

Studien zum Wirtschaftsstrafrecht

herausgegeben von

Klaus Tiedemann / Bernd Schünemann

Claudia Wunderlich

**Die Akzessorietät des § 298 StGB
zum Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)**



Centaurus Verlag & Media UG

Claudia Wunderlich

**Die Akzessorietät des § 298 StGB zum Gesetz
gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)**

Studien zum Wirtschaftsstrafrecht
herausgegeben von
Klaus Tiedemann / Bernd Schünemann

Band 31

Claudia Wunderlich

**Die Akzessorietät des § 298 StGB
zum Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)**



Centaurus Verlag & Media UG 2009

Zur Autorin:

Claudia Wunderlich, geb.1982, absolvierte ein Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Bayreuth und promovierte dort 2009. Sie arbeitete als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht I an der Universität Bayreuth und ist derzeit als Referendarin am LG Bayreuth tätig.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme**Wunderlich, Claudia:**

Die Akzessorietät des § 298 StGB zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) / Claudia Wunderlich. – Freiburg: Centaurus-Verl., 2009

(Studien zum Wirtschaftsstrafrecht ; Bd. 31)

Zugl.: Bayreuth, Univ., Diss., 2009

ISBN 978-3-8255-0752-7 ISBN 978-3-86226-344-8 (eBook)

DOI 10.1007/978-3-86226-344-8

ISSN 0938-9512

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© CENTAURUS Verlag & Media KG, Freiburg 2009

Satz: Vorlage der Autorin

Umschlaggestaltung: Antje Walter, Titisee-Neustadt

Vorwort

Diese Arbeit lag im Wintersemester 2008/2009 der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation vor.

Ganz besonders möchte ich mich bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Nikolaus Bosch bedanken, der mir während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl Gelegenheit zur Promotion gab und stets zu einem fachlichen Dialog bereit war.

Mein Dank gebührt auch Herrn Prof. em. Dr. Dr. h.c. Harro Otto für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und den Herren Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Tiedemann und Prof. Dr. Dr. h.c. Bernd Schünemann für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe.

Besonderen Dank gilt aber vor allem meinen Eltern, meiner Schwester und meinem Freund Marco Albrecht, die mich während der gesamten Zeit unterstützt und motiviert haben und jederzeit mit Rat und Tat zur Seite standen. Ohne sie wäre dieses Werk nicht entstanden. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Bayreuth, im Juli 2009

Claudia Wunderlich

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIII
Teil 1: Einleitung und Vorgehensweise	1
A. Einleitung	1
B. Vorgehensweise.....	3
Teil 2: Das Rechtsgut – Grundlage zur Bestimmung der Abhängigkeit des § 298 StGB vom GWB...5	5
Kapitel 1: Schutzgut des GWB.....	6
A. Geschichte des GWB.....	6
I. Entwicklung des Kartellrechts bis zur Einführung des GWB	7
II. Die 1. GWB-Novelle von 1966 – Wettbewerb auf allen Ebenen	11
III. Die 2. GWB-Novelle von 1973 – erste Angleichungen an das Europarecht.....	12
IV. Die 3. und 4. GWB-Novelle von 1976 und 1980.....	13
V. Die 5. GWB-Novelle von 1990 – Ausweitung des Wettbewerbsprinzips	14
VI. Die 6. GWB-Novelle von 1999 – wesentliche Harmonisierung mit dem Europarecht	14
VII. Die 7. GWB-Novelle von 2005 – endgültige Europäisierung des deutschen Kartellrechts	16
1. Gründe und Ziele der Novelle	16
2. Europäisierung als Problem für die Akzessorietät des § 298 StGB zum GWB (Art. 103 II GG)	17
3. Inhaltliche Änderungen und Problemfelder	19
B. Der Wettbewerbsbegriff des GWB	21
I. Der Wettbewerbsbegriff in der 1. Gesetzesbegründung	21
II. Die wettbewerbspolitische Bestimmung des Wettbewerbsbegriffs	21
1. Die Funktionen des Wettbewerbs.....	22
a) Die ökonomischen Funktionen des Wettbewerbs.....	22
b) Die gesellschaftspolitischen Funktionen des Wettbewerbs	23
2. Wettbewerbspolitische Ansätze	24
a) Der klassische Liberalismus	24
b) Das Modell der vollständigen Konkurrenz.....	24
c) Harvard School	25
d) Chicago School	27
e) Theorie der „Contestable Markets“	28
f) Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung.....	28
g) Die Österreichische Schule und von Hayek	29
h) Die Freiburger Schule	30

Inhaltsverzeichnis

i) Konzept der Wettbewerbsfreiheit.....	30
j) Ergebnis.....	31
III. Bestimmung des Wettbewerbsbegriffs durch das deutsche Kartellrecht	32
1. Wettbewerb als Zustand	33
2. Wettbewerb als menschliches Verhalten.....	33
3. Wettbewerb als wirtschaftliche Handlungsfreiheit	34
4. Ergebnis	35
IV. Bestimmung des Wettbewerbsbegriffs durch das europäische Kartellrecht	35
V. Ergebnis	37
Kapitel 2: Das Rechtsgut des § 298 StGB	38
A. Die Geschichte des § 298 StGB	39
I. Die Entwicklung der Strafbarkeit von wettbewerbswidrigen Absprachen	39
II. Die Bestrafung von Absprachen über § 263 StGB	42
1. Eingehungsbetrug	43
2. Erfüllungsbetrug.....	49
III. Hintergründe und Einführung des § 298 StGB	54
B. Meinungsstand	57
I. Schutzgut Vermögen.....	57
II. Vermögen und Wettbewerb als gleichrangige Schutzgüter	58
III. Schutzgut Wettbewerb	59
C. Ansätze zur Bestimmung von Rechtsgütern	61
I. Der positivistische oder systemimmanente Ansatz.....	61
II. Der systemkritische Ansatz	63
D. Bestimmtheit des Wettbewerbsbegriffs als strafrechtliches Schutzgut	66
E. Zusammenfassung der Argumente und Bestimmung des Schutzguts des § 298 StGB.....	70
F. Die Abhängigkeit des § 298 StGB vom GWB	72
Kapitel 3: Zusammenfassung des zweiten Teils.....	73
Teil 3: Die Abhängigkeit der einzelnen Tatbestandsmerkmale von den Regelungen des GWB	75
Kapitel 1: Ausschreibungen	75
A. Akzessorietätsgedanken in der Geschichte	76
B. Die Akzessorietät des Ausschreibungsmerkmals des § 298 StGB.....	86
I. Vergabearten	86
1. Die Vergabegrundsätze (§ 97 GWB, § 2 VOB/A, § 2 VOL/A).....	88
a) Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 I GWB, § 2 Nr. 1 VOB/A, § 2 Nr. 1 VOL/A, § 4 I VOF)	88
b) Transparenzgebot (§ 97 I GWB)	89

