

W  
U  
W

3B Sekret

# WIRTSCHAFT UND WETTBEWERB

ZEITSCHRIFT FÜR DEUTSCHES UND EUROPÄISCHES WETTBEWERBSRECHT  
JOURNAL OF GERMAN AND EUROPEAN COMPETITION LAW  
JOURNAL DU DROIT ALLEMAND ET EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE

31/PE 257-34

## Inhaltsverzeichnis

2004

JAHRGANG 54



Herausgeber:

Ulf Böge • Alfred-Carl Gaedertz • Lioba Jüttner-Kramny  
Erhard Kantzenbach • Karl M. Meessen • Dieter Wolf



Verlagsgruppe Handelsblatt

375

Michael Kubiciel, Berlin

## Verhaltensbeschränkungen marktbeherrschender Unternehmen durch außerwettbewerbliche Zielsetzungen

*Der Beitrag widmet sich der Frage nach der Einbeziehung außerwettbewerblicher Zielsetzungen in die Bestimmung eines kartellrechtlichen Machtmissbrauchs. Das Spannungsfeld zwischen normativem Geltungsanspruch solcher Normen einerseits und der ratio legis des § 19 GWB andererseits soll anhand eines funktions- und wertbezogenen Ansatzes aufgelöst werden: Danach gilt es zu prüfen, ob die Einbeziehung des betreffenden Zieles in die privatautonome Ordnungsetzung durch das wettbewerbsbeschränkende Verhalten des Marktbeherrschers verhindert worden ist. Somit ist letztlich die Nichteinbeziehung nur ein Indiz für den eigentlichen Interventionsgrund: den Machtmissbrauch bei der privatrechtlichen Interessenkoordination.*

### I. Einführung

Auch wenn sich Grundlagen und Einzelheiten des kartellrechtlichen Machtmissbrauchsverbots seit jeher in der Diskussion befinden<sup>1)</sup>, existieren auf diesem stark frequentierten Terrain nach wie vor Grenzbereiche, auf welchen sich der dogmatische Nebel kaum gelichtet zu haben scheint.

Eine solch wenig durchsichtige Frage ist die nach dem Einfluss außerwettbewerblicher Zielsetzungen auf die Auslegung des § 19 des Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Als „außerwettbewerblich“ sollen dabei alle diejenigen Ziele gelten, welche in keinem direkten Zusammenhang mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB<sup>2)</sup> stehen<sup>3)</sup>. Trotz verbreiteter Vorbehalte gegen den Rekurs auf außerwettbewerbliche Erwägungen innerhalb der kartellrechtlichen Missbrauchssystematik<sup>4)</sup> werden doch durchaus (konkrete) Zugeständnisse vom (abstrakten) Systempurismus gemacht, wenn die in Rede stehende Wettbewerbshandlung den Anwendungsbereich von Normen anderer Rechtsgebiete tangiert<sup>5)</sup>. Dieser Bruch zwischen dem Verlangen nach einem eigenen Wertungen folgenden Kartellrecht einerseits und der Intuition, in praxi dem Ruf auch anderer Normbefehle und den hinter diesen stehenden Zwecken Folge zu leisten, ist freilich Ausdruck eines handfesten normativen Dilemmas: Einerseits sollen doch die Vorgaben des Gesetzgebers in einem Rechtsstaat möglichst umfassende Wirkung beanspruchen, andererseits können das Kartellrecht und

Dr. Michael Kubiciel, Rechtsanwalt, Berlin.

- 1) Grundlegend *Baur*, Der Missbrauch im deutschen Kartellrecht, 1972, passim; jüngst *Kubiciel*, Verhaltensbeschränkungen marktbeherrschender Unternehmen durch § 19 GWB unter Berücksichtigung von Besonderheiten gasversorgender Unternehmen, 2003; zur Kritik am Stand der Dogmatik und der Rechtspraxis vgl. nur *Rittner*, FS Hartmann, S. 251, 267 („Trümmerfeld“).
- 2) Siehe nur *Langen/Bunte-Schultz*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. 2001, § 19 Rdn. 87.
- 3) Davon zu unterscheiden sind demgegenüber solche Vorschriften, die ebenfalls der Sicherung der Freiheit des Wettbewerbs gelten, aber ihren normativen Niederschlag außerhalb des GWB gefunden haben. Paradigmatisch ist hier die Netzzugangsregelung des § 6 EnWG, vgl. *Büdenbender*, JZ 1999 S. 70 f.
- 4) Vgl. *Möschel*, WuW 1999 S. 5 (7); siehe auch BGH WuW/E BGH 1965, 1966; KG WuW/E OLG 3124, 3129; siehe allgemein auch *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, GWB, 3. Aufl. 2001, § 19 Rdn. 9.
- 5) Nach *Langen/Bunte-Schultz*, a.a.O. (Fn. 2), § 19 Rdn. 139 soll ein Behinderungswettbewerb positiv begründet werden, wenn das inkriminierte Vorgehen des Marktbeherrschers gegen „allgemeine Normen“ verstößt, da in diesem Fall die Wettbewerbshandlung nicht gerechtfertigt sei; zu weiteren Zugeständnissen siehe auch *Möschel*, WuW 1999 S. 7; BGH WuW/E BGH 1783, 1785; vgl. *Hohmann*, Die Essential Facilities Doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 2001, S. 303 einerseits, S. 305 andererseits.

seine Ermächtigungsnormen, wie namentlich § 19 GWB, nicht zum „Notnagel“ solcher gesetzlicher Zielvorgaben avancieren, für deren Durchsetzung es an einer speziellen Eingriffsnorm mangelt.

