

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Inhaltsverzeichnis	7
Einleitung	18
§ 1 Problemaufriss	18
A. Kartellrecht	19
B. Lauterkeitsrecht	20
C. Erkenntnisinteresse	22
§ 2 Eingrenzung	23
§ 3 Begriffsklärung	24
§ 4 Gang der Darstellung	25
Teil 1: Das Verhältnis von GWB und UWG auf Schutzzweckebebene	27
§ 1 Verständnis des Begriffs „Wettbewerb“ als Referenzrahmen von GWB und UWG	27
A. Wettbewerbstheoretische und -politische Grundlagen	31
B. Effizienz- bzw. ergebnisorientierte Wettbewerbskonzeption der Chicago School	35
C. Freiheits- bzw. prozessorientierte Wettbewerbskonzeptionen	37
D. Ansätze zwischen ergebnis- und prozessorientierten Konzeptionen	39
I. Post-Chicago	40
II. Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen	43
E. Zusammenfassung und Bewertung	45
I. Theoretische Ebene: Utilitarismus versus Freiheits- und Verantwortungsethik	45
II. Praktische Ebene: Der more economic approach	47
III. Fazit	53
§ 2 Bedeutung der Wettbewerbskonzeptionen für die Auslegung und Rechtsanwendung von GWB und UWG	55
A. Bedeutung der Wettbewerbskonzeptionen für das GWB	55
I. Einfluss bei der Auslegung des GWB	56
1. Teleologisch-funktionale Auslegung	56
a. Methodisches Konzept der funktionalen Auslegung	57
b. Umfang und Grenze der funktionalen Auslegung	57

2. Rezeption in der Rechtsprechung	59
3. Rechtssoziologische Betrachtung des Verhältnisses von Recht und Ökonomie	60
a. Interdisziplinärer Dialog als Lösungsmöglichkeit	61
b. Dialogbedingungen im Kartellrecht und dessen Verfahren	63
<b>II. Schutzzweck des GWB</b>	64
1. Schutz des Wettbewerbs als Institution	65
2. Verbraucherschutz durch das GWB?	67
3. Fazit	69
<b>III. Wettbewerbskonzeption des GWB</b>	69
1. Ursprünglich	69
2. Veränderung durch 7. GWB-Novelle?	73
a. Einfluss der Leitlinien der Kommission auf §§ 1 ff. GWB	74
b. § 2 Abs. 2 GWB i. V. m. EG- Gruppenfreistellungsverordnungen	81
c. Missbrauchsaufsicht	83
d. Fusionskontrolle	85
e. Sonstige mögliche „Einbruchstellen“	86
f. Fazit	86
<b>B. Bedeutung der Wettbewerbskonzeptionen für das UWG</b>	87
<b>I. Einfluss bei der Auslegung des UWG</b>	88
1. Grundsatz der funktionalen, wettbewerbsbezogenen Auslegung des UWG	88
a. Überwindung der Anstandsformel durch funktionales Verständnis des UWG	89
aa. Altes UWG von 1909	89
bb. UWG-Reform 2004	91
(1) Auslegung	92
(2) Aufgabe der Anstandsformel durch die Rechtsprechung	95
b. Remoralisierung durch die UGP-Richtlinie 2005/29/EG?	96
aa. „Berufliche Sorgfaltspflicht“ i. S. d. Art. 5 Abs. 2 UGP-Richtlinie	97
bb. Änderungsbedarf bei der Richtlinienumsetzung?	99
cc. Tatsächliche Anpassung im UWG 2008	101
c. Zwischenergebnis	102
2. Tatsächliche Relevanz ökonomischer Aspekte in der Rechtsprechung und Literatur	102
a. Diskussion im Schrifttum und Stellungnahme	103
b. Überforderung des Lauterkeitsrichters?	106
<b>II. Schutzzweck und Wettbewerbskonzeption des UWG</b>	107

