

Inhaltsverzeichnis

Teil 1: Einführung	15
A. Bestimmung des Untersuchungsgegenstandes	18
I. § 242 BGB als Instrument der Marktverhaltenskontrolle unterhalb kartellrechtlicher Aufgreifschwellen	18
II. Treu und Glauben als allgemeiner Rechtsgrundsatz	19
III. Treu und Glauben im europäischen Privatrecht	20
1. Treu und Glauben als europäischer Rechtsgrundsatz	21
2. Rückgriff auf § 242 BGB in unionsrechtlich geprägten Zusammenhängen	22
IV. Rangverhältnis deutschen und europäischen Kartellrechts	22
1. Grundsatz paralleler Anwendbarkeit	23
2. Kartellverbot: Erweiterter Anwendungsvorrang europäischen Kartellrechts	24
3. Missbrauchsverbot: Einfacher Anwendungsvorrang europäischen Kartellrechts	25
V. Schlussfolgerungen	26
B. Anlass der Untersuchung	28
I. Entwicklungstendenzen in der Rechtsprechung	28
1. Flüssiggas-Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 15. Juli 2009	28
a) Sachverhalt	28
b) Entscheidungsgründe	30
aa) Kein Kartellrechtsverstoß	31
bb) Eigentumsrechtliche Duldungspflicht wegen unzulässiger Rechtsausübung im Wettbewerbsverhältnis	32
cc) Schlussfolgerungen	33
2. Weitere relevante Entscheidungen	34
a) Zur eigentumsrechtlichen Duldungspflicht wegen unzulässiger Rechtsausübung im Wettbewerbsverhältnis	35
aa) Beschluss des BayObLG vom 18. April 1996	35
bb) Beschluss des BayObLG vom 7. August 1997	35
cc) Schlussfolgerungen	36

b) Höchstrichterliche Rechtsprechung zur eigentumsrechtlichen Sicherung von Ausschließlichkeitsbindungen	37
aa) Entscheidungen zur Flüssiggasbranche	37
bb) Soda-Club II-Entscheidung des BGH vom 4. März 2008	38
(1) Sachverhalt	38
(2) Beschwerdeentscheidung des OLG Düsseldorf	39
(3) Rechtsbeschwerdeentscheidung des BGH	41
(4) Rechtliche Bewertung	42
c) Höchstrichterliche Rechtsprechung zur missbräuchlichen Lizenzverweigerung an Immaterialgüterrechten	44
aa) Standard-Spundfass-Entscheidung des BGH vom 13. Juli 2004	45
bb) Orange-Book-Entscheidung des BGH vom 6. Mai 2009	46
cc) Dogmatische Einordnung des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes	48
II. Ansatz im Schrifttum	50
III. Schlussfolgerungen	50
C. Begriffsbestimmungen	54
I. Privatrecht und Zivilrecht	54
II. Wettbewerbs- und Kartellrecht, kartellrechtsähnliche Wertungen	55
III. Missbrauch und Rechtsmissbrauch	56
IV. Aufgreifschwelle	58
D. Methodik	59
Teil 2: Treu und Glauben als Marktstrukturinstrument unterhalb kartellrechtlicher Aufgreifschwelle	62
A. Grundsatz von Treu und Glauben	62
I. Treu und Glauben als allgemeiner Rechtsgrundsatz	62
II. Entwicklungsgeschichte	64
1. Einflüsse des Römischen Rechts	64
a) Rechtsbegründende und rechtsbegrenzende Bestimmung der fides	64
b) Korrekturfunktion der aequitas	66

2. Einflüsse des Deutschen Privatrechts	66
3. Schlussfolgerungen	68
III. Funktionen	70
1. Beschränkungsfunktion	70
2. Korrekturfunktion	71
a) Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen	71
b) Inhaltskontrolle von Individualverträgen	73
3. Rechtsfortbildungsfunktion	75
a) Methodische Grundlagen	76
b) Allgemeine Rechtsentwicklung und Einzelfallgerechtigkeit	77
c) Kritik	78
4. Weitere Funktionen	79
IV. Anwendungsvoraussetzungen	80
1. Sonderrechtsbeziehung	81
2. Interessenabwägung	81
a) Objektiver Maßstab	82
b) Berücksichtigungsfähigkeit subjektiver Elemente	83
c) Berücksichtigungsfähigkeit öffentlicher Interessen	84
d) Berücksichtigungsfähigkeit einfachgesetzlicher Wertungen	86
V. Unzulässige Rechtsausübung	87
1. Fallgruppen	88
2. Anwendungsvoraussetzungen	90
a) Fehlendes Eigeninteresse	92
b) Mangelnde Schutzwürdigkeit des Interesses	93
3. Rechtsfolgen	94
VI. Abgrenzungen	95
1. Methodische Grundlagen	96
a) Abgrenzungsgrundsätze	96
b) Rangverhältnis der Abgrenzungsgrundsätze	97
2. Abgrenzung zu anderen Normen des BGB	100
a) §§ 21 ff. BGB	100
b) § 134 BGB	101
c) § 138 BGB	102
d) §§ 307 ff. BGB	104
e) §§ 823 ff. BGB	104
3. Abgrenzung zu Normen außerhalb des BGB	105
a) Immaterialgüterrechte	107
b) Lauterkeitsrecht	108