Auch durch eine Entscheidung des BVerfG<sup>6)</sup> jüngeren Datums, deren Ausgangsproblematik eine nähere Auseinandersetzung mit dieser Thematik hat erwarten lassen, ist dieses Spannungsfeld nicht konsistent aufgelöst worden. Im Gegenteil besteht Anlass zu der Befürchtung, dass neuerliche Nebelschwaden die Rechtsanwendung verdunkeln werden<sup>7)</sup>. Dabei steht zu erwarten, dass mit der Einordnung der Energieversorgungsunternehmen unter das Regime des § 19 GWB die Implementierung energierechtlicher Erwägungen, namentlich diejenigen des § 1 EnWG, nicht nur von Interessengruppen befürwortetes Desiderat bleibt, sondern Kern rechtlicher Auseinandersetzungen sein wird<sup>8)</sup>. Aber auch die im Ganzen fortschreitende Sektoralisierung kartellrechtlicher Institute, versinnbildlicht durch die Regulierung der Infrastrukturmärkte, lässt Rückwirkungen auf das allgemeine Kartellrecht erwarten und dogmatische Spannungen befürchten. Der Rückgriff auf außerwettbewerbliche Ziele ist dabei um so verlockender als sich die normativen und tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Bestimmung eines missbräuchlichen Verhaltens i. S. des § 19 GWB recht leicht durch den Hinweis umschiffen lassen, das inkriminierte Verhalten verstoße jedenfalls gegen eine andernorts normierte Zielvorstellung.

Angesichts der vielfältigen rechtlichen Verflechtungen dieser Frage kann sich die Suche nach Lösungen nicht allein auf das Kartellrecht beschränken. Vielmehr wird sich ein Weg aus den Wirrnissen nur finden lassen, wenn grundsätzliche privatrechtsdogmatische und verfassungsrechtliche Vorgaben als Orientierungspunkte beachtet werden.

## II. Der Weg des BVerfG

Offenbar das Ergebnis einer ergebnisorientierten Auslegung ist der Kammerbeschluss des BVerfG vom 9.10. 2000, der die Aufnahmevoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde verneinte<sup>9)</sup> und damit den Einfluss außerwettbewerblicher Erwägungen auf das Kartellrecht unbeanstandet ließ, der sich im konkreten Fall durch die Rechtsprechung des BGH Bahn gebrochen hatte<sup>10)</sup>. Nach Auffassung des BGH stellt die Verweigerung des Vertriebs von Importarzneimitteln durch einen Arzneimittelgroßhändler deshalb einen Verstoß gegen § 26 Abs. II GWB a. F. dar, weil dies dem Grundgedanken des § 129 SGB V widerspreche, wonach Importarzneimittel für den Verbraucher zugänglich sein sollen, um ihm die Wahl zwischen teureren oder preiswerteren Medikamenten gleicher Herkunft und Wirkstoffzusammensetzung zu ermöglichen. Ausschlaggebend für die hoheitliche Intervention in die Privatautonomie mit dem Mittel des kartellrechtlichen Behinderungsverbots war somit die Verfehlung des dem § 129 SGB V zugrunde liegenden Ziel, Importarzneimittel auf dem inländischen Markt zugänglich zu machen, damit mittelbar die Kosten für Arzneimittel zu senken und auf diese Weise einen positiven Effekt auf Beitragssätze auszuüben.

Folgerichtig stützt sich die Verfassungsbeschwerde unter anderem auf das Argument, hier sei es letztlich ein außerwettbewerbliches Ziel, das die kartellrechtlichen Rechtsfolgen auslöse<sup>11)</sup>. Diesem gewichtigen dogmatischen Einwand tritt die Kammer jedoch mit dem kaum befriedigenden Hinweis entgegen, das die kartellrechtlichen Folgen auslösende sozialrechtliche Allgemeinwohlinteresse habe

6) BVerfG, GRUR 2001 S. 266 ff.

7) Kritisch auch *Cornils*, NJW 2001 S. 3758 ff.

8) Siehe auch *Büdenbender*, JZ 1999 S. 71 („Rechtswissenschaft und Rechtspraxis stehen vor der Aufgabe, Regeln für das Nebeneinander von Kartell- und Energierecht zu entwickeln“).

9) BVerfG GRUR 2001 S. 266 ff.

10) BGHZ 129 S. 53 (Leitsatz).

11) BVerfG GRUR 2001 S. 266 (268).

in einem „sachnahen“ Gesetz Ausdruck gefunden und werde „in einem wettbewerblichen Kontext“ angewendet<sup>12)</sup>.

Diese Begründung kommt einem Zirkelschluss nahe: Dass eine Norm „sachnah“ ist, konzediert gerade ihren außerwettbewerblichen Charakter, dessen kartellrechtliche Relevanz hier gerade in Rede steht. Bezeichnend ist auch, dass die Sachnähe der sozialrechtlichen Zielsetzung zum Kartellrecht zwar behauptet, nicht aber begründet wird. Ein solcher Sachbezug wird sich freilich auch kaum konstruieren lassen: Während das Kartellrecht die Freiheit des Wettbewerbs sichern soll, um damit die Generierung volkswirtschaftlich optimaler Ergebnisse durch die Marktakteure zu unterstützen, wird der Kontrahierungszwang zur „Kostendämpfung“ in dem regulierten Bereich des Gesundheitswesens dekretiert. Dabei kann das Junktum zwischen weitgehendem Wettbewerbsausschluss und hoheitlichem Verlangen nach Preisgünstigkeit insoweit als der typische rechtspolitische Spagat in regulierten Bereichen gelten, als er auch durch das alte EnWG und seiner kartellrechtlichen Folgerung in § 103 GWB a. F. vergeblich versucht worden ist. Der Sachbezug all solcher (sozial- oder energierechtlichen) Zielgrößen zum Kartellrecht erschöpft sich somit darin, dass ihr materieller Inhalt zur Argumentation in einem tatsächlichen Lebenssachverhalt herangezogen wird, der Gegenstand einer kartellrechtlichen Prüfung ist. Und folglich beschränkt sich auch der vom BVerfG konstatierte „wettbewerbliche Kontext“ im konkreten Fall auf die (von den Gerichten faktisch praktizierte – hier aber zu begründende!) Anwendung der außerwettbewerblichen Norm im Rahmen des § 26 Abs. II GWB a. F.