c) Der Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 II GWB, §§ 2 Nr. 2, 8 Nr. 1 VOB/A, §§ 2 Nr. 2, 7 Nr. 1 I VOL/A, § 4 II VOF)	90
d) Berücksichtigung mittelständischer Interessen (§ 97 III GWB, § 4 Nr. 2, 3 VOB/A, §§ 5 Nr. 1, 7 Nr. 3, 10 Nr. 2 I VOL/A, § 4 V VOF/A)	92
e) Maßgebliche Eignungskriterien (§ 97 IV GWB, §§ 2 Nr. 1, 25 Nr. 2 VOB/A, §§ 3 Nr. 3, 25 Nr. 2 VOL/A, § 4 I VOF)	95
f) Zuschlagskriterium des wirtschaftlichsten Angebots (§ 97 V GWB, § 25 Nr. 3 VOL/A, § 25 Nr. 3 III VOB/A, § 17 III VOF)	101
2. Arten der Vergabe (§ 101 GWB)	105
a) Das offene Verfahren (§ 101 II GWB)	106
aa) Das Verfahren	107
bb) Die Einbeziehung des offenen Verfahrens in den Schutzbereich des § 298 StGB	109
b) Das nicht offene Verfahren (§ 101 III GWB)	109
aa) Anwendungsbereich des nicht offenen Verfahrens	110
bb) Das Verfahren	112
cc) Die Einbeziehung des nicht offenen Verfahrens in den Schutzbereich des § 298 StGB	113
c) Das Verhandlungsverfahren (§ 101 IV GWB)	115
aa) Das Verfahren	115
bb) Anwendungsbereich	117
cc) Die Einbeziehung des Verhandlungsverfahrens in den Schutzbereich des § 298 StGB	120
d) Der wettbewerbliche Dialog	123
aa) Das Verfahren	124
bb) Anwendungsbereich	126
cc) Einbeziehung des wettbewerblichen Dialogs in den Schutzbereich des § 298 StGB	128
II. Der personelle Anwendungsbereich	130
1. personeller Anwendungsbereich des GWB	131
a) § 98 Nr. 1 GWB – Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen	132
b) § 98 Nr. 2 GWB – juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts	133
c) § 98 Nr. 3 GWB – Verbände	139
d) § 98 Nr. 4 GWB – Sektorenauftraggeber	139
e) § 98 Nr. 5 GWB – Drittvergaben	141
f) § 98 Nr. 6 GWB – Baukonzessionen	142

Inhaltsverzeichnis

2. Einschränkung des personellen Anwendungsbereich des § 298 StGB	142
III. sachlicher Anwendungsbereich	146
1. Auftragsart	146
a) Lieferaufträge	149
b) Bauaufträge und Dienstleistungsaufträge	150
aa) Bauaufträge	150
bb) Dienstleistungsaufträge	150
cc) Gewerbliche Leistungen im Sinne des § 298 StGB	151
c) Auslobungsverfahren	152
2. Schwellenwerte	153
IV. Ergebnis	158
C. Zusammenfassung	159
Kapitel 2: Abgabe eines Angebots	161
A. Angebot	161
I. Das Angebot im Vergaberecht	162
II. Notwendigkeit der Einbeziehung eines vergaberechtswidrigen Angebots	167
1. Vergleichsfall: Absprachegemäßes Unterlassen der Angebotsabgabe	168
2. Übertragbarkeit auf den Fall der Abgabe eines auszuschließenden Angebots	175
3. Abgabe eines Schein- oder Scherzangebots	176
III. Zusammenfassung	177
B. Abgabe	178
I. Zivilrechtliche Bestimmung	178
II. Abgabe im Sinne des § 298 StGB	181
III. Zusammenfassung	186
Kapitel 3: Rechtswidrige Absprache	187
A. Absprache	187
I. Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen des GWB	188
1. Vereinbarungen	188
2. Beschluss	196
3. Zwischenergebnis	197
4. aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen	198
5. Auslegung des Begriffs der Absprache im Rahmen des § 298 StGB	203
II. Das Sonderproblem der Einbeziehung von vertikalen Absprachen	206
1. Der kartellrechtliche Behandlung vertikaler Absprachen	207
2. Einbeziehung der vertikalen Absprachen im Rahmen des § 298 StGB	212
a) Die Beurteilung des BGH	212
aa) Sachverhalt	213

Inhaltsverzeichnis

bb) Das Urteil.....	214
b) Kritische Überprüfung der Rechtsprechung	215
c) Die Unternehmenseigenschaft des Staates	220
III. Zusammenfassung	227
B. Rechtswidrigkeit	228
I. Einschränkungen des Kartellverbots aufgrund des Wortlauts – Bezwecken oder bewirken einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs	229
1. Verhindern, einschränken oder verfälschen des Wettbewerbs	230
2. Spürbarkeit	235
3. Bezwecken und Bewirken	240
II. Kartellrechtlich zulässige oder legalisierte Verhaltensweisen	243
1. Kartellrechtsfreie Kooperationen	243
a) Marktinformationsverfahren	243
b) Bieter- und Arbeitsgemeinschaften	245
2. Freigestellte Vereinbarungen	247
a) Gruppenfreistellungsverordnungen	248
aa) Verordnung Nr. 2658/2000 - Spezialisierungsvereinbarungen	248
bb) Verordnung Nr. 2659/2000 – Forschung und Entwicklung	249
cc) Verordnung Nr. 358/2003 – Kooperationen im Versicherungsbereich	251
dd) Verordnung Nr. 1017/68 geändert durch 1/2003 – Kooperationen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr	252
ee) Verordnung Nr. 823/2000 geändert durch 611/2005 – Kooperationen im Seeverkehr	253
ff) Verordnung Nr. 2790/1999 – vertikale Vereinbarungen	254
gg) Verordnung Nr. 1400/2002 – Vertikalvereinbarungen im Kraftfahrzeugsektor	256
hh) Verordnung Nr. 772/2004 – Technologietransfer	257
b) Freigestellte Vereinbarungen im Sinne des § 2 I GWB	257
aa) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung	259
bb) Angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn	263
cc) Unerlässlichkeit der Einschränkung	264
dd) Ausschaltung des Wettbewerbs	267
c) Mittelstandskartelle nach § 3 GWB	268
aa) Vorliegen eines kleineren oder mittleren Unternehmens (KMU)	269
bb) Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge und zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit	270