VII. Schlussfolgerungen	109
B. Integration kartellrechtlicher Wertungen in das Privatrecht	111
I. Vorab: Kein genereller Vorrang des Ordnungsprinzips Wettbewerb	113
II. Durchsetzungsinstrumente des Kartellrechts	115
1. Überblick	115
2. Behördliche Kartellrechtsdurchsetzung	116
3. Private Kartellrechtsdurchsetzung	117
a) Fortschreitende Intensivierung	117
b) Offensive private Kartellrechtsdurchsetzung	118
aa) §§ 33 ff. GWB	119
(1) Grundsätzliches	119
(2) Aufgabe des Schutzgesetzfordernisses	120
bb) Rückgriff auf allgemeindeliktrechtliche Vorschriften	122
c) Defensive private Kartellrechtsdurchsetzung	123
4. Schlussfolgerungen	126
III. Interdependenz von Kartellrecht und Privatrecht	126
1. Grundgedanke des BGB	127
2. Wechselseitige Abhängigkeit von Kartellrecht und Vertragsrecht	133
a) Vertragsfreiheit vs. Vertragsgerechtigkeit	135
aa) Grundsätzliches	135
bb) Verfassungsrechtliches Schutzgebot	138
cc) Ungestörte Vertragsparität als institutionelle Voraussetzung von Vertragsfreiheit	140
dd) Kritik	145
b) Dezentralisierte Interessenbewertung im Privatrecht vs. Außenwirkung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen	148
3. Ordnungsfunktion des Privatrechts	150
4. Schlussfolgerungen	151
IV. Normenkonkurrenz von Kartellrecht und Privatrecht	153
1. Kein genereller Vorrang des Kartellrechts	154
a) Gefahr erheblicher Regelungslücken	157
b) Heterogenität des Wettbewerbsrechts	158
2. Widerspruchsfreie Einfügung des Kartellrechts in die deutsche Rechtsordnung	159
a) Grundsätzliches	159
aa) Beispiele	159

bb) Schlussfolgerungen	161
b) Keine Verdrängung allgemeinzivilrechtlicher Generalklauseln im Nichtanwendungsbereich des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots	162
c) Allgemeines Umgehungsverbot	162
3. Divergenz der Anwendungsbereiche	164
a) Kein abgesenkter Kontrollmaßstab in Wettbewerbsverhältnissen	165
b) Vertragsrecht	166
aa) Billigkeitskontrolle einseitiger Leistungsbestimmung gemäß § 315 BGB	166
(1) Anwendungsbereich des § 315 BGB	166
(2) Vermeidung des Missbrauchs privater Gestaltungsmacht	167
(a) Monopolrechtsprechung	169
(b) Kritik im Schrifttum	172
(3) Schlussfolgerungen	173
(a) Ablehnung einer Verdrängungswirkung spezifischen Kartellrechts	174
(b) Deckungsgleichheit der Kontrollmaßstäbe	176
(c) Idealkonkurrenz vertrags- und deliktsrechtlicher Vorschriften	176
bb) AGB-Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB	177
cc) Sittenwidrigkeitskontrolle gemäß § 138 BGB	179
(1) Grundsatz paralleler Anwendbarkeit	180
(2) Kein unmittelbarer Rückgriff auf kartellrechtliche Wertungen	182
dd) Treuwidrigkeitskontrolle gemäß § 242 BGB	183
c) Ausübung einseitiger privater Rechtsmacht	185
4. Kein Entgegenstehen der Verbotsgesetzeigenschaft	186
a) Doppelwirkungen im deutschen Privatrecht	186
b) Kein genereller Vorrang kartellrechtlicher Verbotsgesetze gegenüber rechtsgeschäftlicher Inhaltskontrolle	187
c) Kein Vorrang kartellrechtlicher Verbotsgesetze vor rechtsgeschäftlicher Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB	190
5. Keine entgegensehende gesetzgeberische Intention	191