Der Beschluss des BVerfG trägt somit kaum zu einer dogmatischen Klärung der Problematik bei. Dabei sind die Ausführungen von einer Bedeutung, die über die Auslegung des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots des § 26 Abs. II GWB a. F. auch auf die Auslegung des § 19 GWB, unter Umständen weiterer offener Termini im GWB, ausstrahlt.

### III. Normativität außerwettbewerblicher Ziele vs. Funktionsbezug des Missbrauchsbegriffs

Die kartellrechtliche Norm des § 19 GWB primär an den Schutz der Wettbewerbsfreiheit zu orientieren, heißt nicht, den Einfluss öffentlich-rechtlicher Gesichtspunkte in der Gesetzesinterpretation ausschließen zu wollen. Dass dies auch gar nicht gänzlich möglich ist, wird unmittelbar einsichtig, wenn man bedenkt, dass schon wegen der Normativität der Grundrechte einfachgesetzliche Tatbestandsmerkmale verfassungskonform auszulegen sind und der Gesetzgeber nicht nur den Auftrag sondern auch die demokratische Legitimation hat, Freiheitsinteressen auszutarieren und Staatszielbestimmungen umzusetzen, was namentlich auch Eingriffe in den Privatrechtsverkehr und den Wettbewerb unerlässlich macht<sup>13)</sup>. Hat er von dieser Gestaltungskompetenz Gebrauch gemacht, haben Exekutive und Judikative wiederum solche normativen Vorgaben der Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) wegen zu berücksichtigen. Auch bei der Auslegung etwa des § 19 GWB wäre somit der Blick allein auf die Wettbewerbsfreiheit und die Interessen der Marktakteure ein verkürzter<sup>14)</sup>.

Unter Berücksichtigung der normtheoretischen Erwägung, dass das Recht eine Einheit bildet, weil alle Rechtsnormen auf den Geltungsbereich der Verfassung zurückgeführt werden können<sup>15)</sup>, ließe sich folgern, dass Entscheidungen und Wertungen des Gesetzgebers bei der Auslegung kartellrechtlicher Generalklauseln stets Gel-

12) BVerfG GRUR 2001 S. 266 (268).

13) Auf diesen Ausgangspunkt verweist auch *Immenga*, Politische Instrumentalisierung des Kartellrechts?, 1976, S. 19.

14) Zum Einfluss des Verfassungsrechts auf die Auslegung des § 19 GWB siehe *Kubiciel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 48 ff.; 79 ff. m. w. N.

15) Vgl. *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 1994, S. 458.

tung beanspruchten<sup>16</sup>). Freilich führte eine undifferenzierte Einbeziehung sämtlicher Normverstöße in den Missbrauchs begriff zu einer Transformation des Normcharakters: Aus dem Verbot einer missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung bzw. einer unbilligen Behinderung entwickelte sich ein Sanktionsinstrument gegen eine Wettbewerbshandlung eines marktstarken Unternehmens, die einem Normbefehl eines anderen Regelungskomplexes, ja bloßen gesetzgeberischen Intentionen, zuwider liefe. § 19 GWB wäre folglich als ein Verbot der „rechtswidrigen“ Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung zu denken. So sehr der Rückschluss von einer Normverletzung auf das kartellrechtliche Urteil „Missbrauch“ auch intuitiv nahe liegt, rechtstheoretisch haltbar ist er nicht. Zum einen erfordert letzteres eine relativierende Wertung anhand eines normativen Bezugspunktes („Missbrauch von wem oder was?“). Zum anderen ist anerkannt, dass – ausgehend von dem Verständnis der Rechtsordnung als einer „Werteinheit“<sup>17</sup>) – zwar durchaus ein für alle Normkomplexe einheitliches Rechtswidrigkeitsurteil gefolgert werden kann<sup>18</sup>), dies aber keineswegs die Notwendigkeit der Sanktionierung in jedem Rechtsgebiet mit sich bringt<sup>19</sup>). Da sich also die Feststellung des Missbrauchsrechts am spezifischen Normumfeld orientiert, kann die Missbräuchlichkeit eines Verhaltens nicht ohne weiteres universell auf alle Bereiche der Rechtsordnung übertragen werden. Diese Wertbezogenheit findet im Wortlaut des § 19 GWB ihre Bestätigung, wird dort doch die missbräuchliche Ausnutzung ausdrücklich an die marktbeherrschende Stellung geknüpft.

Dieser Befund deckt sich auch mit der verfassungsrechtlichen Erwägung, dass mit dem Hinausgreifen über den kartellrechtlichen Normzweck durch die umfassende Einbeziehung außerwettbewerblicher Zielsetzungen das Missbrauchsverbot zu einer nicht mehr verhältnismäßigen Beschränkung der Grundrechte aus Artt. 12, 2 Abs. 1 GG führte. Denn in diesem Fall sanktionierte § 19 GWB auch solche Verstöße gegen Ge- oder Verbote, die nicht mehr in einem funktionalen Zusammenhang mit seiner auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Normfunktion stehen und sich folglich nicht mehr an den ursprünglichen Regelungszweck knüpfen ließen<sup>20</sup>). § 19 GWB zum Lückenfüller für an anderer Stelle fehlende Ermächtigungsgrundlagen heranzuziehen, bedeutete letztlich, das Missbrauchsverbot zu einem maßstabslosen Mittel einer „diffusen Wirtschaftsaufsicht“<sup>21</sup>) zu transformieren.

#### IV. Wert- und funktionsbezogener Lösungsweg

Wenn die Frage somit nur sein kann, wann außerwettbewerbliche Gesichtspunkte in der Auslegung des § 19 GWB zu berücksichtigen sind bzw. welche Topoi wegen ihrer Eigenart von vornherein auszusondern sind, dann gilt es, den Wertbezug genauer zu benennen, der außerwettbewerblichen – namentlich öffentlich-rechtlichen – Erwägungen im Kartellrecht zum Durchbruch verhelfen soll.

