

Rechtssystematische und rechtspolitische Grundlagen

I. Das Wettbewerbs- und Kartellrecht als Rechtsgebiet

1. Der Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs als Ausgangspunkt

a) Das „Wettbewerbs- und Kartellrecht“ findet sich seit langem in den Justizausbildungs- und Prüfungsordnungen.¹ Seitdem hat die Lehre zwei teilweise einander benachbarte und miteinander verflochtene, teilweise recht heterogene Gebiete als **„Wettbewerbsrecht im weiteren Sinne“** zusammengefasst: das Recht gegen unlauteren Wettbewerb (Unlauterkeitsrecht oder Wettbewerbsrecht im engeren Sinn) und das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellrecht). Die beiden Gebiete stehen einander insoweit nahe, als jedes von ihnen – in je eigener Weise – den wirtschaftlichen Wettbewerb gegen Beeinträchtigungen schützt. Während aber das Wettbewerbsrecht i. e. S. seine Verbote ganz überwiegend mit klassischen privatrechtlichen Mitteln (Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche) sowie einigen wenigen Straf- und Bußgeldvorschriften durchsetzt, sieht das Kartellrecht neben privatrechtlichen Ansprüchen vielerlei Eingriffe spezieller Behörden (Kartellbehörden) vor und nähert sich insoweit dem Wirtschaftsverwaltungsrecht, also dem öffentlichen Recht.

Die begriffliche Zusammenfassung beider Gebiete als „Wettbewerbsrecht im weiteren Sinn“ gibt der Lehre einige **Probleme** auf. In den Lehrbüchern findet sich die gemeinsame Darstellung beider Rechtsgebiete immer seltener.² Andererseits arbeitet die juristische Praxis in vielen Fällen wie selbstverständlich parallel mit den Normen des Kartellrechts und des Unlauterkeitsrechts, auch wenn Kartellstreitsachen und UWG-Sachen jeweils besonderen Spruchkörpern der ordentlichen Gerichte zugewiesen sind (vgl. §§ 87, 89, 91, 92, 94 GWB und §§ 13 f UWG). Auch international gesehen ist die scharfe Trennung beider Materien eher die Ausnahme, zumal einige Rechtsordnungen ohne ein Recht gegen den unlauteren Wettbewerb auskommen.

b) **Einheitsstiftendes Element** der beiden Rechtsgebiete ist der **Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs**. Über den **Begriff des Wettbewerbs** hat man allerdings viel gestritten, ohne dass klar geworden ist, ob den verschiedenen Normen des Wettbewerbsrechts (i. w. S.) überhaupt ein und derselbe rechtliche Wettbewerbs-Begriff zugrunde liegt. Der Rückgriff auf die **Wirtschaftswissenschaften**, auf Wettbewerbs-

¹ Vgl. schon die Nachweise bei *Rittner*, in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 319, 320 Fn. 5.

² Vgl. etwa *Ekey*, Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts, 5. Aufl. 2016; *Haberstumpf/Husemann*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, 6. Aufl. 2015; ferner *Hönn*, Klausurenkurs im Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl. 2013; *ders.*, Wettbewerbs- und Kartellrecht (Examens-Repetitorium), 3. Aufl. 2015; *Schwintowski*, Wettbewerbs- und Kartellrecht (Prüfe dein Wissen), 5. Aufl. 2012; *Sosnitzer*, Fälle zum Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl. 2011.

theorie und Wettbewerbspolitik, kann zwar manches aufhellen.³ Aber die Erkenntnisse halten sich in Grenzen. Wettbewerbspolitik und -theorie kämpfen mit den sich schnell und vielfältig wandelnden tatsächlichen Verhältnissen, so dass vorzeitige Generalisierungen oder schlichte Modellvorschläge mit Recht auf Skepsis stoßen. Ebenso verbietet es sich, den Wettbewerbsbegriff durch ein Bestimmungswort näher festzulegen und damit praktisch einzuengen. Einige Verwirrungen haben namentlich die Komposition „**Leistungswettbewerb**“ und die mit ihr verbundenen Bewertungen von Wettbewerbshandlungen gestiftet.⁴

- 4 Den wirtschaftlichen Wettbewerb, wie er von zahlreichen, wenn nicht den meisten Normen der beiden Rechtsgebiete gesehen wird, kennzeichnen vielmehr ein tatsächliches und ein rechtliches Element. In **tatsächlicher** Hinsicht handelt es sich um einen Koordinierungsprozess zwischen Anbietern und Nachfragern wirtschaftlicher Leistungen. In **rechtlicher** Hinsicht ist der wirtschaftliche Wettbewerb notwendige Voraussetzung für den privatrechtlichen Vertrag. Denn der Vertrag setzt den Wettbewerb, die Wahlfreiheit jedes Vertragspartners, voraus. Zugleich erreicht der Wettbewerb seine Erfüllung, sein Ziel, immerfort in dem Abschluss von Verträgen.⁵ Vertrag und Wettbewerb bedingen sich also gegenseitig, so dass der wirtschaftliche Wettbewerb essentiell in die **Funktionszusammenhänge des Rechts** eingebunden ist. Die „spontane Ordnung“ *F. A. von Hayeks* ereignet sich, rechtlich gesehen, in Vertrag und Wettbewerb.
- 5 c) Eine positive **Definition** des Rechtsbegriffs Wettbewerb hat der Gesetzgeber allerdings mit Recht vermieden. Denn der wirtschaftliche Wettbewerb, um den es hier allein geht, widersetzt sich der gesetzlichen Definition. Er stellt nicht nur ein „komplexes Phänomen“ dar, sondern auch ein „Entdeckungsverfahren“ – beides ebenfalls Kennzeichnungen durch *F. A. von Hayek* –⁶ und muss als solches offen (für neue Ergebnisse, Verhaltensweisen, Strukturen) bleiben. Eine gesetzliche Definition käme jedoch kaum ohne Annahmen und Vorgaben für Marktstrukturen, -verhaltensweisen oder -ergebnisse aus und liefe dadurch Gefahr, die prinzipielle Offenheit des Wettbewerbsprozesses zu verfehlen.⁷
- 6 Der juristisch-begrifflichen Fixierung entzieht sich der wirtschaftliche Wettbewerb auch deswegen, weil sich in ihm der **Fundamentalwettbewerb** der Menschen untereinander abspielt, ein anthropologisches Phänomen, das selbst in der Wettbewerbstheorie nicht immer genug Beachtung findet.⁸ Dieser Fundamentalwettbewerb manifestiert sich in vielen Arten, so z. B. in der Konkurrenz um Leistungsbeurteilungen, Arbeitsplätze oder Ämter in Ausbildung, Arbeitsleben, Politik oder Wissenschaft. Es

