsvertrag, sondern in der Koordinierung der „von Hause aus gegensätzlichen Interessen der Gesellschafter“ gesehen wurde

den Gesellschaftern ein Wettbewerbsverbot aufzuerlegen.<sup>245</sup>

Dies mußte jedenfalls gelten, soweit die Gesellschafter, wie im Gesetz vorgesehen, selbst in der Personengesellschaft mitarbeiteten und deren Geschäfte führten. Für Fälle einer lediglich kapitalistischen Beteiligung eines Gesellschafters an einer Handelsgesellschaft lagen die Dinge anders. Hier war es umstritten, ob ein Wettbewerbsverbot gegenüber einem solchen Gesellschafter wirksam war, der nicht die Geschäfte der Gesellschaft führte. Der Streit entzündete sich dabei an einem unterschiedlichen Verständnis des § 112 HGB. Zum Teil wurde die Ansicht vertreten, daß diese Norm nicht nur den Bestand der Gesellschaft schützen, sondern auch unter anderem der Verbreitung von Geschäftsgeheimnissen entgegenwirken sollte.<sup>246</sup> Nach anderer Ansicht war § 112 HGB enger auszulegen und daher auf nichtgeschäftsführende Gesellschafter nicht anwendbar.<sup>247</sup>

Je nach Verständnis des § 112 HGB wurden daher Wettbewerbsklauseln in Gesellschaftsverträgen unterschiedlich beurteilt. Richtig dürfte aber die zuerst genannte Auffassung gewesen sein, weil der Schutz der Gesellschaft vor „Konkurrenz von innen“<sup>248</sup> das Hauptanliegen des § 112 HGB war. Schon aus dem oben Gesagten ergibt sich die Gefährlichkeit des gemäß § 118 HGB informierten Gesellschafters für die Gesellschaft. Der Verweis auf die Anwendbarkeit des UWG und § 112 II HGB für solche Fälle, wie er von Immenga kam,<sup>249</sup> überzeugte wegen der regelmäßig schwierigen Beweislage nicht.

Das Vorgesagte galt auch für andere Gesellschaftsformen, soweit ein immanentes Interesse an einem Wettbewerbsverbot bestand, insbesondere, z.B. gemäß § 284 AktG, für die KGaA. Darüber hinaus war ein Wettbewerbsverbot der Gesellschafter selbst in einem Gesellschaftsvertrag einer personalistischen Kapitalgesellschaft zulässig.

Letztlich konnte ein Wettbewerbsverbot wirksam vereinbart werden, wenn ein Gesellschafter zwar nicht die Geschäfte führte, aber sehr wohl die wesentlichen Interna der Gesellschaft kannte, z.B. weil er in der Forschung an einer das wesentliche Know-how darstellenden Erfindung arbeitete oder den Außendienst leitete und damit den Kontakt zu den Kunden pflegte. Diese Zulässigkeit ergab sich schon aus dem Vergleich mit einer dort zulässigen Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots in normalen Dienst- oder Arbeitsverträgen. Wenn es möglich war, dem normalen leitenden Angestellten im Unternehmen als potentiell dem Unternehmen ein Wettbewerbsverbot aufzuerlegen, dann mußte es auch möglich sein, den nicht geschäftsführenden Gesellschafter in gleicher Weise zu verpflichten.

Es war also immer der konkrete Einzelfall zu betrachten. „Nicht alles, was den Gesellschaftszweck fördert, ist kartellverbotsfrei; aber alles, was ihn vereiteln oder

---

<sup>245</sup> a.A. I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 361, der den Schutz des UWG auch wegen des geschäftsinernen Informationsmißbrauchs für ausreichend hielt

<sup>246</sup> Beuthien, ZHR 142, 269, 284ff; Schlegelberger-Martens, § 112 HGB, Rn. 33; Baumbach/Hopt, § 112 HGB, Rn. 1ff; Löffler, NJW 1986, 223, 227

<sup>247</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 361

<sup>248</sup> Begriff von Gleiss/Hootz, NJW 1963, 1338, 1339

<sup>249</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 361

empfindlich stören würde, kann den Gesellschaftern (*vertraglich*) im Interesse des Funktionierens der Gesellschaftsform gesellschafts- wie wettbewerbsrechtlich *wirksam* untersagt werden.“<sup>250</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH „fallen wettbewerbsbeschränkende Satzungsbestandteile nicht unter § 1 GWB, wenn sie notwendig sind, um das im übrigen kartellrechtsneutrale Gesellschaftsunternehmen in seinem Bestand und seiner Funktionsfähigkeit zu erhalten.“<sup>251</sup>

#### cc.) Umfang der Wettbewerbsverbote

Da jedoch in Wettbewerbsverboten die grundsätzliche Gefahr der Wettbewerbsbeschränkung lauerte, durften diese natürlich nur solange andauern und soweit reichen, wie sie unbedingt erforderlich waren, um dem Erwerber die Möglichkeit zu geben, die Kundschaft des Veräußerers zu übernehmen, solange und soweit eben, wie sie dem Vertrag immanent waren.

In Gesellschaftsverträgen war die Dauer, während der sich Gesellschafter zulässigerweise einem Wettbewerbsverbot unterwerfen konnten, klar durch die Zugehörigkeit der Person zur Gesellschaft bestimmt. Unter gewissen Voraussetzungen konnten dem Gesellschafter aber auch nachvertragliche Wettbewerbsverbote auferlegt werden. Dies galt insbesondere zur Absicherung der Gesellschaft gegen die Verwertung von Insiderwissen des ausgeschiedenen Gesellschafters. Bei der zeitlichen Bemessung war allerdings zu berücksichtigen, daß anders als in den Unternehmenskaufverträgen die Gesellschaft keinen Schutz in einer Anlaufphase brauchte. Daher wurden Karenzzeiten nur bis zu zwei Jahren im Einzelfall noch für vertretbar gehalten.<sup>252</sup>

Im Gegensatz zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten für Gesellschafter hat sich eine feste Zeitspanne bei Unternehmensveräußerungsverträgen nicht herausgebildet. Die Höchstdauer des Wettbewerbsverbots war vielmehr auch hier am Einzelfall zu messen. Unbefristete Wettbewerbsverbote wurden als unzulässig verworfen.<sup>253</sup> Es wurden Zeiten von 2 bis zu 3 Jahren als unbedenklich angesehen.<sup>254</sup> Entscheidend dürfte dabei gewesen sein, wie lange der Erwerber des Unternehmens brauchte, um sich die Gewogenheit des Kundenstammes zu sichern.

Wichtig war bei allen Wettbewerbsverboten nicht nur deren zeitliche, sondern vor allem auch deren sachliche und räumliche Wirkung.<sup>255</sup> So konnte es nicht als vertragsimmanent angesehen werden, wenn mit einem Münchener Bäckermeister, der seine Bäckerei in München verkaufte, ein Wettbewerbsverbot für eine Tätigkeit in Frankfurt am Main vereinbart wurde. Hier hätte schon eine Beschränkung des Wettbewerbsverbots auf einen Stadtteil ausgereicht, um den Erwerber davor zu schützen, daß die Kunden mit dem Verkäufer dem Unternehmen den Rücken kehren.

<sup>250</sup> Beuthien, ZHR 142, 259, 289 (Ergänzung in der Klammer und Hervorhebung von mir)

<sup>251</sup> z.B. BGHZ 104, 246, 251 „Neuform-Artikel“

<sup>252</sup> Schlegelberger-Martens, § 112 HGB, Rn. 36

<sup>253</sup> BGH DB 1964, 1024 „Pachtapotheke“; BGH NJW 1982, 2000, 2001 „Holzpaneele“

<sup>254</sup> BGH DB 1964, 1024 (drei Jahre nach Auslaufen eines Apothekenpachtvertrages); BGH NJW 1994, 384, 385 „Ausscheidender Gesellschafter“ (zwei Jahre nach Betriebsaufspaltung); BGH NJW 1982, 2000, 2001 (jedenfalls weniger als 10 Jahre nach Übertragung einer Schreinerei)

<sup>255</sup> WuW/E BGH 1597, 1599 „Erbaueinandersetzung“; WuW/E BGH 1600, 1602 „Frischbeton“

Anders lag der Fall natürlich, wenn es sich um eine industrielle Großbäckerei handelte. Dann hätte auch ein bundesweites Wettbewerbsverbot gerechtfertigt sein können.

Zur Abgrenzung hierfür konnte man auf die oben (B.I.6.bb) zur sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung gemachten Ausführungen zurückgreifen. Das Wettbewerbsverbot mußte sich unbedingt auf den relevanten Markt beschränken.

## b.) Vergleiche

Auch in dem oben (I.3.d.cc) bereits erwähnten Bereich der Vergleiche in Wettbewerbssachen wurde mit dem Gedanken der Immanenztheorie gearbeitet. Es ist einem Vergleich eben wesensimmanent, daß sich die Parteien in ihm einer Beschränkung ihrer eigenen Wettbewerbsposition unterwerfen. Daher wurden gegen Vergleiche solange keine Bedenken erhoben, wie objektiv Zweifel über das Bestehen des geltend gemachten Anspruchs gegeben waren und solange sich die im Vergleich getroffenen wettbewerbsbeschränkenden Abreden innerhalb dessen hielten, was bei objektiver Beurteilung der Rechtslage ernstlich zweifelhaft war.<sup>256</sup> Keinesfalls durfte ein Vergleich jedoch dazu dienen, das GWB zu umgehen.

## 2. Rechtsgüterabwägung

Letztlich war in der Praxis zum alten § 1 GWB anerkannt, daß es Ausnahmen geben mußte in Bereichen, in denen auf Kosten des Wettbewerbs andere höherrangige Rechtsgüter geschützt wurden. Die Anwendung des § 1 a.F. wurde dort unter den Vorbehalt einer Rechtsgüterabwägung gestellt. Als Belange, die dem Schutz des Wettbewerbs vorgingen, wurden insbesondere der Gesundheitsschutz, soziale Belange, Jugendschutz, Umweltschutz sowie wirtschaftspolitische Interessen angesehen.

Ein wichtiges Beispiel hierfür aus der Vergangenheit war die Freistellung der Selbstbeschränkung der Tabakindustrie betreffend der Werbung für ihre Produkte durch das Bundeskartellamt.<sup>257</sup> Diese beschränkte selbstredend den Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen. Damals wurde aber angenommen, daß der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung - und hier insbesondere der der Jugend - schwerer wiege als die von der Selbstbeschränkung ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen.

In der Literatur wurde dieser Weg mehrheitlich kritisiert. Dabei wurde insbesondere auf die mangelnde dogmatische Begründbarkeit der Restriktion durch Rechtsgüterabwägung hingewiesen.<sup>258</sup> Aber auch die Tatsache, daß die Freistellung von Vereinbarungen durch die Annahme einer Güterabwägung quasi im rechtsfreien Raum stattfand, wurde kritisiert.<sup>259</sup> Es gab keine eindeutige Rangfolge von Rechtsgütern und vor allem kein geordnetes Verfahren zu deren Abwägung. Darüber hinaus hatte

---

<sup>256</sup> BGH NJW 1976, 194, 195 „Heilquelle“

<sup>257</sup> BKartA, TB 1966, 58; 1976, 79

<sup>258</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 375

<sup>259</sup> I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 389

der Gesetzgeber in den §§ 2 bis 8 a.F. zum Ausdruck gebracht, in welchen Bereichen er Ausnahmen für zulässig hielt, und vor allem in § 8 a.F. einen Auffangtatbestand eingerichtet. Nach § 8 I a.F. konnte der Bundesminister für Wirtschaft ein Kartell erlauben, wenn es „aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig“ war.

Unter Anwendung des § 8 I a.F. hätten wohl fast alle in diesem Zusammenhang diskutierten Fälle bearbeitet werden können, ohne den Umweg über die Güterabwägung gehen zu müssen.<sup>260</sup> Diesen Weg versperrten sich allerdings einige Autoren aufgrund einer zu engen Interpretation des § 8 a.F.

Bei allen praktischen Erwägungen, die zugunsten der Güterabwägung angestellt wurden, bleiben doch Zweifel, ob nicht eine Freistellung nach § 8 a.F. die bessere und rechtssicherere Lösung dieser Sachverhalte gewesen wäre. Denn so konnte jedes Gericht eigenständig und nach seinen eigenen Wertvorstellungen Abwägungen vornehmen und einzelne Verträge vom Verbot des § 1 a.F. freistellen.<sup>261</sup> Dadurch war die Einheitlichkeit der Rechtsprechung, jedenfalls bis zur Herausbildung einer höchstrichterlichen Rechtsprechung, gefährdet. Daß dies in der Vergangenheit keine praktische Bedeutung erlangt hat, läßt erahnen, wie selten diese Fälle waren.

### III. Rechtsfolge

#### 1. Unwirksamkeit

Rechtsfolge des § 1 a.F. war die zivilrechtliche Unwirksamkeit des Vertrages, nicht aber seine Nichtigkeit. Dies rührte daher, daß der zunächst wegen eines Verstoßes gegen § 1 a.F. unwirksame Vertrag, der durch die Legalisierungsmöglichkeiten der §§ 2 – 8 a.F. doch noch Wirksamkeit erlangen konnte, nicht der ex tunc Wirkung der Nichtigkeit unterliegen sollte. Der Vertrag war schwebend unwirksam.<sup>262</sup> Den Vertrag als unwirksam und nicht nichtig anzusehen, erschien jedoch nur solange gerechtfertigt, wie die Parteien ernsthaft beabsichtigten, ihn nach den Vorschriften der §§ 2 – 8 a.F. legalisieren zu lassen. War dies von vornherein nicht beabsichtigt oder wurde die Legalisierung rechtskräftig versagt, war der Vertrag nichtig.<sup>263</sup> Daneben war natürlich gemäß § 34 a.F. stets zu beachten, daß zur Vermeidung der Nichtigkeit des Vertrages dieser schriftlich abzufassen war.

Obwohl der Vertrag an sich unwirksam war, waren auch während der Zeit der Unwirksamkeit die Vertragspartner verpflichtet, alles zu unterlassen, was den (späteren) Vertragszweck vereiteln konnte. Dies folgte schon aus § 242 BGB. Insbesondere waren sie verpflichtet, bei der erforderlichen Anmeldung des Kartells mitzuwirken.<sup>264</sup>

---

<sup>260</sup> Biedenkopf, BB 1966, 1118f; L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 85; Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 88; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 391

<sup>261</sup> I/M-Immenga, § 8 a.F., Rn. 13

<sup>262</sup> Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 89; L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 89

<sup>263</sup> v. Gamm, § 1 a.F., Rn. 84; L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 90

<sup>264</sup> Seydel, NJW 1957, 1300, 1301; L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 89

## 2. Nichtigkeit

Die gegebenenfalls eintretende Nichtigkeit erfaßte jedoch nur die wettbewerbsbeschränkende Klausel und nicht den ganzen Vertrag.<sup>265</sup> Dessen Schicksal war gemäß § 139 BGB davon abhängig, ob der restliche Vertrag auch ohne die nichtige Klausel noch sinnvoll durchgeführt werden konnte und ob die Parteien den Vertrag auch ohne die nichtige Klausel geschlossen hätten.<sup>266</sup>

Die Praxis ging dabei in den Fällen von quantitativ übermäßigen Wettbewerbsverboten den Weg, durch eine geltungserhaltende Reduktion den Vertrag im Übrigen bestehen zu lassen.<sup>267</sup> Dies war insbesondere in den Fällen von Wettbewerbsklauseln in Gesellschaftsverträgen von Bedeutung. Wäre man hier von der Gesamtnichtigkeit des Vertrages ausgegangen, hätte der Ausgleich der Interessen aller Beteiligten aufgrund des Bereicherungsrechts stattfinden müssen. Denn nach der Rechtsprechung und der überwiegenden Meinung in der Literatur konnte mit der Rechtsfigur der fehlerhaften Gesellschaft hier nicht operiert werden, weil diese ihre Grenzen dort findet, wo gewichtige Interessen der Allgemeinheit entgegenstehen.<sup>268</sup> § 1 a.F. drückte gerade ein solches entgegenstehendes allgemeines Interesse aus.

## 3. Ausführungs- und Folgeverträge

Die Nichtigkeit des Kartellvertrages erfaßte grundsätzlich auch alle mit diesem in Zusammenhang stehenden Verträge und solche Verträge, die zwischen den Kartellpartnern geschlossen wurden, um das Kartell zu festigen, auszuweiten oder sonst auszuführen (Ausführungsverträge). Dagegen schlug die Nichtigkeit nicht auf solche Verträge durch, die einer der Kartellpartner in Ausübung des Kartells mit einem Dritten schloß, wie z.B. Lieferverträge, die aufgrund der künstlich überhöhten Preise abgeschlossen wurden (Folgeverträge).<sup>269</sup> Im Gegensatz zu den Ausführungsverträgen wollte man die Folgeverträge nicht mit der Ungewißheit der Wirksamkeit des Kartellvertrages belasten. Aus Gründen der Rechtssicherheit wurden sie als wirksam angesehen.<sup>270</sup> Es wäre unbillig gewesen, dem Dritten, der das Kartell möglicherweise gar nicht kannte und der schon, z.B. als Bauherr, von einer Submissionsabsprache betroffen war und deren negativen Folgen (nicht marktgerechte Preise) zu tragen hatte, auch noch mit dem Risiko der Kondizierung seiner Werte zu belasten.<sup>271</sup>

---

<sup>265</sup> Rittner, Wirtschaftsrecht, S. 298

<sup>266</sup> vgl. hierzu Kommentierung bei Palandt/Heinrichs, § 139 BGB

<sup>267</sup> vgl. Traub, WRP 1994, 802f unter Heranziehung der Rechtsprechung zu den Bierlieferungsverträgen; BGH NJW 1982, 2000, 2001 „Holzpaneele“; vgl. auch BGH NJW 1994, 384, 386 „Ausscheidender Gesellschafter“

<sup>268</sup> WuW/E BGH 2675, 2678 „Nassauische Landeszeitung“; BGHZ 75, 214, 217f; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 400; a.A. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 154ff, insbes. S. 156ff und Rittner, Wirtschaftsrecht, S. 298

<sup>269</sup> so schon Ballerstedt, JZ 56, 267, 269; heute L/B-Bunte, § 1 a.F., Rn. 97f; I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 406f; Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 91

<sup>270</sup> vgl. Nachweise in der vorhergehenden Fußnote und BGH NJW 1984, 2372, 2373 „Schlußrechnung“

<sup>271</sup> BGH NJW 1984, 2372, 2373 „Schlußrechnung“

#### 4. Untersagungsverfahren

Das Bundeskartellamt konnte nach § 37a a.F. ein Untersagungsverfahren einleiten. Dieses hatte, anders als ein Ordnungswidrigkeitenverfahren, die objektive Überprüfung des Vertrages zum Gegenstand. Auf ein Verschulden der Parteien kam es daher dort nicht an. An seinem Ende stand dann gegebenenfalls eine Verfügung des Bundeskartellamts an die Beteiligten, in der ihnen untersagt wurde, den Vertrag in der vorgesehenen Form zu praktizieren.

Dieses sogenannte objektive Untersagungsverfahren wurde erst 1973 in das Gesetz eingefügt. Zuvor gab es keine Möglichkeit, Kartellverträge losgelöst von den subjektiven Voraussetzungen einer Verfolgung nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht zu überprüfen. Das setzte alle Beteiligten einer gewissen Unsicherheit aus.

#### 5. Bußgeld

Der Abschluß des Kartellvertrages als solchem wurde also nicht poenalisiert, wohl aber war die Praktizierung des unwirksamen Vertrages in § 38 I Nr. 1 a.F. als Ordnungswidrigkeit sanktioniert.

Voraussetzung hierfür war, daß die Parteien des Kartells sich über die Unwirksamkeit des Vertrages hinwegsetzten. An das sich Darüberhinwegsetzen wurden keine strengen Anforderungen gestellt. Es war schon jede Tätigkeit ausreichend, durch die „sich Partner des Kartellvertrages über dessen Unwirksamkeit oder Nichtigkeit hinwegsetzen, das heißt den Vertrag als gültig ansehen und behandeln - ungeachtet dessen, daß ihm das Gesetz die Wirksamkeit abspricht.“<sup>272</sup> Insbesondere genügte die Durchführung und der Vollzug des Vertrages.

Das Verfahren der Verhängung eines Bußgeldes verlief nach den allgemeinen Regeln des Gesetzes gegen Ordnungswidrigkeiten (OWiG). In diesem Zusammenhang ist hier allerdings kurz auf § 30 OWiG hinzuweisen, wonach ein Bußgeld nicht nur gegen die Handelnden und die Organe von Unternehmen, sondern auch gegen das Unternehmen selbst verhängt werden konnte. Die Höhe der verhängten Bußgelder war bisweilen empfindlich.<sup>273</sup>

#### 6. Schadensersatz

##### a.) Allgemeines

Ein Verstoß gegen Vorschriften des GWB verpflichtete den Handelnden zum Schadensersatz, wenn er schuldhaft gehandelt hatte und die verletzte Vorschrift ein Schutzgesetz zu Gunsten des Verletzten war (§ 35 I 1 a.F.).<sup>274</sup> Ob es sich bei § 1 a.F.

---

<sup>272</sup> BGHZ 86, 324, 327 „Familienzeitschrift“

<sup>273</sup> das BKartA verhängte z.B. 1989/90 ein Bußgeld in einer Gesamthöhe von DM 228.500.000,- DM gegen 13 Unternehmen und 18 verantwortliche Personen der „süddeutsche Zementindustrie“ = BKartA, TB 1989/90, S. 29f, 59f. Die Höchste Geldbuße für ein einzelnes Unternehmen belief sich dabei auf DM 111.000.000,-

<sup>274</sup> vgl. v. Gamm, § 1 a.F., Rn. 4; ders., § 35 a.F., Rn. 3

um ein Schutzgesetz handelte, war umstritten.<sup>275</sup> Dieser Streit war in der Praxis jedoch nicht relevant, weil § 1 a.F. zumindest in Verbindung mit § 38 I 1 a.F. auch von denjenigen Autoren in der Literatur als Schutzgesetz angesehen wurde, die § 1 a.F. allein den eigenständigen Charakter eines Schutzgesetzes absprachen.<sup>276</sup>

Nur eine solche Norm war ein Schutzgesetz, die nach Zweck und Inhalt dazu bestimmt war, wenigstens auch dem Schutz von Individualinteressen zu dienen. Daher mußte in aller Regel danach differenziert werden, wer den Anspruch geltend machte.

#### b.) Potentielle Wettbewerber

Unbestritten schützte § 1 a.F. auch den potentiellen Konkurrenten, der am Markt noch nicht teilnahm, aber Zugang zum Markt suchte. Die Mitglieder des den Zugang blockierenden Kartells waren diesem Unternehmen zur Unterlassung und zum Schadensersatz verpflichtet.<sup>277</sup>

#### c.) Kunden und Lieferanten

Ob dagegen auch Kunden und Lieferanten der Kartellmitglieder von § 1 a.F. geschützt wurden, war auch unmittelbar vor der 6. Novellierung immer noch umstritten.

Gegen die Einbeziehung der Kunden und Lieferanten in den Kreis der geschützten Personen wurde ins Feld geführt, daß ein solcher Schutz aus dem Wortlaut des § 1 a.F. nicht hervorgehe. Das Kartellverbot diene nur dem Schutz der Institution des Wettbewerbs. Darüber hinaus sei auch die Berechnung eines Schadens praktisch unmöglich.<sup>278</sup> Hiergegen wurde zu Recht erwidert, daß nach der Entstehungsgeschichte des GWB und der dazu vorliegenden Materialien<sup>279</sup> nicht ernsthaft zu leugnen sei, daß die gesetzliche Bestimmung des § 1 a.F. ein „grundsätzliches Unwerturteil“ enthalte.<sup>280</sup> Darüber hinaus sei die Berechnung eines Schadens nicht in jedem Fall notwendig, weil den Geschädigten jedenfalls Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche zustünden.<sup>281</sup> Die Praxis bejahte deshalb die Verpflichtung zum Schadensersatz, wenn sich das Kartell gezielt gegen den oder die Geschädigten richtete, um auf seine/ihre Wettbewerbsmöglichkeiten Einfluß zu nehmen.<sup>282</sup>

---

<sup>275</sup> für den Schutzgesetzcharakter von § 1 a.F. sprechen sich aus: Fikentscher, BB 56, 793, 795; Lukes, Kartellvertrag, S. 185; I/M-Emmerich, § 35 a.F., Rn. 27, sowie BGHZ 64, 232, 238 „Krankenhauszusatzversicherung“; dagegen z.B. FK-Roth, § 35 a.F., Rn. 32ff; GK-Benisch, § 35 a.F., Rn. 6

<sup>276</sup> vgl. hierzu FK-Roth, § 35 a.F., Rn. 29

<sup>277</sup> BGHZ 64, 232, 238 „Krankenhauszusatzversicherung“

<sup>278</sup> Ballerstedt, JZ 56, 267, 271; GK-Benisch, § 35 a.F., Rn. 7; ders., WuW 1961, 764, insbesondere 769ff; Goll, GRUR 76, 486, 491f; Leo, WuW 1959, 485, 489ff; Schmiedel, WRP 1966, 41, 44

<sup>279</sup> Begr. 1952, S. 25, 30 und insbesondere S. 44

<sup>280</sup> I/M-Emmerich, § 35 a.F., Rn. 27; ebenfalls grundsätzlich für die Einbeziehung von Kunden und Lieferanten L/B-Henning, § 35 a.F., Rn. 8; FK-Roth, § 35 a.F., Rn. 44ff; v. Gamm, § 1 a.F., Rn. 4; Lukes, Kartellvertrag, S. 185

<sup>281</sup> Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 92

<sup>282</sup> L/B-Henning, § 35 a.F., Rn. 8; BGHZ 86, 324, 330 „Familienzeitschrift“



Auch wurde für eine Einbeziehung von Kunden und Lieferanten zu Recht darauf hingewiesen, daß im System der kartellrechtlichen Sanktionen die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche eine wichtige Rolle spiele. Es konnte nicht ausschließlich dem Bundeskartellamt überlassen werden, Wettbewerbsverstöße zu verfolgen. Vielmehr mußte es auch den Konkurrenten möglich sein, sich - wenn auch nur zivilrechtlich - zu wehren.<sup>283</sup> Dagegen wurde vorgetragen, daß § 1 a.F. gerade den Wettbewerb als Institution vor privater Einflußnahme schützen solle. Daher könne es nicht Aufgabe der privaten Marktteilnehmer sein, den Wettbewerb zu schützen, weil so wieder private Interessen in den Wettbewerb eingriffen, und dieser erneut verzerrt werde.<sup>284</sup> Dabei wurde zweierlei verkannt:

Erstens lag der Entscheidung des Gesetzgebers für die Dispositionsmaxime im Zivilprozeß die Erkenntnis zugrunde, daß die Parteien den relevanten Streitstoff als gleich starke Gegner bestimmen und gegebenenfalls falschem Vortrag oder Vorgehen des Gegners widersprechen würden. Dieses Argument galt hier um so mehr, als die Parteien in Streitigkeiten dieser Art und dieses Umfangs in der Regel anwaltlich vertreten waren.

Zweitens wurde verkannt, daß trotz Parteidisposition im Zivilrecht dem Bundeskartellamt gemäß § 90 a. F. gewisse Mitwirkungsbefugnisse zustanden. Danach konnte das Amt insbesondere Ausführungen im Termin machen, auf Beweismittel hinweisen und Fragen an die Parteien, Zeugen und Sachverständigen stellen (§ 90 II a. F.).

Darüber hinaus war der Ausgang des Verfahrens der richterlichen Kontrolle unterworfen. Somit war doch wenigstens in der Praxis sichergestellt, daß der Rechtsstreit nicht auf der Grundlage völlig abwegigen Sachvortrages entschieden werden mußte. Dabei dürfte es meistens den Gerichten gelungen sein, durch die Wahrnehmung ihrer Hinweispflicht die entsprechende Partei anzuhalten, den notwendigen Tatsachenstoff vorzutragen. So konnte nur in sehr seltenen Ausnahmefällen das Ergebnis einer solchen Klage auf Schadensersatz oder Unterlassung den Wettbewerb erneut verzerren.

Ebenfalls für die positive Wirkung der privaten Kontrolle des Wettbewerbs sprach, daß jedenfalls im Ergebnis auch das Bundeskartellamt in der Regel nur Geldbußen verhängte. Daher waren die zivilrechtlichen Folgen für die Kartellunternehmen durchaus mit den Folgen eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens nach § 38 I Nr. 1 a.F. zu vergleichen. Dabei soll hier selbstverständlich nicht verkannt werden, daß die Verurteilung zum Schadensersatz nicht als „Ersatzstrafe“ betrachtet werden kann und darf. Es war und ist nicht Aufgabe des Zivilrechts zu strafen.

Gleichwohl konnte das Bundeskartellamt seine Augen nicht überall haben und war daher auf die Unterstützung der Marktteilnehmer angewiesen. Gerade dieser Punkt wurde dann ja auch bei der Beseitigung der sogenannten „Roß-und-Reiter-Problematik“ durch die 6. Novelle entsprechend berücksichtigt.

---

<sup>283</sup> BGHZ 64, 232, 238 „Familienzeitschrift“; L/B-Henning, § 35 a.F., Rn. 3; Steindorff, ZHR 138, 504, 508ff, insbesondere S. 516; Vollmer, DB 1979, 2213, 2117

<sup>284</sup> GK-Benisch, § 35 a.F., Rn. 3; Goll, GRUR 1976, 486, 491f

Letztlich war auch in diesem Zusammenhang - ähnlich wie im Wettbewerbsrecht (im engeren Sinne des UWG) oder bei der Beantwortung der Frage nach der Spürbarkeit<sup>285</sup> davon auszugehen, daß die am Markt Beteiligten (oder potentiell Beteiligten) das Vorliegen eines Verstoßes gegen § 1 a.F. am ehesten bemerkten und aufgrund ihrer Nähe zum Geschehen am besten abschätzen konnten, ob zum Beispiel eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs von einer Vereinbarung ausging.

#### d.) Kartellmitglieder

Zugunsten der Mitglieder des Kartells stellte § 1 a.F. kein Schutzgesetz dar.<sup>286</sup> Dies ergibt sich aus dem Gedanken, daß Rechtsschutz nicht verdient, wer sich gegen die Rechtsordnung stellt.<sup>287</sup> Im übrigen wurden die Kartellmitglieder ausreichend durch die Unwirksamkeitsfolge des § 1 a.F. (gegebenenfalls in Verbindung mit § 25 II a.F. i.V.m. § 35 a.F.) geschützt.<sup>288</sup>

Darüber hinaus konnten auch die Mitglieder eines die Legalisierung anstrebenden Kartells untereinander zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn sie sich in der Phase der schwebenden Unwirksamkeit des Kartellvertrages gegenseitig Schaden zufügten oder den Vertragszweck vereitelten.<sup>289</sup> Diese Verpflichtung folgte dann aber nicht aus § 1 a.F., sondern aus c.i.c., später gegebenenfalls aus pVV, so daß hier nicht weiter darauf eingegangen werden soll.<sup>290</sup>

#### e.) Ermittlung und Berechnung des Schadens

Da sich die Ermittlung des von dem Schädiger zu ersetzenden Schadens nach den allgemeinen zivilrechtlichen Methoden (§§ 249 ff BGB) vollzog, war die Bestimmung der Höhe des Schadens häufig so kompliziert, daß die Möglichkeit, ihn konkret zu bestimmen, von einigen Autoren gänzlich geleugnet wurde.<sup>291</sup>

Es wurde zum Beispiel vorgetragen, daß häufig bei dem unmittelbar betroffenen Unternehmen auf der vor/nachgelagerten Handelsstufe gar kein Schaden entstehe, weil dieses in der Regel die gestiegenen Kosten an seine Abnehmer weitergebe, so daß letztendlich nur der Endabnehmer einen Schaden davon trage.<sup>292</sup> Dies konnte aber dort nicht richtig sein, wo aufgrund der Marktsituation die Preiserhöhung nicht weitergegeben werden konnte oder aber die Kunden des betroffenen Unternehmens zu Konkurrenten wechselten. Dann erlitt das Unternehmen Gewinneinbußen.

