

Peter Ondrejka

**Deutsches und europäisches
Kartellrecht unter Berücksichtigung
des „more economic approach“**

disserta
Verlag

Peter Ondrejka

**Deutsches und europäisches Kartellrecht
unter Berücksichtigung des
„more economic approach“**

disserta
—
Verlag

Ondrejka, Peter: Deutsches und europäisches Kartellrecht unter Berücksichtigung des „more economic approach“, Hamburg, disserta Verlag, 2012

ISBN: 978-3-942109-83-3

Herstellung: disserta Verlag, ein Imprint der Diplomica® Verlag GmbH, Hamburg, 2012

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dissertation, 2010
Universität Wien
Rechtswissenschaftliche Fakultät

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Die Informationen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt erarbeitet. Dennoch können Fehler nicht vollständig ausgeschlossen werden und der Verlag, die Autoren oder Übersetzer übernehmen keine juristische Verantwortung oder irgendeine Haftung für evtl. verbliebene fehlerhafte Angaben und deren Folgen.

© disserta Verlag, ein Imprint der Diplomica Verlag GmbH
<http://www.disserta-verlag.de>, Hamburg 2012
Hergestellt in Deutschland

In Dankbarkeit

MEINEN ELTERN GEWIDMET

I. Inhaltsverzeichnis

I. INHALTSVERZEICHNIS	7
II. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	15
III. EINLEITUNG.....	21
IV. GANG DER ARBEIT	23
V. WETTBEWERB.....	25
<i>A. Definition des Wettbewerbs.....</i>	<i>25</i>
<i>B. Wettbewerb und Marktwirtschaft.....</i>	<i>26</i>
<i>C. Wettbewerb und Wettbewerbspolitik.....</i>	<i>27</i>
1. Leitbilder der Wettbewerbspolitik.....	28
a) Klassische Ökonomik.....	28
b) Neoklassische Mikroökonomik.....	29
c) “Workable competition”.....	29
d) „Harvard School“	30
e) „Chicago School“	31
f) Neuklassik und das Konzept der Wettbewerbsfreiheit	32
2. Wettbewerbspolitische Grundkonzeptionen.....	33
a) Wohlfahrtsökonomischer Ansatz	34
(1) Exkurs: Wohlfahrt und Effizienz.....	35
b) Systemtheoretischer Ansatz.....	37
<i>D. Ausgestaltungen des Wettbewerbs</i>	<i>38</i>

1. Oligopol	38
2. Monopol (Gegenstück des Wettbewerbs).....	39
<i>E. Zusammenfassung</i>	39
VI. DEUTSCHES UND EUROPÄISCHES WETTBEWERBSRECHT	41
<i>A. Bestimmungen des europäischen Wettbewerbsrechts</i>	41
1. Exkurs: Art 3 Abs 1 lit g EG und der Vertrag von Lissabon.....	41
2. Verhältnis zwischen Art 101 und 102 AEUV	42
3. Normstruktur des Art 102 AEUV	43
4. Anwendungsbereich des Art 102 AEUV.....	44
a) Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	44
(1) „Zu beeinträchtigen geeignet“	45
(2) Spürbarkeit	45
b) Unternehmen	46
c) Marktabgrenzung.....	46
(1) Sachlicher Markt	46
(2) Räumlicher Markt	47
d) Marktbeherrschung.....	48
e) Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmen.....	49
<i>B. Missbrauch im europäischen Wettbewerbsrecht</i>	50
1. Missbrauch	50
2. Missbrauchskategorien	51
a) Ausbeutungsmissbrauch	51
b) Marktstrukturmissbrauch.....	52
c) Behinderungsmissbrauch.....	52