Schon *Raiser* hat dereinst konstatiert, dass die formale Allgemeingültigkeit zivilrechtlicher Normen zugunsten eines beweglichen Systems aufzugeben sei, in welchem die privatrechtlichen Normen entsprechend ihrem Funktionsumfeld ausgelegt werden müssten und drei typische Funktionsfelder unterschieden, in

16) Der daraus resultierende Einfluss systemexogener Erwägungen auf das Kartellrecht ließe sich argumentativ mit dem Hinweis absichern, dass auch die vom GWB geschützten privatrechtlichen Institutionen ihrerseits zunehmend von öffentlichen Interessen beeinflusst werden, siehe dazu schon: *Raiser*, Die Zukunft des Privatrechts, 1971, S. 18 f, 27.

17) Vgl. auch *Rüthers*, Rechtstheorie, 1999, S. 83, der die einzelnen Rechtsnormen als Bruchstücke eines von der Rechtsordnung zu verwirklichenden idealen sozialen Leitbildes sieht, gleichwohl aber die Wertungswidersprüche und Normkonflikte nicht verkennt und sich daher dem strapazierten Begriff der „Einheit der Rechtsordnung“ nur bis zu einer gewissen Distanz nähert (a.a.O., S. 156 f.).

18) Siehe dazu *Röhl*, a.a.O. (Fn. 15), S. 461.

19) *Röhl*, a.a.O. (Fn. 15), S. 458.

20) Vgl. dazu *Cornils*, NJW 2001 S. 3759.

21) So auch *Büdenbender*, RdE 1999 S. 10; siehe auch *Kubiciel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 148 ff.

welchen der Einfluss öffentlich-rechtlicher Gesichtspunkte unterschiedlich weitgehend sein kann<sup>22</sup>). Hinsichtlich des Kartellrechts geht er offenbar davon aus, dass es sich um ein Rechtsgebiet handelt, in welches die öffentlichen Interessen am weitgehendsten eingreifen können, da die marktwirtschaftliche Ordnung eine „öffentliche Institution“ sei<sup>23</sup>). Von diesem Verständnis ist es nur konsequent, wenn er folgert, dass es letztlich Sache der politischen Beurteilung und Entscheidung sei, wie der Wirtschaftslauf zu steuern sei<sup>24</sup>). Freilich nähert sich diese Auffassung nicht nur der überkommenen und widerlegten Meinung von der Missbrauchsaufsicht als maßstabsfreier Wirtschaftsaufsicht an<sup>25</sup>). Vielmehr offenbart dies im Grundsätzlichen ein funktional-kollektivistisches Wettbewerbsverständnis, welches den Wettbewerb als Mittel zur Schaffung eines – vermuteten bzw. gesetzten – Allgemein- oder Mehrheitswohl betrachtet und damit die Normativität des Wettbewerbs negiert, die sich auf dem Dogma der inhaltsneutralen Freiheitsgewährleistung des GG gründet<sup>26</sup>). Gleichwohl deutet die Analyse Raisers auf den Ort, an welchem eine Lösung für das Problem der außerwettbewerblichen Zielsetzungen gesucht werden sollte: die Institutionen des Privatrechts, namentlich die privatautonome Interessenkoordination.

### 1. *Privatrechtsdogmatische Voraussetzungen der Relevanz außerwettbewerblicher Ziele*

Das privatrechtliche Ordnungssystem, welches entscheidend auf der Privatautonomie und dem subjektiven Recht gründet, will nicht nur individuelle Freiheit und Selbstbestimmung gewährleisten, sondern durch deren Sicherung zu einer reflexartigen Allgemeinwohlförderung beitragen<sup>27</sup>). Insbesondere der letztgenannte Aspekt dieses Ordnungsprinzips fand in *Schmidt-Rimplers*<sup>28</sup>) These von der Richtigkeitsgewähr eine – mehr auf Praktikabilität, denn auf ethische Überhöhung – rekurrierende Bestätigung: Der privatautonome Vertrag ist nach seiner Ansicht „ein Mechanismus, um ohne hoheitliche Gestaltung in begrenztem Rahmen eine richtige Regelung auch gegen unrichtigen Willen herbeizuführen, weil immer der durch die Unrichtigkeit Betroffene zustimmen muss“<sup>29</sup>).

Freilich vermag der Vertrag nur insoweit eine Richtigkeitsgewähr für das erzielte Ergebnis zu bieten, als die relevanten Aspekte durch das rationale Handeln der Vertragsparteien in die Verhandlungen einbezogen werden. Bei außerwettbewerblichen Gesichtspunkten handelt es sich freilich häufig um übergeordnete Gemeinschaftsbelange, die nicht von primärem Interesse der Beteiligten sind und daher auch in der prozeduralen Schaffung des Einzelvertrages kaum eine Rolle spielen. Vom Blickwinkel der Richtigkeitsfunktion des Vertrages aus betrachtet, sind daher Aspekte, die nicht das Verhältnis der Vertragsparteien betreffen, keine Interessensgesichtspunkte bei der Herstellung der vertraglichen Rechtsfolgenbildung<sup>30</sup>). Während also die Selbstverantwortung der Vertragspartner gewahrt bleibt, kann der Wille der Beteiligten allein in diesen Konstellationen keine Gewähr dafür bieten, dass reflexartig eine zweckmäßige Ordnung unter Berücksichtigung auch der Interessen der Allgemeinheit geschaffen wird<sup>31</sup>).

22) *Raiser*, a.a.O. (Fn. 16), S. 27 ff.

23) *Raiser*, a.a.O. (Fn. 16), S. 33 f.

24) *Raiser*, a.a.O. (Fn. 16), S. 34.

25) Siehe dazu die grundlegende Kritik von *Baur*, a.a.O. (Fn. 1), S. 43 ff.

26) Näher zu den normativen Unterschieden des „funktional-kollektivistischen“ Wettbewerbsmodells und dem Modell der Wettbewerbsfreiheit *Kubiciel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 105 ff.

