

Inhalt

Vorwort des Herausgebers	V
Einleitung	1
Teil I Die Auslegung des § 20 III GWB	3
<i>A. Vorbereitende Konkretisierungen</i>	3
I. Teleologische Konkretisierung	3
1. Wettbewerb	3
2. Wettbewerbsbeschränkung	4
3. Missbrauchstatbestände	5
II. Historische Konkretisierung	6
1. Das »Anzapfen« als Gegenstand von Entscheidungen und Erklärungen im Vorfeld der Schaffung des § 26 III GWB a.F.	6
a. Behördliche Entscheidungen	6
aa. Bundeskartellamt, Beschluss vom 23.09.1975 – »METRO-Meistbegünstigungsklausel«	6
bb. Bundeskartellamt, Beschluss vom 10.05.1976 – Wettbewerbsregeln des Markenverbandes	7
b. Gerichtliche Entscheidungen	10
aa. OLG Düsseldorf v. 09.03.1973 – Regalkosten/Bettelbriefe	10
bb. BGH v. 17.12.1976 – Eintrittsgeld	12
c. Erklärungen	15
aa. »Beispielkatalog von Tatbeständen, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen können«, Bundeswirtschaftsministerium v. 15.11.1974 – »Sündenregister«	15
bb. »Gemeinsame Erklärung zur Sicherung des Leistungswettbewerbs«, November 1975, unterzeichnet von 15 Wirtschaftsorganisationen des Handels, des Handwerks und der Industrie – »Gemeinsame Erklärung«	16
cc. Rat des Deutschen Handels über Wettbewerbsverzerrungen, 25.04.1975	18
2. Das »Anzapfen« als Gegenstand des juristischen Diskurses	18
a. Der Nötigungscharakter	19
b. Die Handelsfunktion	20
c. Die Unterscheidung zwischen Hauptleistungs- und Nebenleistungswettbewerb	23
III. Systematische Konkretisierung	25
1. Systematische Darstellung der Missbrauchstatbestände	25
a. Behinderungsmissbrauch	25
aa. Preisunterbietung	25
bb. Koppelungspraktiken	26
cc. Ausschließlichkeitsbindungen	28
dd. Rabattsysteme	28
ee. Lieferverweigerungen	29
ff. Zugangsverweigerung bei wesentlichen Einrichtungen	30
b. Ausbeutungsmissbrauch	30
aa. Preis- und Konditionenmissbrauch, § 19 IV Nr. 2 GWB	31
bb. Preis- und Konditionenspaltung, § 19 IV Nr. 3 GWB	32

c. Diskriminierung	34
2. § 20 III GWB im Spannungsfeld der Missbrauchstatbestände	38
a. § 20 III GWB als Diskriminierungstatbestand	38
b. § 20 III GWB als Behinderungsmisbrauchstatbestand	39
c. § 20 III GWB als Ausbeutungstatbestand	40
3. Ergebnis	43
IV. Strukturelle Konkretisierung	43
1. Ausgangspunkt: Anzapfen als »passive Anbieter-Diskriminierung«	43
2. Zum Wesen des aktiven Anbieterverhaltens	44
a. Aktive Anbieter-Diskriminierung	44
b. Aktive Anbieter-Behinderung	46
3. Anzapfen als ein »einheitlicher passiver Missbrauchstatbestand«	47
a. Strukturelle Überlegungen	47
aa. Passive Anbieter-Diskriminierung	47
bb. Passive Anbieter-Behinderung	48
b. Folgerungen für das Anzapfen	48
V. Annex: Zum Begriff des Leistungswettbewerbs	49
1. Allgemeines	49
2. »Leistungswettbewerb« in Urteilen, Entscheidungen und Erklärungen im zeitlichen Vorfeld der 4. GWB-Novelle im Rahmen des Anzapfens	50
a. OLG Düsseldorf v. 09.03.1973 – Regalkosten/Bettelbriefe	50
b. BGH v. 17.12.1976 – Eintrittsgeld	50
c. Beschluss des BKartA v. 10.05.1976	51
d. »Gemeinsame Erklärung« v. 17.12.1976	51
3. »Leistungswettbewerb« im Verständnis des Gesetzgebers	52
a. Zu § 28 II GWB a.F.	52
b. Zu § 26 III GWB a.F.	53
4. Ergebnis	53
a. Das relevante Konzept des Leistungswettbewerbs	53
b. »Leistungswettbewerb« als Auslegungs- und Anwendungskriterium für § 20 III GWB?	54
B. Die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale	54
I. Tatbestandsmerkmal »Ausnutzen«	54
1. Bisherige Auslegungen des Tatbestandsmerkmals »Ausnutzen«	54
2. Auslegung des Tatbestandsmerkmals »Ausnutzen« unter Berücksichtigung der teleologischen Aufgabe des § 20 III GWB	56
II. Tatbestandsmerkmal »Gewähren«	59
1. Problemaufriss	59
2. Verpflichtungs- oder Verfügungscharakter der Gewährung	59
3. Ergebnis	60
III. Tatbestandsmerkmal »ohne sachlich gerechtfertigten Grund«	60
1. Allgemeines	60
2. Das Kriterium der Leistungsgerechtigkeit	61
3. Rechtfertigungsausschlussgründe	62
a. Allgemeines	62
b. Rückwirkende Vertrags- und Konditionenanpassungen	63
c. Absicherungsmechanismen zu Lasten konkurrierender Nachfrager	65
d. Verstöße gegen gesetzliche Regelungen des Leistungsaustauschs	67
aa. Allgemeines	67
bb. OLG Bamberg v. 2.5.1991	69
cc. OLG Düsseldorf v. 25.4.2000	70

