

# Inhaltsverzeichnis

Kapitel I: Einleitung und Grundfragen	17
A. Einführung in den Problembereich	17
I. Gegenstand der Darstellung	17
II. Wettbewerbs- und Vertragsrecht	18
III. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes	19
1. Wettbewerbs- und Regulierungsrecht	19
2. Folgeverträge	21
a) Der kartellrechtliche Folgevertragsbegriff	21
aa) Unmittelbare und mittelbare Folgeverträge	23
bb) Ausführungs- und Folgeverträge	23
b) Erweiterung des Folgevertragsbegriffs	24
c) Begrenzung des Folgevertragsbegriffs	25
d) Der erweiterte Folgevertragsbegriff als Ausgangspunkt	25
IV. Begriffsbestimmungen	25
1. Wettbewerbsrecht	25
2. Wettbewerbsschützende Norm und Wettbewerbsverstoß	26
3. Wettbewerbsverletzer und Folgevertragspartner	27
B. Die Lehre von der vollen Wirksamkeit der Folgeverträge	27
I. Meinungsstand	27
II. Kritik	31
 Kapitel II: Der Wettbewerbsverstoß als Schutzgesetzverletzung	 35
A. Folgevertrag und Schutzgesetz	35
B. Die gesetzliche Regelung der deliktsrechtlichen Haftung im Wettbewerbs- und Regulierungsrecht	36
I. Wettbewerbsrecht	36
1. Meinungsstand vor der 7. GWB-Novelle 2005	36
a) § 1 GWB, Art. 81 EG	37
b) § 19 GWB, Art. 82 EG	39
c) §§ 20, 21 GWB	40

2.	Meinungsstand nach der 7. GWB-Novelle	40
a)	§ 33 GWB n.F.	40
b)	Selbständiger gemeinschaftsrechtlicher Schadensersatzanspruch	41
II.	Regulierungsrecht	43
1.	Energierecht	44
a)	§§ 17 ff., 20 ff. EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 1, 3, Abs. 3 Satz 1 EnWG	44
b)	§ 30 EnWG	44
2.	Telekommunikationsrecht: § 44 Abs. 1 Satz 1, 4 TKG	45
3.	Postrecht: § 38 PostG	45
a)	§ 23 PostG	46
b)	§ 32 PostG	46
III.	Dualität von Schutzgesetzkriterium und Betroffenheitsmerkmal	46
C.	Schutzgesetzverletzung und Betroffenheit	47
I.	Haftungsbegrenzung durch Schutzgesetzprinzip und Betroffenheit	48
1.	Schutzgesetz	48
2.	Betroffenheit i.S. von §§ 33 Abs. 1 Satz 3 GWB, 44 Abs. 1 Satz 3 TKG	49
a)	Wortlaut	49
aa)	Sachlicher Schutzbereich	49
bb)	Persönlicher Schutzbereich	50
cc)	Reichweite der Haftungsbegrenzung	50
b)	Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts	51
aa)	Verbindlichkeit der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben	52
bb)	Gemeinschaftsrechtliche Gebotenheit einer einschränkenden Auslegung?	53
cc)	Gemeinschaftsrechtliche Unzulässigkeit einer einschränkenden Auslegung?	54
(1)	Jedermann-Kriterium	54
(2)	Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz	55
dd)	Die Übertragung des Kriteriums „ursächlicher Zusammenhang“ in das deutsche Wettbewerbsdeliktsrecht	56
c)	Die weitere Auslegung des Betroffenheitsmerkmals im nationalen Recht	57
aa)	Reichweite der Haftungsbegrenzung durch Kausalität und Schutzzweck im Allgemeinen	58
bb)	Intention des deutschen Gesetzgebers (historische Interpretation)	59
(1)	Keine Zielgerichtetheit des Wettbewerbsverstoßes	59
(2)	Keine unmittelbare Betroffenheit	59