27) Zu den ordnungsökonomischen und ethischen Grundlagen dieses – letztlich den Gedanken der „invisible hand“ von Adam Smith aufgreifenden – Ordnungssystems ausführlich *Kubiciel*, a.a.O. (Fn. 1.), S. 57 ff.

28) *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941) S. 130 ff.

29) *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941) S. 156.

30) Vgl. *Bartholomeyczik*, AcP 166 (1966) S. 30, 55.

31) Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, S. 18.

Die Ergebnisse dezentraler Vereinbarungen sind durch hoheitliche Interventionen also dann zu ergänzen, wenn die am Vertrag Beteiligten typischerweise nicht in der Lage sind, mit ihren Willensentscheidungen „die Spannungen im Sozialkörper auszugleichen“<sup>32)</sup>, obwohl dazu eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit besteht. Der notwendige ergänzende Ausgleich erfolgt dann in der Weise, dass der Gesetzgeber den Vertrag als Werkzeug zur Durchsetzung bestimmter, nicht ausdrücklich zwischen den Parteien vereinbarter Nebenfolgen einsetzt, ohne freilich in die formale Abschlussfreiheit zur Erreichung rechtspolitischer Ziele einzugreifen<sup>33)</sup>. In den Fällen der Dysfunktionalität nimmt der Gesetzgeber somit im Rahmen des verfassungsrechtlich Möglichen die Selbstbestimmung der Vertragsparteien zurück<sup>34)</sup> und garantiert insoweit durch die Verpflichtung zur Berücksichtigung supravvertraglicher Gesichtspunkte partiell die Richtigkeitsgewähr und Ordnungsfunktion des Vertragsmechanismus<sup>35)</sup>.

## 2. Voraussetzungen für die Begründung eines Missbrauchs aufgrund außerwettbewerblicher Ziele

Der Hinweis auf die privatrechtsdogmatische Notwendigkeit vertragsergänzender Interventionen führt zur Abschichtung einer wichtigen Voraussetzung der Relevanz außerwettbewerblicher Ziele in § 19 GWB: Unabdingbar für das komplementäre Zusammenspiel von privater und hoheitlicher Ordnungssetzung ist nämlich, dass die Vertragsparteien von den normativen Vorgaben erreicht werden. Außervertragliche bzw. außerwettbewerbliche Zielsetzungen stellen sich nur dann als Institutionen dar, deren Bestehen und Veränderung Einfluss auf einen rational handelnden Akteur bei seiner Interessenkoordination hat, wenn sich aus ihnen Adressat und Normbefehl erkennen lassen<sup>36)</sup>. Flankiert wird dieser ordnungsökonomische Aspekt von den rechtsstaatlichen Postulaten des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit: Diese fordern ein Mindestmaß an Vorhersehbarkeit der Normanwendung ein<sup>37)</sup>, untersagen ein maßstabloses Ermessen<sup>38)</sup> und halten den Gesetzgeber dazu an, seine Voraussetzungen so bestimmt zu fassen, wie das nach Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts möglich ist<sup>39)</sup>. Bei der Auslegung des § 19 GWB sind daher zunächst all diejenigen außerwettbewerblichen Interessen auszuscheiden, die zwar einen normativen Niederschlag gefunden haben, deren Norminhalt aber die Handelnden nicht erreicht oder aus deren völlig unspezifiziertem Inhalt sich keine konkrete Handlungsvorgabe ergibt.

Die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Normen in der Entscheidungsfindung und Interessenkoordinierung der Unternehmen ist zwar eine erste, nicht aber die einzige Voraussetzung dafür, dass die Rechtsfolgen des § 19 Abs. 1 GWB von außerwettbewerblichen Zielen ausgelöst werden. Vielmehr weist die Relativität und Wertgebundenheit des Missbrauchsbegriffs darauf hin, dass es sachwidrig wäre, jedes Verhalten, welches irgendeiner Rechtsnorm zuwiderläuft, unter die Sanktionsdrohung des § 19 GWB zu setzen<sup>40)</sup>. Aus den genannten Gründen

32) Reinhardt, FS Schmidt-Rimpler, 1957, S. 124.

33) Luhmann, Rechtssoziologie, 1983, S. 327 f., bezeichnet dieses Phänomen als „collaboration de la loi et du contrat“.

34) Zutreffend daher Reinhardt, FS Schmidt-Rimpler, 1957, S. 126: „Wir stehen damit vor der Tatsache, dass das Vertragsprinzip in der klassischen Ausprägung der Rechtsgeschäfts- und Vertragslehre des BGB keinen Anspruch auf absolute Geltung erheben kann“.

35) Reinhardt, FS Schmidt-Rimpler, 1957, S. 127.

36) Vgl. Kirchner, FS Schmidt, 1997, S. 37; siehe auch Hoppmann/Mestmäcker, Normzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1974, S. 14, die zu Recht betonen, Regeln müssten „gewiss sein; das heißt, sie dürfen nur von Umständen abhängen, die zu wissen oder feststellen zu können von den Betroffenen erwartet werden kann, und sie können nicht von nicht voraussehbaren entfernten Folgen des Handelns abhängig gemacht werden [...]“.

37) Ausführlich dazu Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 1996, Art. 20 (Rechtsstaat) Rdn. 116 ff.

38) BVerfGE 80 S. 137, 161.

39) BVerfGE 93 S. 213, 238.

40) So aber wohl Markert, ET 1998 S. 253; Schultz, ET 1999 S. 754.

ist daher ein objektiver (Wert)Bezug der außerwettbewerblichen Erwägung zu der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB zu verlangen<sup>41</sup>). Dieser Funktionsbezug sondert solche Fälle aus dem Machtmissbrauchsverbot aus, in welchen zwar die Verfehlung außerwettbewerblicher Zwecke konstatiert werden muss, der Mechanismus der privatautonomen Interessenkoordination aber nicht machtbedingt versagt. Der erforderliche Bezug ist hingegen hergestellt, wenn das in Rede stehende Ziel zwar typischerweise von einem Marktakteur in den vertraglichen Koordinierungsprozess eingeführt wird, der Marktbeherrscher dies hier aber durch die Wettbewerbsbeschränkung verhindert. Die Heteronomie steht insoweit der Schaffung einer zweckmäßigen und tolerierbaren Ordnung in Bezug auf das in Rede stehende außerwettbewerbliche Ziel entgegen. In diesen Fällen wird die Richtigkeitsgewähr und die Ordnungsfunktion also dadurch verfehlt, dass im Rahmen des Verfahrens des privatrechtlichen Ordnungssystems ein Missbrauch begangen wird.

