

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	23
Gang der Darstellung	28
Teil 1: Grundlagen	30
A. Zum Begriff „nichtwettbewerbliche“ Interessen	30
I. Charakteristikum „nichtwettbewerblicher“ Interessen	30
II. (Rechts-) Quellen nichtwettbewerblicher Interessen	31
III. Beispiele für nichtwettbewerbliche Interessen	32
1. Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen / Umweltschutz	32
2. Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit (Gesundheitsschutz; „Volksgesundheit“)	33
IV. Zwischenergebnis	35
B. Wettbewerbstheoretische Notwendigkeit der Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Interessen im Rahmen der §§ 1, 2 GWB	35
I. Unantastbarkeit der Grundannahme: „Wettbewerb als effizientestes Mittel zur Maximierung der Wohlfahrt der Verbraucher“	36
II. Gesetzlich anerkannte Ausnahmekonstellationen	37
III. Wettbewerbstheoretische Ausnahmekonstellationen – Marktversagen	38
1. Merkmale eines Marktversagens	39
a. Externe Effekte	40
b. Unteilbarkeiten (Marktmacht)	41
c. Informationsmängel	42
d. Anpassungsmängel	43
2. Marktversagen bei nichtwettbewerblichen Interessen	43
a. Marktversagen beim Umweltschutz	44
aa. Negative externe Effekte und Lösungsmöglichkeiten	44
bb. Informationsmängel und Lösungsmöglichkeiten	45
b. Marktversagen beim Gesundheitsschutz	47
aa. Informationsmängel und Lösungsmöglichkeiten	47
bb. Negative externe Effekte und Lösungsmöglichkeiten	48

c. Schlussfolgerungen für andere nichtwettbewerbliche Interessen	49
C. Unternehmen als Verfolger nichtwettbewerblicher Interessen – ein Widerspruch?	50
I. Vereinbarungen zwischen Unternehmen als Chance zur schnellen Förderung nichtwettbewerblicher Interessen	52
II. Vorteilhaftigkeit von Vereinbarungen zur Förderung nichtwettbewerblicher Interessen für Unternehmen und Möglichkeiten der Realisierung	53
1. Vorteilhaftigkeit von Vereinbarungen zur Förderung nichtwettbewerblicher Interessen für Unternehmen aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht	54
2. Mögliche Formen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen zur Förderung nichtwettbewerblicher Interessen	57
a. Gemeinsame Forschung und Entwicklung	57
b. Selbstbeschränkungsabkommen	58
c. Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen	59
d. Sonstige Vereinbarungen	59
III. Fazit	60
D. Kartellrechtliche Relevanz von Vereinbarungen zur Förderung nichtwettbewerblicher Interessen im Sinne des § 1 GWB	60
I. Überblick über den Tatbestand und den Schutzzweck des § 1 GWB	61
II. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB	62
1. Unternehmenseigenschaft	62
2. Vereinbarungen, Beschlüsse oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen	63
3. Wettbewerbsbeschränkung	63
a. Gemeinsame Forschung und Entwicklung	64
b. Selbstbeschränkungsabkommen	65
c. Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen	66
d. Sonstige Vereinbarungen	66
4. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung	67
5. Zwischenergebnis	68
III. Fazit	68

## Teil 2: Wege und Möglichkeiten für die Berücksichtigung von nichtwettbewerblichen Interessen bei der Rechtfertigung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen

A. Unanwendbarkeit von § 1 GWB (Wertverdrängende Kollisionslösung)	69
I. Ansätze und Argumentationen	69
II. Kritik	71
III. Ergebnis	74
B. Lösung anhand der Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB	74
I. Ansatz und Argumentation	74

