

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 35

**Der private Rechtsschutz  
gegen unzulässige Beschränkungen  
des Wettbewerbs und mißbräuchliche Ausübung  
von Marktmacht im deutschen Kartellrecht**

Von

**Hans-Martin Müller-Laube**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**HANS-MARTIN MÜLLER-LAUBE**

**Der private Rechtsschutz gegen unzulässige Beschränkungen  
des Wettbewerbs und mißbräuchliche Ausübung von Marktmacht  
im deutschen Kartellrecht**

**Schriften zum Wirtschaftsrecht**

**Band 35**

**Der private Rechtsschutz gegen unzulässige  
Beschränkungen des Wettbewerbs und miß-  
bräuchliche Ausübung von Marktmacht  
im deutschen Kartellrecht**

**Von**

**Prof. Dr. Hans-Martin Müller-Laube**



**DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN**

Alle Rechte vorbehalten  
© 1980 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1980 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65  
Printed in Germany  
ISBN 3 428 04816 4

## Vorwort

Das Thema des privaten, von der öffentlichen Marktaufsicht unabhängigen Rechtsschutzes gegen verbotene Wettbewerbsbeschränkungen und mißbräuchliche Ausübung von Marktmacht behandelt ein vieldiskutiertes Grundproblem des Kartellrechts. Der hier erneut unternommene Versuch, den privaten Schutzbereich näher zu bestimmen, kann auf eine Fülle von Material — vornehmlich auf hervorragende Monographien zu einzelnen Problemfeldern innerhalb des Gesamtspektrums des zivilrechtlichen Deliktsschutzes — zurückgreifen. Diese Arbeiten in voller Tiefenschärfe auszuleuchten, wäre vermessen und im Rahmen einer verhältnismäßig kurzen Abhandlung unmöglich. Das Anliegen ist insofern bescheidener. Im Vordergrund steht die Entwicklung einer geschlossenen Konzeption, die vom Standpunkt einer wettbewerbspolitischen Grundhaltung die private Rechtsschutzzone näher festzulegen sucht und ein dogmatisch verfestigtes Programm zur Ermittlung der individuellen Reaktionsmöglichkeiten gegen Kartellgesetzverstöße entfaltet. Das Gesamtkonzept bildet die Grundlage für den Versuch einer kritischen Bestandsaufnahme. Die vielfältig divergierenden Meinungen zum privatbewehrten Kartelldelikt — die namentlich in der Kommentarliteratur als Einzelaussagen ohne Einbindung in einen systematischen Gesamtzusammenhang punktuell unter der Fragestellung nach der privatrechtsschützenden Funktion der einzelnen Verbotsnormen anzutreffen sind —, werden unter dem Blickwinkel der Einordnung in das rechtspolitisch und dogmatisch vorprogrammierte Rechtsschutzkonzept gewürdigt. Die Analyse kommt zu der Erkenntnis, daß neuere Tendenzen in Rechtsprechung und Lehre zur Ausweitung des Privatrechtsschutzes in bestimmten Bereichen der Kartellrechtspflege Unterstützung verdienen, während die strikte Ablehnung privatinitiiertes Abwehrrechte durch die Kartellrechtspraxis auf anderen Feldern mit den aufgestellten Leitprinzipien zum Kartelldeliktsschutz nicht in Einklang zu bringen ist.

Das Manuskript war im Frühjahr 1980 abgeschlossen. Aspekte der 4. Kartellrechtsnovelle konnten noch eingearbeitet werden. Eine weitergehende Berücksichtigung neuerer Beiträge war hingegen nicht mehr möglich.