(3) Generelle Unzulässigkeit der Berücksichtigung von Normzweckkriterien aufgrund der Abkehr vom Schutzgesetzprinzip?	60
cc) Systematisch-teleologische Interpretation	60
(1) Übermäßiges Haftungsrisiko für den Wettbewerbsverletzer?	60
(2) Zulässiger Umfang der Berücksichtigung von Normzweckkriterien	64
dd) Grundsatz der extensiven Auslegung	66
3. Die Einordnung des Betroffenheitsmerkmals in das deliktsrechtliche Haftungssystem	66
a) Betroffenheit als aliud oder Konkretisierung des Schutzgesetztatbestandes	66
aa) Per-se-Schutzgesetze oder neues Haftungskonzept?	67
(1) Ge- oder Verbot	67
(2) Drittschützende Funktion?	67
bb) Das Betroffenheitsmerkmal als Konkretisierung von Schutzzweck und Schutzbereich wettbewerbschützender Normen?	69
cc) Die praktische Bedeutung der Konkretisierungsfunktion des Betroffenheitskriteriums	69
b) Das Verhältnis der wettbewerbs- und regulierungsrechtlichen Haftungsnormen zu § 823 Abs. 2 BGB	71
c) Terminologie: Wettbewerbsschützende Normen als Schutzgesetze?	72
II. Die Überprüfung des Schutzgesetzcharakters der Normen von EnWG und PostG unter Berücksichtigung der Betroffenheit	72
1. Energierecht	73
a) §§ 17 ff., 19 ff. i.V.m. § 32 EnWG	73
b) § 30 EnWG	74
2. Postrecht	77
a) § 23 PostG	77
b) § 32 PostG	79
D. Die Auswirkungen der Haftung wegen Schutzgesetzverletzung auf Folgeverträge	81
I. Der Folgevertragspartner als „Betroffener“	82
II. Wechselwirkungen zwischen Deliktshaftung und Folgevertrag?	83
1. Unterlassungsansprüche	84
2. Beseitigungsansprüche	84
a) Fortdauernde Störung	85
aa) Beeinträchtigung oder Schaden	85
bb) Handlung oder Zustand	88
cc) Wettbewerbsbezogener Ansatz	89

b)	Der Folgevertrag als fortwirkende Störungsquelle?	90
c)	Die Vermögenseinbuße als fortwirkende Störungsquelle?	92
aa)	Die Rechtsprechung des BGH zu den Stromeinspeisungsfällen	92
bb)	Ausbeutungsmissbrauch	93
cc)	Kartellverbot	94
dd)	Ausnahmecharakter der Rechtsprechung zu den Stromeinspeisungsfällen	95
3.	Schadensersatzansprüche	96
a)	Vertragsanpassung als Inhalt des Schadensersatzanspruchs?	96
b)	Vertragsauflösung als Inhalt des Schadensersatzanspruchs?	98
4.	Deliktische Inhaltskontrolle wettbewerbsrechtlicher Folgeverträge	99
Kapitel III: Der Wettbewerbsverstoß als Verbotsgesetzverletzung		100
A.	Folgevertrag und Verbotsgesetz	100
B.	Wettbewerbsschützende Normen als Verbotsgesetze – Gesetzliche Regelung und Meinungsstand	101
I.	Wettbewerbsrecht	101
1.	Art. 81 EG, § 1 GWB	101
2.	Art. 82 EG, § 19 GWB	103
a)	Die Anerkennung der Missbrauchstatbestände als Verbotsgesetze	103
b)	Die Rechtsfolgen der Verbotsgesetzverletzung	105
3.	§§ 20, 21 GWB	108
4.	§ 29 GWB	109
II.	Regulierungsrecht	109
1.	Energiewirtschaftsrecht	109
a)	§§ 17 ff., 19 ff. EnWG	109
b)	§ 30 EnWG	110
2.	Telekommunikationsrecht	111
a)	§ 42 TKG	111
b)	§ 28 TKG	112
3.	Postrecht	113
a)	§ 23 PostG	113
b)	§ 32 PostG	113
III.	Der Verbotsgesetzcharakter wettbewerbsschützender Normen als Regelfall	114