Dem wurde entgegengehalten, es könne aber auch sein, daß gar kein Schaden entstehe, wenn der unmittelbar Betroffene zum Beispiel den erhöhten Einkaufspreis nicht weitergebe, die anderen Konkurrenten am Markt dies aber täten und der

---

<sup>285</sup> vgl. oben I.6.b)cc)

<sup>286</sup> ganz h.L. vgl. nur L/B-Henning, § 35 a.F., Rn. 8; FK-Roth, § 35 a.F., Rn. 37; GK-Benisch, § 35 a.F., Rn. 8; Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 92, jeweils m.w.N.

<sup>287</sup> GK-Benisch, § 35 a.F., Rn. 8

<sup>288</sup> FK-Roth, § 35 a.F., Rn. 37

<sup>289</sup> vgl. oben III.1.

<sup>290</sup> vgl. I/M-Immenga, § 1 a.F., Rn. 410 m.w.N.

<sup>291</sup> Ballerstedt, JZ 56, 267, 271; GK-Benisch, § 35 a.F., Rn. 27ff; ders., WuW 1961, 764, 769ff

<sup>292</sup> Flume, WuW 56, 457, 464; Fikentscher, BB 56, 793, 798

Betroffene dadurch verstärkt seine Produkte absetzen könne.<sup>293</sup> Dann wäre zwar der Gewinn pro Stück gesunken, der absolute Gewinn wäre wegen der erhöhten Verkaufszahlen aber gestiegen. Diese Argumentation übersah jedoch, daß der gemäß §§ 249, 252 BGB zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn (hier pro Stück) umfaßt. Davon konnten nicht die durch das schädigende Ereignis mittelbar erlangten Gewinne in Abzug gebracht werden, soweit dies dem Zweck der verletzten Norm widersprach.<sup>294</sup> In der zivilrechtlichen Literatur wurde zur Verdeutlichung dieser Fallgruppe der Fall konstruiert, daß ein Opfer einer rechtswidrigen Tat von Dritten eine Spende erhält. Hier würde wohl niemand auf die Idee kommen, dem Schädiger dies bei der Berechnung des Schadensersatzes zugute kommen zu lassen. Der BGH hat daher mehrfach entschieden, daß einer unbilligen Entlastung des Schädigers entgegengewirkt werden müsse.<sup>295</sup>

Da der Zweck der Norm des § 1 a.F. neben dem Schutz des Einzelnen vor allem der Schutz des Wettbewerbs als Institution war, widersprach die Anrechnung der unverhofft eintretenden Umsatzsteigerung auf den gesunkenen Gewinn pro Stück dem Zweck der Norm. Es konnte nicht sein, daß dem Schädiger das günstige Verhalten Dritter oder der Zufall zugute kam. Daher lag hier im Ergebnis zumindest in der Differenz zwischen dem ursprünglichen und dem tatsächlichen Gewinn pro Stück der Schaden. Das außenstehende Unternehmen konnte den Schaden, den es erlitten hat und den es nicht problemlos an seine Kunden weiterreichen konnte oder wollte, von den Angehörigen des Kartells ersetzt verlangen.

Solange die gehandelte Ware oder Dienstleistung am Markt noch einen unverfälschten Marktpreis hatte, konnte die Differenz zwischen Kartellpreis und Marktpreis als Schaden geltend gemacht werden.<sup>296</sup> War dies nicht mehr der Fall, zum Beispiel weil sich der Kartellpreis bereits am Markt durchgesetzt hatte, wurde die Berechnung des Schadens mitunter sehr schwierig, wenn nicht unmöglich.<sup>297</sup>

Wesentlich weniger kompliziert - wenngleich trotzdem nicht einfach - waren die Fälle, in denen die Mitglieder eines Kartells den Zugang zu einem Markt versperrten. Dann lag der Schaden in dem entgangenem Gewinn des potentiellen Marktteilnehmers. Wie dieser letztlich zu ermitteln gewesen ist, war Frage des Einzelfalls.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß zumindest über § 287 ZPO, gegebenenfalls in Verbindung mit § 252 BGB, der Schaden doch in der Regel hinreichend genau quantifizierbar war. Jedenfalls erschien es grob unbillig, demjenigen, der schon den Schaden hatte und die Last ihn zu beweisen, trug, generell den Rechtsschutz zu entziehen, mit der Begründung, ein Beweis des Schadens sei grundsätzlich nicht möglich. Ob der Schaden als bewiesen angesehen werden konnte, mußte eine Entscheidung des Gerichts bleiben.

---

<sup>293</sup> Beispiel von Flume, WuW, 56, 457, 464

<sup>294</sup> MünchKomm-Grunsky, vor § 249 BGB, Rn. 93aff

<sup>295</sup> zuletzt BGH NJW 1989, 2117, m.w.N.

<sup>296</sup> I/M-Emmerich, § 35 a.F., Rn. 93; Fikentscher, BB 56, 793, 798

<sup>297</sup> Flume, WuW 56, 457, 460ff

## 7. Unterlassung

Darüber hinaus standen den nicht am Kartell beteiligten Unternehmen Unterlassungsansprüche gegen das Kartell zu. Solche Unterlassungsansprüche konnten von den außenstehenden Unternehmen auch schon vor dem ersten Eingriff des Kartells in deren Rechtspositionen geltend gemacht werden.<sup>298</sup>

Die Unterlassungsansprüche konnten auch von Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen durchgesetzt werden (§ 35 III a.F.). Einzige Voraussetzung war ihre Rechtsfähigkeit. Beispielhaft sind hier neben den einschlägigen Vereinen zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs alle Arten von Ärzte-, Anwalts-, Handwerks-, Industrie- und Handelskammern zu nennen.<sup>299</sup>

---

<sup>298</sup> GK-Benisch, § 35 a.F., Rn. 36; I/M-Emmerich, § 35 a.F., Rn. 100

<sup>299</sup> FK-Roth, § 35 a.F. Rn. 198

### C. Artikel 81 EGV

Auf der europäischen Ebene wird der Schutz des freien Wettbewerbs, als eine der in Art. 3 EGV verankerten Politiken der Europäischen Gemeinschaft, durch die Artikel 81 ff EGV gewährleistet. Für den hier zu betrachtenden Kartellbegriff im Recht der Europäischen Gemeinschaft ist Art. 81 EGV maßgeblich. Dieser lautet wie folgt:

- (1) *Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere*
  - a) *die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;*
  - b) *die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;*
  - c) *die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;*
  - d) *die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;*
  - e) *die an den Abschluß von Verträgen geknüpfte Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.*
- (2) *Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig.*
- (3) *Die Bestimmungen des Absatzes (1) können für nicht anwendbar erklärt werden auf*
  - *Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,*
  - *Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinbarungen,*
  - *aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne daß den beteiligten Unternehmen*
    - a) *Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder*
    - b) *Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.*

## I. Tatbestand

### 1. Allgemeines

Im Gegensatz zum deutschen Recht fehlt dem europäischen Kartellrecht die Unterscheidung zwischen Vereinbarungen mit horizontalem und solchen mit vertikalem Charakter. Die Regelungen der Art. 81 ff EGV differenzieren nicht danach, ob der Vertrag zwischen Unternehmen geschlossen wurde, die sich auf einer Wirtschaftsstufe miteinander befinden und deren Verhältnis von der zwischen ihnen bestehenden Konkurrenz geprägt ist, oder ob die Vereinbarung in einem solchen Vertrag enthalten ist, der zwischen Unternehmen unterschiedlicher Wirtschaftsstufen in sogenannten Austauschverträgen geschlossen wurde. Damit entfällt auch, anders als im deutschen GWB, eine Differenzierung der Rechtsfolgen zwischen Horizontal- und Vertikalverträgen (einerseits § 1, andererseits §§ 14 ff). Im europäischen Kartellrecht sind Vereinbarungen in beiden Fällen schlicht nichtig.<sup>300</sup>

Die Artikel 81 ff EGV haben – dies ist heute allgemein anerkannt – unmittelbare rechtliche Wirkung für alle Marktteilnehmer. Dies ist spätestens seit dem Erlass der VO Nr. 17/62<sup>301</sup> unbestreitbar. Deren Art. 1 erhebt die Art. 85 und 86 – heute 81 und 82 – EGV zu unmittelbar geltendem Gemeinschaftsrecht. Auch der EuGH hat dies seit der Entscheidung „Bosch“<sup>302</sup> stets bestätigt.

#### a.) Rangverhältnis der Normen

Problematisch ist bis heute jedoch das Rangverhältnis zwischen dem europäischen Wettbewerbsrecht und dem Recht der einzelnen Mitgliedsstaaten. Während für die Anwendung des Art. 81 III EGV ausnahmsweise eine ausdrückliche Kollisionsregel in Art. 9 I der VO Nr. 17/62 besteht – zuständig ist ausschließlich die Kommission –, gibt es eine solche für die meisten anderen parallelen Regelungen, insbesondere die Anwendung des Verbotes nach Art. 81 I und Art. 86 EGV, nicht. Daher sind dort sowohl die Kommission als auch die nationalen Kartellbehörden und Gerichte zur Durchführung berufen, was selbstverständlich zu Problemen führt, wenn von ihnen gegensätzliche Entscheidungen getroffen werden.

Während zur Lösung dieser Kollisionsfälle früher lange die sogenannte „Zwei-Schranken-Theorie“ vertreten wurde,<sup>303</sup> wonach die europäische stets neben der nationalen Regelung angewendet werden sollte, was praktisch zur Geltung des jeweils strengeren Rechts führte, wird heute allgemein davon ausgegangen, daß dem europäischen Recht im Fall eines Konflikts der Vorrang vor der nationalen Regelung gebührt.<sup>304</sup> Dies ist aufgrund der Vielzahl der einzelstaatlichen Regelungen sicher

<sup>300</sup> Schwarze-Brinker, Art. 81, Rn. 5

<sup>301</sup> Verordnung Nr. 17/62 des Rates der EWG: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (vom 21. Februar 1962) ABl. 1962, L 204

<sup>302</sup> EuGH Slg. 1962, 97, 111f „Bosch“; z.B. Slg. 1969, 1, 14 „Walt Wilhelm“

<sup>303</sup> Koch, BB 1959, 241, 247

<sup>304</sup> EuGH, Slg. 1969, 1, 13f „Walt Wilhelm“; Slg. 1980, 2327, 2328 „Procureur de la Republique“; Slg. 1987, 2345 „Albako“; v. Wallenberg, Rn. 125; Wiedemann-Wiedemann, § 6, Rn. 3; Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl., S. 403

notwendig, um die Durchsetzungskraft des europäischen Kartellrechts zu erhalten und zu verhindern, daß durch nationale Regelungen, wie z.B. die Bereichsausnahmen in den §§ 98 ff a.F. des deutschen GWB, das europäische Kartellrecht ausgehöhlt werden kann. Auf keinen Fall darf ein nationales Kartellrecht der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts entgegenstehen und die volle Wirksamkeit der zu seinem Vollzug ergangenen oder zu treffenden Maßnahmen beeinträchtigen.<sup>305</sup> Dies muß für die Anwendung der Art. 81 ff EGV auch dort gelten, wo die Kommission z.B. durch einen sogenannten comfort-letter – ein formloses, aber die Verwaltung selbst bindendes Schreiben der Kommission, mit dem Inhalt, daß sie gegen eine Vereinbarung nicht einzuschreiten gedenkt – bekundet hat, daß sie gegen eine Abrede keine Bedenken hegt oder in den Fällen der Freistellung einer Vereinbarung durch eine der von der Kommission erlassenen Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO).<sup>306</sup> Obwohl die comfort-letters keine förmlichen Entscheidungen sind, würde jedes andere Ergebnis dazu führen, daß die Unternehmen auf einer förmlichen Freistellung nach Art. 81 III EGV bestehen müßten, was rasch zur Überforderung der Kommission führen würde und daher nicht gewollt sein kann.<sup>307</sup> Weiter soll dieser Fragenkreis hier nicht vertieft werden.

#### b.) Reichweite des Kartellverbotes

Die Art. 81 ff EGV sind selbstverständlich für alle Unternehmen im Bereich der EU verbindlich und darüber hinaus jedenfalls im Ergebnis auch auf solche Unternehmen und deren Maßnahmen und Vereinbarungen anwendbar, die ihren Sitz außerhalb der EU haben. Nicht erforderlich ist, daß die Unternehmen über Zweigniederlassungen, Tochterunternehmen, Agenturen oder ähnliche Repräsentanzen innerhalb des Gemeinsamen Marktes verfügen. Voraussetzung ist allerdings, daß die getroffenen Maßnahmen oder Vereinbarungen Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt haben (sogenanntes Auswirkungsprinzip).<sup>308</sup> Die Kommission geht dabei davon aus, daß hierfür schon die direkte Belieferung von Kunden innerhalb des Gemeinsamen Marktes von außerhalb ausreicht.<sup>309</sup>

Der EuGH knüpft zwar grundsätzlich an den Ort der Handlung an, er gelangt aber zum gleichen Ergebnis wie die Kommission, indem er annimmt, daß Unternehmen aus Drittstaaten, die ihre Waren direkt an innerhalb des Gemeinsamen Marktes ansässige Kunden absetzen, zueinander in Wettbewerb treten und daß dadurch Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes entsteht. Wenn nun diese Unternehmen ein Kartell bilden und so den zwischen ihnen innerhalb des Gemeinsamen Marktes bestehenden Wettbewerb beseitigen, so liegt diese Handlung innerhalb des Gemeinsamen Marktes und führt zur Anwendbarkeit der Art. 81 ff EGV.<sup>310</sup> Entscheidend ist nicht der Ort des Kartellschlusses, sondern der Ort seiner

---

<sup>305</sup> EuGH, Slg. 1969, 1, 13 „Walt Wilhem“; Slg. 1980, 2327, 2328 „Procureur de la Republique“

<sup>306</sup> Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 23; Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl., S. 403f

<sup>307</sup> so auch Wiedemann-Wiedemann, § 6, Rn. 8

<sup>308</sup> Koch in Grabitz/Hilf (Vorauslage), vor Art. 85, Rn. 11

<sup>309</sup> Kommission, ABl. 1985, L 85, 1, 14f „Zellstoff“; ABl. 1985, L 92, 1, Ziff. 11 „Aluminium“

<sup>310</sup> EuGH Slg. 1988, 5193, 5242, Rn. 12f „Zellstoff“

Durchführung.<sup>311</sup> Auf die völkerrechtlichen Probleme dieser Fallgestaltungen soll hier nicht weiter eingegangen werden.

## 2. Unternehmen

Art. 81 EGV richtet sich, wie das deutsche Kartellverbot auch, an Unternehmen. Diese Bezeichnung des Normadressaten folgt der Erkenntnis, daß Wettbewerbsbeschränkungen, die durch den Vertrag über die Errichtung einer Europäischen Gemeinschaft von staatlicher Seite abgebaut wurden (Zölle, andere Abgaben und Handelshemmnisse), nicht durch solche Wettbewerbsbeschränkungen ersetzt werden sollten, die von Unternehmen geschaffen werden.

Der Unternehmensbegriff des Art. 81 EGV ist, obwohl z.B. auch im deutschen Kartellbegriff enthalten, ein Begriff des Gemeinschaftsrechts, das heißt, daß er im europäischen Recht eigenständig zu bestimmen ist,<sup>312</sup> um einen einheitlichen und vom jeweiligen nationalen Recht losgelösten Unternehmensbegriff zu verwenden.<sup>313</sup>

Auch im Rahmen des europäischen Kartellbegriffs wird der Unternehmensbegriff funktional verstanden.<sup>314</sup> Der Unternehmensbegriff wird von den Organen der Gemeinschaft sehr weit ausgelegt, so daß ein Unternehmen im Sinne des Art. 81 EGV „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“ ist.<sup>315</sup> Irrelevant ist also auch, ob es sich um eine natürliche oder juristische Person handelt, die Größe der Einheit und ob die Einheit die Absicht verfolgt, einen Gewinn zu erzielen.

Hauptaufgabe des Unternehmensbegriffs in Art. 81 EGV ist, das hoheitliche Handeln des Staats, die unselbständige Arbeit und den privaten Verbrauch dem Kartellbegriff zu entziehen.<sup>316</sup>

Umstritten ist, ob das Subjekt des Unternehmens eine eigene Rechtspersönlichkeit haben muß oder nicht.<sup>317</sup>

Ich halte die Rechtsfähigkeit des Unternehmens für verzichtbar. Auch im Rahmen des Art. 81 EGV reicht - wie in § 25 a.F. GWB - die Verhaltensabstimmung als Handlung der Subjekte aus. Diese kann aber sicher auch von solchen Subjekten ausgeführt werden, die nicht über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, wie

---

<sup>311</sup> EuGH Slg. 1988, 5193, 5243, Rn. 16 „Zellstoff“

<sup>312</sup> FK-Roth/Ackermann, Grundfragen Art. 81 Abs. 1, Rn. 10

<sup>313</sup> EuGH, Slg. 1987, 2599, 2622; Düsseldorf, EuZW 1999, 188, 189

<sup>314</sup> GTE-Schröter, Vorbem. Art. 85 bis 89, Rn. 21; FK-Roth/Ackermann, Art. 85, Rn. 11; Wiedemann-Stockmann, § 7, Rn. 1; Schwarze-Brinker, Art. 81, Rn. 23

<sup>315</sup> EuGH Slg. I 1991, 1979, 2016, (Rn. 21) „Höfer und Elser“; Slg. I 1993, 637, 669, (Rn. 17) „Poucet und Pistre“; ähnlich auch Slg. I 1994, 43, 61, (Rn. 18) „Eurocontrol“; Slg. I 1995, 4022, 4028 (Rn. 14) „Fédération française des sociétés d'assurance“

<sup>316</sup> Wiedemann-Stockmann, § 7, Rn. 3f; GTE-Schröter, Vorbem. Art. 85 bis 89, Rn. 23 und 33; a.A. aber Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 60, der den Unternehmensbegriff hierfür nicht bemühen will, sondern deren Ausschluß auf gemeinsame „Rechtstraditionen“ der Mitgliedsstaaten zurückführt.

<sup>317</sup> dafür: Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 52f; Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl., S. 409f; dagegen: GTE-Schröter, Vorbem. Art. 85 bis 89, Rn. 26



zum Beispiel von zwei oder mehreren Konzernen. Der Hinweis von Emmerich, daß „schon aus praktischen Gründen“ das Vorliegen der Rechtsfähigkeit zu verlangen sei, überzeugt nicht. Angesichts der in Deutschland gemachten Erfahrungen bei der Begründung von Prozeßrechtsverhältnissen mit BGB-Gesellschaften,<sup>318</sup> kann wohl von unüberwindlichen Hindernissen nicht gesprochen werden. Darüber hinaus sollte nicht durch ein zu enges Verständnis der Prüfung des Art. 81 EGV schon hier ein Ende gesetzt werden. Allerdings ist die praktische Relevanz dieser Frage nur gering, denn entweder richtet sich das von Art. 81 EGV ausgesprochene Verbot direkt gegen die wirtschaftliche Einheit oder an die dahinterstehenden rechtsfähigen Mitglieder.<sup>319</sup>

Eine andere Frage ist die Durchsetzbarkeit der Entscheidungen und Verfügungen. Adressat kann natürlich nur ein Rechtsträger sein. Wenn dieser im Einzelfall nicht mit dem Unternehmen im Sinne des Art. 81 EGV identisch ist, so muß sich das entsprechende Urteil oder die Verfügung eben gegen den oder die entsprechenden Rechtsträger wenden. Dies dürfte in der Praxis aber keine großen Schwierigkeiten bereiten, weil nur rechtsfähige Unternehmen Verträge schließen können. Die bei rein tatsächlichem Verhalten entstehenden Zurechnungsprobleme lassen sich, wie die Vergangenheit zeigt,<sup>320</sup> zufriedenstellend lösen, so daß für eine Beschränkung des Unternehmensbegriffs auf rechtsfähige Einheiten keine Notwendigkeit besteht. Dies gewährleistet, daß die Frage der Unternehmenseigenschaft von der nach nationalem Recht zu entscheidenden Frage der Rechtsträgerschaft abgekoppelt wird und so zu europaweit einheitlichen Entscheidungen in diesem Bereich führt.<sup>321</sup>

Zur Vermeidung seiner Umgehung erfaßt Art. 81 EGV neben den Unternehmen auch die Unternehmensvereinigungen, denn sachlich ist eine Vereinbarung zwischen Unternehmen leicht durch einen Beschluß einer Unternehmensvereinigung zu ersetzen.<sup>322</sup> Diesen Begriff erfüllt jede verbandsmäßige Organisation von Unternehmen.<sup>323</sup> Werden solche Organisationen selbst wirtschaftlich aktiv, sind es Unternehmen und nicht Unternehmensvereinigungen.<sup>324</sup> Nur wenn sie ausschließlich die Interessen ihrer Mitgliedsunternehmen koordinieren, sind sie Unternehmensvereinigungen im Sinne des Art. 81 EGV. Auch staatlich angeordnete Vereinigungen von Unternehmen erfüllen den Begriff ebenso wie solche, die neben anderen Funktionen auch eine Aufsichtsfunktion über ihre Mitglieder ausüben,<sup>325</sup> so z.B. die Anwalts-, Ärzte-, Apothekerkammern.

---

<sup>318</sup> diese Probleme sind durch die Anerkennung der Prozeßfähigkeit der BGB-Außengesellschaften durch den BGH (z.B. ZIP 2001, 330, 331) weitgehend gelöst.

<sup>319</sup> Wiedemann-Stockmann, § 7, Rn. 1

<sup>320</sup> Kommission, ABl. 1989 L 74, 1, 15 „PVC“; EuGH Slg. I 1998, 3851, 3895 ff Rs. C-35/96

<sup>321</sup> GTE-Schröter, vor Art. 85, Rn. 26

<sup>322</sup> Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 82; vgl. unten C.I.3.b

<sup>323</sup> FK-Roth/Ackermann, Grundfragen Art. 81, Rn. 72

<sup>324</sup> Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 49

<sup>325</sup> Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 83; EuGH Slg. 1985, 391, 423 (Rn.19) „BNIC ./ Clair“; Slg. 1987, 4808, 4813 (Rn. 13) „BNIC / Aubert“

### 3. Mittel der Beschränkung

Als Mittel der Wettbewerbsbeschränkung nennt Art. 81 EGV die Vereinbarung (agreement/accord), den Beschluß (decision/décision) und – anders als der alte deutsche § 1 – auch das abgestimmte Verhalten (concerted practice/pratiques concertées), im folgenden gemeinsam „Maßnahmen“ genannt. Ebenso, wie der Unternehmensbegriff,<sup>326</sup> sind auch diese Begriffe jeweils als Begriffe des Gemeinschaftsrechts nicht nach nationalem Recht, sondern ausschließlich nach dem Recht der Gemeinschaft auszulegen.<sup>327</sup> Dabei wird einhellig davon ausgegangen, daß die Aufzählung des Art. 81 EGV nicht abschließend ist, sondern auch andere Kombinationen von Unternehmen, Unternehmensvereinigungen und Vereinbarungen, Beschlüssen und abgestimmten Verhaltensweisen dem Kartellverbot unterliegen, so z.B. auch eine vom Wortlaut nicht ausdrücklich umfaßte Vereinbarung zwischen zwei Unternehmensvereinigungen.<sup>328</sup>

#### a.) Vereinbarung

Das Merkmal der Vereinbarung entspricht in etwa dem Merkmal des Vertrages im Sinne des § 1 a.F. Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt eine Vereinbarung vor, wenn die Parteien ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten.<sup>329</sup> Auch im europäischen Kartellbegriff bereitet die Frage, ob eine Vereinbarung nur eine solche ist, die eine rechtliche Bindung der Parteien bewirkt, Schwierigkeiten.

Zum Teil wird davon ausgegangen, daß Vereinbarung im vorliegenden Sinne nur solche Abreden sind, die von Unternehmen „durch individuelles Rechtsgeschäft“<sup>330</sup> geschlossen werden und daher rechtsverbindlich sind oder zumindest aufgrund gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Drucks die Parteien binden.<sup>331</sup> Es wird aber auch die Ansicht vertreten, daß gar keine Bindung von den Parteien beabsichtigt sein muß, sondern jede Verständigung über ein künftiges konkretes Verhalten ausreiche.<sup>332</sup> Dem entspricht auch die neuere Rechtspraxis der Gemeinschaftsorgane.<sup>333</sup>

Meines Erachtens ist eine rechtliche oder faktische Bindung der Parteien nicht entscheidend für die Bejahung einer Vereinbarung. Schließlich wurde der Begriff der Vereinbarung bewußt selbständig, das heißt losgelöst von den jeweiligen

---

<sup>326</sup> (oben C.I.2)

<sup>327</sup> Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 88; FK-Roth/Ackermann, Grundfragen Art. 81, Rn. 76

<sup>328</sup> EuGH Slg. 1975, 563, 583 (Rn. 30f) „FRUBO“; Kommission, ABl. 1994, L 343, 1, (Rn. 44)

„Zement“; Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 49

<sup>329</sup> EuG Slg. II 1991, 1087, 1155 (Rn. 211) „Petrofina“; Slg. II 1992, 1275, 1377f (Rn. 301) „Chemie Linz“

<sup>330</sup> GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 40

<sup>331</sup> EuG Slg. II 1995, 791, 830 (Rn. 95) „Tréfileurope“; Schwarze-Brinker, Art. 81, Rn. 29; Koch in Grabitz/Hilf (Vorausgabe), Art. 85, Rn. 21; GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 46

<sup>332</sup> FK-Roth/Ackermann, Grundfragen, Art. 81, Rn. 86; Stockmann in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 99

<sup>333</sup> EuG Slg. II 1998, 1751, 1777 (Rn. 65) „Mayr-Melnhof“; Slg. II 1991, 867, 1073 (Rn. 120) „Rhône-Poulenc“; Slg. II 1995, 791, 830, (Rn. 95f) „Tréfileurope“; Kommission ABl. 1986, L 230, 1, 26, (Rn. 81) „Polypropylen“; ABl. 1989, L 74, 1, (Rn. 37) „PVC“

Vertragsbegriffen der nationalen Vorschriften interpretiert. Warum dennoch die Vereinbarung eine Bindung enthalten soll, erscheint mir nicht plausibel. Dies lediglich zum Zwecke der Abgrenzung zum abgestimmten Verhalten zu verlangen, wäre reine „Förmelei“.<sup>334</sup>

Die Entscheidung dieses Meinungsstreits ist letztlich nicht erforderlich. Denn auch wenn man der erstgenannten Ansicht folgt, muß man in den Fällen, in denen kein hinreichender Bindungswille der Parteien vorliegt, doch wenigstens von einem abgestimmten Verhalten ausgehen und damit ist der Tatbestand des Art. 81 EGV jedenfalls erfüllt.<sup>335</sup> Daher verfährt die Kommission in ständiger Praxis nach dem Grundsatz der Wahlfeststellung zwischen den Begriffen der Vereinbarung und des abgestimmten Verhaltens,<sup>336</sup> was von den Gerichten bestätigt wurde.<sup>337</sup>

Als Vereinbarungen werden von der Kommission sogar einseitige Maßnahmen einer Partei im Rahmen bestehender vertraglicher Beziehungen angesehen, wenn dadurch und durch die konkludente Zustimmung der anderen Partei bestehende Verträge weiter konkretisiert werden.<sup>338</sup> Dies ist jedoch genaugenommen nichts Besonderes, weil durch konkludente Erklärungen (hier z.B. die Einwilligung in eine Vertragsänderung), jedenfalls nach deutschem Recht, wirksame Verträge im Sinne des Zivilrechts zustande kommen.<sup>339</sup>

Hier ist noch einmal<sup>340</sup> darauf hinzuweisen, daß Vereinbarung im Sinne des Art. 81 EGV nicht nur – wie Verträge im Sinne des § 1 a.F. – horizontale Vereinbarungen meint, sondern auch vertikale Vereinbarungen, insbesondere Austauschverträge, Ausschließlichkeitsbindungen und Vertriebsvereinbarungen, Lizenzverträge, sowie Preis- und Konditionenbindungen umfaßt.

## b.) Beschluß

„Unter Beschluß im Sinne von Art. 81 Abs. 1 ist die aufgrund organisationsrechtlicher Verfahrensregelungen zustande kommende Bildung des Gesamtwillens durch das dafür zuständige Organ zu verstehen.“<sup>341</sup> Zweck der Erfassung von Beschlüssen durch Art. 81 EGV ist, eine Umgehung des Verbots von den Wettbewerb beschränkenden Vereinbarungen zu verhindern. Da es einer Vereinbarung zwischen Unternehmen gleichsteht, wenn diese sich zuerst in einer wie auch immer gearteten Organisation (Verein, Verband, Kartell, etc.) zusammenschließen und dann in der

<sup>334</sup> a.A. Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 58

<sup>335</sup> Schwarze-Brinker, Art. 81, Rn. 32; Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 58

<sup>336</sup> z.B. Kommission, ABl. 1969, L 192, 5, 13f. „Internationales Chininkartell“; ABl. 1994, L 378, 45, 49 „Tretorn“

<sup>337</sup> EuG Slg. II 1992, 757, 882 (Rn. 303); vgl. auch Slg. II 1992, 1275, 1377f (Rn. 300) „Chemie Linz“

<sup>338</sup> Kommission, ABl. 1998, L 124, 60, 79 „VW“; Kommission, ABl. 1990, L 21, 71, 76 „Bayo-n-ox“; EuGH Slg. 1985, 2725, 2743, (Rn. 21) „Ford“; zustimmend z.B. Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 59; a.A. z.B. Schwarze-Brinker, Art. 81, Rn. 30

<sup>339</sup> vgl. statt aller Palandt/Heinrichs, Einf. v. § 116 BGB, Rn. 6, § 305 BGB, Rn. 4

<sup>340</sup> vgl. oben C.I.1.

<sup>341</sup> FK-Roth/Ackermann, Grundfragen Art. 81, Rn. 103; allgemeine Meinung

Form eines Beschlusses ihr Verhalten am Markt koordinieren, mußte auch der Beschluß in Art. 81 EGV aufgenommen werden.

