

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 338

**Zulässigkeit
einer geltungserhaltenden Reduktion
der kartellrechtlichen Nichtigkeitsfolge**

Von

Katharina Alexandra Kunert



Duncker & Humblot · Berlin

KATHARINA ALEXANDRA KUNERT

Zulässigkeit einer geltungserhaltenden Reduktion
der kartellrechtlichen Nichtigkeitsfolge

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 338

Zulässigkeit
einer geltungserhaltenden Reduktion
der kartellrechtlichen Nichtigkeitsfolge

Von

Katharina Alexandra Kunert



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit
im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

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.

Alle Rechte vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpau
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-18631-0 (Print)
ISBN 978-3-428-58631-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie Gebauer und Kunert

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung in den Forschungsgegenstand	15
I. Forschungsfragen	15
1. Vorfrage: Geltungserhaltende Reduktion zwischen nationalem und EU-Recht	16
2. Materielle Kernfragen	16
a) Methodische Grundlagen: Teilbarkeit kartellverbotswidriger Abreden	17
b) Vereinbarkeit der Methodik mit Art. 101 Abs. 2 AEUV	18
c) Fragen des nationalen Kartellrechts	18
aa) Abweichungen im Hinblick auf nationale Nichtigkeitsfolge?	19
bb) Spannungsfelder im deutschen allgemeinen Zivilrecht	19
3. Weiterführende Diskussionen	20
II. Aufbau der Arbeit	20
B. Grundlegende Fragen im Zusammenhang mit der geltungserhaltenden Reduktion	22
I. Zivilrechtliche Grundlagen	22
1. Ein (unklarer) Begriff der Methodik und Beschreibung eines Ergebnisses ..	23
a) Versuch der Definition und Abgrenzung zu sachenahen Instrumenten ..	24
b) Systematischer Zusammenhang mit § 139 BGB	27
c) Die Rolle salvatorischer Klauseln	29
d) Bestimmung des reduzierten Teils	31
aa) Inhalt kann sich aus Gesetz ergeben	31
bb) Inhalt kann sich aus der Parteiarede ergeben	32
cc) Inhalt kann durch Auslegung zu ermitteln sein	33
dd) Ausschluss bei mehreren Lösungen?	33
2. Die Debatte um das korrekte Reduktionsmaß	36
3. Ausschluss bei kumulativen Rechtsverletzungen?	39
4. Allgemeine Kritik an der Methodik	40
a) Problem der Teilbarkeit	40
b) Überschreitung der Grenzen richterlicher Vertragsgestaltung	41
c) Reduktion widerspricht Sanktionscharakter der verletzten Norm	42
d) Präventionswirkung entfällt	42
II. Die geltungserhaltende Reduktion im Zusammenhang mit dem Kartellverbot	43
1. Fließende Verbotsgrenzen und Prinzip der Selbsteinschätzung	43

2. Praktische Beispiele	45
a) Horizontale Abreden	45
aa) Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	45
bb) Andere horizontale Kooperationsformen, z.B. Verkaufskooperation	47
b) Vertikalvereinbarungen	48
C. Geltungserhaltende Reduktion zwischen nationalem und EU-Recht	50
I. Methodische Zwitterstellung der geltungserhaltenden Reduktion	50
1. Nationales Recht ist maßgeblich für die Rechtsfolgen der Nichtigkeit	51
2. Geltungserhaltende Reduktion ist keine Rechtsfolge der Nichtigkeit	52
3. Konsequenz für das maßgebliche Recht hinsichtlich der Methodik	54
II. Hypothese: Die geltungserhaltende Reduktion ist Art. 101 Abs. 2 AEUV immanent	54
1. Herleitung von Rechten unmittelbar aus dem EU-Kartellprimärrecht	55
a) Überblick: Debatte im Bereich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung	56
b) Einordnung der geltungserhaltenden Reduktion: Erst-Recht-Schluss?	57
c) EU-Kommission zur Reduktion überschließender Wettbewerbsverbote	59
d) Generalisierungsfähigkeit eines allgemeinen Rechtsgedankens?	63
2. Herleitung von Rechten aus dem <i>effet utile</i>	65
a) Einfluss des <i>effet utile</i> auf nationale Kompetenzbereiche	66
b) EuGH zur Akteneinsicht in Schadensersatzverfahren	67
c) Bedeutung für ein Recht auf geltungserhaltende Reduktion	70
3. Keine Auswirkungen der Hypothese auf den weiteren Gang der Analyse	71
4. Zwischenergebnis	72
III. Allgemeiner Rechtsgrundsatz auf Grundlage des Rechts der Mitgliedstaaten?	72
1. Methodische Grundlagen zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen	73
a) Beispiele für rechtsvergleichend ermittelte Grundsätze aus nationalem Recht	74
b) Merkmale und Funktionen	75
aa) Generalisierungsfähige Strukturprinzipien	76
bb) Schließung von Regelungslücken im EU-Recht	78
cc) Anerkennung in anderen Mitgliedstaaten	79
2. Übertragung auf die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion?	80
a) Geltungserhaltende Reduktion als Strukturprinzip	80
b) Unionsrechtliche Frage ohne Regelung	81
c) Überblick: Rechtslage in ausgewählten EU-Mitgliedstaaten	82
aa) Geltungserhaltende Reduktion in Frankreich	83
(1) Anerkannt für arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbote	83
(2) Streitig im handelsrechtlichen Kontext	85
(3) Beschränkte behördliche Befugnisse im Fusionskontrollrecht	86
(4) Zwischenergebnis	88

bb) Geltungserhaltende Reduktion in Spanien	88
(1) Anerkannt für Klauseln in Verbraucherträgen	88
(2) Streitig im allgemeinen Zivilrecht	90
(3) Beschränkte Freigaben im Fusionskontrollrecht	91
(4) Zwischenergebnis	92
cc) Geltungserhaltende Reduktion in Österreich	92
(1) Anerkannt für sittenwidrige Allgemeine Geschäftsbedingungen	93
(2) Anerkannt auch im kartellrechtlichen Kontext	94
(3) Grenze der Sittenwidrigkeit auch im Kartellrecht?	96
(4) Zwischenergebnis	97
dd) Ergebnis des Länderüberblicks	97
3. Ergebnis und Konsequenz	98
IV. Zusammenfassung	98
 D. Methodische Grundlagen: Das Kriterium der Teilbarkeit	 100
I. Der Begriff der Teilbarkeit	101
1. Praktische Anforderungen an die Teilbarkeit	101
2. Die Bedeutung der quantitativen Teilbarkeit	104
3. Formbasierter Ausschluss der Teilbarkeit?	108
II. Inhaltliche Anknüpfungspunkte für die Frage der Teilbarkeit	111
1. Zeitliche Teilbarkeit	111
a) Sind Zeitspannen teilbar?	112
b) Praktisches Anwendungsbeispiel	116
2. Räumliche Teilbarkeit	116
a) Sind geografische Gebiete teilbar?	116
b) Praktisches Anwendungsbeispiel	121
3. Sachliche Teilbarkeit	121
a) Sind sachliche Inhalte teilbar?	122
b) Praktische Anwendungsbeispiele	128
III. Bestimmung des reduzierten Teils im kartellrechtlichen Kontext	129
1. Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze im kartellrechtlichen Kontext	129
a) Normative und vertragliche Anhaltspunkte für das kartellrechtlich Zulässige	130
b) Gibt es ein kartellrechtlich angemessenes Maß?	130
c) Verschiedene Lösungen auch im Kartellrecht denkbar	131
2. Zwischenergebnis zur Bestimmung des kartellrechtlich zulässigen Teils	133
IV. Zusammenfassung und Ergebnis	133

E. Vereinbarkeit der geltungserhaltenden Reduktion mit Art. 101 Abs. 2 AEUV	135
I. Analyse anhand klassischer Auslegung von Art. 101 Abs. 2 AEUV	135
1. Auslegung des Art. 101 Abs. 2 AEUV	136
a) Nichtigkeit als unionsrechtlicher Begriff	136
b) Systematische Einordnung der Nichtigkeit innerhalb des Art. 101 AEUV	137
c) Verbotsprinzip in Vorgängerregelung	139
d) Telos: Sanktionsfunktion der Nichtigkeit?	139
aa) Rechtsfolge ist von Sanktionsebene zu trennen	140
bb) Sanktion widerspricht normimmanenter Systematik	142
cc) Sanktion wäre unverhältnismäßig	142
dd) Zwischenergebnis: Keine Sanktionierung durch Nichtigkeit	143
2. Auslegungsergebnis	144
II. Gefährdung des <i>effet utile</i> ?	144
1. Beeinträchtigung der kartellrechtlichen Verfahrensrechte?	145
2. Präventionserwägungen: Falscher Anreiz aus ökonomischer Perspektive?	146
a) Wettbewerbsökonomischer Hintergrund	147
aa) Coase-Theorem und Transaktionskosten	148
bb) Rationaltheorie und der homo oeconomicus	150
cc) Die Rolle zwingenden Rechts im rationaltheoretischen Verhaltensmodell	152
b) Modelltheoretische Annahmen im vorliegenden Kontext und Abgrenzung zur Analyse bei <i>Dedual</i>	153
aa) Kartellverstoß ist rational bei höherem erwarteten Gewinn	153
bb) Geltungserhaltende Reduktion führt im Modell zu höherem erwarteten Gewinn	154
cc) Abgrenzung zur Analyse bei <i>Dedual</i>	154
(1) Modelltheoretische Annahmen bei <i>Dedual</i>	155
(2) Abgrenzung zum hier verfolgten Ansatz	157
c) Modelltheoretische Analyse	158
aa) Berechnung	159
bb) Ergebnis und Interpretation	161
cc) Konflikt mit faktisch geringem Ahndungsrisiko?	162
d) Ergebnis: Keine Gefährdung des <i>effet utile</i>	163
III. Abweichende Beurteilung im Rahmen einer Gruppenfreistellungsverordnung?	163
1. Das System der Gruppenfreistellung	164
2. Differenzierung zwischen <i>schwarzen</i> und <i>grauen</i> Klauseln	166
3. Kollision der Grundsätze im Falle einer geltungserhaltenden Reduktion	167
a) Vereinbarkeit mit der Regelungssystematik	169
b) Abschreckende Wirkung des „Alles-oder-nichts“-Prinzips?	169
c) Vereinbarkeit mit dem Zweck von Gruppenfreistellungsverordnungen	171

d) Auflösung der Kollision durch Analyse der Teilbarkeit	171
4. Anwendungsbeispiel: Geltungserhaltende Reduktion einer Kernbeschränkung	173
IV. Zusammenfassung und Ergebnis	174
F. Fragestellungen im Zusammenhang mit dem deutschen Kartellverbot	176
I. Vereinbarkeit der geltungserhaltenden Reduktion mit § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB	177
1. Nationale Rechtsfolge kann strenger ausgelegt werden als Art. 101 Abs. 2 AEUV	177
2. Alles-oder-nichts-Prinzip im Rahmen des deutschen Kartellverbots?	179
a) Teilweise Nichtigkeit im Rahmen des § 134 BGB	180
b) Teilweise Nichtigkeit im Rahmen des § 1 GWB	181
3. Ergebnis: Auslegung der Nichtigkeit entspricht EU-Recht	183
II. Schnittstellen zum allgemeinen deutschen Zivilrecht	183
1. Spannungsfeld zu § 138 BGB bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten	183
a) Die verschiedenen Schutzrichtungen von § 1 GWB und § 138 BGB	184
aa) Schutz des Wettbewerbs versus privatrechtliche Interessenabwägung	184
bb) Kein Spürbarkeitserfordernis bei § 138 BGB	186
cc) Normimmanente Abschreckungs- und Sanktionsfunktion?	188
b) Anknüpfungspunkte bei sittenwidrigen Wettbewerbsverboten	191
aa) Sittenverstoß wegen zeitlichen Übermaßes	191
bb) Sittenverstoß wegen räumlichen oder sachlichen Übermaßes	191
cc) Sittenverstoß aus anderen Gründen	192
c) Entscheidend ist Teilbarkeits- und Schutzzweckvorbehalt	193
d) Ergebnis	195
2. Spannungsfeld zu § 306 BGB bei kartellverbotswidrigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen	195
a) Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen der Richtlinie 93/13/EWG	197
aa) Methodik widerspricht dem Schutzzweck der Richtlinie 93/13/EWG	197
bb) Außerhalb der Richtlinie 93/13/EWG bleibt nationales Recht entscheidend	200
b) Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen von § 306 BGB?	202
aa) Methodik kann dem Schutzzweck der Inhaltskontrolle widersprechen	202
bb) Besonderheiten in unternehmerischen Formularverträgen	206
c) Konsequenzen für Kartellverstöße in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	208
aa) Einheitliche Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit einer Klausel	208
bb) Missbräuchliche Klausel im Sinne der Richtlinie 93/13/EWG?	210
cc) Schutzzweckvorbehalt der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB	211
d) Ergebnis	213

III. Zusammenfassung und Ergebnis	214
G. Folgediskussionen	216
I. Auswirkungen der geltungserhaltenden Reduktion auf die Bußgeldbemessung	216
1. Grundsätze der Bußgeldbemessung	217
a) Grundlagen im EU-Kartellverfahren	217
aa) Bestimmung des Grundbetrags	218
bb) Anpassung des Grundbetrags	219
b) Grundlagen im deutschen Kartellverfahren	219
aa) Bestimmung des Bußgeldrahmens	220
bb) Individuelle Zumessung im Einzelfall	221
2. Mögliche Auswirkungen der geltungserhaltenden Reduktion	224
a) ... bei der Bestimmung des Grundbetrags nach EU-Recht	224
aa) Tatbezogener Umsatz	224
bb) Schwere der Zu widerhandlung	225
cc) Dauer der Zu widerhandlung	226
b) ... bei der Anpassung des Grundbetrags nach EU-Recht	227
c) ... bei der Bestimmung des Bußgeldrahmens im deutschen Recht	228
d) ... bei der individuellen Zumessung im deutschen Recht	228
aa) Gewinn- und Schadenspotential bzw. tatbezogener Umsatz	228
bb) Tat- und täterbezogene Kriterien	229
3. Ergebnis	230
4. Konflikt mit ökonomischen Erwägungen?	230
II. Schadensrechtliche Einordnung der geltungserhaltenden Reduktion	232
1. Grundlagen zum kartellrechtlichen Schadensersatz	232
a) Anspruch aus § 33a Abs. 1 GWB	233
aa) Schuldhafter Verstoß gegen das Kartellverbot	233
bb) Mögliche Anspruchsinhaber	233
b) Schadensvermutung gemäß § 33a Abs. 2 GWB	236
c) Schadensumfang gemäß § 33a Abs. 3 GWB	237
2. Mögliche Auswirkungen der geltungserhaltenden Reduktion	239
a) Teilung der Rechtsfolgen	240
aa) Erfüllung des zulässigen Teils	240
bb) Schadensersatz im Hinblick auf unzulässigen Teil	240
b) Nichtanwendbarkeit der Schadensvermutung wegen <i>teilweisen Kartells?</i>	241
c) Einfluss auf Vergleichsmethoden zur Ermittlung des Schadensumfangs	242
d) Einfluss auf konkrete Schadenshöhe	244
aa) Ansprüche zwischen den Parteien	245
bb) Ansprüche Dritter	245
3. Ergebnis	246

III. Mögliche Auswirkungen der geltungserhaltenden Reduktion aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive	246
1. Mehr Transaktionen, mehr Markteintritte, mehr Wettbewerb?	247
2. Weniger Verstöße gegen das Kartellverbot wegen steigender Bußgelder? ..	247
3. Steigende Anzahl von Gerichtsverfahren?	248
4. Einfluss auf Verhandlungspositionen und Unternehmenskaufpreise?	248
IV. Zusammenfassung und Ergebnis	249
H. Fazit	250
Literaturverzeichnis	253
Stichwortverzeichnis	260

Abkürzungsverzeichnis

ABGB-ON	Online-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (Österreich)
BT-Drucks.	Deutscher Bundestag Drucksache
KartG	Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Österreich)
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien

Im Übrigen sind die in dieser Arbeit verwendeten Abkürzungen in dem Werk Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Aufl., Berlin 2018 verzeichnet.

A. Einführung in den Forschungsgegenstand

Gesetzt den Fall, die Parteien eines Unternehmenskaufvertrags haben ein global geltendes Wettbewerbsverbot vereinbart, obwohl es kartellrechtlich nur im Hinblick auf bestimmte EU-Staaten zu rechtfertigen ist. Ist das Wettbewerbsverbot gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV bzw. § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB insgesamt nichtig, oder kann es im kartellrechtlich zulässigen Umfang aufrechterhalten werden? Denkbar ist auch eine Bezugsbindung mit einer Laufzeit von 20 Jahren, die – unter gegebenen Voraussetzungen – für 5 Jahre wirksam hätte vereinbart werden können. Gilt die Bezugsbindung dann jedenfalls für die zulässigen 5 Jahre?

Die Methodik, mit der eine überschießende und daher unwirksame Abrede auf einen in ihr enthaltenen zulässigen Kern zurückgeführt wird, bezeichnet man als geltungserhaltende Reduktion.¹ Streitig ist ihre Anwendung insbesondere im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Weniger prominent, aber in der Sache nicht weniger umstritten, wird die Debatte im Hinblick auf kartellverbotswidrige Vereinbarungen geführt.

Thema dieser Arbeit ist die Vereinbarkeit einer geltungserhaltenden Reduktion mit der in Art. 101 Abs. 2 AEUV bzw. § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB angeordneten Nichtigkeitsfolge. Die nationale Rechtsprechung zu diesem Themenkomplex ist uneinheitlich, europagerichtlich ist die Frage gänzlich ungeklärt und in der Literatur hoch umstritten. Im Rahmen dieses ersten Kapitels werden die damit zusammenhängenden Forschungsfragen konkretisiert (I.) und ein Ausblick auf Struktur und Aufbau der Arbeit gegeben (II.).

I. Forschungsfragen

Die im Rahmen dieser Arbeit behandelten Forschungsfragen lassen sich in eine methodische Vorfrage (1.), in materielle Kernfragen (2.) und weiterführende Diskussionen (3.) einteilen.

¹ Grundlegend zum Instrument der geltungserhaltenden Reduktion z. B.: *Hager*, Auslegung; *Roth*, JZ 1989, 411; *Uffmann*; *Ulmer*, NJW 1981, 2025; *Zimmermann*. Insbesondere unter Herausarbeitung ökonomischer Aspekte der geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen: *Dedual*.

1. Vorfrage: Geltungserhaltende Reduktion zwischen nationalem und EU-Recht

Bei der geltungserhaltenden Reduktion handelt es sich grundsätzlich um ein Instrument des deutschen Zivilrechts. Grundlagen, Voraussetzungen und Grenzen einer Rückführung kartellverbotswidriger Vereinbarungen beurteilen sich daher in erster Linie nach nationalem Recht. Gleichzeitig berührt die geltungserhaltende Reduktion jedoch die Nichtigkeitsfolge aus Art. 101 Abs. 2 AEUV in ihrem Kern. Denn sie führt im Ergebnis dazu, dass eine kartellverbotswidrige Vereinbarung vor der Nichtigkeit bewahrt wird, ein in ihr enthaltener, kartellrechtlich zulässiger Kern also aufrechterhalten und nur der überschießende Teil von der Nichtigkeit erfasst wird. An die Reichweite der Nichtigkeit stellt das europäische Recht jedoch eigene Anforderungen, die nicht zur Disposition der nationalen Gerichte stehen können.

Die geltungserhaltende Reduktion nimmt damit eine Art *Zwitterstellung* zwischen nationalem und Europarecht ein. Daher ist vorab, losgelöst von den technischen Details, eine Herleitung der Methodik sowohl aus nationalem Recht als auch unmittelbar aus dem EU-Recht zu erwägen.²

Verschiedene Entscheidungen der Europäischen Kommission im Bereich nachvertraglicher Wettbewerbsverbote, in einem Fall bestätigt durch den EuGH, geben Anlass zur Auseinandersetzung mit der Frage, ob die geltungserhaltende Reduktion Art. 101 AEUV unmittelbar immanent sein könnte. Auch kommt in Betracht, ein *Recht auf geltungserhaltende Reduktion* aus dem effet utile herzuleiten.³ Darüber hinaus gibt ein rechtsvergleichender Blick auf Rechtsordnungen benachbarter Mitgliedstaaten Aufschluss über die Handhabung einer ähnlichen Methodik in anderen Jurisdiktionen.⁴

2. Materielle Kernfragen

Die zentrale wissenschaftliche Auseinandersetzung betrifft zunächst die Frage der Teilbarkeit als Kernkriterium der Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion. Die damit einhergehenden Problemstellungen sind methodischer Natur und werden aus diesem Grund den weiteren Forschungsfragen vorangestellt (a)). Der Fokus liegt sodann auf der Frage der Vereinbarkeit der Methodik mit der kartellrechtlichen Nichtigkeitsfolge (b)). Aufgrund der spezifischen Konstellationen, die sich im deutschen Kartellrecht an der Schnittstelle zum allgemeinen Zivilrecht ergeben können, ist darüber hinaus eine Analyse der rein nationalen Fragestellungen angezeigt (c)).

² Siehe dazu unter C.I. (S. 50 ff.).

³ Siehe dazu unter C.II. (S. 54 ff.).

⁴ Siehe dazu unter C.III. (S. 72 ff.).

a) Methodische Grundlagen: Teilbarkeit kartellverbotswidriger Abreden

Die vom EuGH erlassenen Urteile zum Bereich der Teilnichtigkeit lassen erste wichtige Rückschlüsse auf die Auslegung des Begriffs der Teilbarkeit zu. Mangels weiterer konkreter europarechtlicher Vorgaben ist für die Analyse der methodischen Grundlagen, Voraussetzungen und Grenzen einer geltungserhaltenden Reduktion allerdings maßgeblich auf das nationale Recht zurückzugreifen.

Ungeklärt ist bereits die Frage, ob die zivilrechtliche Methodik der geltungserhaltenden Reduktion überhaupt, und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Konsequenzen auf das Kartellverbot Anwendung findet.⁵ Hier fehlt es an einer einheitlichen Rechtsprechung.

So hat sich der BGH zwar wiederholt mit der Frage einer geltungserhaltenden Reduktion kartellverbotswidriger Wettbewerbsverbote befasst.⁶ Auch setzte er sich immer wieder mit überschießenden Bezugsbindungen auseinander, die in zeitlicher, räumlicher oder sachlicher Hinsicht unzulässig waren.⁷ Inhaltlich sind die Entscheidungen jedoch größtenteils uneinheitlich. Während der BGH eine geltungserhaltende Reduktion zeitlich überschießender Wettbewerbsverbote und Bezugsbindungen in aller Regel akzeptiert, lehnt er zum Teil deren räumliche und/oder sachliche Rückführung ab.

Hier wird zu analysieren sein, mit welchen Argumenten und unter welchen Voraussetzungen von der Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion in diesen verschiedenen Dimensionen auszugehen ist.⁸ Dabei hat stets eine parallele Analyse der relevanten nationalen Rechtsprechung des BGH und der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung – soweit vorhanden – zu erfolgen.

Jenseits von Wettbewerbsverbeten und Bezugsbindungen existiert keine Rechtsprechung zur geltungserhaltenden Reduktion kartellverbotswidriger Vereinbarungen. Jedoch geben die relevanten Entscheidungen keinen Hinweis darauf, dass die Methodik ausschließlich in diesen Zusammenhängen anwendbar ist. Daher ist an dieser Stelle auch zu analysieren, ob andere Formen von Wettbewerbsbeschränkungen geltungserhaltend reduziert werden können.⁹

Besondere Aufmerksamkeit im Zusammenhang mit den methodischen Grundlagen ist schließlich der Frage zu widmen, wie der Richter den nach Anwendung der geltungserhaltenden Reduktion verbleibenden, kartellrechtlich zulässigen Teil der Vereinbarung zu bestimmen hat. Inhaltlicher Schwerpunkt ist hier die Auseinan-

⁵ Siehe dazu unter D.I. (S. 101 ff.).

⁶ Vgl. z. B. BGH GRUR 1984, 753 – Heizkessel-Nachbau.

⁷ Vgl. z. B. BGH NJW 1972, 1459.

⁸ Siehe dazu unter D.II. (S. 111 ff.).

⁹ Siehe dazu z. B. das praktische Beispiel unter D.II.3.b) (S. 128 f.).

dersetzung mit der Frage, inwiefern die allgemein zivilrechtlichen Erwägungen auf den Fall einer kartellverbotswidrigen Abrede übertragbar sind.¹⁰

b) Vereinbarkeit der Methodik mit Art. 101 Abs. 2 AEUV

Während dem EuGH die Frage nach der Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bereits im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vorgelegt wurde,¹¹ hat der Gerichtshof bislang zur Vereinbarkeit einer geltungserhaltenden Reduktion mit Art. 101 Abs. 2 AEUV keine Stellung genommen. Zwar bestehen Anhaltspunkte dafür, dass der EuGH die Möglichkeit einer solchen Rückführung jedenfalls für den Bereich der nachvertraglichen Wettbewerbsverbote anerkennt.¹² Zu Grundlagen, Reichweite und Grenzen der Methodik schweigt er jedoch.