C.	Die Inhaltskontrolle kartellrechtlicher Folgeverträge gemäß § 134 BGB	115
I.	Vorrang eines gemeinschaftsrechtlichen Rechtsfolgenregimes?	115
1.	Ungeschriebenes gemeinschaftsrechtliches Rechtsfolgenregime?	116
2.	Vorgaben des europäischen Vertragsrechts?	118
3.	Allgemeine Vorgaben des Gemeinschaftsrechts	119
a)	Gebot abschreckender Sanktionierung	119
b)	Äquivalenzgrundsatz	119
c)	Effektivitätsgrundsatz	120
II.	Besteht ein gesetzliches Verbot, Verträge zu kartellierten Bedingungen abzuschließen?	121
1.	Keine abschließende Regelung der Verbotsreichweite durch Art. 81 Abs. 1 EG, § 1 GWB	121
2.	Die Erstreckung der Verbotswirkung der Art. 81 Abs. 1 EG, § 1 GWB auf kartellrechtliche Folgeverträge?	123
a)	Die Einbeziehung von Folgeverträgen in den Verbotsbereich	124
aa)	Die Rechtsprechung des EuGH in Sachen „Courage“ und „Manfredi“	124
bb)	Die Erstreckung der Verbotswirkung als Ausfluss des deliktsrechtlichen Rechtsschutzes gemäß § 33 Abs. 1, 3 GWB	125
cc)	Einwände gegen die Erstreckung der Verbotswirkung	126
(1)	Institutionenschutz als Normzweck	126
(2)	Das Erfordernis einer materiellen Wettbewerbsbeschränkung als Erstreckungshindernis?	126
(3)	Die Verneinung eines Gebots, Verträge zu wettbewerbskonformen Konditionen zu schließen, als Einwand gegen die Erstreckung der Verbotswirkung?	127
dd)	Die rechtliche Missbilligung des Abschlusses von Folgeverträgen i.e.S.	128
b)	Verbotsgesetz oder Ordnungsvorschrift	128
aa)	Inhaltsverstoß	129
bb)	Einseitigkeit der Verbotsrichtung	129
3.	Die Ableitung eines Verbots, Verträge zu kartellierten Bedingungen zu schließen, aus Tatbeständen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts?	130
a)	§ 298 StGB	130
aa)	Tatbestand	130
bb)	Verbotsgesetz i.S. von § 134 BGB	131
cc)	Anwendbarkeit von § 134 BGB auf Willenserklärungen?	132
b)	§ 263 StGB	133
aa)	Strafbarkeit von Submissionsabsprachen gemäß § 263 StGB	133
(1)	Tatbestand	133
(2)	Verbotsgesetz	134