Inhaltsverzeichnis

3. Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche	271
a) Wasserversorgung.....	271
b) Zeitungen und Zeitschriften	272
c) Landwirtschaft.....	273
d) Verkehr	274
II. Die Rechtswidrigkeit im Rahmen des § 298 StGB.....	275
III. Zusammenfassung	276
Teil 4: Zusammenfassung der Ergebnisse und abschließende Bewertung	279
Literaturverzeichnis	XVII

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABIEG	Amtsblatt der europäischen Gemeinschaft
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaften
AktG	Aktiengesetz
AnwBl	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz.	Bundesanzeiger
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BKartA	Bundeskartellamt
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CPV	Common Procurement Vocabulary Codes
CuR	Contracting und Recht
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DM	Deutsche Mark
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (früher: EGV)
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Abkürzungsverzeichnis

EWG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
etc.	et cetera
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FLF	Finanzierung, Leasing, Factoring
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv
GA Tesauro	Generalanwalt Tesauro
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GPA	Government Procurement Agreement
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVBl.	Gesetz und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWB-E	Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
HS	Halbsatz
iVm	in Verbindung mit
JA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaften auf Aktien
KMU	kleinere oder mittlere Unternehmen
KOM	Entscheidungssammlung der Kommission
KTS	Konkurs, Treuhand, Sanierung
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MfG	Mittelstandsförderungsgesetz
Mrd.	Milliarden
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue juristische Wochenschrift

Abkürzungsverzeichnis

NJW-RR	Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport Zivilrecht
NK	Nomos Kommentar
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
ÖPP-BeschleunigungsG	Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich-Privaten-Partnerschaften
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
SigG	Signaturgesetz
SK	Systematischer Kommentar
Slg.	Sammlung
StGB	Strafgesetzbuch
StGB-E	Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, der Strafprozessord- nung und anderer Gesetze
StV	Strafverteidiger
u.a.	und andere
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
v.	vom
VergabeR	Vergaberecht
Vgl.	vergleiche
VgR	Vergaberecht
VgRÄG	Vergaberechtsänderungsgesetz
VgV	Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge

Abkürzungsverzeichnis

VK	Vergabekammer
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VOL	Verdingungsordnung für Lieferungen und Leistungen
VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen
VoPR	Verordnung über die Preise für Bauleistungen bei öffentlichen oder mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen
Vorbem.	Vorbemerkung
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WTO	Welthandelsorganisation
z.B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Teil 1: Einleitung und Vorgehensweise

A. Einleitung

„Soviel Markt wie möglich, soviel Staat wie nötig.“¹

Diese Aussage, die den Kern der sozialen Marktwirtschaft beschreibt, ist vor allem für das Wettbewerbsrecht prägend. Zum einen soll möglichst wenig in das freie Spiel der Marktkräfte eingegriffen, der Wettbewerb so ausgeprägt wie irgend möglich erhalten und gefördert werden. Zum anderen aber müssen gewisse staatliche Regulierungen vorliegen, um Wettbewerb gewährleisten zu können. Angesprochen ist vor allem die Tendenz der Unternehmen in einer freien Marktwirtschaft Kartelle zu bilden, um so dem Wettbewerbsdruck entgegenwirken zu können.

Die Bedeutung von Wettbewerb für die Volkswirtschaft und das Verständnis von Wettbewerb wandelte sich vor allem im letzten Jahrhundert grundlegend. Ende des 19. Jahrhunderts ging man noch davon aus, dass die unkontrollierte Marktwirtschaft zu einem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Chaos führen würde und die Volkswirtschaft ein dringendes Bedürfnis danach habe, dass die Kartelle die Gesamtproduktion an den Gesamtbedarf anpassen und die Gesamtproduktion angemessen unter den einzelnen Produzenten verteilen.² Nur mit Kartellen – so war die Ansicht – ließen sich die „ewigen Krisen“ von Überproduktion und Absatzstockung beseitigen. Auch sei nur so gewährleistet, dass die gewerbliche Produktion als nützliche Arbeit für die Gesamtheit zu einem lohnenden und sicheren Geschäft werde.³

In der heutigen Zeit hingegen, gewinnt der Gedanke des „laissez-faire“ immer stärkere Bedeutung. Es soll von staatlicher Seite möglichst wenig in die Marktvorgänge

¹ Karl Schiller, Bundeswirtschaftsminister 1966-1972.

² vgl. *Kleinwächter*, Kartelle (1883), S. 161f.

³ vgl. *Kleinwächter*, Kartelle (1883), S. 194f.

ge eingegriffen werden. Der Markt kann sich durch den Wettbewerb weitgehend selbst regulieren. Nur der Rahmen, in dem der Wettbewerb diese Aufgabe übernehmen kann und soll, wird durch staatliche Vorgaben gesetzt.

Dies geschieht im Wesentlichen durch Rahmenregelungen im europäischen und nationalen Recht. In Deutschland ist besonders das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hervorzuheben, das als „Grundgesetz der deutschen Wirtschaft“ gilt. Dieses Gesetz unterliegt, vor allem auch aufgrund des sich laufend verändernden Verständnisses von schützenswertem Wettbewerb, einem stetigen Wandel.

Obwohl es Wettbewerb an sich schon immer gegeben hat, zeigt schon der Vergleich der letzten 130 Jahre, dass die Bedeutung und die Bewertung dieses Phänomens sich grundlegend änderte – von nicht erwünscht bis hin zu unbedingt schützenswert. Auch strafrechtlich lässt sich diese Entwicklung nachvollziehen. So wurde 1998 – nach nahezu 150 Jahren – mit § 298 StGB erstmals wieder ein Straftatbestand für Kartelle innerhalb von Ausschreibungen geschaffen. Diese Vorschrift wirft allerdings, vor allem seit der vollständigen Änderung des GWB im Jahre 2005, eine grundlegende Frage auf. Kann eine Strafnorm so dynamisch ausgestaltet sein, dass sie sich den jeweiligen Gegebenheiten in einem bestimmten Rechtsbereich anpassen kann? Konkreter gefragt: Muss zur Auslegung des § 298 StGB auf das GWB und seine Wertungen zurückgegriffen werden oder ist das Strafrecht eigenständig zu beurteilen? Bejaht man das Erfordernis eines Rückgriffs so stellt sich die Frage, ob § 298 StGB lediglich die verbotenen Verhaltensweisen im Zeitpunkt seiner Entstehung sanktioniert oder ob sich seine Auslegung und sein Verständnis durch die Änderung des Kartellrechts mitverändert hat. Muss die Norm sich vielleicht sogar mitverändern, um einen effektiven Schutz gewährleisten zu können? Der BGH⁴ scheint dies zu verneinen, als er 2004 die Frage der Einbeziehung vertikaler Absprachen in den Schutzbereich des § 298 StGB zu klären hatte. So stellt er in seinem Beschluss vom 22.06.2004 fest, dass der Gesetzgeber mit § 298 StGB nur einen „Teilbereich der bisherigen (Kartell-) Ordnungswidrigkeiten“ kriminalisieren, das heißt strafrechtlich erfassen wollte und deshalb die – nach Auffassung des Senats – auf horizontale Absprachen beschränkte Anwendung der Vorschrift nicht dadurch berührt werde, dass unter Umständen auch vertikale Ver-