Im Mittelpunkt der Analyse stehen Sinn und Zweck der kartellrechtlichen Nichtigkeitsfolge¹³ sowie die Grundsätze des *effet utile*.¹⁴ Die in diesem Rahmen anzustellenden Präventionserwägungen geben auch Anlass zu einer vertieften verhaltensökonomischen Betrachtung. Denn zentrales Argument gegen die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion ist der damit möglicherweise verknüpfte falsche Anreiz: Marktteilnehmer könnten sich ermutigt fühlen, das Risiko einer zu weitgehenden Wettbewerbsbeschränkung und der damit einhergehenden Rechtsstreitigkeiten leichtfertiger einzugehen.¹⁵ Damit würde letztlich die Präventivfunktion des Kartellverbots untergraben.

Schließlich ist Gegenstand der Analyse, ob eine geltungserhaltende Reduktion auch im Rahmen von Gruppenfreistellungsverordnungen möglich ist. Insbesondere im Bereich vertikaler Vereinbarungen wird sich dieses Problem regelmäßig stellen. Hier stehen systematische Erwägungen im Mittelpunkt.¹⁶

c) Fragen des nationalen Kartellrechts

Aufgrund der Anpassung der Vorgaben des deutschen Kartellverbots an die europarechtlichen Regelungen sind die Ausführungen aus dem vorherigen Abschnitt weitestgehend auf das nationale Kartellverbot zu übertragen.¹⁷ Abweichungen

¹⁰ Siehe dazu unter D.III. (S. 129 ff.).

¹¹ EuGH, Urteil vom 14.6.2012 – C-618/10 – Banco Espanol de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349.

¹² Siehe dazu unter C.II.1.c) (S. 59 ff.).

¹³ Siehe dazu unter E.I.1.d) (S. 139 ff.).

¹⁴ Siehe dazu unter E.II. (S. 144 ff.).

¹⁵ So etwa Klotz, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, 2 B, Rn. 808; Schnichels, EuZW 2003, 171, 175.

¹⁶ Siehe dazu unter E.III. (S. 163 ff.).

¹⁷ Hinweise auf das deutsche Recht befinden sich jeweils an den relevanten Stellen.

zwischen nationalem und europäischem Kartellverbot können sich allerdings bezüglich der Reichweite der Nichtigkeit ergeben (aa)). Auch entstehen im deutschen Recht im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Sachverhalten zum Teil komplexe Spannungsfelder zu anderen Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts, die eigene Anforderungen an die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion stellen (bb)).

aa) Abweichungen im Hinblick auf nationale Nichtigkeitsfolge?

Der Begriff der Nichtigkeit ist im Hinblick auf Art. 101 Abs. 2 AEUV von seiner gemeinschaftsrechtlichen Zielsetzung her auszulegen, gleichzeitig aber auf diesen Rahmen zu beschränken.¹⁸ Seine Bedeutung im rein nationalen Kartellrecht ist davon losgelöst zu betrachten.¹⁹ So könnte die in § 134 BGB angeordnete Nichtigkeit die Totalnichtigkeit der gegen § 1 GWB verstoßenden Abrede gebieten.

Dies betrifft jedenfalls Fälle außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 101 AEUV, in dem das nationale Recht nicht gehindert ist, Voraussetzungen und Folgen eines Kartellverstoßes abweichend vom Europarecht zu beurteilen.²⁰

bb) Spannungsfelder im deutschen allgemeinen Zivilrecht

Insbesondere im Bereich der nachvertraglichen Wettbewerbsverbote überschneiden sich die Anforderungen, die § 1 GWB und § 138 BGB an deren Rechtmäßigkeit stellen. Zwar sind durchaus Konstellationen denkbar, in denen ein Wettbewerbsverbot ausschließlich gegen § 1 GWB *oder* § 138 BGB verstößt. Sind jedoch beide Normen verletzt, ist zentrale Frage, ob die Rückführung auf einen (zu ermittelnden) zulässigen Kern auch im Rahmen des § 138 BGB möglich ist. Ist diese Frage zu verneinen, scheitert die geltungserhaltende Reduktion von kartellverbotswidrigen Wettbewerbsverboten im Ergebnis stets an der Vorschrift des § 138 BGB.²¹

Ist der Kartellverstoß Gegenstand einer formularmäßig vereinbarten Klausel, stellt sich die Frage, ob eine geltungserhaltende Reduktion im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen möglich ist. Eine abweichende Beurteilung könnte sich hier aus den unterschiedlichen Schutzzwecken des Kartellverbots und der Inhaltskontrolle ergeben. Dies ist in den hier relevanten Konstellationen durchaus von Be-

¹⁸ Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 30.6.1966 – C-56/65 – Société Technique Minière, ECLI: EU:C:1966:38, S. 304.

¹⁹ Weyer, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG, Rn. 124.

²⁰ Dem steht Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der VO 1/2003 (Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003, Nr. L 1, S. 1, VO 1/2003) nicht entgegen, siehe zu alledem unter F.I. (S. 178 ff.).

²¹ Siehe dazu unter F.II.1. (S. 184 ff.).

deutung, ist die Verwendung von Formularverträgen doch insbesondere im Bereich der vertikalen Zuliefererbeziehungen eher die Regel als die Ausnahme.

In die diesbezügliche Analyse fließen auch europarechtliche Erwägungen mit ein: So ist das Recht der Verbraucherverträge anhand der Richtlinie 93/13/EWG²² in den Neunziger Jahren harmonisiert worden. Im Anwendungsbereich der Richtlinie ist eine geltungserhaltende Reduktion aber nach Auffassung des EuGH ausgeschlossen.²³ So stellt sich die Frage nach dem verbleibenden Anwendungsbereich für die Methodik auf kartellverbotswidrige Klauseln.²⁴

3. Weiterführende Diskussionen

Die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen des Kartellverbots zieht eine Reihe von Folgefragen nach sich, die in dieser Arbeit in der eigentlich erforderlichen Tiefe nicht behandelt werden können. Die in Abschnitt G. dargestellten Folgediskussionen sollen daher allein den Blick auf weiterführende, nicht abschließende Problemkreise und Fragestellungen lenken, die mit dem Kern der Arbeit unmittelbar verknüpft sind.

So ist etwa zu fragen, wie und an welcher Stelle sich die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion aus bußgeldrechtlicher Perspektive auswirken könnte.²⁵ Ähnliche Fragen stellen sich im Rahmen kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche.²⁶ Auch werden auf Grundlage der gefundenen Ergebnisse mögliche Konsequenzen aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive zur Diskussion gestellt.²⁷

II. Aufbau der Arbeit

Auf eine knappe Grundlageneinführung (Abschnitt B.) folgt eine Auseinandersetzung mit der normentheoretischen Gemengelage, in der sich die geltungserhaltende Reduktion zwischen nationalem und Europarecht befindet (Abschnitt C.). Im Kernteil der Arbeit werden technische Fragen rund um die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion beantwortet (Abschnitt D.), ihre materielle Vereinbarkeit mit der kartellrechtlichen Nichtigkeitsfolge analysiert (Abschnitt E.) sowie spezifische Fragen behandelt, die sich aus typischerweise berührten nationalen Vorschriften im deutschen Recht ergeben (Abschnitt F.). Zuletzt werden mögliche

²² Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EU 1993, Nr. L 95, S. 29 (*Richtlinie 93/13/EWG*).

²³ EuGH, Urteil vom 14.6.2012 – C-618/10 – Banco Espanol de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349, Rn. 69.

²⁴ Siehe dazu unter F.II.2. (S. 196 ff.).

²⁵ Siehe dazu unter G.I. (S. 217 ff.).

²⁶ Siehe dazu unter G.II. (S. 233 ff.).

²⁷ Siehe dazu unter G.III. (S. 247 ff.).

Konsequenzen einer geltungserhaltenden Reduktion aus bußgeld- und schadensrechtlicher Perspektive diskutiert; auch gesamtwirtschaftliche Fragestellungen werden knapp angerissen (Abschnitt G.). Darauf folgt abschließend das Fazit der Arbeit (Abschnitt H.).

B. Grundlegende Fragen im Zusammenhang mit der geltungserhaltenden Reduktion

Die geltungserhaltende Reduktion ist ein Instrument des deutschen Zivilrechts, bei dem es um die richterliche Rückführung einer überschießenden und daher unwirksamen Abrede geht mit dem Ziel, die Abrede vor ihrer Nichtigkeit zu bewahren.¹ Bereits der Begriff der geltungserhaltenden Reduktion wirft dabei eine Vielzahl grundlegender dogmatischer und technischer Fragen auf, die noch in jüngerer Zeit Material für ganze Monografien liefern.² Da eine zielführende kartellrechtliche Debatte allein auf Grundlage klar definierter Begrifflichkeiten erfolgen kann,³ ist eine Auseinandersetzung – in gebotener Kürze – mit Grundlagen, Voraussetzungen und Grenzen der geltungserhaltenden Reduktion aus zivilrechtlicher Perspektive unerlässlich (I.). Sodann dienen verschiedene praktische Anwendungsbeispiele als Einstieg in die kartellrechtliche Thematik (II.).

I. Zivilrechtliche Grundlagen

Das Instrument der geltungserhaltenden Reduktion ist im deutschen Zivilrecht seit jeher umstritten. Eine Einführung in die methodischen Grundlagen dient der begrifflichen und systematischen Einordnung (1.). Daraus geht unmittelbar hervor, dass die Debatte um ein *Verbot der geltungserhaltenden Reduktion* im Wesentlichen von einem unterschiedlichen Begriffsverständnis geprägt ist (2.). Sodann folgt eine knappe Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Methodik im Falle mehrerer Verstöße gegen eine oder verschiedene Rechtsnormen ausgeschlossen ist (3.). Ein Blick auf die allgemein gegen die Methodik vorgebrachte Kritik soll schließlich eine vertiefte, kartellrechtlich fokussierte Debatte im weiteren Verlauf der Arbeit ermöglichen (4.).

¹ Grundlegend z. B.: *Hager*, Auslegung; *Roth*, JZ 1989, 411; *Uffmann*; *Ulmer*, NJW 1981, 2025; *Zimmermann*.

² Siehe z. B.: *Dedual*; *Uffmann*.

³ So auch für den Bereich Allgemeiner Geschäftsbedingungen: *Dedual*, S. 15.

1. Ein (unklarer) Begriff der Methodik und Beschreibung eines Ergebnisses

Das Instrument der geltungserhaltenden Reduktion war und ist immer noch Gegenstand diverser rechtlicher Debatten, von denen die methodische Herleitung nur eine Teilfrage betrifft. Dabei bezeichnet der Begriff zum einen die Methodik der Rückführung einer überschießenden und daher unwirksamen Vereinbarung auf den in ihr enthaltenen zulässigen Kern. Gleichzeitig beschreibt die geltungserhaltende Reduktion das damit erreichte Ergebnis, nämlich die Teil-Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Vertragsklausel.⁴ Keineswegs handelt es sich bei der geltungserhaltenden Reduktion allerdings um einen gesetzlich determinierten, feststehenden Begriff – ganz im Gegenteil wird er innerhalb der zwei Deutungsvarianten von Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich interpretiert und gebraucht.⁵

Zwar ist die geltungserhaltende Reduktion in diesen verschiedenen zivilrechtlichen Dimensionen nicht Gegenstand der vorliegenden Analyse; eine detaillierte Auseinandersetzung findet sich an anderer Stelle nicht nur in älteren,⁶ sondern auch in Monografien der jüngeren Zeit⁷ sowie in diversen Kommentaren, Aufsätzen und Festschriftbeiträgen.⁸ Dennoch ist ein Blick auf die methodischen Grundlagen des Instruments und die damit zusammenhängenden rechtlichen sowie technischen Fragen unerlässlich, um ein klares Begriffsverständnis zu schaffen, das dieser Arbeit zugrunde liegt. Nur so kann eine saubere Analyse der spezifisch kartellrechtlichen Fragestellungen erfolgen. Tatsächlich wird sich bei mancher zivilrechtlichen Debatte herausstellen, dass sie für die kartellrechtliche Bewertung nur eine untergeordnete Rolle spielt, da sich die zugrundeliegenden Fragen gar nicht erst stellen.

Im folgenden Abschnitt wird daher zunächst versucht, das Instrument der geltungserhaltenden Reduktion anhand der Abgrenzung zu sachenahen Instrumenten zu definieren (a)).⁹ Zur Einordnung verschiedener Fragen, die sich im weiteren Verlauf der Arbeit stellen, wird sodann der systematische Zusammenhang der Methodik mit § 139 BGB in gebotener Kürze beleuchtet (b)). Auch ist die Rolle salvatorischer Klauseln im vorliegenden Kontext Gegenstand einer knappen Auseinandersetzung (c)). Anschließend wird ein Blick auf das Ergebnis der geltungserhaltenden Reduktion geworfen, nämlich auf die Bestimmung des reduzierten Teils der Vereinbarung, der an die Stelle der unwirksamen Abrede tritt (d)).

⁴ *Dedual*, S. 15.

⁵ *Dedual*, S. 19.

⁶ Vgl. z. B.: *Hager*, Auslegung; *Zimmermann*.

⁷ Vgl. beispielsweise *Dedual*; *Uffmann*.

⁸ Vgl. nur *Canaris*, FS Steindorff, 519; *Hager*, JZ 1996, 175; *Köhler*, JuS 2010, 665, 668 ff.; *Pauly*, JR 1997, Heft 9, S. 357; *Roth*, JZ 1989, 411; *Ulmer*, NJW 1981, 2025.

⁹ Instruktiv zum Stand der Diskussion bezüglich der Rechts- und Legitimationsgrundlagen der geltungserhaltenden Reduktion im deutschen Recht: *Uffmann*, S. 254 ff.

a) Versuch der Definition und Abgrenzung zu sachenahen Instrumenten

Geltungserhaltende Reduktion bedeutet die „richterliche Abmilderung übermäßiger Rechtsfolgen zur Vermeidung der Totalnichtigkeit“.¹⁰ Es geht also um die Aufrechterhaltung einer Vereinbarung, die in ihrer aktuellen Fassung gegen geltendes Recht verstößt und in ihrer Gesamtheit nichtig wäre, wenn sie nicht auf den von dem nichtigen Teil trennbaren und in sich zulässigen Kern reduziert würde. Die geltungserhaltende Reduktion ist methodisch daher keine Rechtsfolge der Nichtigkeit einer Vereinbarung, sondern sie verhindert sie.

Dieser Unterschied geht anschaulich aus einem BGH-Urteil aus dem Jahre 2000 hervor:¹¹ Im Zusammenhang mit einem gegen § 138 BGB verstoßenden Wettbewerbsverbot legte der BGH dar, dass der Senat bei einem Verstoß allein gegen das zeitlich zulässige Maß eine geltungserhaltende Reduktion auf das zeitlich tolerable Maß zulässt. Weiter führte der Gerichtshof aus:

„Dass dieses Gebot, Mandantenschutz zu gewähren, zeitlich nicht befristet ist, macht die Bestimmung nicht sittenwidrig und nichtig, sondern führt (...) lediglich dazu, dass der Kläger für eine zweijährige Frist wettbewerblich in der Weise gebunden wird, dass er ehemalige Mandanten der Sozietät nicht betreuen durfte.“¹²

Die geltungserhaltende Reduktion führt somit zu einer Vermeidung der Nichtigkeitsfolge. Die Methodik greift an einem anderen, methodisch früheren Ausgangspunkt an, als dies bei anderen privatrechtlichen Instrumenten der Fall ist, die erst zum Zuge kommen, wenn die Nichtigkeit einer Vereinbarung bereits festgestellt wurde.

So ist bei der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB Voraussetzung, dass die Klausel tatsächlich unwirksam und damit nichtig ist, mit der Folge, dass eine Regelungslücke im Vertrag entsteht.¹³ Diese ist im Wege der ergänzenden Auslegung unter Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens und unter Beachtung des konkreten Vertragszusammenhangs zu schließen.¹⁴ Die geltungserhaltende Reduktion lässt hingegen eine solche Vertragslücke gar nicht erst entstehen, sondern verhindert sie.¹⁵

Diese Differenzierung mag formalistisch erscheinen, wenn man auf das reine Ergebnis beider Methoden blickt. Denn die Aufrechterhaltung eines zulässigen Kerns der Vereinbarung entspricht im Ergebnis der Feststellung ihrer Nichtigkeit, um sodann durch ergänzende Auslegung zu ermitteln, dass sich die Parteien auf den

¹⁰ Roth, JZ 1989, 411, 419.

¹¹ BGH NJW 2000, 2584.

¹² BGH NJW 2000, 2584, 2585.

¹³ Hager, Auslegung, S. 159 m. w. N. aus Rechtsprechung und Literatur.

¹⁴ Hager, Auslegung, S. 162 f. So auch Thüsing, in: v. Westphalen/Thüsing, VertrR/AGB-Klauselwerke, Teil „Vertragsrecht“, Auslegung, Rn. 33.

¹⁵ Dederal, S. 28 f.; Nassall, BB 1988, 1265; Ulmer, NJW 1981, 2025, 2027.

zulässigen Kern geeinigt hätten.¹⁶ Dabei spielt der hypothetische Parteiwille bei beiden Instrumenten gleichermaßen eine Rolle.¹⁷ Denn in beiden Fällen stellt sich die Frage, ob die Vertragsparteien bei Kenntnis der Unwirksamkeit ihrer Vereinbarung eine andere und, wenn ja, welche Abrede sie getroffen hätten. Bei ergebnisorientierter Betrachtung verschwimmen die Grenzen zwischen geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung daher.¹⁸

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn man davon ausgeht, dass die Bestimmung des zulässigen Teils, der an die Stelle der unwirksamen Abrede tritt, bei beiden Methoden anhand unterschiedlicher Maßstäbe erfolgt. Legt man zugrunde, dass die Vereinbarung im Falle der geltungserhaltenden Reduktion stets auf den rechtlich gerade noch zulässigen Kern zurückzuführen ist, während bei der ergänzenden Vertragsauslegung ein den Interessen beider Parteien gerecht werdendes Mittelmaß gesucht wird, so kann das Ergebnis im Einzelfall durchaus voneinander abweichen.¹⁹

Davon abgesehen ist der unterschiedliche Ausgangspunkt beider Methoden – Vermeidung einer Vertragslücke durch Vermeidung der Nichtigkeit bei der geltungserhaltenden Reduktion gegenüber der Schließung einer (partiell) durch die Nichtigkeit entstandenen Lücke bei der ergänzenden Vertragsauslegung – jedenfalls von zentraler Bedeutung bei der Frage des maßgeblichen Rechts, nach dem die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen des Kartellverbots zu beurteilen ist. Denn wie der EuGH geurteilt hat, bestimmen sich die Rechtsfolgen der unionsrechtlichen Nichtigkeit gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV nach nationalem Recht.²⁰ Da die geltungserhaltende Reduktion aber gerade keine Rechtsfolge der Nichtigkeit ist, sondern deren Eintritt verhindert, kann die Bewertung der Methodik jedenfalls nicht ausschließlich auf Grundlage nationalen Rechts erfolgen.²¹

¹⁶ So auch *Canaris*, FS Steindorff, 519, 550 f.; *Hager*, JZ 1996, 175, 176.

¹⁷ *Ulmer*, NJW 1981, 2025, 2027. Kritisch zur Figur des hypothetischen Parteiwillens: *Uffmann*, S. 194 ff.

¹⁸ *Hager*, Auslegung, S. 156 f., 162 f. *Uffmann*, S. 222 ff. sieht den methodischen und konstruktiven Unterschied zwischen beiden Methoden allein als Ergebnis eines bestimmten begrifflichen und methodischen Vorverständnisses; die geltungserhaltende Reduktion sei kein fest umrissenes Rechtsfolgeninstrument, die entsprechende Kategorisierung demnach überflüssig (S. 224).

¹⁹ Zu der diesbezüglichen Debatte siehe unter B.I.2. (S. 36 ff.). *Canaris*, FS Steindorff, 519, 550, weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass das angemessene im Einzelfall durchaus dem höchst zulässigen Maß entsprechen kann.

²⁰ EuGH, Urteil vom 30. 6. 1966 – C-56/65 – Société Technique Minière, ECLI:EU:C:1966:38. Kurz darauf bestätigt mit Urteil vom 13. 7. 1966 – C-56/64 und C-58/64 – Consten und Grundig, ECLI:EU:C:1966:41. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 18. 12. 1986 – C-10/86 – VAG France, ECLI:EU:C:1986:502, Rn. 14; Urteil vom 11. 9. 2008 – C-279/06 – CEPSA, ECLI:EU:C:2008:485, Rn. 78 f.

²¹ Siehe dazu im Detail unter C.I. (S. 50 ff.).

Auch die Umdeutung gemäß § 140 BGB kann zum gleichen Ergebnis wie geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Vertragsauslegung führen.²² Hier ist Voraussetzung, dass

„nicht der von den Parteien erstrebte Erfolg, sondern nur das von ihnen gewählte rechtliche Mittel von der Rechtsordnung mißbilligt wird. Denn Sinn und Zweck der Umdeutung bestehen darin, den von den Parteien erstrebten wirtschaftlichen Erfolg auch dann zu verwirklichen, wenn zwar das hierfür gewählte Mittel unzulässig ist, jedoch ein anderer, rechtlich gangbarer Weg zur Verfügung steht, der zum annähernd gleichen wirtschaftlichen Ergebnis führt.“²³

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass eine Umdeutung nur dann in Betracht kommt, wenn das Rechtsgeschäft gesamtnichtig ist, nicht hingegen wenn es bloß teilnichtig, gültig oder jedenfalls heilbar ist.²⁴ Damit greift sie wiederum an einem zeitlich späteren Zeitpunkt als die geltungserhaltende Reduktion an, die die Gesamtnichtigkeit ja gerade verhindert. Auch ist bei § 140 BGB allein das Mittel zur Zielerreichung rechtswidrig, der Erfolg hingegen rechtskonform – bei der geltungserhaltenden Reduktion wird demgegenüber auf Inhalt und Erfolg selbst eingewirkt, um den Einklang mit der Rechtsordnung wiederherzustellen.²⁵

Grundlegend zu unterscheiden sind auch die Möglichkeiten der richterlichen Einwirkung auf den Inhalt der Parteivereinbarung von der Anpassung einer unwirksamen Klausel durch die Parteien selbst, etwa durch die Aufnahme von Ersetzungsklauseln in den Vertrag. Auf diesem Wege erlegen sich die Vertragsparteien die Pflicht auf, sich im Falle der Unwirksamkeit einer Klausel auf eine Ersatzvereinbarung zu einigen;²⁶ die richterliche Handhabe zur *Rettung* einzelner Vertragsteile bleibt davon unberührt.

Die geltungserhaltende Reduktion ist schließlich von dem Instrument der Teilnichtigkeit abzugrenzen, bei dem es um die Aufrechterhaltung eines Teils des Rechtsgeschäfts geht; die geltungserhaltende Reduktion zielt hingegen darauf ab, die rechtswidrige Klausel selbst zu erhalten.²⁷ Auch bezeichnet die Teilnichtigkeit ausschließlich den Wegfall eines Vertragslements, trifft jedoch keine Aussage über

²² Für die grundsätzliche Gleichwertigkeit der Instrumente: *Canaris*, FS Steindorff, 519, 551; *Hager*, Auslegung, S. 156 ff. Auch MüKoEuWettbR/Säcker/Jaeks, Art. 101 AEUV, Rn. 713 sehen verschiedenste dogmatische Wege, wettbewerbswidrige Klauseln in Einklang mit geltendem Recht zu bringen.

²³ BGH NJW 1986, 2944, 2945 m. w. N.

²⁴ Reinhard Bork, Rn. 1228; Brox/Walker, § 15, Rn. 16; Leipold, § 21, Rn. 13; MüKoBGB/Busche, § 140 BGB, Rn. 12 m. w. N.; Pauly, JR 1997, Heft 9, S. 357, Fn. 64.

²⁵ Ulmer, NJW 1981, 2025, 2027; Zimmermann, S. 85.

²⁶ Ausführlich dazu: Michalski, NZG 1998, 7. Siehe zur Ersetzungsbefugnis der Parteien im Zusammenhang mit salvatorischen Klauseln sogleich unter B.I.1.c) (S. 29 ff.).

²⁷ Leipold, § 21, Rn. 4; Medicus/Petersen, Rn. 505 (bei der geltungserhaltenden Reduktion gehe es darum, den Vertrag insgesamt zu ändern).

die etwaige Ersetzung der für unwirksam befundenen Regelung.²⁸ Gleichwohl ist beiden Instrumenten die Frage nach der Teilbarkeit einer Abrede in verschiedene Elemente gemein. Konsequenzen, die sich aus Gemeinsamkeiten und Unterschieden von Teilnichtigkeit und geltungserhaltender Reduktion ergeben, werden noch im Detail zu diskutieren sein.²⁹

b) Systematischer Zusammenhang mit § 139 BGB

Umstritten ist, inwiefern die geltungserhaltende Reduktion ihren Ursprung in § 139 BGB findet, bzw. inwiefern das Instrument systematisch mit dieser Norm zusammenhängt. § 139 BGB bestimmt, dass im Falle der Nichtigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nützlichen Teil vorgenommen sein würde. Damit stellt § 139 BGB eine Vermutungsregel zugunsten der Gesamtnichtigkeit auf. Für die Widerlegung dieser Vermutung kommt es auf den hypothetischen Parteiwillen an.³⁰

Keine unmittelbare Aussage trifft die Vorschrift aber über die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion, sondern sie ist allein Auslegungsregel für die Folgen der Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts.³¹ In der Literatur wird daher zum Teil von der vollkommenen Funktionslosigkeit des § 139 BGB im Zusammenhang mit der Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion ausgegangen.³² Etwa bei der Rückführung eines überschießenden Haftungsausschlusses oder eines wucherischen Mietzinses handle es sich nicht um eine teilweise Aufrechterhaltung, sondern um eine inhaltliche Änderung der Vereinbarung insgesamt – dies sei jedoch keine Frage des § 139 BGB.³³ Von einer Analogie könne keine Rede sein, da § 139 BGB in den hier relevanten Fällen verkehrt herum angewendet werde.³⁴ Die Vorschrift regle, unter welchen Voraussetzungen die Teilnichtigkeit zur Vollnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts führt, nicht aber, ob eine an sich insgesamt nützliche Regelung durch Beschränkung der Nützlichkeitsfolge als nur teilnichtig aufrechterhalten werden

²⁸ *Uffmann*, S. 220. *Dedual*, S. 21 ff. greift zur Abgrenzung auf den Begriff der „partiellen Teilunwirksamkeit“ zurück.