Entsprechend dem oben kurz angeführten Streit zur Frage der rechtlichen Verbindlichkeit einer Vereinbarung ist auch hier umstritten, ob ein Beschluß nur dann Art. 81 EGV unterfällt, wenn er für die Mitglieder der Organisation verbindlich gilt.<sup>342</sup> Auch für den Beschluß legt die Praxis der Gemeinschaft den Begriff weit aus<sup>343</sup> und kommt so zu dem Ergebnis, daß unverbindliche Beschlüsse jedenfalls dann unter Art. 81 EGV fallen, wenn sie einen spürbaren Einfluß auf den Wettbewerb ausüben.<sup>344</sup> Soweit in der Literatur von der Verbindlichkeit als Voraussetzung eines Beschlusses ausgegangen wird, nimmt man an, daß ein unverbindlicher Beschluß jedenfalls als Grundlage eines abgestimmten Verhaltens der Verbandsmitglieder dient, das dann nach Art. 81 EGV verboten ist.<sup>345</sup>

### c.) Abgestimmtes Verhalten

Bei dem Verbot abgestimmten Verhaltens handelt es sich nach allgemeiner Meinung um einen Auffangtatbestand, der immer dann zur Anwendung gelangt, wenn eine Vereinbarung oder ein Beschluß im Sinne des Art. 81 EGV nicht vorliegt.<sup>346</sup> Abgestimmtes Verhalten ist „eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen ..., die zwar noch nicht bis zum Abschluß eines Vertrages im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewußt eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten läßt.“<sup>347</sup>

Voraussetzung für abgestimmtes Verhalten ist, daß die Beteiligten ihren Wettbewerb koordinieren. Unter Koordinierung versteht der EuGH jede unmittelbare oder mittelbare Fühlungnahme zwischen den Unternehmen mit dem Zweck oder der Folge, das Marktverhalten des Mitbewerbers zu beeinflussen oder den Mitbewerber über künftiges eigenes Verhalten ins Bild zu setzen.<sup>348</sup> Von dem bewußten Parallelverhalten – bei dem sich der eine Wettbewerber dem Marktverhalten des anderen anschließt – unterscheidet sich das abgestimmte Verhalten also durch die Koordinierung des Verhaltens vor der Verhaltensanpassung.

Ob das Merkmal des abgestimmten Verhaltens schon mit der Abstimmung oder erst mit der Durchführung des Verhaltens verwirklicht ist, ist heftig umstritten.<sup>349</sup>

---

<sup>342</sup> vgl. einerseits Wiedemann-Stockmann, § 7, Rn. 8; andererseits FK-Roth/Ackermann, Grundfragen Art. 81, Rn. 108

<sup>343</sup> Kommission, ABl. 1985, L 35, 20, 24 „Feuerversicherung“; ABl. 1987, L 43, 51, (Rn. 32) „ABI“; EuGH Slg. 1972, 977, 990 (Rn. 18/22) „Cementhandelaren“

<sup>344</sup> EuGH Slg. 1983, 3369, 3410 (Rn. 20) „IAZ“; Kommission, ABl. 1980, L 260, 24 (Rn. 30ff) „NSAA“

<sup>345</sup> GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 57; Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 63

<sup>346</sup> z.B. Wiedemann-Stockmann, § 7, Rn. 9; Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 106

<sup>347</sup> EuGH Slg. 1972, 619, 658 (Rn. 64/67) „ICI“; Slg. 1975, 1663, 1942 (Rn. 26/28) „Suiker Unie“; Slg. 1981, 2021, 2031 (Rn. 12) „Züchner“

<sup>348</sup> z.B. EuGH Slg. 1975, 1663, 1965f (Rn. 174) „Suiker Unie“; Slg. 1981, 2021, 2031 (Rn. 14) „Züchner“

<sup>349</sup> vgl. die Nachweise bei Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 114

Allerdings ist der Wortlaut des Art. 81 EGV meiner Ansicht nach diesbezüglich ziemlich eindeutig.

Er verbietet nicht die Abstimmung zwischen Unternehmen, sondern nur das abgestimmte Verhalten. Das dagegen vorgebrachte Argument, die Durchführungshandlung beim abgestimmten Verhalten sei nicht erforderlich, weil es schon ausreiche, wenn durch die Abstimmung die Marktbeeinflussung bezweckt werde,<sup>350</sup> überzeugt nicht. Denn es reicht eben nach dem Wortlaut gerade nicht aus, daß sich zwei oder mehr Unternehmen untereinander abstimmen<sup>351</sup> – mit einer Abstimmung ohne Ausführung ist im übrigen schon gedanklich eine Marktbeeinflussung nicht zu bezwecken –, sondern erst die Durchführung erfüllt das Tatbestandsmerkmal. Jede andere Deutung widerspräche dem Wortlaut, der die äußerste Grenze der Auslegung bildet. Jedes andere Ergebnis wäre auch vor den mit Art. 81 EGV verbundenen Sanktionsmöglichkeiten aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht haltbar. Die Notwendigkeit der Durchführung unter Hinweis auf den Zweck der Vorschrift für entbehrlich zu halten überzeugt auch deshalb nicht, weil dies im Ergebnis darauf hinausliefe, eine kartellrechtliche Generalklausel zu schaffen. Dies kann aber, ebenfalls vor dem Hintergrund des Verbotscharakters der Norm, keinen Bestand haben, weil es für die Unternehmen klar vorhersehbar sein muß, ob ein Verhalten, ein Vertrag oder eine Abstimmung verboten ist oder nicht. Jede andere Auslegung würde zur Einführung des Tatbestandes des „groben Unfugs“ im Kartellrecht führen. Läge dem Normgeber daran, schon die Abstimmung ohne deren Durchführung zu verbieten (was – wie oben dargestellt – anders als bei in irgendeiner Form verbindlichen Vereinbarungen oder Beschlüssen sinnlos wäre), so steht es ihm frei, dies unmißverständlich zum Ausdruck zu bringen. Letztlich gehen auch diejenigen Autoren der Literatur, die die Durchführung nicht als Voraussetzung des Tatbestandsmerkmals betrachten, davon aus, daß in einem Verfahren sowohl die Abstimmung als auch die Durchführung zu beweisen sind.<sup>352</sup> Dies ist jedoch widersprüchlich, denn zu beweisen sind in einem Verfahren nur die Voraussetzungen der anzuwendenden Norm. Wenn es also auf die Durchführung nicht ankommt, warum ist sie dann zu beweisen?

#### 4. Wettbewerbsbeschränkung

Auch im europäischen Kartellrecht gibt es – wie im deutschen – keine Definition des Wettbewerbsbegriffs. Unter Hinweis auf die Präambel und Art. 3 lit. g EGV wird aber davon ausgegangen, daß, wie auch im nationalen Kartellrecht, nur der redliche, unverfälschte und wirksame Wettbewerb geschützt wird.<sup>353</sup> Insbesondere der unlautere Wettbewerb unterfällt daher nicht dem Schutz des Kartellrechts.<sup>354</sup>

Art. 81 EGV schützt den Wettbewerb umfassend und keinesfalls nur bei Verwirklichung der in seinem Absatz 1 lit. a) bis e) genannten Fällen, allerdings nur vor Be-

---

<sup>350</sup> vgl. Schröter in GTE, Art. 85, Rn. 67

<sup>351</sup> so auch Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 69

<sup>352</sup> z.B. Schröter in GTE, Art. 85, Rn. 68

<sup>353</sup> Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 83; Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 116; so auch Kommission, ABl. 1990, L 21, 71, (Rn. 40) „Bayo-n-ox“

<sup>354</sup> Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 136

schränkungen durch andere Unternehmen, nicht vor solchen von Staaten. Dem Wettbewerbsgedanken liegt das sogenannte Selbständigkeitspostulat zugrunde. Danach ist davon auszugehen, daß jedes Unternehmen selbständig zu bestimmen hat, wie es auf dem Gemeinsamen Markt vorzugehen gedenkt.<sup>355</sup> Selbstverständlich umfaßt dies den Wettbewerb auf allen Wirtschaftsstufen, den Angebots- wie auch den Nachfragerwettbewerb.<sup>356</sup> Grundsätzlich werden sowohl der inter-brand (Wettbewerb zwischen Anbietern von Waren verschiedener Marken) als auch der intra-brand Wettbewerb (Wettbewerb zwischen Vertreibern von Waren der gleichen Marke) geschützt.<sup>357</sup> Darüber hinaus schützt Art. 81 EGv im Gegensatz zu § 1 GWB nicht nur den horizontalen Wettbewerb, sondern auch den vertikalen Wettbewerb.

#### a.) Wettbewerb im Konzern

Noch immer Probleme bereiten Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Konzernunternehmen. Dies resultiert aus der Vielzahl von konzernrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten.

Unstreitig ist, daß Konzernunternehmen nicht ihre rechtliche Selbständigkeit verlieren und daher weiterhin als Unternehmen im Sinne des Art. 81 EGv zu qualifizieren sind. Daß sie also weiterhin Kartellverträge mit nicht demselben Konzern angehörigen Unternehmen schließen können, ist eindeutig.<sup>358</sup>

Vielgestaltig ist dagegen die Problematik der Wettbewerbsbeschränkung zwischen Konzernunternehmen ein und des selben Konzerns. Hier liegt es – ebenso wie im deutschen Kartellrecht<sup>359</sup> – an der konkreten Ausgestaltung des Konzerns. Es gilt die am Selbständigkeitspostulat orientierte Überlegung, daß Wettbewerb nur dort beschränkt werden kann, wo er tatsächlich oder potentiell besteht. In einem Konzern, in dem die Konzernunternehmen den Weisungen der Konzernleitung unterliegen, ist von einem solchen Wettbewerb nicht auszugehen.<sup>360</sup> Darauf, ob die Konzernleitung von dem Weisungsrecht bisher Gebrauch gemacht hat oder nicht, kann es insoweit nicht ankommen, weil die Konzernleitung jederzeit diese Unternehmenspolitik ändern und Weisungen erteilen kann. Wenn jedoch eine Verhaltenskoordinierung aufgrund einer Weisung zulässig ist, erscheint es nicht sachgerecht, eine letztlich auch auf Weisungen beruhende vertragliche Absprache zwischen den Konzernunternehmen als kartellrechtswidrig zu bezeichnen.<sup>361</sup>

Die Sicht des EuGH zu dieser Frage ist ungeklärt. Dies liegt daran, daß der EuGH hierzu noch nicht ausdrücklich Stellung genommen hat. Gleichwohl deuten einige

---

<sup>355</sup> EuGH Slg. 1981, 2021, 2031, (Rn. 13) „Züchner“; Slg. 1975, 1663, 1965 (Rn. 173f) „Suiker Unie“

<sup>356</sup> EuGH Slg. 1966, 322, 390 „Grundig und Consten“

<sup>357</sup> FK-Roth/Ackermann, Grundfragen Art. 81, Rn. 166

<sup>358</sup> Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 164; Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl., S. 412

<sup>359</sup> vgl. oben B.I.4.c.)

<sup>360</sup> EuGH Slg. 1984, 2999, 3015 (Rn. 11) „Hydrotherm“; Slg. 1988, 2479, 2513 (Rn. 19) „Bodson“; Slg. 1974, 1147, 1168 (Rn. 41) „Centrafarm/Sterling Drug“; Wiedemann-Stockmann, § 8, Rn. 3ff; Calliess/Ruffert, Art. 81, Rn. 85;

<sup>361</sup> Schütz, WuW 1998, 335, 336; Wiedemann-Stockmann, § 8, Rn. 5; Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 168

Autoren den Aufbau einiger Entscheidungen so, daß sie unterstellen, der EuGH würde wohl einen tatsächlichen Gebrauch der Leitungsmacht voraussetzen.<sup>362</sup>

Das früher noch vom EuGH für erforderlich gehaltene Merkmal, daß die Vereinbarung oder das abgestimmte Verhalten der konzerninternen Aufgabenverteilung dienen müsse, wird spätestens seit der Entscheidung „Viho Europe“<sup>363</sup> auch vom EuGH nicht mehr verlangt.

#### b.) Potentieller Wettbewerb

Auch im europäischen Kartellrecht umfaßt der Wettbewerbsbegriff auch den potentiellen Wettbewerb. Potentieller Wettbewerber eines Unternehmens ist, wer zwar nicht mehr oder noch nicht auf dem relevanten Markt tätig ist, von dem dies aber bei einer „wirtschaftlich realistischen Betrachtungsweise“ innerhalb angemessener Zeit erwartet werden kann.<sup>364</sup> Dies sind insbesondere solche Unternehmen, die bisher auf einem sachlich gleichen aber räumlich anderen Markt tätig sind,<sup>365</sup> und solche Unternehmen, die die mit dem Marktzutritt verbundenen Kosten bewältigen können. Die Kommission hat in ihrer Bekanntmachung über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen<sup>366</sup> weitere Kriterien erarbeitet, die bei der Abgrenzung von potentiell zu nicht bestehendem Wettbewerb herangezogen werden können.

Hierbei begegnet die Praxis allerdings den gleichen Schwierigkeiten, die bereits oben zum potentiellen Wettbewerb im Sinne des § 1 a.F. referiert wurden. Insbesondere ist die Frage einer realistischen Einschätzung potentiellen Wettbewerbs fast unmöglich und nahezu beliebig, da es letzten Endes nur auf die zur Verfügung stehenden Mittel ankommt. Wie ebenfalls bereits gesagt,<sup>367</sup> sind diese jedoch für den Einstieg in einen attraktiven Markt in der Regel schnell zu beschaffen.

#### c.) Verfälschung, Einschränkung, Verhinderung des Wettbewerbs

Der wie verstehend beschriebene Wettbewerb wird vor einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung geschützt. Während allgemein davon ausgegangen wird, daß die Verfälschung als Oberbegriff die beiden anderen mit umfaßt,<sup>368</sup> wird in der Literatur darüber nachgedacht, die Verfälschung des Wettbewerbs als eigenständige Alternative zu sehen.<sup>369</sup> Während die Verhinderung die vollständige Aufhebung des Wettbewerbs sein soll<sup>370</sup>, wird in der Einschränkung jede sonstige Art der Wettbewerbsbeschränkung gesehen. Da jedoch alle drei Begriffe in Art. 81 I

<sup>362</sup> vgl. Schütz, WuW 1998, 335, 336; Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 167

<sup>363</sup> EuGH Slg. I 1996, 5457 „Viho Europe“

<sup>364</sup> FK-Roth/Ackermann, Grundfragen Art. 81, Rn. 169

<sup>365</sup> Kommission, ABl. 1977, L 215, 1, Ziff. 4 „Laval/Stork“; ABl. 1980, L 383, 1, 6, Ziff. II.A.2 „Vacuum-Interrupters II“; ABl. 1988, L 52, 51 (Rn. 39) „Olivetti/Canon“

<sup>366</sup> ABl. 1993, C 43, 2ff

<sup>367</sup> vgl. oben unter B.I.1.d.)

<sup>368</sup> z.B. Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 123; L/B-Bunte (8.Aufl.), Art. 85, Rn. 55

<sup>369</sup> z.B. Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl., S. 417

<sup>370</sup> Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl., S. 417

EGV genannt werden, ist diese Frage gänzlich unergiebig und kann dahingestellt bleiben.

#### d.) Spürbarkeit auf dem relevanten Markt

Ebenso wie im deutschen Kartellrecht muß auch eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 81 EGV spürbar sein, daß heißt auf dem relevanten Markt überhaupt wahrgenommen werden.<sup>371</sup>

Die Abgrenzung des relevanten Marktes ist, wie auch im nationalen Kartellrecht, ein schwieriges Problem. Von der Festlegung hängt oft die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft ab. Daher hat die Kommission eine „Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes ...“ veröffentlicht.<sup>372</sup>

Der sachlich relevante Markt wird auch im europäischen Kartellrecht nach dem sogenannten Bedarfsmarktkonzept bestimmt.<sup>373</sup> Entscheidend ist daher die Austauschbarkeit der Produkte aus der Sicht der Abnehmer der entsprechenden Produkte oder Dienstleistungen.<sup>374</sup>

Der räumlich relevante Markt ist das Gebiet, in dem die am Markt beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen abhebt.<sup>375</sup> In der Regel finden sich in der Vereinbarung der Parteien Anhaltspunkte für die räumliche Bestimmung, weil diese den gesamten räumlich relevanten Markt umfassen muß, um als Kartell wirken zu können.<sup>376</sup>

Der zeitlich relevante Markt ergibt sich meist aus der Wirkungskdauer der Maßnahme. Eine Rolle spielt die zeitliche Marktabgrenzung aber ausschließlich dort, wo der betroffene Markt nur zeitweise besteht, wie z.B. bei Messen oder ähnlichen Veranstaltungen.

Die Kommission hat bezüglich der Spürbarkeit von Wettbewerbsbeschränkungen Bekanntmachungen über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Art. 81 (früher 85) EGV fallen, erlassen.<sup>377</sup> Darin werden anhand von Marktanteilen zunächst quantitative Vorgaben gemacht. Unterschreitet der von allen Beteiligten gemeinsam erreichte Marktanteil 5 % im Falle einer horizontalen Vereinbarung und 10 % im Falle einer vertikalen Vereinbarung, so ist die Vereinbarung, der Beschluß

<sup>371</sup> z.B. Jestaedt/Bergau, WuW 1998, 119; EuGH Slg. 1966, 281, 304 „LTM/MBU“; Slg. 1980, 3125, 3270 (Rn. 154) „Van Landewyck“; Slg. 1985, 3812, 3824f (Rn. 44f) „NSO“

<sup>372</sup> ABl. 1997, C 372, 5

<sup>373</sup> Emmerich in I/M EG-WbR, S. 180, Rn. 221f

<sup>374</sup> EuGH Slg. 1973, 215, 248 (Rn. 32ff) „Europemballage“; EuG Slg. II 1995, 1533, 1560 (Rn. 61) „Langnese-Iglo“; Jung in Grabitz/Hilf, Art. 86 EGV, Rn. 30; vgl. auch die Ausführungen oben unter B.I.6.b.) bb.) (1)

<sup>375</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997, C 372, 5, 6

<sup>376</sup> GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 109, mit Nachweisen aus der Praxis; Emmerich in I/M EG-WbR, S. 180, Rn. 230

<sup>377</sup> z.B. ABl. 1997, C 372, 13ff



oder das abgestimmte Verhalten vom Verbot des Art. 81 EGV freigestellt.<sup>378</sup> Ausgeschlossen ist diese Freistellung jedoch bei einigen Klauseln, die von der Kommission in einer „schwarzen Liste“ zusammengefaßt sind.<sup>379</sup> Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, daß diese Kriterien nur eine Richtschnur sind, an die weder die Gerichte noch die Kommission gebunden sind. Es bleibt daher auf jeden Fall bei einer Einzelfallbetrachtung, die sowohl bei Unterschreitung der angegebenen Schwellenwerte die Anwendbarkeit des Art. 81 EGV bejahen, als auch bei Überschreitung der Schwellenwerte die Spürbarkeit der Vereinbarung verneinen kann.<sup>380</sup>

## 5. Zwischenstaatlichkeitsklausel

Die von den Parteien geschlossene Vereinbarung, der Beschluß oder das abgestimmte Verhalten muß den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft beeinträchtigen.

Diese Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt eine Doppelfunktion:<sup>381</sup> Erstens wird durch sie als Kollisionsnorm der Anwendungsbereich des europäischen gegen den des jeweiligen nationalen Wettbewerbsrechts abgegrenzt. Zweitens regelt sie aber auch als Sachnorm den sachlichen Anwendungsbereich des europäischen Kartellverbotes.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das Tatbestandsmerkmal der Zwischenstaatlichkeit erfüllt, „wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen Mitgliedsstaaten beeinflussen kann.“<sup>382</sup>

Die Organe der Gemeinschaft neigen zu einer weiten, in der Literatur zum Teil als zu weit kritisierten<sup>383</sup> Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel. Handel im Sinne dieser Klausel ist nicht nur der Handel mit Waren und der Verkehr mit Dienstleistungen jeder Art, sondern auch z.B. der Geldverkehr.<sup>384</sup>

Die Vereinbarung muß weiter dazu geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Diese Eignung wird bejaht, wenn eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für die Beeinträchtigung spricht.<sup>385</sup> Beeinträchtigung in diesem Sinne ist nicht nur negativ zu verstehen, sondern meint jede positive wie negative Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels.<sup>386</sup> Die so verstandene Beeinträchtigung muß sich unmittelbar oder mittelbar auswirken. Dabei ist unter Umstän-

---

<sup>378</sup> Kommission, a.a.O., 14

<sup>379</sup> Kommission, a.a.O., 14f

<sup>380</sup> Kommission, a.a.O., Rn. 3

<sup>381</sup> allgemeine Meinung, vgl. z.B. GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 163; Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 205, jeweils m.w.N.

<sup>382</sup> EuGH Slg. 1966, 281, 303 „LTM / MBU“; ähnlich auch Slg. 1985, 2545 (Rn. 22) „Remia“

<sup>383</sup> Gleiss/Hirsch, Art. 85, Rn. 238

<sup>384</sup> EuGH Slg. 1981, 2021, 2032 „Züchner / Bayerische Vereinsbank“; so auch EuG Slg. II 1999, 161, 172 (Rn. 23ff) „BAGNASCO“

<sup>385</sup> EuGH Slg. 1980, 2511, 2536 „Lancôme“

<sup>386</sup> EuGH Slg. 1967, 543, 555 „De Haecht“; Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 208, m.w.N.

den nicht nur der einzelne Vertrag, sondern, falls dieser in einem Zusammenhang mit anderen Verträgen geschlossen wurde, der Vertrag der Parteien im Gesamtzusammenhang und unter Umständen auch im Zusammenhang mit Verträgen Dritter zu sehen (sogenannte Bündeltheorie).<sup>387</sup>

## 6. Zweck oder Wirkung

Die von den Parteien geschlossene Vereinbarung, der Beschluß oder das abgestimmte Verhalten der Parteien müssen entweder zum Zwecke der Beeinträchtigung des Wettbewerbs geschlossen worden sein oder diese Beeinträchtigung – wenn auch ungewollt – bewirken.

Anders als im alten deutschen Kartellbegriff des § 1 a.F. ist daher ein besonderes Verhältnis der Maßnahme zur Wettbewerbsbeschränkung nicht erforderlich.<sup>388</sup> Die Merkmale „bezwecken“ und „bewirken“ sind nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH und der einhelligen in der Literatur vertretenen Auffassung als Alternativen anzusehen.<sup>389</sup> Bezwecken die Parteien mit der Vereinbarung gerade die Beeinträchtigung des Wettbewerbs, kann daher auf eine Prüfung der Wirkung verzichtet werden.<sup>390</sup> Wegen dieser Alternativität wird auf eine genaue Unterscheidung in der Praxis nicht selten verzichtet und schlicht festgestellt, daß eine Vereinbarung die Wettbewerbsbeschränkung bezwecke oder bewirke.<sup>391</sup>

Der Zweck der Maßnahme ist grundsätzlich objektiv zu beurteilen und nicht an dem von den Parteien verfolgten Zweck zu messen.<sup>392</sup> Bei seiner Bestimmung sind auch die Umstände des Zustandekommens der Maßnahme in einer Gesamtschau zu berücksichtigen. Einer Realisierung der mit der Maßnahme bezweckten Wettbewerbsbeschränkung bedarf es nicht. Daher wird in der Literatur insoweit auch von einem Gefährdungstatbestand gesprochen.<sup>393</sup> Allerdings muß die mit der Maßnahme bezweckte Wettbewerbsbeschränkung spürbar sein.<sup>394</sup>

Dagegen ist bei Annahme einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung deren tatsächlicher Eintritt zu prüfen. Die Wirkung ist zu überprüfen, indem man den Markt wie er ohne die entsprechende Maßnahme gegeben wäre mit dem nun tatsächlich vorgefundenen Markt vergleicht.<sup>395</sup> Dabei ist eine Kausalität der Maßnahme zur Wettbewerbsbeschränkung zu fordern, welche jedoch durch ein Adäquanzkriterium

---

<sup>387</sup> Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl., S.401; Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 222; L/B-Bunte (8.Aufl.), Art. 85 gen.Prinz., Rn. 98; Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 91

<sup>388</sup> vgl. oben die Ausführungen zur Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie, B.I.5.

<sup>389</sup> EuGH Slg. 1966, 281, 303 „LTM / MBU“; GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 111; FK-Roth/Ackermann, Grundfragen Art. 81, Rn. 234

<sup>390</sup> EuGH Slg. 1985, 391, 423 (Rn. 22) „BNIC / Clair“; Slg. 1966, 281, 303f „LTM/MBU“; Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 105; Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl., S. 418

<sup>391</sup> L/B-Bunte, Art. 85, gen.Prinz., Rn. 57

<sup>392</sup> Schwarze-Brinker, Art. 81, Rn. 38; FK-Roth/Ackermann, Grundfragen Art. 81, Rn. 237; Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 141; Kommission, ABl. 1990, L 21, 71, 76 „Bayon-ox“

<sup>393</sup> Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 142; GTE-Schröter, Art. 81, Rn. 111

<sup>394</sup> GTE-Schröter, Art. 81, Rn. 111; Schwarze-Brinker, Art. 81, Rn. 39

<sup>395</sup> EuGH Slg. 1966, 281, 304 „LTM / MBU“; Emmerich in I/M EG-WbR, S. 187 (Rn. 249)

korrigiert werden muß.<sup>396</sup> Wettbewerbsbeschränkungen, die nur aufgrund ganz außergewöhnlicher und von den Parteien nicht voraussehbarer Umstände eingetreten sind, können die Anwendbarkeit des Art. 81 EGV nicht begründen.

Als durch die Maßnahme bewirkt sind auch solche Wettbewerbsbeschränkungen anzusehen, die nicht auf einer einzelnen Maßnahme beruhen, sondern erst im Zusammenhang mit anderen Verträgen, die zwischen den Parteien oder auch zwischen Dritten geschlossen wurden, wettbewerbsbeschränkend wirken (sogenannte Bündeltheorie). Die Maßnahme ist in ihrem tatsächlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhang zu würdigen.<sup>397</sup>

## 7. Rule of Reason

In der Anwendungspraxis zu Art. 81 EGV ist weitgehend anerkannt, daß auch der Art. 81 I EGV aufgrund seiner großen Weite einer Einschränkung bedarf,<sup>398</sup> weil es wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen gibt, deren positive Wirkungen die negativen weit überwiegen (z.B. im Gesundheitswesen oder Naturschutz). Andere Vereinbarungen im Sinne des Art. 81 I EGV sind von der Rechtsordnung nicht nur zugelassen, sondern werden von ihr sogar gefordert (z.B. die Wettbewerbsverbote für Gesellschafter und Handelsvertreter). Diese Einschränkung wird nicht erst im Rahmen einer Freistellung nach Art. 81 III EGV vorgenommen, sondern es wird versucht, durch die Einführung einer „rule of reason“ nach dem Vorbild im amerikanischen Kartellrecht einzelne Sachverhalte durch eine sinnvolle Anwendung des Tatbestandes bereits tatbestandsmäßig von Art. 81 I EGV auszunehmen.

Obwohl der EuGH eine umfassende Prüfung der Auswirkungen einer Vereinbarung auf den Wettbewerb im Sinne einer rule of reason ausdrücklich ablehnt,<sup>399</sup> wird in diversen Entscheidungen des EuGH und des EuG deutlich, daß doch eine Prüfung der Wettbewerbsauswirkungen der Maßnahme im Einzelfall vorgenommen wird. Hintergrund ist, daß die Kommission als ausschließlich zuständiges Organ für die Freistellung einer Maßnahme nach Art. 81 III EGV gar nicht über die notwendigen personellen Kapazitäten verfügt, um jede Maßnahme einzeln nach Art. 81 III EGV freizustellen.<sup>400</sup>

Bei der Anwendung der rule of reason sind inzwischen mehrere Fallgruppen erkennbar herausgearbeitet worden, von denen einige auch im deutschen Kartellrecht unter dem Stichwort „Immanenztheorie“ diskutiert werden. Dies sind zum Beispiel die in Unternehmensveräußerungs-, Gesellschafts- und Handelsvertreter-

---

<sup>396</sup> Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 144; Emmerich in I/M EG-WbR, S. 187 (Rn. 248); GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 116; Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 109

<sup>397</sup> z.B. EuGH Slg. 1966, 281, 303 „LTM / MBU“; Gleiss/Hirsch, Art. 85, Rn. 161

<sup>398</sup> vgl. zur rule of reason insbesondere Ackermann, S. 11ff, sowie z.B. Fritzsche, ZHR 1996, 31, 58; Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 147ff; dagegen, nur Emmerich in I/M EG-WbR, S. 190 (Rn. 259) und ders., Kartellrecht, 8. Aufl., S. 420

<sup>399</sup> EuGH Slg. 1966, 321, 390 „Consten und Grundig“

<sup>400</sup> Dieses praktische Erfordernis übersieht Emmerich bei seiner dogmatisch sicher berechtigten Kritik (vgl. Fn. <sup>398</sup>); zu den anderen Techniken der Arbeitsentlastung der Kommission vgl. unten C.III.2.

verträgen enthaltenen Wettbewerbsverbote.<sup>401</sup> Als weitere Fallgruppen werden z.B. die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft angesehen, wenn dies zum Zwecke der Durchführung eines Großauftrages, der von den einzelnen Unternehmen allein nicht ausgeführt werden könnte, erfolgt,<sup>402</sup> oder auch der Abschluß von Exklusivvereinbarungen zum Zwecke der Markterschließung.<sup>403</sup> In den letztgenannten Fällen liegt gar keine Beschränkung, sondern eine Vermehrung des Wettbewerbs durch das Auftreten neuer Teilnehmer am Markt vor.

Die tatsächliche Einführung einer rule of reason wird – soweit ersichtlich – nur von Emmerich kritisch bewertet.<sup>404</sup> Er verweist darauf, daß die notwendigen Freistellungen auch im Rahmen des Art. 81 III EGV vorgenommen werden könnten. Daß jedoch die Einführung einer rule of reason zu einer Dezentralisierung der Kompetenzen der Kommission führen würde und so diese ihr Augenmerk besser auf die wirklich komplizierten Fälle richten könnte, erkennt Emmerich nicht als positiv an. Allerdings liegt in der Dezentralisierung auch die Gefahr. Wenn schon heute die Vielzahl der Entscheidungen ein System in den Entscheidungen kaum noch erkennen läßt, würde dies sicher noch unübersichtlicher werden, wenn nicht nur die Kommission, das EuG und der EuGH, sondern auch alle ordentlichen Gerichte aller Mitgliedsstaaten der EU über diese Fragen entscheiden könnten (und müßten). Obwohl sich in der Praxis der EU einige Fallgruppen klar herausgebildet haben und diese zum Teil in den Gruppenfreistellungsverordnungen berücksichtigt worden sind, wäre dieser Schritt den juristischen Beratern nicht zu wünschen, weil sich dann eine sichere Einordnung z.B. von Klauseln in „kartellrechtswidrig“ oder „kartellrechtskonform“ kaum mehr leisten ließe.<sup>405</sup>

## II. Regelbeispiele des Art. 81 I EGV

In seinem Absatz eins zählt Art. 81 EGV einige Beispiele von wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen auf. Diese Aufzählung ist jedoch keinesfalls abschließend, wie sich schon aus dem Wort „insbesondere“ schließen läßt.<sup>406</sup> Sie stellt auch kein per-se Verbot dar, sondern schafft lediglich die gesetzliche Vermutung für eine Maßnahme im Sinne des Art. 81 I EGV. Eine Freistellung durch die Kommission nach Art. 81 III EGV bleibt möglich.<sup>407</sup> Daneben müssen auch in diesen Fällen die weiteren Tatbestandsmerkmale vorliegen.<sup>408</sup>

---

<sup>401</sup> vgl. FK-Roth/Ackermann, Grundfragen Art. 81, Rn. 257; oder Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 118ff, zu deren Einordnung anhand der Immanenztheorie vgl. oben B.II.1.a.)