Trier, im September 1980

*Hans-Martin Müller-Laube*



# Inhaltsverzeichnis

## *Erstes Kapitel*

### **Die Rechtsgrundlagen des privaten Rechtsschutzes**

1. Der private Rechtsschutz im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als rechtsdogmatisches und rechtspolitisches Problem .....	9
a) Die gesetzliche Ausgangslage .....	9
b) Das Schutzgesetzprinzip im Spannungsverhältnis zwischen Privatrechtsschutz und Institutionenschutz .....	12
c) Ausbildung des Kartelldeliktsrechts als Aufgabe einer Koordination von öffentlichem und privatem Rechtsschutzsystem im Ordnungsbereich des GWB .....	14
aa) Das materielle Kartellrecht als gemeinsame Basis für privaten und öffentlichen Rechtsschutz .....	15
bb) Die maßgeblichen Grundsätze einer rechtsfortbildenden Veranlagung des privaten Rechtsschutzes .....	16
2. Zusammenfassung .....	25

## *Zweites Kapitel*

### **Die einzelnen Bereiche der Kartellrechtspflege und ihre Relevanz für den privatrechtlichen Deliktsschutz**

A. <i>Privatrechtlicher Drittschutz bei horizontaler Abstimmung des Marktverhaltens unter Konkurrenten</i> .....	26
1. Das Kartellierungsverbot als Grundlage für private Ersatz- und Unterlassungsansprüche .....	26
2. Bestimmung des anspruchsberechtigten Personenkreises .....	32
3. Zusammenfassung .....	36
B. <i>Deliktsrechtlicher Drittschutz gegen unerlaubte Vertikalbindungen</i> .....	36
1. Privatrechtsschutz gegenüber unzulässiger Einflußnahme auf nachfolgende Wirtschaftsstufen .....	36
a) Privatrechtsschutz der Folgevertragspartner .....	37
b) Konkurrentenschutz .....	39



2. Privatrechtsschutz im Rahmen von Ausschließlichkeits- und Vertriebsbindungssystemen (§ 18 GWB) .....	40
a) Verfolgungsrechte auf der Grundlage des § 18 GWB .....	40
b) Privatrechtliche Ansprüche gegen unerlaubte Wettbewerbspraktiken im Rahmen vertraglicher Vertriebssysteme .....	44
3. Zusammenfassung .....	48
<b>C. Deliktsschutz gegen mißbräuchliche Ausübung von Marktmacht .....</b>	<b>49</b>
1. Der Streit um die privatrechtliche Relevanz des § 22 Abs. 4 GWB .....	49
2. Der methodische Weg zur Feststellung der privaten Rechtsschutzzone im Rahmen des § 22 GWB .....	53
3. Die Marktergebniskontrolle als Privileg der kartellbehördlichen Mißbrauchsaufsicht .....	55
4. Eingriffe in privatgeschützte Sphären Dritter durch mißbräuchliche Ausübung von Marktmacht .....	59
a) Privatrechtsschutz gegen machtbedingte Behinderung oder Verdrängung der Wettbewerber auf gleicher Wirtschaftsstufe .....	59
b) Privatrechtsschutz der Marktpartner vor- und nachgelagerter Wirtschaftsstufen gegen machtbedingte Durchsetzung unbilliger Konditionen .....	62
5. Zusammenfassung .....	66
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>68</b>

## *Erstes Kapitel*

### **Die Rechtsgrundlagen des privaten Rechtsschutzes**

#### **1. Der private Rechtsschutz im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als rechtsdogmatisches und rechtspolitisches Problem**

##### *a) Die gesetzliche Ausgangslage*

Der Bereich des privaten Rechtsschutzes in Form ziviler Schadensersatz- und Unterlassungsklagen einzelner Marktteilnehmer gegen Unternehmen, die den Wettbewerb unzulässig beschränken oder ihre überragende Marktstellung mißbrauchen, liegt noch weitgehend im Dunkeln. Die mannigfachen Bemühungen in der Wissenschaft, die Grauzone aufzuhellen, haben bislang nicht zu hinreichender Aufklärung geführt. Der Diskussionsstand vermittelt angesichts extrem verfochtener Positionen über die Reichweite privater Rechtsbehelfe ein eher verwirrendes Bild.