²⁹ Siehe dazu unter C.I. (S. 50 ff.).

³⁰ *Reinhard Bork*, Rn. 1218; *MüKoBGB/Busche*, § 139 BGB, Rn. 1; *Neuner*, § 56, Rn. 23.

³¹ *Reinhard Bork*, Rn. 1209 m. w. N. zu der Debatte, ob es sich tatsächlich um eine Auslegungsregel oder um eine gesetzgeberische Wertentscheidung handelt; *Ulmer*, NJW 1981, 2025, 2028.

³² So im Ergebnis: *Medicus/Petersen*, Rn. 505; *Pauly*, JR 1997, Heft 9, S. 357, 359; *Roth*, JZ 1989, 411, 416; *Uffmann*, S. 24; *Zimmermann*, S. 60 ff.

³³ *Medicus/Petersen*, Rn. 505. In diese Richtung auch im Hinblick auf die Rückführung überschießender Laufzeiten: *Zimmermann*, S. 75 (es handle sich jeweils um ein aliud).

³⁴ *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 BGB, Rn. 178: Eine Anknüpfung an § 139 BGB sei daher dogmatisch nicht haltbar. Eine Aufführung der Rechtsprechung zur „Umkehrung“ des § 139 BGB findet sich bei *Hager*, Auslegung, S. 110 ff.

kann.³⁵ § 139 BGB komme daher erst zum Zuge, wenn man bereits zu dem Ergebnis gelangt sei, dass eine Vereinbarung teilnichtig ist.³⁶

Dennoch hat sich in der Rechtsprechung des BGH eine Heranziehung des § 139 BGB – oder vielmehr seines Rechtsgedankens – etabliert, soweit es um die Rückführung einer überschließenden Klausel geht. So ging der BGH bereits in seiner Entscheidung in Sachen Bierbezugsvertrag im Jahre 1972 davon aus, die überlange Bezugsbindung sei in „Zeitabschnitte derart zu zerlegen, daß diese sich als Teile eines ganzen Vertrages i. S. des § 139 BGB darstellen, – mit der Folge, daß sie bei einem entsprechend bestehenden oder zu vermutenden Parteiwillen mit einer kürzeren, nicht zu beanstandenden Laufzeit aufrechterhalten bleiben.“³⁷ Diese Praxis bestätigte der BGH zuletzt in seiner Entscheidung Restkaufpreis, in der er davon ausging, dass eine übermäßig lang vereinbarte Bezugsbindung nicht insgesamt unwirksam ist, „sondern in entsprechender Anwendung des § 139 BGB mit einer dem tatsächlichen oder vermuteten Parteiwillen entsprechenden geringeren Laufzeit aufrechtzuerhalten“ ist.³⁸ Dem haben sich verschiedene Stimmen in der Literatur angeschlossen.³⁹

Zwar beinhaltet § 139 BGB dem Wortlaut zufolge durchaus allein eine Vermutung für die Gesamtnichtigkeit einer Vereinbarung für den Fall, dass ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne der Vorschrift vorliegt.⁴⁰ Bei der Frage, ob Teil- oder Gesamtnichtigkeit eintritt, geht es inhaltlich also um die mögliche Infizierung ganzer Vertragsbestandteile mit einem Rechtsverstoß, der innerhalb eines (möglicherweise) einheitlichen Rechtsgeschäfts begangen wurde. Die geltungserhaltende Reduktion betrifft hingegen die Frage, ob die Unwirksamkeit und damit Nichtigkeit einer einzelnen Klausel durch Rückführung auf ihren zulässigen Kern verhindert werden kann. In beiden Fällen wird somit analysiert, ob die Vereinbarung in einen rechtswidrigen und daher unwirksamen sowie einen rechtlich unbedenklichen Teil aufzuspalten ist.⁴¹ Der einzige Unterschied zwischen den Instrumenten liegt also gewissermaßen in der Dimension und dem äußeren Erscheinungsbild des Prüfungsgegenstands: Während § 139 BGB auf das gesamte Rechtsgeschäft gerichtet ist und die Frage beleuchtet, ob einzelne, auch äußerlich als solche erkennbare Bestandteile der Vereinbarung von dem Restvertrag trennbar sind, steht bei der geltungserhal-

³⁵ Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 BGB, Rn. 178.

³⁶ Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 BGB, Rn. 178.

³⁷ BGH NJW 1972, 1459.

³⁸ BGH WuW 2004, 1051, 1052 – Restkaufpreis (Hervorhebung durch die Verfasserin).

³⁹ Aus der kartellrechtlichen Literatur etwa: *Nassall*, BB 1988, 1265; *Schröter/van der Hout*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 AEUV, Rn. 222; *Kling/Thomas*, § 19, Rn. 217. In Bezug auf die ergänzende Vertragsauslegung: *Schmidt*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EU Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 29 (beide Instrumente seien sich nicht fremd); *Ulmer*, NJW 1981, 2025, 2027.

⁴⁰ Dazu: MüKoBGB/Busche, § 139 BGB, Rn. 15 ff.; *Faust*, in: Nomos Kommentar, § 139 BGB, Rn. 1; *Neuner*, § 56, Rn. 1.

⁴¹ *Ulmer*, NJW 1981, 2025.

tenden Reduktion die einzelne Klausel im Mittelpunkt. Deren potentielle Teilbarkeit ist unter Umständen keineswegs äußerlich erkennbar, sondern erst durch Auslegung zu ermitteln.⁴²

Zentral für die Anwendung beider Instrumente ist aber in jedem Fall der Begriff der Teilbarkeit, unter den die Prüfung der Einheitlichkeit des ganzen Rechtsgeschäfts (§ 139 BGB) und einzelner Vertragsabreden (geltungserhaltende Reduktion) fallen kann.⁴³ Daher ist es keineswegs fernliegend zugrunde zu legen, dass die geltungserhaltende Reduktion einen Ausschnitt aus der Lehre vom teilnichtigen Rechtsgeschäft bildet, sich dabei jedoch nicht auf den Anwendungsbereich des § 139 BGB beschränkt.⁴⁴

Aufgrund dieser methodischen Ähnlichkeit können nach hier vertretener Auffassung jedenfalls die vom BGH entwickelten Grundsätze zur Frage der Teilbarkeit im Rahmen des § 139 BGB für Grundlagen und Reichweite einer geltungserhaltenden Reduktion herangezogen werden. Denn die in diesem Zusammenhang erarbeiteten Grundsätze verleihen dem Begriff der Teilbarkeit praktische Konturen, die für die weitere methodische Auseinandersetzung unverzichtbar sind.⁴⁵

c) Die Rolle salvatorischer Klauseln

Zum Teil wird vertreten, die Aufnahme einer salvatorischen Klausel sei unverzichtbare Voraussetzung für die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion.⁴⁶ Dabei treffen die Parteien jedoch in den seltensten Fällen eine Aussage zu dieser spezifischen Frage.

Salvatorische Klauseln bestehen in aller Regel aus einer Erhaltungs- und einer Ersetzungsklausel: Erstere besagt, dass die Unwirksamkeit einer Klausel den Bestand des Restvertrags nicht beeinträchtigen soll, durch Letztere verpflichten sich die Vertragsparteien, die unwirksame Klausel durch eine rechtlich unbedenkliche zu ersetzen, deren Gehalt der unwirksamen Klausel möglichst nahe kommt.⁴⁷ Dabei bestehen gerade für die konkrete Ausgestaltung der Ersetzungsklausel zahlreiche Möglichkeiten.⁴⁸

⁴² Zur äußerlichen und nur gedanklichen Teilbarkeit: *Kamanabrou*, ZGR 2002, 898, 914.

⁴³ *Dedual*, S. 53 ff. zeigt für den Bereich des schweizerischen Zivilrechts, dass weder in Rechtsprechung noch Schrifttum eine einheitliche Auffassung existiert, welches die „kleinste Einheit des Vertrags ist, die von einem Mangel betroffen sein kann“ (S. 64). Soweit es in der Diskussion um die Frage gehe, ob auch einzelne Vertragsklauseln in einen gültigen und einen nichtigen Teil aufgesplittet werden können, lasse sich die Teilnichtigkeit technisch nicht von der geltungserhaltenden Reduktion abgrenzen.

⁴⁴ *Roth*, JZ 1989, 411.

⁴⁵ Siehe dazu im Detail Abschnitt D. (S. 100 ff.).

⁴⁶ In diese Richtung: OLG Zweibrücken MDR 1990, 336; OLG Köln NZG 2001, 165.

⁴⁷ *Reinhard Bork*, Rn. 1216; *Neuner*, § 56, Rn. 8; *Weidenbach/Mühle*, EWS 9/2010, S. 353, 359.

⁴⁸ Einen Überblick bietet etwa *Michalski*, NZG 1998, 7.

Zur Wirkung salvatorischer Klauseln hat sich der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 2002 umfassend geäußert.⁴⁹ Demnach enthalten sie

„eine Bestimmung über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der bei § 139 BGB stets vorzunehmenden Prüfung, ob die Parteien das teilnichtige Geschäft als Ganzes verworfen hätten oder aber den Rest hätten gelten lassen. Während bei Fehlen einer salvatorischen Erhaltensklausel die Vertragspartei, welche das teilnichtige Geschäft aufrechterhalten will, darlegungs- und beweispflichtig ist, trifft die entsprechende Pflicht, wenn (...) eine solche Klausel vereinbart ist, denjenigen, der den ganzen Vertrag verwerfen will.“⁵⁰

Damit beschränkt sich die Wirkung salvatorischer Klauseln auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Bestands des Gesamtvertrags. Über die Möglichkeit der Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion treffen weder Erhaltungs- noch Ersetzungsklausel unmittelbar eine Aussage. Erst recht ist die Vereinbarung einer salvatorischen Klausel weder unverzichtbare Voraussetzung für die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion, noch führt die Klausel zu der zwingenden Zulässigkeit einer richterlichen Rückführung überschießender Abreden.⁵¹ Dies schon aus dem einfachen Grund, dass die salvatorische Klausel zu einem späteren Zeitpunkt eingreift als die geltungserhaltende Reduktion, nämlich erst nach Feststellung der Teilnichtigkeit der Abrede.⁵² Die richterliche Rückführung einer überschießenden Klausel verhindert hingegen das Eintreten eben dieser Nichtigkeit.

Durchaus kann die Aufnahme einer salvatorischen Klausel in den Vertrag allerdings als Auslegungshilfe dahingehend dienen, dass der hypothetische Parteiwille auf die Erhaltung einzelner Vertragsbestandteile gerichtet ist.⁵³ Zu berücksichtigen ist auch, dass die Parteien im Rahmen der salvatorischen Klausel dem Gericht die Ersetzung der unwirksamen Vereinbarung übertragen können.⁵⁴ Zumindest in diesem Fall ist aus der salvatorischen Klausel zweifelsfrei zu folgern, dass der hypothetische Parteiwille über den Erhalt des Vertrags hinaus auf eine richterliche Rückführung der überschießenden Abrede gerichtet ist.

⁴⁹ Unter Aufgabe der bis dahin geltenden Rechtsprechung aus der Entscheidung *Pronuptia II* (BGH GRUR 1994, 463): BGH GRUR 2004, 353.

⁵⁰ BGH GRUR 2004, 353.

⁵¹ Aus der Einfügung einer salvatorischen Klausel ergebe sich keine Änderung für die Zulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion: *Maritzen*, in: Kölner Kommentar zum Karteilrecht, Bd. 1, § 1 GWB, Rn. 395. Anderer Ansicht: OLG Zweibrücken MDR 1990, 336; OLG Köln NZG 2001, 165. Differenzierend, jedenfalls für den Fall einer Ersetzungsklausel mit einem „Minimum an Vorsorge für den Fall der Rechtswidrigkeit des Wettbewerbsverbots“: *Kamanabrou*, ZGR 2002, 898, 927 ff.

⁵² *Ritter*, WuW 2002, 362, 366.

⁵³ In diese Richtung auch: *Schröter/van der Hout*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 AEUV, Rn. 222.

⁵⁴ Dazu: MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 710.

d) Bestimmung des reduzierten Teils

Praktisch kann der Inhalt des reduzierten Teils einer überschießenden Abrede in den allermeisten Fällen, die für eine geltungserhaltende Reduktion überhaupt in Betracht kommen,⁵⁵ anhand klarer Maßstäbe identifiziert werden. Dafür stehen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung: So kann sich der zulässige Kern aus normativen Vorgaben ergeben (aa)), oder er wurde durch die Parteien selbst vorab für den Fall des Scheiterns der eigentlich getroffenen Abrede bestimmt (bb)). Letztlich kann der reduzierte Teil der Abrede auch durch Auslegung des Parteiwillens ermittelt werden. In diesem Rahmen hat eine Gesamtbetrachtung und -bewertung der Parteibrede zu erfolgen, durch die der wirksame Kern der Abrede bestimmt wird, auf den sich die Parteien bei Kenntnis der Unwirksamkeit geeinigt hätten (cc)).

Insbesondere die Auslegung des Parteiwillens kann jedoch zu dem Ergebnis führen, dass mehrere, gleichwertige Lösungsmöglichkeiten nebeneinander stehen, die sämtlich mit geltendem Recht vereinbar sind. Fraglich ist, ob in diesen Konstellationen eine geltungserhaltende Reduktion ausscheidet, da der Inhalt, der an die Stelle der (teilweise) unwirksamen Abrede treten soll, nicht klar zu identifizieren ist. Methodisch könnte die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion in diesen Fällen scheitern (dd)).

aa) Inhalt kann sich aus Gesetz ergeben

Zunächst kann sich der Inhalt der reduzierten Abrede unmittelbar aus dem Gesetz ergeben. Dabei handelt es sich in den allermeisten Fällen um Schutzvorschriften, die die Grenzen vertraglicher Gestaltung zwingend festschreiben.⁵⁶ In diesen Konstellationen gibt es klare normative Vorgaben, die den Inhalt der Regelung bestimmen, die an die Stelle der teilweise nichtigen Vereinbarung tritt. So ist etwa dem Arbeitszeitgesetz die Grenze der zulässigen Höchstarbeitszeit eines Arbeitnehmers klar zu entnehmen.⁵⁷ Ist in einem Arbeitsvertrag eine überschießende Dauer vereinbart, kommt eine Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrags mit der gesetzlich zulässigen Arbeitszeit in Betracht.⁵⁸

Auch in der Literatur wird überwiegend davon ausgegangen, dass ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion jedenfalls dann nicht gelten kann, wenn der Inhalt der zulässigen Klausel nach rechtlichen Kriterien ermittelt werden kann, oder gesetzlich festgelegt ist.⁵⁹ Eine solche gesetzlich vorgegebene „Vorregelung“⁶⁰ liefere

⁵⁵ Zu den Anforderungen insbesondere an die Teilbarkeit der Abrede siehe Abschnitt D. (S. 100 ff.).

⁵⁶ Mit Beispielen insbesondere aus dem Mietrecht: *Uffmann*, S. 39 ff.

⁵⁷ § 3 Satz 1 Arbeitszeitgesetz bestimmt: Die werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer darf acht Stunden nicht überschreiten.

⁵⁸ Zur damals geltenden Arbeitszeitordnung: BGH NJW 1986, 1486, 1487.

⁵⁹ *Hager*, JuS 1985, 264, 270; *Roth*, JZ 1989, 411, 413. Zu § 138 BGB: *Looschelders*, in: *Nomos Kommentar*, § 138 BGB, Rn. 136.

sichere Anhaltspunkte dafür, wie der Inhalt des von der rechtswidrigen Vereinbarung trennbaren Kerns ausgestaltet sein solle.⁶¹ Anhand dieser normativen Maßstäbe könne das Gericht etwa die Höhe einer Gegenleistung bestimmen.⁶² Der Richter sei in diesen Fällen eher vollziehend als rechtsgestaltend tätig, da an die Stelle der unzulässigen privatrechtlichen Vereinbarung die zwingende Norm trete.⁶³ Es handle sich insofern um eine Art „Reserveordnung“⁶⁴, die die Abrede vor Unvollständigkeit bewahre.

Lassen sich also dem Gesetz klare normative Grenzen dafür entnehmen, was die Parteien rechtmäßig hätten vereinbaren können, ist der reduzierte Teil der Vereinbarung zweifelsfrei zu identifizieren.

bb) Inhalt kann sich aus der Parteiaabrede ergeben

Doch nicht nur dem Gesetz können klare Anhaltspunkte für die inhaltliche Gestaltung der nachträglich als unwirksam erkannten Vereinbarung entnommen werden. In vielen Fällen werden die Parteien selbst vorgesehen haben, was an die Stelle der unwirksamen Klausel treten soll. Der Inhalt einer salvatorischen Klausel kann hier Anhaltspunkte für die Ersatzregelung liefern, auf die sich die Parteien in diesem Fall geeinigt hätten.⁶⁵ Dafür muss die Klausel allerdings eine konkrete Ersatzregelung enthalten.⁶⁶ Denn wenn die Klausel allein vorsieht, dass im Falle ihrer Unwirksamkeit ein Inhalt an deren Stelle treten soll, der der rechtswidrigen Klausel möglichst nahe kommt, ist man dem Ziel der konkreten Bestimmung eben dieses Inhalts keinen Schritt näher gekommen.⁶⁷

Auch hier greift wiederum der Gedanke der „Vorregelung“⁶⁸: Haben sich die Parteien wirksam auf eine „Reserveordnung“⁶⁹, geeinigt, wurde privatautonom determiniert, welchen Inhalt die unwirksame Abrede in ihrer neuen Form haben soll.⁷⁰

⁶⁰ *Hager*, Auslegung, S. 78 f., 197 f.

⁶¹ *Canaris*, FS Steindorff, 519, 545; *Hager*, Auslegung, S. 78 f., 197 f.

⁶² Mit verschiedenen Beispielen: *Roth*, JZ 1989, 411, 413 f.

⁶³ *Uffmann*, S. 53. *Hager*, Auslegung, S. 68 hebt im Zusammenhang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen hervor, der Richter werde in diesen Fällen jedenfalls nicht zum Sachwalter des Verwenders.

⁶⁴ *Hager*, Auslegung, S. 79.

⁶⁵ *Hager*, JuS 1985, 264, 269 f. m. w. N. Zur Rolle salvatorischer Klauseln im vorliegenden Kontext siehe unter B.I.1.c) (S. 29 ff.).

⁶⁶ *Hager*, Auslegung, S. 75, 202.

⁶⁷ *Hager*, JZ 1996, 175, 178.

⁶⁸ *Hager*, Auslegung, S. 78 f., 197 f.

⁶⁹ *Hager*, Auslegung, S. 79.

⁷⁰ *Hager*, Auslegung, S. 78 f., 197 f.

cc) Inhalt kann durch Auslegung zu ermitteln sein

Letztlich kann die Bestimmung des reduzierten Teils auch durch Auslegung erfolgen. Dies ist jedenfalls dann erforderlich, wenn sich der Inhalt weder auf Grundlage normativer noch privatautonom vereinbarer Vorgaben ermitteln lässt.⁷¹ Dabei entspricht die zu bestimmende Ersatzregel der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens.⁷² Demnach muss die unwirksame Abrede Anhaltspunkte für die Regelung enthalten, welche die Parteien bei Kenntnis der Unwirksamkeit getroffen hätten.⁷³

Anschaulich ist das richterliche Auffinden einer Ersatzregelung unter Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens in der BGH-Entscheidung *Jette Joop*⁷⁴ dargestellt: Im Wege der Vertragsauslegung leitete der BGH aus einer räumlich sowie sachlich überschließenden Markenabgrenzungsvereinbarung her, dass sich die streitgegenständliche Unterlassungspflicht ausschließlich auf den Bereich von Bekleidungsstücken in Deutschland bezog. Dies ergebe sich aus den in der Vereinbarung niedergelegten Regelungen der Befugnisse der Parteien zur Markennutzung.⁷⁵ In einer über mehr als 20 Teilziffern⁷⁶ reichenden Analyse legte der BGH hier die vertragliche Vereinbarung aus und kam schließlich zu dem Ergebnis, dass nur diese eine gegenständliche Interpretation denkbar ist.

dd) Ausschluss bei mehreren Lösungen?

In nicht seltenen Fällen wird man zu dem Ergebnis kommen, dass es für den Inhalt der überschließenden Klausel mehrere Gestaltungsmöglichkeiten gibt. Hier stellt sich die Frage, ob bei nicht eindeutiger Identifizierung des reduktionsfähigen Inhalts eine Rückführung auf diesen – denn welchen? – Inhalt überhaupt möglich ist. Den Ausschluss einer geltungserhaltenden Reduktion in diesen Fällen legt auch der BGH nahe, wenn er ausführt, der von § 139 BGB geregelte Bereich sei überschritten, „wenn an die Stelle der nichtigen Bestimmung eine von mehreren denkbaren wirksamen Regelungen gesetzt werden müsste.“⁷⁷

Auch in der Literatur wird zum Teil vertreten, eine geltungserhaltende Reduktion jedenfalls sachlich überschließender Abreden komme nur für den Fall in Betracht,

⁷¹ *Dedual*, S. 24, unter Hervorhebung der Schwierigkeiten bei der Ermittlung normativer Zulässigkeitsgrenzen.

⁷² *Dedual*, S. 69 f.

⁷³ *Hager*, JZ 1996, 175, 179.

⁷⁴ BGH GRUR 2011, 641 – *Jette Joop*. Ausführlich zu der Entscheidung und ihren Implikationen für die Fragestellungen dieser Arbeit unter D.II.3.a) (S. 122 ff.).

⁷⁵ BGH GRUR 2011, 641, 645 – *Jette Joop*.

⁷⁶ BGH GRUR 2011, 641, 643–645 – *Jette Joop*.

⁷⁷ BGH GRUR 2011, 641, 645 – *Jette Joop*.

dass eine einzige sachgerechte Lösung existiert.⁷⁸ Wenn nicht feststellbar sei, welches die gerade noch zulässige Lösung ist, bestehe die Gefahr eines rechtsgestaltenden Einflusses auf den Vertrag durch das Gericht.⁷⁹ Letztlich drohe die Aufrechterhaltung eines Vertrags, der mit diesem Inhalt von den Parteien gar nicht beabsichtigt war.⁸⁰ Eine geltungserhaltende Reduktion soll nach dieser Ansicht daher ausgeschlossen sein, wenn keine hinreichenden Anhaltspunkte im Vertrag erkennbar sind, welche Lösung die Parteien bei Kenntnis der Unwirksamkeit gewählt hätten.⁸¹

Ein grundsätzlicher Ausschluss der geltungserhaltenden Reduktion bei mehreren potentiell zur Verfügung stehenden Lösungsmöglichkeiten erscheint jedoch nicht gerechtfertigt. Denn in einem Gerichtsverfahren könnte der Richter die Entscheidungsfindung etwa durch zivilprozessuale Handlungen wie dem richterlichen Hinweis gemäß § 139 ZPO erleichtern.⁸² Auch wird sich der Parteiwille oft bereits aus der Fassung der Klageanträge ergeben.⁸³ Maßstab sollte daher nicht sein, ob von vornherein nur eine einzige Lösung denkbar ist, die an die Stelle der überschließenden Vereinbarung tritt, sondern vielmehr, ob der Richter den hypothetischen Parteiwillen zweifelsfrei – mithilfe aller ihm zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten – ermitteln kann.

Faktisch wird die Bestimmung des reduzierten Teils der Vereinbarung ohnehin in den seltensten Fällen ein reines Auffinden der allein richtigen Lösung sein.⁸⁴ Ganz im Gegenteil wird sich insbesondere in Konstellationen, in denen sich der Inhalt der zulässigen Restvereinbarung weder aus dem Gesetz noch aus der Parteiaabrede ergibt und das Gericht diesen daher unter Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens zu bestimmen hat, in den allerseltesten Fällen nur eine richtige Lösung auftun. Hier kann sich eine ganze Spannbreite von Lösungsvarianten ergeben, aus denen der Richter nach pflichtgemäßem Ermessen eine auszuwählen hat.⁸⁵

Dass dem Richter diese Form der *Vertragsgestaltung* möglich sein muss, zeigt bereits ein Vergleich zur Regelung des § 74a Abs. 1 Satz 2 HGB: Hier kann das Gericht den Inhalt einer Vereinbarung auch ohne eindeutige Anhaltspunkte im

⁷⁸ Für eine solche Einschränkung auch im Rahmen räumlicher Reduktionen: *Topel*, in: Wiedemann, § 50, Rn. 27.

⁷⁹ *Topel*, in: Wiedemann, § 50, Rn. 27.

⁸⁰ *Köhler*, JuS 2010, 665, 668.

⁸¹ So die BGH-Rechtsprechung für den Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zusammenfassend und im Ergebnis ablehnend: *Pauly*, JR 1997, Heft 9, S. 357, 360.

⁸² Diese Möglichkeit sehen auch MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 711.