⁴ BGH, NZBau 2004, 513ff.

einbarungen wettbewerbsrechtlich verboten sind. Als Nachweis, dass von § 1 GWB seit der 7. GWB-Novelle auch vertikale Absprachen erfasst sein sollen, zitiert der BGH die Gesetzesbegründung zu dieser Novelle.⁵

Eine genaue Untersuchung der Frage, ob beziehungsweise inwieweit § 298 StGB akzessorisch zum GWB ist und ob sich der § 298 StGB inhaltlich mit dem Kartellrecht verändert hat oder ob er vielmehr statisch noch immer die im Zeitpunkt seiner Schaffung kartellrechtlich verbotenen Verhaltensweisen strafrechtlich sanktioniert, steht noch aus, so dass diese Arbeit zu einer Klärung beitragen soll.

B. Vorgehensweise

Untersucht wird, ob § 298 StGB statisch oder dynamisch zu verstehen ist, das heißt ob § 298 StGB auf dem kartellrechtlichen Stand seiner Schaffung stehen geblieben ist und nur durch eine Gesetzesänderung an die gewandelten Umstände seit 2005 angepasst werden kann oder ob er im Sinne einer dynamischen Ausgestaltung diese Anpassung selbst vollzieht. Konkret soll die Frage beantwortet werden, ob § 298 StGB die Regelungen des GWB nach der siebten Novelle umfasst, und damit auch heute noch einen ausreichenden Schutz des Wettbewerbs in der Form gewährleisten kann, die er nach Umgestaltung des GWB gefunden hat.

Dieser Problemstellung soll sich im Wesentlichen durch eine Zweiteilung der Arbeit genähert werden, die von grundlegenden Überlegungen zur detaillierten Überprüfung der einzelnen Tatbestandsmerkmale führt. Anfangs werden die durch § 298 StGB und durch das GWB geschützten Rechtsgüter bestimmt. Einer solchen Klärung bedarf es, um überhaupt feststellen zu können, inwieweit eine Akzessorietät denkbar ist. So kann eine strenge Akzessorietät nur in Betracht kommen, wenn auch das Schutzgut identisch ist. Zeigt die Untersuchung, dass sowohl das GWB als auch der § 298 StGB die gleiche Vorstellung von Wettbewerb schützen, so besteht die grundsätzliche Möglichkeit der akzessorischen Ausgestaltung des § 298 StGB und damit seiner dynamischen Anpassungsfähigkeit auch an solch gravierende Veränderungen des Kartellrechts, wie es die siebte GWB-Novelle mit sich brachte. Schützen das GWB und § 298 StGB jedoch unterschiedliche Rechtsgüter,

⁵ BGH, NZBau 2004, 513 (515).

so muss eine strenge Akzessorietät ausfallen. Inwieweit eine teilweise Akzessorietät in Betracht käme ist gegebenenfalls im Anschluss zu diskutieren.

Im Folgenden werden dann die einzelnen Tatbestandsmerkmale auf ihre Abhängigkeit vom Kartellrecht untersucht, wobei das Ergebnis der Rechtsgutsbestimmung stets als Grundlage zu beachten ist. Die Prüfung beginnt jeweils mit einer zivilrechtlichen Betrachtung des Umfangs, der Reichweite und Auslegung des Merkmals im Rahmen des Kartellrechts. Im Anschluss wird dann überprüft, ob die so gefundenen Ergebnisse für die Auslegung des § 298 StGB verwendet werden können oder ob die besonderen Regelungen des Strafrechts, vor allem auch die Wortlautgrenze des § 298 StGB, einer solchen Übertragung entgegenstehen. Eine Akzessorietät und damit eine dynamische Anpassung an das Kartellrecht kann immer dann angenommen werden, wenn der Wortlaut des § 298 StGB die zivilrechtliche Bestimmung deckt oder von sich heraus die zivilrechtliche Auslegungsmöglichkeiten einschränkt. Von einer Akzessorietät muss abgesehen werden, wenn zivilrechtliche Bestimmungen nicht unter § 298 StGB gefasst werden können, obwohl sie in den Regelungsbereich des Paragraphen fallen würden und auch der Wortlaut theoretisch eine solche Auslegung zulassen würde, eine Übertragung aber aufgrund strafrechtlicher Prinzipien nicht in Betracht kommen kann.

Teil 2: Das Rechtsgut – Grundlage zur Bestimmung der Abhängigkeit des § 298 StGB vom GWB

Bevor eine Überprüfung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 298 StGB auf ihre Akzessorietät zum GWB vorgenommen werden kann, soll geklärt werden, ob die Schutzgüter und damit die Schutzrichtungen der zu überprüfenden Gesetze identisch sind. Nur bei einer Übereinstimmung der Rechtsgüter des § 298 StGB und des GWB ist eine Akzessorietät möglich.

Das Rechtsgut spielt im Rahmen des Strafrechts – aber auch im Rahmen der anderen Rechtsgebiete – eine wichtige Rolle. Entscheidend für die Betrachtung der Akzessorietät des § 298 StGB ist die Funktion des Rechtsguts, die ihm die „Lehre von der Auslegung“ zuschreibt. In der „Lehre von der Auslegung“ stellt das geschützte Rechtsgut das entscheidende Kriterium der teleologischen Auslegung eines Tatbestandsmerkmals dar. Nur wenn im Voraus geklärt wurde, was die jeweilige Norm schützen soll und welchen Zweck (= telos) sie verfolgt, können die einzelnen Tatbestandsmerkmale und deren Reichweite hinreichend bestimmt werden.⁶

⁶ Ob und wenn ja welche Funktionen zusätzlich zur Auslegungsfunktion geschützt werden sollen, ist für die Bestimmung der Akzessorietät des § 298 StGB und damit für diese Arbeit nicht relevant, da hier nur die Reichweite des Tatbestands bestimmt werden soll. Vgl. zur gesamten Rechtsgutsdiskussion: *Amelung*, Begriff des Rechtsguts, in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers, Rechtsgutstheorie (2003), S. 155ff; *Rudolphi*, Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: FS Honig (1970), S. 151ff; *Binding*, Normen und ihre Übertretung/I, I (1872), S. 193ff.; *Habermas*, Faktizität und Geltung (1994), S. 311ff.; *Marx*, Rechtsgut (1972), S. 62ff; *Otto*, Rechtsgutsbegriff, in: Müller-Dietz, Strafrechtsdogmatik (1971), S. 1ff; *Sternberg-Lieben*, Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und Freiheit, in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers, Rechtsgutstheorie (2003), S. 65ff; *Callies*, Theorie der Strafe (1974), S. 143ff; *Appel*, Verfassung und Strafe (1998) S. 342; *Worms*, Lehre vom Rechtsgut (1984), S. 79; *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz (1957), S. 21; *Welzel*, Naturalismus (1935), S. 75.