3 Vgl. etwa *I. Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 10. Aufl. 2013; *Bester*, Theorie der Industrieökonomik, 7. Aufl. 2017; *Bishop/Walker*, The Economics of EC Competition Law, 3. Aufl. 2010; *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 4. Aufl. 2010; *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 3. Aufl. 2008; *Moser*, Die ökonomischen Grundlagen der Wettbewerbspolitik, 2013; *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 2002; *Neumann/Albach*, Wettbewerbspolitik, 2000.

4 Vgl. Rdnr. 745.

5 Vgl. dazu *Rittner*, AcP 188 (1988), 318.

6 Vgl. *v. Hayek*, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Bd. 3, 1981, S. 97 ff.

7 Dies schließt es freilich nicht aus, in einer negativen Abgrenzung konkrete – unlautere oder wettbewerbsbeschränkende – Handlungen zu benennen, die im Wettbewerb verboten sein sollen.

8 Vgl. *Rittner*, in: FS Kraft, 1998, S. 519, 522 ff.

fehlt aber an einheitlichen Regeln, die ohne weiteres auf den wirtschaftlichen Wettbewerb übertragen werden könnten. Das gilt insbesondere für die sportlichen Wettkämpfe. Zwar werden sie seit *Adolf Lobe*⁹ gerne mit dem wirtschaftlichen Wettbewerb verglichen. Doch zeichnet sportliche Wettbewerbe nicht die gleiche Offenheit aus wie den wirtschaftlichen Wettbewerb, so dass der Vergleich unzutreffend ist. Sportliche Wettkämpfe finden in einem determinierten System statt, das genaue Bestimmungen über Anzahl und Zustand der Teilnehmer, die zu verwendenden Geräte und die zu erbringenden Leistungen enthält und lediglich dazu dient, die unter diesen Bedingungen erzielten Ergebnisse miteinander zu vergleichen.

d) Auch wenn sich danach Begriff und Voraussetzungen des wirtschaftlichen Wettbewerbs einer gesetzlichen Definition entziehen, kommt **keine moderne Rechtsordnung ohne den wirtschaftlichen Wettbewerb** aus. Die Alternative, dass der Staat die gesamte Wirtschaft organisiert und leitet, hat der Kommunismus in der Sowjetunion und der DDR als unter neuzeitlichen Verhältnissen unmöglich demonstriert. Je komplizierter eine Wirtschaft und eine Gesellschaft sind, umso mehr Aufgaben müssen sie dem Wettbewerb und der privatautonomen Gestaltung der Einzelnen überlassen. Deswegen können wir nicht (mehr?) zwischen Zentralverwaltungswirtschaft und Verkehrswirtschaft wählen,¹⁰ wir sind zum Wettbewerb „verurteilt“, können ihn allenfalls in gewissen Grenzen regeln. Diese Konsequenz hat namentlich die Europäische Union von Anfang an gezogen.¹¹ 7

e) Auch von der – deutschen und europäischen – **Verfassung** her gesehen¹² steht die unmittelbare privatautonome Gestaltung durch die Einzelnen im Zentrum. Es gilt insoweit – für die Gestaltung der Sozialbeziehungen – der **Vorrang des Privatrechts bzw. der Privatautonomie**.¹³ Die verfassungsrechtliche Literatur lässt dies allerdings nicht immer deutlich genug erkennen, weil sie, konzentriert auf die Probleme des Staates und der Grundrechte, die Phänomene und Funktionsweisen des Privatrechts und des Wettbewerbs vernachlässigt.¹⁴ In der „spontanen Ordnung“ durch Vertrag und Wettbewerb werden jedoch die weitaus meisten Rechtsverhältnisse geregelt, freilich still und unauffällig, aber – sowohl für die Beteiligten als auch sub specie juris – keineswegs weniger befriedigend als durch hoheitliche Gestaltung, die sich mehr oder weniger öffentlich vollzieht und deswegen mehr Beachtung findet. In einer Gesamtordnung, die von der Gleichheit und Freiheit aller Menschen ausgeht, verdient jedoch die privatautonome Gestaltung, die die Menschen selbst (mit-)gestalten lässt, den Vorrang vor einer vom Einzelnen bloß mittelbar – durch Wahlen – zu beeinflussenden hoheitlichen Gestaltung. 8

9 *Lobe*, SächsArchiv 5 (1895), 59, 63 f; vgl. des näheren *Rittner*, in: FS Kraft, 1998, S. 519, 521 Fn. 13.

10 Vgl. schon *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, bes. S. 165, 169 zur „bangen Wahl zwischen hoheitlicher Gestaltung und Vertrag“.