⁸³ So ebenfalls MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 711. Die Befürchtung, es sei weder den Parteien zumutbar, dass das Gericht zwischen alternativ anzupassenden Elementen eine Wahl treffe, noch seien die Richter dafür zuständig oder dazu befähigt, sei daher unbegründet.

⁸⁴ *Uffmann*, S. 15: Der vermeintlichen Richterwillkür seien rational nachvollziehbare Grenzen gezogen.

⁸⁵ *Dedual*, S. 86.

Vertrag (bzw. Gesetz) ermitteln und festlegen.⁸⁶ Dies schließt das Risiko mit ein, dass es verschiedenste Möglichkeiten gibt, eine gesetzeskonforme Lösung zu finden. So ist etwa an eine Konstellation zu denken, in der dem Gehilfen ein überschließendes, weil bundesweites Wettbewerbsverbot auferlegt wird. In Betracht käme hier eine geltungserhaltende Reduktion auf ein Bundesland oder auch mehrere Regionen.⁸⁷ Das Gericht hat nach pflichtgemäßem Ermessen die Lösung zu bestimmen, die dem hypothetischen Parteiwillen am ehesten entspricht.

Auch ist zu berücksichtigen, dass selbst Stimmen, die in diesen Konstellationen eine geltungserhaltende Reduktion ablehnen, an deren Stelle zum Teil auf die ergänzende Vertragsauslegung zurückgreifen: Da die Unwirksamkeit der Abrede zum Entstehen einer Regelungslücke führe, sei diese unter Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens zu schließen.⁸⁸ Hier eine Grenze zwischen Zulässigkeit und Verbot der geltungserhaltenden Reduktion in Abgrenzung zur ergänzenden Vertragsauslegung zu ziehen, erscheint jedoch als „Paraphrasierung des gewünschten Ergebnisses“.⁸⁹ Denn letztlich soll schlicht eine „richterliche Abmilderung übermäßiger Rechtsfolgen zur Vermeidung der Totalnichtigkeit“⁹⁰ erfolgen. Wie die Methodik einer solchen Abmilderung bezeichnet wird, ist eine rein begriffliche Frage – die Grenze zwischen geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung verschwimmt bei ergebnisorientierter Betrachtung ohnehin.⁹¹ Die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion in den Fällen mehrerer potentieller Lösungen für den aufrechthaltenden Teil der Vereinbarung vollkommen auszuschließen, erscheint daher zu formalistisch.

Vielmehr hat in diesen Fällen eine umfassende Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens zu erfolgen. Ist demnach ein klar zulässiger Inhalt zu identifizieren, gibt eben dieser Inhalt den Rahmen vor, in dem eine geltungserhaltende Reduktion erfolgen kann. In diesem Sinne entschied auch der BGH bezüglich einer sittenwidrigen Vertragsklausel: Bei mehreren denkbaren Reduktionsmöglichkeiten sei eine Aufspaltung in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil nur dann zulässig, „wenn sich ein entsprechender (hypothetischer) Wille der Parteien nicht nur an allgemeinen Billigkeitserwägungen, sondern an bestimmten objektiven Verhältnissen und Umständen festmachen ließe.“⁹²

Weiter führte der BGH in eben jener Entscheidung aus, Sinn und Zweck des § 139 BGB lägen darin, den hypothetischen Willen der Vertragsparteien zu verwirklichen.

⁸⁶ *Pauly*, JR 1997, Heft 9, S. 357, 360.

⁸⁷ *Oetker*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 74a HGB, Rn. 5.

⁸⁸ So z. B. *Pauly*, JR 1997, Heft 9, S. 357, 363.

⁸⁹ *Hager*, JuS 1985, 264, 267.

⁹⁰ *Roth*, JZ 1989, 411, 419.

⁹¹ Siehe dazu bereits oben S. 24 f.

⁹² BGH NJW 2009, 1135, 1137.

„Wo dieser Wille nicht zu ermitteln ist, weil mehrere Möglichkeiten zur Ersetzung der nichtigen Bestimmung gegeben sind und *keine Anhaltspunkte dafür bestehen, welche von ihnen die Parteien gewählt hätten*, ist der Regelungsbereich der Vorschrift überschritten. In einem solchen Fall kommt nur ein ‚Hinausstreichen‘ der nichtigen Bestimmung oder aber die Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts in Betracht.“⁹³

Gerade diese Anhaltspunkte zu ermitteln, ist aber Kernaufgabe des Gerichts. Gleichzeitig gibt das so ermittelte Ergebnis die Grenzen dessen vor, was die geltungserhaltende Reduktion methodisch leisten kann. Ist also weder aus den Parteianträgen noch aus dem übrigen Vortrag erkennbar, welche Regelung an die Stelle der überschließenden Vereinbarung treten soll, sind auch dem Gericht die Hände gebunden.⁹⁴ Eine geltungserhaltende Reduktion muss dann – aber auch nur dann – folgerichtig ausscheiden.⁹⁵

2. Die Debatte um das korrekte Reduktionsmaß

Dreh- und Angelpunkt der zivilrechtlichen Diskussion um die Zulässigkeit einer geltungserhaltenden Reduktion ist das Reduktionsmaß, auf das die überschießende Abrede zurückgeführt wird. In Betracht kommt hier zum einen die Reduktion auf das gerade noch rechtlich Zulässige sowie die Ermittlung eines angemessenen Inhalts, der den miteinander in Einklang zu bringenden Interessen der Vertragsparteien jeweils Rechnung trägt.

Tatsächlich entpuppt sich der seit Jahrzehnten geführte Streit um die Zulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion an dieser Stelle als Scheindebatte:⁹⁶ So gehen die Gegner der Methodik davon aus, dass Gegenstand der geltungserhaltenden Reduktion stets die Rückführung auf das rechtlich gerade noch tolerable Maß ist und argumentieren entsprechend im Wesentlichen mit Präventions- und Sanktionserwägungen.⁹⁷ Die Befürworter hingegen legen dem Begriff der geltungserhaltenden Reduktion die Annahme zugrunde, dass eine Rückführung auf einen angemessenen

⁹³ BGH NJW 2009, 1135, 1136 m. w. N. (Hervorhebung durch die Verfasserin).

⁹⁴ In ähnliche Richtung: *Markert*, WuW 2002, 578, 583. So stelle sich die Frage der Vereinbarkeit einer geltungserhaltenden Reduktion mit Art. 101 Abs. 2 AEUV und § 134 BGB gar nicht, wenn etwa die beantragten Anpassungen nicht aus dem Verbotsbereich herausführten. Das Gericht sei insofern an die Anträge und den mit ihrer Enumeration zum Ausdruck gebrachten Verzicht auf andere Anpassungen gebunden.

⁹⁵ So auch *Hager*, JZ 1996, 175, 179; *Roth*, JZ 1989, 411, 418: „Scheitert die Isolierung des angemessenen Teils gleichwohl, so scheitert auch die geltungserhaltende Reduktion.“

⁹⁶ Grundlegend zum „Mythos“ des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion: *Uffmann*, S. 225 ff. (aufgrund des unterschiedlichen Begriffsverständnisses gebe es eigentlich keine Diskussion zu diesem Thema, sondern nur zwei nebeneinander vertretene Bewertungen, S. 228).

⁹⁷ Vgl. etwa: *Pauly*, JR 1997, Heft 9, S. 357, 361 f.; *Schlachter*, JuS 1989, 811, 812. Ausführlich zur Definitionskontroverse: *Uffmann*, S. 225 ff.

Inhalt zu erfolgen hat, und betrachten dadurch insbesondere die von den Gegnern ins Feld geführten Präventionsgründe als entkräftet.⁹⁸

Damit ist die Auseinandersetzung ganz wesentlich von einem divergierenden Vorverständnis der Begrifflichkeiten geprägt.⁹⁹ Unstreitig ist der Debatte allerdings die Grundlage entzogen, wenn klare gesetzliche Vorgaben für den Inhalt der zulässigen (Rest-)Vereinbarung existieren, oder die Parteien eine eindeutige Regelung für den Fall der (teilweisen) Unwirksamkeit der Abrede getroffen haben. Ein Rückgriff auf das Angemessene oder ein „Durchschnittsmaß“¹⁰⁰ ist unter diesen Umständen von vornherein nicht angezeigt.¹⁰¹

Etwas anderes kann sich jedoch ergeben, wenn weder aus dem Gesetz noch aus der Parteiaabrede unmittelbar und eindeutig erkennbar ist, welche konkrete Regelung an die Stelle der unwirksamen Abrede treten sollte. Prominentes Beispiel für die Dynamik dieser Debatte sind die vielfältigen Gerichtsentscheidungen zur Rückführung eines überschießenden Wohnraummietzinses.¹⁰² Eine Interessenabwägung der Vertragsparteien ergibt hier in aller Regel, dass die Totalnichtigkeit des Mietvertrags nicht in Betracht kommt, dieser vielmehr unter Ermittlung eines rechtmäßigen Mietzinses aufrechtzuerhalten ist.¹⁰³ Dem Gesetz ist jedoch keine unmittelbare Grenze zu entnehmen, bis zu der eine Miete rechtmäßig vereinbart werden kann. Auch werden die Vertragsparteien in aller Regel keine zahlenmäßige Regelung für den Fall der Unwirksamkeit der Mietzinsvereinbarung getroffen haben. Daher stellt sich die Frage, auf welche Höhe der Mietzins zurückgeführt werden soll. Die Rechtsprechung verfolgt insofern keine klare Linie: Während zum Teil für eine Ersatzregelung in Höhe des höchstzulässigen Mietzinses plädiert wird,¹⁰⁴ findet sich in anderen Urteilen eine Rückführung auf die ortsübliche Vergleichsmiete.¹⁰⁵

Auch über mietrechtliche Streitigkeiten hinaus ist die Rechtsprechung uneinheitlich: So führte der BGH in einer seiner Entscheidungen zu Bierbelieferungs-

⁹⁸ Dieser Ansicht sind etwa: *Canaris*, FS Steindorff, 519, 550; *Hager*, Auslegung, S. 199, 214 (spricht von „Durchschnittsmaß“); *Roth*, JZ 1989, 411, 417; *Hengst*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, Bd. 2, Art. 101 AEUV, Rn. 474; *Krauß*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, Bd. 1, § 1 GWB, Rn. 347; *Schlachter*, JuS 1989, 811, 812; *Weyer*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG, Rn. 136.

⁹⁹ *Uffmann*, S. 225–229.

¹⁰⁰ *Hager*, Auslegung, S. 199, 214.

¹⁰¹ Vgl. *Hager*, JuS 1985, 264; *ders.*, JZ 1996, 175, 176.

¹⁰² Vgl. etwa: BGH NJW 1984, 722; OLG Stuttgart NJW 1981, 2365; OLG Karlsruhe NJW 1982, 1161; OLG Hamburg WuM 1983, 20.

¹⁰³ *Neuner*, § 45, Rn. 13; § 46, Rn. 66; *Schmidt-Räntsche*, in: *Erman*, § 138 BGB, Rn. 30; *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 BGB, Rn. 188.

¹⁰⁴ BGH NJW 1984, 722, 724; LG Mannheim, Urteil vom 17.2.1977 – 4 S 115/75, juris, Rn. 43 ff.

¹⁰⁵ OLG Stuttgart NJW 1981, 2365, 2366; OLG Karlsruhe NJW 1982, 1161, 1162; OLG Hamburg, WuM 1983, 20, 21.

verträgen aus, gegen eine Fortdauer des Vertrags mit angemessener Laufzeit bestünden keine Bedenken. Unter Heranziehung des § 139 BGB sei zu prüfen,

„welche Laufzeit unter Abwägung der beiderseits zu erbringenden und bereits erbrachten Leistungen noch als *angemessen* angesehen werden kann, und ob die Aufrechterhaltung des Vertrages mit diesem Inhalt dem tatsächlichen oder vermuteten Willen beider Vertragsteile entsprechen würde.“¹⁰⁶

Auf die für das zu prüfende Wettbewerbsverbot angemessene Zeitdauer von einem Jahr stellte der BGH auch in Sachen Heizkessel-Nachbau ab.¹⁰⁷

In anderen Entscheidungen scheint der BGH hingegen davon auszugehen, dass geltungserhaltende Reduktion stets die Rückführung auf das gerade noch vertretbare Maß bedeutet, so etwa in Sachen Ausscheidungsvereinbarung.¹⁰⁸ Im Rahmen der Rückführung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen führte der BGH ebenfalls aus, bei der geltungserhaltenden Reduktion sei „nach der Grenze des am Maßstab der §§ 9–11 AGBG ‚gerade noch Zulässigen‘ [zu suchen].“¹⁰⁹

Dem wird in der Literatur entschieden entgegengetreten: Gegen eine Reduktion auf das höchst zulässige Maß wird insbesondere angeführt, sie setze falsche Anreize zur Überschreitung der Zulässigkeitsgrenze.¹¹⁰ Auch orientierten sich die gesetzlich vorgesehenen Fälle einer geltungserhaltenden Reduktion am Maßstab des Angemessenen, wie etwa die Herabsetzung einer Vertragsstrafe gemäß § 343 BGB.¹¹¹ Darüber hinaus bleibe der Präventionsgedanke bei einer Rückführung auf das Angemessene erhalten, da den Parteien das Risiko einer unwirksamen, weil überschließenden Klausel nicht vollständig abgenommen werde.¹¹² Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Maßstab des Angemessenen auch nach dieser Ansicht durchaus mit dem gerade noch Zulässigen zusammenfallen kann.¹¹³

Die Frage nach dem korrekten Reduktionsmaß wird hier nicht abschließend geklärt werden können.¹¹⁴ Sie stellt sich allerdings ohnehin nur, soweit der Inhalt der reduzierten Klausel weder aus dem Gesetz noch aus der Parteivereinbarung hervorgeht. Gelangt man mittels Auslegung zur Inhaltsbestimmung der reduzierten Abrede, sprechen sowohl Argumente für eine Rückführung auf das gerade noch

¹⁰⁶ BGH BB 1973, 637 (Hervorhebung durch die Verfasserin).

¹⁰⁷ BGH GRUR 1984, 753 – Heizkessel-Nachbau (Volltext bei juris, Rn. 29).

¹⁰⁸ BGH NJW 1979, 1605, 1606 – Ausscheidungsvereinbarung.

¹⁰⁹ BGH NJW 1984, 1177, 1179. In die gleiche Richtung: BGH NJW 1993, 1786, 1787.

¹¹⁰ Weyer, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG, Rn. 136.

¹¹¹ Canaris, FS Steindorff, 519, 550.

¹¹² Roth, JZ 1989, 411, 417.

¹¹³ Mit Beispielen: Canaris, FS Steindorff, 519, 550.

¹¹⁴ Zur Betrachtung beider Varianten unter verhaltensökonomischen Aspekten: Dedual, S. 246 ff.

zulässige als auch auf das angemessene Maß.¹¹⁵ Im kartellrechtlichen Kontext ist der Frage jedoch unter Umständen ohnehin eine weitaus geringere Bedeutung beizumessen als im allgemeinen Zivilrecht, was an anderer Stelle zu diskutieren sein wird.¹¹⁶

3. Ausschluss bei kumulativen Rechtsverletzungen?

Eine allgemein methodische Frage der geltungserhaltenden Reduktion betrifft darüber hinaus Konstellationen, in denen die Abrede nicht nur unter einem Aspekt, sondern in mehrfacher Hinsicht gegen geltendes Recht verstößt. Fraglich ist hier, ob eine Rückführung auf den zulässigen Kern möglicherweise ausgeschlossen ist, da sich das Gericht bei Anwendung der geltungserhaltenden Reduktion zu weit von der ursprünglichen Abrede entfernt und so eine Vereinbarung entsteht, die von den Parteien weder angelegt noch gewollt war.

Zum Teil wird in der Literatur dafür plädiert, die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion nur bei einem einzigen Verstoß innerhalb der Abrede zuzulassen.¹¹⁷ Auch der BGH legt in der Entscheidung *Tierarztparaxis*¹¹⁸ jedenfalls für den Bereich des § 138 BGB die Vermutung nahe, dass eine geltungserhaltende Reduktion im Falle mehrerer Verstöße ausgeschlossen sein soll. Denn er führt aus, für eine teilweise Aufrechterhaltung der sittenwidrigen Klausel sei kein Raum, „da (...) das vereinbarte Wettbewerbsverbot in mehrfacher Hinsicht sittenwidrig“¹¹⁹ sei. Argumentative Grundlage bildet wiederum der Einwand, der den Gerichten eingeräumte Gestaltungsspielraum sei überschritten, wenn der Richter in mehrfacher Hinsicht auf die vertragliche Abrede einwirke.¹²⁰

Bezüglich des generellen Einwands der zu weit gehenden richterlichen Einwirkung auf privatechtliche Entscheidungen im Rahmen der geltungserhaltenden Reduktion wird auf die bereits dargelegten Argumente verwiesen.¹²¹ Diese beanspruchen Geltung unabhängig von der Anzahl der Rechtsverstöße, die in der Abrede enthalten sind.

¹¹⁵ *Dedual*, S. 237 ff. (Ergebnis auf S. 251) zeigt anhand einer ökonomischen Analyse, dass auch eine Ersetzung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch eine angemessene Klausel – jedenfalls bei weiterhin geringer Ahndungswahrscheinlichkeit – unter Präventionsgesichtspunkten den Verwender nicht zur Gesetzestreue anzuhalten vermag. Zu den relevanten ökonomischen Fragen im kartellrechtlichen Kontext siehe unter E.II. (S. 144 ff.).

¹¹⁶ Siehe dazu unter D.III.1.b) (S. 130 ff.).

¹¹⁷ Vgl. etwa *Jaeger*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 31. Dieser Ansicht ist wohl auch *Hirte*, ZHR 154 (1990), S. 443, 459f.

¹¹⁸ BGH NJW 1997, 3089.

¹¹⁹ BGH NJW 1997, 3089, 3090.

¹²⁰ BGH NJW 1997, 3089, 3090.

¹²¹ S. 33 ff.

Denn methodisch unterscheidet sich die Art des richterlichen Einflusses bei nur einem Verstoß nicht von der Rückführung einer in mehrfacher Hinsicht rechtswidrigen Abrede, solange der jeweils überschießende Teil von einem zulässigen Rest klar trennbar und der hypothetische Parteiwille auf den Inhalt dieses zulässigen Restes gerichtet ist. Die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens bildet also die Grenze dessen, was die geltungserhaltende Reduktion leisten kann. Die Festlegung jeder quantitativen Grenze, bis zu der eine Rückführung möglich ist, wäre hingegen willkürlich, da die Qualität der richterlichen Einwirkung auf die Vereinbarung in allen Fällen die gleiche ist. Es kann daher bei der Analyse der Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion nicht darauf ankommen, wie viele Rechtsverstöße in der Abrede enthalten sind.¹²²

4. Allgemeine Kritik an der Methodik

Gegen die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion werden im allgemeinen Zivilrecht verschiedenste Argumente vorgebracht, die in Abhängigkeit vom konkreten normativen Kontext, in dem die Methodik zur Anwendung kommen soll, leicht variieren, in ihren Grundzügen jedoch verallgemeinerungsfähig sind. Im Wesentlichen geht es um die Anforderungen an die Teilbarkeit der Abrede in einen überschießenden und einen zulässigen Teil sowie die Bestimmung des letzteren (a)). Auch wird gegen eine geltungserhaltende Reduktion immer wieder angeführt, das Gericht greife durch Anwendung der Methodik zu stark in den Bereich der Privatautonomie ein (b)). Je nach Inhalt der Rechtsnorm, die durch Vereinbarung einer überschießenden Abrede verletzt wurde, wird darüber hinaus vorgebracht, die geltungserhaltende Reduktion verletze den Sanktionscharakter der Verbotsnorm (c)). In ähnliche Richtung gehen Argumente, die die Präventionswirkung eben jener Norm durch die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion gefährdet sehen (d)). Ein Hinweis auf die relevanten Stellen, an denen eine Auseinandersetzung mit dieser Kritik im kartellrechtlichen Kontext erfolgt, ist in jedem Unterkapitel enthalten.

a) Problem der Teilbarkeit

Ein grundsätzliches Problem im Rahmen der Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion stellt zunächst das Erfordernis der Teilbarkeit der Abrede in einen überschießenden und einen zulässigen Teil dar. Neben der Identifizierung des rechtlich unwirksamen und daher nichtigen Teils einer Vereinbarung stellt in den allermeisten Fällen insbesondere die Bestimmung des reduzierten Teils, der an die Stelle der nichtigen Abrede treten soll, das Gericht vor erhebliche Herausforderungen.

Allem voran stößt die Methodik nach zum Teil vertretener Auffassung bei der Teilung sachlich gegenständlicher Inhalte einer Vereinbarung an ihre Grenzen. So

¹²² So im Ergebnis auch MüKoEuWettB/R/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 710.

geht der BGH davon aus, dass jedenfalls überschießende Wettbewerbsverbote sachlich nicht teilbar sind.¹²³ Auch in der Literatur wird zum Teil vertreten, bei anderen Verstößen als der Überschreitung zeitlicher oder räumlicher Grenzen sei in der Regel nicht erkennbar, worin der zulässige Kern der Vereinbarung liege.¹²⁴ Dann drohe die Aufrechterhaltung eines Vertrags, der mit diesem Inhalt von den Parteien gar nicht beabsichtigt war.¹²⁵ Stehe nicht nur eine einzige sachgerechte Lösung für die Bestimmung des zulässigen Teils der Abrede zur Verfügung, sei eine geltungserhaltende Reduktion ausgeschlossen.¹²⁶

Wie die Frage der Teilbarkeit einer kartellrechtlich relevanten Abrede in ihren verschiedenen Dimensionen aufzulösen ist, wird in Abschnitt D.¹²⁷ gezeigt.

b) Überschreitung der Grenzen richterlicher Vertragsgestaltung

Ein grundlegender Einwand gegen die geltungserhaltende Reduktion betrifft darüber hinaus die Einwirkung des Gerichts auf privatrechtliche Verträge. Da die Rückführung einer überschießenden Vereinbarung stets durch den Richter vorgenommen wird und nicht, etwa wie im Falle einer vertraglichen Ersetzungsklausel, durch die Parteien selbst, wird hier zum Teil vorgebracht, das Gericht überschreite seinen eigenen Kompetenzbereich, indem es den Parteien vorbehaltene Wertungen bei der vertraglichen Ausgestaltung vornehme und damit unzulässigerweise rechtsgestaltend tätig werde.¹²⁸

Eine besondere Dynamik erfährt die Debatte, soweit mehrere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, die an die Stelle der geltungserhaltend reduzierten Klausel treten können. Nach zum Teil vertretener Auffassung soll in diesen Fällen eine geltungserhaltende Reduktion ausgeschlossen sein.¹²⁹ Auch dem BGH zufolge überschreitet das Gericht seinen Gestaltungsspielraum jedenfalls dann, wenn es nicht ausschließlich eine zeitliche Rückführung auf das zulässige Maß vornimmt.¹³⁰

¹²³ BGH NJW 2009, 1751, 1753 – Subunternehmervertrag II; BGH GRUR 1984, 753 – Heizkessel-Nachbau (Volltext bei juris, Rn. 29); BGH WuW 2004, 1051, 1052 – Restkaufpreis.

¹²⁴ *Hirte*, ZHR 154 (1990), S. 443, 460.

¹²⁵ *Köhler*, JuS 2010, 665, 668.

¹²⁶ *Topel*, in: Wiedemann, § 50, Rn. 27.

¹²⁷ S. 100 ff.

¹²⁸ In diese Richtung: *Flume*, S. 389; *Zimmermann*, S. 177 ff. (der Richter werde zum „Sozialingenieur“ befördert, S. 184). Jedenfalls für den Bereich der „gegenständlichen“ Überschreitung: *Weidenbach/Mühle*, EWS 9/2010, S. 353, 359. In ähnliche Richtung: *Köhler*, JuS 2010, 665, 668 f. (Es sei nicht Aufgabe des Richters, an Stelle der Parteien eine Vertragsgestaltung zu finden, die auf die beiderseitigen Interessen und die Umstände des Einzelfalls hinreichend Rücksicht nimmt).

¹²⁹ *Topel*, in: Wiedemann, § 50, Rn. 27. So die BGH-Rechtsprechung für den Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zusammenfassend und im Ergebnis ablehnend: *Pauly*, JR 1997, Heft 9, S. 357, 360.

¹³⁰ BGH NJW 1997, 3089, 3090.

Aufgrund der inhaltlichen Überschneidungen dieser Problematik mit dem Begriff der Teilbarkeit wird auf die damit zusammenhängenden Argumente für und gegen einen Ausschluss der geltungserhaltenden Reduktion in Abschnitt D.¹³¹ eingegangen.

c) Reduktion widerspricht Sanktionscharakter der verletzten Norm

In Abhängigkeit von der konkreten Ausgestaltung der Norm, gegen die die überschießende Vereinbarung verstößt, wird darüber hinaus zum Teil vorgebracht, die geltungserhaltende Reduktion widerspreche ihrem Sanktionscharakter.¹³² Denn wenn eine rechtswidrige Vereinbarung auf ihren zulässigen Kern zurückgeführt wird, würden die Parteien für ihren Rechtsverstoß nicht bestraft, sondern – ganz im Gegenteil – mit der teilweisen Aufrechterhaltung der Abrede belohnt.