Auch die Diskussion, ob auch Funktionszusammenhänge (Universalrechtsgüter) oder nur Rechtsgüter, die einer bestimmten Person zuordenbar sind (Individualrechtsgüter), taugliche Schutzgüter sein können, soll hier nicht ausführlich dargelegt werden. Eine detaillierte Diskussion würde den Umfang dieser Arbeit übersteigen und ist insoweit für die eigentliche Akzessorietätsdiskussion nicht zielführend, vgl. aber dazu ausführlich: bejahend: *Hegler*, ZStW 36, S. 19

Um die Akzessorietät und ihre Reichweite festlegen zu können, muss damit vorerst das Schutzgut der zu überprüfenden Gesetze – des GWB und des § 298 StGB – herausgearbeitet werden.

Kapitel 1: Schutzgut des GWB

Begonnen wird mit der Bestimmung des Schutzguts des GWB, da dieses auch Auswirkungen auf die Rechtsgutsdiskussion im Rahmen des § 298 StGB hat.⁷

Das GWB soll die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da begrenzen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt.⁸ Es soll mithin die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs als Institution schützen, der offene Märkte, wettbewerbliche Marktstrukturen und individuelle Handlungsfreiheiten zum Ziel hat.⁹ Fraglich ist jedoch, was „Wettbewerb“ bedeutet. Das GWB selbst gibt keine Legaldefinition dafür. Es soll daher durch Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung, der Wettbewerbspolitik, dem Kartellrecht und dem Europarecht versucht werden, eine praktikable Definition zu finden.

A. Geschichte des GWB

Wie bereits in der Einleitung angedeutet, unterlagen der Wettbewerbsbegriff und dessen Bedeutung in der Gesellschaft im Laufe des letzten Jahrhunderts einem ste-

(29); *Oetker*, ZStW 17, S. 493 (508); *Kohlhoff*, Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe (2003), S. 147; *Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs (1995), S. 239f.; verneinend: *Lüderssen*, BB 1996, Beilage 11, S. 1 (7); *Hassemer*, personale Rechtsgutslehre, FS Kaufmann (1993), S. 85 (92); *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat (1998), S. 69; *Hassemer*, ZRP 1992, S. 378 (380); *Sternberg-Lieben*, Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und Freiheit, in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers, Rechtsgutstheorie (2003), S. 65 (68).

⁷ Vgl. Teil 2, B IV.

⁸ BT-Drucks. 1/3462, S. 15; *Bunte* in: Langen/Bunte, GWB-Kommentar/1 (2006), Einführung, Rn. 53.

⁹ *Bruhn*, DSStR 1994, S. 1539 (1539); *Kling/Thomas*, Kartellrecht (2007), S. 497.

tigen Wandel. Dabei spielt vor allem das unterschiedliche Verständnis von Wirtschaft und Gesellschaftsform eine zentrale Rolle. Nur wenn man die gesellschaftlichen Veränderungen nachvollzieht, kann eine für unsere Zeit gültige Definition für Wettbewerb gefunden werden. Wie die im Folgenden aufgezeigte Entwicklung deutlich macht, wurde Wettbewerb in seiner begrifflichen Bedeutung und seiner als schützenswert empfundenen Ausprägung stets anhand gesellschaftlicher oder gesellschaftspolitischer Umstände bestimmt und den jeweiligen Bedürfnissen angepasst. Um herausarbeiten zu können, welche Art von Wettbewerb, in welchem Umfang das GWB in seiner heutigen Fassung schützen soll, ist es sinnvoll sich vor Augen zu führen, wann und aufgrund welcher tatsächlichen Verhältnisse kartellrechtliche Regelungen eingeführt oder geändert wurden. Auch im Hinblick auf eine europarechtliche Definition des Begriffs „Wettbewerb“ ist die Auseinandersetzung mit der geschichtlichen Entwicklung sinnvoll. Wie sich im Folgenden zeigen wird, wurde das deutsche Kartellrecht im Laufe der Zeit vollständig an das Europarecht angeglichen. Vor allem nach der 7. Novelle im Jahr 2005, in der die europäischen Regelungen wortlautgetreu übernommen wurden, erscheint ein grundsätzlicher Rückgriff auf europarechtliche Definitionsversuche nicht mehr völlig ausgeschlossen.

I. Entwicklung des Kartellrechts bis zur Einführung des GWB

Bis zur Einführung der Kartellverordnung oder der „Verordnung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellung“¹⁰ im Jahr 1923 herrschte in Deutschland die von der Rechtsprechung¹¹ bestätigte Auffassung¹² vor, dass die Wettbewerbsfreiheit zugunsten der Vertragsfreiheit zurücktreten müsse. Aus dem Prinzip der Gewerbefreiheit folge keine Unantastbarkeit des freien Spiels der Kräfte derart, dass es untersagt wäre, im Wege genossenschaftsähnlicher Selbsthilfe die Betätigung dieser Kräfte zu regeln und von schädlichen Ausschreitungen abzuhalten. Kartelle wurden als eigentlich nützliche Einrichtungen gesehen, um im Interesse der Gesamtheit ruinösen Wettbewerb zu verhindern.¹³ Diese Anschauung und vor allem auch die juristische Bestätigung führten zu einer starken Kartellierung Deutsch-

¹⁰ RGBl. I-1923, S.1067ff.

¹¹ Sächsisches Holzschutzkartell, RGZ 38, 155ff.

¹² vgl. *Kleinwächter*, Kartelle (1883), S. 161f.