dd. Folgerungen	70
e. Verkauf unter Kosten	71
aa. Ausgangspunkt	71
bb. Kartellrechtliche Beurteilung des Verkaufs unter Einstandspreis	72
(1) Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis nach § 20 IV 1 GWB	72
(a) BGH v. 4.4.1996 – Hitlisten-Platten	73
(b) BGH v. 10.12.1985 – Abwehrblatt II	74
(2) Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis nach § 20 IV 2 GWB	74
(3) Zum Begriff »Einstandspreis«	76
(a) Der Begriff »Einstandspreis« in § 20 IV 2 GWB	76
(b) Der Begriff »Einstandspreis« in § 20 IV 1 GWB	77
cc. Übertragung auf § 20 III GWB – »Verkauf unter Kosten«	78
(1) Herleitung	78
(a) Verdrängungsabsicht	79
(b) Nachhaltige Beeinträchtigung des Wettbewerbs	80
(c) Kaufmännisches Kalkül	81
(d) Fazit	81
(2) Die Argumentation der Monopolkommission zum Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis	81
(a) Argument 1 – Verkauf unter Einstandspreis als Marketing- instrument	82
(b) Argument 2 – Kein Schutz des Wettbewerbs durch das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis	82
(c) Argument 3 – Anwendungsprobleme des Verbots des Verkaufs unter Einstandspreis	83
(d) Fazit	84
dd. Zur Ausfüllung des Begriffs »Unter Kosten«	84
IV. Tatbestandsmerkmal »Vorteil«	85
1. Das Tatbestandsmerkmal »Vorzugsbedingung« in § 20 III GWB a.F.	85
2. Das Tatbestandsmerkmal »Vorteil« in § 20 III GWB n.F.	86
3. Systematische Folgerungen	88
V. Die Tathandlungsalternativen »Auffordern« und »Veranlassen«	88
1. Die Tathandlungsalternative »Veranlassen«	89
a. Allgemeines	89
b. Das »mittelbare Veranlassen«	91
aa. BGH v. 13.07.1971 – Ostmüller	91
bb. BGH v. 27.6.1958 – Direktverkäufe	93
2. Die Tathandlungsalternative »Auffordern«	94
a. Allgemeines	94
b. Das »Auffordern« in Abgrenzung zum »Veranlassen«	95
aa. Keine Kausalität bei der Tathandlungsalternative »Auffordern«	95
bb. Kein »mittelbares Auffordern«	95
cc. Das Verhältnis von »Auffordern« und »Veranlassen« als echtes Alternativverhältnis	96
3. Ergebnis	98
4. Annex: § 20 III 1 Alt. 1 GWB als Gefährdungstatbestand	98
Teil II Die Stellung des § 20 III GWB	101
A. Die Stellung des § 20 III GWB im nationalen Normengefüge	101
I. Die Stellung des § 20 III GWB im GWB	101
1. Das Verhältnis von § 20 III GWB zu § 19 IV Nr. 2 GWB	101