<sup>402</sup> Kommission, ABl. 1988, L 311, 36, 38 „Eurotunnel“

<sup>403</sup> Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn 150ff

<sup>404</sup> Emmerich in I/M EG-WbR, S. 190 (Rn. 259) und ders. Kartellrecht, 8. Aufl., S. 420; andere Autoren wollen nicht von der rule of reason sprechen, stimmen dem Ergebnis aber zu: z.B. Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 117

<sup>405</sup> so auch Fritzsche, ZHR 1996, 31, 58

<sup>406</sup> allg. Meinung, vgl. z.B. Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 175

<sup>407</sup> EuGH Slg. 1985, 2015, 2046 „Binon / AMP“

<sup>408</sup> Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 133

## 1. Preisbindungsverbot (lit. a)

„... verboten sind ... insbesondere die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- und Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen“ (lit. a).

Verboten ist hiernach jede Form von Preisbindungen. Dies gilt für vertikale Preisbindungen, die etwa ein Hersteller seinen Händlern auferlegt, ebenso wie für horizontale Preisbindungen zwischen Wettbewerbern im Sinne eines klassischen Preiskartells.<sup>409</sup> Auch die Festlegung von Ankaufspreisen und Rabatten sowie die gemeinsame Gestaltung von Geschäftsbedingungen ist nach lit. a verboten. Selbst die indirekte Beeinflussung der Preisbildungsfreiheit von beteiligten Unternehmen, z.B. durch die Vereinbarung von Kalkulationsschemata oder Preismeldesystemen, stellt eine Bindung von Preisen im Sinne des lit. a) dar. Weil es sich bei der Gestaltung der Preise für eine Ware oder eine Dienstleistung in der Regel wohl um den wichtigsten Entscheidungsparameter handelt, wird das Preisbindungsverbot in der Praxis sehr weit ausgelegt.<sup>410</sup> Verboten ist jede Absprache, die das Unternehmen in seiner Freiheit Preise und Konditionen bei seinen Geschäften mit Dritten frei zu bestimmen beeinträchtigt.<sup>411</sup>

## 2. Verbot der Einschränkung oder Kontrolle über die Erzeugung ... (lit. b)

„... verboten sind ... insbesondere ... die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen“ (lit. b).

Dieses Verbot schützt die unternehmerische Selbständigkeit eines Unternehmens über den gesamten Lebenszyklus seiner Produkte oder seiner Dienstleistungen.

Im Bereich der Erzeugung werden nach lit. b) verbotene Absprachen oft in Spezialisierungsvereinbarungen getroffen und dadurch wird faktisch eine sachliche Aufteilung der Märkte erreicht. In der Praxis wesentlich wichtiger sind aber die Absprachen über die Einschränkung des Absatzes. Hier reichen die Erscheinungsformen von der einfachen Festlegung der Liefermengen pro Unternehmen (entweder absolut oder nach Quoten) über Kundenaufteilungen und zeitliche Verkaufsbeschränkungen bis zu Alleinvertriebs- und Alleinbezugsverpflichtungen.<sup>412</sup> Unter Einschränkungen im Bereich der technischen Entwicklung wird nicht nur die Verhinderung neuer Entwicklungen, sondern auch die Beeinträchtigung ihrer Verbreitung verstanden.<sup>413</sup> Solche Einschränkungen finden sich z.B. in Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen, wenn es den daran beteiligten Unternehmen verboten ist, neben der gemeinschaftlichen Forschung auch noch eigenständig an der gleichen Entwicklung zu arbeiten.<sup>414</sup> Auch in Lizenzverträgen anzutreffende

<sup>409</sup> Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 177; Emmerich in I/M EG-WbR, S. 199 (Rn. 8)

<sup>410</sup> vgl. z.B. die Nachweise aus der Praxis bei GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 130ff

<sup>411</sup> GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 130

<sup>412</sup> wegen weiterer Beispiele wird auf die einschlägige Kommentarliteratur verwiesen, z.B. Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 184; GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 147ff; Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 126ff

<sup>413</sup> Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 186

<sup>414</sup> vgl. hierzu Art. 4 Abs. 1 der Gruppenfreistellungsverordnung F & E (VO Nr. 418/85, ABl. 1985, L 53, 5); sowie Kommission: „Bekanntmachung über Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander

Klauseln, nach denen es dem Lizenzgeber untersagt ist, die lizenzierten Produkte in das Gebiet eines seiner Lizenznehmer zu liefern, beeinträchtigen die Verbreitung technischer Entwicklungen im Sinne der lit. b).

Abreden über die Einschränkung von Investitionen beschränken die beteiligten Unternehmen in ihrer Freiheit, z.B. die zukünftigen Produktionsanlagen zu errichten und dadurch zu anderen Unternehmen erstmals – oder durch Ausweitung der vorhandenen Kapazitäten verstärkt – in Wettbewerb zu treten. Erfasst werden hier insbesondere die Verbote von Produktionserweiterungen,<sup>415</sup> aber auch Meldesysteme von Investitionsvorhaben.

### **3. Verbot der Aufteilung der Märkte (lit. c)**

„... verboten sind ... insbesondere ... die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen“ (lit. c).

Geschützt werden soll hierdurch vor allem der Gemeinsame Markt der Union vor den Versuchen von Unternehmen, auf dem von politischen Grenzen befreiten Gemeinsamen Markt die alten nationalen Märkte wieder gegeneinander abzuschotten.<sup>416</sup>

Das Verbot richtet sich aber keinesfalls nur gegen die geographische Aufteilung von Märkten, sondern auch z.B. gegen eine kunden- oder produktbezogene Marktabgrenzung.<sup>417</sup> Hierbei kommt es mitunter zu Überschneidungen mit dem in lit. b) ausgesprochenen Verbot der Einschränkung oder der Kontrolle des Absatzes.<sup>418</sup> Um auch den Nachfragewettbewerb auf dem Markt für Vorprodukte zu erfassen, wurde zudem die Aufteilung der Versorgungsquellen verboten. Dies führt dazu, daß auch Absprachen von Lieferanten und ihren Abnehmern über die Verwendung der gelieferten Waren verboten sind, wenn darin dem Abnehmer z.B. untersagt ist, die Waren an bestimmte Dritte weiterzuveräußern<sup>419</sup> oder diese zu exportieren.<sup>420</sup> Mit einer solchen Abrede werden nämlich die Versorgungsquellen Dritter aufgeteilt.

### **4. Diskriminierungsverbot (lit. d)**

„... verboten sind ... insbesondere ... die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden“ (lit. d)

Das Diskriminierungsverbot in lit. d) erfaßt nicht grundsätzlich jede Ungleichbehandlung, sondern nur eine solche, die auf der Grundlage einer Maßnahme gegenüber einem Dritten erfolgt. Ungleichbehandlungen, die ohne auf einer Maßnahme zu

---

abgestimmte Verhaltensweisen, die eine zwischenbetriebliche Zusammenarbeit betreffen“, ABl. 1968, C 75, 3, 5

<sup>415</sup> Kommission, ABl. 1984, L 220, 27, 33f, insb. 38 „Zinc Producer Group“

<sup>416</sup> Emmerich in I/M EG-WbR, S. 216 (Rn. 71); Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 189

<sup>417</sup> Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 141

<sup>418</sup> Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 191

<sup>419</sup> Kommission, ABl. 1990, L 21, 71, 76 „Bayo-n-ox“

<sup>420</sup> Kommission, ABl. 1985, L 35, 58, 62 „John Deere“

beruhen nur von einem einzelnen Unternehmen vorgenommen werden, können zwar unter Art. 82 EGV fallen, erfüllen jedoch nicht den Beispielsfall des lit. d).<sup>421</sup> Ein allgemeines Diskriminierungsverbot ist dem EGV fremd.<sup>422</sup>

Eine Ungleichbehandlung im Sinne des lit. d) liegt vor, wenn Geschäftspartner trotz gleichwertiger Leistungen ungleich oder aber trotz ungleichwertiger Leistungen gleich behandelt werden. Entscheidendes Gewicht erlangt damit die Frage, ob Leistungen gleichartig sind oder nicht. Dabei wird in erster Linie auf die Art, die Qualität und die Quantität der gehandelten Waren oder Dienstleistungen abgestellt.<sup>423</sup> Auch die unterschiedlichen Stellungen von Abnehmern in einem Absatzsystem darf z.B. ein Hersteller berücksichtigen. In der Praxis kommt es häufig zu Überschneidungen mit den anderen Regelfällen. So liegt z.B. in der Absprache überhöhter Preise gegenüber einem Nachfrager auch ein Verstoß gegen das in lit. a) ausgesprochene Verbot. Nicht von lit. d) erfaßt wird jedoch die härteste Diskriminierung eines Handelspartners, nämlich der völlige Liefer- oder Nachfrageboykott. Dieser bleibt jedoch gegebenenfalls nach Art. 81 I EGV verboten.

### **5. Verbot von Kopplungsgeschäften (lit. e)**

„... verboten sind ... insbesondere ... die an den Abschluß von Verträgen geknüpfte Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen“ (lit. e).

Während eine Diskriminierung im Sinne des lit. d) nur vorliegt, wenn sie von mehreren Unternehmen zu Lasten eines Dritten erfolgt, kann ein verbotenes Kopplungsgeschäft nach lit. e) auch von einem einzelnen Unternehmen mit einem anderen Unternehmen wirksam abgeschlossen werden.<sup>424</sup> Gleichwohl muß aber die Kopplung auf eine Maßnahme zwischen Unternehmen zurückführbar sein.<sup>425</sup> Maßgeblichen Einfluß auf die Frage, ob Waren üblicherweise zusammen gehandelt werden oder ob die Kopplung einem sachlichen Grund entspricht, hat der in dem entsprechenden Wirtschaftszweig bestehende Handelsbrauch. Ein sachlicher Grund für eine Koppelung besteht zum Beispiel dann, wenn dies aufgrund der Qualitätssicherung oder der Produktsicherheit unbedingt erforderlich erscheint.<sup>426</sup>

In der Praxis sind die Fälle des lit. e) recht rar geblieben bzw. decken sich meist mit solchen Fällen, die unter Anwendung des Art. 82 II lit. d) abgehandelt werden. Meist sind es Hersteller von Investitionsgütern, die versuchen, über die Kopplung auch weitere Dienstleistungen oder die zum Betrieb der Investitionsgüter erforderlichen

<sup>421</sup> EuG Slg. II 1995, 17, Rn. 61 „Viho Europe“; FK-Roth/Ackermann, Grundfragen Art. 81, Rn. 298

<sup>422</sup> allg. Meinung, vgl. z.B. Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 143

<sup>423</sup> z.B. Kommisson, ABl. 1982, L 232, 1, 22 „SSI“; ABl. 1988, L 233, 15, 20, 23 „BDTA“

<sup>424</sup> umstritten FK-Roth/Ackermann, Grundfragen Art. 81, Rn. 298; Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81, Rn. 201; GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 162; a.A. Gleiss/Hirsch, Art. 85, Rn. 400; Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 144; Koch in Grabitz/Hilf (Vorausgabe), Art. 85, Rn. 135

<sup>425</sup> GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 162

<sup>426</sup> Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 145

Verbrauchsmaterialien und Waren zu vertreiben.<sup>427</sup> Auch die Integration von Microsofts „Explorer“ in das Betriebssystem Windows 98 ließe sich an dieser Norm messen. Daß bei einer solchen Koppelung natürlich die konkurrierenden Anbieter dieser Waren oder Dienstleistungen vom Wettbewerb ausgeschlossen werden, versteht sich von selbst.

### III. Rechtsfolgen

Verstöße gegen Art. 81 I EGV haben zivilrechtliche Wirkungen, verwaltungsrechtliche Folgen und können die Verhängung von Bußgeldern nach sich ziehen.

#### 1. Grundsatz

Nach Art. 81 II EGV sind Vereinbarungen und Beschlüsse, die gegen Art. 81 I EGV verstoßen grundsätzlich nichtig.

##### a.) Zivilrechtliche Folgen

##### aa.) Nichtigkeit

Diese zivilrechtliche Nichtigkeit bedarf keiner gesonderten Feststellung und folgt, wenigstens für die sogenannten Neukartelle,<sup>428</sup> unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes des Art. 81 I EGV. Die Nichtigkeit besteht von Anfang an, erfaßt aber nicht unbedingt den gesamten Vertrag, sondern nur die entsprechende Klausel. Ob der Vertrag im Ganzen der Nichtigkeit anheimfällt oder nur die wettbewerbsbeschränkende Klausel, ist Frage des Einzelfalls und bestimmt sich danach, ob sich der nichtige Teil von dem übrigen (wirksamen) Teil abtrennen läßt.<sup>429</sup> Die Wirksamkeit des verbleibenden Teils ist dann am anwendbaren nationalen Recht zu messen.<sup>430</sup> Daher ist bei anwendbarem deutschem Recht gemäß § 139 BGB in der Regel von der Gesamtnichtigkeit des Vertrages auszugehen. Hierzu gelten die allgemeinen Grundsätze.

Jedermann (auch die Vertragsparteien) kann sich auf die Nichtigkeit berufen, der Einwand der Arglist oder der Treuwidrigkeit kann nicht erhoben werden, weil Art. 81 EGV im öffentlichen Interesse erlassen wurde.<sup>431</sup>

---

<sup>427</sup> Kommission, ABl. 1988, L 65, 19, 35ff „Hilti“; Kommission, ABl. 1992, L 72, 1, 23ff „Tetra Pak II“

<sup>428</sup> wegen der vor dem 13.03.1962 geschlossenen sogenannten Altkartelle, die grundsätzlich wirksam blieben aber angemeldet werden mußten und dann im Einzelfall von der Kommission verboten werden konnten vgl. die Kommentarliteratur z.B. Gleiss/Hirsch, Art. 85, Rn. 1734ff; GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 213ff jeweils m.w.N.

<sup>429</sup> Gleiss/Hirsch, Art. 85, Rn. 1711ff; EuGH Slg. 1966, 281, 304 „LTM/MBU“; Slg. 1966, 322, 392 „Grundig/Consten“

<sup>430</sup> EuGH Slg. 1966, 281, 304 „LTM/MBU“; Slg. 1983, 4172, 4184 (Rn. 11) „Soc. De Vente de Cements et Bétons“; WuW/E BGH 2565, 2569 „Schaumstoffplatten“; Semler/Bauer, DB 2000, 193; GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 207; Schwarze-Brinker, Art. 81, Rn. 63

<sup>431</sup> BGH NJW 1972, 2180, 2183 „Eiskonfekt I“; Wiedemann-Dieckmann, § 40, Rn. 5; Schwarze-Brinker, Art. 81, Rn. 64 m.w.N.



Die Nichtigkeit einer Klausel ist absolut und zeitlich unbegrenzt. Die nichtige Vereinbarung oder der nichtige Beschluß gilt weder zwischen den Teilnehmern des Kartells noch gegenüber Dritten. Die Nichtigkeitsfolge des Art. 81 II EGV schlägt aber nicht auf die Ausführungs- und Folgeverträge, die von Kartellmitgliedern mit Dritten geschlossen worden sind, durch.<sup>432</sup> Umstritten ist allerdings die Rückabwicklung von Gesellschaftsverträgen, die gegen Art. 81 EGV verstoßen.<sup>433</sup> Wenn nicht der Vertrag durch die Bejahung von Trennbarkeit der wettbewerbswidrigen Klausel vom Rest des Gesellschaftsvertrags insgesamt erhalten werden kann, so erscheint mir – genau wie im deutschen Recht<sup>434</sup> – der durch Art. 81 EGV gewollte Schutz der Allgemeininteressen einer Auflösung der Gesellschaft nach den Regeln der fehlerhaften Gesellschaft im Wege zu stehen.

Die Klausel ist von Anfang an nichtig, ohne daß es hierzu einer Entscheidung eines Gerichts oder einer Behörde bedarf.<sup>435</sup> Auch eine Anmeldung des Kartells bei der Kommission zeitigt keine aufschiebende Wirkung.<sup>436</sup> Die Parteien praktizieren die Vereinbarung oder den Beschluß bis zur Freistellung durch die Kommission „auf eigene Gefahr“.<sup>437</sup>

Allerdings verlangt gegebenenfalls der Grundsatz der Rechtssicherheit, daß die langen Bearbeitungszeiten einer Freistellung durch die Kommission berücksichtigt werden müssen. Nach der Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit mit den Gerichten der Mitgliedsstaaten<sup>438</sup> und der Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten bei der Bearbeitung von Fällen im Anwendungsbereich der Artikel 85 und 86 (jetzt 81 und 82, Anm. d. Verf.) des Vertrages<sup>439</sup> muß gegebenenfalls das nationale Gericht das Verfahren aussetzen, bis eine Entscheidung der Kommission über die Freistellung getroffen ist. Grundsätzlich hat das nationale Gericht Art. 81 EGV als unmittelbar geltendes Recht von Amts wegen zu beachten.<sup>440</sup>

Es kann, wenn „die Voraussetzungen des Art. 81 Absatz 1 (EGV) offensichtlich nicht erfüllt sind und ... somit kaum die Gefahr einer anderslautenden Entscheidung der Kommission“ besteht, das Verfahren fortsetzen und über den streitigen Vertrag entscheiden.<sup>441</sup> Umgekehrt kann es die Wirksamkeit der Maßnahme verneinen, wenn „unter Berücksichtigung der Freistellungsverordnungen und der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission“ eine Freistellungsentscheidung für den Vertrag nicht in Betracht kommt.<sup>442</sup>

---

<sup>432</sup> GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 208; Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 147

<sup>433</sup> vgl. z.B. die Hinweise bei Wiedemann-Dieckmann, § 40, Rn. 4

<sup>434</sup> vgl. oben B.III.2.

<sup>435</sup> Art. 1 VO Nr. 17; FK-Baur/Weyer, Zivilrechtsfolgen Art. 81, Rn. 33ff; Schwarze-Brinker, Art. 81, Rn. 65

<sup>436</sup> EuGH Slg. 1973, 77, 87 (Rn. 10/13) „Haecht II“

<sup>437</sup> EuGH Slg. 1973, 77, 87 (Rn. 10/13) „Haecht II“

<sup>438</sup> ABl. 1993, C 39, 6ff

<sup>439</sup> ABl. 1997, C 313, 3ff

<sup>440</sup> Schwarze-Brinker, Art. 81, Rn. 62

<sup>441</sup> EuGH Slg I 1991, 935, 993, Rn. 50 „Delimitis“;

<sup>442</sup> EuGH Slg I 1991, 935, 993, Rn. 50 „Delimitis“; GTE-de Bronett, Art. 87, Zweiter Teil, Rn. 10

Die nationalen Gerichte sind nur an bereits erfolgte Freistellungen der Kommission gebunden, nicht jedoch an sogenannte *comfort-letters*, in denen die Kommission erklärt, daß ein Anlaß zum Einschreiten gegen eine Maßnahme nicht bestehe. Anders als die formelle Freistellung nach Art. 81 III EGV hat ein *comfort-letter* keine deklaratorische Wirkung und bindet daher die nationalen Gerichte nicht.

#### bb.) Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche

Neben der Nichtigkeit als Folge eines Verstoßes gegen Art. 81 EGV stellt das Gemeinschaftsrecht keine weiteren zivilrechtlichen Regelungen wie z.B. Schadensersatz oder Unterlassungsansprüche zur Verfügung<sup>443</sup>. Diese müssen dem jeweils anwendbaren nationalen Recht entnommen werden.<sup>444</sup> Die in den Art. 81 I, 82 EGV enthaltenen Verbote schützen zwar auch den Wettbewerb als Institution, sind aber „ihrer Natur nach geeignet ..., in den Beziehungen zwischen einzelnen unmittelbare Wirkungen zu erzeugen, unmittelbar in deren Personen Rechte entstehen (zu lassen), welche die Gerichte der Mitgliedsstaaten zu wahren haben.“<sup>445</sup> Art. 81, 82 EGV sind damit „Schutzgesetz“ im Sinne des § 823 II BGB,<sup>446</sup> weshalb hier auf die oben zum deutschen Recht gemachten Ausführungen verwiesen werden kann. Auch die Unterlassungsansprüche regeln sich nach dem jeweils geltenden nationalen Recht. Als Anspruchsgrundlagen kommen nach deutschem Recht insbesondere §§ 823 II und 1004 BGB sowie Normen aus dem UWG in Betracht.<sup>447</sup>

#### b.) Bußgeldrechtliche Folgen

Neben der zivilrechtlichen Folge der Nichtigkeit, die z.B. in Fällen von *Gentlemen's Agreements* ohnehin ins Leere zielt, und von Schadensersatzansprüchen, hat der Verstoß gegen Art. 81 EGV auch zur Folge, daß die am Kartell Beteiligten mit Ordnungsgeldern zur Aufgabe ihrer wettbewerbsfeindlichen Unternehmenspolitik angehalten werden können. Voraussetzung hierfür ist, daß die Unternehmen vorsätzlich gehandelt haben. Zur Annahme von Vorsatz soll schon die bloße Kenntnis der Tatbestandsmerkmale der fraglichen Maßnahme ausreichen.<sup>448</sup> Hier entfaltet nun eine Anmeldung des Kartells seine bedeutendste Wirkung: Solange das angemeldete Kartell nicht von der Kommission untersagt ist, sind zwar möglicherweise die geschlossenen Verträge nichtig, aber die Kommission ist in dieser Zeit gehindert, gegen die das Kartell praktizierenden Mitglieder ein Bußgeld zu verhängen.<sup>449</sup>

<sup>443</sup> WuW/E BGH 1643, 1645 „BMW-Importe“

<sup>444</sup> Kommission, ABl. 1973, C 67, 54, 55; GTE-Schröter, Art. 85, 235; Gleiss/Hirsch, Art. 85, Rn. 1723; Wiedemann-Dieckmann, § 40, Rn. 22; Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 149

<sup>445</sup> z.B. EuGH Slg. 1974, 51, 62 (Rn. 15/17) „BRT I“; 1980, 2481, 2500 (Rn. 13) „Estée Lauder“

<sup>446</sup> WuW/E BGH 1643, 1645 „BMW-Importe“; WuW/E BGH 2451, 2457 „Cartier Uhren“; Karsten Schmidt in I/M EG-WbR, S. 319, Rn. 76; GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 236; Wiedemann-Dieckmann, § 40, Rn. 22; Gleiss/Hirsch, Art. 85, Rn. 1724

<sup>447</sup> Calliess/Ruffert, Art. 81, Rn. 149; Schwarze-Brinker, Art. 81, Rn. 64

<sup>448</sup> z.B. EuGH Slg. 1983, 1825, 1907 „MDF“

<sup>449</sup> Wiedemann-Dieckmann, § 43, Rn. 30f

Dies ist deshalb so bedeutend, weil die von der Kommission verhängten Bußgelder noch deutlich höher sind als die vom deutschen Bundeskartellamt bisweilen verhängten Summen und selbst große Unternehmen bisweilen empfindlich treffen.<sup>450</sup>

## 2. Ausnahmen

Da der oben skizzierte Tatbestand des Art. 81 EGV trotz seiner Einschränkung durch eine rule of reason immer noch sehr weit gefaßt ist, bedarf es einer Möglichkeit, einzelne Maßnahmen vom Kartellverbot frei zu stellen, wenn die positiven Folgen des Kartells nicht nur den beteiligten Unternehmen, sondern auch der Allgemeinheit zugute kommen.

Art. 81 III EGV enthält daher Bedingungen, unter denen einzelne Maßnahmen oder ganze Gruppen von Maßnahmen von der Anwendung des Art. 81 EGV freigestellt werden können.

Voraussetzung hierfür ist, daß die Maßnahme (1) unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn und (2) zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt, (3) ohne daß den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerläßlich sind, oder (4) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

### a.) Einzelfreistellungen

Die Kommission kann eine Maßnahme auf (formgerechten) Antrag durch förmliche Entscheidung, die mit Auflagen verbunden werden kann, vom Kartellverbot freistellen. Dabei hat die Kommission nicht – wie man meinen könnte – ein Ermessen, sondern ist beim Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 81 III EGV verpflichtet, die Freistellung zu erteilen.<sup>451</sup>

Im einzelnen müssen für eine Freistellung folgende Voraussetzungen vorliegen:

#### aa.) Verbesserung der Warenerzeugung

Das Kartell muß einen Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts leisten. Gemeint sind hiermit insbesondere Rationalisierungseffekte. Die behaupteten und als mit hoher Wahrscheinlichkeit eintretend festgestellten Vorteile müssen die mit der Wettbewerbsbeschränkung einhergehenden Nachteile objektiv deutlich überwiegen.<sup>452</sup>

---

<sup>450</sup> vgl. z.B. Kommission, ABl. 1998, L 124, 60, 94 „Volkswagen“, dort betrug das Bußgeld über 102 Millionen ECU

<sup>451</sup> EuGH Slg. 1966, 322, 399 „Grundig / Consten“; Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 152

<sup>452</sup> EuGH Slg. 1985, 2725, 2745 (Rn. 29f) „Ford“; Calliess/Ruffert-Weiß, Art. 81, Rn. 158 m.w.N., der jedoch schon ein einfaches Überwiegen ausreichen lassen will, so auch Kommission, ABl. 1985, L 369, 1 (Rn. 21) „Ivoclar“.

## bb.) Beteiligung der Verbraucher am Gewinn

Darüber hinaus müssen die Verbraucher angemessen am Gewinn des Kartells beteiligt werden. Verbraucher in diesem Sinne sind alle unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer des Kartells,<sup>453</sup> nicht nur die Endverbraucher. Gewinn ist jeder Vorteil, der aus der Maßnahme resultiert. Ausreichend zur Annahme eines Gewinns kann schon die regelmäßige Versorgung mit einem bestimmten Gut sein.<sup>454</sup>

## cc.) Nur unerläßliche Beschränkungen

Die freizustellende Maßnahme darf den beteiligten Unternehmen auch nicht solche Beschränkungen auferlegen, die nicht unerläßlich für die mit der Maßnahme verfolgten Ziele sind. Diese Klausel führt zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.<sup>455</sup> Unerläßlich in diesem Sinne ist eine Wettbewerbsbeschränkung nur dann, wenn ohne sie der Vertrag objektiv für die in Betracht kommenden Vertragspartner generell unannehmbar ist.<sup>456</sup>

## dd.) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

Letztlich darf die freizustellende Maßnahme den daran Beteiligten nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Wettbewerb in diesem Sinne ist nicht der Wettbewerb zwischen den Vertragspartnern, sondern der Wettbewerb mit dritten Unternehmen.<sup>457</sup> Ob diese Möglichkeit eröffnet wird, ist im Wege einer Gesamtwürdigung aller wettbewerbsrelevanten Umstände des relevanten Marktes zu ermitteln.<sup>458</sup> Dabei kommt es entscheidend auf die Marktstärke der Vertragspartner und die Struktur des relevanten Marktes an.<sup>459</sup>

Die beantragte Freistellung ist im Einzelfall zu erteilen, wenn alle obengenannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind.<sup>460</sup> Da es sich bei den Merkmalen um eine Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen handelt, eröffnet sich der Kommission jedoch ein breiter Beurteilungsspielraum, der von den Gerichten der Gemeinschaft nur eingeschränkt überprüft werden kann.<sup>461</sup> Dies wird zum Teil kritisch betrachtet.<sup>462</sup>

---

<sup>453</sup> Kommission, ABl. 1983, L 224, 19 (Rn. 9) „Rockwell/Iveco“; ABl. 1988, L 50, 18, (Rn 38) „Enichem/ICI“; GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 304

<sup>454</sup> EuGH Slg. 1977, 1875, 1916 „Metro/SabaI“; Gleiss/Hirsch, Art. 85, Rn. 1909

<sup>455</sup> vgl. z.B. Kommission, ABl. 1975, L 222, 34, 39 „Kabelmetal-Luchaire“; Sauter in I/M EG-WbR, S. 254, Rn. 23

<sup>456</sup> Kommission, ABl.1973, L 143, 31, 36 „Davidson Rubber“

<sup>457</sup> GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 318

<sup>458</sup> Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl., S. 444; Sauter in I/M EG-WbR, S. 355, Rn. 28

<sup>459</sup> Gleiss/Hirsch, Art. 85, Rn. 1948; GTE-Schröter, Art. 85, Rn. 318

<sup>460</sup> Sauter in I/M EG-WbR, S. 329, Rn. 7

<sup>461</sup> Gleiss/Hirsch, Art. 85, Rn. 1839f; Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl., S. 442

<sup>462</sup> Emmerich, a.a.O.

Die Einzelfreistellung wirkt konstitutiv und bindet jedermann, auch die nationalen Gerichte und Behörden.<sup>463</sup> Allerdings gilt die Freistellung nur vom Verbot des Art. 81 EGV. Sie trifft keine Aussage über die Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem gegebenenfalls anwendbaren nationalen Kartellrecht.

In der Praxis ist die Einzelfreistellung allerdings die große Ausnahme. So erteilt die Kommission pro Jahr nur ca. 20 Freistellungen, während wohl noch ungefähr 1200 Anträge bei ihr vorliegen<sup>464</sup>. In diesem Zusammenhang wird schon vom „Stillstand der Verwaltungspraxis“ gesprochen.<sup>465</sup> Der Regelfall ist hingegen die Erledigung durch die bereits erwähnten comfort-letters, die die Kommission selbst binden und feststellen, daß diese keinen Anlaß zum Einschreiten sieht.

#### b.) Gruppenfreistellungsverordnungen

Um der Flut von Freistellungsanträgen zu entgehen, die notwendig wären, um alle unter Art. 81 EGV fallenden aber dennoch wirtschaftlich sinnvollen und wichtigen Vereinbarungen durch die Kommission freizustellen, hat die Kommission im Laufe der Jahre diverse Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) erlassen.

Werden deren Voraussetzungen von den Vertragsparteien erfüllt und die darin enthaltenen Verbote beachtet, so ist die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme kraft der Verordnung automatisch vom Verbot des Art. 81 I EGV freigestellt und wirksam.<sup>466</sup> Eine Anmeldung ist nicht mehr erforderlich, die Gefahr der Festsetzung einer Geldbuße durch die Kommission besteht nicht.