¹³ Sächsisches Holzschutzkartell, RGZ 38, 155 (157f.).

lands. Sie wurde zum Teil sogar vom Staat gefördert und zur Produktions- und Wirtschaftslenkung eingesetzt.¹⁴

Wettbewerb wurde bis 1923 als eher negativ und vermeidenswert angesehen. Dieser, und die darauf basierende Form der Marktwirtschaft führe zu einem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Chaos, so dass es „*erklärlich [sei], wenn man zu dem Resultate gelangt, dass die Regelung der Volkswirtschaft ein dringendes Bedürfnis ist und dass die Kartelle nur im Interesse der Gesamtheit handeln, wenn sie die Gesamtproduktion dem Gesamtbedarfe anzupassen streben. Nicht minder gerechtfertigt ist es ferner, wenn die Kartelle dahin zu wirken suchen, dass die Gesamtproduktion in angemessener Weise unter die einzelnen Produzenten vertheilt werde*“ Auch habe das Kartellsystem unleugbare eminente Vorteile. „*Zunächst würde durch dasselbe Ordnung in die unregelmäßige gewerbliche Produktion gebracht; die Produktion würde dem Bedarfe angepasst und damit wären die ewigen Krisen – Ueberproduktion und Absatzstockung – beseitigt. Die gewerbliche Produktion, die heute mit einem bedeutenden wirtschaftlichen Risiko verknüpft und demgemäss stäts ein gewagtes Unternehmen ist, würde ferner wieder zu dem, was sie im Mittelalter war und was jede nützliche Arbeit für die Gesamtheit eigentlich sein soll, zu einem lohnenden und ganz besonders zu einem sicheren Geschäft. Endlich – und hierin würde ich den wesentlichsten Vorzug dieses Systems erblicken – würde es auf diese Weise möglich den berechtigten Klagen der Arbeiter abzuhelpen. Stünden nämlich die Unternehmer in Folge des Schutzes fest, den ihnen der Staat angedeihen lässt, dann könnte auch andererseits wieder der Staat an sie mit der Forderung herantreten, dass sie nunmehr auch für ihre Arbeiter entsprechend sorgen und diesen eine gesicherte Stellung einräumen.*“¹⁵ Vor allem der letzte von Kleinwächter 1883 angeführte Aspekt zeigt, dass die Gesellschaft noch stark an den Folgen der Industrialisierung Deutschlands Mitte des Jahrhunderts zu leiden hatte. Der schnelle Aufbau verschiedenster „moderner“ Industrien führte zu verstärktem Wettbewerb zwischen den Unternehmern, die ein hohes wirtschaftliches Risiko aufnahmen und hohe Investitionen tätigten. Um konkurrenzfähig produzieren zu können, wurde vor allem am Schutz der Arbeitnehmer gespart, sei dies

¹⁴ Im Jahre 1907 wurden die Kartellierungsquoten bei Steinkohle auf 82%, bei Rohstahl auf 50%, bei Papier auf 90% und bei Zement auf 48% geschätzt. Vgl. Bunte in: Langen/Bunte, GWB-Kommentar/1 (2006), Einführung, Rn. 2; Möschel, Ordoliberalismus, FS Pfeiffer (1988), S.707 (709).

¹⁵ vgl. Kleinwächter, Kartelle (1883), S. 161f., 194f.

auf gesundheitlicher oder finanzieller Ebene – eine Art Kündigungsschutz bestand zu diesem Zeitpunkt nicht. Die Kartellierung Deutschlands und damit die Ausschaltung des freien Wettbewerbs wurden insoweit als begrüßenswert angesehen. Die Absprachen ermöglichten es Unternehmen langfristig sicher zu planen und zu existieren und diese Sicherheit auch an ihre Arbeitnehmer weiterzugeben.

Aufgrund wachsender öffentlicher Kritik an der zunehmenden Anzahl von Kartellen, wurde mit der Kartellverordnung ein erster Versuch unternommen, den Kartellierungstrend zu kontrollieren.¹⁶ Kartelle wurden zwar als grundsätzlich zulässig anerkannt, deren „*schädlichen Auswüchse*“ sollten aber bekämpft werden. Durch „*Reinigung*“ sollten sie befähigt werden, „*der Anbahnung einer laufenden Geschäftsgebarung, der Verbreitung rationeller Produktionsmethoden und einer Vereinheitlichung der Preisbildung zu dienen.*“¹⁷ Zu diesem Zeitpunkt erkannte man bereits die Gefahren der Kartellierung, vor allem die Gefahr der Ausnutzung der Machtposition der Unternehmen. Die Kartelle wurden nicht an sich als schädlich oder negativ gesehen, sie wurden allerdings auch nicht mehr als bestes Mittel für die Koordination der Wirtschaft angeführt. Bereits hier zeigten sich die ersten Spuren einer Wandelung des Verständnisses des Wettbewerbs. Zwar wurde der freie Wettbewerb nicht als ernsthafte Alternative gesehen, die komplette Ausschaltung des Wettbewerbs durch Kartelle aber auch nicht mehr gefördert.

Erst nach Ende des 2. Weltkrieges, unter der Herrschaft der westlichen Siegermächte, wurde als Teil III Art. B 12 des Potsdamer Abkommens die Entkartellisierung bestimmt. Neben politischen Zielen, wie die Entmilitarisierung, Friedenssicherung etc. war Ziel dieses Programms die Installierung der amerikanischen Anti-trust-Politik, vor allem geprägt durch den Sherman Act von 1890, mit dem Prinzip der Wettbewerbsfreiheit in Westdeutschland.

Auf Grundlage des Sherman Acts wurde von den drei westlichen Alliierten 1947 das Dekartellisierungsrecht (Dekartellisierungsgesetz Nr. 56 für die amerikanische Besatzungszone, Ordinance Nr. 78 für die britische Besatzungszone und VO Nr. 96 für die französische Besatzungszone) erlassen, das Kartelle, Preisbindungen, Interessengemeinschaften, Konzerne und sonstige übermäßige Konzentrationen von

¹⁶ RGBl. I-1923, S. 1067ff.; BT-Drucks. 2/3644, S. 1 (2).

¹⁷ Bechthold in: Bechtold, GWB-Kommentar (2008), Einführung, Rn. 1.

Wirtschaftskraft verbot.¹⁸ Erstmals wurde Wettbewerb als essentiell schützenswert erachtet und die Kartelle als dessen Beschränkung angesehen. Zu beachten ist dabei allerdings, dass es sich um Besatzungsrecht handelte und nicht dem Willen des deutschen Volkes an sich entstammte. Der Wandel hinsichtlich der Bedeutung des Wettbewerbs für die Wirtschaft fand vorerst hauptsächlich auf der rechtlichen, weniger auf der gesellschaftlichen Ebene statt.