1. „Berliner Musikschule-Entscheidung“	76
2. „Bundeswehrheime II-Entscheidung“	78
3. Zusammenfassung und Bewertung	80
II. Kritik	82
III. Ergebnis	84
C. Teleologische Reduktion (Restriktion) von § 1 GWB	85
I. Teleologische Reduktion als Auslegungsmethode	85
II. Teleologische Reduktion des § 1 GWB – Ansätze und Argumentationen	86
1. Teleologische Reduktion des § 1 GWB durch Einschränkung in „qualitativer“ Hinsicht	86
2. Teleologische Reduktion des § 1 GWB durch eine „Rule of Reason“	88
a. „Albany-Entscheidung“	90
b. „Wouters-Entscheidung“	92
c. Zusammenfassung und Bewertung	94
3. Teleologische Reduktion des § 1 GWB durch Rechtsgüterabwägung	99
a. Ansätze und Argumentationen der Kartellrechtspraxis	99
aa. Die Praxis des BKartA	99
(1) „Doppelstecker-Entscheidung“	99
(2) Die spätere Ablehnung des Prinzips der Güterabwägung durch das BKartA	102
(3) Zusammenfassung und Bewertung	103
bb. Die Praxis der deutschen Gerichte	104
(1) „Fernschübertragungsrechte-Entscheidungen“	104
(2) „Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöscher-Entscheidung“	106
(3) Zusammenfassung und Bewertung	108
b. Ansatz und Argumentation der Kartellrechtswissenschaft	109
III. Fazit zur teleologischen Reduktion des § 1 GWB – Einheitlichkeit der Ansätze	111
IV. Kritik zur teleologischen Reduktion des § 1 GWB	112
1. Keine ausreichende Beachtung von Sinn und Zweck des § 1 GWB	112
a. Teleologische Reduktion des § 1 GWB durch Einschränkung in „qualitativer“ Hinsicht	114
b. Teleologische Reduktion des § 1 GWB durch Rechtsgüterabwägung	116
aa. Rechtsgüterabwägung aufgrund teleologischer Reduktion des § 1 GWB	116
bb. Andere Begründungen einer Rechtsgüterabwägung im Tatbestand des § 1 GWB	118
(1) Strafrecht	118
(2) Zivilrecht	119

(3) Verfassungsrecht	119
(4) Fazit	120
2. Keine ausreichende Beachtung der Systematik der §§ 1 – 3 GWB	121
3. Keine ausreichende Beachtung des Gewaltenteilungsprinzips	123
4. Keine ausreichende Beachtung des Aspektes der Rechtssicherheit	124
V. Ergebnis zur teleologischen Reduktion des § 1 GWB	125
D. Uneschriebene Schranken des § 1 GWB – „Rechtsfortbildung“	126
I. Ansatz und Argumentation	126
1. Praktische Realisierung der Übertragung der uneschriebenen Schranken der „zwingenden Erfordernisse“ auf das Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden (Art. 81 Abs. 1 EGV bzw. § 1 GWB)	129
2. Dogmatische Grundlage	131
a. Einordnung als immanente Schranken des Tatbestandes	132
b. Einordnung als uneschriebene Rechtfertigungsmöglichkeiten neben Art. 30 S. 1 EGV	134
c. Zwischenergebnis	136
3. Einheitliche systematische Probleme	137
4. Vergleich der Zielrichtungen der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EGV) und des Verbots wettbewerbsbeschränkender Abreden (Art. 81 Abs. 1 EGV bzw. § 1 GWB)	138
a. Zielrichtung der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EGV)	139
b. Zielrichtung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Abreden (Art. 81 Abs. 1 EGV bzw. § 1 GWB)	140
c. Vergleich der Zielrichtungen	141
5. Vergleich der Regelungsgefüge / Normstrukturen der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EGV) und des Verbots wettbewerbsbeschränkender Abreden (Art. 81 Abs. 1 EGV bzw. § 1 GWB)	143
a. Regelungsgefüge / Normstruktur der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EGV)	143
b. Regelungsgefüge / Normstruktur des Verbots wettbewerbsbeschränkender Abreden (Art. 81 Abs. 1 EGV bzw. § 1 GWB)	144
c. Vergleich der Regelungsgefüge / Normstrukturen	145
II. Eigene Einschätzung einer Übertragbarkeit der uneschriebenen Schranken der „zwingenden Erfordernisse“ auf das Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden (Art. 81 Abs. 1 EGV bzw. § 1 GWB)	147
1. Gründe der Einführung der uneschriebenen Schranken („zwingende Erfordernisse“) im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EGV)	148
2. Regelungssystem der §§ 1 – 3 GWB (Art. 81 Abs. 1 – 3 EGV)	150
3. Ergebnis	151
E. Der Weg über das Opportunitätsprinzip des § 47 Abs. 1 S. 1 OWiG	151
I. Ansatz und Argumentation	151
1. „Chemische Industrie-Entscheidung“	153