#### aa.) Überschießende Wettbewerbsbeschränkungen

Problematisch ist in der Praxis oft die Frage von sogenannten „überschießenden“ Wettbewerbsbeschränkungen, die Frage also, was mit der Wirkung der Gruppenfreistellungsverordnung geschieht, wenn einzelne Klauseln einer Vereinbarung nicht den Anforderungen der Verordnung entsprechen. Hier reichen die Lösungsvorschläge vom sogenannten „Alles-oder-nichts-Prinzip“ bis hin zur Anwendung des Art. 81 EGV nur auf die „überschießende“ Klausel und Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnung im übrigen.<sup>467</sup>

Richtigerweise ist zwischen den einzelnen Gruppenfreistellungsverordnungen zu differenzieren und jede gesondert auszulegen.<sup>468</sup> Sieht eine Gruppenfreistellungsverordnung ausdrücklich vor, daß bei der Verwendung bestimmter Klauseln die Freistellungswirkung nicht zum Tragen kommen soll (sog. „schwarze Listen“) oder enthält die Verordnung eine abschließende Liste zulässiger Klauseln, bleibt natürlich

---

<sup>463</sup> Gleiss/Hirsch, Art. 85, Rn. 1992; Wiedemann-Dieckmann, § 43, Rn. 5

<sup>464</sup> Semmler/Bauer, DB 2000, 193, 194 (Fn. 18)

<sup>465</sup> Gleiss/Hirsch, Art. 85, Rn. 1845

<sup>466</sup> Veelken in I/M EG-WbR, S. 401f, Rn. 11; Schwarze-Brinker, Art. 81, Rn. 67

<sup>467</sup> vgl. zum Stand der Diskussion die Nachweise bei Veelken in I/M EG-WbR, S. 402ff, Rn. 13ff

<sup>468</sup> EuGH Slg. I 1991, 935, 990 (Rn. 39) „Delimitis“

für eine entgegenstehende Auslegung kein Raum.<sup>469</sup> Äußerste Grenze der Auslegung muß auch hier – wie immer – der Wortlaut der Norm sein.

Andere Gruppenfreistellungsverordnungen enthalten ein sogenanntes Widerspruchsverfahren. Danach müssen bestimmte Klauseln der Kommission vorgelegt werden. Widerspricht diese nicht innerhalb einer bestimmten Frist, so gilt die Klausel als genehmigt. Enthält eine Gruppenfreistellungsverordnungen ein sogenanntes Widerspruchsverfahren, so ist geregelt, was im Falle des Widerspruchs der Kommission gegen eine Klausel geschieht.

Im Ergebnis gehen die einzelnen Gruppenfreistellungsverordnungen also recht unterschiedlich mit überschießenden Wettbewerbsbeschränkungen um, so daß eine einheitliche Beurteilung dieses Problemkreises nicht gegeben ist.

#### bb.) Einzelne Gruppenfreistellungsverordnungen

Zur Zeit sind im wesentlichen die folgenden von der Kommission erlassenen Gruppenfreistellungsverordnungen in Kraft und gelten unter den jeweiligen Voraussetzungen für die folgenden Arten von Vereinbarungen:

- VO Nr. 240/96 für Technologietransfer-Vereinbarungen<sup>470</sup>
- VO Nr. 1475/95 für Vertrieb und Kundendienstvereinbarungen über Kfz<sup>471</sup>
- VO Nr. 2790/99 für vertikale Vereinbarungen<sup>472</sup>
- VO Nr. 2658/00 für Spezialisierungsvereinbarungen<sup>473</sup>
- VO Nr. 2659/00 für Forschung und Entwicklungsvereinbarungen<sup>474</sup>

Weitere Gruppenfreistellungsverordnungen betreffen die Wirtschaftsbereiche Verkehr und Versicherungswesen, sollen aber hier nicht weiter behandelt werden.

Erwähnenswert im Kontext der vorliegenden Arbeit ist hingegen, daß die Kommission mit der Struktur der neueren Gruppenfreistellungsverordnungen im allgemeinen (VO Nr. 2658/00 und VO Nr. 2659/00) und im besonderen in der von der Kommission am 22.12.1999 erlassenen VO Nr. 2790/99 betreffend Vertikalvereinbarungen neue Wege geht. Letztgenannte VO ersetzt seit ihrem Inkrafttreten am 1.06.2000 die Gruppenfreistellungsverordnungen für Alleinvertriebs- und Alleinbezugsbindungen<sup>475</sup> und die VO Nr. 4087/88 für Franchiseverträge.<sup>476</sup> Die erstgenannten VO ersetzen die gleichnamigen Vorgänger VO Nr. 417/85 und 418/85.<sup>477</sup>

---

<sup>469</sup> Axster, WuW 1994, 615, 621

<sup>470</sup> ABl. 1996, L 31, 2, gültig bis 31.05.2006

<sup>471</sup> ABl. 1995, L 145, 25, gültig bis 30.09.2002

<sup>472</sup> ABl. 1999, L 336, 21ff; gültig bis 31.05.2010

<sup>473</sup> ABl. 2000, L 304, 3ff; gültig bis 31.12.2010

<sup>474</sup> ABl. 2000, L 304, 7ff; gültig bis 31.12.2010

<sup>475</sup> für Alleinvertriebsvereinbarungen, VO Nr. 1983/83 (ABl. 1983, L 173, 1),

für Alleinbezugsvereinbarungen, VO Nr. 1984/83 (ABl. 1983, L 173, 5)

<sup>476</sup> für Franchisingvereinbarungen VO Nr. 4087/88 (ABl. 1988, L 359, 46)

<sup>477</sup> einen Überblick über die diversen je erlassenen Gruppenfreistellungsverordnungen gibt z.B.

Veelken in I/M EG-WbR, S. 395, Rn. 6

cc.) Einordnung der VO Nr. 2790/99

Mit dem Erlaß der VO Nr. 2790/99 wurde das System der Gruppenfreistellungen grundlegend verändert.

Die Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 2790/99 ist in einer Reihe von Punkten als bemerkenswert zu bezeichnen.

Erstens wird dort erstmals nicht mehr nur eine Art von Verträgen erfaßt, sondern es werden – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – grundsätzlich alle Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen freigestellt, soweit sie den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen zwischen solchen Unternehmen betreffen, die auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen tätig sind.<sup>478</sup> Daher wird auch von einer „Schirm“-Gruppenfreistellungsverordnung gesprochen.<sup>479</sup> Nicht notwendiger Weise muß es sich dabei um eine besondere Art von z.B. Alleinbezugsverpflichtungen, Alleinvertriebsvereinbarungen oder Franchiseverträge handeln.<sup>480</sup>

Zweitens werden in ihr nicht mehr durch eine Aufzählung zulässiger Beschränkungen („weiße Liste“) einzelne Klauseln dem Verbot des Art. 81 EGV entzogen, sondern im Wege einer Generalklausel (Art. 2 I der VO) vielmehr alle Klauseln erlaubt, die nicht nach Art. 4 der VO („schwarze Liste“) oder Art. 5 der VO (sog. „negativ Liste“) ausdrücklich verboten sind.<sup>481</sup> Während die Verwendung von „hardcore restrictions“ nach Art. 4 der VO zu der Nichtanwendbarkeit insgesamt führt,<sup>482</sup> folgt aus einem Verstoß gegen die Negativliste des Art. 5 der VO lediglich die Unwirksamkeit der betreffenden Klausel.

Drittens ist bemerkenswert, daß die Freistellung nicht mehr wie bisher nach Vertragstypen unterscheidet, sondern nach der Stellung der beteiligten Unternehmen am Markt differenziert. Dies können nicht nur wie in der Vergangenheit ausschließliche Vertriebs- oder Bezugsbindungen sein, sondern auch nichtausschließliche Bindungen dieser Art. Darüber hinaus unterfallen jetzt z.B. auch sogenannte OEM-Verträge der Freistellung (bei Vorliegen der anderen Voraussetzungen der VO).<sup>483</sup> Bei dieser Art von Verträgen kauft ein Hersteller zur Komplettierung seiner Produktpalette das Produkt eines anderen Herstellers, um es sodann unter der eigenen Marke zu verkaufen.<sup>484</sup> Mit dieser Erweiterung des Anwendungsbereiches auch auf andere Vertragstypen wird dem „Zwangsjackeneffekt“ entgegengewirkt, wie er von den nun ersetzten Gruppenfreistellungsverordnungen oftmals hervorgerufen und in der Praxis kritisiert wurde.

<sup>478</sup> Ackermann, EuZW 1999, 741f; Semler/Bauer, DB 2000, 193, 194

<sup>479</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen, ABl. 1998, C 365, 3, 4; Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203, 1204

<sup>480</sup> vgl. zur Rechtslage vor Erlaß der VO Nr. 2790/99 die bis dahin gültigen VO (Fn. 475 und 476)

<sup>481</sup> Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203, 1211

<sup>482</sup> Kommission: Leitlinien über vertikale Beschränkungen, Lfd. Nr. 56f (ABl. 1999, C 270, 12, 19); Semler/Bauer, DB 2000, 193, 198f; Haager, DSrR 2000, 387, 389

<sup>483</sup> Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203, 1206; für die VO Nr. 1983/83 war dies noch nicht abschließend geklärt, von der Kommission verneint in: Kommission, ABl. 1986, C 210, 3, „ICL / Fujitsu“

<sup>484</sup> Gleiss/Hirsch, Art. 85, Rn. 648

Anzumerken bleibt allerdings, daß die VO Nr. 2790/99 nur auf solche Vereinbarungen anwendbar ist, an denen Unternehmen beteiligt sind, die insgesamt einen Marktanteil von weniger als 30 % haben. Liegt der Marktanteil höher, müssen sich die Beteiligten um eine Einzelfreistellung bei der Kommission bemühen. Unternehmen, die eine vertikale Maßnahme planen und durchführen, tragen damit ein nicht gerade kleines Risiko, wenn ihre Marktanteile gemeinsam ungefähr 30 % betragen. Liegt bei einer späteren Betrachtung der Marktanteil der Beteiligten über 30 %, ist die VO Nr. 2790/99 nicht anwendbar und die Maßnahme nichtig.<sup>485</sup> Daß die Kommission in Fällen gutgläubiger Falscheinschätzung des Marktanteils von einer Bußgeldverhängung absehen will, ist da nur ein schwacher Trost.

Offenbar hat nach langer Zeit der Koexistenz der kartellrechtlichen Systeme (in Deutschland wurden und werden vertikale Maßnahmen schon immer anders eingeordnet als horizontale Wettbewerbsbeschränkungen) auch der europäische Normgeber erkannt, daß von vertikal geschlossenen Vereinbarungen nicht im gleichen Maße Gefahren für den Wettbewerb ausgehen wie von horizontalen Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die miteinander im Wettbewerb stehen. Nach einer sprachlichen Angleichung des deutschen an das europäische Kartellrecht durch die 6. GWB-Novelle<sup>486</sup> stellt die VO Nr. 2790/99 eine – zumindest teilweise – sachliche Angleichung des europäischen an das deutsche Kartellrecht dar.

#### **IV. Ausblick auf die Reformen des europäischen Wettbewerbsrechts**

Wegen der oben geschilderten Probleme in puncto Arbeitsüberlastung der Kommission und der daraus resultierenden Unzufriedenheit nahezu aller Beteiligten wurde Ende der 90er Jahre eine Reform des gesamten europäischen Wettbewerbsrechtes in Angriff genommen.

Nachdem im April 1999 zunächst die Kommission ein „Weißbuch“<sup>487</sup> über die geplanten Änderungen vorgelegt hatte, folgte am 27. September 2000 ihr Entwurf für eine Verordnung des Rates „zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregel ....“ Das „Weißbuch“ der Kommission stieß in fast ganz Europa bei Regierungen und Kartellbehörden auf Zustimmung. Lediglich die deutsche Seite, insbesondere die deutsche Monopolkommission,<sup>488</sup> das Bundeskartellamt und der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie<sup>489</sup> zeigten sich vom Entwurf nicht überzeugt und äußerten Kritik, die allerdings weitgehend von der Kommission ungehört verhallte.

Kernpunkt der Modernisierung des EU-Kartellrechts ist die Aufgabe des Entscheidungsmonopols der Kommission für Freistellungen nach Art. 81 III EGV mit der daraus folgenden Dezentralisierung der Anwendung der Regeln des europäischen Kartellrechts. Zukünftig sollen sowohl die nationalen Kartellbehörden als auch die

---

<sup>485</sup> Haager, DStR, 2000, 287, 388; Polley/Seeliger, WRP 2000, 1203, 1216

<sup>486</sup> vgl. unten D.

<sup>487</sup> ABl. 1999 C 132, 1ff

<sup>488</sup> z.B. Sondergutachten 28, WuW 1999, 977ff

<sup>489</sup> Gutachten v. 01.07.2000, WuW 2000, 1096ff



nationalen Gerichte unmittelbar Art. 81 EGV anwenden bzw. gemäß Art. 81 III EGV für nicht anwendbar erklären können.

Anmeldungen bei der Kommission sollen nach dem Entwurf nicht mehr nötig, ja nicht einmal mehr möglich sein. Der Entwurf sieht ausdrücklich vor, daß die Unternehmen keinen Anspruch mehr auf eine Entscheidung der Kommission haben sollen. Maßnahmen, die den Anforderungen des Art. 81 III EGV gerecht werden, sollen dann wirksam sein, ohne daß es hierfür eines Gestaltungsaktes in Form einer Freistellung bedarf. Dies widerspricht aber dem Wortlaut des Art. 81 III EGV, nach dem die Bestimmung des Art. 81 I EGV für „nicht anwendbar erklärt werden“ kann.<sup>490</sup> Hiernach ist unbedingt ein gestaltender Rechtsakt von Nöten. Dies allerdings sieht die Kommission anders.<sup>491</sup>

Die Kommission wechselt durch die geplante Verordnung vom bisherigen System des generellen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt<sup>492</sup> zu einem System der Legal Ausnahme. Auch die Freistellungstatbestände des Art. 81 III EGV sollen danach unmittelbare Anwendung finden. Die Unternehmen können so im Wege der „Selbstveranlagung“<sup>493</sup> die geplante Maßnahme für unbedenklich erachten. Allerdings legt die Kommission in ihrem Entwurf die Beweislast – und damit letztlich das Risiko des Vorliegens der Voraussetzungen des Art. 81 III EGV – demjenigen auf, der sich auf diese Vorschrift berufen will. Dies sind in der Regel die Parteien der Vereinbarung. Die Parteien schließen also die Vereinbarung auf eigenes Risiko ab. Insbesondere bei Vereinbarungen, die mit einem sehr hohen Investitionsvolumen einhergehen, dürfte dies nicht zu praktikablen Lösungen führen.<sup>494</sup> Hier wird oft verlangt, daß es einem Unternehmen möglich sein muß, eine Sicherheit bringende Entscheidung der Kommission herbeizuführen.<sup>495</sup>

Diese Neuerung wirft aber gleichzeitig eine Reihe neuer Probleme auf, für die der Verordnungsentwurf noch keine hinreichenden Lösungsvorschläge gibt.

Beispielsweise sei hier nur erwähnt, daß der Kommission bei der Frage, ob eine Maßnahme nach Art. 81 III EGV freizustellen sei, bisher ein nur sehr eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum von dem EuG und dem EuGH zugebilligt wurde. Diese Haltung dürfte aber nach der Neufassung zu nicht unerheblichen Problemen führen, wenn jedes nationale Gericht mit solchen Freiheiten ausgestattet würde. Es steht zu befürchten, daß von Land zu Land stark unterschiedlich von den Freistellungen Gebrauch gemacht wird. Insbesondere könnte damit ein Einfallstor für neue national geprägte Rechtsprechung und Rechtspraxis geschaffen werden, etwa des Inhalts, daß Kartelle zwischen Unternehmen des eigenen Staates weniger restriktiv gehandhabt werden als Kartelle von ausländischen Unternehmen. Einer Zersplitterung der Rechtspraxis ist aber unbedingt vorzubeugen.

---

<sup>490</sup> so z.B. Schwarze-Brinker, Art. 81, Rn. 6

<sup>491</sup> vgl. zum Stand der Diskussion: Bartosch, EuZW 2001, 101, 102f

<sup>492</sup> Schwarze-Brinker, Art. 81 Rn. 6

<sup>493</sup> Bechtold, BB 2000, 2425, 2426

<sup>494</sup> so auch Schwarze-Brinker, Art. 81, Rn. 6

<sup>495</sup> z.B. Bartosch, EuZW 2001, 101, 107

Es ist daher zu fordern, daß der nur eingeschränkt überprüfbare Beurteilungsspielraum soweit begrenzt werden muß, daß durch alle nationalen Gerichte und Kartellbehörden eine einheitliche Handhabung der Vorschriften des Art. 81 EGV und insbesondere des Art. 81 III EGV erreicht werden kann. Es ergeben sich aber auch weitere Probleme, wie etwa die Frage der Reichweite von Entscheidungen nationaler Gerichte und die Vermeidung gegensätzlicher Entscheidungen durch verschiedene Gerichte. So ist es zum Beispiel fraglich, ob die Entscheidung eines nationalen Gerichtes nur für den Geltungsbereich der jeweiligen Gerichtsbarkeit oder auch darüber hinaus Gültigkeit besitzt. Kann also ein italienisches Gericht den Vertriebsvertrag eines deutschen Unternehmens für gegen Art. 81 EGV verstoßend und nichtig erklären mit der Wirkung, daß auch die von dem Unternehmen aufgrund desselben Vertrages in Spanien eingesetzten Absatzmittler sich auf die Nichtigkeit berufen können? Was geschieht im Gegenzug dann, wenn man den Vertrag zunächst vor ein möglichst wohlwollendes Gericht zur Prüfung bringt und dieses den Vertrag gem. Art. 81 III EGV für freigestellt erklärt? Sind dann alle anderen Gerichte und Kartellbehörden der EU an diese Entscheidung gebunden? Wenn dem so wäre, müßte man dann nicht als Berater der Unternehmen diesen empfehlen, nach Abschluß eines jeden Vertrages im Rahmen eines (Schau-) Pilot-Prozesses – mit einem Gegner, der sich nur unzureichend wehrt, sich eine solche Freistellung mit Sperrwirkung zu besorgen, um fortan ungestört den Vertrag praktizieren zu können?

Ein weiterer entscheidender Punkt der Reform des EU-Wettbewerbsrechts ist, daß das jeweilige nationale Kartellrecht nicht mehr anwendbar sein soll, wenn das EU-Wettbewerbsrecht selbst anwendbar ist. Die bisherige Koexistenz der beiden Rechtsordnungen würde damit beseitigt. Auch hiermit sind eine Reihe ungeklärter Fragen verbunden, deren Beantwortung noch aussteht. So wurde bisher zum Beispiel davon ausgegangen, daß im Ergebnis jedenfalls das jeweils strengere Kartellrecht (das der EU oder das nationale) neben dem anderen auch zur Anwendung gelangt. Wenn dies nun nicht mehr gelten soll, dürfte sich der Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts extrem verkleinern.

Es kann den deutschen Kartellrechtler nicht begeistern, wenn das GWB nur wenige Jahre nach seiner grundlegenden Novellierung gänzlich zu einer leeren Hülle verkommt. In letzter Konsequenz müßte dann wohl wenigstens der materielle Teil des deutschen GWB zu einer Verweisungsnorm auf die Art. 81 und 82 EGV reduziert werden.<sup>496</sup>

---

<sup>496</sup> so wohl auch Bechtold, BB 2000, 2425, 2429

## **D. § 1 GWB i.d.F. der 6. Novelle**

Durch die 6. Novellierung des GWB wurde zum 01. Januar 1999 der in § 1 geregelte Kartellbegriff grundlegend neu gefaßt. Ziel der Novelle war die (sprachliche) Harmonisierung des deutschen mit dem europäischen Kartellrecht<sup>497</sup> sowie eine grundlegende Neuordnung des GWB, wodurch der Gesetzestext wieder leichter verständlich werden sollte.

Das neue Kartellverbot sollte deutlicher als in der alten Fassung als ein solches erkennbar sein. Das Verbot ergibt sich nunmehr aus der Norm selbst und nicht mehr, wie zuvor, „nur“ aus der Tatsache, daß in § 38 I Nr. 1 a.F. das „Sich-Hinwegsetzen“ über die Unwirksamkeit des Kartellvertrages als Ordnungswidrigkeit sanktioniert war. Jetzt unterliegt schon der Abschluß der kartellrechtlichen Maßnahme selbst und nicht erst deren Durchführung dem Kartellverbot. Darüber hinaus ist jetzt auch das abgestimmte Verhalten direkt von § 1 erfaßt und nicht mehr wie zuvor (in § 25 I a.F.) gesondert normiert.

Das Tatbestandsmerkmal des Verkehrs mit Waren oder gewerblichen Leistungen wurde ersatzlos gestrichen.

Die Neufassung des § 1 GWB lautet wie folgt:

*„Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.“*

### **I. Tatbestandsmerkmale**

#### **1. Unternehmen**

Durch die Neufassung des Kartellbegriffs und insbesondere durch seine Angleichung an die Norm des Art. 81 EGV wurde der Adressatenkreis des § 1 nicht verändert. Nach wie vor sind Adressaten des Kartellverbots Unternehmen. Schwierig war auch schon in § 1 a.F. die Abgrenzung zu dem Bereich des Arbeitsmarktes, auf den das Kartellrecht nur beschränkt anwendbar ist.<sup>498</sup>

Wie bereits erwähnt, wurde mit der 6. Novelle das Tatbestandsmerkmal des Verkehrs mit Waren oder gewerblichen Leistungen gestrichen. Hierdurch wurde eines der Argumente, das für die Unanwendbarkeit des Kartellrechts auf Arbeitnehmer ins Feld geführt wurde beseitigt, was wiederum für die Frage, ob Gewerkschaften Vereinigungen von Unternehmen sind, von entscheidender Bedeutung ist. Der Ausschluß von Arbeitnehmern aus dem Kartellbegriff konnte nach altem Recht damit begründet werden, daß die Erbringung von unselbständiger Arbeit keine Teilnahme

---

<sup>497</sup> Begr. RegE BT/Dr. 13/9720, S. 30

<sup>498</sup> vgl. oben B.I.1.c.)

am Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen sei. Diese Argumentation ist jetzt durch die neue Fassung von § 1 nicht mehr möglich.

Dies ist aber nicht von entscheidender Bedeutung, weil schon zu § 1 a.F. angenommen wurde, daß die Selbständigkeit ein wesentliches Merkmal jedes Unternehmens sei. Dem Unternehmensbegriff unterfalle jede selbständige und nicht lediglich dem privaten Verbrauch dienende Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr.<sup>499</sup> Ein Arbeitnehmer arbeite gerade nicht selbständig, sondern leiste Arbeit in persönlicher Abhängigkeit, bei der er insbesondere dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliege und in der Regel in dessen betriebliche Abläufe eingegliedert sei.<sup>500</sup>

Daher war und ist ein Arbeitnehmer im Bereich der arbeitsvertraglichen Beziehungen kein Unternehmen, solange die Regelungen sich auf das Arbeitsverhältnis und nicht etwa auf die Zeit danach beziehen. Hier ist zum Beispiel an nachvertragliche Wettbewerbsverbote zu denken. Soweit in einem Arbeitsvertrag derartige Regelungen getroffen werden, ist der Arbeitnehmer zumindest ein potentielles Unternehmen und eine Vereinbarung hierüber also als von Unternehmen geschlossen anzusehen. Dies galt allerdings auch schon unter altem Recht.<sup>501</sup>

Da eine inhaltliche Änderung bezüglich des Unternehmensbegriffs mit der Neufassung des § 1 nicht eintreten sollte und auch im Anwendungsbereich der als Vorbild herangezogenen Regelung des Art. 81 EGV die Arbeitnehmer nicht als Unternehmen angesehen werden, kann insoweit, wie auch im übrigen (Stichworte: Freie Berufe als Unternehmen, Konzerne als Unternehmen, der Staat als Unternehmen, potentielle Unternehmen, etc.), auf die oben<sup>502</sup> hierzu bei § 1 a.F. gemachten Ausführungen zurückverwiesen werden.

## 2. Koordinierungsformen

In Anlehnung an den Wortlaut des Art. 81 EGV richtet sich die neue Fassung von § 1 nunmehr gegen „Vereinbarungen zwischen ... Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, ...“. Ergänzend ist hier, wie bei Art. 81 EGV<sup>503</sup> davon auszugehen, daß auch Vereinbarungen zwischen Unternehmensvereinigungen dem Verbot des § 1 unterliegen. Dies erscheint allerdings in Anbetracht der Sanktionierung von Verstößen gegen § 1 durch § 81 I Nr. 1, II vor dem Verfassungsgrundsatz nulla poene sine lege zumindest als fragwürdig und sollte bei der nächsten Novellierung entsprechend klargestellt werden.

### a.) Vereinbarungen

Durch die Verwendung des Begriffs „Vereinbarung“ in § 1 anstatt „Vertrag“ wie in § 1 a.F. wird nur sprachlich verdeutlicht, was ohnehin schon bisher von der Praxis

---

<sup>499</sup> WuW/E BGH 1841, 1842 „Ganser-Dahlke“

<sup>500</sup> Schaub, S. 76ff, Rn. 10ff, insbesondere Rn. 17ff

<sup>501</sup> vgl. oben B.I.1.c.) a.E.

<sup>502</sup> siehe oben B.I.1.

<sup>503</sup> EuG Slg. II 1994, 49, 80f „CB“

unter „Vertrag“ im Sinne des § 1 a.F. verstanden wurde. Wie oben<sup>504</sup> bereits dargestellt, fielen schon unter § 1 a.F. – dank einer von dem zivilrechtlichen Vertragsverständnis abweichenden Auslegung des kartellrechtlichen Vertragsbegriffs durch die Gerichte und das Bundeskartellamt – auch sogenannte Gentlemen`s Agreements und andere Vereinbarungen, obwohl sie in Ermangelung rechtlicher Bindungswirkung keine Verträge im Sinne des Zivilrechts sind und waren.

In Anlehnung an die zu Art. 81 EGV ergangene Rechtsprechung des EuG<sup>505</sup>, die neuere Praxis der Gemeinschaftsorgane (beides ist wohl in Zukunft auch für die Auslegung der identischen Tatbestandsmerkmale im deutschen GWB heranzuziehen) sowie in Anlehnung an die Rechtsprechung der deutschen Gerichte ist von einer weiteren Ausdehnung des Vereinbarungsbegriffs für die Zukunft auch nach deutschem Recht auszugehen.

Als Vereinbarungen i.S.d. Art 81 EGV werden von der EU-Kommission sogar einseitige Maßnahmen einer Partei im Rahmen bestehender vertraglicher Beziehungen angesehen, wenn dadurch und durch die konkludente Zustimmung der anderen Partei der Vertrag weiter konkretisiert wird.<sup>506</sup> Dies ist jedoch eigentlich nichts Besonderes, weil auch durch konkludentes Handeln Willenserklärungen abgegeben werden können und so verbindliche Verträge im Sinne des Zivilrechts zustande kommen.<sup>507</sup>

Eine Formvorschrift für die Kartellvereinbarung besteht nach Aufhebung des Schriftformerfordernisses des § 34 a.F. nicht mehr.

Abgerundet wird der Schutz des Wettbewerbs durch ein Verbot von Empfehlungen nach § 22 I.

#### b.) Abgestimmtes Verhalten

Die Einordnung des abgestimmten Verhaltens in den neuen § 1 war nur eine sprachliche Änderung und hat keine eigenständige inhaltliche Bedeutung. Nach der alten Fassung war das abgestimmte Verhalten von Unternehmen etc. zwar nicht nach § 1 a.F., wohl aber nach § 25 I verboten. Im Ergebnis handelt es sich also um eine redaktionelle Maßnahme des Gesetzgebers, die von der Angleichung des § 1 an den Art. 81 EGV motiviert war.<sup>508</sup>

Da der Begriff der „Vereinbarung“ in der oben dargestellten Weite allerdings nur noch schwer von dem „abgestimmten Verhalten“ zu unterscheiden ist, bereitet die Abgrenzung gewisse Schwierigkeiten.<sup>509</sup> Während Vereinbarungen in irgendeiner Form für die Parteien verbindlich sein müssen, sei es rechtlich oder auch nur gesellschaftlich, reicht beim abgestimmten Verhalten das tatsächliche Tun. Diese Abgrenzungsschwierigkeiten sind jedoch höchst theoretischer Art. Weil nunmehr

---

<sup>504</sup> siehe oben B.I.2.a.)

<sup>505</sup> EuG Slg. II 1995, 791, 830 (Rn. 95f) „Tréfileurope“

<sup>506</sup> Kommission, ABl. 1998, L 124, 60, 79 „VW“

<sup>507</sup> vgl. statt aller Palandt/Heinrichs, Einf. v. § 116, Rn. 6

<sup>508</sup> BT-Drucks. 13/9720, S. 31

<sup>509</sup> FK-Roth, § 1 Kurzdarstellung, Rn. 92

beide Begriffe direkt vom Verbot des § 1 erfaßt werden, soll darauf hier nicht näher eingegangen werden.<sup>510</sup>

Größere Probleme in der Praxis ergeben sich aber aus der Abgrenzung von abgestimmtem Verhalten und bloßem Parallelverhalten, etwa der Nachahmung des Verhaltens eines Wettbewerbers. Durch die Erfassung auch des abgestimmten Verhaltens in § 1 soll jegliche Koordinierung des Marktverhaltens unterbunden werden, durch das bewußt eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs tritt.<sup>511</sup> Aus dem Selbständigkeitspostulat des Kartellrechts ergibt sich, daß jede mittelbare oder unmittelbare Fühlungnahme zwischen Wettbewerbern verboten ist, die die genannte Koordinierung bezweckt oder bewirkt. Da an die Abstimmung nur geringe Anforderungen gestellt werden und die Abstimmungen meist sehr vage gehalten sind, schließt der BGH von dem äußeren Geschehensablauf entweder auf wirtschaftliche Zwänge als Grundlage einer Maßnahme oder auf eine Abstimmung zwischen den Wettbewerbern.<sup>512</sup> Im übrigen verweise ich zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf das oben Gesagte.<sup>513</sup>

### c.) Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen

§ 1 in seiner neuen Fassung erfaßt neben den Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen von Unternehmen auch Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen.

Bis zu dessen Neufassung wurde in § 1 II a.F. klargestellt, daß auch Beschlüsse von Mitgliedsversammlungen dem Kartellverbot unterfallen, soweit es sich bei den Mitgliedern um Unternehmen handelt. Diese Klarstellung wurde im Zuge der Neufassung als überflüssig erachtet und gestrichen.<sup>514</sup> Beschlüsse unterscheiden sich von Vereinbarungen dadurch, daß sie nicht notwendigerweise von allen Beteiligten gewollt sein müssen. Vielmehr kann zum Beispiel eine Satzung vorsehen, daß Mehrheitsentscheidungen der Mitgliederversammlung für alle Mitglieder verbindlich sind. Dann ist ein Mitglied selbst für den Fall an den Beschluß gebunden, daß es gegen ihn gestimmt hat.<sup>515</sup> In diesen Fällen steht dem Mitglied aber unter Umständen ein außerordentliches Recht zur Kündigung der Mitgliedschaft zu.<sup>516</sup> Dieses wurde vor der 6. Novelle ausdrücklich in § 13 a.F. erwähnt, dann aber in der Neufassung des Gesetzes als überflüssig – weil sich aus dem allgemeinen Zivilrecht ohnehin ergebend – gestrichen.