Obwohl die gesetzlichen Regelungen eine gemeinsame Basis besaßen und in ihren Zielen übereinstimmten, differierten sie in ihren Ausprägungen zum Teil stark. Auch ist gerade der Bereich der Wirtschaftsordnung ein wesentlicher Teil staatlicher Politik und Souveränität. Diese Überlegungen führten bald zu dem Wunsch der neuen Republik, ein eigenes deutsches Gesetz in diesem Bereich zu erlassen, das auch die rechtliche Einheitlichkeit in den westlichen Besatzungszonen wiederherstellen sollte.¹⁹

In einem Memorandum aus dem Jahre 1949 signalisierten die Besatzungsmächte grundsätzliche Bereitschaft, diesen wichtigen Teil der Wirtschaft auf deutsche Stellen zu delegieren.²⁰ Bereits 1949 entstand ein erster Entwurf eines „Gesetzes zur Sicherung des Leistungswettbewerbs“, welches ein generelles Kartellverbot vorsah. Ausnahmen konnten durch das Monopolamt genehmigt werden. Dieser Entwurf, wie auch die 18 folgenden Entwürfe scheiterten am heftigen Widerstand der Wirtschaft oder aber an Einwendungen der Besatzungsmächte.²¹ Erst am 01.01.1958 trat das „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ in Kraft. Das GWB statuiert die Wettbewerbsfreiheit im Rahmen des lauterer Wettbewerbs und will dessen Bestand gewährleisten, das heißt die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht beseitigen, wo diese die Tendenzen zur Leistungssteigerung

¹⁸ BT-Drucks. 2/3644, S. 1 (3); *Bunte* in: Langen/Bunte, GWB-Kommentar/1 (2006), Einführung, Rn. 5.

¹⁹ BT-Drucks. 2/1158, S. 21 (24); BT-Drucks. 2/3644, S. 1 (3); *Bechthold* in: Bechtold, GWB-Kommentar (2008), Einführung, Rn. 5.

²⁰ BT-Drucks. 2/1158, S. 21 (24); BT-Drucks. 2/3644, S. 1 (3); *Bechthold* in: Bechtold, GWB-Kommentar (2008), Einführung, Rn. 5.

²¹ Vgl. ausführlich dazu: *Mestmäcker*, WuW 2008, S. 6 (9ff.); *Bunte* in: Langen/Bunte, GWB-Kommentar/1 (2006), Einführung, Rn. 7; *Bechthold* in: Bechtold, GWB-Kommentar (2008), Einführung, Rn. 5.

beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt.²² Aufgrund mangelnder verfassungsrechtlicher Vorgaben bezüglich der Wettbewerbsordnung in der Bundesrepublik und der Zielsetzung des GWB wurde das Gesetz auch als „Grundgesetz der deutschen Wirtschaft“ bezeichnet.²³ Erstmals in Deutschland wurde durch das GWB ein generelles Kartellverbot statuiert, das jedoch teilweise durch einige Ausnahmemöglichkeiten relativiert wurde.²⁴ Mit diesem Gesetz bekannte sich der deutsche Gesetzgeber eigenständig zum Wettbewerb als Basis der deutschen Marktwirtschaft. Auch wenn die absolute Wettbewerbsfreiheit der Besatzungsmächte nicht vollständig übernommen wurde, so zeigt sich doch deutlich, dass die deutsche Wirtschaft und Politik grundsätzlich am freiheitlichen System festhalten wollten und eine Kartellierung, wie sie vorher bestand nicht wieder wünschten. Kartelle wurden nicht mehr als wünschenswerte Entwicklung, sondern hauptsächlich als beschränkend wirkende Wettbewerbsgefährdung eingestuft. Das Verständnis des Wettbewerbs hatte seine größte Wandelung vollzogen.

II. Die 1. GWB-Novelle von 1966 – Wettbewerb auf allen Ebenen

Auch nach Inkrafttreten des GWB endete die wettbewerbspolitische Diskussion nicht. Schon bald setzten erste Kritik und daraufhin erste Reformbemühungen ein. Am 01.01.1966 trat schließlich die 1. Novelle zum GWB in Kraft. Schwerpunkte der Änderung waren die Erleichterung gemeinschaftlicher Spezialisierungen, um die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer und mittlerer Unternehmen zu fördern, die Verschärfung der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen durch die Einführung eines Missbrauchstatbestandes anstelle des bis dahin geltenden Enumerationsprinzips, die Präzisierung und Erleichterung der Anzeigepflicht für Unternehmenszusammenschlüsse und vor allem auch die grundlegende Umgestaltung des Bußgeldverfahrens durch Übertragung der Entscheidungskompetenz auf die Kartellbehörden.²⁵ Diese erste Änderung zeigt, dass die Realität den wettbewerblichen Vorstellungen des Gesetzgebers nicht nachgekommen ist. So lässt sich vor allem an der Erleichterung der gemeinschaftlichen Spezialisierung kleinerer

²² BT-Drucks. 1/3462, S. 15 (15).

²³ *Bunte* in: Langen/Bunte, GWB-Kommentar/1 (2006), Einführung, Rn. 9.

²⁴ BT-Drucks. 1/3462, S. 15 (19).

²⁵ *Bunte* in: Langen/Bunte, GWB-Kommentar/1 (2006), Einführung, Rn. 11; *Bechtold* in: Bechtold, GWB-Kommentar (2008), Einführung, Rn. 8.

und mittlerer Unternehmen erkennen, dass ein Gegengewicht zu den Großunternehmen geschaffen werden musste, damit Wettbewerb auf allen Ebenen stattfinden kann.

III. Die 2. GWB-Novelle von 1973 – erste Angleichungen an das Europarecht

Am 05.08.1973 erfuhr das GWB eine zweite wichtige Änderung, die erstmals die Fusionskontrolle gesetzlich normierte. Weitere Schwerpunkte stellten die Abschaffung der Markenwarenpreisbindung, die Einführung des Verbots der abgestimmten Verhaltensweisen, die Verbesserung der Missbrauchsaufsicht und die Erleichterung von Kooperationsmöglichkeiten kleinerer und mittlerer Unternehmen dar.²⁶ Die Einführung des Verbots der abgestimmten Verhaltensweisen in § 25 I GWB a.F. wurde an das Verbot in Art. 85 I des EWG-Vertrages angelehnt.²⁷ Somit zeigte sich schon 1973 der Einfluss des Europarechts auf das nationale Kartellrecht. Diese Tatsache muss auch für die folgenden Novellen stets im Auge behalten werden. Auf eine Definition von abgestimmten Verhaltensweisen wurde mit der Begründung verzichtet, dass der Begriff durch die Teerfarben-Urteile des Europäischen Gerichtshofes bereits eine Auslegung erfahren habe.²⁸ Der EuGH definiert abgestimmte Verhaltensweisen als eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrages gediehen ist, die aber bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.²⁹ Bereits mit der zweiten Novelle begann eine – wie sich im Anschluss zeigen wird – weitgehende und entscheidende Entwicklung des Wettbewerbsrechts und auch des Wettbewerbsverständnisses. Während bis dato allein die nationale Politik und Wirtschaft als Maßstab für die Bestimmung von

²⁶ BT-Drucks. 7/986, S. Iff.; *Emmerich*, Kartellrecht (2008), § 2, Rn. 9; *Bunte* in: *Langen/Bunte*, GWB-Kommentar/1 (2006), Einführung, Rn. 12.