3. Missbrauch als objektives Konzept	54
<i>C. Entstehung europäischen Wettbewerbsrechts und der Einfluss Deutschlands.....</i>	54
<i>D. Deutsches Wettbewerbsrecht und Ordoliberalismus</i>	56
<i>E. Das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)</i>	59
1. Grundsätzliches	59
2. Behinderungsmissbrauch im Sinne von § 19 GWB	60
a) Normstruktur des § 19 GWB.....	60
b) Marktbeherrschung.....	63
(1) Marktbeherrschung durch ein einzelnes Unternehmen	63
(2) Fehlen wesentlichen Wettbewerbs und überragende Marktstellung .	63
(3) Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmen	64
(4) Vermutungen.....	65
(5) Unterschiede zu Art 102 AEUV	66
c) Missbrauch.....	67
(1) Erheblichkeit	68
(2) Sachliche Rechtfertigung	68
3. Unbillige Behinderung im Sinne von § 20 GWB	69
a) Normstruktur des § 20 GWB.....	69
b) Unbillige Behinderung	70
(1) Behinderung	71
(2) Unbilligkeit	71
c) Relative Marktmacht	72
(1) Marktstarke Unternehmen des § 20 Abs 2 GWB	72
(2) Überlegene Wettbewerber des § 20 Abs 4 GWB	74

<i>F. Ziele des deutschen Wettbewerbsrechts</i>	75
(1) Institutionen- und Individualschutz	76
(2) „Leistungswettbewerb“	77
<i>G. Zusammenfassung</i>	80
VII. EUROPÄISCHES WETTBEWERBSRECHT UND „MORE ECONOMIC APPROACH“	83
<i>A. Wettbewerbspolitische Ziele des europäischen Wettbewerbsrechts</i>	83
<i>B. Diskussion zum “more economic approach”</i>	85
1. Ziele.....	85
a) Unterscheidung zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und dem Schutz der Wettbewerber	85
b) Wettbewerb als Mittel zum Zweck	87
2. Vorgehensweise	91
3. Rechtfertigung von wettbewerbsbehindernden Verhaltensweisen.....	93
<i>C. Kommission und “more economic approach”</i>	93
<i>D. Zusammenfassung</i>	95
VIII. JUDIKATUR ZUM BEHINDERUNGSMISSBRAUCH UND PRIORITÄTEN DER KOMMISSION BEI DER ANWENDUNG DES ARTIKELS 102 AEUV	97
<i>A. Fallgruppen des Behinderungsmissbrauchs</i>	97
<i>B. Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art 102 AEUV</i>	97
1. „Wettbewerbswidrige Marktverschließung“	98
2. Preisbezogener Behinderungsmissbrauch.....	99
3. Rechtfertigung.....	100

C. Geschäftsverweigerung	101
1. Judikatur.....	101
a) Abbruch von Geschäftsbeziehungen.....	101
(1) Commercial Solvents	101
(2) Télémarketing	103
b) Die Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen	104
(1) Essential Facilities.....	104
c) Lizenzverweigerung	106
(1) Magill	107
(2) IMS-Health.....	107
(3) Microsoft	109
d) Rechtfertigung	113
(1) Commercial Solvents und Télémarketing.....	113
(2) United Brands.....	113
(3) Lizenzverweigerungsfälle	115
(4) Ergebnis.....	115
e) Zusammenfassung	115
2. Durchsetzungsprioritäten der Kommission	117
3. Zwischenvergleich	119
D. Ausschließlichkeitsbindungen	124
1. Judikatur.....	124
a) Rabattsysteme.....	124
(1) Treuerabatte.....	125
(2) Zielrabatte	127
b) Rechtfertigung	131

(1) Rechtfertigende wirtschaftliche Leistung	132
(2) Abwägungsmechanismus zwischen Effizienz und Wettbewerbsbeschränkung	134
(3) Ergebnis.....	135
c) Zusammenfassung	136
2. Durchsetzungsprioritäten der Kommission	138
3. Zwischenvergleich	140
E. Kampfpreise	146
1. Judikatur	147
a) AKZO	147
b) Tetra Pak II	150
c) France Telecom („Wanadoo“).....	151
2. Zusammenfassung.....	152
3. Durchsetzungsprioritäten der Kommission	153
a) “Sacrifice“-Test	153
b) „As efficient competitor“-Test“	154
4. Zwischenvergleich	156
F. Kopplung und Bündelung.....	160
1. Judikatur	162
a) Hilti	162
b) Tetra Pak II	163
c) Microsoft	165
2. Zusammenfassung.....	166
3. Durchsetzungsprioritäten der Kommission	167
4. Zwischenvergleich	169
G. Abschließender Vergleich und Zusammenfassung.....	171