1. Schutzzweckbestimmung des § 1 UWG	108
a. Funktion	108
b. Zweifelsfragen	109
2. Rechtsentwicklung im früheren UWG: Wandel vom individual- zum sozialrechtlichen Verständnis	110
3. Schutzobjekt des lauteren bzw. unverfälschten Wettbewerbs	112
a. Allgemeines	112
b. Schutz des „lauteren“ und „unverfälschten“ Wettbewerbs	113
aa. Begriff des unverfälschten Wettbewerbs im UWG	113
bb. Einheitliches Verständnis von lauterem und unverfälschtem Wettbewerb	117
cc. Zwischenergebnis	118
c. Leistungswettbewerb als eigenständiges Schutzgut?	118
aa. Begriff des Leistungswettbewerbs	118
bb. Kritik	121
cc. Fazit	123
d. Folgerungen für die Wettbewerbskonzeption des UWG	123
aa. Freiheitliches Konzept	124
bb. Ansätze für eine Effizienzorientierung im UWG?	127
(1) Europäisches Lauterkeitsrecht	127
(2) Deutsches Lauterkeitsrecht	133
4. Die geschützten Interessen der Schutzsubjekte	135
a. Allgemeines	135
aa. Geschützte Interessen der Mitbewerber	136
bb. Geschützte Interessen der Verbraucher	137
(1) Interessensdimensionen	138
(2) Verbraucherleitbild	141
(3) Rechtsdurchsetzung	143
b. Insbesondere: Das Allgemeininteresse am „lauteren und unverfälschten Wettbewerb“	143
aa. Die Entwicklung des Topos der Allgemeininteressen bis zur UWG-Reform 2004	144
bb. Geschützte Allgemeininteressen nach dem neuen UWG und Auslegung von § 1 S. 2 UWG	146
(1) Gemeinwohlorientierte Auffassung	147
(2) Wettbewerbsorientierte Auffassung	148
(3) Stellungnahme	149
cc. Eigenständige Bedeutung des wettbewerbsbezogenen Allgemeininteresses?	152
dd. Fazit	155
c. Verhältnis der Schutzzwecke zueinander	156
d. Änderungen durch die UGP-Richtlinie?	157
5. Zwischenergebnis	160

III. Widerspruch zur These von der wirtschaftspolitischen Neutralität des UWG?	160
C. Zusammenfassung zu § 2 und § 3	162
§ 3 Das Verhältnis der Schutzzwecke von GWB und UWG	164
A. Historische Entwicklung	164
I. Trennungsthese	165
II. Lehre vom antinomischen Spannungsverhältnis	166
III. Konvergenzthese	167
1. Grundlagen der Konvergenzthese	167
2. Weiterentwicklung	168
3. Konvergenz über die These vom Leistungswettbewerb?	168
4. Vorfeldthese	169
a. Inhalt	169
b. Kritik	170
c. Marktstärke als zulässiges Beurteilungskriterium im UWG?	170
d. Fazit	172
5. Konvergenz durch gesetzgeberische Aktivitäten	173
IV. Rechtshistorische und -soziologische Gründe für die vermeintliche Dichotomie	173
1. Rechtshistorische Betrachtung	173
2. Rechtssoziologische Betrachtung	175
a. Rechtsprechung	176
b. Anwaltschaft	178
c. Wissenschaft und Forschung	179
d. Fazit	180
B. Heutiger Erkenntnisstand und Stellungnahme	181
I. Bewertung der Unterschiede und Gemeinsamkeiten	181
II. De lege ferenda: Einheitliches Markt- bzw. Wettbewerbsgesetz	184
III. Europäische Entwicklung als Gefahr für die Konvergenzthese	186
§ 4 Folgen für das Konkurrenzverhältnis von GWB und UWG	187
A. Allgemeine Regeln zur Normenkonkurrenz	187
I. Normenverdrängende Konkurrenz bzw. Gesetzeskonkurrenz	188
II. Anspruchs(normen)konkurrenz	190
B. Normenkonkurrenz zwischen GWB und UWG	192
I. „Überschneidungsthese“: Bild von GWB und UWG als sich schneidende Kreise	192
II. Bild von GWB und UWG als konzentrische Kreise	194
1. Konsequenz der Konvergenzthese	195
2. Wettbewerbshandlung i. S. d UWG und kartellrechtlich relevantes Verhalten	196
a. Tatbestand der Wettbewerbshandlung	196
b. Unterschiede zum UWG 1909	197