a.	Vergleichbarkeit der Tatbestandsmerkmale	101
aa.	Vorteil	101
bb.	Ausnutzen	101
cc.	Sachliche Rechtfertigung	102
b.	Die Normadressaten von § 20 III GWB und § 19 IV Nr. 2 GWB	103
c.	Ergebnis	104
d.	Annex: Erfassung des Anzapfens durch § 19 I GWB	104
2.	Das Verhältnis von § 20 III GWB zu § 20 I GWB	104
a.	Allgemeines zur Erfassung des Anzapfens durch § 20 I GWB	104
b.	Tathandlungsalternative der Ungleichbehandlung	106
c.	Tathandlungsalternative der Behinderung	107
d.	Ergebnis	108
II.	Das Verhältnis von UWG und § 20 III GWB	108
1.	Das »Anzapfen« im deutschen Lauterkeitsrecht (UWG)	108
a.	Allgemeines zur Erfassung des »Anzapfens« durch das UWG	108
b.	Die relevanten Beispielstatbestände des UWG	108
aa.	§ 4 Nr. 1 UWG	109
bb.	§ 4 Nr. 10 UWG	111
c.	Ergebnis: Grundsätzliche Erfassung des »Anzapfens« durch § 4 Nr. 1 und Nr. 10 UWG	113
2.	Zum Verhältnis von UWG und § 20 III GWB	114
a.	Allgemeines zum Verhältnis von UWG und GWB	114
aa.	Grundsätzliche Entwicklung	114
bb.	Weitere Aspekte der aktuellen Diskussion	115
(1)	Die Vorfeldthese	115
(2)	Kartell- und Lauterkeitsrecht als sich schneidende Kreise	116
(3)	Kartell- und Lauterkeitsrecht als konzentrische Kreise	117
b.	Zum konkreten Verhältnis von UWG und § 20 III GWB	118
aa.	Logische Vorüberlegung	118
bb.	§ 20 III GWB als <i>lex specialis</i> zum UWG? – Fall (i)	119
(1)	Argumente pro » <i>lex specialis</i> «	119
(2)	Argumente contra » <i>lex specialis</i> «	120
cc.	Die »Theorie der Sperrwirkung des GWB« am Beispiel des § 20 III GWB – Fall (ii)	121
dd.	Das »unlauterkeitsbegründende Merkmal« im Zusammenhang mit § 20 III GWB	124
B.	Die Stellung des § 20 III GWB im europäischen Normengefüge	125
I.	Das »Anzapfen« im europäischen Kartellrecht, Art. 102 AEUV	125
1.	Allgemeines zu Art. 102 AEUV	125
a.	Missbrauchsbegriff	125
b.	Tathandlung	126
c.	Kausalität	126
2.	Die Regelbeispiele des Art. 102 S. 2 AEUV	127
a.	Art. 102 S. 2 lit. a) AEUV	127
aa.	Preise und Geschäftsbedingungen	127
bb.	Erzwingen	127
cc.	Unangemessenheit	128
dd.	Praktische Anwendung auf marktbeherrschende Nachfrager	129
ee.	Fazit für das Anzapfen	130
b.	Art. 102 S. 2 lit. b) AEUV	131

aa. Die Geschäftsverweigerung bzw. der Geschäftsabbruch als Produktbeschränkung nach Art. 102 S. 2 lit. b) AEUV	131
bb. Übertragung auf Fälle des Anzapfens	133
c. Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV	134
d. Art. 102 S. 2 lit. d) AEUV	136
3. Ergebnis: Erfassung des Anzapfens durch Art. 102 S. 1 und S. 2 lit a) und lit. b) AEUV	136
II. Das Verhältnis von § 20 III GWB zu Art. 102 AEUV	137
1. Allgemeines	137
2. Die Kartellverfahrensordnung, VO 1/2003	137
Teil III Die Anwendung des § 20 III GWB	143
A. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 20 III GWB	143
I. Zivilrechtliche Folgen	143
1. Ansprüche aus dem GWB	143
a. Schadensersatzanspruch, § 33 III 1, I GWB	144
aa. Anspruchsentstehung	144
(1) Zum Vorsatz	145
(2) Zur Fahrlässigkeit	145
(3) Insbesondere: Verschulden beim »Verkauf unter Kosten«	146
bb. Anspruchsberechtigte	147
(1) Angezapfte Anbieter	147
(2) Konkurrenten des anzapfenden Nachfragers	147
cc. Anspruchsinhalt	147
(1) Grundsatz	147
(2) Auflösend bedingte Schadensersatzansprüche der Konkurrenten des anzapfenden Nachfragers	148
b. Beseitigungsanspruch, § 33 I 1. Alt. GWB	149
aa. Anspruchsentstehung	149
(1) BGH v. 6.10.1992 – Stromeinspeisung	149
(2) BGH v. 2.7.1996 – Kraft-Wärme-Kopplung	150
(3) Übertragung auf das Anzapfen	150
bb. Anspruchsberechtigte	151
(1) Angezapfter Anbieter	151
(2) Konkurrenten des anzapfenden Nachfragers	151
cc. Anspruchsinhalt	151
c. Unterlassungsanspruch, § 33 I 2. Alt. GWB	152
aa. Anspruchsentstehung	152
(1) Allgemeines	152
(2) Zum vorbeugenden Unterlassungsanspruch	152
(3) Zum Verletzungsunterlassungsanspruch	153
bb. Anspruchsberechtigte	154
(1) Angezapfter Anbieter	154
(2) Konkurrenten des anzapfenden Nachfragers	154
cc. Anspruchsinhalt	154
2. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung	154
a. Allgemeines: nur Leistungskondition, § 812 I 1. Alt. BGB	154
b. Anspruchsentstehung	155
aa. Reine Anzapfverträge	156
bb. Gemischte Anzapfverträge	156
cc. Fazit	157