11 Vgl. nur *Rittner*, JZ 1995, 849 m. w. N.

12 Vgl. dazu z. B. *di Fabio*, Wettbewerbsprinzip und Verfassung, ZWeR 2007, 266 ff; *Hellermann*, Grundrechtliche Wettbewerbsfreiheit, in: FS Wahl, 2011, S. 323 ff; *van Vormizeele*, Kartellrecht und Verfassungsrecht, NZKart 2013, 386 ff.

13 Vgl. *Rittner*, in: FS Müller-Freienfels, 1986, S. 491, 509; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 287 ff; *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Auflage 2008, § 1 Rdnr. 48 und § 4 Rdnr. 23 ff; *Dreher*, JZ 2014, 185 ff.

14 Vgl. etwa, bei aller Aufgeschlossenheit dem Privatrecht gegenüber, *P. Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR Bd. IX, 1997, S. 221.

2. Das Wettbewerbs- und Kartellrecht innerhalb der Gesamtrechtsordnung

- 9 a) Im **Kontext der Gesamtrechtsordnung**, von dem aus der Jurist jede einzelne Norm und jedes Rechtsgebiet verstehen muss, findet das „Wettbewerbs- und Kartellrecht“ schon deswegen nicht leicht seinen rechten Ort, weil die beiden Teilgebiete, wie gezeigt, in mancher Hinsicht heterogen sind.¹⁵ Die traditionelle dichotome Systematisierung des gesamten Rechts, die den Rechtsstoff in das Privatrecht einerseits und das öffentliche Recht andererseits teilt, scheint jene Zusammenfassung sogar zu verbieten, ja vielleicht nicht einmal die – vom Gesetzgeber doch vorgesehene – Einheit des Kartellrechts selbst zu dulden; gehört das Kartellrecht doch teils dem Privatrecht, teils dem (Wirtschafts-)Verwaltungsrecht und dem Ordnungswidrigkeitenrecht an.
- 10 Die zweidimensionale Systematik, die jener Dichotomie bewusst oder unbewusst zugrunde liegt, entspricht jedoch, wenn sie überhaupt je richtig war, nicht mehr dem geltenden Recht.¹⁶ Die moderne Rechtsordnung wird nämlich von mehr als den zwei fundamentalen Gedanken getragen, nach denen der gesamte Rechtsstoff – wie im 19. Jahrhundert – in die beiden großen, voneinander getrennt gesehenen „Gebiete“, das Privatrecht und das öffentliche Recht, aufgeteilt wurde. Einer dieser „modernen“ Grundgedanken ist der des **Wirtschaftsrechts**, wie ihn schon Art. 151 WRV formuliert hat.¹⁷ Danach hat der Staat für eine „Ordnung des Wirtschaftslebens“ zu sorgen, die den „Grundsätzen der Gerechtigkeit“ entspricht und die „Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle“ zum Ziele hat. Noch umfassender wird dieser Auftrag durch das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes und die europäischen Verträge ausgestaltet und, namentlich durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs, konkretisiert.
- 11 Daraus und aus dem Kontext der Verfassung ergeben sich die **Grundgedanken des Wirtschaftsrechts**: Einerseits wird es bestimmt durch den **Vorrang** und die **Gewährleistung privatautonomer Gestaltung** auf der Grundlage der Eigentums- und Vertragsfreiheit. Andererseits wird es in vielfältiger Weise durch hoheitliche Elemente mitgestaltet, die nicht nur die individualrechtliche Richtigkeit, sondern auch die **gesamtwirtschaftliche Gerechtigkeit** des wirtschaftlichen Handelns sichern sollen. Der Einsatz hoheitlicher Elemente wie gesetzlicher Verbote, behördlicher Aufsicht oder gerichtlicher Kontrollen verlangt freilich vom Gesetzgeber eine – den Verhältnissen einer höchst komplizierten Sozial- und Rechtsordnung entsprechende – außerordentliche Sorgfalt, sollen die vom Grundgesetz gesteckten Ziele erreicht werden. Erst wenn dem Gesetzgeber dies gelingt, kommt es zu dem sinnvollen Zusammenspiel privatautonomer und hoheitlicher Elemente, das ein modernes Wirtschaftsrecht charakterisiert.

15 Vgl. Rdnr. 1 f.

16 Vgl. hierzu und zum Folgenden *Rittner/Dreher*, Europ. u. dt. Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, § 1 Rdnr. 50; *Rittner*, in: FS P. Ulmer, 2003, S. 977 ff; wie hier schon früh *L. Raiser*, AöR 79 (1954), 378, 379; krit. *Kübler*, in: Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, S. 364, 386.

17 Vgl. ausf. *Rittner/Dreher* (Fn. 16), § 1 Rdnr. 9 f; *Zacher*, Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland, 2002 und dazu *Rittner*, ZHR 167 (2003), 620.

b) Das **Kartellrecht** gehört zu den wichtigsten Teilen des – für alle Branchen einheitlichen –¹⁸ **Allgemeinen Wirtschaftsrechts**. Für die Wirtschaftsordnung der Marktwirtschaft ist der Wettbewerb der zentrale Koordinierungsmechanismus, das Kartellrecht daher für das Wirtschaftsrecht der Marktwirtschaft die zentrale Rechtsmaterie. Zwar setzt der wirtschaftliche Wettbewerb die Rechtsinstitute des Privatrechts voraus, insbesondere das Unternehmensrecht, das Recht der Güterzuordnung (Sachenrecht, geistiges Eigentum), das Vertragsrecht. Zudem unterliegt er den Einflüssen des überwiegend öffentlich-rechtlichen allgemeinen Lenkungsrechts durch Globalsteuerung (z. B. Geld- und Kreditpolitik) oder Einzelsteuerung (z. B. Subventionen). Doch ist das primär gegen privatautonome Beschränkungen des Wettbewerbs gerichtete Kartellrecht für das Wirtschaftsrecht der Marktwirtschaft konstitutiv. 12

