

Neue Zeitschrift für Kartellrecht

Herausgegeben von: Prof. Dr. Thomas Ackermann – RA Prof. Dr. Albrecht Bach – RiBGH Dr. Klaus Bacher – RA Prof. Dr. Rainer Bechtold – Prof. Dr. Florian Bien – RA Dr. Ingo Brinker – Dr. Friedrich Wenzel Bulst – RiEuG Alfred Dittrich – RA Dr. Michael Esser – MinRat Dr. Thorsten Käseberg – Prof. Dr. Torsten Körber – VorsRiOLG Prof. Dr. Jürgen Kühnen – RA Dr. Thorsten Mäger – VPräs. b. BKartA Prof. Dr. Konrad Ost – Prof. Dr. Ulrich Schwalbe – Prof. Dr. Heike Schweitzer – RA Dr. Kathrin Westermann

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Ulrich Soltész, Brüssel

NZKart

9 2018

Seiten 389–440

6. Jahrgang

10. September 2018

Editorial

Prof. Dr. Andreas Heinemann*

Fairness

Beim Thema Fairness denkt der Wettbewerbsrechtler unwillkürlich an *unfair competition law*, also das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb. Doch auch in Zusammenhang mit dem Kartellrecht wird der Begriff der Fairness häufig verwendet, und zwar mit steigender Tendenz. So beinhaltet das Logo des Bundeskartellamts die Aussage „Offene Märkte – Fairer Wettbewerb“, und die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde stellt ihre Tätigkeit unter das Motto „Weil es uns um Fairness geht!“. Die EU-Wettbewerbskommissarin hat das Fairness-Motiv in ihren Reden wiederholt hervorgehoben. Was ist gemeint, wenn in kartellrechtlichem Zusammenhang der Ruf nach Fairness laut wird?

Zwei Bedeutungen sind zu unterscheiden, die man mit den Schlagwörtern „Fairness durch Kartellrecht“ und „Fairness im Kartellrecht“ umschreiben kann. Mit Ersterem ist die ordnungspolitische Grundentscheidung gemeint, nach der marktwirtschaftliche Systeme zwingend einer Gesetzgebung zum Schutz des Wettbewerbs bedürfen. Wären Kartelle erlaubt, dürfte Marktmacht beliebig eingesetzt werden und ließe man Zusammenschlüsse schrankenlos zu, würden die Abnehmer überhöhte Preise zahlen und hierfür niedrigere Qualität erhalten. Ausserdem würden die Anreize zur Hervorbringung von Innovationen sinken. Das Kartellrecht bekämpft diese Gefahren und zielt darauf ab, dass wirksamer Wettbewerb herrscht, der „faire“ Konditionen am Markt hervorbringt.

Dem steht die „Fairness im Kartellrecht“ gegenüber, nämlich die direkte Ausrichtung der kartellrechtlichen Tatbestände am Fairnessideal. Unstreitig sind die Fälle, in denen das Gesetz selbst eine solche Orientierung fordert. So hängt die Freistellung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV auch davon ab, dass die Verbraucher eine angemessene Beteiligung am entstehenden Gewinn („fair share of the resulting benefit“) erhalten. Und Art. 102 S. 2 lit. a AEUV verbietet die Erzwingung unangemessener Preise und Geschäftsbedingungen („unfair [...] prices or other unfair trading conditions“). Streitig diskutiert wird die Frage, ob Fairness-nahe Argumente auch darüber hinaus zur Auslegung der kartellrechtlichen Tatbestände he-

rangezogen werden sollten. Der Europäische Gerichtshof verwendet in ständiger Rechtsprechung den Topos des Leistungswettbewerbs (*competition on the merits*), der sich gegen die Instrumentalisierung wirtschaftlicher Macht wendet und damit für Fairplay einsetzt: So verhalten sich Marktbeherrscher missbräuchlich, wenn ihr Erfolg nicht der besseren Leistung, sondern Kunstgriffen wie Ausschließlichkeitsbindungen, Treuerabatten, Preis-Kosten-Scheren oder falschen Angaben bei Behörden zu verdanken ist. Der Begriff des Leistungswettbewerbs ist – entgegen mancher Kritik – gut geeignet, in solchen Fällen das Vorliegen eines Missbrauchs zu belegen.