---

<sup>510</sup> vgl. hierzu auch oben B.I.2.a.)bb.) sowie C.I.3.c.)

<sup>511</sup> L/B-Bunte, § 1, Rn. 62; EuGH Slg. 1975, 1663, 1965f (Rn. 174) „Suiker Unie“; WuW/E BKartA 1779, 1780 „Schweißelektroden“

<sup>512</sup> WuW/E BGH 2182 „Altölpreise“

<sup>513</sup> vgl. zum alten deutschen § 25 I oben B.I.2.a.)bb.); zum abgestimmten Verhalten im Rahmen des Art. 81 EGV oben C.I.3.c.)

<sup>514</sup> BT-Drucks. 13/9720, S. 47

<sup>515</sup> L/B-Bunte, § 1, Rn. 52

<sup>516</sup> I/M-Zimmer, § 1, Rn. 128

Ein Beschluß im Sinne des § 1 ist aber nicht nur ein solcher, der korrekt nach den Statuten der Vereinigung gefaßt wurde. Auf die rechtliche Verbindlichkeit des Beschlusses kommt es nicht an.<sup>517</sup>

### 3. „von Unternehmen, die miteinander im Wettbewerb stehen“

Nach seiner Neufassung unterliegen nur solche Maßnahmen dem Verbot des § 1, die von Unternehmen geschlossen werden, die miteinander im Wettbewerb stehen. Dieses Merkmal ersetzt seit dem 1.1.1999 das Merkmal der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks durch die Beteiligten, wie es in § 1 a.F. vorgesehen war. Das Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks war bei der für das deutsche Kartellrecht typischen Unterscheidung von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen von zentraler Bedeutung.<sup>518</sup> Da mit der Novellierung trotz der sprachlichen Angleichung des § 1 an Art. 81 EGV (der ja eine solche Unterscheidung nicht kennt und deshalb ein entsprechendes Tatbestandsmerkmal zur Differenzierung nicht aufweist) diese Unterscheidung im deutschen Kartellrecht nicht aufgegeben werden sollte, waren die Gesetzesverfasser gezwungen, selbst kreativ zu werden und ein entsprechendes Tatbestandsmerkmal zur Abgrenzung in den Text des neuen Tatbestandes einzufügen.

Das neue Tatbestandsmerkmal ist bereits während des Gesetzgebungsverfahrens kritisiert worden.<sup>519</sup> Die Kritik hält an.<sup>520</sup> Hauptansatzpunkt der Kritik war und ist, daß das Tatbestandsmerkmal mit der neuen Formulierung an Schärfe verliert und zur Abgrenzung von zulässigen Beschränkungen in vertikalen Verträgen einerseits, zu nichtigen Beschränkungen in horizontalen Verträgen andererseits nicht geeignet ist.

Das Wort „Wettbewerb“ ist hier so zu verstehen, wie es oben schon zu § 1 a.F. dargestellt wurde.<sup>521</sup> Das heißt, und so haben es die Gesetzgeber ausdrücklich in der Begründung des Gesetzes bestätigt,<sup>522</sup> daß Wettbewerb nicht nur den aktuellen, sondern auch den potentiellen Wettbewerb umfaßt. Dies führt zu einer uferlosen Ausweitung des Anwendungsbereichs des Tatbestandes von § 1, die nur über die Immanenztheorie wieder einzudämmen ist. Hierauf hat schon während des laufenden Gesetzgebungsverfahrens Bunte hingewiesen<sup>523</sup> und gefordert, daß wenigstens in der Begründung des neuen Gesetzes darauf hingewiesen werden müsse, daß nicht alle wettbewerbsbeschränkenden Abreden zwischen Wettbewerbern verboten sind. Dies wurde jedoch versäumt. Welche Schlüsse man aus diesem Unterlassen trotz ausdrücklicher Aufforderung ziehen soll, bleibt fraglich.<sup>524</sup>

Es wird also jetzt die Abgrenzungsfunktion nicht mehr durch das Merkmal des Miteinander-im-Wettbewerb-Stehens ausgeübt, sondern die Abgrenzung wird von dort in die Prüfung der Immanenz der Wettbewerbsbeschränkung für die jeweilige

---

<sup>517</sup> Wiedemann-Stockmann, § 7, Rn. 50; Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., S 37

<sup>518</sup> vgl. oben B.I.3.

<sup>519</sup> z.B. Baums, ZIP 1998, 233, 234f; Bunte, WuW 1997, 857, 863

<sup>520</sup> I/M-Zimmer, § 1, Rn. 164

<sup>521</sup> vgl. oben B.I.4.

<sup>522</sup> BT-Drucks. 13/9720, S. 31

<sup>523</sup> Bunte, WuW 1997, 857, 863

<sup>524</sup> vgl. dazu auch unten D.I.3.b.) und insbesondere D.II.2.

Maßnahme verlagert.<sup>525</sup> Dies wird allerdings nicht immer als Nachteil der Neuregelung aufgefaßt,<sup>526</sup> sondern zum Teil ausdrücklich begrüßt.<sup>527</sup>

Diese Erweiterung des Tatbestandes beruht auf einer unglücklichen, weil unvollständigen Aufnahme der von der Rechtsprechung geprägten Formel, daß Vereinbarungen im Sinne des § 1 nur solche Vereinbarungen sind, die von Unternehmen, die miteinander im Wettbewerb stehen, geschlossen werden und für die bei wertender Betrachtungsweise kein anzuerkennendes Interesse besteht. Leider hat der Gesetzgeber den letzten Teil dieser Formel nicht übernommen.

#### a.) Keine inhaltliche Änderung

Ausweislich der Begründung zum Gesetzentwurf<sup>528</sup> sollte „das bisherige Merkmal ‚zu einem gemeinsamen Zweck‘ durch die sprachlich treffendere Formulierung ‚zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen‘ ersetzt werden.“<sup>529</sup> Eine inhaltliche Änderung war vom Gesetzgeber damit nicht beabsichtigt. Vielmehr war es seine Intention, die sich immer weiter von dem Wortsinn des „gemeinsamen Zwecks“ fortentwickelnde Rechtspraxis<sup>530</sup> und Literatur<sup>531</sup> durch das neue Tatbestandsmerkmal abzudecken. Es sollte also die Gesetzeslage der tatsächlich geübten Rechtspraxis angepaßt werden. Dies mißlang allerdings, weil die Rechtsprechung noch während des Gesetzgebungsverfahrens weiter fortschritt und die sprachliche Anpassung somit nicht mehr aktuell war, als aus dem Entwurf ein Gesetz wurde.<sup>532</sup>

#### b.) Doch inhaltliche Änderungen?

Die Änderung des § 1 durch die 6. GWB Novelle bleibt also nicht ohne inhaltliche Auswirkung auf den Kartellbegriff. Die Rechtsprechung subsumierte kurz vor der 6. Novellierung des GWB unter das Merkmal des „gemeinsamen Zwecks“ neben klassischen Gesellschaftsverträgen (unter den weiteren Voraussetzungen des § 1 a.F.) auch solche Klauseln in Austauschverträgen, die von miteinander in aktuellem oder potentiellm Wettbewerb stehenden Unternehmen geschlossen wurden.<sup>533</sup> Dadurch wurde, im Vergleich zur Ausgangslage des Tatbestandsmerkmals des gemeinsamen Zwecks bei Schaffung des GWB, der Tatbestand des § 1 a.F. immer weiter ausgedehnt. Dies bedeutete aber im gleichen Maße eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der § 15 ff a.F., da sich diese nach der ständigen Rechtsprechung und einem Teil der Literatur schon tatbestandlich gegenseitig ausschließen sollten.<sup>534</sup>

---

<sup>525</sup> K. Schmidt, FS Sandrock, 833, 838

<sup>526</sup> Bechtold, NJW 1998, 2769, 2770

<sup>527</sup> Bechtold, BB 1997, 1853, 1854; K. Schmidt, AG 1998, 551, 559f

<sup>528</sup> BT-Drucks. 13/9720, S. 31

<sup>529</sup> BT-Drucks. 13/9720, S. 31

<sup>530</sup> vgl. oben B.I.3.b.)

<sup>531</sup> vgl. oben B.I.3.c.)

<sup>532</sup> Baums, ZIP 1998, 233, 235; Wellenhofer-Klein, WuW 1999, 557, 563

<sup>533</sup> z.B. BGH NJW 1997, 2324, 2325 „Druckgußteile“; vgl. oben B.I.3.b.)dd.)

<sup>534</sup> ständige Rspr. z.B. BGH NJW 1997, 2324, 2325 „Druckgußteile“; aus der Lit: FK-Huber/Baums, § 1 a.F., Rn. 408 m.w.N.



Legt man das neue Tatbestandsmerkmal des Miteinander-im-Wettbewerb-Stehens (und zwar aktuell oder potentiell) im Sinne des Wortes aus, so führt dies – nimmt man ein Verhältnis der Exklusivität zwischen § 1 ff und §§ 14 ff zueinander an – zu einer Verkümmernng des Anwendungsbereichs der §§ 14 ff, weil oft (aber keinesfalls immer) auch zwischen den verschiedenen Produktionsstufen zumindest ein potentieller Wettbewerb anzunehmen ist.

So steht es heute wohl fast jedem Hersteller frei, seine Produkte selbst und in Konkurrenz zu seinem bisherigen Absatzmittler zu vermarkten.<sup>535</sup> Auch Lieferanten von Vorprodukten dürfte es häufig, aber nicht so leicht wie dem Hersteller des Endproduktes, möglich sein, in Wettbewerb zu der nächsten Wirtschaftsstufe zu treten. Umgekehrt wird es aber dem Hersteller von Endprodukten oft nicht möglich sein, die benötigten Vorprodukte, statt diese wie bisher einzukaufen, nun selbst herzustellen. In einigen Fällen dürfte aber auch hier ein potentieller Wettbewerb anzunehmen sein.

Man sollte auch hier<sup>536</sup> soweit gehen, den Sachverstand der Parteien zu nutzen und annehmen, daß immer dann, wenn eine Wettbewerbs- oder Kundenschutzklausel in einem Vertrag enthalten ist, die Vertragsparteien zumindest im potentiellen Wettbewerb miteinander stehen. Wenn die Parteien, die den Markt und die Bedingungen seines Zugangs am besten kennen, nicht glauben würden, daß die im Wettbewerb beschränkte Partei zu der anderen Partei vernünftigerweise in Wettbewerb treten könnte, welchen Sinn sollte dann wohl ein Wettbewerbsverbot in einem Vertikalvertrag haben?

Eine solche Klausel ist daher in jedem Fall zunächst einmal als von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen geschlossen anzusehen. Daß dies nur eine widerlegliche Vermutung sein kann, dürfte sich von selbst verstehen. Dies schließt, das sei der Vollständigkeit halber erwähnt, gegebenenfalls die Anwendbarkeit der Bestimmungen über vertikale Vereinbarungen (§§ 14 ff) auf den Rest der Vereinbarung nicht aus, soweit nicht nach § 139 BGB anzunehmen ist, daß der Vertrag durch die Nichtigkeit der Wettbewerbsklausel im Ganzen nichtig ist.

Zwischenergebnis: Der Tatbestand des § 1 erfuhr durch die Aufnahme des Miteinander-im-Wettbewerb-Stehens ohne gleichzeitige ausdrückliche Übernahme der Tatbestandsrestriktion durch das „anzuerkennende Interesse“ oder die Immanenztheorie (trotz eines entsprechenden Hinweises<sup>537</sup>) im Vergleich zum Text des § 1 a.F. eine starke Ausweitung.

c.) Einschränkung des potentiellen Wettbewerbs?

Dem so gefundenen Ergebnis des sehr weiten Tatbestandes läßt sich auch nicht entgegenhalten, daß mit einer restriktiven Auslegung des potentiellen Wettbewerbs diesem Problem Herr zu werden wäre.<sup>538</sup> Vorschläge, etwa daß potentieller Wettbewerb nur anzunehmen sei, wenn es bei „realistischer Betrachtungsweise“ für eines

---

<sup>535</sup> Baums, ZIP 1998, 233, 234; Kahlenberg, BB 1998, 1953, 1954

<sup>536</sup> ebenso wie bei der Spürbarkeit der Maßnahme, vgl. oben B.I.6.b.)cc.)

<sup>537</sup> vgl. oben D.I.3.

<sup>538</sup> a.A. L/B-Bunte, § 1, Rn. 114

der Unternehmen eine echte Alternative sein könnte, sich auf der Marktstufe des anderen Unternehmens zu betätigen<sup>539</sup> oder daß eine solche Betätigung wirtschaftlich sinnvoll und kaufmännische vernünftig sein müsse<sup>540</sup> bringen in einer Zeit des schnellen Wandels keine Klarheit. Daß zum Beispiel der potentielle Wettbewerb eines Autoherstellers zu seinen Absatzmittlern nicht mehr rein theoretischer Natur ist und daher unter den potentiellen Wettbewerb im Sinne des § 1 zu subsumieren ist, ist wohl heutzutage (wo z.B. PKW wie der Fiat Punto in Supermärkten auftauchen) nicht mehr ernsthaft zu bezweifeln.<sup>541</sup>

Allein die Tatsache, daß es noch vor einigen Jahren völlig theoretisch zu sein schien, daß zum Beispiel VW in direkter Konkurrenz zu seinen Händlern an den Endverbraucher Autos verkauft, schließt doch nicht aus, daß sich dies in der Zukunft ändern könnte. So vertreiben andere Hersteller Fahrzeuge ausschließlich im Direktvertrieb, während BMW und Mercedes-Benz ein gemischtes Vertriebssystem aus eigenen und Händlerbetrieben unterhalten.

Aber auch über das stark wachsende Internet wird es in Zukunft für den Hersteller wesentlich einfacher werden, selbst an Endkunden heranzutreten und mit diesen Geschäftsbeziehungen direkt aufzunehmen. Dadurch wird sich ein Teil der klassischen Händlerfunktion, nämlich das Ausstellen der Waren und Anbahnen von Aufträgen erledigen. Beispielsweise sei hier auf die Internetseite der Audi AG<sup>542</sup> verwiesen, wo der potentielle Kunde zu Hause und in aller Ruhe nahezu alle Informationen über die Modelle abrufen und sodann interaktiv „seinen“ Wagen anhand von Modell, Motorisierung, Farbe, Ausstattung etc. zusammenstellen kann. Anschließend bekommt er (selbstverständlich nur in Form einer unverbindlichen Preisempfehlung) den Listenpreis des von ihm gewählten Wagens genannt. Hinterläßt der Kunde dann dort seine Adresse, wird er von dem für ihn örtlich zuständigen Audi-Händler kontaktiert. Diesem bleibt allerdings (noch) der verbindliche Vertragschluß vorbehalten.

Dies könnte sich allerdings in Zeiten, in denen der Autokauf im Internet (allerdings wohl nur der Gebrauchtwagenkauf) schon gang und gäbe und verbindlich möglich ist, schnell ändern. Da der Internet nutzende Endkunde ein überaus attraktiver Kunde ist (i.d.R. jung, gut ausgebildet, mit überdurchschnittlichem Einkommen) besteht insoweit ein starkes Interesse der Hersteller an ihm. Daß durch den Wegfall einer Handelsstufe Kosten eingespart werden können, liegt natürlich auf der Hand.

Diese Beispiele zeigen, daß die zur Einschränkung des Begriffs des potentiellen Wettbewerbs nötigen Zukunftsprognosen nur sehr schwer zu erstellen sind. Wie schon oben im Rahmen des alten § 1 gesagt,<sup>543</sup> kann sich die Antwort auf die Frage, ob der Einstieg in einen Markt eine vernünftige Strategie darstellt, kurzfristig ändern. Ebenso kurzfristig sind bei einem lukrativen Markt die notwendigen Mittel beschafft.

---

<sup>539</sup> FK-Huber, § 1 Kurzdarstellung, Rn. 35

<sup>540</sup> I/M-Zimmer, § 1, Rn. 174

<sup>541</sup> so aber Wellenhofer-Klein, WuW 1999, 557, 566

<sup>542</sup> [www.audi.de](http://www.audi.de)

<sup>543</sup> vgl. oben B.I.1.d.)

Zweck des GWB ist es, den Wettbewerb zu fördern, d.h. es möglichst vielen Marktteilnehmern zu ermöglichen, am Marktgeschehen teilzunehmen, wenn sie es wollen. Daher ist einer einschränkenden Auslegung des potentiellen Wettbewerbs eine entschiedene Absage zu erteilen. Nach dem Zweck des § 1 sollte der Prüfung eines Sachverhaltes nicht schon an dieser Stelle der Boden entzogen werden aufgrund einer unsicheren Zukunftsprognose, die darüber hinaus auch noch von Juristen anstelle von Betriebswirten vorgenommen werden müßte. Vertretbare Ergebnisse lassen sich über das bisher von der Rechtspraxis geforderte „anzuerkennende Interesse“ bzw. über die Tatbestandsrestriktion der Immanenztheorie erzielen (dazu unten).

#### d.) Abgrenzungsprobleme des neuen Tatbestandsmerkmals

Wie oben bereits angesprochen war und ist es die Hauptaufgabe des Tatbestandsmerkmals des Miteinander-im-Wettbewerb-Stehens, früher des gemeinsamen Zwecks, vertikale Wettbewerbsbeschränkungen von horizontal wirkenden Wettbewerbsbeschränkungen zu unterscheiden, da an diese Unterscheidung weitreichende Konsequenzen geknüpft sind. Dabei geht es vor allem um die schon lange problematischen Fälle von Wettbewerbsbeschränkungen in Vertikalverträgen, in Vertragsnetzwerken mit „Sterncharakter“ und um die vertragliche Beschränkung des Drittwettbewerbs. In den letztgenannten Fällen beschränken die Beteiligten nicht den zwischen ihnen bestehenden Wettbewerb, sondern den Wettbewerb nur eines Vertragsbeteiligten mit einem Dritten.

Während sich das neue Merkmal zur Abgrenzung in der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle generell genau so gut eignet wie das alte, zeigt es gerade bei den oben genannten problematischen Wettbewerbsbeschränkungen in vertikalen Verträgen Schwächen.<sup>544</sup>

#### aa.) Wettbewerbsverbote in Austauschverträgen

Klauseln in Austauschverträgen zwischen dem Hersteller des Endproduktes und dem Händler werden in der Zukunft als Verträge zwischen potentiellen Wettbewerbern in weiterem Umfang als bisher dem Tatbestand des § 1 unterliegen, weil in der Regel anzunehmen sein dürfte, daß zumindest ein potentielles Wettbewerbsverhältnis besteht. Dies kann jedoch nicht durch die einschränkende Interpretation des potentiellen Wettbewerbs verhindert werden.<sup>545</sup> Vielmehr ist hier der Ausweg aus der Problematik der Weite des Tatbestandes in der Immanenztheorie zu suchen bzw. in der Frage danach, ob für die Wettbewerbsbeschränkung bei wertender Betrachtungsweise im Hinblick auf die Freiheit des Wettbewerbs ein „anzuerkennendes Interesse“ besteht.<sup>546</sup>

Im Ergebnis bleibt im Bereich der Wettbewerbsverbote in Austauschverträgen also alles beim Alten, nur daß die Abgrenzung zwischen § 1 und §§ 14 ff nun nicht mehr im Tatbestand, sondern erst auf der Ebene der Tatbestandsrestriktion durch die

<sup>544</sup> Baums, ZIP 1998, 233, 234f

<sup>545</sup> so aber z.B. Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., S. 31; I/M-Zimmer, § 1, Rn. 174

<sup>546</sup> Bechtold, NJW 1998, 2769, 2770; Kahlenberg, BB 1998, 1593, 1594

Immanenztheorie oder die Formel des anzuerkennenden Interesses vorgenommen wird.<sup>547</sup> Wo die Rechtsprechung allerdings in Zukunft dieses Merkmal ansiedeln wird, ist noch nicht geklärt.

#### bb.) Beschränkung des Drittwettbewerbs

Soweit Unternehmen auf der gleichen Produktionsstufe und miteinander im Wettbewerb stehen und diese den zwischen ihnen bestehenden Wettbewerb verhindern wollen, handelt es sich um das klassische Kartell, das selbstverständlich dem Verbot des § 1 unterliegt.

Es gibt aber auch durchaus Fälle, in denen die Unternehmen zwar der gleichen Produktionsstufe der Wirtschaft angehören, also z.B. der Herstellung oder dem Handel, aber nicht miteinander im Wettbewerb, ja noch nicht einmal im potentiellen Wettbewerb miteinander stehen. Daher ist im Folgenden zu differenzieren:

##### *(1) Durch Wettbewerber*

Wenn Unternehmen, die miteinander im aktuellen oder potentiellen Wettbewerb stehen, nicht den zwischen ihnen bestehenden Wettbewerb beschränken, sondern nur den Wettbewerb eines der Unternehmen mit Dritten, so erscheint es fraglich, ob darin eine Wettbewerbsbeschränkung zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen im Sinne des § 1 zu sehen ist. Zum alten Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks war es anerkannt, daß die Parteien den Wettbewerb nicht inter partes beschränken mußten, sondern daß auch die Beschränkung des Wettbewerbs nur eines Beteiligten ausreichte.<sup>548</sup>

Diese Sichtweise läßt sich auch weiterhin als vom Wortlaut des Gesetzes gedeckt vertreten. Dagegen wird nunmehr vorgetragen, daß die von den Parteien bezweckte Wettbewerbsbeschränkung sich gerade auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen ihnen beziehen muß.<sup>549</sup> Diese Sichtweise ist abzulehnen, weil damit eine Vielzahl von Wettbewerbsbeschränkungen von Dritten aus dem Anwendungsbereich des § 1 ausgeklammert würde.

Diese Verträge sind also auch weiterhin dem § 1 unterworfen, soweit dessen sonstige Voraussetzungen vorliegen.

##### *(2) Durch Nicht-Wettbewerber*

Soweit zwei Unternehmen, die nicht miteinander im Wettbewerb stehend lediglich den Wettbewerb eines oder beider Partner zu einem Dritten regeln wollen, ist § 1 nunmehr, gemäß seines eindeutigen Wortlautes, nicht mehr anwendbar.<sup>550</sup>

---

<sup>547</sup> Bornkamm, FS Gieß, 539, 555

<sup>548</sup> vgl. WuW/E BGH 2258f „Spielkarten“; oben B.I.3.d.)dd.)

<sup>549</sup> Bornkamm, FS Gieß, 539, 556; L/B-Bunte, § 1, Rn. 106

<sup>550</sup> Chr. Bahr, WuW 2000, 954, 955; Bornkamm, FS Gieß, 539, 556; Baums, ZIP 1998, 233, 235

Eine solche Fallgestaltung lag dem 1997 vom BGH entschiedenen Fall „Sole“<sup>551</sup> zugrunde. Dort verpflichtete sich der einzige Anbieter von Badesole, auf dem entsprechenden regional abgegrenzten Markt, einen Anbieter von Badeleistungen exklusiv mit der zum Betrieb eines Kurhauses benötigten Sole zu beliefern (stark vereinfacht). Sicher waren die Parteien keine Wettbewerber im selben Markt. Selbst wenn man den potentiellen Wettbewerb zwischen den Parteien auf dem Markt für Badeleistungen bejaht hätte (dem einzigen, auf dem die Unternehmen möglicherweise im sehr weit gefaßten potentiellen Wettbewerb gestanden haben könnten), so wäre § 1 auf jeden Fall unanwendbar gewesen. Denn der Vertrag verbot dem Lieferanten wohl nicht selbst die Sole für Badedienstleistungen zu benutzen, sondern nur, die Sole an andere Erbringer von Badeleistungen zu verkaufen. Auf dem Markt für Badedienstleistungen waren beide Unternehmen im Wettbewerb unbeschränkt.

Lediglich auf dem Markt für Badesole, auf dem sicher kein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien bestand, wurde der Wettbewerb beschränkt, indem der Anbieter dort nicht als Anbieter für Dritte auftreten durfte. Daß eine einseitige Beschränkung von Wettbewerb ausreichend ist, um von einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 zu sprechen, galt für § 1 a.F.<sup>552</sup> Da sich an dem Begriff des Wettbewerbs, wie er durch den Kartellbegriff geschützt werden soll, nichts geändert hat, ist auch für den neuen § 1 davon auszugehen, daß schon die einseitige Einschränkung von Alternativen für die Marktgegenseite dem Wettbewerbsschutz unterliegt und verboten ist.

Das Merkmal der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks mit einem Austauschvertrag wurde von der Rechtsprechung dahingehend ausgelegt, daß dieser vorliege, wenn für eine darin enthaltene „Wettbewerbsbeschränkung bei wertender Betrachtungsweise im Hinblick auf die Freiheit des Wettbewerbs ein anzuerkennendes Interesse nicht besteht.“<sup>553</sup> Auf das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien wurde in diesen Fällen verzichtet.

Liegt ein solcher zumindest potentieller Wettbewerb nicht vor, so ist für die Fälle, in denen die Klausel lediglich den Wettbewerb einer Partei mit Dritten regelt oder beschränkt, § 1 entgegen der bisherigen Rechtsprechung jetzt nicht mehr anwendbar. § 1 erfaßt nunmehr ausdrücklich nur Vereinbarungen zwischen miteinander im (aktuellen oder potentiellen) Wettbewerb stehenden Unternehmen. Insoweit ist die Formulierung des Miteinander-im-Wettbewerb-Stehens eindeutig<sup>554</sup> und in diesen Fällen eben gerade nicht gegeben. Diese Klauseln sind daher jetzt ausschließlich nach den §§ 14 ff zu beurteilen. So wäre der „Sole“-Fall nach neuer Rechtslage nicht unter § 1 zu fassen, sondern würde unter § 16 Nr. 2 fallen und damit lediglich der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörden unterliegen. Ob sich hier vom Gesetzgeber nicht bedachte Lücken auftun, die nicht durch eine strengere Aufsicht geschlossen werden können, bleibt abzuwarten, ist aber unwahrscheinlich.

---

<sup>551</sup> WuW/E BGH 3137ff „Sole“

<sup>552</sup> vgl. oben B.I.4.a.)

<sup>553</sup> WuW/E BGH 3137, 3138 „Sole“

<sup>554</sup> Baums, ZIP 1998, 233, 235; Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., S. 32

cc.) Sternverträge

Eine weitere Art von Verträgen, die unter der bisherigen Formulierung des gemeinsamen Zwecks nur mit Mühe zu erfassen waren, sind die sogenannten Sternverträge.

Dabei schließen die Kartellmitglieder, die derselben Marktstufe angehören, den Kartellvertrag nicht untereinander (horizontal) ab, sondern jeweils einzeln mit einem Vertragspartner auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe. Im jeweiligen Einzelfall erscheinen die Verträge so als „harmlose“ Vertikalverträge. Erst bei Betrachtung des gesamten Vertragssystems wird erkennbar, daß mit dem Vertragswerk auch eine horizontale Koordinierung erreicht wird.

Beispielhaft seien hier nur die Koordinierung des Vertriebs einer Branche durch eine gemeinsame Vertriebsstelle, ein sogenanntes Syndikat (mit oder ohne Andienungspflicht), genannt. So hatte zum Beispiel die Zementindustrie in Niedersachsen nach 1945 ihren Vertrieb derart koordiniert, daß jeder Hersteller an eine gemeinsame Vertriebsstelle, die „Zementverkaufsstelle Niedersachsen GmbH“ – ZVN –, zu liefern hatte. Die ZVN zahlte allen Herstellern den gleichen Preis und verkaufte alle Produkte zu einheitlichen Preisen an die nächste Marktstufe. Dadurch wurde eine völlige Vereinheitlichung der Preise erreicht, ohne daß die Hersteller miteinander einen direkten, horizontalen Vertrag geschlossen hatten.<sup>555</sup> Der Wettbewerb war jedoch offensichtlich ausgeschaltet. Auch wenn solche eindeutigen Fälle heute nur noch selten anzutreffen sind, ist doch das Problem noch immer dasselbe.

Ein etwas jüngeres Beispiel war der „Carpartner“-Fall, den der BGH 1998 zu entscheiden hatte.<sup>556</sup> Dort hatten diverse Autohaftpflichtversicherer ein Gemeinschaftsunternehmen – Carpartner – gegründet, das Mietwagen als Unfallersatzwagen zu günstigeren Konditionen als die übrigen gewerblichen Autovermieter anbieten sollte. Mit einem Hinweis der Versicherungen an den jeweiligen geschädigten Anspruchsteller auf dessen Schadensminderungspflicht, in Verbindung mit der Zusage der vollen Kostendeckung für den Fall der Anmietung bei Carpartner, hofften die Versicherer (zu Recht), die Anspruchsteller zur Anmietung des Unfallersatzfahrzeugs bei Carpartner drängen zu können und damit die eigenen Kosten für die Unfallersatzfahrzeuge deutlich zu reduzieren. Damals entschied der BGH, daß bereits der Gesellschaftsvertrag wegen seiner koordinierenden Wirkung zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen war und daher gegen § 1 a.F. verstieß.

Dies wäre allerdings nach neuem Recht fraglich, weil der Gesellschaftsvertrag zwar von Unternehmen geschlossen wurde, die auf dem Markt für Versicherungsleistungen miteinander im Wettbewerb standen, nicht aber auf dem Markt der Fahrzeuganmietungen. Würde man also nun, wie oben erwähnt,<sup>557</sup> verlangen, daß sich die Vereinbarung auf das Wettbewerbsverhältnis der Unternehmen direkt auswirken müßte, so würde der Vertrag nicht unter § 1 zu subsumieren sein.

---

<sup>555</sup> BGHZ 65, 30ff. „ZVN“

<sup>556</sup> BGH NJW 1998, 2825, 2826 „Carpartner“

<sup>557</sup> vgl. D.I.3.d.)bb.) (1)

Dem ist eine Absage zu erteilen, denn es gibt keine überzeugende Begründung für dieses enge Verständnis. Daher ist wegen des mit dem GWB verfolgten Gesetzeszwecks davon auszugehen, daß aller Wettbewerb vor Beschränkungen geschützt werden soll und nicht nur derjenige zwischen den jeweils an einer Maßnahme beteiligten Unternehmen.

Im Fall „Carpartner“ wirkte die Koordinierung der Schadenabwicklung durch die Versicherer – wegen der überragenden Einwirkungsmöglichkeit der Versicherer auf die Anspruchsteller – im Ergebnis genauso, als ob die Versicherungen selbst nur noch bei „ihrem“ Gemeinschaftsunternehmen Fahrzeuge anmieten würden. Die bis dahin auf dem Markt für Unfallsatzfahrzeuge tätigen Vermietungsfirmen sahen sich so einem unfreiwilligen Kartell der Geschädigten gegenüber. Da hier keine vertikalen Verträge zwischen den Versicherungen und Carpartner geschlossen wurden (mit Ausnahme des Gesellschaftsvertrages) und auch die Anspruchsteller gegenüber den Versicherungen nicht vertraglich gebunden werden sollten, sondern die Versicherungen die Anspruchsteller rein faktisch dazu bringen wollten (und konnten), das Gemeinschaftsunternehmen Carpartner zu nutzen, war dies ein mehrstöckiger indirekter Nachfrager-Sternvertrag. Das Verhalten der Anspruchsteller ist den Versicherungen zuzurechnen.