1. Ziele.....	171
a) Wirtschaftliche Freiheit der Wettbewerber	171
b) Institutionenschutz.....	174
c) Effizienz und Verbraucherwohl	174
2. Vorgehensweise	175
a) „Per-se Approach“	176
b) Auswirkungsgrundsatz	177
c) Rechtfertigung	179
IX. KRITISCHE WÜRDIGUNG DER REFORM UND DES „MORE ECONOMIC APPROACH“	183
<i>A. Einordnung als wettbewerbspolitische Grundkonzeption.....</i>	<i>183</i>
1. Das Freiheitskonzept.....	184
2. Einordnung des „more economic approach“	185
3. Einordnung der Judikatur der Europäischen Gerichte.....	187
<i>B. Wettbewerbspolitische Konsequenzen eines „more economic approach“</i>	<i>188</i>
1. Rechtssicherheit	189
a) Mangelnde Vorhersehbarkeit	189
(1) Exkurs: Berücksichtigung von Effizienzen	192
b) Erweiterter Ermessensspielraum	195
2. Fehlerhaftigkeit von Entscheidungen	197
3. Wettbewerb als Entdeckungsverfahren	200
<i>C. Zusammenfassung.....</i>	<i>201</i>
X. RESÜMEE.....	203
<i>A. Abschließende Würdigung</i>	<i>203</i>

<i>B. Ausblick</i>	207
XI. LITERATURVERZEICHNIS	211
<i>A. Zeitschriften</i>	<i>211</i>
<i>B. Bücher, Kommentare, Festschriften</i>	<i>217</i>
<i>C. Quellen aus dem Internet (Reden, Aufsätze, etc)</i>	<i>221</i>
<i>D. Entscheidungen</i>	<i>223</i>
1. EuGH.....	223
2. EuG	224
3. Andere.....	225
<i>E. Anderes</i>	<i>225</i>

II. Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABl	Amtsblatt
Abs	Absatz, Absätze
AER	American Economic Review
allg	allgemein
ANTITRLJ	Antitrust Law Journal
Art	Artikel (-s)
AUEV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
BB	Betriebs-Berater
BGH	Deutscher Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bsp	Beispiel (-e)
BT-Drucks	Bundestagdrucksache
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
CLI	Competition Law Insight
CMLR	Common Market Law Review
CompLRev	Competition Law Review
dh	das heißt
dsbzgl	Diesbezüglich
ECJ	European Competition Journal
ECLA	European Competition Law Annual

ECLR	European Competition Law Review
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl	Einleitung
ELR	European Law Review
et al	et alii, et aliae, et alia
EU	Europäische Union
EuG	Gericht
EuGH	Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f	folgende
ff	fort folgende
FKVO	Fusionskontrollverordnung
GA	Generalanwalt
gem	gemäß
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HarvLRev	Harvard Law Review
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
iBa	in Bezug auf
idF	in der Fassung
ie	id est

IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
insb	insbesondere
iVm	in Verbindung mit
iZm	im Zusammenhang mit
JCOMLE	Journal of Competition Law and Economics
JECLAP	Journal of European Competition Law and Practice
JIndEcon	Journal of Industrial Economics
JLawEcon	Journal of Law and Economics
JNS	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik
Jud	Judikatur
Kart	Kartellgericht
KG	Kammergericht (Berlin)
lit	litera
Lit	Literatur
LL	Leitlinien
MEA	more economic approach
MR-Int	Fachzeitschrift für Europäisches Medien und IT-Recht
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nr	Nummer
OJLS	Oxford Journals of Legal Studies
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OLG	Oberlandgericht