Die **Vergabe öffentlicher Aufträge** steht seit jeher unter dem Wettbewerbsprinzip, das den Vergabeverfahren zugrunde liegt.¹⁹ Die EU-rechtlichen Vorgaben für diese Verfahren, die Aufträge bestimmter Größenordnungen betreffen, hat der deutsche Gesetzgeber im Jahr 1998 im Vierten Teil (§§ 97 ff) des GWB umgesetzt und damit endgültig aus dem Haushaltsrecht gelöst. Inzwischen hat das Kartellrecht die Praxis des Vergaberechts nicht unerheblich beeinflusst.²⁰ Der – sachlich ursprünglich durchaus naheliegende – Gedanke, ein eigenes und umfassendes Vergabegesetz zu erlassen, das dann den Vierten Teil des GWB ersetzen würde, ist unter anderem aufgrund der Durchsetzung des Wettbewerbsgedankens im Kartellvergaberecht mittlerweile nicht mehr zu verfolgen.²¹ Da das Kartellvergaberecht mit den Sonderregeln für bestimmte Auftraggeber systematisch zu dem Besonderen Wirtschaftsrecht gehört, wird es im vorliegenden Zusammenhang nicht dargestellt. 13

Das **Unlauterkeitsrecht** wird im Allgemeinen nicht zum Wirtschaftsrecht gezählt. 14
Teilt es doch mit den Rechtsmaterien des Privatrechts den individualschützenden Charakter und – von wenigen Ausnahmen abgesehen – den Verzicht auf administrative Befugnisse. Von den Rechtsmaterien des Privatrechts, die rechtsinstitutionelle Voraussetzungen für den wirtschaftlichen Wettbewerb schaffen, ohne sich auf diesen zu beschränken, unterscheidet es sich freilich dadurch, dass es ausdrücklich nur für „geschäftliche Handlungen“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) konzipiert ist. Zudem schützt es – insofern mit dem Kartellrecht übereinstimmend – auch den Koordinierungsmechanismus Wettbewerb als solchen (§ 1 S. 2 UWG). Zwar ist die einschlägige Fallgruppe („allgemeine Marktbehinderung“ oder „Marktstörung“) klein, sind die Anwendungsfälle selten. Doch ist „das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wett-

18 Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass das Kartellrecht auch einige branchenspezifische Sonderregeln (z. B. für die Landwirtschaft) aufweist, die zwar im Zusammenhang mit den jeweiligen Zweigen des Besonderen Wirtschaftsrechts stehen, aber lediglich begrenzte Ausnahmen enthalten.

19 Vgl. hierzu und zum „Kartellvergaberecht“ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, 5. Aufl. 2014, Vor §§ 97 ff Rdnr. 1 ff.

20 Vgl. dazu Stockmann, Die Integration von Vergaberecht und Kartellrecht, ZWeR 2003, 37; Dreher (Fn. 19), Rdnr. 115 ff; ders., Konvergenz oder Divergenz von Kartell- und Kartellvergaberecht?, in: FIW (Hrsg.), Enforcement – XXXVII. FIW-Symposium, 2005, S. 91 ff; ders., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, 5. Aufl. 2014, Vor §§ 97 ff Rdnr. 121 ff.

21 Ausführlich zu dieser Frage Dreher, WuW 1997, 949 ff; ders., Konvergenz oder Divergenz von Kartell- und Kartellvergaberecht?, in: FIW (Hrsg.), Enforcement – XXXVII. FIW-Symposium, 2005, S. 91 ff.

bewerb“ ein typisch wirtschaftsrechtlicher Wertungsgedanke, der auch das Unlauterkeitsrecht in den Kontext gesamtwirtschaftlicher Richtigkeit einbindet.

- 15 c) Das Wettbewerbs- und Kartellrecht wird danach von den Wertungen und Systemzusammenhängen des Wirtschaftsrechts überwölbt. Sie geben den Rahmen für jede juristische Arbeit im Wettbewerbs- und Kartellrecht. Dies hat der **Rechtsanwender** immerfort zu bedenken. Die Erkenntnis *Philipp Hecks*, dass der Richter, wenn er den Einzelfall entscheidet, die „ganze Rechtsordnung“ anzuwenden hat,²² gilt auch und gerade für die Normen des Wettbewerbs- und Kartellrechts. Dies ist deshalb zu betonen, weil das Wettbewerbs- und Kartellrecht zunehmend zur Spielwiese für Spezialisten (besondere Gerichte, spezialisierte Anwälte) geworden ist, die in der Gefahr stehen, den Kontext der übrigen Rechtsordnung und insbesondere des Wirtschaftsrechts aus dem Blick zu verlieren.²³
- 16 Auch der de lege ferenda tätige **Gesetzgeber** tut gut daran, sich den Kontext der übrigen Rechtsordnung und insbesondere des Wirtschaftsrechts zu vergegenwärtigen, wenn er im Wettbewerbs- und Kartellrecht tätig wird. Zwei Beispiele mögen dies belegen. So hatte nach dem Fall des Eisernen Vorhangs im Transformationsprozess der Länder Mittel- und Osteuropas nicht der Erlass eines Kartellgesetzes höchste Priorität, sondern ein Unternehmens-, Vertrags- und Verfahrensrecht, das zunächst die Voraussetzungen für das Funktionieren von Vertrag und Wettbewerb zu schaffen hatte und den unternehmerischen Wettbewerb ins Leben rufen musste.²⁴ Auch bei der (De-)Regulierung gewisser Branchen (Versicherung, Kredit, Energie, Verkehr) in Deutschland bestand die Hauptaufgabe nicht in der Beseitigung oder Einschränkung der sog. Bereichsausnahmen im GWB,²⁵ sondern in der Eindämmung und Beseitigung der branchenspezifischen Regelungen mit Wettbewerbsbezug im Besonderen Wirtschaftsrecht außerhalb des GWB.²⁶
- 17 In der **Lehre** ist das Wirtschaftsrecht, das sich seit dem 1. Weltkrieg als eigenes Rechtsgebiet entwickelt hat und bereits in der Weimarer Zeit zum unangefochtenen Kanon gehörte, bedauerlicherweise zurückgedrängt worden.²⁷ Unter dem Einfluss des EU-Rechts hat es jedoch wieder an Bedeutung gewonnen.
- 18 d) Das hier betonte Postulat systematischen Arbeitens unterscheidet sich wesentlich von einer allein oder weitgehend auf ökonomische Argumente gestützten Rechtsanwendung. Es fordert die konsequente **Eigenständigkeit des Rechts** und insbesondere den uneingeschränkten Vorrang der anerkannten juristischen Auslegungsmethoden auch im Bereich des Wettbewerbs- und Kartellrechts. Die (rechts-)politische Frage (nach dem besseren Recht) sowie die ökonomischen Probleme (der Wettbewerbstheorie und -politik) hat der Rechtsanwender zwar häufig in Betracht zu ziehen, aber grundsätzlich nicht zu seiner Aufgabe zu machen, oder, was noch gefährlicher wäre,