Der BGH hat sich damals der Mühe unterzogen und in einer nicht jeden Zweifel auslöschenden Weise<sup>558</sup> den gemeinsamen Zweck des Vertrages herausgearbeitet. Nach der Neufassung des § 1 wäre jedenfalls davon auszugehen, daß das Vertragswerk von Unternehmen geschlossen wurde, die miteinander im Wettbewerb stehen und daß zumindest ein abgestimmtes Verhalten vorliegt.

Gleichwohl bleiben angesichts der astronomischen Preise für Unfallsatzfahrzeuge Zweifel, ob nicht dieser Vertrag unter dem Gesichtspunkt der Immanenztheorie (Fallgruppe: Eindringen in einen stark abgeschotteten Markt) vom Anwendungsbereich des § 1 hätte ausgenommen werden sollen.

e.) Folgen des weiten Tatbestandes; Doppelkontrolle?

Folge des weiten Tatbestandes des § 1 durch das neue Tatbestandsmerkmal des Miteinander-im-Wettbewerb-Stehens, könnte der Ausschluß eines eigenen Bereichs für § 14 ff sein. Würde man dem Gedanken folgen, daß sich die Anwendbarkeit von § 1 einerseits und §§ 14 ff andererseits schon tatbestandlich ausschließen,<sup>559</sup> führte dies in der Tat erstens zur fast vollständigen Aufgabe eines eigenen Anwendungsbereichs der §§ 14 ff und zweitens zu theoretischen Lücken im Wettbewerbsschutz.

Diese Schutzlücken könnten sich ergeben, wenn man einen Vertrag als von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen geschlossen ansieht, ihn aber aus irgendeinem sonstigen Grund nicht der Nichtigkeitsfolge des § 1 zuführen kann. Dann käme eine zusätzliche Kontrolle nach §§ 14 ff nämlich nicht in Betracht. Da diese Schutzlücken aber ebensowenig wie die Aufgabe der Differenzierung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der 6. Novelle

<sup>558</sup> vgl. z.B. die Kritik von Bunte, NJW 1999, 93, 95f; Polley, WuW 1998, 939, 941

<sup>559</sup> vgl. BGH NJW 1997, 2324, 2325 „Druckgußteile“ m.w.N. zur st.Rspr.

vom Gesetzgeber gewollt waren ist von einer „Doppelkontrolle“ von wettbewerbsbeschränkenden Klauseln in vertikalen Vereinbarungen nach § 1 und §§ 14 ff auszugehen, die zwischen aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern abgeschlossen werden.<sup>560</sup>

Auch mit der älteren Rechtsprechung ist diese Ansicht in Einklang zu bringen, hat doch der BGH schon verschiedentlich entschieden, daß auch in Vertikalvereinbarungen einzelne Klauseln an § 1 gemessen werden können,<sup>561</sup> ohne daß der Vertrag im übrigen dem Kartellverbot anheimfällt.<sup>562</sup> Allerdings wurde dann in den Entscheidungen „Druckgußteile“, „Bedside-Testkarten“ und „Sole“ vom BGH stets festgestellt, daß die Vorschriften des § 1 einerseits und der §§ 14 ff (§§ 16 ff a.F.) andererseits einander bereits tatbestandlich ausschließen.<sup>563</sup> Auf eine Begründung wurde dabei allerdings mit Hinweis auf die Literatur verzichtet. Dem ist nicht zu folgen.

Es überzeugt mich nicht, einem Vertrag insgesamt eine Freistellung zu erteilen, nur weil einzelne Klauseln die Hürde des § 1 genommen haben, ohne dabei im übrigen eine Prüfung nach den §§ 14 ff vorzunehmen. Dies gilt erst recht nach der Neufassung des Kartellbegriffs mit seinem extrem weiten Tatbestand. Nachdem die Unterscheidungskraft zwischen Horizontal- und Vertikalvereinbarungen durch die Neufassung des Tatbestandes des § 1 nicht gerade geschärft wurde und oft große Schwierigkeiten bereiten dürfte, besteht auch für ein Ausschließlichkeitsverhältnis kein Anlaß. Dies wird allein schon dann deutlich, wenn Unternehmen, die miteinander in potentielltem Wettbewerb stehen (Großhändler und Händler), miteinander einen Austauschvertrag über Waren schließen, in den sie Beschränkungen der in § 16 genannten Art aufnehmen. Hier drängt es sich schon auf, daß schlicht beide Tatbestände erfüllt sind. Warum nun Einer den Anderen ausschließen soll, ist nicht ersichtlich. Würde man in diesen Fällen – und nur um diese schwierigen Wettbewerbsbeschränkungen in Austauschverträgen geht es hier – bei der Prüfung des § 1 aus irgendeinem Grund zu dem Ergebnis kommen, daß die Wettbewerbsbeschränkung nicht in den Anwendungsbereich des § 1 fällt, würde eine Prüfung nach § 16 ausscheiden. Dies kann vor dem mit dem Hintergrund des Gesetz verfolgten Zweck so nicht gewollt sein und beruht wohl auf einer, an die überkommen Kartellformenlehre anknüpfenden Sichtweise.

Ob diese Frage allerdings praktische Relevanz hat, erscheint mir fraglich. Schließlich lassen sich – abgesehen von der Tatsache, daß die betroffenen Unternehmen nicht miteinander im Wettbewerb stehen und damit ohnehin nur noch die §§ 14 ff Anwendung finden können – nur sehr schwer Konstellationen vorstellen, in denen eine Wettbewerbsbeschränkung zwischen Wettbewerbern nicht unter § 1, wohl aber zum Beispiel unter § 16 fallen könnten, weil der Tatbestand des § 1 in den übrigen Tatbestandsmerkmalen weiter ist als der des § 16.

---

<sup>560</sup> K. Schmidt, AG 1998, 551, 560; ders. FS Sandrock, 833, 845ff

<sup>561</sup> WuW/E BGH 2285ff „Spielkarten“

<sup>562</sup> z.B. BGH NJW 1964, 2203 „Pachtapotheke“; vgl. darüber hinaus die Nachweise bei Traub, WRP 1994, 802ff

<sup>563</sup> z.B. WuW/E BGH 3121, 3124 „Bedside-Testkarten“



Meiner Ansicht nach wird der Frage nach der Doppelkontrolle im Kartellrecht ein zu große Bedeutung beigemessen. Versteht man die kartellrechtlichen Normen so, daß mit „Vertrag“ nicht stets der gesamte Vertrag, sondern vielmehr nur die einzelnen Vertragsklauseln (gegebenenfalls im entsprechenden Kontext) gemeint sind, liegt die Lösung des Problems nicht im Kartellrecht, sondern in § 139 BGB. Ob auf die selbe Klausel neben § 1 auch zum Beispiel § 16 anwendbar ist, ist eher von theoretischer Bedeutung als von praktischer Relevanz, meiner Meinung nach aber zu bejahen (s.o.).

#### **4. Wettbewerbsbeschränkungen**

Im Hinblick auf die „Beschränkung des Wettbewerbs“ haben sich durch die Neufassung des § 1 a.F. keine wesentlichen Neuerungen ergeben.<sup>564</sup>

Die Neufassung des § 1 übernimmt die Formulierung aus Art. 81 EGV, daß von der getroffenen Maßnahme eine „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“ ausgehen muß, und beschreitet damit konsequent den Weg der sprachlichen Angleichung von § 1 an Art. 81 EGV. Eine inhaltliche Veränderung war vom Gesetzgeber aber auch hier nicht beabsichtigt. In der Praxis bestanden schon in der Vergangenheit kaum noch Unterschiede zwischen dem deutschen Tatbestandsmerkmal der Beeinflussung des Wettbewerbs und dem europäischen der Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs.<sup>565</sup> Daher hielten die Gesetzgeber die Anpassung an Art. 81 EGV für unbedenklich.

Noch immer entzieht sich nach wohl richtiger Ansicht das Phänomen des Wettbewerbs einer begrifflichen Definition, so daß der Gesetzgeber gut daran tat, nicht eine solche zu versuchen. Es wurde zu der Neufassung kritisch bemerkt, daß man mit der Übernahme des europäischen Tatbestandsmerkmals in den deutschen § 1 sich auch die Unklarheiten und offenen Fragen, wie sie oben<sup>566</sup> dargestellt wurden, mit eingehandelt habe.<sup>567</sup> Dem ist zwar grundsätzlich zuzustimmen, gleichwohl darf nicht übersehen werden, daß die angesprochenen Unklarheiten eher Randbereiche und theoretische Fragestellungen betreffen als praxisrelevante Details. Insgesamt erscheint mir dies als guter Tausch. Somit kann sich nun auch die deutsche Rechtswissenschaft um die Lösung der im europäischen Recht fraglichen Probleme verdient machen, statt alten deutschen Streitigkeiten nachzueifern.

#### **5. Bezwecken oder bewirken**

Im Gegensatz zur § 1 a.F. nimmt der neu gefaßte § 1 ausdrücklich Stellung zum Verhältnis zwischen Maßnahme und Wettbewerbsbeeinträchtigung. Nach der Neufassung des § 1 muß die Vereinbarung die Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Auch insoweit hat sich der Gesetzgeber für die Übernahme der Formulierung aus Art. 81 EGV entschlossen, weil er annahm, daß in der Praxis zwischen der Formulierung des Art. 81 EGV und der zu § 1 a.F. bislang vorherr-

---

<sup>564</sup> Wiedemann-Stockmann, § 7, Rn. 65

<sup>565</sup> so die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/9720 S. 31 (aa)

<sup>566</sup> siehe oben C.I.4.c.)

<sup>567</sup> Baums, ZIP 1998, 233

schenden Auslegungspraxis kein wesentlicher Unterschied bestehe und die europäische Formulierung daher konsequenter sei als die alte deutsche Fassung.<sup>568</sup> Damit beendete der Gesetzgeber den noch immer andauernden – aber wenig relevanten – Streit zwischen Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie.<sup>569</sup> Im Gegenzug übernahm der neue § 1 für die deutsche Rechtspraxis jedoch – wie auch bei der Formulierung der Wettbewerbsbeschränkung – die Unsicherheiten des Art. 81 EGV bei der Auslegung der Begriffe „bezwecken oder bewirken“.<sup>570</sup>

Nach der europäischen Rechtspraxis stehen die Merkmale „bezwecken“ und „bewirken“ gleichberechtigt nebeneinander (sog. Alternativität von Zweck und Wirkung).<sup>571</sup> Dabei geht man davon aus, daß es beim Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung auf deren tatsächliches Eintreten gar nicht mehr ankommt.<sup>572</sup> Daher sollte zukünftig auch im deutschen Recht zunächst geprüft werden, ob die Parteien mit der Maßnahme eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt haben. Umstritten ist dabei allerdings was unter „bezweckt“ zu verstehen sein soll.

Nach der ständigen Praxis der Kommission ist der Zweck der Maßnahme nicht etwa der subjektiven Sichtweise der Parteien zu entnehmen, sondern objektiv, das heißt im Sinne der wettbewerbsbeschränkenden Zielsetzung der Maßnahme zu ermitteln.<sup>573</sup> Dem wird aus der deutschen Literatur entgegen gehalten, daß dies dem Wortlaut widerspreche. Von einem Zweck könne nicht gesprochen werden, wo keiner der Beteiligten eine entsprechende Vorstellung gehabt habe, den Wettbewerb zu beschränken.<sup>574</sup> Auch aus der Systematik des Gesetzes würde sich ergeben, daß es beim Bezwecken auf die subjektive Sichtweise der Parteien ankommt, weil die rein objektive Beeinträchtigung des Wettbewerbs von dem Merkmal „Bewirken“ erfaßt werde.<sup>575</sup>

Mir erscheint diese Sichtweise zwar dogmatisch durchaus nachvollziehbar, jedoch in der Praxis überaus schwierig zu handhaben zu sein. In einem Verfahren ist es in der Regel unmöglich, die Motivation der Parteien in einem Maße darzulegen und zu beweisen, daß das Gericht diese als bewiesen ansehen kann. Daher scheint es mir die richtige Lösung zur Erreichung des mit dem Gesetz verfolgten Zweck zu sein, zwar die bezweckte Wettbewerbsbeschränkung als Motiv der Parteien zu verstehen, aber diese grundsätzlich anhand von objektiven Merkmalen zu bestimmen. Auch der BGH hatte sich eben soweit von der Zwecktheorie gelöst und angenommen, daß die Parteien einen (damals noch gemeinsamen) Zweck verfolgten, wenn dies objektiv nach der gemeinsamen Erwartung kaufmännisch vernünftiger Vertragsbeteiligter anzunehmen war.<sup>576</sup>

---

<sup>568</sup> Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 13/9720, S. 31

<sup>569</sup> Chr. Bahr, WuW 2000, 954, 960f; vgl. dazu oben B.I.5.

<sup>570</sup> vgl. hierzu z.B. die Kritik von Baums, ZIP 1998, 233, 234

<sup>571</sup> vgl. dazu oben C.I.6.

<sup>572</sup> EuGH Slg. 1985, 391, 423, (Rn. 22) „BNIC / Clair“

<sup>573</sup> Kommission, ABl. 1990, L 21, 71, 76 „Bayo-n-ox“

<sup>574</sup> I/M-Zimmer, § 1, Rn. 243

<sup>575</sup> I/M-Zimmer, § 1, Rn. 244

<sup>576</sup> WuW/E BGH 2313, 2317 „Baumarkt-Statistik“; L/B-Bunte, § 1, Rn. 166

Kann ein von den Parteien mit der Maßnahme verfolgter Zweck so nicht ermittelt werden, ist zu untersuchen, ob die Maßnahme eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs verursacht, also rein objektiv tatsächliche Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.<sup>577</sup>

Dabei stellt sich natürlich die Frage, ob jede objektive Auswirkung der Maßnahme auf den Wettbewerb ausreicht, um das Tatbestandsmerkmal des Bewirkens zu erfüllen. Hier werden unterschiedliche Maßstäbe zur Prüfung der Kausalität angelegt.<sup>578</sup>

Die einfache Kausalität ist in ihrer unendlichen Weite sicher nicht zur Eingrenzung geeignet. Insbesondere wegen des Sanktionscharakters der Norm ist schon aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit davon auszugehen, daß die bewirkte Wettbewerbsbeschränkung zum Zeitpunkt des Abschlusses der Maßnahme vorhersehbar gewesen sein muß.

Es sollte, wie auch im Rahmen der Prüfung nach Art. 81 EGV, ein Kausalitätsmaßstab herangezogen werden, der nur diejenigen Fälle nicht umfassen sollte, die nur aufgrund ganz außergewöhnlicher und von den Parteien nicht voraussehbarer Umstände eingetreten sind (adäquate Kausalität).<sup>579</sup> Diese adäquat kausal verursachten Wettbewerbsbeschränkungen müssen sich die Kartellpartner aber zurechnen lassen.

Soweit dies in der Literatur als unbefriedigend angesehen wird,<sup>580</sup> weil an die Verwirklichung des Tatbestandes des neuen § 1 auch zum Beispiel bußgeldrechtliche Folgen geknüpft sind, überzeugt das nicht. Immerhin ist das Bewirken der Wettbewerbsbeschränkung ja nur eines von mehreren Merkmalen, die kumulativ vorliegen müssen, um den scharfen Folgen des § 1 zu unterfallen. Im übrigen ist nicht einzusehen, warum überall im zivilrechtlichen Schadensersatzrecht ein adäquat kausal herbeigeführter Schaden ersatzfähig sein soll außer im Kartellrecht. Der von *Zimmer*<sup>581</sup> geforderten Restriktion des Tatbestandes von § 1 an dieser Stelle bedarf es nicht.

## 6. Spürbare Beeinflussung der Marktverhältnisse

Entgegen § 1 a.F. wurde in § 1 das Merkmal der „Eignung zur Beeinflussung der Erzeugung oder der Marktverhältnisse für Waren oder gewerbliche Leistungen“ ersatzlos gestrichen. In dem Wortlaut des § 1 gibt es somit keine Stütze mehr für die Annahme einer „Spürbarkeit“ der Maßnahme. Ziel auch dieser Streichung war die sprachliche Angleichung der neuen Norm an den Wortlaut des Art. 81 EGV.

Jedoch ist auch im Rahmen des Art. 81 EGV anerkannt, daß dieser als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal die „Spürbarkeit“ der Maßnahme verlangt. Da ein

---

<sup>577</sup> EuGH Slg. 1966, 281, 306 „Maschinenbau Ulm“

<sup>578</sup> I/M-Zimmer, § 1, Rn. 251

<sup>579</sup> Chr. Bahr, WuW 2000, 954, 962, m.w.N.; zum Begriff des „Bewirkens“ im Sinne des Art. 81 EGV vgl. auch oben C.I.6.

<sup>580</sup> I/M-Zimmer, § 1, Rn. 253

<sup>581</sup> a.a.O.

Abrücken von diesem Merkmal unsinnig wäre, dies vom Gesetzgeber auch nicht gewollt war – der Gesetzgeber wollte die weitgehende Angleichung an den Rechtszustand der EU erreichen – und so der ohnehin schon große Anwendungsbereich des § 1 noch erweitert würde, ist für die Zukunft davon auszugehen, daß auch der neue § 1 die Spürbarkeit der Maßnahme voraussetzt.<sup>582</sup>

Die gegenteilige Auffassung, wie sie vom LG Mannheim<sup>583</sup> vertreten wurde, überzeugt schon deshalb nicht, weil nach ihr auch ein Kartellvertrag von zwei völlig unbedeutenden Unternehmen auf einem ansonsten gut funktionierenden Markt – ein „Wahnkartell“ – der harten Folge des § 1 unterliegen würde. Da dies nicht wirklich gewollt sein kann, ist auch weiterhin die Spürbarkeit der Maßnahme zu verlangen. Die von den Parteien bezweckte Wettbewerbsbeschränkung müßte also wenigstens geeignet gewesen sein, den Wettbewerb auf dem betroffenen Markt spürbar zu beeinflussen.

Das Merkmal der Spürbarkeit selbst ist dabei keiner Veränderung unterzogen worden. Es erfordert weiterhin zunächst die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sowie dessen zeitliche und räumliche Abgrenzung von Märkten andersartiger Waren und Dienstleistungen.<sup>584</sup> Auf diesen ist sodann die Auswirkung des Kartells zu überprüfen. Hat ein Unternehmen mehrere gleichartige Verträge mit verschiedenen dritten Unternehmen geschlossen, so ist bei der Untersuchung nicht auf jeden Vertrag alleine, sondern auf das gesamte Vertragswerk abzustellen und zu fragen, ob sich aufgrund des Vertrages und der konkreten Marktgegebenheiten eine spürbare Einschränkung der Alternativen der Marktgegenseite ergibt. Die Spürbarkeit einer Maßnahme ist nur dann zu verneinen, wenn deren Auswirkungen praktisch nicht ins Gewicht fallen. Dies wird insbesondere dann angenommen, wenn die übrigen Marktbeteiligten nicht auf die Maßnahme reagieren.<sup>585</sup>

Im übrigen kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf das oben zu § 1 a.F. Gesagte verwiesen werden.<sup>586</sup>

## II. Tatbestandsrestriktionen

Schon zu § 1 a.F. war es allgemein anerkannt, daß insbesondere Wettbewerbsklauseln in Gesellschafts- und Unternehmensveräußerungsverträgen sowie in Austauschverträgen nicht vom Kartellverbot erfaßt sein sollten. Um nicht zu einem übergroßen Anwendungsbereich zu gelangen, bedurfte schon § 1 a.F. einer einschränkenden Auslegung des Tatbestandes. Diese wurde von der Literatur durch die Anwendung der Immanenztheorie<sup>587</sup> und von der Rechtsprechung mit der Formel des anzuerkennenden Interesses<sup>588</sup> erreicht.

---

<sup>582</sup> Bechtold, NJW 1998, 2769, 2770; Baums, ZIP 233, 234; Chr. Bahr, WuW 2000, 954, 963

<sup>583</sup> LG Mannheim, WuW/E DE-R 298, 302 „Stromversorgung“

<sup>584</sup> Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., S. 43

<sup>585</sup> Wiedemann-Stockmann, § 7, Rn. 75

<sup>586</sup> vgl. B.I.6.b.)cc.)

<sup>587</sup> grundlegend: Steindorff, BB 1977, 569, 570f; H. Köhler, ZHR 148, 487, 491ff; vgl. zur Immanenztheorie oben B.II.1.

<sup>588</sup> vgl. oben B.I.3b.)dd.)

## 1. Immanenztheorie / Formel des Anzuerkennenden Interesses

Diese teleologische Reduktion des Tatbestandes<sup>589</sup> muß natürlich erst recht für den neuen § 1 gelten, dessen Tatbestand noch weiter gefaßt wurde. Auch und gerade der neue § 1 bedarf aufgrund seiner großen Reichweite – zwecks Erreichung angemessener Ergebnisse – einer Einschränkung durch die Immanenztheorie<sup>590</sup> oder durch die Formel des „anzuerkennenden Interesses“.<sup>591</sup>

Leider verpaßte es der Gesetzgeber, die Einschränkung durch die Immanenztheorie oder die Formel des Anzuerkennenden Interesses, die im Ergebnis wohl das gleiche meint wie die Immanenztheorie, in den Gesetzestext aufzunehmen<sup>592</sup> oder dort wenigstens anzudeuten. Daher muß auch weiterhin mit einem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal gearbeitet werden. Dies ist um so bedauerlicher, als der Gesetzgeber mit der Reform, wie oben gezeigt, in der Sache einen sehr weiten Tatbestand geschaffen hat und das neue Merkmal des Miteinander-im-Wettbewerb-Stehens nicht gerade zur Vereinfachung der Differenzierung zwischen § 1 einerseits und § 14 ff andererseits beitragen kann.

Nur durch diese Einschränkung lassen sich auch in Zukunft von Unternehmen, die in (potentiellem) Wettbewerb miteinander stehen, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen treffen, soweit diese unbedingt erforderlich sind, um den kartellrechtsneutralen vertraglichen Hauptzweck zu erreichen oder wenn die Vorteile der Vereinbarung für den Wettbewerb die Nachteile deutlich überwiegen, insbesondere also auch in Austauschverträgen zwischen verschiedenen Handelsstufen der Wirtschaft.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß der Handel eine wichtige Funktion in der Marktwirtschaft innehat. Er ist maßgeblich an der Verteilung, der Lagerung und an der Finanzierung der Waren beteiligt. Darüber hinaus ist es nicht selten der Handel oder ein anderer Absatzmittler, der die Nachfrage nach bestimmten Gütern weckt oder zumindest stark fördert. Gerade vor diesem Hintergrund scheinen mehrstufige Handelssysteme für den Wettbewerb insgesamt eher förderlich zu sein, als daß sie ihn mit Wettbewerbsbeschränkungen, wie sie typischerweise in Verträgen zwischen den einzelnen Handelsstufen enthalten sind, verhindern.

Gleiches gilt natürlich auch für andere Formen des arbeitsteiligen Vertriebs, wie er insbesondere durch Franchisingssysteme<sup>593</sup> erreicht wird. Gerade im Bereich des Franchising schließen solche Unternehmen einen Vertrag miteinander, die zumindest in potentiellem Wettbewerb zueinander stehen. Um diese Vertriebsform auch in Zukunft dem strengen Verbot des § 1 zu entziehen, ist eine Einschränkung des Tatbestandes durch die Immanenztheorie notwendig.

---

<sup>589</sup> L/B-Bunte, § 1, Rn. 198

<sup>590</sup> Bunte, WuW 1997, 857, 863

<sup>591</sup> Bornkamm, FS Gieß, 539, 555

<sup>592</sup> kritisch zu einer Aufnahme in den Gesetzestext: Bunte, WuW 1997, 857, 864

<sup>593</sup> vgl. hierzu Hänlein, DB 2000, 374, 375, der den Franchisevertrag allerdings als Vertikalvereinbarung ansieht und nicht § 1 unterstellen will ohne dies zu begründen; Bornkamm, FS Gieß, 539, 555

Eine weitere wichtige Fallgruppe der Anwendung der Immanenztheorie sind Fälle, in denen ein Unternehmen einen neuen Markt erschließen will und sich dabei weitgehender Wettbewerbsbeschränkungen seiner Absatzmittler bedient. Hier wird angenommen, daß dies nicht zu einer Verminderung, sondern zu einer Verstärkung des Wettbewerbs auf dem betroffenen Markt führt, weil ein neuer Wettbewerber den Markt betritt. In diese Kategorie hätte man sicherlich auch den Carpartner-Fall einordnen können. Allerdings sind hier zeitliche Begrenzungen unbedingt notwendig.

Wegen der übrigen hierzu häufig diskutierten Fallgestaltungen sei – wie auch für die Frage der Rechtsgüterabwägung<sup>594</sup> – auf die Ausführungen unter B.II.2. verwiesen.

Bei allem Vorgesagten darf nicht übersehen werden, daß Ausnahmen vom Kartellverbot grundsätzlich nur in den Fällen der §§ 2 bis 6 vorgesehen sind. Es ist davor zu warnen, mit der Immanenztheorie die ausdrücklich und abschließend im Gesetz vorgesehenen Ausnahmen vom Kartellverbot (§§ 2 bis 6) und insbesondere die Freistellungsmöglichkeit des § 7 und die Erlaubnis gemäß § 8 zu umgehen. Schwere Verstöße gegen § 1 können nicht über die Immanenztheorie gerettet werden, sondern müssen – bei Vorliegen von deren Voraussetzungen – gemäß § 7 freigestellt oder gemäß § 8 vom Bundesminister für Wirtschaft ausnahmsweise erlaubt werden.

## 2. Aufnahme in den Gesetzestext

Fraglich ist allerdings, ob der Gesetzgeber dies überhaupt besser lösen wollte. Wie oben bereits angesprochen hat der Gesetzgeber auf Warnungen aus der Literatur<sup>595</sup> nicht gehört und sich wissentlich dagegen entschlossen, die Formel des anzuerkennenden Interesses in den Gesetzestext aufzunehmen.<sup>596</sup> Wenn in der Begründung des Gesetzentwurfs dann auch noch erwähnt wird, daß mit der Reform „das deutsche Recht mit dem europäischen Recht harmonisiert werden“<sup>597</sup> soll – freilich ohne die Unterscheidung von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen aufzugeben – und daß „durch die Einführung eines ergänzenden Freistellungstatbestands (§ 7) für Kartelle den Unternehmen und den Kartellbehörden mehr Flexibilität eingeräumt“<sup>598</sup> werden soll, so muß man sich fragen, ob damit nicht ein generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, wie nach dem europäischen Vorbild, eingeführt werden sollte.

Allerdings sind weitere Anhaltspunkte hierfür nicht ersichtlich. Insbesondere wurde dies nirgendwo ausdrücklich erwähnt, was bei einer so gravierenden Änderung doch zu erwarten gewesen wäre. Es ist daher davon auszugehen, daß es sich bei der Nicht-Aufnahme der Formel des anzuerkennenden Interesses nur um eine gesetzgeberische Nachlässigkeit handelt.

---

<sup>594</sup> vgl. oben B.II.2.

<sup>595</sup> Bunte, WuW 1997, 857, 863

<sup>596</sup> vgl. oben D.I.3. und D.I.3.b.) a.E.

<sup>597</sup> BT-Drucks. 13/9720, S. 30

<sup>598</sup> BT-Drucks. 13/9729, S. 30 (Ergänzung in der Klammer vom Verfasser)

### III. Rechtsfolge

#### 1. Nichtigkeit

Zur Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Verbot des § 1 schweigt sich dieser in der Neufassung aus. Die Rechtsfolge ergibt sich nunmehr nicht wie zuvor direkt aus dem Gesetzestext, sondern nur noch aus den allgemeinen Regeln des Zivilrechts, denen natürlich auch die Kartellvereinbarungen unterliegen. Maßnahmen, die gegen das Verbot des § 1 verstoßen, sind jetzt in Verbindung mit § 134 BGB wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig.<sup>599</sup> Darüber hinaus wird nach der 6. Novelle nunmehr schon der Abschluß eines Kartellvertrages verboten und als Ordnungswidrigkeit in § 81 I Nr. 1 GWB sanktioniert und nicht erst seine Durchführung wie bislang.<sup>600</sup>

#### 2. Reichweite der Nichtigkeit

Soweit sich zum Beispiel in einem vertikalen Vertragsverhältnis eine wettbewerbsbeschränkende Klausel findet, die nicht den Anforderungen des § 1 genügt, ist die Klausel nichtig, nicht aber das gesamte Vertragsverhältnis.

Soweit eine Vereinbarung ordnungsgemäß zwecks Legalisierung angemeldet wurde, ist die Rechtsfolge zunächst lediglich die schwebende Unwirksamkeit.<sup>601</sup> Mit der Erteilung der Freistellung wird das Kartell voll wirksam. Wird die Entscheidung versagt, ist die Vereinbarung nichtig.

Die Reichweite der Nichtigkeit ergibt sich – wie bisher<sup>602</sup> – aus § 139 BGB. Wurde der Vertrag geschlossen, ohne daß der Wettbewerbsklausel, nach dem gegebenenfalls zu ermittelnden Parteiwillen, eine maßgebliche Bedeutung zukommen sollte, so bleibt der Vertrag im übrigen wirksam, unterliegt dann aber ggf. als Vertikalvereinbarung der zusätzlichen Kontrolle nach §§ 14 ff. Ist dagegen davon auszugehen, daß der nach § 1 nichtigen wettbewerbsbeschränkenden Klausel eine solche Bedeutung zukommt, daß die Parteien den Vertrag nicht ohne sie geschlossen hätten, erstreckt sich die Nichtigkeit der Klausel auf den Vertrag insgesamt, § 139 BGB. Es sollte daher vor der Aufnahme von salvatorischen Klauseln in solche Verträge stets geprüft werden, ob der Erhalt des Vertrages für den Fall der Nichtigkeit einzelner Klauseln wirklich gewollt ist. Für eine Anwendung der §§ 14 ff bleibt in den letztgenannten Fällen natürlich kein Raum mehr.

Über die Doppelkontrolle besteht so die Möglichkeit, eine nicht über die Immanenztheorie zu rettende Klausel in einem Vertrag, der zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen geschlossen wurde, nach § 1 für nichtig zu erklären, während der Vertrag im übrigen (soweit § 139 BGB oder eine salvatorische Klausel hierfür Raum lassen) lediglich der Mißbrauchskontrolle der §§ 14 ff zu unterwerfen

---

<sup>599</sup> Bechtold, BB 1997, 1853, 1854

<sup>600</sup> Wiedemann-Stockmann, § 7, Rn. 76

<sup>601</sup> I/M-Zimmer, § 1, Rn. 323; Wiedemann-Topel, § 50, Rn. 3

<sup>602</sup> vgl. oben B.III.2.

ist. Hierdurch lassen sich alle Formen wettbewerbswidrigen Verhaltens sachgerechten Lösungen zuführen.

Klassische Kartellverträge sind insgesamt nichtig. Die Nichtigkeit erstreckt sich hier auch auf die sogenannten Ausführungsverträge, also solche Verträge, die zur Verfestigung oder Durchführung des Kartells dienen.<sup>603</sup> Nicht von der Nichtigkeit erfaßt werden aber die reinen Folgeverträge, also solche Verträge, die ein Kartellmitglied mit seinen Abnehmern zu überhöhten Preisen schließt.