bb)	Die Strafbarkeit sonstiger Kartellabsprachen gemäß § 263 StGB	135
(1)	Täuschung durch konkludentes Tun	135
(2)	Täuschung durch Unterlassen	136
(3)	Irrtum	137
c)	Art. 23 VO I/2003, § 81 GWB	137
aa)	Art. 23 VO I/2003	138
bb)	§ 81 GWB	139
(1)	Tatbestandsverwirklichung durch Praktizieren der Abrede	139
(2)	Der Abschluss von Folgeverträgen als Bestandteil des Praktizierens	140
(3)	§ 81 GWB als Verbotsgesetz i.S. von § 134 BGB	142
4.	Die Einfügung der rechtsgeschäftlichen Kontrolle kartellrechtlicher Folgeverträge in das wettbewerbsrechtliche und zivilrechtliche Sanktionssystem	143
a)	Die rechtsgeschäftliche Kontrolle wettbewerbswidriger Folgeverträge als Regelfall	143
b)	Parallelität zwischen Kartell- und Missbrauchsverbot	143
aa)	Vergleichbarkeit der Regelungsgegenstände	143
bb)	Vergleichbarkeit des Schutzzwecks der Normen	144
cc)	Gleichlauf der Normenqualität	145
dd)	Vergleichbarkeit des Unrechtsgehalts	148
ee)	Vergleichbarkeit des Gefährdungspotentials für den Wettbewerb	149
ff)	Einzelne Fallgruppen	150
(1)	Ausbeutungsmissbrauch	150
(2)	Marktbeherrschende Kartelle	150
c)	Das Verhältnis von Delikts- und Vertragsrecht	152
aa)	Ausreichende anderweitige Sanktionierung?	152
bb)	Systematischer Vorrang des deliktsrechtlichen Rechtsschutzes?	153
(1)	Das Verhältnis von Schutzgesetzhaftung und Verbotsgesetz im Wettbewerbs- und Regulierungsrecht	154
(2)	Vorrang der verschuldensabhängigen Schadensersatzhaftung?	155
III.	Die Rechtsfolgen der Verbotsgesetzverletzung	156
1.	Die Nichtigkeit als Regelfolge der Verbotsgesetzverletzung	157
a)	Der Einwand der Einseitigkeit des Gesetzesverstoßes	158
b)	Der Einwand der Rechtssicherheit	159
2.	Der Normzweck des Verbotsgesetzes als Ausgangspunkt	160
a)	Schutz des benachteiligten Vertragspartners	160
b)	Schutz des Wettbewerbs als Institution	161
c)	Kein Schutz der Interessen des Wettbewerbsverletzers	162

d)	Volle Wirksamkeit oder (Teil-) Nichtigkeit	163
aa)	Gleichlauf zwischen öffentlich-rechtlichen und zivil-rechtlichen Sanktionen	164
bb)	Die (Teil-) Nichtigkeit von Folgeverträgen als Regelfall des Wettbewerbs- und Regulierungsrechts	164
cc)	Gesamtnichtigkeit vs. Teilnichtigkeit	166
3.	Die Korrektur wettbewerbswidriger Preise und Konditionen durch Teilnichtigkeit	167
a)	Kein Entgegenstehen schutzwürdiger Interessen	167
b)	Kein Wegfall der essentialia negotii	168
c)	Kein Ausschluss wegen „hoheitlicher“ Preisfestsetzung	169
d)	Die Ausgestaltung der Verbotswirkung	171
aa)	Preisüberhöhungen	171
(1)	Die Reichweite der Teilnichtigkeit bei Preisverstößen im Wettbewerbs- und Regulierungsrecht	172
(2)	Die Reichweite der Teilnichtigkeit bei Preisverstößen im allgemeinen Zivilrecht	172
bb)	Wettbewerbswidrige Konditionen	174
4.	Weitergehende Sanktionierung durch Anfechtbarkeit?	176
a)	Anfechtbarkeit als zulässige Rechtsfolge des § 134 BGB?	176
b)	Gebotenheit eines Vertragslösungsrechts?	176
aa)	Vereinbarkeit mit den Interessen des Folgevertragspartners	177
bb)	Die lauterkeitsrechtliche Diskussion des Vertragslösungsrechts	177
cc)	Die Rechtssicherheit als Ausschlussgrund	179
D.	§ 32 PostG als Verbotsgesetz	180

Kapitel IV: Die Auswirkungen der Schutz- und Verbotsgesetzeigenschaft wettbewerbsschützender Normen auf das Verhältnis zwischen Wettbewerbs- und Regulierungsrecht sowie Bürgerlichem Recht		182
A.	Fortsetzung einer Leidensgeschichte?	182
B.	Die Anwendbarkeit bürgerlich-rechtlicher Normen auf Folgeverträge	186
I.	Beendigung des Vertragsverhältnisses	186
1.	Anfechtbarkeit wettbewerbsrechtlicher Folgeverträge	187
2.	Verbraucherschützende Widerrufsrechte	188