Anders verhält es sich, wenn der Begriff der Fairness den direkten Wettbewerbsbezug verliert und in Form eines allgemeinen *bilan économique et social* in die Kartellrechtsanwendung eingebracht werden soll. Die historische Erfahrung zeigt, dass die Anreicherung wettbewerbsbezogener Tatbestände durch außerwettbewerbliche Ziele eine ernsthafte Gefahr für die Wirksamkeit des Wettbewerbsschutzes darstellt. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass es Zielkonflikte zwischen Kartellrecht und anderen Politikbereichen gibt. Spannungen sollten durch eine klare Definition des jeweiligen Geltungsbereichs ausgeräumt werden. So ist anerkannt, dass Tarifverträge dem Kartellverbot entzogen sind, obwohl mit ihnen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen verbunden sind, und dass auf Sozialversicherungen das Kartellrecht keine Anwendung findet, wenn bestimmte Bedingungen, z. B. das Erfordernis der Solidarität, erfüllt sind. Auf die eigenen Fairnessstandards des Arbeits- und Sozialrechts reagiert das Kartellrecht also mit Nichtanwendung. Besondere Fairnessziele im Bereich der Zusammenschlusskontrolle werden am besten durch die Zweistufigkeit des Genehmigungsverfahrens verfolgt, also eine rein wettbewerbsbezogene Kontrolle durch die Kartellbehörde und die Einbeziehung öffentlicher Interessen durch eine politische Instanz im Rahmen einer Sondererlaubnis.

* Universität Zürich; Präsident der Schweizerischen Wettbewerbskommission, Bern.

Die Überlegungen zeigen, dass Fairness in erster Linie dadurch erreicht wird, dass das Kartellrecht wirksam durchgesetzt wird, nicht dadurch, dass seine Kategorien wettbewerbsfremd aufgeladen werden. Funktioniert der Wettbewerb, entscheiden nicht Kartelle und marktbeherrschende Unternehmen, sondern letztlich die Menschen über das wirtschaftliche Geschehen. Hiermit ist eine der Bedingungen für Fairness erfüllt. Weitere Regelungsmaterien müssen hinzutreten: So sind auch staatliche Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen, z.B. durch Regeln über Beihilfen und die öffentliche Auftragsvergabe. Essentiell für den Rechtsstaat

ist die Fairness staatlicher Verfahren, wobei nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte die Verfahrensgarantien in Zusammenhang mit dem Ziel effektiver Rechtsdurchsetzung auszulegen sind. Allgemein gilt der Grundsatz der Interdependenz aller ordnungspolitischen Massnahmen: Das Gesamtsystem des Wirtschafts- und Sozialrechts muss dem Ziel der Fairness gerecht werden. Wegen seiner grundlegenden Bedeutung für die Wettbewerbsordnung kommt dem Kartellrecht eine zentrale Rolle bei der Erfüllung dieser Aufgabe zu. Es ist also ein wichtiger Fairness-Garant. ■

Aufsätze

Prof. Dr. Jochen Glöckner, Konstanz*

Norm- und Zurechnungsstrukturen im Kartellrecht – Haftung von Unternehmen, Handelnden und Organen – Teil 1

Ein gegenwärtig an mehreren Stellen nachdrücklich in Erscheinung tretendes Kernproblem des Kartellrechts ist in der mangelnden Abstimmung der Verhaltensnormen auf die privat- oder verwaltungsrechtlichen Sanktionsnormen im Hinblick auf deren jeweilige Adressaten zu erkennen. Während das rechtstechnisch als Sonderdeliktsrecht ausgestaltete Lauterkeitsrecht von der Haftung des Handelnden ausgeht und Probleme allenfalls aus der Passivlegitimation von Rechtsträgern von Unternehmen und deren Organen resultieren, macht im Kartellrecht die Mehrspurigkeit des Sanktionensystems in Verbindung mit der ausschließlichen Adressierung von Unternehmen durch die Verhaltensnormen immer wieder deutlich, dass Grundfragen der Haftung bis heute nicht befriedigend beantwortet werden können.