aa. Objektives Verständnis	198
bb. Weitere Änderungen durch die UGP-Richtlinie und das UWG 2008	201
(1) After-Sales-Maßnahmen	201
(2) Begriff der „geschäftlichen Handlung“ statt „Wettbewerbshandlung“	201
(3) Unternehmerbegriff	203
c. Kartellrechtskompatibilität	203
3. Fazit	205
III. Folgen für den Konkurrenzbereich	205
1. Fälle des Doppelverstoßes	206
2. Fälle der „Tatbestandsdivergenz“	207
3. Unterscheidung von Tatbestands- und Rechtsverfolgungsebene	208
C. Ergebnis	209
§ 5 Zusammenfassung zu Teil 1	209
 Teil 2 Konkurrenz auf Tatbestandsebene bei Behinderungsfällen	212
§ 1 Konkurrenz im Anwendungsbereich der individuellen Marktbehinderung, §§ 3, 4 Nr. 10 UWG	212
A. Tatbestand der §§ 3, 4 Nr. 10 UWG	213
I. Voraussetzungen des § 3 UWG 2004	213
1. Wettbewerbshandlung	214
2. Bagatellklausel	214
II. Mitbewerber	214
III. Behinderung	216
IV. „Gezielt“	217
1. Subjektive Auslegung?	217
2. Auslegung im Sinne einer objektiven Finalität	219
V. Auswirkungen der UGP-Richtlinie und des UWG 2008	222
B. Grundmerkmale der kartellrechtlichen Missbrauchstatbestände der §§ 19, 20 GWB, Art. 82 EG	222
I. Normadressaten	223
1. Marktabgrenzung	224
2. Marktbeherrschung nach § 19 Abs. 2 GWB	226
3. Ausdehnung durch § 20 Abs. 2 und 4 GWB	227
a. Abhängigkeit von marktstarken Unternehmen (§ 20 Abs. 2 GWB)	227
b. Überlegene Marktmacht im Sinne von § 20 Abs. 4 GWB	229
4. Marktbeherrschung nach Art. 82 EG	230

II. Missbrauch	231
III. Erster Vergleich mit §§ 3, 4 Nr. 10 UWG	232
C. Fallgruppen der kartellrechtlich geprägten Behinderungs- bzw.	
Diskriminierungspraktiken	232
I. Kampfpreisunterbietungen ( <i>predatory pricing</i> )	232
1. Grundsatz der Preisbildungs- und Preisunterbietungsfreiheit	233
2. Rechtsökonomische Vorüberlegungen	234
a. Grundlagen	234
b. Moderne Erklärungsansätze	235
c. Möglichkeiten justizialer Handhabung bei der	
Feststellung von Kampfpreisen	236
aa. Verdrängungs- bzw. Disziplinierungsabsicht	237
bb. Kostenorientierte Ansätze	238
cc. Wettbewerbspreis als Maßstab	
(Vergleichsmarktkonzept)	240
dd. Zweistufiger Struktur- und Kosten-Ansatz	240
ee. Stellungnahme	241
3. Erfassung durch das Kartellrecht	242
a. Behinderungsverbote des GWB	242
aa. Verbot der unbilligen Behinderung nach	
§ 20 Abs. 1 GWB	244
bb. Behinderungsmissbrauch nach § 19 Abs. 1,	
Abs. 4 Nr. 1 GWB	245
cc. Verbot der „Mittelstandsbehinderung“ nach	
§ 20 Abs. 4 S. 1 GWB	246
dd. Kriterien in der Entscheidungspraxis	246
b. Art. 82 EG	249
aa. Entscheidungspraxis	250
bb. Diskussionspapier für die Leitlinien zu Art. 82 EG	252
c. Untereinstandspreisverkaufsverbot, § 20 Abs. 4 S. 2	
GWB	254
aa. Tatbestand des bisherigen § 20 Abs. 4 S. 2 GWB	257
(1) Normadressat	257
(2) Angebot unter Einstandspreis	257
(3) Nicht nur gelegentlich	258
(4) Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung	260
(5) Ausnutzen überlegener Marktmacht	261
bb. § 20 Abs. 4 S. 2-4 GWB n. F. nach der	
GWB-Reform von 2007	261
(1) Rechtspolitischer Hintergrund	261
(2) Neuer Tatbestand	263
cc. Bewertung der aktuellen Rechtslage und der Reform	265