ORDO	Jarhrbuch für die Ordnung der Wirtschaft und Gesellschaft
QJAE	Quarterly Journal of Austrian Economics
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
S	Satz
Slg	Sammlung
sog	sogenannte (-r)
TLNR	Tulane Law Review
u	und
ua	und andere (-s)
uä	und ähnliche (-s)
v	von (-m)
vgl	vergleiche
vs	versus
VO	Verordnung
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
WMP	Windows Media Player
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WettbR	Wettbewerbsrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
WuW/E DE-R	WuW/E Deutschland Rechtsprechung
Z	Ziffer

zB

zum Beispiel

ZWeR

Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

III. Einleitung

Die Europäische Kommission strebt schon seit mehreren Jahren eine umfassende Reform des europäischen Wettbewerbsrechts an.¹ Diese Bestrebungen kamen vor allem im Jahre 2004 zu Tage, wo die Kommission mehrere große Schritte gewagt hat. Am 20. Januar 2004 hat sie eine neue „Fusionskontrollverordnung“² verfasst, wodurch das alte System der Zusammenschlusskontrolle flexibler und wirkungsorientierter gestaltet wurde.³ Im Mai desselben Jahres wurde die Verordnung 17/62⁴ durch die Verordnung 1/2003⁵ ersetzt und somit eine Dezentralisierung der Kartellrechtsdurchsetzung animiert. Durch die VO 1/2003 hat man auch das seit 1962 geltende, kosten- und zeitintensive Anmeldeverfahren und den damit verbundenen hohen Arbeitsaufwand abgeschafft.⁶ Die Reform der Fusionskontrolle wurde weiter durch die im Jahre 2004 für die horizontalen⁷ und im Jahre 2007 für die nicht-horizontalen⁸ Zusammenschlüsse veröffentlichten Leitlinien vorangetrieben. Am 23. September 2005 wurde nachfolgend durch die Rede der ehemaligen Wettbewerbskommissarin *Neelie Kroes* auch eine Diskussion über die Reform des Art 102 AEUV angebahnt.⁹ Eine intensive öffentliche Diskussion zu diesem Thema entflammte durch die Veröffentlichung des sog. „Diskussionspapiers“¹⁰ auf der Internetseite der Kommission für Wettbewerb, wobei die Kommis-

¹ Der Begriff „Wettbewerbsrecht“ wird in dieser Arbeit synonym mit dem Begriff „Kartellrecht“ verwendet und bezieht sich nicht auf die Regelungen des unlauteren Wettbewerbs.

² VO (EG) 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 2004 L 21/1 („FusionskontrollVO“); allg siehe *Dittert*, Die Reform des Verfahrens in der neuen EG-Fusionskontrollverordnung, WuW 2004, 148.

³ Siehe dsbzgl die Ausführungen zum sog. „SIEC-Test“, FusionskontrollVO, ABl 2004 L 21/1 Rz 25; siehe auch *Zimmer*, Significant Impediment to Effective Competition, ZWeR 2004, 250 (260 ff).

⁴ VO 17/62 des Rates vom 6.2.1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Art 85 und 86 des Vertrages, ABl 1962 13/204.

⁵ VO 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl 2003 L 1/1.

⁶ *Chalmers et al*, European Union Law – Text and Materials (2006) 959 f; *Schwarze/Weitbrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts (2004) 23 Rz 4 ff.

⁷ Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 2004 C 31/5 („Horizontalleitlinien“).

⁸ Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 2008 C 265/6 („Vertikalleitlinien“).

⁹ *Kroes*, Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82, Speech at the Fordham Corporate Law Institute, Speech/05/537 New York 23.09.2005 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (6.6.2010).

¹⁰ DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses 12/2005 <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (6.6.2010).

sion als Reaktion auf ihren Vorschlag mehr als 100 Diskussionsbeiträge und Kommentierungen bekommen hat.¹¹ Allein die Anzahl der Diskussionsbeiträge gibt eine Aussage darüber, wie komplex und umstritten das von der Kommission aufgerollte Thema tatsächlich ist.