Für den Bereich des Sittenwidrigkeitstatbestands hat der BGH festgestellt, eine solche Belohnung widerspreche dem mit § 138 BGB verfolgten Zweck, „den Betroffenen das Risiko zuzuweisen, daß eine zwischen ihnen getroffene Vereinbarung sittenwidrig und nichtig ist.“¹³³ Der sittenwidrig Handelnde dürfe niemals damit rechnen, durch gerichtliche Festlegung das zu bekommen, was gerade noch vertretbar und sittengemäß ist. Denn dann „verlöre das sittenwidrige Geschäft für ihn das Risiko, mit dem es durch die vom Gesetz angedrohte Nichtigkeitsfolge behaftet sein soll.“¹³⁴

Ob dieser Sanktionsgedanke auch im Rahmen des Kartellverbots trägt, wird in Abschnitt E.I.¹³⁵ diskutiert.

d) Präventionswirkung entfällt

Schließlich wird gegen die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion vorgebracht, die verletzte Norm entfalte bei Aussicht der Parteien auf eine (Teil-) Aufrechterhaltung ihrer Vereinbarung keine Präventionswirkung. Jede abschreckende Wirkung entfalle, wenn die Parteien damit rechnen könnten, dass selbst bei Überschreitung der Grenzen des rechtlich Zulässigen jedenfalls der darin enthaltene rechtskonforme Kern bestehen bleibt.¹³⁶

Zu prüfen ist im vorliegenden Kontext also, ob die präventive Wirkung des Kartellverbots durch Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion untergraben wird. Dabei geht es um die effektive Wirksamkeit des Verbotstatbestands selbst,

¹³¹ S. 100 ff.

¹³² Vgl. für den Bereich des § 138 BGB etwa die sogleich angeführte Rechtsprechung des BGH.

¹³³ BGH NJW 1997, 3089, 3090.

¹³⁴ BGH NJW 1979, 1605, 1606 – Ausscheidungsvereinbarung.

¹³⁵ S. 139 ff.

¹³⁶ Für den Bereich des Kartellverbots etwa: *Klotz*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, 2 B, Rn. 808; *Schnichels*, EuZW 2003, 171, 175.

nicht um eine etwaige Sanktionswirkung der Nichtigkeitsfolge. Eine Diskussion der damit zusammenhängenden verhaltensökonomischen Erwägungen erfolgt in Abschnitt E.II.¹³⁷ Diese Ausführungen sind inhaltlich uneingeschränkt auf das deutsche Kartellverbot aus § 1 GWB übertragbar.

II. Die geltungserhaltende Reduktion im Zusammenhang mit dem Kartellverbot

Steht die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen einer kartellverbotswidrigen Abrede zur Debatte, ist nicht nur die Teilbarkeit der spezifischen Vereinbarung zu analysieren, sondern auch die grundsätzliche Vereinbarkeit der Methodik mit der Nichtigkeitsfolge gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV bzw. § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB.

Ein legitimes Interesse, kartellrechtlich überschließende, im Kern jedoch wettbewerblich unbedenkliche (oder sogar förderliche) Vereinbarungen auf eben diesen Kern geltungserhaltend zu reduzieren, besteht auf Seiten der Marktteilnehmer durchaus. Denn gerade im Bereich des Kartellverbots ist die Grenze zwischen kartellrechtlich tolerablem Verhalten und einem solchen, das dem Wettbewerb schadet, oft fließend (1.). Eine Einführung in praktische Beispiele, anhand derer die potentielle Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen kartellverbotswidriger Abreden gezeigt wird, soll das Verständnis für die sich im Einzelfall stellenden Fragen erleichtern (2.). Dabei erfolgen Verweise auf die verschiedenen Stellen dieser Arbeit, an denen eine vertiefte Auseinandersetzung mit den jeweiligen Themenkreisen erfolgt.

1. Fließende Verbotsgrenzen und Prinzip der Selbsteinschätzung

Ob ein Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb in einem nicht hinzunehmenden Ausmaß spürbar zu beeinträchtigen, ist im Einzelfall Ergebnis komplexer Bewertungsmechanismen. Einteilungen nach bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen, Kernbeschränkungen und *Hardcore*-Absprachen sowie Nebenabreden sollen die Kategorisierung bestimmter Verhaltensweisen erleichtern, befreien jedoch nicht grundsätzlich von der spezifischen wettbewerbsrechtlichen Analyse im Einzelfall. Bereits das System der Gruppen- und Einzelfreistellungsmöglichkeiten vom Kartellverbot macht deutlich, dass nicht jedes scheinbar wettbewerbswidrige Verhalten auch zu einem Verbot nach Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB führen muss.¹³⁸

¹³⁷ S. 144 ff.

¹³⁸ So können etwa bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen im Einzelfall Gegenstand einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV sein, vgl. *Füller*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 205; *Grave/Nyberg*, in: LMRKM Kartellrecht,

Die Ambivalenz, mit der insbesondere horizontale Kooperationsformen kartellrechtlich bewertet werden, geht auch aus der Einleitung zu den Horizontalleitlinien der Europäischen Kommission¹³⁹ hervor. Demnach können horizontale Vereinbarungen „erheblichen wirtschaftlichen Nutzen bringen, vor allem wenn sie komplementäre Tätigkeiten, Fähigkeiten oder Vermögenswerte zusammenführen.“¹⁴⁰ Gleichzeitig können horizontale Vereinbarungen

„aber auch zu Wettbewerbsproblemen führen. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn die Parteien vereinbaren, Preise oder Produktionsmengen festzulegen oder Märkte aufzuteilen, oder wenn die Zusammenarbeit die Parteien in die Lage versetzt, Marktmacht zu behalten, zu erlangen oder auszubauen, und sie sich dadurch wahrscheinlich (...) negativ auf den Markt auswirken wird.“¹⁴¹

Oft wird die Grenze zwischen dem, was Marktteilnehmer in kartellrechtlich zulässiger Weise vereinbaren dürfen, und dem, was im Ergebnis unter das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV und § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB fällt, fließend verlaufen.¹⁴² So ist denkbar, dass das Verhalten der Marktteilnehmer nur in gewissem Umfang oder unter bestimmten Umständen kartellverbotswidrig ist, während die Vereinbarung in ihrem Kern kartellrechtlich unbedenklich oder sogar wettbewerbsfördernd ist.

Hinzukommt, dass diese Analyse unter dem Prinzip der Selbsteinschätzung¹⁴³ durch die Vertragsparteien selbst zu erfolgen hat; eine Präventivkontrolle durch die Wettbewerbsbehörden findet grundsätzlich nicht statt. Daran vermag auch das Instrument des sogenannten Vorsitzendenschreibens an das Bundeskartellamt, bzw. der Comfort Letter der Europäischen Kommission nichts zu ändern: Zwar bieten diese Instrumente den Marktteilnehmern die Möglichkeit, Einschätzungen der zuständigen Behörden bezüglich der von ihnen angestrebten Kooperationen informell anzufragen.¹⁴⁴ Rechtsverbindlich sind die so erteilten Auskünfte jedoch grundsätzlich nicht.¹⁴⁵

Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 273; *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 313.

¹³⁹ Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, 2011/C 11/01 (*Horizontalleitlinien*).

¹⁴⁰ Horizontalleitlinien, Rn. 2.

¹⁴¹ Horizontalleitlinien, Rn. 3.

¹⁴² Vgl. dazu z. B. Horizontalleitlinien, Rn. 139.

¹⁴³ Grundsatz, nach dem jedes Unternehmen die kartellrechtlichen Risiken seines Verhaltens selbst einzuschätzen und zu überprüfen hat. Weitergehend: *Ellger/Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, § 2 GWB, Rn. 54 ff.; *Schröter/Voet van Vormizeele*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 AEUV, Rn. 271 ff.

¹⁴⁴ Das Vorsitzendenschreiben soll laut Regierungsentwurf zur 10. GWB-Novelle nun auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden, vgl. § 32c Abs. 4 GWB-Entwurf, S. 102. Ein Anspruch auf Ausstellung einer solchen Mitteilung ist allerdings begrenzt auf horizontale Kooperationen, die etwa der Realisierung von Netzwerkeffekten, der gemeinsamen Nutzung von Daten oder dem Aufbau von Plattformen im Bereich der Industrie 4.0 dienen können, vgl.

Die Parteien müssen also im Ergebnis darauf vertrauen, dass ihre Vereinbarung kartellrechtlichen Prüfungsmaßstäben standhält. Die Nichtigkeit nimmt in ihrer absoluten Wirkung jedoch keine Rücksicht auf die Parteiinteressen, erst recht nicht auf möglicherweise bereits getätigte Investitionen. Dies lässt das Bedürfnis nach einer Aufrechterhaltung jedenfalls des kartellrechtlich zulässigen Teils einer Vereinbarung als durchaus nachvollziehbar erscheinen.

2. Praktische Beispiele

Anhand verschiedener Anwendungsbeispiele wird einleitend gezeigt, in welchen Fällen eine geltungserhaltende Reduktion kartellverbotswidriger Abreden praktisch in Betracht kommt. Dies betrifft sowohl den Bereich horizontaler Abreden (a)) als auch Vertikalvereinbarungen (b)).

a) Horizontale Abreden

Bekanntester und daher auch am eingehendsten diskutierter möglicher Anwendungsbereich einer geltungserhaltenden Reduktion ist ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot, das etwa im Rahmen von Unternehmenstransaktionen dem Veräußerer des Zielunternehmens auferlegt wird. Im folgenden Abschnitt wird daher knapp erklärt, in welchen Konstellationen ein Wettbewerbsverbot überschließend ist und in welchen Dimensionen es geltungserhaltend reduziert werden könnte (aa)). Auch andere Formen horizontaler Kooperationen kommen aber für eine geltungserhaltende Reduktion in Betracht. Hier wird eine Verkaufskooperation unter Wettbewerbern knapp dargestellt (bb)).

aa) Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote sind insbesondere im Zusammenhang mit Unternehmenskaufverträgen von kartellrechtlicher Relevanz. Daneben können sie Schnittstellen zu den verschiedensten Rechtsgebieten aufweisen, etwa dem Ge-

S. 102 GWB-Entwurf. Die Ausstellung von comfort letters hat die Europäische Kommission beispielsweise im Zuge der Corona-Pandemie für Krisen-Kooperationen angeboten, vgl. dazu *Europäische Kommission*, Mitteilung vom 8.4.2020, Abl. CI 116/7, WuW 2020, 271.

¹⁴⁵ Vgl. für das Bundeskartellamt etwa *Podszun*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 1, § 32c GWB, Rn. 45 ff. (zur Bindungswirkung Rn. 50); *Jaeger*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 5, § 32c GWB, Rn. 4; zur Lage vor Einführung des § 32c GWB vgl. BGH NJW 1991, 3152, 3154. Zum comfort letter der Europäischen Kommission vgl. etwa *Kamann/Horstkotte*, WuW 2001, 458, 461 mit Verweis auf das Urteil des EuGH vom 1.10.1998 – C-279/95 P. – Langnese Iglo, ECLI:EU:C:1998, in dem der Gerichtshof klarstellt, dass es sich um eine informelle Entscheidung handelt (Rn. 22), die es der Europäischen Kommission jederzeit ermöglicht, das Verfahren wieder aufzunehmen, wenn sich an den zugrundeliegenden Umständen etwas ändert (Rn. 29).

sellschafts- oder Arbeitsrecht.¹⁴⁶ Im transaktionsbezogenen Kontext spielt für die Beurteilung der kartellrechtlichen Wirksamkeit eines Wettbewerbsverbots insbesondere die Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden¹⁴⁷ eine Rolle. Diese wirkt sich jedenfalls als Auslegungshilfe für Gerichte und Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten aus.¹⁴⁸

Grundlegend ist darin zunächst die Feststellung, dass Wettbewerbsverbote, die dem Veräußerer im Zusammenhang mit der Übertragung eines Unternehmens oder Unternehmensteils auferlegt werden, mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig sein können, damit der Erwerber den vollständigen Wert der übertragenen Vermögenswerte erhält.¹⁴⁹ Unter diesem Aspekt ist die Vereinbarung von Wettbewerbsverboten gerechtfertigt, wenn sie im Hinblick auf ihre Geltungsdauer, ihren räumlichen und sachlichen Geltungsbereich sowie die betroffenen Personen nicht über das zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Maß hinausgehen.¹⁵⁰

Je nach Gegenstand der Übertragung ist ein Wettbewerbsverbot in der Regel für eine Dauer von 2 bis 3 Jahren zu rechtfertigen.¹⁵¹ Es muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräußerer seine Ware vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, bzw. in dem er geschäftlich tätig zu werden plante, sofern er bereits entsprechende Investitionen getätigt hat.¹⁵² Schließlich müssen sich Wettbewerbsverbote auf die Waren beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden, wobei auch solche Waren erfasst sind, die sich zum Zeitpunkt der Übertragung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden.¹⁵³

Ein kartellrechtlich überschließendes Wettbewerbsverbot ist demnach ein solches, das in einer oder mehreren dieser Dimensionen – zeitlich, räumlich und/oder sachlich – über das zu rechtfertigende, also für die Durchführung des Zusammenschlusses erforderliche Maß hinausgeht. Daraus folgt jedoch noch nicht unmittelbar die Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots. Erfüllt es die Anforderung der Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden nicht, kommt es im Rahmen der Prüfung am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 AEUV auf die Frage an, ob das Wettbewerbsverbot eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder

¹⁴⁶ Vgl. zu den verschiedenen rechtlichen Dimensionen, in denen Wettbewerbsverbote eine Rolle spielen können: *Weidenbach/Mühle*, EWS 9/2010, S. 353.

¹⁴⁷ Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, 5.3.2005, 2005/C 56/03 (*Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden*).

¹⁴⁸ BGH NZG 2010, 76, 77 – *Gratiszeitung Hallo*.

¹⁴⁹ Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden, Rn. 18.

¹⁵⁰ Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden, Rn. 19.

¹⁵¹ Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden, Rn. 20 f.

¹⁵² Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden, Rn. 22.

¹⁵³ Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden, Rn. 23.

bewirkt und ob eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht kommt.¹⁵⁴

Folgendes Beispiel soll veranschaulichen, wie ein solch überschießendes Wettbewerbsverbot ausgestaltet sein könnte:

Die Parteien A (Erwerber) und B (Veräußerer) eines Unternehmenskaufvertrags sind beide mit einem bestimmten Produkt X auf dem deutschen Markt tätig, Produkt Y vertreiben beide global. Aufgrund spezifischer regulierungsrechtlicher Vorschriften kommt für A und B im Hinblick auf Produkt X nur ein Vertrieb in Deutschland in Betracht. B vertreibt zusätzlich das Produkt Z, auf dessen Markt ein Eintritt des Erwerbers A aufgrund extrem hoher Investitionskosten derzeit nicht konkret in Betracht kommt.

Gegenstand der Unternehmensübertragung ist neben Maschinen und Software auch Schlüsselpersonal, das aus Angestellten besteht, die zum Teil bereits seit über 15 Jahren in dem Betrieb tätig sind und die Arbeitsabläufe in- und auswendig kennen.

Die Parteien vereinbaren ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu Lasten des Veräußerers B und zu Lasten des Erwerbers A für 10 Jahre, das sich auf den globalen Vertrieb der Produkte X, Y und Z bezieht.

Das vereinbarte Wettbewerbsverbot ist sowohl zeitlich (10 Jahre), räumlich (global) als auch sachlich (bezüglich Produkt Z und der Vereinbarung zu Lasten des Erwerbers A) überschießend, wenn es in diesem Umfang nicht erforderlich ist, um dem Erwerber den vollständigen Wert der übertragenen Vermögenswerte zur Verfügung zu stellen. Die Spürbarkeit dieser Wettbewerbsbeschränkung unterstellt, sowie unter der Annahme, dass keine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht kommt, würde aus diesen Verstößen gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV die Nichtigkeit des Wettbewerbsverbots gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV folgen.

Allerdings könnte anstelle der Nichtigkeit eine geltungserhaltende Reduktion in Betracht kommen, mit deren Hilfe das Wettbewerbsverbot auf einen zeitlich, räumlich und sachlich unbedenklichen Kern zurückgeführt wird. Dies gelingt jedoch nur, wenn eine solche Rückführung methodisch möglich (Abschnitt D.)¹⁵⁵ und mit der Nichtigkeitsfolge (Abschnitt E.)¹⁵⁶ sowie mit anderen berührten Rechtsvorschriften (Abschnitt F.)¹⁵⁷ rechtlich vereinbar ist.

bb) Andere horizontale Kooperationsformen, z. B. Verkaufskooperation

Eine geltungserhaltende Reduktion kommt jedoch nicht ausschließlich im Hinblick auf nachvertragliche Wettbewerbsverbote in Betracht. Vielmehr ist die Möglichkeit eines weiter gefassten Anwendungsbereichs zu analysieren. In Betracht zu ziehen sind daher auch andere Konstellationen horizontaler Kooperationsformen,

¹⁵⁴ Weidenbach/Mühle, EWS 9/2010, S. 353, 354.

¹⁵⁵ S. 100 ff.

¹⁵⁶ S. 135 ff.

¹⁵⁷ S. 176 ff.

von denen die Zusammenarbeit von Wettbewerbern im Bereich der Produktvermarktung näher beleuchtet werden soll.

Gegenseitige Vertriebsvereinbarungen unter Wettbewerbern bergen nach den Horizontalleitlinien die Gefahr, dass die Vereinbarung eine Marktaufteilung bezieht oder bewirkt oder dass sie zu einem Kollusionsergebnis führt.¹⁵⁸ Auch können horizontale Verkaufscooperationen Grundlage einer Preisfestsetzung sein oder mit Beschränkungen der Produktionsmengen einhergehen.¹⁵⁹ Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen sind allerdings nur dann zu befürchten, wenn die Parteien über ein gewisses Maß an Marktmacht verfügen, was unwahrscheinlich ist, wenn sie einen gemeinsamen Marktanteil von nicht mehr als 15 % halten.¹⁶⁰

Folgendes Beispiel soll veranschaulichen, wie eine überschießende Verkaufscooperation unter Wettbewerbern ausgestaltet sein könnte:

Zwei in Deutschland tätige Wettbewerber A und B vertreiben die Produkte X und Y. Auf beiden Produktmärkten haben sie einen Anteil von jeweils ca. 20 %. Ein weiterer Wettbewerber ist mit 40 % auf beiden Produktmärkten aktiv, zwei weitere mit jeweils 10 %. Produkt X ist ein homogenes Massengut, dessen Vermarktung einen verschwindend geringen Anteil der variablen Kosten von A und B ausmacht. Die Marktzutrittsschranken sind gering und es ist mit weiteren Marktzutritten zu rechnen. Produkt Y ist ein hoch spezialisiertes Produkt, für das ca. 70 % der variablen Kosten von A und B in Werbung und andere Vertriebsmaßnahmen gesteckt werden. Mit Marktzutritten ist hier nicht zu rechnen. Die beiden Wettbewerber schließen eine Vereinbarung über den gegenseitigen, gemeinsamen Vertrieb der beiden Produkte, durch die sie wesentliche Kosteneinsparungen erreichen.

Die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und keine Einzelfreistellungsmöglichkeit unterstellt, könnte die Verkaufscooperation im Hinblick auf Produkt Y ein Kollusionsergebnis begünstigen. Beziüglich Produkt X bestehen nach den konkreten Umständen des Einzelfalls hingegen keine kartellrechtlichen Bedenken. In Betracht kommt daher eine geltungserhaltende Reduktion mit dem Ergebnis einer zulässigen Verkaufscooperation hinsichtlich Produkt X. Die horizontale Zusammenarbeit der Beteiligten im Hinblick auf Produkt Y könnte hingegen nichtig sein gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV. Ob eine sachliche Teilbarkeit der Abrede in Betracht kommt, wird in Abschnitt D.¹⁶¹ diskutiert.

b) Vertikalvereinbarungen

Auch Vertikalvereinbarungen können kartellrechtlich überschießend sein, während sie gleichzeitig einen unbedenklichen Kern enthalten.

¹⁵⁸ Horizontalleitlinien, Rn. 227.

¹⁵⁹ Horizontalleitlinien, Rn. 230 f.

¹⁶⁰ Horizontalleitlinien, Rn. 240.

¹⁶¹ S. 121 ff.

Vertikalabreden sind unter anderen Voraussetzungen kartellrechtlich zulässig als Horizontalkooperationen. Zwar unterscheidet das Primärrecht nicht zwischen vertikalen und horizontalen Verhältnissen, die sekundärrechtlichen Regularien weichen jedoch voneinander ab. So kann die Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 330/2010 (*Vertikal-GVO*)¹⁶² auf bestimmte Arten vertikaler Abreden Anwendung finden, mit der Folge, dass keine Einzelfallprüfung unter Art. 101 Abs. 3 AEUV stattfindet, sondern die Abrede automatisch vom Kartellverbot freigestellt ist.

Rückausnahmen ergeben sich allerdings unter anderem bei der Vereinbarung von sogenannten Kernbeschränkungen, zu denen beispielsweise die Preisbindung der zweiten Hand zählt. Dabei handelt es sich um einen Anwendungsfall von Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV, da durch diese Maßnahme ein Lieferant gegenüber seinem Abnehmer den Preis festsetzt, zu dem dieser das Produkt weiterverkaufen darf.¹⁶³ Der Vertikal-GVO unterfallen hingegen (in ihrem Anwendungsbereich) die Festsetzung von Höchstpreisen sowie das Aussprechen von unverbindlichen Preisempfehlungen.¹⁶⁴

Folgendes Beispiel soll zeigen, wie eine überschießende vertikale Preisfestsetzungsklausel aussehen könnte:

Lieferant A hat auf dem relevanten Markt, auf dem er sein Produkt X anbietet, einen Marktanteil von 10 %. Sein Abnehmer B hat auf dem relevanten Bezugsmarkt für Produkt X einen Marktanteil von 15 %. A spricht gegenüber B die Verpflichtung aus, einen konkret genannten Preis für Produkt X weder zu über- noch zu unterschreiten. Dabei ist der Preis so gewählt, dass er faktisch durchaus Spielraum für B lassen würde, einen autonomen Preis zu setzen.

Die Marktanteilsschwellen gemäß Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO werden vorliegend nicht überschritten, sodass eine Anwendung der Vertikal-GVO grundsätzlich in Betracht kommt. Allerdings könnte die Abrede insofern überschießend sein, als nicht nur ein Höchst- sondern auch ein Mindestpreis für die Veräußerung des Produktes X auf der Marktstufe des Abnehmers B festgesetzt wird. Eine geltungserhaltende Reduktion würde hier zu dem Ergebnis führen, dass die Festsetzung des Mindestpreises aus der Vereinbarung entfällt, während auf die Abrede im Übrigen die Vertikal-GVO Anwendung findet.

Ob diesbezüglich durchgreifende Bedenken bestehen, wird in Abschnitt E.¹⁶⁵ analysiert.

¹⁶² Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EU 2010, Nr. L 102, S. 1.

¹⁶³ *Füller*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 291.

¹⁶⁴ Art. 4 lit. a Vertikal-GVO.

¹⁶⁵ S. 163 ff.

C. Geltungserhaltende Reduktion zwischen nationalem und EU-Recht

Die geltungserhaltende Reduktion ist einerseits umstrittenes Instrument des deutschen Zivilrechts, andererseits greift sie in den Kernbereich des Art. 101 Abs. 2 AEUV ein, für den ausschließlich das Europarecht maßgeblich ist und der nicht zur Disposition nationaler Rechtsordnungen stehen kann. Die geltungserhaltende Reduktion nimmt damit eine Art *Zwitterstellung* zwischen nationalem und Europarecht ein (I.). Eine Herleitung der Methodik kommt daher nicht ausschließlich aus Normen des nationalen Rechts in Betracht. Vielmehr könnte die richterliche Rückführung kartellrechtlich überschießender Vereinbarungen ihre Rechtsgrundlage auch unmittelbar im Europarecht haben. Dabei kommt sowohl eine Herleitung aus dem Kartellprimärrecht in Betracht (II.), als auch aus dem rechtsvergleichend ermittelten Recht der Mitgliedstaaten (III.). Die Zusammenfassung zum Schluss gibt einen knappen Überblick über die gefundenen Ergebnisse und ihren Einfluss auf den weiteren Gang der Untersuchung (IV.).

I. Methodische Zwitterstellung der geltungserhaltenden Reduktion

Immer wieder wird im Zusammenhang mit der Frage nach der Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion auf die Maßgeblichkeit des nationalen Rechts verwiesen.¹ Dies ist grundsätzlich zutreffend, da die Frage auf europarechtlicher Ebene nicht harmonisiert ist. Die methodischen Grundlagen, Voraussetzungen und Grenzen einer Rückführung kartellverbotswidriger Vereinbarungen beurteilen sich daher in erster Linie durchaus nach nationalem Recht.

Gleichzeitig berührt die geltungserhaltende Reduktion jedoch die Nichtigkeitsfolge aus Art. 101 Abs. 2 AEUV in ihrem Kern. An deren Reichweite stellt das europäische Recht eigene Anforderungen, die nicht zur Disposition der nationalen Gerichte stehen können. Diese Gemengelage zwischen innerstaatlichem und supranationalem EU-Recht ist Gegenstand der folgenden Auseinandersetzung.