Dieser Wertbezug verdeutlicht, dass auch hier der Unrechtskern nicht in der Verfehlung des außerwettbewerblichen Zweckes, sondern in dem behindernden oder ausbeutenden Verhalten des Marktbeherrschers liegt, welches die Durchsetzung des relevanten Interesses verhindert hat. Insoweit wäre es also verfehlt, von einer missbrauchsbegründenden Wirkung der außerwettbewerblichen Norm zu sprechen. Die Nichteinbeziehung und Verfehlung ihres Inhalts ist somit nur ein Indiz für das Vorliegen des eigentlichen Interventionsgrundes: eines Machtmissbrauchs im Rahmen der privatautonomen Interessenkoordination. Mit dieser Nuancierung des Bezuges zur kartellrechtlichen Zielsetzung wird nicht nur die Funktionsfähigkeit der privaten Ordnungssetzung gewährleistet, sondern auch die verfassungsrechtlich am Normzweck orientierte Machtzuweisung des § 19 GWB beachtet.

### 3. Außerwettbewerbliche Ziele als Rechtfertigung eines Missbrauchs

Ging die bisherige Erörterung von der Fragestellung aus, ob die Verfehlung außerwettbewerblicher Topoi einen Missbrauch i. S. des § 19 GWB positiv zu begründen vermag, bleibt nunmehr noch die Konstellation zu beleuchten, in welcher ein solches Ziel als Rechtfertigungsgrund die Erhebung eines Missbrauchsvorwurfs (negativ) ausschließt.

Neben der Rechtfertigung höherer Preise wegen der Erreichung bestimmter Gemeinwohlziele<sup>42</sup>), sind außerwettbewerbliche Ziele von der Rechtsprechung (jedenfalls für das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot) noch in weiteren Fällen herangezogen worden, um mittels dieser systemexogenen Erwägungen einen Missbrauch zu verneinen<sup>43</sup>). Dies steht in einem deutlichen Widerspruch zu den Aussagen der Rechtsprechung, dass wettbewerbswidrige Benachteiligungen Dritter nicht durch den Hinweis auf die Konformität mit außerwettbewerblichen Zielen gerechtfertigt werden können<sup>44</sup>).

Exemplarisch für die hinter solchen Entscheidungen stehende Logik ist ein früher Beschluss des BKartA<sup>45</sup>). Gegenstand des „Doppelstecker-Brief“-Falles war ein vom „Verband Deutscher Elektrotechniker“ vorgeschlagener gemeinsamer Ent-

41) *Baur/Weyer*, in: *Frankfurter Kommentar*, 2001, § 22 Rdn. 506, sind allgemein der Auffassung, dass ein Missbrauch nicht losgelöst von wettbewerblichen Gesichtspunkten allein aus sonstigen gesamtwirtschaftlichen Zielvorstellungen hergeleitet werden könne: siehe auch Monopolkommission, Sondergutachten 1, Rdn. 19.

42) Vgl. KG, WuW/E DE-R 124, 127, zur Legitimierung einer Gewinnmarge aus einem „gesicherten Grundsatz europäischer Luftfahrtpolitik“.

43) BGH, WuW/E BGH 2370, 2376: Kostendämpfung im Gesundheitswesen als Argument gegen die Annahme einer unbilligen Behinderung gem. § 26 Abs. II GWB a. F.; auch BGHZ 129 S. 53 ff.

44) BGH WuW/E BGH 1965, 1966 f.; auch FK-Baur/Weyer, § 22 Rdn. 505; KG WuW/E OLG 2624, 2627; siehe aber zur Inkonsistenz der Rspr. auch BGH WuW/E BGH 2707, 2715/2717, wo zwar einerseits das Rekurren auf „wirtschaftspolitische Überlegungen“ ausdrücklich verworfen wird, andererseits aber dezidiert sozialpolitische Erwägungen eines Gesundheitsreformgesetzes herangezogen werden.

45) BKartA WuW/E BKartA 145 ff.

schluss aller Hersteller, eine bestimmte Art von Elektrosteckern wegen möglicherweise eintretender Betriebsgefahren nicht mehr herzustellen. Die wettbewerbsbeschränkende horizontale Wirkung dieser Vereinbarung ist vom BKartA im Hinblick auf das Verbot des § 1 GWB geprüft und auch anerkannt worden, einen Verstoß gegen das Kartellverbot hat man im Ergebnis gleichwohl nicht feststellen wollen. Vielmehr ist im konkreten Fall das von § 1 GWB geschützte wettbewerbliche Interesse der Akteure, eigenständige Produktions- und Kaufentscheidungen treffen zu können, ohne dass dies durch eine horizontale Absprache verhindert wird, von der außerwettbewerblichen Zielsetzung des (zweifelloso wichtigen) Schutzes der Allgemeinheit vor möglichen Betriebsgefahren durch die Doppelstecker zurückgedrängt worden. Das BKartA führt insoweit aus, das Verbot des § 1 GWB schütze zwar den Wettbewerb im Interesse der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des einzelnen, jedoch nur „um so den größten Nutzen für die Gesamtwirtschaft einschließlich des Verbrauchers zu erzielen“<sup>46)</sup>. Dass die Sicherung der Wettbewerbsfreiheit nicht zum Selbstzweck gemacht wird, sondern als Mittel zur Steigerung der gesellschaftlichen Wohlfahrt verstanden wird, offenbart erneut ein in der Rechtswissenschaft verbreitetes funktionales Wettbewerbsverständnis, mit welchem die Tür für die Beachtung sämtlicher außerwettbewerbliche Zwecke geöffnet wird. Mit dieser Instrumentalisierung des GWB steht das Kartellamt jedoch vor dem Problem, dass sich Unternehmen zur Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen auf (angeblich) höherrangige Ziele berufen könnten, was letztlich der Unterminierung des Wettbewerbs – dem eigentlich Schutzbjekt des GWB – Vorschub leistete<sup>47)</sup>. Nicht zuletzt die Regulierungsgeschichte der Energieversorgungsindustrie legt beredetes Zeugnis dafür ab, wie immer wieder vorgeschobene Allgemeinwohlbelange zur Verschleierung handfester Privilegieninteressen erhalten müssen<sup>48)</sup>.