Der erste Teil des Beitrags stellt zunächst anhand des lauterkeitsrechtlichen Gegenentwurfs das in sich geschlossene System der auf der Grundannahme der Haftung der Handelnden beruhenden deliktsrechtlichen Rechtsdurchsetzung dar (I.) und entwickelt anschließend die Probleme, die im Rahmen der Durchsetzung des Kartellrechts aufgeworfen werden (II.). In dem im nächsten Heft abgedruckten zweiten Teil wird ein Lösungsvorschlag vorgestellt (III.). Abgeschlossen wird der Beitrag durch zusammenfassende Thesen (IV.)

I. Strukturen der Handelndenhaftung im allgemeinen Deliktsrecht sowie im Lauterkeitsrecht

1. Handelndenhaftung im Bürgerlichen Deliktsrecht

„Wer [...] verletzt, ist [...] verpflichtet.“ (§ 823 Abs. 1 BGB)

Das allgemeine Deliktsrecht enthält im Allgemeinen keine besonderen Regelungen der Passivlegitimation. Ähnlich wie § 823 Abs. 1 BGB umschreiben auch die übrigen Vorschriften des allgemeinen Deliktsrechts (z. B. §§ 824 – 829, 831 Abs. 1, 832 Abs. 1, 834, 838 BGB) den Schuldner schlicht mit „wer“. Gelegentlich verwendet der Gesetzgeber die Varianten „... denjenigen, welcher verstößt“ (z. B. §§ 823 Abs. 2, 831 Abs. 2, 832 Abs. 2, 833 BGB) oder „jemand“ (§ 837 BGB). Damit haftet unmittelbar diejenige Person deliktsrechtlich, welche selbst den haftungsbegründenden Tatbestand erfüllt.¹ Besondere Qualitäten des Schuldners wer-

den nur ausnahmsweise verlangt (z. B. § 836 BGB: Grundstücksbesitzer; § 837 BGB: Gebäudebesitzer; § 838 BGB: Gebäudeunterhaltungspflichtiger; § 840 BGB: Beamter).

Die so konstituierte und nachfolgend stets als solche bezeichnete Handelndenhaftung ist eine besondere Ausprägung des allgemeinen Regelungsmodells des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das alle Rechtsbeziehungen zwischen Privaten erfasst und dessen Anwendungsbereich weder in persönlicher noch in gegenständlicher Hinsicht beschränkt ist. In der Konsequenz bedarf es jedoch gesetzlicher Grundlagen, um Tatbestandselemente, die allein durch Dritte erfüllt werden, zurechnen zu können. Bei juristischen Personen und Personenvereinigungen können das objektive Verhalten und das subjektive Vertretenmüssen organschaftlicher Vertreter gem. § 31 BGB zugerechnet werden; im Übrigen kann gem. § 830 BGB auf die aus dem Strafrecht abgeleiteten Zurechnungsgründe (Täterschaft und Teilnahme) zurückgegriffen werden. Die Regelung in § 831 BGB ist keine Zurechnungsnorm im eigentlichen Sinne, sondern knüpft, wie der Exkulpationsstatbestand in § 831 Abs. 1 S. 2 BGB deutlich macht, an die Verletzung einer eigenen Verkehrspflicht des Geschäftsherrn zur sorgfältigen Auswahl, Instruktion und Überwachung seiner Verrichtungsgehilfen an.

Die Anwendung dieser Grundsätze hat für Tätigkeiten im wirtschaftlichen Fremdinteresse zwei eminent praktische Folgen: (1) Die wirtschaftliche Fremdbezogenheit eines Verhaltens schließt als solche die unmittelbare Eigenhaftung des Handelnden gegenüber dem Geschädigten nicht aus; vor allem im gewerblichen Kontext werden die Handelnden lediglich durch die Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers gegen eine Haftung für bloße Vermögensschäden von der

* Prof. Dr. iur. Jochen Glöckner, LL. M. (USA) ist Inhaber des Lehrstuhls für deutsches und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Konstanz und Richter am OLG Karlsruhe. Für wertvolle Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts danke ich Frau ref. iur. *Kathleen Aue*. Für die einsatzreiche Erschließung der historischen Quellen zum Entstehen der Artikel 85, 86 EWGV bin ich Frau ref. iur. *Cornelia Tu* zu Dank verpflichtet.

1 Exemplarisch BGH v. 5.12.1989, VI ZR 335/88, BGHZ 109, 297, juris-Rn. 14. Ähnlich bereits RG v. 18.10.1871, VI 143/17, RGZ 91, 72, 75.