Die bestehende Rechtsunsicherheit ist in erster Linie auf die Vernachlässigung der privaten Reaktionsrechte im positivierten Regelungsbestand zurückzuführen. Alle Ungewißheit resultiert aus dem Umstand, daß kartelldeliktische Ansprüche in der Regel erst abgeleitet werden müssen aus einem Gesetz, das die Erhaltung und Sicherung der Wettbewerbsfreiheit zuvörderst als staatliche Aufgabe begreift. In Anbetracht der Erkenntnis, daß der einzelne Wettbewerber nicht in der Lage ist, der Bedrohung durch gesellschaftliche und private Macht individuell wirksam zu begegnen, rückt das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) von 1957<sup>1</sup> die öffentlich-rechtliche Kontrolle der Wirtschaftskräfte in den Vordergrund. Speziellen Verwaltungseinrichtungen — den öffentlich-rechtlich strukturierten Kartellbehörden — wird von Gesetzes wegen der Schutz der Institution „freie Marktwirtschaft“<sup>2</sup> überantwortet. Zur Bewältigung der sozial- und wirtschaftspolitischen Aufgaben bietet

---

<sup>1</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7.1957 (BGBl. I S. 1081) — mit den Änderungsnovellen vom 15.9.1965 (BGBl. I S. 1363), vom 3.8.1973 (BGBl. I S. 917), vom 28.6.1976 (BGBl. I S. 1967) und vom 26.4.1980 (BGBl. I S. 458).

<sup>2</sup> Grundlegendes zum Schutzgegenstand: *Rittner*, Wirtschaftsrecht § 16; *Baumbach / Hefermehl*, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht Bd. I, Allgemeine Grundlagen Rdn. 87, 88; *Rinck*, Festschr. f. Wieacker (1978), S. 477 ff.

das Gesetz die rechtlichen Grundlagen, unerwünschte Bildung von Marktmacht zu unterbinden, gegen mißbräuchliche Praktiken marktbeherrschender Unternehmen einzuschreiten und marktbeschränkenden Maßnahmen entgegenzuwirken, die darauf abzielen, den freien Wettbewerb zu untergraben oder gar auszuschalten.

Das Konzept einer öffentlich-rechtlichen Kontrolle schlägt sich in der Systematik des materiellen Kartellrechts nieder. Dem materiellen Regelungskomplex fällt eine Doppelfunktion zu: zum einen beschreibt er die Grenzen erlaubten Wettbewerbsverhaltens; unzulässige Maßnahmen und wettbewerbsverzerrende Akte sind im Hinblick auf die Stoßrichtung des Gesetzes als Recht *gegen* Wettbewerbsbeschränkungen in Verbotstatbestände eingefaßt und mit Verbotssanktionen belegt<sup>3</sup>. Zugleich dient das materielle Kartellrecht gemäß dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit allen staatlichen Handelns als Legitimationsgrundlage für Verwaltungsverfügungen und Bußgeldbescheide der Kartellbehörden. Als Folge der Abfassung des Gesetzes mit Blick auf den öffentlich-rechtlichen Marktschutz sind die materiellen Tatbestände unerlaubten Marktverhaltens zum Großteil in unmittelbarer Verbindung mit kartellbehördlichen Eingriffsbefugnissen formuliert. Die materiellen kartellrechtlichen Ge- und Verbotsnormen entfalten hier ihre Wirkung im verfahrensmäßigen Zusammenspiel mit konkretisierenden Behördenentscheidungen, deren Mißachtung durch Bußgeldsanktionen mit Strafcharakter geahndet werden. Wo materielles Kartellrecht mit öffentlichem Kartellverfahrensrecht systematisch verschmolzen ist, verbotenes und verbotenes Verhalten nicht deutlich geschieden wird<sup>4</sup>, erwachsen Schwierigkeiten für die Ausbildung des privaten Kartelldeliktsrechts.

Der Privatrechtsschutz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, obschon im Kodifikationsmodell vernachlässigt, hat gleichwohl im § 35 GWB ausdrückliche Anerkennung gefunden. Gleichsam in einer Annexregelung eröffnet das Gesetz den Weg zu privater Verfolgung von wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen: Ein Marktteilnehmer erhält das Recht, bei Verletzung einer zu seinem Schutz bestimmten Vorschrift des GWB oder bei Verstößen gegen entsprechende Verfügungen der Kartellbehörde Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche geltend zu machen. Mit dieser rechtspolitisch bedeutsamen Grundentscheidung hat der Gesetzgeber die Tradition zu den legislativen Vorläufern, den Dekartellierungsverordnungen<sup>5</sup>, gebrochen, die sich in ihrer Substanz als

---

<sup>3</sup> Rittner, Wirtschaftsrecht § 16 B 3 b; K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht — Kartellverwaltungsrecht — Bürgerliches Recht (1977), S. 8 ff.