6. Kein Entgegenstehen zivilprozessualer Spezialzuständigkeiten	192
a) Ausschließliche Zuständigkeit und Zuständigkeitskonzentration gemäß §§ 87 ff. GWB	192
b) Keine Umgehung des Normzwecks der §§ 87 ff. GWB	193
V. Zwischenergebnis	195
C. Vereinbarkeit der Berücksichtigung kartellrechtsähnlicher Wertungen mit dem Normgefüge des § 242 BGB	197
I. Schutzzweckerwägungen	197
1. Wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes	198
2. Schutzobjekt und Wettbewerbskonzeption des GWB	199
aa) Teleologisch-funktionale Auslegung	199
bb) Schutzobjekt	202
(1) Institutionen- und Individualschutz	202
(2) Verbraucherschutz	205
(3) Mittelstandsschutz	207
(4) 8. und 9. GWB-Novelle	209
cc) Wettbewerbskonzeption	210
b) Abstrakt vs. konkret wettbewerbsgefährdende Verhaltensweisen	213
aa) Konkrete Gefährdungstatbestände des GWB	214
bb) Erfassung abstrakter und konkreter Gefährdungstatbestände von § 242 BGB	216
cc) Schlussfolgerungen	218
3. Präventive Verhaltenssteuerung im Vorfeld der GWB-Tatbestände	220
a) Präventive Verhaltenssteuerung im Kartellrecht	220
aa) Meinungsstand	221
bb) Bewertung	224
b) Rechtsbereichsübergreifender Präventionsgedanke	225
c) Schlussfolgerungen	226
II. Kartellrechtliche und wettbewerbsökonomische Legitimation der Aufgreifschwelle in § 18 GWB	227
1. Historische Entwicklung	227
2. Missbrauchsverbot	229
a) Marktbeherrschende Stellung	230
b) Missbrauch	231
3. Normative Überlegungen	233
a) Kartellbehördliche Eingriffsverwaltung	234
b) Verfassungsrechtlicher Freiheitsschutz	234

c)	Strafrechtsspezifische Garantien des Grundgesetzes im Kartellbußgeldrecht	235
aa)	Gesetzesvorbehalt	235
bb)	Bestimmtheitsgrundsatz	237
cc)	Auslegung kartellrechtlicher Tatbestände	240
(1)	Recht und Ökonomie in der Kartellrechtsanwendung	240
(2)	Konfligierender Bestimmtheitsgrundsatz	243
d)	Schlussfolgerungen	244
4.	Gesetzgeberische Intention	247
5.	Schlussfolgerungen	248
III.	Vergleichende Betrachtung der lauterkeitsrechtlichen Sanktionsfähigkeit marktmachtbedingter Wettbewerbsstörungen	250
1.	Lauterkeitsrecht und Kartellrecht	251
a)	Trennungstheorie	253
b)	Parallele Anwendbarkeit	254
c)	Vorfeldthese	258
d)	Probeabonnement-Entscheidung des BGH vom 7. Februar 2006	260
aa)	Abschließende Anspruchsberechtigung bei Kartellrechtsverstößen	261
bb)	Unterscheidung privatrechtlicher und verwaltungsbehördlicher Kartellrechtsdurchsetzung	263
cc)	Einschränkung der grundsätzlichen Ausschließlichkeit von §§ 33, 34a GWB	264
2.	Schlussfolgerungen	264
aa)	Privatrechtliche Anspruchsberechtigung nach GWB und BGB	266
bb)	Unterscheidung privatrechtlicher und verwaltungsbehördlicher Kartelldurchsetzung	267
IV.	Zwischenergebnis	268
D.	Rechtspolitische Bewertung	269
I.	Chancen	270
1.	Entbürokratisierung und Dezentralisierung des Kartellrechtsvollzugs	270
2.	Stärkung der Schlagkraft des Kartellrechts	272

II. Risiken	273
1. „Überforderung“ der Zivilgerichte	273
a) Tatsachenermittlung	275
b) Rechtsanwendung	279
2. Mangelnde Rechtssicherheit und Entscheidungskohärenz	281
3. Missbrauch der Zivilgerichtsbarkeit zu Wettbewerbszwecken	283
4. Friktion privater und behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung	284
a) Drohendes Leerlaufen kartellrechtlicher Kronzeugenregelungen	285
b) Kein weitergehender Wertungswiderspruch	287
Teil 3: Zusammenfassung der Ergebnisse	289
Literatur- und Materialienverzeichnis	297