22 *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 107.

23 Zur Notwendigkeit des rechtssystematischen Denkens *Rittner*, in: FS Nörr, 2003, S. 805 ff.

24 Vgl. dazu *Rittner*, WuW 1991, 95, 101 ff; *Dreher*, in: Hopt/Jessel-Holst/Pistor (Hrsg.), Unternehmensgruppen in mittel- und osteuropäischen Ländern, 2003, S. 145 ff.

25 Vgl. Bundesregierung, Bericht über die Ausnahmereiche, 1975, BTDrucks. 7/3206.

26 Vgl. dazu schon *Rittner*, in: FIW (Hrsg.), Die Problematik der Ausnahmereiche im Kartellrecht, 1988, S. 79 ff.

27 Vgl. dazu bereits *Rittner*, JZ 1981, 621.

sie mit seiner eigentlichen Arbeit zu vermischen. Für ihn ist das Kartellgesetz in erster Linie die magna charta des Unternehmers.²⁸

Das Postulat der Eigenständigkeit des Rechts im Wettbewerbs- und Kartellrecht ist stets **Gefährdungen** ausgesetzt gewesen und in Gefahr, aufgeweicht zu werden. In der Vergangenheit war es namentlich gegen die Vertreter „**ordnungspolitischer**“ Argumentationen zu behaupten, die die Bahnen des rechtlichen Denkens oft zu früh verließen und auf ökonomisch-politische Argumentationen einschwenkten.²⁹ Auch den jüngeren Forderungen nach einer **primär ökonomischen Ausrichtung des Kartellrechts** im Sinne eines **more economic approach** ist das Postulat entgegenzuhalten.³⁰ Die „Anreicherung“ der rechtlichen Argumentation mit ökonomischen Argumenten hat im Rahmen der teleologischen Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ihre Berechtigung. Juristen und Ökonomen denken jedoch in unterschiedlichen Kategorien. Die ökonomische Argumentation gerät daher leicht in die Gefahr, sich zu verselbstständigen und die methodischen und systematischen Zusammenhänge der Rechtsordnung aufzulösen. Der damit verbundene Verlust an Rechtskultur trifft nicht nur Rechtsberater, Behörden und Gerichte, sondern vor allem die an Rechtssicherheit interessierten Unternehmen und ist deshalb im Sinne des **Wettbewerbs als rechtllichem Ordnungsprinzip** auf das ersichtlich Erforderliche zu beschränken.³¹

Dem **de lege ferenda** tätigen **Gesetzgeber** steht es freilich zu, „ordnungspolitische“ Zielvorstellungen zu verfolgen oder seine Gesetze auf sonstige ökonomische Gründe zu stützen. Er sollte sich dabei jedoch nicht von unrealistischen Modellannahmen leiten lassen und auf die Praktikabilität der von ihm verwendeten ökonomischen Kriterien bei der Rechtsanwendung durch Unternehmen, Rechtsberater, Behörden und Gerichte achten.

3. Das Verhältnis von Unlauterkeitsrecht und Kartellrecht zueinander

a) Während das Unlauterkeitsrecht (Wettbewerbsrecht i. e. S.) gegen **deliktsartige Wettbewerbshandlungen** schützen soll, richtet sich das Kartellrecht gegen **Einschränkungen der Wettbewerbsfreiheit**. Soweit sich diese Einschränkungen aus Zusammenschlüssen ergeben (§§ 35 ff GWB, VO 139/04), stehen sie dem Unlauterkeitsrecht fern. Soweit sie dagegen Zweck oder Folge von Vereinbarungen (§§ 1 ff GWB, Art. 101 AEUV), vor allem aber von einseitigen Handlungen (§§ 19 ff GWB, Art. 102 AEUV) sind, gibt es viele Berührungspunkte. Zahlreiche Sachverhalte, etwa der Boykott oder der Verkauf unter den eigenen Kosten, fallen unter die Normen beider Rechtsgebiete.³² In diesen Fällen ergänzt das Kartellrecht die privatrechtlichen Rechtsfolgen des Wettbewerbsrechts um verwaltungs- und bußgeldrechtliche Sanktionen. Darüber hinaus setzen das Wettbewerbs- und das Kartellrecht in mancher Hin-