<sup>4</sup> Wie z.B. bei §§ 18 und 22 GWB.

<sup>5</sup> VO gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923 (RGBl. I, S. 1067); Gesetz 56 der amerikanischen Militärregierung vom 1.4.1947, VO 78 der brit. Militärregierung vom 1.4.1947, VO 96 der französischen Militär-

Kartellpolizeirecht verstanden<sup>6</sup>, und all den Stimmen eine Absage erteilt, die noch im Zuge der Entstehung des GWB darauf plädierten, eine individuelle Rechtsverfolgung auf der Ebene des Zivilrechts zurückzudrängen<sup>7</sup> und die Befugnisse des einzelnen auf eine Beteiligung am Kartellverwaltungs- bzw. Kartellstrafverfahren zu beschränken. Wohl schwerlich läßt sich die Entscheidung zu Gunsten privater Verfolgungsrechte in Zweifel ziehen, ist sie doch letztlich eine Konsequenz aus der Ordnungsstruktur der liberalen Marktwirtschaft selbst, die das Einzelinteresse als treibende Kraft des Wettbewerbs zugrunde legt. Wenn die Summe der Einzelinitiativen den gesamten Wirtschaftsablauf prägt und das Marktgeschehen steuert, dann ist es nur folgerichtig, dem einzelnen Marktteilnehmer, der durch unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs in seiner wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit eingeengt ist, auch die entsprechenden Abwehrbefugnisse zu übertragen. Kurzum: die Anerkennung wirksamer privater Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber unzulässiger Bildung und Ausübung von Marktmacht ist Teil der Verwirklichung eigenverantwortlicher Unternehmensbetätigung am Markt.

Ein Blick auf die Rechtspraxis der letzten zwei Jahrzehnte indes lehrt, daß die Möglichkeit, private Schadensersatzforderungen zu stellen, nur kümmerlich genutzt wird. Die dafür gegebene Erklärung, es widerspreche deutschem Unternehmergeist, sich mit Hilfe des ungeliebten Kartellgesetzes noch gegenseitig bekämpfen und bereichern zu wollen<sup>8</sup>, besitzt wenig Überzeugungskraft. Die entscheidende Ursache unzulänglicher Entfaltung privater Initiativen gegenüber wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen liegt vornehmlich darin, daß die dogmatischen Grundlagen des privaten Rechtsschutzes nicht hinreichend ausgebildet sind. Die gesetzliche Grundregelung des § 35 GWB, die sich in einer generalklauselartigen Verweisung auf die Verletzung von Schutzgesetzen erschöpft, läßt die Frage, unter welchen konkreten Voraussetzungen zivile Ansprüche geltend gemacht werden können, weitgehend offen, und verlagert somit die Aufgabe, individuelle Schutzrechte eines Marktteilnehmers gegenüber Marktverstößen Dritter zu ermitteln, auf die Rechtspraxis.

---

regierung vom 9.6.1947 — abgedruckt bei Rowedder, Kartellrecht (1954), S. 5 ff., 31 ff. — übernommen als Bundesrecht im Protokoll über die Beendigung des Besatzungsregimes in der Bundesrepublik Deutschland vom 23.10.1954 (BGBl. 1955 II S. 213).

<sup>6</sup> Isay, Die Geschichte der Kartellgesetzgebung (1955) S. 272 ff.; Fikentscher, Wettbewerb S. 163 ff. (183); Mailänder, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis (1964) S. 14 f.

<sup>7</sup> Ballerstedt, JZ 1956, 267 ff. (271); Würdinger, WuW 1953, 721; Benisch, WuW 1956, 483 ff.; Strickrodt, WuW 1957, 75 ff.

<sup>8</sup> Benisch, FS für Hartmann (1976) S. 37.