3. § 138 BGB	189
a) Kartellverbot	189
aa) Der Abschluss kartellrechtswidriger Folgeverträge als Sittenverstoß?	189
bb) Die Rechtsfolgen des Sittenverstoßes	191
b) Missbrauchsverbot	191
c) Regulierungsrecht	192
II. Vertragliche Schadensersatzansprüche	193
1. c.i.c. (§§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB)	193
2. Gewährleistungsansprüche	193
III. Inhaltskontrolle	194
1. Angemessenheitskontrolle gemäß §§ 305 ff. BGB	194
a) Art. 81 EG, § 1 GWB	194
b) Art. 82 EG, § 19 GWB	195
c) Regulierungsrecht	196
2. Billigkeitskontrolle gemäß § 315 BGB	197
a) Der Anwendungsbereich des § 315 BGB	197
aa) Unmittelbare Anwendbarkeit des § 315 BGB	197
bb) Monopolpreisrechtsprechung	198
cc) Fehlende Preisvereinbarung der Parteien	199
dd) Der Zeitpunkt der Leistungsbestimmung als entscheidendes Kriterium	200
b) Zusammentreffen mit Schutz- und Verbotsgesetzen des Wettbewerbs- und Regulierungsrechts	202
aa) Art. 81 EG, § 1 GWB	202
bb) Art. 82 EG, § 19 GWB	203
cc) §§ 21a, 23a, 30 EnWG	203
dd) §§ 27 ff., 40 TKG und §§ 19 ff., 32 PostG	204
IV. Eingrenzung der Kollisionsfälle	204
C. Die Normenkonkurrenz zwischen Wettbewerbs- und Regulierungsrecht sowie Bürgerlichem Recht	205
I. Genereller Vorrang des Wettbewerbsrechts?	205
II. Die Anspruchskonkurrenz zwischen Wettbewerbsrecht und Bürgerlichem Recht	207
1. Der Grundsatz freier Normenkonkurrenz als Ausgangspunkt	207
2. Meinungsstand	208
a) § 315 BGB	208
b) §§ 305 ff. BGB	209
3. Die Bedeutung der Schutz- und Verbotsgesetzeigenschaft wettbewerbserschützender Normen für das Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Bürgerlichem Recht	210
a) Wettbewerbsrechtliche Schutzgesetze und Bürgerliches Vertragsrecht	210



b) Wettbewerbsrechtliche Verbotsgesetze und Bürgerliches Vertragsrecht	212
c) Begründung eines abschließenden Sonderdeliktsrechts durch die Ausgestaltung wettbewerbsschützender Normen als Schutz- und Verbotsgesetze?	213
aa) Gesetzgeberische Intention einer abschließenden Regelung?	214
(1) Anwendbarkeit der §§ 87 ff. GWB, 102 ff. EnWG auf die Vertragskontrolle gemäß §§ 305 ff., 315 BGB	215
(2) Normzweck der §§ 87 ff. GWB, 102 ff. EnWG	216
bb) Beweislast	217
cc) Keine widerspruchsfreie Einfügung der „Verdrängungs- lehre“ in das Anspruchssystem des Zivil-, Wettbewerbs- und Regulierungsrechts	217
III. Die Auflösung der einzelnen Kollisionsfälle	220
1. Art. 81 EG, § 1 GWB	220
2. Art. 82 EG, § 19 GWB	220
a) Angemessenheitskontrolle gemäß § 305 ff. BGB	220
b) Billigkeitskontrolle gemäß § 315 BGB	222
3. Regulierungsrecht	223
a) §§ 27 ff. TKG	224
b) §§ 19 ff. PostG	226
c) §§ 21a, 23a EnWG	226
 Kapitel V: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	 229
 Literaturverzeichnis	 235