### 3. Schadensersatz

Die Opfer eines Kartells können nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts von den Kartellunternehmen den ihnen entstandenen Schaden ersetzt verlangen. Anspruchsnorm ist nunmehr § 33, der allerdings nur im GWB fixiert, was sich bislang schon aus §§ 823 II, 1004 BGB ergab. Die Probleme bei der Bestimmung des schadensersatzberechtigten Personenkreises bleiben auch im Rahmen der nunmehr anzuwendenden §§ 1, 33 offen. Ebenfalls sind die schon oben<sup>604</sup> zu § 1 a.F. referierten Probleme bei der Bemessung der Höhe des Schadens und dessen Beweis nicht beseitigt worden. So gilt weiterhin, daß das Opfer eines Kartells seinen Schaden zu beweisen hat, was im Einzelfall sehr schwierig sein kann und unter Umständen zu unbilligen Ergebnissen führt.

Mir erschiene es daher nur recht und billig, wenn man in den Fällen, in denen aufgrund eines nachgewiesenen (rechtswidrigen) Kartells Schäden verursacht wurden, die Beweislast für den Schaden zugunsten des Geschädigten umdrehen würde. So bliebe es dem Schädiger unbenommen, zum Beispiel durch die Vorlage anderer, etwa vor der Bildung des Kartells geschlossener Verträge oder durch andere Angebote oder Marktstatistiken nachzuweisen, daß dem Außenstehenden kein Schaden, oder jedenfalls nicht in der veranschlagten Höhe entstanden ist.

Eine solche Beweislastumkehr würde auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes besser gerecht werden. Es würde das Unwerturteil, das in § 1 über Kartelle gefällt wird, deutlicher zum Ausdruck bringen. Die Beweislastumkehr würde darüber hinaus, wie auch in anderen Fällen der Beweislastumkehr (z.B. im Falle der Produkthaftung nach dem ProdHG oder etwa der Halterhaftung nach dem StVG), demjenigen die Beweislast auferlegen, in dessen Wirkungskreis die Beweismittel (z.B. Kalkulations-schemata, Kostenrechnung etc.) für die zu beweisende Tatsache liegen.

So ist es in der Regel dem geschädigten Unternehmen nicht möglich, anhand von Kalkulationsunterlagen oder Aufträgen des schädigenden Unternehmens aus der Zeit vor und nach der Bildung des Kartells seinen Schaden, der meist in der Differenz zwischen Marktpreis und Kartellpreis bestehen dürfte, zu beweisen. Kann dann allerdings das Kartell bewiesen, das Opfer habe den Schaden gar nicht erlitten, sondern die überhöhten Preise an seine Kunden weitergegeben, so tritt eine Umkehr der Beweislast ein und es liegt an dem Opfer, seinen Schaden zu beweisen, wenn dieser auf Grund anderer Umstände eingetreten ist.

---

<sup>603</sup> Emmerich, Kartellrecht, 9.Aufl., S. 57

<sup>604</sup> vgl. B.III.6.e.)



Mit dieser Beweislastumkehr wären sicher nicht alle Problem gelöst, der Wettbewerbsschutz aber durch die Verbesserung der Erfolgsaussichten von Schadensersatzklagen wohl deutlich gestärkt. Es zeigt sich doch immer wieder, daß die beste Aufsicht über einen Markt von den Marktteilnehmern selbst ausgeübt wird. Darüber hinaus blockiert ein erfolgreicher Schadensersatzanspruch gemäß § 33 die Mehrerlösabschöpfung durch die Kartellbehörden, wie sie von § 34 vorgesehen wird, § 34 IV. Auch weil es sicher besser ist, den Wettbewerb durch solche ausgleichenden Schadensersatzansprüche zu stärken als den Staatshaushalt mit der Mehrerlösabschöpfung zu sanieren, sollte wie vorstehend beschrieben vorgegangen werden.

#### **4. Unterlassung**

Neben Schadensersatzansprüchen können die betroffenen Unternehmen natürlich auch nach der neuen Rechtslage die Beseitigung der Störung in Form der Auflösung des Kartells gemäß § 33 verlangen. Hierzu sind, wie schon nach altem Recht auch Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen berechtigt, § 33 S. 2.

#### **5. Sanktionen**

Gemäß § 32 kann die Kartellbehörde dem Kartell die weitere Durchführung im Wege des objektiven Untersagungsverfahrens verbieten. Vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße gegen § 1 werden von § 81 I Nr. 1 als Ordnungswidrigkeit eingestuft. Entgegen der alten Rechtslage wird jetzt nicht mehr erst die Durchführung der Kartellvereinbarung, sondern bereits deren Abschluß von § 81 I Nr. 1 sanktioniert.

Die Höhe der verhängten Bußgelder ist neuerdings tatsächlich geeignet, auch größere Unternehmen nachhaltig zu beeindrucken.<sup>605</sup> Ist eine Vereinbarung ordnungsgemäß zwecks Legalisierung angemeldet, so stellt dies bis zur Entscheidung hierüber ein Verfolgungshindernis dar, § 81 V.

---

<sup>605</sup> BKartA TB 1997/98, S. 34, 108 „Starkstromkabel“, wo eine Geldbuße von immerhin DM 280 Mio. verhängt wurde

## D. Ergebnis

1. Eine sachliche Änderung des Kartellbegriffs war vom Gesetzgeber mit der Neufassung des Tatbestandes des § 1 GWB nicht bezweckt, ist aber eingetreten.
2. Durch die neuen Gruppenfreistellungsverordnungen entwickelt sich das europäische Kartellrecht auf das deutsche System zu, indem auch dort de facto die Unterscheidung zwischen vertikalen und horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen eingeführt wird. Verstärkt wird diese Tendenz durch die Reformbestrebungen der EU-Kommission, durch die das bisherige System des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt zu einem System der Legalausnahmen verändert werden soll.
3. Dagegen wurde im deutschen Kartellrecht durch die Einführung des Merkmals des Miteinander-im-Wettbewerb-Stehens die Abgrenzung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen und daran anknüpfend die Rechtsfolgen der §§ 14 ff oder des § 1 stark verwässert und aus dem Tatbestand des § 1 in den Bereich der Tatbestandsrestriktion der Immanenztheorie verlegt.

Vereinbarungen, die in den ausgeweiteten Anwendungsbereich des neuen § 1 fallen und nicht über die Immanenztheorie oder die Formel des anzuerkennenden Interesses dem Tatbestand entzogen werden können, können gemäß § 7 freigestellt werden.

Durch diese Änderung erfolgte eine sachliche Angleichung an das damalige europäische Kartellrecht, in dem ebenfalls ein sehr weiter Tatbestand anhand von Freistellungen auf ein für die Praxis handhabbares Maß gebracht wurde. Gleichzeitig bewegt sich aber das europäische Kartellrecht von dieser Position schon wieder weg (vgl. oben 2.)

4. Der extrem weite Tatbestand des § 1 kann nicht durch eine einschränkende Interpretation des Merkmals des potentiellen Wettbewerbs eingeschränkt werden.
5. Bereits die Aufnahme einer wettbewerbsbeschränkenden Klausel in einen Vertrag deutet stark darauf hin, daß die Parteien zumindest in potentielltem Wettbewerb miteinander stehen.
6. Über die zulässige Doppelkontrolle sowohl nach § 1 als auch nach §§ 14 ff können alle Sachverhalte erfaßt und einer nach dem Zweck des Gesetzes zu ermittelnden sinnvollen Lösung zugeführt werden. Schutzlücken entstehen nicht.
7. Einzelne Klauseln in Verträgen können anhand von § 1 GWB geprüft und für nichtig gehalten werden. Der restliche Vertrag unterliegt, unter Beachtung von

§ 139 BGB, gegebenenfalls lediglich der Mißbrauchsaufsicht gemäß der §§ 14f f GWB.

8. Den Mitgliedern eines Kartells sollte die Beweislast dafür obliegen, daß durch das von ihnen begründete und unterhaltene Kartell ein Schaden bei einem Kläger nicht eingetreten ist.

-----

## Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas; Die neuen Wettbewerbsregeln für vertikale Beschränkungen; EuZW 1999, 741 ff
- Ackermann, Thomas; Art. 85 Abs. 1 EGV und die rule of reason, Köln u.a. 1997  
Zitiert: Ackermann, S. x
- Axster, Oliver; Das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ der EG-Gruppenfreistellungsverordnungen; WuW 1994, 615 ff
- Bahntje, Udo; Gentlemen`s Agreements und Abgestimmtes Verhalten, Königstein/Ts 1982;
- Bahr, Christian; Die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs in § 1 GWB; WuW 2000, 954 ff
- Ballerstedt, Kurt; Kartellverbot und Einzelvertrag; JZ 1956, 267 ff
- Ballerstedt, Kurt; Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften; JuS 1963, 253 ff
- Bar, Christian v.; Gleichordnungskonzerne und Kartellverbot; BB 1980, 1185 ff
- Bartosch, Andreas; Von der Freistellung zur Legalausnahme: Der Vorschlag der EG-Kommission für eine „neue Verordnung Nr. 17“; EuZW 2001, 101 ff
- Baumbach, Adolf/  
Hefermehl, Wolfgang; Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Auflage, München u.a. 1959  
  
Zitiert: Hefermehl in Baumbach/Hefermehl, 8. Aufl., § x GWB, Rn. y
- Baums, Theodor; GWB-Novelle und Kartellverbot; ZIP 1998, 233 ff
- Baur, Jürgen F.; Entwicklungslinien im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen; JZ 1978, 586 ff
- Baur, Jürgen F.; Das Tatbestandsmerkmal „Wettbewerb“; ZHR 134, 97 ff
- Bechtold, Rainer; Zum Referenten-Entwurf der 6. GWB-Novelle; BB 1997, 1853 ff
- Bechtold, Rainer; Das neue Kartellgesetz; NJW 1998, 2769 ff
- Bechtold, Rainer; Modernisierung des EG-Wettbewerbsrechts: Der Verordnungsentwurf der Kommission zur Umsetzung des Weißbuchs; BB 2000, 2425 ff
- Begr. 1952; Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksachen 2/1158
- Begründung zum Entwurf des GWB; BT-Drucksache 2/1158  
Zitiert: Begr. 1952
- Belke, Rolf; Grundfragen des Kartellverbots; ZHR 143, 74 ff
- Benkendorff, G.; Über den Vertrag in § 1 GWB und seine Eignung zur Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkungen; WRP 1962, 313 ff
- Beuthin, Volker; Gesellschaftsrecht und Kartellrecht; ZHR 142, 259 ff

- Beuthin, Volker; Kartellverbot und abgestimmtes Verhalten; Festschrift für Gunther Hartmann, Köln 1976, S. 51 ff  
Zitiert: Beuthin, Kartellverbot
- Borchard, Knut / Fikentscher, Wolfgang; Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957
- Bornkamm, Joachim; Das Kartellverbot in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs; Festschrift für Karlmann Geiß, Köln u.a. 2000, S. 539 ff  
Zitiert: Bornkamm, FS Gieß, x
- Brunn, J.H.v.; Marktbeherrschung und Marktanteil im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; WuW 1958, 407 ff
- Bundeskartellamt; Tätigkeitsbericht 1966, BT Drucksachen 5/1950
- Bundeskartellamt; Tätigkeitsbericht 1973, BT Drucksachen 7/2250
- Bundeskartellamt; Tätigkeitsbericht 1976, BT Drucksachen 8/704
- Bundeskartellamt; Tätigkeitsbericht 1989/1990, BT Drucksachen 12/847
- Bundeskartellamt; Tätigkeitsbericht 1997/1998, BT Drucksachen 14/1139
- Bunte, Hermann-Josef [Hrsg.]; Langen/Bunte; Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 7. Auflage, Neuwied u.a. 1994;  
Bearbeitet von: Bunte, Hermann-Josef; u.a.  
Zitiert: L/B-Bearbeiter, § x a.F., Rn y
- Bunte, Hermann-Josef [Hrsg.]; Langen/Bunte; Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 8. Auflage, Neuwied u.a. 1998;  
Bearbeitet von: Bunte, Hermann-Josef; u.a.  
Zitiert: L/B-Bearbeiter, § x a.F., Rn y
- Bunte, Hermann-Josef [Hrsg.]; Langen/Bunte; Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Auflage, Neuwied u.a. 2001;  
Bearbeitet von: Bunte, Hermann-Josef; u.a.  
Zitiert: L/B-Bearbeiter, § x, Rn y
- Bunte, Hermann-Josef; Abschied vom „gemeinsamen Zweck“ und den „gleichgerichteten Interessen“?; WuW 1997, 857 ff
- Bunte, Hermann-Josef; Die 6. GWB-Novelle – Das neue Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; DB 1998, 1748 ff
- Bunte, Hermann-Josef; „carpartner“ und die Folgen; NJW 1999, 93 ff
- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias [Hrsg.]; Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV -, Neuwied, Krieffel 1999;  
Bearbeiter: Weiß, Wolfgang, u.a.  
Zitiert: Calliess/Ruffert-Bearbeiter, Art. x, Rn. y
- Cox, Helmut / Jens, Uwe / Markert, Kurt [Hrsg.]; Handbuch des Wettbewerbs, München 1981;  
Zitiert: Ulmer/Wiedemann, Das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen
- Dethloff, Hans; Der Kartellbeschuß, Diss. Göttingen, 1965;

- Diekmann, Elke; Abgestimmte Verhaltensweisen und conspiracy im deutschen, europäischen und amerikanischen Antitrustrecht, Diss. Göttingen 1971;
- Emmerich, Volker; Kartellrecht, 9.Auflage, München 2001  
Zitiert: Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., S. x
- Emmerich, Volker; Kartellrecht, 8.Auflage, München 1999  
Zitiert: Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl., S. x
- Emmerich, Volker; Kartellrecht, 7.Auflage, München 1994  
Zitiert: Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. x
- Emmerich, Volker; Kartellrecht, 6.Auflage, München 1991  
Zitiert: Emmerich, Kartellrecht, 6. Aufl., S. x
- Emmerich, Volker; Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum GWB; ZHR 139, 501 ff
- Emmerich, Volker; Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum GWB; ZHR 140, 97 ff
- Fikentscher, Wolfgang; Band II, Deutsches Wirtschaftsrecht, München 1983;  
Zitiert: Fikentscher, Wirtschaftsrecht II, S. x
- Fikentscher, Wolfgang; Zu Begriff und Funktion des „gemeinsamen Zwecks“ im Gesellschafts- und Kartellrecht; Festschrift für Harry Westermann; Karlsruhe 1974, S. 87 ff  
Zitiert: Fikentscher: FS f. H. Westermann, 1974, S. 87, x
- Fikentscher, Wolfgang; Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten; BB 1956, 793 ff
- Fikentscher, Wolfgang; Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung; WuW 60, 680 ff
- Fikentscher, Wolfgang; Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung § 1 GWB; WuW 61, 788 ff
- Flume, Werner; Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag; WuW 56, 457 ff
- Fritzsche, Jörg; „Notwendige“ Wettbewerbsbeschränkungen im Spannungsfeld von Verbot und Freistellung nach Art. 85 EGV; ZHR 1996, 31 ff
- Gamm, Otto-Friedrich Frhr. von; Kartellrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zu Art. 85, 86 EWGV, 2. Aufl., Köln u.a. 1990  
Zitiert: v. Gamm, § x, Rn. y
- Gelhausen, Reinhard; Die staatlich gebundenen Berufe und das Kartellgesetz, Diss. Göttingen, 1973
- Glassen, Helmut/ von Hahn, Helmuth/ Kersten, Hans-Christian/ Rieger, Harald [Hrsg.]; Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Band 2, Stand: 44. Erg.Lfg., Köln 1982/2000;  
Bearbeiter: Baums, Theodor;  
Huber, Ulrich;  
Roth, Wulf-Henning; u.a.  
Zitiert: FK-Bearbeiter, § x a.F., Rn. y

- Glassen, Helmut/ von Hahn, Helmut/ Kersten, Hans-Christian/ Rieger, Harald [Hrsg.];  
Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Band 2, Stand: 47. Erg.Lfg., Köln 1982/2001;  
Bearbeiter: Huber, Ulrich;  
Roth, Wulf-Henning; u.a.  
Zitiert: FK-Bearbeiter, § x, Rn. y
- Glassen, Helmut/ von Hahn, Helmut/ Kersten, Hans-Christian/ Rieger, Harald [Hrsg.];  
Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Band 5, Stand: 45. Erg.Lfg., Köln 1982/2000;  
Bearbeiter: Ackermann, Thomas;  
Roth, Wulf-Henning; u.a.  
Zitiert: FK-Bearbeiter, Art. x, Rn. y
- Gleiss, Alfred/ Hootz, Christian;  
Die kartellrechtliche Zulässigkeit des gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbots im Recht der OHG; NJW 1963, 1338 ff
- Goll, Hans;  
Verbraucherschutz im Kartellrecht; GRUR 1976, 486 ff
- Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard [Hrsg.];  
Das Recht der Europäischen Union, Band 1, München; Loseblattwerk, Stand: 16. Erg.Lfg., Juli 2000;  
Bearbeiter: Stockenhuber, Peter  
Jung, Christian; u.a.  
Zitiert: Bearbeiter in Grabitz/Hilf, Art. x, Rn. y
- Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard [Hrsg.];  
Das Recht der Europäischen Union, Altband I, München; Loseblattwerk, Stand: 14. Erg.Lfg., Oktober 1999;  
Bearbeiter: Koch, Norbert u.a.  
Zitiert: Bearbeiter in Grabitz/Hilf (Vorauslage), Art. x, Rn. y
- Grandpierre, Walter;  
Wettbewerbsbeschränkungen zwischen verbundenen Unternehmen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Marburg 1972
- Groeben, Hans von der/ Thiesing, Jochen/ Ehlermann, Claus-Dieter [Hrsg.];  
Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 2/I, 5. Aufl., Baden-Baden 1999  
Bearbeiter: Schröter, Helmuth; u.a.  
Zitiert: GTE-Bearbeiter, Art. x, Rn. y
- Haager, Bernd Christian;  
Die neue Gruppenfreistellungsverordnung; DStR 2000, 387 ff
- Haberkorn, Kurt;  
Behandlung von Konzernunternehmen nach Art. 65 des Montanunionvertrages; NJW 1960, 86 ff
- Haberkorn, Kurt;  
Können konzernmäßige Zusammenschlüsse unter § 1 GWB fallen?; WRP 1967, 39 ff
- Hänlein, Andreas;  
Franchise – Existenzgründungen zwischen Kartell-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht – eine neue Erwerbsform im Aufwind?; DB 2000, 374
- Heigl, Heinz Richard;  
Das „gentlemen`s agreement“ im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Köln, 1961;
- Hirsch, Martin/  
Burkert, Thomas O. J.;  
Gleiss/Hirsch; Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1, 4. Aufl. Heidelberg 1993;  
Zitiert: Gleiss/Hirsch, Art. 85, Rn. x

- Hoffmann, Dietrich; Zur Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie in § 1 GWB; BB 1975, 628 ff
- Hoppmann, Erich; Die sogenannten Bagatellkartelle der „neuen Wettbewerbspolitik“; DB 1970, 93 ff
- Hopt, Klaus J.; Baumbach/Hopt; Handelsgesetzbuch, 29. Aufl., München 1995  
Zitiert: Baumbach/Hopt, 29. Aufl., § x HGB, Rn. y;
- Hopt, Klaus J.; Baumbach/Hopt; Handelsgesetzbuch, 30. Aufl., München 2000  
Zitiert: Baumbach/Hopt, § x HGB, Rn. y;
- Hoth, Jürgen; Ware und gewerbliche Leistung; WRP 1956, 261 ff
- Huber, Ulrich; Zur Kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinne des § 18 AktG; ZHR 131, 193 ff
- Hüffer, Uwe; Aktiengesetz, 3. Auflage, München 1997;  
Zitiert: Hüffer, § x AktG, Rn. y
- Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim [Hrsg.]; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2. Auflage, München 1992;  
Bearbeiter: Emmerich, Volker;  
Immenga, Ulrich;  
Möschel, Wernhard; u.a.  
Zitiert: I/M-Bearbeiter, § x a.F., Rn. y
- Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim [Hrsg.]; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3. Auflage, München 2001;  
Bearbeiter: Zimmer, Daniel; u.a.  
Zitiert: I/M-Bearbeiter, § x, Rn. y
- Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim [Hrsg.]; EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band I. München 1997;  
Bearbeiter: Emmerich, Volker;  
Sauter, Herbert;  
Schmidt, Karsten;  
Veelken, Winfried; u.a.  
Zitiert: Bearbeiter in I/M EG-WbR, S. x (Rn. y)
- Immenga, Ulrich; Grenzen des kartellrechtlichen Ausnahmereichs Arbeitsmarkt; München, 1989
- Jestaedt, Thomas/ Bergau, Torsten; Die neue Bagatellbekanntmachung der Kommission; WuW 1998, 119 ff
- Knöpfle, Robert; Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“ und die Realität des Wirtschaftslebens, Köln u.a. 1966  
Zitiert: Knöpfle, Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“
- Knöpfle, Robert; Kann der Inhalt des Wettbewerbs i.S. des § 1 GWB bestimmt werden?; DB 1991, 1433 ff
- Knöpfle, Robert; Ist die marktbeherrschende Gruppen betreffende Regelung des GWB sinnvoll und berechtigt?; BB 1983, 1421 ff
- Koch, N.; Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; BB 1959, 241 ff



- Koenigs, Folkmar; Anmerkung zum Urteil „Flußpat“ des BGH v. 1.7.1964; NJW 1964, 2343 ff
- Köhler, Helmut; Wettbewerbsverbote bei Veräußerung und Stilllegung von Unternehmen in kartellrechtlicher Sicht; ZHR 148, 487 ff
- Langer, Lutz; Der Begriff Unternehmen im GWB, Berlin 1978  
Zitiert: Langer, S. x
- Leberl, Diethard G.; Zur Zeitkomponente im Marktbegriff des GWB, Pfaffenweiler 1988  
Zitiert: Leberl, S. x
- Leo, Hans-Christoph; Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB; WuW 1959, 485 ff
- Loewenheim, Ulrich/ Belke, Rolf [Hrsg.]; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar; Herne/Berlin; Stand: 14. Erg.Lfg., Stand: 1.3.1993  
Bearbeiter: Loewenheim, Ulrich;  
Westrick, Klaus; u.a.  
Zitiert: Bearbeiter in Loewenheim/Belke, § x, Rn. y
- Löffler, Joachim; Zur Reichweite des gesetzlichen Wettbewerbsverbots in der Kommanditgesellschaft; NJW 1986, 223 ff
- Lukes, Rudolf; Der Kartellvertrag, München 1959;  
Zitiert: Lukes, Kartellvertrag
- Lukes, Rudolf; Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts; Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 199 ff  
Zitiert: Lukes, FS Böhm, S.
- Marina Wellenhofer-Klein; Das neue Kartellverbot und seine Abgrenzung zu den Vertikalvereinbarungen; WuW 1999, 557 ff
- Markert, Kurt; Gegenstandstheorie und Preismeldestellen; ZHR 134, 53 ff
- Martinek, Michael; Franchising, Heidelberg 1987  
Zitiert: Martinek, Franchising,
- Möschel, Wernhard; Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln u.a. 1983
- Möschel, Wernhard; Abschied von der Gegenstandstheorie in § 1 GWB; NJW 1975, 94 ff
- Müller-Henneberg, Hans/ Schwartz, Gustav/ Benisch, Werner [Hrsg.]; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskomentar, 4. Auflage, 1. Lieferung §§ 1-4 GWB, Köln u.a. 1980;  
Bearbeiter: Benisch, Werner;  
Müller-Henneberg, Hans; u.a.  
Zitiert: GK-Bearbeiter, § x, Rn y
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen [Hrsg.]; Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1 – 240) AGB-Gesetz, 3. Aufl., München 1993;  
Bearbeiter: Reuter, Dieter u.a.  
Zitiert: MünchKomm-Bearbeiter, § x, Rn. y

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen [Hrsg.]; Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241 - 432); 3. Aufl. 1994;  
 Bearbeiter: Grunsky, Wolfgang; u.a.  
 Zitiert: MünchKomm-Bearbeiter, § x BGB, Rn. y
- Palandt, Otto [Begr.]; Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Aufl., München 2001;  
 Bearbeiter: Heinrichs, Helmut u.a.  
 Zitiert: Palandt/Bearbeiter, § x BGB, Rn. y
- Plaßmann, Norbert; Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht; JZ 1968, 81 ff
- Polley, Romina / Seeliger, Daniela; Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalverträge Nr. 2790/99 – Ihre praktische Anwendung –; WRP 2000, 1203 ff
- Polley, Romina; Preisdämpfende Maßnahmen im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens als Verstoß gegen § 1 GWB; WuW 1998, 939 ff
- Raiser, Thomas; Das Unternehmen als Organisation, Berlin 1969
- Rittner, Fritz; Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1987  
 Zitiert: Rittner, Wirtschaftsrecht, S. x
- Rittner, Fritz; Unternehmen und Freier Beruf als Rechtsbegriffe, Tübingen 1962
- Rittner, Fritz; Die Ausschließlichkeitsbindung nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; DB 1957, 1091 ff
- Säcker, Franz-Jürgen; Zur Berücksichtigung der Marktposition des Unternehmens im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen; BB 1967, 681 ff
- Sandrock, Otto; Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968;  
 Zitiert: Sandrock, Grundbegriffe, S. x
- Sandrock, Otto; Gentlemen`s agreement, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen und gleichförmiges Verhalten nach dem GWB; WuW 1971, 858 ff
- Schaub, Günther; Arbeitsrechts-Handbuch, 9. Aufl., München 2000
- Schlegelberger, Franz [Begr.]; Handelsgesetzbuch, Band III/1, §§ 105-160 5. Aufl., München 1992  
 Bearbeiter: Martens, Klaus-Peter  
 Zitiert: Schlegelberger-Bearbeiter, § x HGB, Rn. y
- Schmidt, Karsten; Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht, Köln, Berlin, Bonn, München, 1977;  
 Zitiert: Karsten Schmidt, Kartellverfahrensrecht
- Schmidt, Karsten; Kartellverbot und „sonstige Wettbewerbsbeschränkungen“, Köln u.a. 1978,  
 Zitiert: K. Schmidt, Kartellvertrag
- Schmidt, Karsten; Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1997  
 Zitiert: K. Schmidt, Gesellschaftsrecht
- Schmidt, Karsten; Der Vergleichsvertrag unter Konkurrenten: ein Kartell?; JuS 1978, 736

- Schmidt, Karsten; „Unternehmen“ und „Abhängigkeit“: Begriffseinheit und Begriffsvielfalt im Kartell- und Konzernrecht; ZGR 1980, 227
- Schmidt, Karsten; „Altes“ und „neues“ Kartellverbot; AG 1998, 551 ff
- Schmidt, Karsten; Ausschließlichkeitsbindung, Kartellverbot und Immanenztheorie – Zum Verhältnis zwischen § 16 GWB und § 1 GWB; Festschrift für Otto Sandrock, Heidelberg 2000, S. 833 ff  
Zitiert: K. Schmidt, FS Sandrock, x
- Schmidt, Rudolf; Freie Berufe und Kartellgesetz, Diss. Köln, 1969;
- Schmiedel, Burkhard; Kontrahierungszwang aus § 25 Absatz 1 GWB; WRP 1966, 41 ff
- Schmude, Jürgen; Der Unternehmensbegriff im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss Bonn, 1968;
- Schütz, Jörg; Interne Willensbildung und Kartellrecht; WuW 1998, 335 ff
- Schwarz, Günter Christian; Kartellvertrag und sonstige wettbewerbsbeschränkende Verträge, Köln u.a. 1984  
Zitiert: Schwarz, Kartellvertrag,
- Schwarze, Jürgen [Hrsg.] EU-Kommentar, Baden-Baden, 2000  
Bearbeiter: Brinker, Ingo, u.a.  
Zitiert: Schwarze-Bearbeiter, Art. x, Rn. y
- Semler, Franz-Jörg / Bauer, Michael; Die neue EU-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen – Folgen für die Rechtspraxis; DB 2000, 193 ff
- Seydel, Helmut; Zur Systematik des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen; NJW 1957, 1300 ff
- Staudinger, J. von; Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse §§ 535-563 (Mietrecht 1), 13. Bearbeitung, Berlin 1995;  
Bearbeiter: Emmerich, Volker  
Sonnenschein, Jürgen  
Zitiert: Staudinger/Bearbeiter (1995), § x, Rn. y
- Steindorff, Ernst; Gesetzgeberische Möglichkeiten zu verbesserter Durchsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen; ZHR 138, 504 ff
- Steindorff, Ernst; Gesetzeszweck und gemeinsamer Zweck des § 1 GWB; BB 1977, 569 ff
- Steindorff, Ernst; Bezugsbindungen und gemeinsamer Zweck in § 1 GWB; BB 1981, 377 ff
- Traub, Fritz; „Geltungserhaltende Reduktion“ bei nichtigen vertraglichen Wettbewerbsverboten?; WRP 1994, 802 ff
- Ulmer, Peter / Wiedemann, Gerhard; Das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen; in: Handbuch des Wettbewerbs, S. 271 ff, [Hrsg.] Cox, Helmut / Jens, Uwe / Markert, Kurt; München 1981,
- Ulmer, Peter; Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, Karlsruhe 1972
- Ulmer, Peter; „Wettbewerbsbeschränkende Absprachen“ im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen; WuW 1960, 163 ff

- Ulmer, Peter; Die kartellrechtliche Beurteilung von Wettbewerbsverboten bei Unternehmensveräußerung; NJW 1982, 1975 ff
- Vollmer, Lothar; Wettbewerbsrechtliche Mehrerlösabschöpfung nach der UWG- und GWB-Novelle; DB 1979, 2213 ff
- Wallenberg, Gabriela von; Kartellrecht, Neuwied u.a., 1997
- Wiedemann, Gerhard [Hrsg.]; Handbuch des Kartellrechts, München 1999  
 Bearbeiter: Wiedemann, Gerhard;  
 Stockmann, Kurt;  
 Dieckmann, Holger;  
 Topel, Julia  
 Zitiert: Wiedemann-Bearbeiter
- Wilhelm, Jan; Wo ist das Kartellverbot?; ZHR 149, 444 ff
- Willoweit, Dietmar; Rechtsgeschäft und einverständliches Verhalten; NJW 1971, 2045 ff
- Wissenschaftlicher Beirat beim BmWi Reform der europäischen Kartellpolitik; WuW 2000, 1096 ff
- Zeitler, Gottfried; Der Konzernrabatt; WuW 1959, 621 ff
- Zöllner, Wolfgang [Hrsg.]; Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd 1, 2. Auflage, Köln u.a. 1988  
 Bearbeiter: Koppensteiner, Hans-Georg; u.a.  
 Zitiert: Bearbeiter in Kölner Kommentar, § x AktG, Rn. y

## **Abkürzungsverzeichnis**

Es werden die üblichen Abkürzungen verwendet.

Städtenamen ohne Angabe des Gerichts bezeichnen das jeweilige Oberlandesgericht.