Nach einer ausführlichen Auseinandersetzung mit den Diskussionsbeiträgen zur Reform, veröffentlichte die Kommission Ende des Jahres 2008 die sog „Erläuterungen zu Art 102 AEUV über die Prioritäten der Kommission bei der Anwendung des Art 82 EG“.¹² Obwohl es sich hierbei lediglich um Leitlinien und um kein rechtlich bindendes Dokument handelte, ist dieser Schritt von großer Bedeutung gewesen. In den „Erläuterungen“ präsentierte die Kommission zum ersten Mal öffentlich ihre neue Position beim Aufgreifen der kartellrechtlichen Missbrauchsfälle im Sinne der angebahnten Reform. Da die Reform eher als Abkehr von der bisherigen Rsp verstanden wird,¹³ rücken die „Erläuterungen“ zu Art 102 AEUV in den Mittelpunkt der höchst unübersichtlichen Diskussion darüber, welchen Weg das europäische Kartellrecht beschreiten sollte. Die angehende Reform des Art 102 AEUV hat unter anderem wieder die Frage aufgeworfen, was die ausschlaggebenden Ziele des europäischen Wettbewerbsrechts sind bzw was diese sein sollten. Soll das europäische Wettbewerbsrecht den Wettbewerb als Institution schützen oder stellt der Schutz des Wettbewerbs nur einen Zwischenschritt dar, um ein anderes Ziel, ein Endziel zu erreichen? Welche Stellung hat die Wettbewerbsfreiheit im europäischen Wettbewerbsrecht und steht sie im Konflikt zur Effizienz? Diese Fragen stellen die Hauptfragen dar, mit welchen ich mich im Rahmen dieser Arbeit beschäftigen werde.

¹¹ Siehe die Website der Generaldirektion für Wettbewerb, siehe Comments on the public consultation on discussion paper on the application of Article 82 to exclusionary abuses, 3/2006 <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/contributions.html> (6.6.2010).

¹² Mitteilung der Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung des Art 82 des EG-Vertrages auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABI 2009 C 45/02; abrufbar auch unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance_de.pdf (6.6.2010), (nachstehend nur „Erläuterungen“).

¹³ Siehe näher unten unter VIII.G.

IV. Gang der Arbeit

Im Rahmen meiner Arbeit werde ich mich mit der Missbrauchsaufsicht und mit den die Missbrauchsaufsicht betreffenden Reformbestrebungen des europäischen Wettbewerbsrechts beschäftigen. Im ersten Kapitel gehe ich zuerst auf die Frage ein, was unter Wettbewerb zu verstehen ist, welche wettbewerbspolitischen Konzeptionen und welche Ausgestaltungen des Wettbewerbs es gibt.

Das nächste Kapitel stellt die Regelungen des europäischen Wettbewerbsrechts dar und beleuchtet seine Entstehung und Hintergründe. Da das europäische Wettbewerbsrecht während seiner Entwicklung unter großem Einfluss der deutschen „Wettbewerbsideologie“ stand und nicht zuletzt durch Persönlichkeiten die auch bei der Entwicklung des deutschen Wettbewerbsrechts standen, geprägt wurde, werde ich im darauf folgenden Unterkapitel in Kürze das deutsche Wettbewerbsrecht skizzieren. Ich werde die Struktur des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) darstellen und vor allem auf Besonderheiten und konzeptionelle Unterschiede zum europäischen Wettbewerbsrecht hinweisen. Anschließend werde ich die wettbewerbspolitischen Ziele und den Zweck des GWB analysieren.

Im nächsten Kapitel werde ich die Ecksäulen der unter dem Namen „more economic approach“ bekannten Reform der europäischen Missbrauchsaufsicht skizzieren. Dabei werden die angeblichen Vorteile dieser Reform sowie die Kritik an der bisherigen Rsp schematisch dargestellt.

Nachfolgend werde ich die wettbewerbspolitischen Ziele des europäischen Wettbewerbsrechts im Wege einer detaillierten Analyse der bisherigen Rsp der Europäischen Gerichte untersuchen.¹⁴ Ich werde auf die Vorgehensweise und die Schwerpunktesetzung der Europäischen Gerichte hinweisen und die Unterschiede zu der im Sinne des „more economic approach“ angekündigten Vorgehensweise der Kommission aufzeigen.