c.	Anspruchsberechtigte	157
aa.	Angezapfte Anbieter	157
bb.	Konkurrenten des anzapfenden Nachfragers	157
d.	Anspruchsinhalt	158
3.	Anspruchsausfüllung: sachlich nicht gerechtfertigter Vorteil	158
a.	Allgemeines	158
b.	Heranziehung der Rechtfertigungsausschlussgründe zur Anspruchsausfüllung	159
aa.	Verkauf unter Kosten	159
bb.	Verstoß gegen gesetzliche Regeln des Leistungsaustauschs	159
cc.	Rückwirkende Konditionenanpassung	160
dd.	Absicherungsklauseln	160
c.	Fazit	161
II.	Öffentlich-rechtliche Folgen	161
1.	Abstellungsverfügung durch die Kartellbehörden, § 32 I GWB	161
a.	Allgemeines	161
b.	Das Anzapfen als Gegenstand kartellbehördlicher Abstellungsverfügungen	163
2.	Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde, § 34 GWB	164
3.	Bußgeldverfahren, § 81 II Nr. 1 GWB	164
B.	Zum Ross und Reiter-Problem	165
I.	Skizzierung des Ross und Reiter-Problems	165
II.	Gesetzliche Erleichterungen und bisherige Lösungsvorschläge	166
1.	Gesetzliche Erleichterungen	166
a.	§ 32 e GWB	166
b.	§ 54 I GWB	167
c.	§ 70 IV GWB	167
2.	Bisherige Lösungsvorschläge	168
a.	Einführung einer speziellen Auskunftspflicht in das GWB (<i>Köhler</i>)	168
b.	Geheimhaltung der Identität und betrieblicher Vorgänge einer Partei (<i>Küpper</i>)	169
III.	Eigene Lösungsvorschläge	170
1.	§ 20 III GWB in der Anbieterinsolvenz	170
a.	Allgemeines	170
b.	Insolvenzrechtliche Besonderheiten	170
c.	Folgerungen	171
2.	»Konzertierte Aktion« aller angezapften Anbieter eines marktstarken Nachfragers	172
a.	Ausgangspunkt	172
b.	Die »konzertierte Aktion« im Einzelnen	172
aa.	Grundlage der »konzertierten Aktion«	172
bb.	Aspekte zur Abtretung	172
(1)	Die Entscheidung des OLG Düsseldorf v. 14.05.2008 – Belgisches Kartellklageunternehmen	172
(2)	Einziehungsermächtigung	173
(3)	Zession	174
(4)	Inkassozeession	174
(5)	Fazit	175
cc.	Gefahr eines Exempels: Auslistung von Anbietern	175
(1)	Rechtliche Einordnung der »Exempel-Auslistung«	175
(a)	Üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr	175
(b)	Ungleichbehandlung	176
(c)	Keine sachliche Rechtfertigung	177

(2) Rechtsfolge der »Exempel-Auslistung«: Kontrahierungszwang	178
(3) Ergebnis	179
c. Verstoß der »konzertierten Aktion« gegen § 1 GWB?	180
aa. Ausgangspunkt	180
bb. Die Abtretungen der Ansprüche als Verstoß gegen § 1 GWB?	180
(1) Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen	180
(2) Bezwecken oder Bewirken einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs	181
(a) Keine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Handlungs- freiheiten der angezapften Anbieter	183
(b) Keine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Handlungs- freiheiten des anzapfenden Nachfragers	184
(3) Fazit	184
cc. Die Geltendmachung der Ansprüche als Verstoß gegen § 1 GWB?	185
dd. Der Gesamtkomplex »konzertierte Aktion« als Verstoß gegen § 1 GWB?	185
ee. Ergebnis: »konzertierte Aktion« verstößt nicht gegen § 1 GWB	186
d. Fazit zur »konzertierten Aktion«	186
Zusammenfassung	187
Abkürzungen	195
Literatur	199
Sachregister	205