28 Vgl. *Dreher*, WuW 1997, 740; *Rittner*, in: FS Raisch, 1995, S. 483.

29 Vgl. die Nachweise bei *Rittner*, Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl. 1999, S. 5 Fn. 15.

30 Vgl. ausf. Rdnr. 629 ff.

31 Vgl. Rdnr. 601 ff, 610 ff.

32 Vgl. etwa *Koppensteiner*, WRP 2007, 475.

sicht die Wertungen des jeweils anderen Rechtsgebietes voraus.³³ Das gilt etwa für die Wettbewerbsregeln der §§ 24 ff GWB.³⁴

- 22 **Historisch gesehen** wurden die sachlichen Zusammenhänge zwischen dem Unlauterkeits- und dem Kartellrecht in Deutschland zunächst dadurch verdunkelt, dass das GWB weniger als Ergänzung und Fortentwicklung des überkommenen Rechts konzipiert wurde, sondern als ein völlig neuer, in erster Linie von dem neoliberalen Programm und von den Besatzungsmächten geforderter legislatorischer Ansatz.³⁵ Weil der Schwerpunkt des GWB ursprünglich auf dem Kartellverbot lag und wegen der hoheitlichen Befugnisse der Kartellbehörden, sprach man sogar von einem „antinomischen Spannungsverhältnis“ zwischen UWG und GWB.³⁶ Durch eine Reihe von Entwicklungen im Verfahrens- und im materiellen Recht sind aber die sachlichen Zusammenhänge zwischen den beiden Rechtsgebieten inzwischen viel stärker hervorgetreten.
- 23 b) Zunächst ist **verfahrensrechtlich** sowohl ein anwachsender Gebrauch von Zivilklagen im Kartellrecht („private enforcement“) als auch die Zunahme von Behördenbefugnissen im Wettbewerbsrecht festzustellen. Soweit es um die **kartellrechtlichen Zivilklagen** geht, standen diese zwar lange Zeit im Schatten der verwaltungs- und bußgeldrechtlichen Verfahren der Kartellbehörden. Außerdem konzentrierten sie sich auf Verstöße gegen wenige Vorschriften über einseitige Handlungen (Boycott, Behinderung, Diskriminierung etc.). Seit geraumer Zeit bemüht sich die EU-Kommission jedoch um eine Intensivierung des Privatrechtsschutzes, und die Richtlinie 2014/104/EU für kartellrechtliche Schadensersatzklagen bezweckt eine Optimierung privater Kartellrechtsdurchsetzung, nicht zuletzt zur Entlastung der Kartellbehörden. Parallel dazu nimmt die Zahl von Schadensersatzklagen betroffener Abnehmer gegen die an Kartellen beteiligten Unternehmen ständig zu.³⁷
- 24 Im **Unlauterkeitsrecht** wurden und werden dagegen **immer neue Behördenbefugnisse** geschaffen. Keine Bedenken verursachen dabei die dem Wettbewerbszivilprozess vorgeschalteten Einigungsstellen bei den **Industrie- und Handelskammern** (§ 15 UWG) und die eher rechtstechnischen Zuständigkeiten des **Bundesamts für Justiz** (§ 4 UKlaG, § 10 Abs. 5 UWG). Die Durchsetzung der – nicht sehr zahlreichen – Bußgeldvorschriften im Bereich der unlauteren Geschäftspraktiken ist aber bereits auf mehrere Stellen aufgeteilt (§ 20 Abs. 3 UWG, § 10 PAngV i.V.m. § 36 OWiG etc.). Darüber hinaus hat die europäische Zusammenarbeit im Bereich des Verbraucherschutzes³⁸ zur Ermächtigung des **Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz** geführt, Verstöße gegen „Gesetze zum Schutz der Verbraucherinteressen“, zu denen auch das UWG gehört, festzustellen, zu beseitigen und zu

33 Vgl. einerseits z. B. BGH, 20 Minuten Köln, BGHZ 157, 55 = WRP 2004, 896, 897; andererseits z. B. BGH, Export ohne WBS, WuW 1962, 293 = WuW/E BGH 451; BGH, Aktion Rabattverstoß, WuW 1987, 649 = WuW/E BGH 2347.

34 Vgl. dazu unten § 12 (Rdnr. 1336 ff).

35 Vgl. Rdnr 579 ff.

36 Koenigs, NJW 1961, 1041, 1042.

37 Vgl. zum Privatrechtsschutz im Kartellrecht unten Rdnr. 1791 ff.

38 Vgl. die VO (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden. Sie wird durch die VO (EU) 2017/2394 abgelöst, die vom 17.1.2020 an gilt.

verhüten (§ 5 VSchDG). Freilich soll das Ministerium dazu zunächst die nach dem UWG klagebefugten Verbände und Kammern beauftragen (§ 7 Abs. 1 VSchDG). Im Jahr 2017 schließlich hat der deutsche Gesetzgeber auch noch das **Bundeskartellamt** ermächtigt, im Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts Sektoruntersuchungen durchzuführen (§ 32e Abs. 5 GWB) und sich als „amicus curiae“ an wettbewerbsrechtlichen Zivilprozessen zu beteiligen (§ 90 Abs. 6 GWB).³⁹

c) Auch **materiell-rechtlich** bewegen sich das Wettbewerbs- und das Kartellrecht aufeinander zu. Seit dem UWG 2004 und dem GWB 2013 bringt zunächst der übereinstimmend verwendete Begriff des „unverfälschten Wettbewerbs“ (§ 1 S. 2 UWG) bzw. der „Verfälschung des Wettbewerbs“ (§ 1 GWB; vgl. ferner Art. 101 AEUV) den gemeinsamen Ausgangspunkt beider Rechtsgebiete, den unverfälschten Wettbewerb, deutlich zum Ausdruck. Damit hat der Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt, dass sowohl das Wettbewerbs- als auch das Kartellrecht den Wettbewerb gegen Verfälschungen schützt, wenn auch gegen Verfälschungen unterschiedlicher Art und nicht immer mit denselben Instrumenten. Deutlich wird der übereinstimmende Schutzzweck beider Rechtsgebiete ferner bei den einseitigen Handlungen, bei denen der Gesetzgeber den Schutz derselben Marktteilnehmer (Konkurrenten, Lieferanten und Abnehmer) parallel sowohl in §§ 19 bis 21 GWB als auch in § 4 UWG (Behinderung von Mitbewerbern) und § 4a UWG (aggressives Verhalten gegenüber der Marktgegenseite) durch Verschärfungen und Klarstellungen immer weiter ausgebaut hat. Eine Fortsetzung dieser Entwicklung zeichnet sich unionsrechtlich durch den Vorschlag einer EU-Richtlinie über unlautere Handelspraktiken zwischen Unternehmen in der Lebensmittelversorgungskette vom 12.4.2018 ab.⁴⁰