¹ Vgl. etwa Schnichels, EuZW 2003, 171, 175: „Damit ist also die Frage, ob eine geltungserhaltende Reduktion des (teil-)nichtigen Vertrages auf den rechtlich unbedenklichen Kernbestand – z. B. unter Anwendung einer salvatorischen Klausel bzw. einer Ersetzungsklausel – möglich ist, grundsätzlich nach nationalem Recht zu beurteilen.“

Dabei sind wichtige Erkenntnisse aus der Rechtsprechung des EuGH zur Reichweite der Nichtigkeitsanordnung, insbesondere zum Bereich der Teilnichtigkeit, zu gewinnen. Demnach bestimmen sich die Rechtsfolgen der (Teil-)Nichtigkeit gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV nach nationalem Recht (1.). Da die geltungserhaltende Reduktion jedoch keine solche Rechtsfolge der Nichtigkeit ist, sondern diese verhindert, kann die hier relevante Fragestellung nicht ausschließlich nach nationalem Recht beurteilt werden (2.). Eine knappe Zusammenfassung der Ergebnisse gibt einen Überblick über die Gemengelage, in der sich die Methodik zwischen europäischem und deutschem Kartellrecht befindet (3.).

1. Nationales Recht ist maßgeblich für die Rechtsfolgen der Nichtigkeit

Der EuGH hat bereits in den Sechzigerjahren zur Reichweite der Nichtigkeitsanordnung des Art. 101 Abs. 2 AEUV (damals Art. 85 Abs. 2 EGV) Stellung genommen. Demnach sind ohne weiteres nichtig

„nur diejenigen Teile der Vereinbarung, die unter das Verbot fallen; die gesamte Vereinbarung ist es nur dann, wenn sich diese Teile nicht von den anderen Teilen der Vereinbarung trennen lassen. Alle hiernach nicht von dem Verbot betroffenen vertraglichen Bestimmungen werden nicht vom EWG-Vertrag erfasst und sind daher nicht nach Gemeinschaftsrecht zu beurteilen.“²

Die kartellrechtliche Nichtigkeit trifft demnach ausschließlich die Teile einer Vereinbarung, die mit dem Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV untrennbar verbunden sind. Das Schicksal des zulässigen, vom Verstoß trennbaren Teils der Vereinbarung richtet sich nach nationalem Recht. Damit erkennt der EuGH das Prinzip der Teilnichtigkeit an.³

Unter welchen Voraussetzungen eine Vereinbarung in einen kartellverbotswidrigen und einen unbedenklichen Teil getrennt werden kann, wird in der europarechtlichen Literatur nicht einheitlich beantwortet. Weder existiert auf normativer Ebene ein eindeutig definierter europarechtlicher Begriff der Trennbarkeit,⁴ noch hat der EuGH der Frage in seiner Rechtsprechung bislang klare Konturen verliehen.⁵

² EuGH, Urteil vom 30. 6. 1966 – C-56/65 – Société Technique Minière, ECLI:EU:C:1966:38. Kurz darauf bestätigt mit Urteil vom 13. 7. 1966 – C-56/64 und C-58/64 – Consten und Grundig, ECLI:EU:C:1966:41. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 18. 12. 1986 – C-10/86 – VAG France, ECLI:EU:C:1986:502, Rn. 14; Urteil vom 11. 9. 2008 – C-279/06 – CEPSA, ECLI:EU:C:2008:485, Rn. 78 f.

³ Füller, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 452; Mü KoEuWettB/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 639; Schröter/van der Hout, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 AEUV, Rn. 221.

⁴ Die Vertikal-Leitlinien sprechen beispielsweise in Rn. 70 f. schlicht von „severability“, „séparabilité“ oder „divisibilidad“ ohne die Anforderungen an die Trennbarkeit zu konkretisieren.

⁵ Siehe zum gesamten Themenkomplex der Teilbarkeit Abschnitt D. (S. 100 ff.).

Da nationales Recht der relevanten EuGH-Rechtsprechung zufolge jedoch erst zum Tragen kommt, *nachdem* die Teilbarkeit in einen nichtigen und einen unbedenklichen Vertragsteil festgestellt wurde, kann sich die Frage der Trennbarkeit gerade nicht (ausschließlich) nach nationalem Recht bestimmen. Soweit europarechtliche Vorgaben existieren, ist daher auf einen EU-rechtlich geprägten Begriff der Teilbarkeit abzustellen.⁶

Im Hinblick auf die Teile der Vereinbarung, die unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen, wirkt die Nichtigkeit nach Art. 101 Abs. 2 AEUV absolut: Daher

„erzeugt eine nach dieser Vorschrift nichtige Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern keine Wirkungen und kann Dritten nicht entgegengehalten werden (...). Darüber hinaus erfasst diese Nichtigkeit die getroffenen Vereinbarungen oder Beschlüsse in allen ihren vergangenen oder zukünftigen Wirkungen (...).“⁷

Die zivilrechtliche Frage, welche Folgen die Nichtigkeit für den Rest der vertraglichen Beziehung hat, richtet sich nach nationalem Recht; dies betrifft insbesondere die Gewährung von Bereicherungs-⁸ und Schadensersatzansprüchen.⁹ Auch zur Klärung verfahrensrechtlicher Fragen bezüglich der Geltendmachung von Verstößen gegen Art. 101 AEUV wird nationales Recht ergänzend herangezogen.¹⁰

2. Geltungserhaltende Reduktion ist keine Rechtsfolge der Nichtigkeit

Die soeben dargestellten Erwägungen treffen auf den Bereich der Teilnichtigkeit zu. Von diesem ist jedoch die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion zu unterscheiden.¹¹ So führt die Teilnichtigkeit zur Aufrechterhaltung des Restvertrags, die geltungserhaltende Reduktion hingegen zur Rettung der kartellrechtswidrigen

⁶ Entscheidend für die Frage der Trennbarkeit sei der Zweck von Art. 101 AEUV, die wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Vereinbarungen zu verhindern: *Mestmäcker/Schweizer*, § 23, Rn. 14.

⁷ EuGH, Urteil vom 20.9.2001 – C-453/99 – Courage, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 22.

⁸ EuGH, Urteil vom 14.12.1983 – C-319/82 – Société de vente de ciments et bétons de l’Est, ECLI:EU:C:1983:374, Rn. 11 f.

⁹ EuGH, Urteil vom 20.9.2001 – C-453/99 – Courage, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 31; Urteil vom 13.7.2006 – C-295/04 – Manfredi, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 92; Urteil vom 18.1.2007 – C-421/05 – City Motors Groep, ECLI:EU:C:2007:38, Rn. 33.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 10.11.1993 – C-60/92 – Otto BV, ECLI:EU:C:1993:876, Rn. 14; Urteil vom 14.12.1995 – C-430/93 und C-431/93 – Van Schijndel und van Veen, ECLI:EU:C:1995:441, Rn. 19; Urteil vom 1.6.1999 – C-126/97 – Eco Swiss, ECLI:EU:C:1999:269, Rn 37; Urteil vom 13.7.2006 – C-295/04 – Manfredi, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 71. Auch im Bereich der Zivilrechtsfolgen gelten jedoch insbesondere die europarechtlichen Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität, vgl. umfassend: *Weyer*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 2, *Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG*, Rn. 24 ff., hier Rn. 31.

¹¹ Siehe dazu bereits unter B.I.1.a) (S. 24 ff.).

Klausel. Die geltungserhaltende Reduktion ist daher methodisch keine Rechtsfolge der Nichtigkeit, sondern sie verhindert diese.

Hier geht es nicht darum, den Parteien die Möglichkeit einzuräumen, auf die Nichtigkeit einer Klausel in ihrem Vertrag mit bestimmten Maßnahmen zu reagieren, wie etwa über eine entsprechende Vertragsklausel eine Ersetzung der nichtigen Bestimmung zu erreichen. Vielmehr soll es dem Gericht möglich sein, anstelle der Nichtigkeit festzustellen, mit welchem Inhalt die Vereinbarung aufrechterhalten werden kann.

Aus diesem Grunde hilft auch die Rechtsprechung des EuGH in Sachen VAG/France Magne¹² über die bestehende Lücke nicht hinweg: Dort stellte der EuGH fest, dass die Vertragsparteien nach nationalem Recht durchaus verpflichtet sein können, den Inhalt ihres Vertrags so anzupassen, dass er nicht nichtig wird.¹³ Der EuGH geht in diesem Fall somit offensichtlich von der Vereinbarkeit einer solchen Ersetzungsbefugnis der Vertragsparteien mit dem EU-Recht aus. Die Frage, ob das Gericht eine solche Anpassung vornehmen darf, um zu verhindern, dass die Rechtsfolge aus Art. 101 Abs. 2 AEUV eintritt, ist damit jedoch nicht beantwortet.

Entgegen einer zum Teil in der Literatur vertretenen Ansicht ist die Frage nach der Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion auch nicht so eng mit der im Rahmen von VAG/France Magne behandelten Ersetzungsbefugnis der Parteien verwandt, dass die Grundsätze ohne weiteres auf sie übertragbar wären.¹⁴ Denn unzweifelhaft wird die Ersetzung einer nichtigen Klausel durch die Vertragsparteien erst nach Feststellung eben dieser Nichtigkeit relevant; die geltungserhaltende Reduktion hingegen greift zu einem früheren Zeitpunkt ein, indem sie die Nichtigkeit gar nicht erst eintreten lässt.¹⁵

Ein schlichter Verweis auf die Maßgeblichkeit des nationalen Rechts wird der Komplexität der Frage im Ergebnis also nicht gerecht.¹⁶ Vielmehr scheint eine Stellungnahme des EuGH zu den hier zur Diskussion stehenden Fragen unverzichtbar.¹⁷

¹² EuGH, Urteil vom 18. 12. 1986 – C-10/86 – VAG France, ECLI:EU:C:1986:502.

¹³ EuGH, Urteil vom 18. 12. 1986 – C-10/86 – VAG France, ECLI:EU:C:1986:502, Rn. 15.

¹⁴ So aber *Canaris*, Der Betrieb 2002, Heft 18, S. 930, 935. Ebenfalls für die Maßgeblichkeit des nationalen Rechts bei der Beurteilung der Frage, ob eine geltungserhaltende Reduktion auf den unbedenklichen Kernbestand einer Vereinbarung möglich ist: *Schnichels*, EuZW 2003, 171, 175; *Maritzen*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 1, § 1 GWB, Rn. 393 (aus Art. 101 AEUV ließen sich weder Argumente für noch gegen eine geltungserhaltende Reduktion gewinnen, dies sei Domäne des nationalen Rechts).

¹⁵ Zur Abgrenzung der geltungserhaltenden Reduktion von anderen sachnahen Instrumenten, wie der Ersetzungsbefugnis, siehe unter B.I.1.a) (S. 24 ff.).

¹⁶ So aber etwa *Schnichels*, EuZW 2003, 171, 175.

¹⁷ So auch *Füller*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 467; MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 649; *Weyer*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG, Rn. 136; *Markert*, WuW 2002, 578, 584.

3. Konsequenz für das maßgebliche Recht hinsichtlich der Methodik

Es lässt sich somit feststellen: Auf europarechtlicher Ebene ist als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV allein die Nichtigkeit in Art. 101 Abs. 2 AEUV vorgesehen. Davon umfasst ist auch die Möglichkeit der Teilnichtigkeit, also die Trennung der Vereinbarung in Teile, die gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen, und solche, die kartellrechtlich unbedenklich sind.

Die Frage der Teilbarkeit ist grundsätzlich nach EU-Recht zu beurteilen, denn nationales Recht kommt nach der relevanten EuGH-Rechtsprechung erst zum Tragen, nachdem die Teilbarkeit festgestellt wurde. Lässt sich eine Abtrennung der kartellverbotswidrigen Teile vornehmen, beurteilt sich die Auswirkung der Teilnichtigkeit nach nationalem Recht. Dies eröffnet im deutschen Recht den Anwendungsbereich des § 139 BGB.¹⁸

Diese für den Bereich der Teilnichtigkeit geltenden Grundsätze können für die Beurteilung einer geltungserhaltenden Reduktion nicht unmittelbar herangezogen werden. Denn Letztere verhindert den Eintritt der Nichtigkeit und setzt damit technisch an einem früheren Zeitpunkt an als die Teilnichtigkeit.

Gleichzeitig sind die Instrumente methodisch eng verwandt, denn ihr Ausgangspunkt ist jeweils die Frage der Trennbarkeit. Diesbezügliche Erwägungen sind daher in die Analyse der geltungserhaltenden Reduktion mit einzubeziehen. Dies gilt sowohl für europarechtliche, als auch für nationale Vorgaben. Im deutschen Recht kommt dabei insbesondere eine Anknüpfung an die Norm des § 139 BGB (analog) in Betracht.¹⁹

Nationales und europäisches Recht sind in diesem Bereich der (Zivil-)Rechtsfolgen eines Kartellverstoßes somit eng miteinander verwoben. Theoretische und praktische Anknüpfungspunkte der Methodik sind unter Heranziehung beider Rechtsordnungen zu suchen.

II. Hypothese: Die geltungserhaltende Reduktion ist Art. 101 Abs. 2 AEUV immanent

Die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion ist im EU-Kartellrecht nicht ausdrücklich vorgesehen. Die Methodik ist jedoch mit der Reichweite der Nichtigkeit aus Art. 101 Abs. 2 AEUV so eng verknüpft, dass sie ihre Rechtsgrundlage möglicherweise im Kartellverbots selbst findet.

Kann ein *Recht auf geltungserhaltende Reduktion* unmittelbar aus dem EU-Primärrecht hergeleitet werden, würde es zu einer Überlagerung der nationalen

¹⁸ Instruktiv zum Zusammenspiel des nationalen und europäischen Rechts bei der Frage der Teilnichtigkeit: BGH WuW/E BGH 2288, 2289.

¹⁹ Siehe dazu unter B.I.1.b) (S. 27 ff.).

Rechtsordnungen kommen. Mitgliedstaatliche Gerichte müssten die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion erwägen, auch wenn deren nationale Rechtsordnungen eine solche Methodik originär nicht vorsehen.

Normativ kommt dabei eine Herleitung unmittelbar aus Art. 101 AEUV in Betracht (1.), oder aber aus dem effet utile, der die effektive Wirksamkeit der Vorschrift gebietet (2.). Die Rolle des effet utile ist im vorliegenden Zusammenhang jedoch weitaus komplexer: So kann die effektive Wirksamkeit des Kartellverbots die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion auch verbieten. Letztlich wird die Frage der Herleitung einer EU-Rechtsgrundlage für die Anwendung der Methodik unmittelbar aus dem Kartellprimärrecht nicht abschließend beantwortet werden können – dies ist jedoch für den weiteren Gang der Analyse auch nicht erforderlich (3.). Die gefundenen Ergebnisse werden abschließend knapp zusammengefasst (4.).

1. Herleitung von Rechten unmittelbar aus dem EU-Kartellprimärrecht

Die Herleitung normimmanenter Rechtsgrundlagen aus dem EU-Primärrecht ist dem Kartellrecht keinesfalls fremd: Insbesondere im Bereich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung wird diskutiert, ob Schadensersatz-, Unterlassungs- und Herausgabeansprüche ihre Grundlage unmittelbar in Art. 101 AEUV finden. Die Debatte bezieht sich hier in erster Linie auf das Bestehen einer Anspruchsgrundlage für kartellrechtliche Schadensersatzansprüche, gilt aber inhaltlich ebenso für andere mittelbare Zivilrechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot, wie etwa Unterlassungs- und Rückgewähransprüche (a)).²⁰

Die in diesem Zusammenhang entwickelten Rechtsgedanken könnten auf die geltungserhaltende Reduktion zu übertragen sein, wenn das Instrument mittelbare Zivilrechtsfolge eines Kartellverstoßes ist. Kommt man zu dem Schluss, dass sie *unmittelbar* mit der Nichtigkeit verknüpft ist, könnte sie ihren Ursprung sogar erst recht im Kartellprimärrecht haben (b)).

Anlass zu derartigen Erwägungen geben verschiedene Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission, zum Teil bestätigt durch den EuGH, zur Rückführung überschießender Wettbewerbsverbote. Die Wettbewerbshüter haben in diesen Entscheidungen kartellrechtlich überschießende Wettbewerbsverbote geltungserhaltend reduziert und eine Freigabe nur insoweit erteilt, als die Klausel mit Art. 101 AEUV zu vereinbaren war (c)).

Sollte aus diesen Entscheidungen ein allgemeiner Rechtsgedanke – losgelöst vom Sonderfall nachvertraglicher Wettbewerbsverbote – zu gewinnen sein, könnte die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion der Nichtigkeitsfolge tatsächlich unmittelbar immanent sein. Dafür sprechen im Wesentlichen die hinter den gerichtlichen Ausführungen stehenden Wertungen (d)).

²⁰ MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 678.

a) Überblick: Debatte im Bereich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung

Weiterhin umstritten bleibt die Frage, ob ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung des Kartellverbots unmittelbar aus dem EU-Recht hergeleitet werden kann oder ob es sich um einen (im Wesentlichen) nationalen Anspruch handelt, dessen Modalitäten durch das Recht der Mitgliedstaaten bestimmt werden. Für letztere Auffassung spricht zunächst die simple Feststellung, dass Art. 101 AEUV keine Aussagen bezüglich eines solchen Anspruchs trifft und daher keine selbständige Anspruchsgrundlage zu enthalten scheint.²¹ Die Einzelheiten sind jedoch weitaus komplexer. Befeuert wurde die Debatte Anfang der 2000er Jahre durch die Entscheidung des EuGH in Sachen Courage/Crehan,²² die er später in Sachen Manfredi²³ bestätigte.

Darin führte der Gerichtshof aus, die „volle Wirksamkeit des Artikels 85 EG-Vertrag und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Artikel 85 Absatz 1 ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“²⁴ Mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung sei es jedoch

„Sache des innerstaatlichen Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der dem Bürger aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, sofern diese Modalitäten nicht weniger günstig ausgestaltet sind als die entsprechender innerstaatlicher Klagen (Äquivalenzgrundsatz) und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz).“²⁵

Hinsichtlich der Frage, ob der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch seine Rechtsgrundlage unmittelbar im Unionsrecht findet, positioniert sich der EuGH hier nicht ausdrücklich. In Sachen Donau Chemie spricht der Gerichtshof hingegen bereits von der praktischen Wirksamkeit „des Rechts auf Schadensersatz, den [die Geschädigten] unmittelbar aus dem Unionsrecht herleiten.“²⁶

So wird auch in der Literatur zum Teil vertreten, der EuGH habe sich für die Existenz einer eigenen unionsrechtlichen Schadensersatzgrundlage ausgesprochen.²⁷ Das *Ob* des Bestehens eines gemeinschaftsrechtlich begründeten kartell-

²¹ MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 679.

²² EuGH, Urteil vom 20.9.2001 – C-453/99 – Courage, ECLI:EU:C:2001:465.

²³ EuGH, Urteil vom 13.7.2006 – C-295/04 – Manfredi, ECLI:EU:C:2006:461.

²⁴ EuGH, Urteil vom 20.9.2001 – C-453/99 – Courage, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 26.

²⁵ EuGH, Urteil vom 20.9.2001 – C-453/99 – Courage, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 29.

²⁶ EuGH, Urteil vom 6.6.2013 – C-536/11 – Donau Chemie, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 32.

²⁷ So z. B.: *Mäsch*, EuR 2003, 825, 842; *Mederer*, EuZW 2013, 847, 848; *Nowak*, EuZW 2001, 715, 718. Mit Einschränkungen und unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 14.3.2019 – C-724/17 – *Skanska*: *Kersting*, WuW 2019, 290, 292.

rechtlichen Schadensersatzanspruchs sei insofern geklärt; die verfahrensrechtliche Ausgestaltung unterliege allerdings innerstaatlichem Recht, das die Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität zu wahren habe.²⁸

Dem tritt ein anderer Teil der Literatur entgegen: Zwar sei das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs im Falle eines Verstoßes gegen das Kartellverbot gemeinschaftsrechtlich strikt geboten, die Anspruchsgrundlage sei aber aus dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten herzuleiten und nicht unmittelbar aus dem Unionsrecht.²⁹ Die Aussage, die Regelung der Verfahrensmodalitäten sei Sache des innerstaatlichen Rechts, sei als Verweis auf das Verfahrensrecht und auf die Regelung der Rechtsbehelfe selbst zu verstehen; dafür spreche auch, dass der EuGH die Anspruchsvoraussetzungen und Einschränkungen eines Schadensersatzanspruchs nur punktuell entwickelt habe.³⁰

Dieser Mangel an konkreten unionsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung eines solchen Anspruchs verdeutlicht allerdings gleichzeitig, dass die praktischen Auswirkungen der Debatte im Ergebnis als eher gering einzustufen sind. Denn unabhängig von der Frage, ob die schadensersatzrechtliche Anspruchsgrundlage unmittelbar im Kartellprimärrecht oder aber in den nationalen Vorschriften des Rechts der Mitgliedstaaten wurzelt, ist für die Einzelheiten der Ausgestaltung des Anspruchs auf die nationalen Regeln zurückzugreifen.³¹ Der unionsrechtliche Schadensersatzanspruch – so er denn existiert – ist in seinen Voraussetzungen so wenig konkretisiert, dass es eines Rückgriffs auf die nationalen Vorschriften also ohnehin bedarf.

b) Einordnung der geltungserhaltenden Reduktion: Erst-Recht-Schluss?

Bei der Nichtigkeit handelt es sich um die einzige unmittelbare Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Kartellverbot, die primärrechtlich ausdrücklich geregelt ist. Kartellrechtliche Schadensersatz-, Unterlassungs- und Rückgewähransprüche stellen hingegen mittelbare Rechtsfolgen eines Kartellverstoßes dar,³² um deren europarechtliche Herleitung in der Literatur, wie soeben dargestellt, lebhaft gestritten wird. Fraglich ist nun, wie die geltungserhaltende Reduktion in diesen Zusammenhang einzuordnen ist.

²⁸ Nowak, EuZW 2001, 715, 718. Berg/Mäsch, § 33 GWB, Rn. 2 führen aus, es erscheine vorzugswürdig davon auszugehen, dass zumindest der Schadensersatzanspruch des Kartellopfers und seine Voraussetzungen im (ungeschriebenen) Gemeinschaftsrecht selbst zu finden sind.

²⁹ So etwa: Jaeger, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 40; Mü-KoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 683, 687; Weyer, GRUR Int 2002, 54, 58.

³⁰ Mü-KoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 687.

³¹ Jaeger, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 40. So auch der EuGH in seinem Urteil vom 14.3.2019 – C-724/17 – Skanska, ECLI:EU:C:2019:204, Rn. 27.

³² Mü-KoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 675.

Einerseits geht sie über die schlichten, unmittelbaren Folgen der Nichtigkeit hinaus.³³ Letztere liegen dem EuGH zufolge darin, dass nichtige Vereinbarungen „zwischen den Vertragspartnern keine Wirkungen [erzeugen] und (...) Dritten nicht entgegengehalten werden [können].“³⁴ Die geltungserhaltende Reduktion wirft hingegen Rechtsfragen auf, die über die reine Nichtigkeit weit hinausgehen. Insofern besteht eine gewisse Nähe zu den mittelbaren Zivilrechtsfolgen eines Kartellverstoßes.

Andererseits berührt sie die kartellrechtliche Nichtigkeit in ihrem Kern. Denn diese erfasst dem EuGH zufolge „nur diejenigen Teile der Vereinbarung, die unter das Verbot fallen.“³⁵ Damit betrifft sie unmittelbar den Eintritt und daher die Reichweite der Nichtigkeit selbst, nicht erst die daran anknüpfenden Rechtsfolgen.

Geht man davon aus, dass es sich bei der geltungserhaltenden Reduktion nicht um eine mittelbare, sondern eine unmittelbare Zivilrechtsfolge eines Kartellverstoßes handelt, ergibt sich aus einem Vergleich zu weitergehenden Ansprüchen aus dem Bereich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung ein Erst-Recht-Schluss: Wenn schon diskutiert wird, eine eigene Rechtsgrundlage für mittelbare Zivilrechtsfolgen in Art. 101 AEUV zu suchen, muss dies erst recht für die unmittelbare Folge der Nichtigkeit gelten, auf die sich die geltungserhaltende Reduktion auswirkt.

Denn im Gegensatz zum möglichen Bestehen von Schadensersatz-, Unterlassungs- oder Rückgewähransprüchen würde die geltungserhaltende Reduktion ihren Ursprung im Wortlaut der Norm selbst finden: Nur die nach Art. 101 Abs. 1 AEUV „verbotenen“ Abreden sind nichtig. Der möglicherweise darin enthaltene zulässige Teil bleibt wirksam.

Es scheint somit nicht fernliegend anzunehmen, dass die geltungserhaltende Reduktion der Nichtigkeit gewissermaßen immanent ist. In diesem Fall könnte das überprüfende Gericht oder die überprüfende Behörde im Rahmen der kartellrechtlichen Analyse zu einer *Teilbarkeitsanalyse* der einzelnen Abrede verpflichtet sein. Auch im Rahmen der Teilnichtigkeit ist anerkannt, dass die Wettbewerbshüter sich entweder

„im Tenor der angefochtenen Entscheidung darauf beschränken [müssen], die Zuwiderhandlung nur für diejenigen Teile der Vereinbarung festzustellen, die unter das Verbot fallen, oder in der Begründung angeben [müssen], weshalb sich diese Teile nach ihrer Auffassung nicht von den anderen Teilen der Vereinbarung trennen lassen.“³⁶

³³ So angedeutet bei: MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 675.

³⁴ EuGH, Urteil vom 20.9.2001 – C-453/99 – Courage, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 22.

³⁵ EuGH, Urteil vom 30.6.1966 – C-56/65 – Société Technique Minière, ECLI:EU:C:1966:38. Kurz darauf bestätigt mit Urteil vom 13.7.1966 – C-56/64 und C-58/64 – Consten und Grundig, ECLI:EU:C:1966:41. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 18.12.1986 – C-10/86 – VAG France, ECLI:EU:C:1986:502, Rn. 14; Urteil vom 11.9.2008 – C-279/06 – CEPSA, ECLI:EU:C:2008:485, Rn. 78 f.