Das abschließende Kapitel setzt sich mit den wesentlichen Vor- und Nachteilen der Reform auseinander. Dabei wird einerseits die Reform in Bezug auf das europäische Wettbewerbsrecht kritisch betrachtet und andererseits die allgemein zu identifizierende Vor- und Nachteile eines „more economic approach“ erörtert.

Im Rahmen meiner Arbeit werde ich mich ausschließlich mit dem Behinderungsmissbrauch beschäftigen. Einerseits würde eine umfassende Darstellung der Missbrauchsaufsicht den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Andererseits konzentrieren sich auch alle aktuellen Reformbestrebungen der Kommission im

¹⁴ Mit dem Begriff „Europäische Gerichte“ oder „Gerichte“ sind in dieser Arbeit das Gericht (EuG) und der Gerichtshof (EuGH) gemeint.

Rahmen des „more economic approach“ auf den Behinderungswettbewerb, weswegen diese Abgrenzung besonders zweckmäßig erscheint.

V. Wettbewerb

Um über das Wettbewerbsrecht und seine Ziele sprechen zu können, ist es zunächst sinnvoll den Begriff „Wettbewerb“ näher zu erörtern.

A. Definition des Wettbewerbs

Das Wort „Wettbewerb“ findet sein Synonym im Word „Konkurrenz“, was wieder aus dem lateinischen „concurrere“ stammt. Das Wort „concurrere“ wird üblicherweise als „zusammenstoßen“ oder „zusammenlaufen“ übersetzt.¹⁵ Das englische Wort für Wettbewerb ist „competition“ was als Situation beschrieben wird, in der der eine erfolgreicher als der andere sein möchte.¹⁶

Obwohl man in der Literatur unzählige Male versucht hat, den Wettbewerb zu definieren,¹⁷ ist eine Legaldefinition des Wettbewerbs in kaum einer Rechtsordnung zu finden. Sowohl in den USA, dem Land mit den meisten wettbewerbspolitischen Erfahrungen, als auch im deutschen oder europäischen Wettbewerbsrecht finden sich in den relevanten Gesetzen lediglich Verbote gegen die Behinderung bzw Beschränkung¹⁸ des Wettbewerbs, ohne nähere Umschreibung des Begriffes.¹⁹ Indessen erweist es sich als ausgesprochen schwierig auch mittels eines solchen Gegenbegriffes den Wettbewerb abschließend zu definieren.²⁰

Der wirtschaftspolitische Ausschuss in Deutschland versuchte den Wettbewerb in seinem Bericht zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als „jede Art wirtschaftlicher Handlung“ zu definieren, die „darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Mitbewerbers einen Vorteil zu verschaffen.“²¹ Gegen diese Definition kann eingewendet werden, dass sie die Notwendigkeit der Schädigung anderer Wettbewerber zu Erreichung des eigenen Vorteils impliziert, was vor allem in wachsenden Märkten wo eine solche Schädigung nicht stattfindet, unzutreffend ist.²²

¹⁵ Hildebrand, The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules² (2002) 109.

¹⁶ Cambridge Advanced Learner's Dictionary (2008).

¹⁷ Vgl Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb²⁶ (2008), Einl, Rz 1.6 mwN.

¹⁸ Vgl auch Sherman Act 1890, Section 1: „restraints of trade“.

¹⁹ Hoppmann, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb (1988) 276.

²⁰ Emmerich, Kartellrecht¹¹ (2008) 2; zum Begriff der „Wettbewerbsbeschränkung“ vgl auch Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1983) 59 ff; zur Kritik an der Definition des „effektiven Wettbewerbs“ als Fehlen von Beschränkungen siehe Bishop/Walker, The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement 19 Rz 2-006.

²¹ Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks 2/3644.

²² Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG²⁶ (2008), Einl, Rz 1.6.