2. Zusammenfassung und Bewertung	155
II. Kritik	156
F. Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB	156
I. Überblick über die gesetzliche Regelung des § 2 GWB	157
II. Tatbestandsmerkmale des § 2 Abs. 1 GWB	159
1. Allgemeines	159
2. Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts	161
a. Verbesserung der Warenerzeugung und –verteilung	162
b. Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts	163
3. Angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn	164
4. Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung	165
5. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	167
III. Subsumtion von nichtwettbewerblichen Interessen unter die Tatbestandsmerkmale des § 2 Abs. 1 GWB	169
1. Ansätze und Argumentationen der Kartellrechtspraxis	170
a. Die Praxis der Europäischen Kommission	170
aa. Subsumierung der nichtwettbewerblichen Interessen unter das erste (positive) Tatbestandsmerkmal der „Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung“ oder der „Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ – Ergänzende Berücksichtigung	170
bb. Subsumierung der nichtwettbewerblichen Interessen unter das zweite (positive) Tatbestandsmerkmal der „angemessene[n] Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn“	173
(1) Ergänzende Berücksichtigung der nichtwettbewerblichen Interessen	173
(2) Alleinige Heranziehung nichtwettbewerblicher Interessen	175
cc. Subsumierung der (gleichen) nichtwettbewerblichen Interessen sowohl unter das erste als auch unter das zweite (positive) Tatbestandsmerkmal	177
(1) Ergänzende Berücksichtigung der nichtwettbewerblichen Interessen	177
(2) Alleinige Heranziehung nichtwettbewerblicher Interessen	179
dd. Ergänzende Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Interessen im Rahmen des Art. 81 Abs. 3 EGV (§ 2 Abs. 1 GWB) im Wege einer „Gesamtschau“ oder: Die „Ford / Volkswagen-Entscheidung“	180
ee. Zusammenfassung und Bewertung	183
b. Die Praxis der europäischen Gerichte (EuG und EuGH)	186

aa. Subsumierung der nichtwettbewerblichen Interessen unter das erste (positive) Tatbestandsmerkmal der „Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung“ oder der „Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ – Ergänzende Berücksichtigung	186
bb. Ergänzende Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Interessen im Rahmen des Art. 81 Abs. 3 EGV (§ 2 Abs. 1 GWB) im Wege einer „Gesamtschau“	188
cc. Zusammenfassung und Bewertung	190
2. Ansätze im Kartellrechtsschrifttum oder: Die Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Interessen beim Freistellungstatbestand als „Glaubensfrage“	192
3. Zwischenergebnis und Schlussfolgerungen für die weitere Untersuchung	194
4. Subsumtion nichtwettbewerblicher Interessen unter die ersten beiden (positiven) Tatbestandsmerkmale des § 2 Abs. 1 GWB mithilfe der „klassischen“ Auslegungsmethoden	196
a. Wortlaut	196
b. Systematik	200
c. Entstehungsgeschichte	202
d. Teleologie	205
e. Ergebnis	208
5. Subsumtion nichtwettbewerblicher Interessen unter die ersten beiden „positiven“ Tatbestandsmerkmale des § 2 Abs. 1 GWB mithilfe verfassungskonformer Auslegung	209
a. Grundlagen der verfassungskonformen Auslegung – Herleitung, Funktion, Maßstab, Grenzen	209
b. Konsequenz für nichtwettbewerbliche Interessen – Verfassungsrechtliche Verankerung erforderlich	212
aa. Grundrechte	213
bb. Verfassungsrechtliche Grundentscheidungen, Staatszielbestimmungen	214
cc. Kompetenzbestimmungen	215
dd. Fazit	216
c. Grundsätzliche Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung des GWB	216
d. Verfassungskonforme Auslegung des § 2 Abs. 1 GWB bei der Förderung nichtwettbewerblicher Interessen	217
aa. Interessenlage bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zur Förderung nichtwettbewerblicher Interessen	218
(1) Schützenswerte Individualinteressen der an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen	218
(a) Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	218
(b) § 1 GWB als grundrechtseingreifendes Gesetz	220