³⁶ EuGH, Urteil vom 13.7.1966 – C-56/64 und C-58/64 – Consten und Grundig, ECLI:EU:C:1966:41.

Auf den Fall der geltungserhaltenden Reduktion übertragen hieße dies, dass herauszufinden und in der Entscheidung darzulegen wäre, ob in der kartellverbotswidrigen Abstimmung ein kartellrechtlich unbedenklicher Kern steckt und, wenn ja, wie er aufrechtzuerhalten ist.

c) EU-Kommission zur Reduktion überschießender Wettbewerbsverbote

Ähnlich wie im Bereich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung geben auch hinsichtlich der geltungserhaltenden Reduktion verschiedene Entscheidungen der Europäischen Kommission, in einem Fall bestätigt durch den EuGH, Anlass zur Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Methodik ihre Rechtsgrundlage unmittelbar im Kartellprimärrecht findet. In verschiedenen Fusionskontrollentscheidungen hat die Europäische Kommission kartellrechtlich überschießende Wettbewerbsverbote auf einen mit Art. 101 AEUV zu vereinbarenden Kern zurückgeführt. Die Freigabeentscheidungen erfassten die Klauseln demnach nur in dem Umfang, in dem keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestanden.

So befasste sich die Europäische Kommission in der Rechtssache Nutricia³⁷ mit zwei Wettbewerbsverboten, die dem Hersteller von Gesundheits- und Babynahrung Nutricia bei dem Verkauf seiner zwei Tochtergesellschaften Remia und Luycks auferlegt wurden. Remias Tätigkeitsschwerpunkt lag in der Herstellung von Soßen, Luycks produzierte insbesondere Essigfrüchte (sogenannte Pickles). Im „Soßen-Abkommen“ verpflichtete Nutricia sich, auf eine Tätigkeit in der Herstellung oder dem Vertrieb von Soßen im niederländischen Markt für eine Dauer von 10 Jahren zu verzichten. Im „Pickles-Abkommen“ wurde Nutricia untersagt, für 5 Jahre in der Produktion oder dem Verkauf von Pickles in einem europäischen Land tätig zu werden.

In ihrer Entscheidung führt die Europäische Kommission aus, die vereinbarte Dauer der Wettbewerbsverbote in den beiden Abkommen sowie die räumliche Ausdehnung im Pickles-Abkommen gingen über das erforderliche Maß hinaus; *insoweit* handle es sich um Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV.³⁸ Da die Parteien in dem sich anschließenden Verfahren vor dem EuGH die Entscheidung der Europäischen Kommission hinsichtlich des Pickles-Abkommens nicht mehr angriffen,³⁹ setzte sich der EuGH nur mit der Frage der zeitlichen Reichweite des Wettbewerbsverbots im Soßen-Abkommen auseinander.

³⁷ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 12.12.1983 – 83/670/EWG – Nutricia, ABl. L 376, 31.12.1983, S. 22.

³⁸ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 12.12.1983 – 83/670/EWG – Nutricia, ABl. L 376, 31.12.1983, S. 22, Rn. 35.

³⁹ Der Klageantrag erstreckte sich streng genommen auch auf eine Ziffer im Pickles-Abkommen, in der die Erstreckung des im Soßen-Abkommen enthaltenen Wettbewerbsverbots auf die Zielgesellschaft Luycks geregelt wurde. Soweit sich die Entscheidung der Europäischen Kommission jedoch speziell auf das Pickles-Abkommen bezog, wurde sie nicht angefochten.

Hier sei die Europäische Kommission „zu der Überzeugung gelangt, daß die schließlich von den Parteien vereinbarte Geltungsdauer des Wettbewerbsverbots von zehn Jahren eindeutig zu lang gewesen sei und daß sich nur eine Geltungsdauer von vier Jahren objektiv rechtfertigen lasse.“⁴⁰ Dem EuGH zufolge ließen sich keine Anhaltspunkte dafür finden, dass die Europäische Kommission

„der Feststellung, das (...) Wettbewerbsverbot falle unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag, soweit es länger als vier Jahre gelten solle, unzutreffende Tatsachenfeststellungen zugrunde gelegt oder den Sachverhalt offensichtlich fehlerhaft gewürdig habe.“⁴¹

Sowohl die Europäische Kommission als auch der EuGH stellen hier also nichts anderes fest als die zeitliche Teilbarkeit eines Wettbewerbsverbots in einen kartellrechtlich unbedenklichen und einen überschießenden Teil: So lasse sich „nur eine Geltungsdauer von vier Jahren objektiv rechtfertigen“⁴² und „soweit [das Wettbewerbsverbot] länger als vier Jahre gelten solle“⁴³, falle es unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV.

Im Hinblick auf eine mögliche Freistellung des Wettbewerbsverbots führt der EuGH weiter aus, den Klageparteien sei es nicht gelungen darzutun, „daß die Aufrechterhaltung des Wettbewerbsverbots über einen Zeitraum von vier Jahren hinaus die Erzeugung oder die Verteilung der betreffenden Waren verbessern oder den technischen oder wirtschaftlichen Fortschritt fördern könnte.“⁴⁴ Außerdem könne aus den vorgetragenen Tatsachen nicht geschlossen werden, „daß die Aufrechterhaltung des Wettbewerbsverbots den betroffenen Unternehmen keine weiter gehenden Wettbewerbsbeschränkungen auferlegt, als es zur Verwirklichung der Zwecke der Unternehmensveräußerung erforderlich ist.“⁴⁵

Ausdrücklich spricht der EuGH hier also von der „Aufrechterhaltung“ der Vereinbarung „über einen Zeitraum von vier Jahren hinaus.“ Damit hat der Gerichtshof – die Bedeutung dieser Maßnahme damals womöglich verkennend – nichts anderes bestätigt als die Rückführung eines zeitlich überschießenden Wettbewerbsverbots

Dies betraf insbesondere die zeitliche und räumliche Geltung des dort enthaltenen Wettbewerbsverbots.

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 11.7.1985 – C-42/84 – Remia Nutricia, ECLI:EU:C:1985:327, Rn. 30.

⁴¹ EuGH, Urteil vom 11.7.1985 – C-42/84 – Remia Nutricia, ECLI:EU:C:1985:327, Rn. 36. Hervorhebung durch die Verfasserin.

⁴² EuGH, Urteil vom 11.7.1985 – C-42/84 – Remia Nutricia, ECLI:EU:C:1985:327, Rn. 30.

⁴³ EuGH, Urteil vom 11.7.1985 – C-42/84 – Remia Nutricia, ECLI:EU:C:1985:327, Rn. 36.

⁴⁴ EuGH, Urteil vom 11.7.1985 – C-42/84 – Remia Nutricia, ECLI:EU:C:1985:327, Rn. 47.

⁴⁵ EuGH, Urteil vom 11.7.1985 – C-42/84 – Remia Nutricia, ECLI:EU:C:1985:327, Rn. 47.

auf den für kartellrechtlich zulässig erachteten Kern.⁴⁶ An einer Auseinandersetzung mit der fraglichen Vereinbarkeit einer solchen geltungserhaltenden Reduktion mit Art. 101 AEUV, ihren Voraussetzungen und den daran anknüpfenden Rechtsfolgen fehlt es in der Entscheidung (leider) gänzlich.

In einem weiteren Fall hat die Europäische Kommission die Freigabe eines Transaktionsvorhabens nur unter Beschränkung des vertraglich vereinbarten Wettbewerbsverbots auf das zeitlich und räumlich zulässige Maß erteilt: In Sachen Tesco führt sie aus, die Freigabe erfasse die Klausel nur in dem Maß, „what the implementation of the concentration reasonably requires.“⁴⁷ Hinsichtlich der zeitlichen Geltung des Wettbewerbsverbots sieht die Europäische Kommission nur eine Laufzeit von 3 Jahren als gerechtfertigt an.⁴⁸ Die zulässige räumliche Reichweite des Wettbewerbsverbots beschränkt die Europäische Kommission auf die geografischen Gebiete, in denen eine Überschneidung der Aktivitäten nachgewiesen worden war.⁴⁹ Die Freigabe erfasste das Transaktionsvorhaben daher nur in diesem Umfang.⁵⁰

Auch in der Entscheidung Siemens/Areva⁵¹ erklärt die Europäische Kommission ein zeitlich und sachlich überschießendes Wettbewerbsverbot nur in einem gewissen Umfang für mit dem freien Wettbewerb vereinbar. In der Sache ging es um ein Gemeinschaftsunternehmen, in dem Siemens und Areva (bzw. dessen Rechtsvorläufer Framatome S.A.) ihre Kernkrafttätigkeiten zusammengelegt hatten. Das zwischen den Muttergesellschaften vereinbarte Wettbewerbsverbot untersagte Siemens jede Wettbewerbstätigkeit im Verhältnis zum Gemeinschaftsunternehmen für dessen gesamte Existenzdauer sowie für einen Zeitraum von 8–11 Jahren nach Erwerb der alleinigen Kontrolle durch Areva.⁵²

Die Europäische Kommission kam zu dem Schluss, dass es sich bei dem Wettbewerbsverbot, soweit es sich auf die Zeit nach Aufgabe der gemeinsamen Kontrolle bezog, nicht um eine Nebenabrede zu dessen Gründung handelte, da es damit nicht unmittelbar verbunden war. Vielmehr habe es sich auf den Erwerb der alleinigen Kontrolle durch Areva bezogen und sei daher mit der Auflösung des Gemein-

⁴⁶ So auch *Ritter*, WuW 2002, 362, 366 (die Bestätigung der Kommissions-Entscheidung durch den EuGH in Sachen Nutricia bedeute, „dass die vereinbarte Dauer auf die zulässige Dauer ‚reduziert‘ wird.“).

⁴⁷ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 4. 2. 1993 – IV/M.301 – Tesco, ABI. C 4, 8. 1. 1993, S. 2, Rn. 11.

⁴⁸ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 4. 2. 1993 – IV/M.301 – Tesco, ABI. C 4, 8. 1. 1993, S. 2, Rn. 13.

⁴⁹ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 4. 2. 1993 – IV/M.301 – Tesco, ABI. C 4, 8. 1. 1993, S. 2, Rn. 12.

⁵⁰ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 4. 2. 1993 – IV/M.301 – Tesco, ABI. C 4, 8. 1. 1993, S. 2, Rn. 15: „(...) to the extent described above.“

⁵¹ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 18. 6. 2012 – COMP/39.736 – Siemens/Areva, ABI. C 280, 15. 9. 2012, S. 8.

⁵² Zum Sachverhalt: Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 18. 6. 2012, 2012/C 280/05, Rn. 7 f.

schaftsunternehmens unmittelbar verbunden.⁵³ Für diese Zwecke sei die Abrede aber in Bezug auf Umfang und Dauer nicht verhältnismäßig: Ein Wettbewerbsverbot zu Lasten von Siemens nach Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens sei nur so lange gerechtfertigt, wie die vertraulichen Informationen, zu denen Siemens während des Bestehens des Gemeinschaftsunternehmens Zugang hatte, relevant und gesichert sind.⁵⁴ Auch sei der Schutz von Areva nur auf solchen Märkten gerechtfertigt, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen eigene Investitionen getätigt hatte; dies sei jedoch nicht der Fall bei Siemens-Produkten, die das Gemeinschaftsunternehmen lediglich weiterverkauft.⁵⁵

Die Europäische Kommission stellte daher fest, dass das Wettbewerbsverbot eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt, „soweit [es] nicht als Nebenabrede des Erwerbs der alleinigen Kontrolle über [das Gemeinschaftsunternehmen] durch Areva angesehen werden kann.“⁵⁶ Die Beteiligten verpflichteten sich folglich, das Wettbewerbsverbot zu Lasten von Siemens auf eine Dauer von 3 Jahren nach Aufgabe der gemeinsamen Kontrolle und nur auf solche Märkte zu beschränken, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen mit eigenen Produkten vertreten ist.⁵⁷ Diese Verpflichtungen räumten die Bedenken der Europäischen Kommission in hinreichender Weise aus.⁵⁸

Die angeführten Beispiele machen deutlich, dass die Europäische Kommission, bestätigt durch den EuGH jedenfalls in Sachen Nutricia,⁵⁹ überschießende Wettbewerbsverbote als teilbar ansieht und sie nur *insoweit* als unwirksam erachtet, wie sie gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen. So hat die Europäische Kommission die entsprechenden Vorhaben nur in dem Umfang freigegeben, wie sie die Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot feststellen konnte. Soweit die Parteien das zulässige Maß hingegen überschritten, handelte es sich nach Auffassung der Wettbewerbshüter um eine Wettbewerbsbeschränkung mit der Folge der Nichtigkeit dieses Teils der Abrede. Die Europäische Kommission scheint hier also davon auszugehen, dass sich das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV inklusive seiner Rechtsfolge aus Abs. 2 nicht auf

⁵³ Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 18.6.2012, 2012/C 280/05, Rn. 10.

⁵⁴ Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 18.6.2012, 2012/C 280/05, Rn. 12.

⁵⁵ Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 18.6.2012, 2012/C 280/05, Rn. 13.

⁵⁶ Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 18.6.2012, 2012/C 280/05, Rn. 18.

⁵⁷ Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 18.6.2012, 2012/C 280/05, Rn. 21.

⁵⁸ Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 18.6.2012, 2012/C 280/05, Rn. 23.

⁵⁹ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 12.12.1983 – 83/670/EWG – Nutricia, ABl. L 376, 31.12.1983, S. 22.

das gesamte überschießende Wettbewerbsverbot bezieht, sondern nur auf das als unzulässig erachtete Übermaß.

Diese Beschränkung der Nichtigkeitsfolge stellt methodisch eine geltungserhaltende Reduktion dar. Zu Grundlagen, Voraussetzungen und Grenzen der Methodik schweigen jedoch Europäische Kommission und EuGH. Dieser Mangel an sachlicher Auseinandersetzung mit dem methodischen Vorgehen legt die Vermutung nahe, dass weder Behörde noch Gerichtshof den Schritt für erwähnenswert gehalten haben. Vielmehr scheinen sie davon auszugehen, dass die Erhaltung des unbedenklichen Teils der Abrede mit der Anordnung der Nichtigkeit des unzulässigen Teils einhergeht.

d) Generalisierungsfähigkeit eines allgemeinen Rechtsgedankens?

Die soeben dargestellten Entscheidungen beschränken sich allerdings auf den Anwendungsbereich transaktionsbezogener, nachvertraglicher Wettbewerbsverbote im Sinne der Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden. Ist davon auszugehen, dass die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion nur im Rahmen dieses sehr eng begrenzten Gebiets dem Kartellverbot immanent sein kann? Oder steckt in den diskutierten Entscheidungen ein generalisierungsfähiger allgemeiner Rechtsgedanke, demzufolge die Nichtigkeit auch in anderen Fällen kartellverbotswidriger Abreden auf den überschießenden Teil zu beschränken ist?

Eine mögliche sachliche Rechtfertigung für die Beschränkung der Hypothese auf nachvertragliche Wettbewerbsverbote liegt zunächst in dem maßgeblichen Unterschied zwischen einer solchen Nebenabrede und Kartellverstößen im Allgemeinen: Bei Wettbewerbsverboten handelt es sich um Begleitvereinbarungen, die dem vertraglichen Hauptzweck untergeordnet sind. Sie sind keine integralen Bestandteile des Vertrags, können die Handlungsfreiheit der Parteien auf dem Markt gleichwohl begrenzen.⁶⁰ Derartige Nebenabreden werden automatisch von der Entscheidung erfasst, durch die der Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird.⁶¹ Dies gilt jedoch nur, soweit sie mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbunden und für diesen notwendig sind.⁶²

Im Gegensatz dazu verfolgen Kartellabsprachen im Übrigen nicht zwangsläufig einen vom Verstoß trennbaren Hauptzweck, der es gerechtfertigt erscheinen lässt, die Wettbewerbsbeschränkung in einem gewissen Umfang hinzunehmen. Daher liegt die Vermutung nahe, dass eine geltungserhaltende Reduktion nur dann der Nichtigkeit immanent sein kann, wenn die wettbewerbsrechtlich wünschenswerte Hauptver-

⁶⁰ Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden, Rn. 10.

⁶¹ Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden, Rn. 10.

⁶² Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden, Rn. 11 ff. Zu den Anforderungen an die Wirksamkeit von Wettbewerbsverboten siehe auch unter B.II.2.a)aa) (S. 45 ff.).

einbarung im Mittelpunkt steht und es allein um die *Rettung* der damit verbundenen, in gewissem Umfang zu rechtfertigenden Wettbewerbsbeschränkungen geht.

Andererseits ist fragwürdig, ob hier tatsächlich auf die Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenabrede abzustellen ist. Denn die Wertung, die hinter der Nichtigkeit eines nicht erforderlichen Wettbewerbsverbots steht, ist die gleiche, unabhängig davon, ob es als transaktionsbegleitendes, nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart wurde, oder schlicht eine Abrede unter Wettbewerbern ist, die etwa eine Kunden- oder Gebietsaufteilung bezweckt.

So hat die Europäische Kommission die Beteiligten in der Sache Telefónica/Portugal Telecom mit einer Geldbuße in Höhe von 79 Mio. Euro für die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots bestraft, das sie für nicht erforderlich hielt.⁶³ Der Entscheidung lag der Verkauf einer gemeinsamen Tochtergesellschaft, die ausschließlich auf dem brasilianischen Markt aktiv war, an eine der beiden Muttergesellschaften zugrunde. Die Beteiligten hatten ein Wettbewerbsverbot für die gesamte Iberische Halbinsel vereinbart, obwohl sich die relevanten Aktivitäten allein auf den brasilianischen Markt bezogen.

Diesbezüglich führte die Europäische Kommission aus, das Wettbewerbsverbot sei nicht als Nebenabrede zur Transaktion anzusehen, da ein die gesamte Iberische Halbinsel umfassendes Verbot unter keinen Umständen als unmittelbar mit dem Aktienkaufvertrag in Brasilien verbunden oder für dessen Durchführung erforderlich angesehen werden könne.⁶⁴ Vielmehr sei es den Parteien bei Vereinbarung des Wettbewerbsverbots schlicht um eine Gebietsaufteilung gegangen:

„(...) The clause prevented [Portugal Telecom] from entering into any telecommunication markets in Spain and prevented Telefónica from expanding its limited presence in the Portuguese electronic communications markets for the duration of the clause. Instead of competing with each other and behaving as rivals as is expected in an open and competitive market, Telefónica and [Portugal Telecom] deliberately agreed to exclude or limit competition on each other's home markets. Therefore, the clause amounts to a market sharing agreement.“⁶⁵

Dieses Beispiel zeigt, dass auch ein transaktionsbezogenes Wettbewerbsverbot im Sinne einer Nebenabrede⁶⁶ massive Bußgelder bei Überschreitung der von Art. 101 AEUV gesetzten Grenzen auslösen kann. Entscheidend für die Beurteilung der

⁶³ Beschluss der Europäischen Kommission vom 23.1.2013 – AT.39839 – Telefónica/Portugal Telecom, ABI. C 140, 18.5.2013, S. 11.

⁶⁴ Zusammenfassung des Beschlusses der Europäischen Kommission vom 23.1.2013 – AT.39839 – Telefónica/Portugal Telecom, ABI. C 140, 18.5.2013, S. 11, Rn. 19.

⁶⁵ Beschluss der Europäischen Kommission vom 23.1.2013 – AT.39839 – Telefónica/Portugal Telecom, ABI. C 140, 18.5.2013, S. 11, Rn. 353.

⁶⁶ Auch wenn die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Nebenabrede im Sinne der Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden im konkreten Fall nicht gegeben waren, handelte es sich bei dem Wettbewerbsverbot jedenfalls nicht um den Hauptzweck des Vertrags.

Kartellrechtswidrigkeit ist allein, ob sich die Abrede im Rahmen des Erforderlichen hält. Ist dies nicht der Fall, verstößt sie gegen Art. 101 AEUV mit allen daran anknüpfenden Konsequenzen. Eine abweichende Bewertung aufgrund der Tatsache, dass es sich um eine Nebenabrede handelt, erwägt die Europäische Kommission (zu Recht) nicht.

In der Sache Telefónica/Portugal Telecom spielte hingegen ein anderer Aspekt eine zentrale Rolle: Die Klausel wies in keiner Hinsicht einen zulässigen Kern auf. Sie war nicht trennbar nach geografischen Gebieten, für die ein Wettbewerbsverbot erforderlich gewesen wäre, und solchen, die überschießend vereinbart worden waren. Damit rückt die Frage der Teilbarkeit wiederum in den Mittelpunkt: Nur, wenn die Vereinbarung einen von dem Kartellverstoß trennbaren zulässigen Kern enthält, kann eine geltungserhaltende Reduktion überhaupt in Betracht kommen. Nur in diesem Fall trägt der Gedanke, dass die geltungserhaltende Reduktion der Nichtigkeit immanent sein könnte.

So war es in den Entscheidungen Nutricia⁶⁷ und Tesco⁶⁸ keine Frage, worauf die überschießenden Vereinbarungen geltungserhaltend reduziert werden sollten. Das zeitlich, räumlich und sachlich zulässige Maß konnte zweifelsfrei identifiziert werden, eine Rückführung auf diesen zulässigen Kern war unproblematisch möglich durch Abtrennung des überschießenden Teils.⁶⁹ Zentral ist und bleibt somit die Frage der Teilbarkeit. Für deren Beurteilung ist, wie bereits dargestellt, auf das EU-Recht zurückzugreifen, soweit es Aufschluss über die relevante Frage gibt. Im Übrigen ist das nationale Recht maßgeblich.⁷⁰

Damit kann die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion losgelöst vom Sonderfall des transaktionsbezogenen Wettbewerbsverbots dem Kartellverbot durchaus immanent sein. Die Differenzierung zwischen kartellverbotswidrigen Nebenabreden und Verstößen gegen das Kartellverbot im Allgemeinen rechtfertigt keine für den jeweiligen Fall abweichende Bewertung.

Wenn man also von der Existenz einer europarechtlichen Grundlage für die Anwendung der Methodik ausgeht, muss diese unabhängig von der Art des Kartellverstoßes Bestand haben.

2. Herleitung von Rechten aus dem *effet utile*

Alternativ ist in Betracht zu ziehen, eine Pflicht zur Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion durch die europäischen sowie nationalen Gerichte und

⁶⁷ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 12.12.1983 – 83/670/EWG – Nutricia, ABl. L 376, 31.12.1983, S. 22.

⁶⁸ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 4.2.1993 – IV/M.301 – Tesco, ABl. C 4, 8.1.1993, S. 2.

⁶⁹ Siehe zur Methodik im Einzelnen Abschnitt D. (S. 100 ff.).

⁷⁰ Siehe dazu oben unter C.I. (S. 50 ff.).

Behörden aus dem *effet utile* herzuleiten. Dies würde ebenfalls im Ergebnis dazu führen, dass Rechtsordnungen, die keine geltungserhaltende Reduktion vorsehen, diese im Einzelfall zu erwägen hätten.

Denn der *effet utile* wirkt sich unmittelbar auch auf solche Rechtsbereiche aus, deren Grundlagen und Ausgestaltung zweifelsfrei im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten liegen (a)). Dies betrifft selbst rechtliche Nebenschauplätze, die zweifelsfrei außerhalb der Regelungskompetenz der Europäischen Union verortet sind. Auch hier bietet sich eine Betrachtung der ergangenen Rechtsprechung im Bereich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung an: So kann der Einfluss des *effet utile* auf die Ausgestaltung nationaler Rechte exemplarisch anhand der EuGH-Rechtsprechung zum Akteneinsichtsrecht im Rahmen kartellrechtlicher Schadensersatzprozesse gezeigt werden (b)). Letztlich erfolgt eine knappe Zusammenfassung der Konsequenzen, die sich aus diesen Feststellungen für ein mögliches *Recht auf geltungserhaltende Reduktion* ergeben (c)).

a) Einfluss des effet utile auf nationale Kompetenzbereiche

Der *effet utile* hat in der Rechtsprechung des EuGH verschiedenste Ausprägungen erfahren, die wegen ihrer begrenzten Relevanz für die vorliegende Auseinandersetzung nicht umfassend Gegenstand dieser Analyse sind.⁷¹ Als Teil der teleologischen Auslegungsmethode⁷² ergänzt er die Frage nach dem Sinn und Zweck einer Vorschrift, indem die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts in den Mittelpunkt gestellt wird. Gegenstand der Auslegung nach dem *effet utile* ist also die Frage, wie der bereits festgestellte Telos einer Vorschrift verwirklicht werden kann.⁷³ Demnach scheidet eine Auslegung aus, die einer Norm nicht zu ihrer effektiven Wirksamkeit verhilft, sondern diese „ernsthaft gefährdet“⁷⁴ oder zu ihrer Sinnentleerung⁷⁵ führt.

Insofern begrenzt der *effet utile* das Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Durchsetzung des Unionsrechts.⁷⁶ Er besagt insbesondere, dass sämtliche innerstaatlichen Regeln, Verfahrens- wie materielle Rechte, die Ausübung der durch die Gemeinschaftsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder

⁷¹ Vgl. weiterführend: *Potacs*, EuR 2009, 465; *Roth*, WRP 2013, 257. Zum *effet utile* im Kartellverfahrensrecht: *Kamann*, in: *Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 3, Rn. 23 f. Zum *effet utile* bei der Ausgestaltung der Kartellzivilrechtsfolgen: *Schwietert*. Umfassend zum *effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH: *Potacs*, S. 109 ff.