Grundsätzlich zutreffend ist zwar die Annahme, das abstrakte Verbot jeder horizontalen Absprache tangiere notwendigerweise andere Schutzbereiche der Rechts- und Sittenordnung, so dass auch dem Kartellverbot „sein Platz im gesamten, alle Lebensbereiche erfassenden Ordnungsgefüge einer Gemeinschaft zuzuweisen“ ist<sup>49)</sup>. Die Frage aber, ob die Kollision sich widersprechender Vorgaben der Rechtsordnung stets entsprechend dem Gewicht der geschützten Rechtsgüter aufzulösen ist, wie das Kartellamt meint<sup>50)</sup>, ist aber komplexer, als der simple Lösungsvorschlag glauben macht. Denn so „verlockend“<sup>51)</sup> der Gedanke der Rechtfertigung von Wettbewerbsverzerrungen durch überragende Gemeinschaftsgüter auch scheint, so evident ist doch auch, dass sich alles mit jedem abwägen lässt und daher die unbeantwortete Frage die eigentlich relevante ist: Wann dürfen außerwettbewerbliche Erwägungen neben den Zielen des GWB überhaupt Beachtung finden? Für das Verbot des § 19 GWB ist hier ein solcher Wertbezug zum Missbrauchsrecht verlangt worden, der die Unterdrückung eines außerwettbewerblichen Interesses durch die machtbedingte Wettbewerbsbeschränkung in der privatautonomen Interessenkoordinierung verlangt. Das bedeutet freilich umgekehrt, dass die Unterdrückung der Wettbewerbsfreiheit durch Marktmacht

46) BKartA, WuW/E BKartA 148.

47) Um den Unternehmen keinen Anreiz zu Wettbewerbsbeschränkungen mit dem Verweis auf (vorgeliebte) Allgemeinwohlerwägungen zu geben, bemüht sich das BKartA um objektive Kriterien, bei deren Vorliegen der Schutz der Wettbewerbsfreiheit hinter abstrakteren Allgemeinwohlintereessen zurückzutreten hat. So sollen Absprachen dieser Art dann zulässig sein, wenn es dem Gesetzgeber unbenommen gewesen wäre, eine der Kartellvereinbarung entsprechende Rechtsfolge per Gesetz oder Verordnung herbeizuführen, die Absprache kein Vorwand für die Vermachtung von Märkten darstellt und eine quasiformale Anhörung der Betroffenen eingehalten wird, siehe BKartA WuW/E BKartA 148.

48) Dazu Kubiciel, a.a.O. (Fn. 1), S. 113 ff.

49) BKartA WuW/E BKartA 145, 149, im Grundsatz ähnlich *Immenga*, a.a.O. (Fn. 13), S. 19, der herausstellt, dass sich auch das Kartellrecht in die Normenstruktur eines Rechtsstaates einzufinden hat, ohne dass es eine allgemeingültige Vorrangigkeit beanspruchen kann.

50) Ebenda.

51) *Ballerstedt*, FS Böhm, 1965, S. 195.

nicht ausnahmsweise zulässig sein kann, weil damit ein außerwettbewerblicher topos verfolgt wird. Dies gilt um so mehr als bei rational handelnden Unternehmen ein solches Handeln ohnehin nur dann vorkommen dürfte, wenn sich das machtbedingte unterdrückte nicht-wettbewerbliche Ziel mit den eigenen, mit Marktmacht verfolgten Interessen deckt. § 19 GWB allein gibt somit weder Normadressaten noch Norminterpreten die Macht, durch die Legitimierung von Wettbewerbsbeschränkungen vom Normzweck des GWB losgelöste Allgemeinwohlbelange zu verfolgen<sup>52</sup>).

## V. Zusammenfassung

Das Problem der Berücksichtigungsfähigkeit außerwettbewerblicher Ziele ist in einem Spannungsverhältnis verortet, welches den Zugang zu Extrempositionen versperrt: Die Drittwirkung der Grundrechte und die Legitimation des Gesetzgebers, seinen Verfassungsauftrag in gesetzgeberischem Gestaltungsmerkmale wahrzunehmen, zeigen, dass bei der Auslegung des Missbrauchsbegriffs außerwettbewerbliche Wertsetzungen nicht per se ignoriert werden können. Die normative Verbindlichkeit steht einer einseitigen und undifferenzierten Zurückdrängung solcher Entscheidungen des Gesetzgebers entgegen. Andererseits verdeutlicht der Wertbezug des Missbrauchsterminus, dass der Normbereich des § 19 GWB jedenfalls nicht ohne weiteres auch in solchen Fällen eröffnet sein kann, in welchen das rechtswidrige Verhalten in keinem Zusammenhang zum spezifischen Unrechtsgehalt des § 19 GWB und der auf der Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB steht.

Außerwettbewerblichen Zielsetzungen kann also weder pauschal Einfluss auf die Auslegung des Missbrauchsverbots attestiert werden, noch kann deren normative Wirkung im Rahmen des § 19 GWB von vornherein geaugnet werden.