(c) Weitere betroffene Grundrechte	221
(2) Interesse am Schutz der Freiheit des Wettbewerbs – Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Grundrechtseingriffes	223
(a) Schutzzweck des § 1 GWB als „vernünftige Erwägung des Gemeinwohls“	223
(b) Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit des § 1 GWB	224
(c) Zwischenergebnis	227
(3) Interesse an der Förderung nichtwettbewerblicher Interessen – Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Grundrechtseingriffes im Einzelfall	227
(a) Berücksichtigungsfähigkeit nichtwettbewerblicher Interessen im Rahmen der Angemessenheitsprüfung des § 1 GWB	228
(aa) Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Interessen als zusätzliche objektive Interessen	229
(bb) Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Interessen auf Seiten der Unternehmen	230
(b) Fazit: Entstehung eines verfassungsrechtlichen Zielkonflikts bei der Förderung nichtwettbewerblicher Interessen	232
bb. Neubewertung der Interessenlage bei der Förderung nichtwettbewerblicher Interessen – Auflösung des verfassungsrechtlichen Zielkonflikts	233
(1) Maßstäbe der Abwägung – Praktische Konkordanz als Hauptmaßstab	233
(2) Herstellung praktischer Konkordanz zwischen dem Schutz der Freiheit des Wettbewerbs und den nichtwettbewerblichen Interessen – Verfassungsrechtliche Anforderungen	235
(a) Bestimmung der äußeren Grenzen	235
(b) Bestimmung der „inneren“ Grenzen	236
(aa) Überwiegen des Schutzes der Freiheit des Wettbewerbs bei sog. Kernbeschränkungen	237
(bb) Überwiegen des Schutzes der Freiheit des Wettbewerbs bei Ausschaltung jedweden Wettbewerbs für die betreffenden Waren auf dem relevanten Markt	238
(c) Zwischenergebnis	240
(3) Herstellung praktischer Konkordanz auf einfacheingesetzlicher Ebene – Verfassungskonforme Auslegung des § 2 Abs. 1 GWB	241

(a) Übertragung der äußereren Grenzen auf § 2 Abs. 1 GWB	242
(b) Übertragung der „inneren“ Grenzen auf § 2 Abs. 1 GWB	244
(c) Fazit: Herstellung praktischer Konkordanz durch § 2 Abs. 1 GWB möglich	245
6. Ergebnis der verfassungskonformen Auslegung des § 2 Abs. 1 GWB	245
G. Ergebnis Teil 2	247
 Teil 3: Schlussbetrachtungen	249
A. Entkräftigung möglicher Einwände gegen die Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Interessen durch verfassungskonforme Auslegung des § 2 Abs. 1 GWB	249
I. Missbrauchsanfälligkeit / Prognoseunsicherheit	249
II. Eingriff in die Kompetenz des Gesetzgebers / Fehlende Kompetenz der Kartellbehörden bzw. Gerichte	251
III. Abwägungsstaat / Rechtsunsicherheit	253
IV. Ergebnis	255
B. Ausblick auf das europäische Kartellrecht	256
I. Notwendigkeit des Ausblicks auf das europäische Kartellrecht	257
II. Unbestimmtheit der Freistellungsvorschrift des Art. 81 Abs. 3 EGV	258
1. Die Auslegungsmethoden im Europarecht	258
2. Die Bestimmung des Inhalts des Art. 81 Abs. 3 EGV	259
3. Ergebnis	262
III. „Primärrechtskonforme“ Auslegung des Art. 81 Abs. 3 EGV	262
1. Grundlagen der „primärrechtskonformen“ Auslegung – Funktion, Maßstab, Grenzen	263
2. Konsequenz für nichtwettbewerbliche Interessen – Verankerung im Primärrecht erforderlich	264
a. Bestimmungen des EGV	265
b. Allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts	266
c. Fazit	268
3. „Primärrechtliche“ Analyse des Art. 81 EGV	268
a. Schützenswerte Individualinteressen der an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen – Art. 81 Abs. 1 EGV als grundrechtseingreifendes Gesetz	268
b. Rechtfertigung des Grundrechtseingriffes	270
aa. Interesse am Schutz der Freiheit des Wettbewerbs – Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs als Regelfall	271

bb. Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs bei Hinzutreten nichtwettbewerblicher Interessen im Einzelfall – Entstehung eines Zielkonflikts	272
c. Auflösung des Zielkonflikts – Herstellung praktischer Konkordanz	274
aa. Gleichrangigkeit der widerstreitenden Interessen	274
bb. Herstellung praktischer Konkordanz	276
IV. Ergebnis	278
 Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse – Thesen	280
Literaturverzeichnis	287