Darüber hinaus haben Praxis und Wissenschaft, dem Grundsatz der **Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung** folgend, Regelungskonflikte und Wertungswidersprüche im Verhältnis von Wettbewerbs- und Kartellrecht durch Rückgriff auf die Vorschriften und Grundgedanken des jeweils anderen Rechtsgebietes zu vermeiden gesucht.⁴¹ Bei der **Anwendung des Unlauterkeitsrechts** waren etwa die Behinderung (heute § 4 Nr. 4 UWG) und der Rechtsbruch (heute § 3a UWG) mit dem Kartellrecht abzustimmen. Fraglich war auch, ob das UWG im Vorfeld kartellrechtlicher Vorschriften, die ein bestimmtes Maß an Marktmacht voraussetzen (§§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV), angewendet werden kann, oder ob das Kartellrecht in diesen Fällen „Sperrwirkung“ besitzt. Bei der **Anwendung des Kartellrechts** war wiederum zu beachten, dass den Schutz seiner Wettbewerbsfreiheit gegen Beschränkungen nicht beanspruchen kann, wer selbst unlauter handelt.⁴² Auch die Anwendung der Vorschriften über die Wettbewerbsregeln (§§ 24 ff GWB) kommt nicht ohne Rückgriff auf die Wertungsgedanken des Unlauterkeitsrechts aus.⁴³

39 Vgl. dazu vor allem *Becker*, ZWer 2017, 317 ff; zur Diskussion über die Beteiligung der Kartellbehörden an UWG-Verfahren bereits *Ulmer*, GRUR 1977, 565 ff; *Kartte*, MA 1977, 343, 348 f.

40 Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Lebensmittelversorgungskette vom 12.4.2018, COM(2018) 173 final.

41 Dazu und zum Folgenden unten Rdnr. 115 ff.

42 BGH, *Export ohne WBS*, WuW 1962, 293 = WuW/E BGH 451; BGH, *Aktion Rabattverstoß*, WuW 1987, 649 = WuW/E BGH 2347.

43 Vgl. zu den Einzelheiten Rdnr. 1339 ff.

- 27 d) Trotz des gemeinsamen Ausgangspunktes (Schutz des unverfälschten Wettbewerbs) und trotz der aufgezeigten Konvergenzbewegungen bilden das Wettbewerbs- und das Kartellrecht insgesamt aber **kein einheitliches Rechtsgebiet**.⁴⁴ Denn beide Rechte regeln nicht nur überwiegend unterschiedliche Arten der „Verfälschung“, sondern unterscheiden sich auch in vielen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen. Außerdem wird das Kartellrecht von einem starken Trend zur „Ökonomisierung“ beherrscht,⁴⁵ der dem Wettbewerbsrecht als Deliktsrecht fremd ist. Die These, die kartellrechtlich geregelten Arten der Wettbewerbsverfälschung – einschließlich der Zusammenschlüsse – könnten ohne weiteres auch als unlautere geschäftliche Handlungen i. S. d. § 3 Abs. 1 UWG angesehen werden,⁴⁶ macht es sich daher zu leicht. Auch die vor allem früher vorgetragene **rechtspolitische Forderung** nach der Zusammenfassung beider Gebiete in einer gemeinsamen Kodifikation⁴⁷ hat keine ausreichende Grundlage. Das Verhältnis von Wettbewerbs- und Kartellrecht ist vielmehr ein solches der **Gleichberechtigung**. Zivilrechtlich besteht bei Überschneidungen **Anspruchskonkurrenz**.
- 28 Zu einem einheitlichen Rechtsgebiet werden das Wettbewerbs- und das Kartellrecht auch nicht dadurch, dass der Gesetzgeber sie in zunehmendem Maße für Zwecke des **Verbraucherschutzes** in Anspruch nimmt. Insbesondere die UWG-Novellen seit 2004⁴⁸ und die GWB-Novelle von 2017⁴⁹ sollten – auf unterschiedliche Weise – in beiden Rechtsbereichen auch den Verbraucherschutz stärken. Dieser ist jedoch nur eines von mehreren Anliegen des Wettbewerbs- und des Kartellrechts. Denn beide Rechte verfolgen einen ganzheitlichen, „integrierten“ Ansatz und schützen neben den Verbraucherinteressen gleichzeitig und gleichberechtigt auch die Interessen der übrigen Marktteilnehmer und den Wettbewerb als solchen, als Prozess (vgl. § 1 UWG). Da die Handlungen der Marktteilnehmer im Wettbewerb notwendig mehrdimensional sind und ihre Auswirkungen im Verhältnis zu Konkurrenten, Lieferanten und Kunden rechtlich wie tatsächlich nicht sinnvoll voneinander getrennt werden können, vermag der Verbraucherschutz, erst recht bei isolierter Betrachtung, weder dem Wettbewerbs- oder dem Kartellrecht noch ihrer Zusammenführung zu einem einheitlichen Rechtsgebiet teleologisch eine tragfähige Grundlage zu geben.
- 29 Allerdings leisten das Wettbewerbs- und das Kartellrecht mit dem Schutz des Wettbewerbs gegen Verfälschungen unterschiedlicher Art einen **zentralen Beitrag zum Verbraucherschutz**. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass die einzelnen Verbraucher bei der Rechtsdurchsetzung selbst nur eine untergeordnete Rolle spielen. Denn die Rechtsdurchsetzung durch Konkurrenten und Verbände im Wettbewerbsrecht und durch die Kartellbehörden im Kartellrecht hat sich in der Vergangenheit bewährt. Soweit es noch einzelne Durchsetzungsdefizite (z. B. Nachweisschwierigkeiten in Zivil-