Es bedarf vielmehr eines differenzierten Vorgehens: Erforderlich ist ein Wertbezug zu § 19 GWB, der sich an der Funktionsweise des privatrechtlichen Ordnungssystems zu orientieren hat, zu dessen Schutz das Missbrauchsverbot bestellt ist. Im komplementären Zusammenspiel von privater und hoheitlicher Ordnungsgesetzungen dienen außerwettbewerbliche Ziele dazu, die vertraglichen Regelungen um solche Interessen zu ergänzen, welche typischerweise nicht von den Privaten selbst einbezogen werden und daher zu Spannungen mit dem Allgemeinwohl führen können.

Für die Begründung eines Missbrauchs ist demnach zum ersten notwendig, dass die Handelnden aus der außerwettbewerblichen Norm ohne weiteres den sie adressierenden Normbefehl erkennen können. Zum zweiten erfordert der Transport dieses Interesses mit den Mitteln des § 19 GWB, dass es gerade die durch den Marktbeherrscher ausgelöste Wettbewerbsbeschränkung ist, die eine Einbeziehung in die private Ordnungsgesetzungen verhindert. Dieser Funktionsbezug sondert solche Fälle aus dem Machtmissbrauchsverbot aus, in welchen zwar die Verfehlung außerwettbewerblicher Zwecke konstatiert werden muss, der Mechanismus der privatautonomen Interessenkoordinierung aber nicht machtbedingt versagt. Der erforderliche Bezug ist hingegen hergestellt, wenn das in Rede stehende Ziel zwar dem Interesse eines Wettbewerbsakteurs dient und somit grundsätzlich auch Niederschlag in der privatautonomen Ordnungsgesetzungen fände, der betreffende Akteur aber der typischerweise Unterlegene ist. Aus dem genannten Wertbezug folgt schließlich, dass die Rechtfertigung eines ansonsten missbräuchlichen Handelns wegen außerwettbewerblicher Interessen nicht möglich ist. § 19 GWB weist dem Norminterpreten nicht die Macht zu, andernorts fehlende Ermächtigungsgrundlagen zu ersetzen. Schon gar nicht eignet sich die kartellrecht-

<sup>52</sup>) Vgl. *Belke*, ZHR 138, 234, der es ablehnt, dass demokratisch nicht legitimierte Kartelle gesamtgesellschaftlich relevante Ziel mit Wirkung für Dritte verfolgen dürfen und daher fordert, dass der Staat selbst die Entscheidungsmechanismen vorgeben müsse, wie kollidierende Interessen austariert werden könnten.

liche Machtzuweisung im Verein mit außerwettbewerblichen Normen zu einer ergebnisorientierten Steuerung auf für wünschenswert erachtete Endzustände. Bei der Feststellung der Missbräuchlichkeit kann somit die Verfehlung anderer als wettbewerblicher Zielgrößen lediglich ein Indiz für das Vorliegen des eigentlichen Interventionsgrundes sein: die machtmisbräuchliche Einwirkung auf die privatautonome Ordnungssetzung.

*Florian C. Haus, Köln*

## **Kommunikationskartellrecht – Ein Rahmen für den Wettbewerb in Kommunikationsmärkten**

*Der EG-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und Kommunikationsdienste von 2002 bedarf der Umsetzung. Der Beitrag erläutert das Konzept des Zugangs zu Netzen und Diensten und das Richtlinienpaket, um dann dessen Neuerungen im Bereich des Zugangs sowie deren Umsetzung im Entwurf zum neuen TKG zu bewerten. Insgesamt kennzeichnend für das neue Recht ist eine technologie neutrale, prinzipiell marktmachtabhängige ex-ante-Regulierung, die zur Stärkung des Binnenmarktpinzips nun von der Kommission zentral gesteuert wird. Bemerkenswert ist dabei die Erhöhung und Dynamisierung der Regulierungsschwelle, welche sich nach dem neuen Regime deutlicher am Kartellrecht orientiert.*

### **I. Einleitung**

Im Jahr 2002 hat die EG ein Richtlinienpaket erlassen, welches bis zum 24. 7. 2003 umzusetzen war. In der Sache geht es um einen Rechtsrahmen, der sämtliche elektronischen Kommunikationsnetze und Kommunikationsdienste erfassen und mittels eines modernisierten Zugangsregimes wirksamen Wettbewerb in Kommunikationsmärkten ermöglichen soll. Nachdem unter II. zunächst das Konzept des Zugangs resümiert wird und unter III. das Richtlinienpaket kurz vorzustellen ist, wird unter IV. das neue Zugangsregime betrachtet. Hierbei wird der Regierungsentwurf zum neuen Telekommunikationsgesetz vom 15. 10. 2003 (RegE) einbezogen<sup>1</sup>).

### **II. Das Konzept des Zugangs**

Wichtige Bereiche der nationalen Volkswirtschaften befinden sich in einem Prozess der Liberalisierung und Privatisierung. Motivation hierfür ist die Annahme, dass unter marktwirtschaftlichen und wettbewerblichen Bedingungen bessere Leistungen zu geringeren Kosten verfügbar werden. Bislang hoheitlich monopolisierte Wirtschaftszweige sind daher in deregulierte, wettbewerbliche Umgebungen überführt worden. Problematisch sind dabei Sachverhalte, die die Gefahr des Rückfalls in nichtkompetitive Strukturen begründen. Dies betrifft überwiegend auf Netzstrukturen aufgebaute Wirtschaftszweige, die aufgrund besonderer, ökonomisch erfassbarer Charakteristika zu Monopolen tendieren. Diese Merkmale sind schlagwortartig mit *externen Effekten*, *irreversiblen Kosten* und *Skalenerträgen* bezeichnet und wirken sich stabilisierend auf häufig vermachtete Märkte aus<sup>2</sup>). Da insbesondere Kommunikationsmärkte im Wesentlichen Netzmärkte sind, können etablierte Anbieter von den genannten Charakteristika profitieren und bleiben regelmäßig von echtem Konkurrenzdruck verschont bzw. können ih-

*Dr. Florian C. Haus, Köln.*

1) Abrufbar unter [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de).

2) Näher und m. w. N. Haus, Zugang zu Netzen und Infrastruktureinrichtungen, 2002, S. 59 ff., 80 ff.