4. Erfassung durch das Lauterkeitsrecht nach §§ 3, 4 Nr. 10 UWG	268
a. Überblick über die Rechtsprechung zu § 1 UWG 1909	269
b. Individuelle Marktbehinderung	270
aa. Angebot unter Einstandspreis	271
bb. Objektive Eignung zur Verdrängung	272
cc. Verdrängungsabsicht?	273
dd. Verhältnis zu den kartellrechtlichen Fällen der Preisunterbietung	274
c. Allgemeine Marktbehinderung	275
d. Weitere autonome lauterkeitsrechtliche Preisunterbietungsverbote	278
II. „Anzapfen“ als Missbrauch von Nachfragemacht	279
1. Problemstellung	279
2. Erfassung durch das GWB	282
a. Allgemeine Behinderungs-/Diskriminierungsverbote	282
b. § 20 Abs. 3 GWB als spezieller Tatbestand für das Anzapfen	283
aa. Schutzzweck der Norm	284
bb. Normadressaten und Marktabgrenzung	286
cc. Sachlich nicht gerechtfertigte Vorteilsgewährung	288
dd. Auffordern oder Veranlassen	291
ee. Ausnutzen der Marktstellung	291
c. Art. 82 EG	292
3. Erfassung durch das UWG	292
a. Frühere Rechtsprechung zu § 1 UWG 1909	293
b. Individuelle Marktbehinderung, §§ 3, 4 Nr. 10 UWG	295
c. Druckausübung, §§ 3, 4 Nr. 1 Var. 2 UWG	296
d. Konkurrenzverhältnis zum Kartellrecht	297
III. Boykott	298
1. Allgemeines	298
2. Begriff und Beteiligte	299
3. Abgrenzungen	300
4. Aufforderung zum Boykott	301
5. Liefer- oder Bezugssperre	302
6. Normspezifische Merkmale	303
a. § 21 Abs. 1 GWB: Absicht der unbilligen Beeinträchtigung	303
b. §§ 3, 4 Nr. 10 UWG: gezielte Behinderung	305
7. Konkurrenzverhältnis	306
D. Resümee der Konkurrenzfälle im Behinderungswettbewerb	307

§ 2 Allgemeine Marktbehinderung	308
A. Allgemeines	308
I. Bisherige Fallgruppen der allgemeinen Marktbehinderung	310
1. Verkauf unter Einstandspreis	311
2. Unentgeltliche Verteilung von (Original-)Waren und Dienstleistungen	312
a. Bestandsaufnahme	313
b. Erste Beurteilung	316
c. Lösung der Fallkonstellation über §§ 3, 4 Nr. 1 Var. 3 UWG	317
3. Unentgeltliche Verteilung von Presseerzeugnissen	319
a. Besonderheiten der Märkte für Presseerzeugnisse	319
b. Einwand der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG)	321
c. Anzeigenblätter	322
d. Fachzeitschriften	324
e. Tageszeitungen	325
f. Abschließende Stellungnahme	327
aa. Ausblick	327
bb. Sonstige, insbesondere kartellrechtliche Kontrolle von Gratiszeitungen?	328
II. Kriterien einer allgemeinen Marktbehinderung	330
1. Anforderungen an das Wettbewerbsverhalten als Verhaltensunwert	331
a. Leistungswettbewerb	332
b. Unentgeltlichkeit, Unüblichkeit, Neuartigkeit	332
c. Interessenabwägung im Einzelfall	333
2. Erfolgsunwert: Gefährdung des Wettbewerbsbestandes	334
a. Marktabgrenzung	334
b. Konkretisierung der Bestandsgefährdung	335
c. Intensität und Ausmaß der Gefährdung	336
d. Berücksichtigung von Marktmacht?	336
3. Kausalität zwischen Wettbewerbsverhalten und Bestandsgefährdung	337
a. Alleinige Kausalität	338
b. Nachahmungsgefahr als qualifizierter Kausalitätsfaktor	338
4. Zwischenfazit	341
III. Stellungnahme	341
1. Historische Fehlentwicklung	342
2. Unzulässige Folgenerwägungen im UWG	344
a. Marktstrukturkontrolle im UWG?	344
b. Zur Nachahmungsgefahr	346