44 So aber *Köhler*, WRP 2005, 645, 646 f.

45 Vgl. Rdnr. 629 ff und 634 ff.

46 *Köhler*, WRP 2005, 645, 646. Aus dem gleichen Grund kann man das Unlauterkeitsrecht auch nicht als das allgemeine und das Kartellrecht als das besondere Wettbewerbsrecht ansehen; so aber *Köhler*, a.a.O. S. 646 f.

47 Vgl. z. B. *L. Raiser*, GRUR Int 1973, 443, 445.

48 RegE UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, S. 12 f. Zur Umsetzung der dem Verbraucherschutz dienenden UGP-RL: RegE UWG 2008, BT-Drucks. 16/10145, und RegE UWG 2015, BT-Drucks. 18/4535.

49 Beschlussempfehlung und Bericht des Wirtschaftsausschusses, BT-Drucks. 18/11446, S. 26 f, 31 f.

prozessen, fehlende Breitenwirkung von Zivilurteilen) oder etwaige „Gerechtigkeitslücken“ (z. B. fehlende Schadenskompensation) gibt, kann gewiss über Verbesserungen der bestehenden Verfahren nachgedacht werden. Die Vervielfachung der Instrumente (zusätzliche Behördenbefugnisse [„Bürokratisierung“] im Wettbewerbsrecht; Ausbau der privaten Rechtsdurchsetzung [„Privatisierung“] im Kartellrecht) hat jedoch einen erheblichen finanziellen und administrativen Mehraufwand für alle Beteiligten zur Folge. Dass dieser Mehraufwand im Ergebnis durch eine wirkungsvollere und gerechtere Rechtsdurchsetzung gerechtfertigt werden kann, muss angesichts der gegenläufigen Befunde für das Wettbewerbsrecht (Defizite bei der privaten Rechtsdurchsetzung) und das Kartellrecht (Überlastung der Kartellbehörden) bezweifelt werden.

II. Die Dominanz des EU-Rechts

1. Das EU-Recht als vorrangiges Wirtschaftsrecht

a) Das EU-Recht ist, ungeachtet seiner Ausdehnung in andere Politikbereiche, in weiten Teilen **Wirtschaftsrecht** geblieben. Da seine Normen sowohl grundsätzlich un-mittelbar gelten als auch dem Recht der Mitgliedstaaten vorgehen, haben sie das nationale Wirtschaftsrecht nach und nach umgeformt, und zwar weit über das Wettbewerbs- und Kartellrecht hinaus. Nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 EU-Vertrag errichtet die Union „einen Binnenmarkt“. Dieser Binnenmarkt „umfasst“ gemäß dem „Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb“, das nach Art. 51 EU-Vertrag Bestandteil des EU-Primärrechts ist, „ein System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt“. Diese Regelungen und Art. 101, 102 AEUV, die ebenfalls den Binnenmarkt in Bezug nehmen, sehen den Markt nicht als wirtschaftstheoretisches Abstraktum oder Modell, sondern als lebendiges **mercatum**, auf dem sich die Kaufleute und ihre Kunden nach den Regeln des **Privatrechts** begegnen.⁵⁰ Infolgedessen setzen die europäischen Verträge das überkommene Privatrecht der Mitgliedstaaten und dessen Institute, insbesondere die Vertragsfreiheit und das Eigentum, voraus und geben gleichfalls der privatautonomen Gestaltung der Einzelnen den Vorrang, lassen aber auch andere, d. h. stärker hoheitlich geprägte Ordnungen, etwa die Agrarordnung, zu.⁵¹ Diese – rechtliche – Seite des Binnenmarktes wird häufig zugunsten einer ökonomisch-politischen Redeweise von Markt und Wettbewerb vernachlässigt, die jedoch nicht bis zu den institutionellen Voraussetzungen des „Marktes“ vorstößt.⁵²

b) Um sein Ziel, den Binnenmarkt der EU-Bürger, zu erreichen, gibt der AEUV diesen die **vier Grundfreiheiten**, die sich vor allem gegen die staatlichen Beschränkungen – als ein „gigantisches Deregulierungsprogramm“⁵³ – richten: Er gewährleistet den freien Warenverkehr (Art. 28–37), den freien Personenverkehr, und zwar sowohl

⁵⁰ Vgl. schon *Rittner*, JZ 1990, 838, 839; *ders.*, in: FS Müller-Freienfels, 1986, S. 491 ff.

⁵¹ Vgl. a. EuGH, Slg. 1994, I-5039, I-5060, Tz. 59 = EuZW 1994, 690, Tz. 59 = NJW 1995, 945, 947 – *Bananen*, wo es heißt, dass „die Errichtung eines Systems des unverfälschten Wettbewerbs nicht das einzige in Art. 3 EGV genannte Ziel ist“.

⁵² Zu den rechtlichen Voraussetzungen marktwirtschaftlicher Ordnungen vgl. *Rittner*, WuW 1991, 95, 99 f.

⁵³ So zutreffend *Ehlermann*, WuW 1992, 5, 6.