²⁷ Diese Anpassung ging auf die Teerfarbenurteile des EuGHs zurück: EuGH, Urt. v. 14.07.1972 – C-49/69, Slg. 1972, S. 713 – *Badische Anilin- und Sodafabrik*; EuGH, Urt. v. 14.07.1972 – C-51/69, Slg. 1972, S. 745 – *Farbenfabrik Bayer AG*; EuGH, Urt. v. 14.07.1972 – C-53/69, Slg. 1972, S. 845 – *Sandoz*; EuGH, Urt. v. 14.07.1972 – C-55/69, Slg. 1972, S. 887 – *Cassella Farbwerke Mainkur*; EuGH, Urt. v. 14.07.1972 – C-56/69, Slg. 1972, S. 927 – *Farbwerke Hoechst*.

²⁸ *Gleiss/Bechtold*, BB 1973, S. 1142 (1144).

²⁹ EuGH, Urt. v. 17.07.1972 – C-48/69, Slg. 1972, S. 619 (Rn. 64/67) – *Imperial Chemical Industries LTD*.

Wettbewerb herangezogen wurde, erfolgte nun eine Art Europäisierung. Der deutsche Gesetzgeber erfasste nicht nur den Wandel des Verständnisses von wettbewerbsgefährdenden Verhaltensweisen der deutschen Wirtschaft und Bevölkerung, sondern stellte auch auf die durch das Europarecht eingeführten Wertungen ab. Dies geschah sogar soweit, dass auf eigene Auslegungen von bestimmten Begriffen vollständig verzichtet, stattdessen vielmehr auf die Rechtsprechung des EuGH verwiesen wurde. Bereits jetzt wird deutlich, dass das Wettbewerbsrecht nicht rein national bestimmt werden kann. Die Europäisierungstendenz und die Abhängigkeit des deutschen Wettbewerbsrechts vom europäischen Recht werden auch im Rahmen einer möglichen Akzessorietät des Strafrechts zum GWB vertieft zu diskutieren sein.

Eine andere Frage betrifft allerdings die Abgrenzung der Märkte. Nur weil für die Auslegung auf internationales Recht zurückgegriffen wird, bedeutet das nicht, dass auch der Markt diese Dimension besitzen muss. Wie später noch herausgearbeitet wird³⁰, kommt es für eine Strafbarkeit nach § 298 StGB nicht auf die Gefährdung des europäischen Wettbewerbs als Ganzes an, vielmehr ist auf den lokalen Markt der bestimmten Ausschreibung und dem dort herrschenden Wettbewerb abzustellen. Eine solche Einschränkung des relevanten Marktes widerspricht der grundsätzlichen Europäisierung des Kartellrechts nicht. Die Anpassung des nationalen Kartellrechts an das Europarecht bezweckt die Vereinheitlichung der gesetzlichen Regelungen für all diese kleinen lokalen Märkte, ohne eine Regelung zu deren Größe und Reichweite treffen zu wollen und zu können.

IV. Die 3. und 4. GWB-Novelle von 1976 und 1980

Die dritte und vierte Änderung des Gesetzes brachten keine gravierenden Neuerungen. 1976 wurde die Zusammenschlusskontrolle für das Pressewesen verstärkt, während 1980 das GWB mit dem Ziel der Sicherung der strukturellen Voraussetzungen des Wettbewerbs geändert wurde. Durch eine Verschärfung der Fusionskontrolle, eine effizientere Gestaltung der Missbrauchsaufsicht und einer besseren Erfassung von Missbräuchen der Nachfragemacht, wurde das GWB an die geän-

³⁰ Vgl. Teil 2, B, IV, V; Teil 3, Kap. 1, B, III, 2.

derden wirtschaftlichen Verhältnisse angepasst.³¹ Vor allem die effizientere Gestaltung der Missbrauchskontrolle zeigt die zunehmende Bedeutung des Wettbewerbs auch nach der Grundsatzentscheidung für die freie Marktwirtschaft.

V. Die 5. GWB-Novelle von 1990 – Ausweitung des Wettbewerbsprinzip

Am 01.01.1990 trat die 5. GWB-Novelle in Kraft, deren Schwerpunkte in der Verbesserung der Fusions- und Verhaltenskontrolle und in der Beseitigung vieler Sondervorschriften in den Ausnahmereichen lagen. Die Einschränkung der Ausnahmereiche war vor allem im Hinblick auf das Europarecht, das für Banken und Versicherungen keine Ausnahmeregelungen kannte, überfällig.³² Mit dieser Novelle wurde das deutsche Recht weiter an das Europarecht angeglichen. Vormalig als vor Wettbewerb schutzwürdig angesehene Bereiche wurden dem allgemeinen Kartellverbot unterstellt und dem Wettbewerb preisgegeben. Dadurch wird eine Entwicklung deutlich, die im weiteren Verlauf verstärkt zu finden ist. Wettbewerb wurde in sämtlichen Bereichen als positiv und wünschenswert empfunden. Im Gegensatz zum früheren Verständnis zeigte die Erfahrung, dass Wettbewerb nicht zwangsläufig zu Chaos und Überproduktion führt, sondern sich vielmehr selbst reguliert, so dass auf einen Eingriff von staatlicher Seite meist verzichtet werden kann. Das Vorliegen von Wettbewerb wurde zunehmend als wichtig erachtet.

VI. Die 6. GWB-Novelle von 1999 – wesentliche Harmonisierung mit dem Europarecht

Mit der 6. GWB-Novelle, die am 01.01.1999 in Kraft trat, wurden hauptsächlich drei Ziele verfolgt. Das Wettbewerbsprinzip sollte gestärkt, das deutsche Kartellrecht mit dem europäischen Recht harmonisiert und das GWB als Ganzes neugeordnet und gestrafft werden.³³ Bis zum Inkrafttreten der 6. Novelle unterlag ein Kartell erst dem Verbot des § 1 GWB, wenn es auch durchgeführt wurde. Um das Wettbewerbsprinzip zu stärken, den Wettbewerb zu fördern und verstärkt zu schützen, aber auch um eine Angleichung an das Europarecht zu erhalten, wurde der

³¹ *Bechtold* in: *Bechtold, GWB-Kommentar* (2008), Einführung, Rn. 10f.

³² *Emmerich*, *FLF* 1989, S. 123 (123); *ders.*, *WM* 1988, S. 1773 (1773).

³³ *BT-Drucks.* 13/9720, S. 30; *BT-Drucks.* 13/10633, S. 1; *Bechtold*, *NJW* 1998, S. 2769 (2769).