3. Entgegenstehende Schutzzweckklausel des § 1 S. 2 UWG	347
4. Konkurrenz- und Wertungszusammenhang mit dem GWB	348
IV. Lösung der Fallgruppen	349
§ 3 Verhältnis zwischen Art. 3 Abs. 3 HS 2 VO 1/2003 und dem UWG	350
§ 4 Zusammenfassung zu Teil 2	354
 Teil 3 Konkurrenzverhältnis auf Sanktionsebene	357
 § 1 Rechtsverfolgungssysteme von GWB und UWG	357
A. Überblick über das Rechtsschutzsystem des Lauterkeitsrechts	357
I. Privatrechtliche Rechtsfolgen	358
1. Abwehransprüche auf Unterlassung und Beseitigung	358
2. Schadensersatzansprüche	359
3. Anspruch auf Gewinnabschöpfung	360
4. Sonstige Ansprüche	361
II. Rechtsdurchsetzung	362
B. Überblick über das Rechtsschutzsystem des Kartellrechts	363
I. Behördliche Kartellrechtsdurchsetzung	363
II. Privatrechtlicher Rechtsschutz	366
1. Bedeutung	367
2. Die Ansprüche nach §§ 33, 34 a GWB n. F.	370
a. Kreis der Anspruchsberechtigten	370
aa. Begriff des Mitbewerbers	371
bb. Begriff des „sonstigen Marktbeteiligten“	372
(1) Abschreckungswirkung	374
(2) Passing-on defense	375
(3) EuGH-Entscheidungen <i>Courage</i> und <i>Manfredi</i>	377
(4) Schutzzweckerwägungen	379
(5) Ergebnis und Ausblick	380
b. Schadensersatzanspruch	380
c. Abwehranspruch auf Unterlassung und Beseitigung	381
d. Vorteilsabschöpfung nach § 34 a GWB	384
III. Verhältnis von behördlicher und privater Durchsetzung	384
1. Komplementärfunktion der privaten Rechtsdurchsetzung	385
2. Konflikte zwischen behördlicher und privater Durchsetzung	386
3. Alternativen	387
C. Vergleich der Rechtsdurchsetzungssysteme von UWG und GWB	389
I. Die Unterschiede auf privatrechtlicher Durchsetzungsebene	390
II. Bewertung	393
D. Änderungen des UWG-System durch die europäische Rechtsentwicklung?	394
I. UGP-Richtlinie 2005/29/EG	394

II. Verordnung 2006/2004/EG über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz	395
III. Grundsätzliche Sinnhaftigkeit des Behördenmodells	397
§ 2 UWG-Sanktionen bei GWB-Verstößen?	399
A. Ausgangspunkt: Rechtsbruchtatbestand des §§ 3, 4 Nr. 11 UWG	399
B. Rechtsentwicklung	401
I. Frühere Unterscheidung zwischen wertbezogenen und wertneutralen Normen	401
II. Paradigmenwechsel der Rechtsprechung seit 2000	403
III. Der Rechtsbruchtatbestand des § 4 Nr. 11 UWG	405
1. Gesetzliche Vorschrift	405
2. Marktverhaltensregel auch im Interesse der Marktteilnehmer	406
3. Zu widerhandlung	407
a. Objektiv rechtswidriges Verhalten	407
b. Anwendbarkeit des Vorsprunggedankens im neuen Recht?	408
4. Bagatellklausel des § 3 UWG	410
5. § 3 UWG als Auffangtatbestand?	410
C. Anwendbarkeit des Kartellrechts auf §§ 3, 4 Nr. 11 UWG?	411
I. Frühere Rechtslage vor dem UWG 2004	412
II. Rechtslage nach dem UWG 2004 und 2008	413
1. Kartellrechtliche Normen als Marktverhaltensregelung i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG	414
2. Sperrwirkung der zivilrechtlichen GWB-Sanktionen?	415
a. „Sanktionenkonkurrenz“ als Ausnahme vom Grundsatz	415
b. Die „ <i>Probeabonnement</i> “-Entscheidung des BGH	417
c. Stellungnahme	418
aa. Sanktionenkonkurrenz beim Rechtsbruchtatbestand	418
bb. Sperrwirkung in Fällen des Doppelverstoßes?	420
§ 3 Zusammenfassung und Folgerungen zu Teil 3	420
Zusammenfassung und Ergebnisse der Untersuchung	422
Literatur- und Materialienverzeichnis	431