⁷² *Potacs*, EuR 2009, 465, 468; *Roth*, WRP 2013, 257, Rn. 44; *Schwietert*, S. 70.

⁷³ *Potacs*, EuR 2009, 465, 468.

⁷⁴ EuGH, Urteil vom 14.2.2008 – C-450/06 – *Varec*, ECLI:EU:C:2008:91, Rn. 39.

⁷⁵ EuGH, Urteil vom 11.12.2007 – C-438/05 – *Viking*, ECLI:EU:C:2007:772, Rn. 69.

⁷⁶ *Kamann*, in: *Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 3, Rn. 23 f. Ausführlich zur „Mutation“ des *effet utile* vom Auslegungsgrundsatz zum eigenständigen Rechtsprinzip: *von Danwitz*, S. 145 ff.

übermäßig erschweren dürfen (Effektivitätsgrundsatz).⁷⁷ Er dient somit als eine Art Minimalstandard.⁷⁸

Nationale Vorschriften, die unionsrechtlich fundierte Rechte in Gefahr bringen, sind demnach wegen Verstoßes gegen den Grundsatz des *effet utile* unwirksam. Auf diese Weise hat der *effet utile* unmittelbar Einfluss auf die Ausgestaltung nationaler Vorschriften. Er begrenzt das mitgliedstaatliche Ermessen bei der Ausgestaltung selbst solcher Regelungsbereiche, die ausschließlich Gegenstand der nationalen Rechtsordnungen sind.

b) EuGH zur Akteneinsicht in Schadensersatzverfahren

Beispielhaft für den Einfluss des *effet utile* auch auf solche Rechtsbereiche, die zweifellos im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten liegen, wird im Folgenden ein Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zum Akteneinsichtsrecht Dritter zur Vorbereitung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen geworfen.

Aufsehen erregte der EuGH zunächst mit seiner Entscheidung in Sachen Pfleiderer.⁷⁹ Pfleiderer ist Abnehmer von Dekorpapieren, der im Jahre 2008 beim Bundeskartellamt zur Vorbereitung zivilrechtlicher Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit dem Preiskartell für Dekorpapier umfassend Einsicht in die das Bußgeldverfahren betreffenden Akten beantragt hatte. Diesen Antrag wies das Bundeskartellamt teilweise zurück und begrenzte die Akteneinsicht auf eine bereinigte Fassung der Verfahrensakte, die unter anderem keine Geschäftsgeheimnisse und internen Unterlagen enthielt. Pfleiderer klagte gegen diese Entscheidung vor dem Amtsgericht Bonn und verlangte umfassende Akteneinsicht, die Kronzeugenanträge der beteiligten Kartellanten inklusive. Das Amtsgericht Bonn legte dem EuGH die Sache im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vor, um in Erfahrung zu bringen, ob Geschädigte eines Kartells zur Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses Akteneinsicht in Kronzeugenanträge und damit zusammenhängende freiwillig übermittelte Unterlagen der Kartellanten erhalten dürfen, oder ob dies das Kronzeugenprogramm insgesamt gefährdet.

Der EuGH führte dazu aus, für diese Frage existiere keine verbindliche unionsrechtliche Regelung und daher sei es grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten, „die

⁷⁷ Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 16.12.1976 – C-33/76 – Rewe, ECLI:EU:C:1976:188, Rn. 5; Urteil ebenfalls vom 16.12.1976 – C-45/76 – Comet, ECLI:EU:C:1976:191, Rn. 11 – 18; Urteil vom 27.2.1980 – C-68/79 – Just, ECLI:EU:C:1980:57, Rn. 25; Urteil vom 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90 – Francovich, ECLI:EU:C:1991:428, Rn. 43; Urteil vom 14.12.1995 – C-312/93 – Peterbroeck, ECLI:EU:C:1995:437, Rn. 12; Urteil vom 15.4.2008 – C-268/06 – Impact, ECLI:EU:C:2008:223, Rn. 46. Vgl. auch Kamann, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 3, Rn. 24; Potacs, EuR 2009, 465, 480.

⁷⁸ Roth, WRP 2013, 257, Rn. 46. Unter Hinweis auf die verschiedenen Grade der Argumentationsfigur des *effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH (Minimalstandard versus weitest gehende Wirkung): Potacs, EuR 2009, 465, 468.

⁷⁹ EuGH, Urteil vom 14.6.2011 – C-360/09 – Pfleiderer, ECLI:EU:C:2011:389.

nationalen Vorschriften über den Zugang von Kartellgeschädigten zu Dokumenten, die Kronzeugenverfahren betreffen, zu erlassen und anzuwenden.“⁸⁰ Die Mitgliedstaaten müssten jedoch, „auch wenn Erlass und Anwendung dieser Vorschriften in ihrer Zuständigkeit liegen, bei deren Ausübung das Unionsrecht beachten.“⁸¹ Kronzeugenprogramme seien einerseits „nützliche Instrumente, um Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht effizient aufzudecken und zu beenden.“⁸² Deren Wirksamkeit könne aber „durch die Übermittlung von Dokumenten eines Kronzeugenverfahrens an Personen, die eine Schadensersatzklage erheben wollen, beeinträchtigt werden“⁸³, da sich ein Kartellbeteiligter durch die drohende Offenlegung der Unterlagen von einer Übermittlung abhalten lassen könnte.⁸⁴ Andererseits würden „Schadensersatzklagen vor den nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Europäischen Union beitragen.“⁸⁵

Daher seien die widerstreitenden Interessen „im Einzelfall und unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte der Rechtssache“ sorgfältig abzuwägen.⁸⁶ Die Akteneinsicht in die mit dem Kronzeugenverfahren zusammenhängenden Unterlagen sei unionsrechtlich daher nicht verboten; es sei jedoch Sache der nationalen Gerichte, „auf der Grundlage des jeweiligen nationalen Rechts unter Abwägung der unionsrechtlich geschützten Interessen zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen dieser Zugang zu gewähren oder zu verweigern ist.“⁸⁷

Weiter konkretisierte der EuGH diese Rechtsprechung in Sachen Donau Chemie:⁸⁸ Verschiedene Unternehmen des Druckreisektors hatten beim OLG Wien zur Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses Einsicht in die Verfahrensakten im Zusammenhang mit dem Kartell auf dem Großhandelsmarkt für Druckchemikalien beantragt, an dem unter anderen Donau Chemie beteiligt gewesen war. Alle Beteiligten verweigerten die Zustimmung zu dieser Akteneinsicht, weshalb das OLG Wien auf Grundlage des geltenden österreichischen Rechts den Antrag ablehnte. Denn die einschlägige Vorschrift (§ 39 Abs. 2 KartG) schließt für den Richter jede Möglichkeit aus, ohne Zustimmung der Parteien die Einsicht in die Akten kartellrechtlicher Verfahren zu gewähren, und zwar auch dann, wenn der Antragsteller ein rechtliches Interesse an der Einsichtnahme darlegen kann. Daher ist der Richter nach

⁸⁰ EuGH, Urteil vom 14.6.2011 – C-360/09 – Pfleiderer, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 23.

⁸¹ EuGH, Urteil vom 14.6.2011 – C-360/09 – Pfleiderer, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 24 m. w. N.

⁸² EuGH, Urteil vom 14.6.2011 – C-360/09 – Pfleiderer, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 25.

⁸³ EuGH, Urteil vom 14.6.2011 – C-360/09 – Pfleiderer, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 26.

⁸⁴ EuGH, Urteil vom 14.6.2011 – C-360/09 – Pfleiderer, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 27.

⁸⁵ EuGH, Urteil vom 14.6.2011 – C-360/09 – Pfleiderer, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 29 m. w. N.

⁸⁶ EuGH, Urteil vom 14.6.2011 – C-360/09 – Pfleiderer, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 31.

⁸⁷ EuGH, Urteil vom 14.6.2011 – C-360/09 – Pfleiderer, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 32.

⁸⁸ EuGH, Urteil vom 6.6.2013 – C-536/11 – Donau Chemie, ECLI:EU:C:2013:366.

dieser Vorschrift verpflichtet, die Akteneinsicht Dritter zu verweigern, wenn auch nur eine der Parteien nicht zugestimmt hat. Für eine gerichtliche Einzelfallabwägung ist hier kein Raum.

In Fortführung der Rechtsprechung in Sachen Pfleiderer führte der EuGH aus, mangels einschlägiger unionsrechtlicher Regelung obliege es „der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der dem Einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen.“⁸⁹ So sei es auch Sache der Mitgliedstaaten, „die nationalen Vorschriften zu erlassen und anzuwenden, die das Recht der sich durch ein Kartell für geschädigt haltenden Personen auf Zugang zu Dokumenten regeln, die nationale Verfahren hinsichtlich dieses Kartells betreffen.“⁹⁰

Allerdings folge aus dem Pfleiderer-Urteil auch, dass

„die nationalen Gerichte im Rahmen der Ausübung ihrer Befugnis zur Anwendung der nationalen Vorschriften über das Recht derjenigen, die sich durch ein Kartell für geschädigt halten, auf Zugang zu Dokumenten, die nationale Verfahren zu diesem Kartell betreffen, die Interessen gegeneinander abzuwägen haben, die die Übermittlung der Informationen und den Schutz dieser Informationen rechtfertigen.“⁹¹

Eine solche Interessenabwägung sei notwendig, da

„insbesondere im Wettbewerbsrecht jede starre Regel – sei es im Sinne einer völligen Verweigerung eines Zugangs zu den betreffenden Dokumenten oder im Sinne eines allgemein gewährten Zugangs zu diesen – die wirksame Anwendung insbesondere des Art. 101 AEUV und der Rechte, die diese Bestimmung den Einzelnen verleiht, beeinträchtigen kann.“⁹²

Diese Abwägung sei zwar im Rahmen des nationalen Rechts vorzunehmen, doch dürfe dieses nicht so ausgestaltet sein, „dass für die nationalen Gerichte jede Möglichkeit einer Abwägung im Einzelfall ausgeschlossen ist.“⁹³ Dazu führe aber die Vorschrift des § 39 Abs. 2 KartG im Ergebnis.

In beiden Fällen hat der Gerichtshof also unmittelbar aus dem *effet utile* gefolgt, dass nationale Gerichte das Bestehen eines Akteneinsichtsrechts zugunsten Dritter in die Verfahrensakte im Rahmen einer umfassenden Einzelfallabwägung zu beurteilen haben. Dieses Recht auf Interessenabwägung folgt nach Ansicht des Gerichtshofs aus dem *effet utile*. Nationale Rechtsvorschriften, die ein solches Recht auf Ein-

⁸⁹ EuGH, Urteil vom 6.6.2013 – C-536/11 – Donau Chemie, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 25.

⁹⁰ EuGH, Urteil vom 6.6.2013 – C-536/11 – Donau Chemie, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 26.

⁹¹ EuGH, Urteil vom 6.6.2013 – C-536/11 – Donau Chemie, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 30.

⁹² EuGH, Urteil vom 6.6.2013 – C-536/11 – Donau Chemie, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 31.

⁹³ EuGH, Urteil vom 6.6.2013 – C-536/11 – Donau Chemie, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 35.

zelfallabwägung nicht vorsehen, sind demnach EU-rechtswidrig. Dies, obwohl die Regelung eindeutig im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten liegt.

Damit beeinflusst der effet utile die Ausgestaltung und Anwendung nationaler Rechtsvorschriften unmittelbar. Dies gilt auch für rechtliche Nebenschauplätze, die zweifelsfrei außerhalb der unionsrechtlichen Regelungskompetenz liegen.

c) Bedeutung für ein Recht auf geltungserhaltende Reduktion

Wie der EuGH wiederholt festgestellt hat, kann „das Unionsrecht dem Einzelnen Pflichten auferlegen, aber auch Rechte verleihen“, wobei „solche Rechte nicht nur entstehen, wenn die Verträge dies ausdrücklich bestimmen, sondern auch aufgrund von eindeutigen Verpflichtungen, die diese Verträge dem Einzelnen wie auch den Mitgliedstaaten und den Organen der Union auferlegen.“⁹⁴ Auch hat der EuGH klargestellt, dass „Art. 101 Abs. 1 AEUV in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkungen erzeugt und unmittelbar in deren Person Rechte entstehen lässt.“⁹⁵ Dies ist der Fall, wenn ohne dieses Recht „die praktische Wirksamkeit des in dieser Bestimmung ausgesprochenen Verbots beeinträchtigt wäre“⁹⁶, das Bestehen des Rechts also die effektive Wirksamkeit des Kartellverbots sicherstellt.

Für die Beurteilung, ob aus dem effet utile möglicherweise ein *Recht auf geltungserhaltende Reduktion* hergeleitet werden kann, stellt sich daher zunächst die Frage, ob die Methodik tatsächlich die praktische Wirksamkeit des Kartellverbots sicherstellt. Intuitiv naheliegender wäre die Annahme, dass die geltungserhaltende Reduktion das Kartellverbot in seiner effektiven Wirksamkeit *beeinträchtigt*, bewahrt sie doch eine kartellverbotswidrige Vereinbarung vor dem Eintritt der Nichtrichtigkeitsfolge.⁹⁷

Gleichzeitig kann die geltungserhaltende Reduktion nur zur Anwendung kommen, wenn sich die Vertragsparteien *im Kern* kartellrechtlich unbedenklich verhalten. Denn nicht jedweder Verstoß gegen das Kartellverbot kann geltungserhaltend reduziert werden. Methodische Grundvoraussetzung ist ein vom Verstoß trennbarer, kartellrechtlich zulässiger Teil der Abrede.⁹⁸ Unter diesem Blickwinkel könnte die

⁹⁴ EuGH, Urteil vom 6.6.2013 – C-536/11 – Donau Chemie, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 20 m. w. N.

⁹⁵ EuGH, Urteil vom 6.6.2013 – C-536/11 – Donau Chemie, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 21 m. w. N.

⁹⁶ EuGH, Urteil vom 6.6.2013 – C-536/11 – Donau Chemie, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 21 m. w. N.

⁹⁷ Zu alledem siehe unter E.II. (S. 144 ff.).

⁹⁸ Siehe dazu im Detail Abschnitt D. (S. 100 ff.).

geltungserhaltende Reduktion die praktische Wirksamkeit des Kartellverbots nicht gefährden, sondern, ganz im Gegenteil, sicherstellen.⁹⁹

Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung eines solchen *Rechts auf geltungserhaltende Reduktion* wäre auf das Recht der Mitgliedstaaten zu verweisen, soweit das Europarecht keine eigenständigen Vorgaben enthält. Dabei würde der effet utile dazu führen, dass Gerichte selbst in solchen Mitgliedstaaten, in denen die Methodik nicht vorgesehen ist, eine geltungserhaltende Reduktion anwenden müssten. Nationalen Gerichten wäre demnach untersagt, eine Vereinbarung, die einen vom Kartellverstoß trennbaren, zulässigen Kern enthält, insgesamt für nichtig zu erklären. Vielmehr müssten sie die Abrede auf eben diesen Kern zurückführen.

3. Keine Auswirkungen der Hypothese auf den weiteren Gang der Analyse

Die Hypothese, nach der die geltungserhaltende Reduktion der kartellrechtlichen Nichtigkeitsfolge immanent ist, hilft nicht über die praktische Hürde hinweg, dass europarechtliche Vorgaben hinsichtlich der Einzelheiten der Methodik nicht existieren. Daher ist die nähere Auseinandersetzung mit praktischen Anforderungen an die geltungserhaltende Reduktion im kartellrechtlichen Kontext keinesfalls obsolet.¹⁰⁰

Auch hat die Frage, ob eine geltungserhaltende Reduktion mit dem Kartellverbot aus systematischer und teleologischer Perspektive im Übrigen vereinbar ist, in den Ausführungen der Europäischen Kommission und des EuGH keinerlei Niederschlag gefunden. Kontrovers ist insbesondere die Rolle des effet utile zu diskutieren. Denn wenn sich die Parteien bei Aussicht auf eine teilweise Aufrechterhaltung der Abrede tendenziell eher für einen Verstoß gegen das Kartellverbot entscheiden, ist die Effektivität der Verbotsvorschrift ins Gegenteil verkehrt.¹⁰¹

Diese Fragen werden im weiteren Verlauf der Arbeit im Detail zu beleuchten sein, und zwar unabhängig von der Möglichkeit der primärrechtlichen Herleitung einer Existenzgrundlage für die geltungserhaltende Reduktion. Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass diese Fragen auch im Hinblick auf die geltungserhaltende Reduktion überschießender nachvertraglicher Wettbewerbsverbote im Sinne der Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden konsequenterweise hätten gestellt werden müssen. Die Tatsache, dass dies weder durch den EuGH noch die Europäische Kommission erfolgt ist, lässt eine Auseinandersetzung mit diesen Themen umso wichtiger erscheinen.

⁹⁹ Zu den denkbaren Folgen der geltungserhaltenden Reduktion aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive und den daraus möglicherweise resultierenden rückläufigen Verstößen gegen das Kartellverbot siehe unter G.III. (S. 247 ff.).

¹⁰⁰ Siehe dazu Abschnitt D. (S. 100 ff.).

¹⁰¹ Siehe dazu unter E.II. (S. 144 ff.).

4. Zwischenergebnis

Ein Vergleich zur EuGH-Rechtsprechung im Bereich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung hat gezeigt, dass die Herleitung eines *Rechts auf geltungserhaltende Reduktion* unmittelbar aus Art. 101 AEUV bzw. dem effet utile zumindest nicht fernliegt. Vielmehr existieren valide Argumente für die Annahme, dass die geltungserhaltende Reduktion der Nichtigkeitsfolge per se immanent ist. Nicht zuletzt bestehen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass auch der EuGH die Möglichkeit einer solchen Rückführung – jedenfalls für den Bereich der nachvertraglichen Wettbewerbsverbote – unmittelbar im Kartellverbot verortet.

Die Erwägungen zur Herleitung einer Rechtsgrundlage unmittelbar aus dem EU-Recht helfen jedoch nicht über die praktische Hürde hinweg, dass europarechtliche Vorgaben hinsichtlich der Einzelheiten der Methodik nicht existieren. Ein Rückgriff auf die nationalen Rechtsordnungen ist somit zwingend erforderlich. Dass diese Kompetenzaufteilung dem Kartellrecht nicht fremd ist, zeigt wiederum ein Vergleich zum Bereich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Auch hier wird überwiegend davon ausgegangen, dass das EU-Kartellrecht zwar das Bestehen von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen gebietet, sich die Verfahrensmodalitäten aber nach den nationalen Rechtsordnungen bestimmen.¹⁰²

Voraussetzungen und Grenzen der Methodik sind dabei einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Gleichermaßen gilt für die Rolle des effet utile im vorliegenden Kontext, der die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion einerseits gebieten, andererseits jedoch im Hinblick auf Präventionserwägungen auch verbieten kann. All diese Fragen bleiben ungeklärt, selbst wenn man die Existenz einer unmittelbaren primärrechtlichen Grundlage für die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion unterstellt.

III. Allgemeiner Rechtsgrundsatz auf Grundlage des Rechts der Mitgliedstaaten?

Alternativ zur Herleitung einer Rechtsgrundlage für die geltungserhaltende Reduktion unmittelbar aus dem Kartellprimärrecht kommt die Existenz eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes aus dem Recht der Mitgliedstaaten in Betracht. Denn der EuGH hat wiederholt rechtliche Strukturprinzipien, die er im Wege der Rechtsvergleichung ermittelt hat, zu europarechtlichen Rechtsgrundsätzen erhoben, die in der Folge von allen Mitgliedstaaten zu beachten waren – selbst wenn das nationale Recht eine entsprechende Regelung nicht zwingend vorsah.¹⁰³

¹⁰² MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 683.

¹⁰³ Zur Rolle der Rechtsvergleichung auch im Bereich des Privatrechts: Metzger, S. 414 ff.; zu den damit zusammenhängenden methodischen Fragen: S. 430 ff.

Eine knappe Einführung in die methodischen Grundlagen allgemeiner Rechtsgrundsätze (1.) soll anschließend die Analyse ermöglichen, ob die rechtsvergleichende Herleitung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, nach dem eine geltungs-erhaltende Reduktion kartellrechtlich überschießender Vereinbarungen zu erfolgen hat, tatsächlich in Betracht kommt (2.). Unter (3.) werden die Ergebnisse knapp zusammengefasst.

1. Methodische Grundlagen zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind Sätze von grundsätzlicher Bedeutung, die Rechtssatzcharakter haben, also Behörden und Gerichte gleichermaßen binden.¹⁰⁴ Explizit nimmt das europäische Primärrecht in Art. 6 Abs. 3 EU im Zusammenhang mit den grundrechtlichen Garantien auf allgemeine Rechtsgrundsätze Bezug: Demnach sind die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, als *allgemeine Grundsätze* Teil des Unionsrechts. Im Zusammenhang mit der unionsrechtlichen außervertraglichen Haftung statuiert darüber hinaus Art. 340 Abs. 2 AEUV, dass die Union den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den *allgemeinen Rechtsgrundsätzen* ersetzt, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Abs. 3 nimmt sodann Bezug auf die entsprechende Haftung der Europäischen Zentralbank nach den *allgemeinen Rechtsgrundsätzen*, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind.

Der EuGH hat die allgemeinen Rechtsgrundsätze normenhierarchisch auf eine Stufe mit dem Primärrecht gestellt.¹⁰⁵ Mit der Erhebung zu europäischen Rechtsprinzipien sind allgemeine Rechtsgrundsätze in der gesamten Union anzuwenden, unabhängig von der Frage, ob das nationale Recht des einzelnen Mitgliedstaats eine entsprechende Regel vorsieht.¹⁰⁶ Diese (oft ungeschriebenen)¹⁰⁷ Grundsätze sind im Unionsrecht als Rechtsquelle insbesondere dort von Bedeutung, wo weder das Primär- noch das Sekundärrecht ausdrückliche Regelungen vorsehen – sie dienen also in erster Linie der Schließung von Regelungslücken.¹⁰⁸ Sie können als eine Ausprägung des Gewohnheitsrechts verstanden werden,¹⁰⁹ sind vom EuGH zur

¹⁰⁴ *Lecheler*, ZEuS 2003, Heft 3, S. 337, 339.

¹⁰⁵ EuGH, Urteil vom 15.10.2009 – C-101/08 – Audiolux, ECLI:EU:C:2009:626, Rn. 63. Umfassend zur Stellung der allgemeinen Rechtsgrundsätze im System der Rechtsquellen des Unionsrechts und kritisch hinsichtlich der Folgen ihres vermeintlichen Verfassungsrangs: *Martens*, S. 155 ff.

¹⁰⁶ *Metzger*, S. 429.

¹⁰⁷ Allgemeine Rechtsgrundsätze können auch geschriebenes Recht sein, vgl. *Lecheler*, ZEuS 2003, Heft 3, S. 337, 345.

¹⁰⁸ *Martens*, S. 147 f., 494.

¹⁰⁹ *Martens*, S. 149; *Riesenhuber*, S. 119.

Rechtsfindung heranzuziehen und bilden daher einen wesentlichen Bestandteil der Unionsrechtsordnung.¹¹⁰

Ihren Ursprung können allgemeine Rechtsgrundsätze im Unionsrecht selbst, in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten oder im Völkerrecht haben.¹¹¹ Der Großteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze wird allerdings aus dem Recht der Mitgliedstaaten gewonnen.¹¹² Weithin ungeklärt ist dabei die Frage, inwiefern die konkrete Ausgestaltung des Rechtsgrundsatzes in den einzelnen Mitgliedstaaten übereinstimmen muss, ob es also etwa genügt, dass ein Grundsatz von allgemeinem Gehalt in verschiedenen nationalen Rechtsordnungen existiert, oder ob auch die Umsetzung weitestgehend deckungsgleich sein muss.¹¹³ Auch wird diskutiert, ob es bereits genügt, dass ein einziger Mitgliedstaat eine entsprechende Regelung im nationalen Recht vorsieht.¹¹⁴

Ein Blick auf verschiedene Beispiele für die Anerkennung rechtsvergleichend ermittelter allgemeiner Rechtsgrundsätze aus dem Recht der Mitgliedstaaten (a)) soll eine konkretere Vorstellung von Funktion und typischen Merkmalen vermitteln, die diesen Grundsätzen gemein sind (b)).

a) Beispiele für rechtsvergleichend ermittelte Grundsätze aus nationalem Recht

Prominentestes Beispiel für die Anerkennung allgemeiner Rechtsgrundsätze aus dem Recht der Mitgliedstaaten ist die Entfaltung von Gemeinschaftsgrundrechten, die vor Inkrafttreten der Europäischen Grundrechtecharta im Jahre 2009 gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten hergeleitet wurden.¹¹⁵ Den Inhalt der einzelnen Grundrechte hat der EuGH im Wege wertender Rechtsvergleichung ermittelt.¹¹⁶

Dabei beschränkt sich der EuGH nicht auf die Ermittlung des kleinsten gemeinsamen Nenners, also eine Art Minimalkonsens zwischen den Mitgliedstaaten, sondern es werden abstrakte Rechtsgedanken herausgearbeitet, über die hinreichend

¹¹⁰ *Kaufmann*, in: Dauseis/Ludwigs, EU-WirtschaftsR-HdB, P. II. Vorabentscheidungsverfahren, Rn. 35.

¹¹¹ *Iglesias*, NJW 1999, 1, 4f.; *Martens*, S. 149 ff. mit Beispielen.

¹¹² *Martens*, S. 149.

¹¹³ Vgl. dazu: *Lecheler*, S. 187 ff.

¹¹⁴ So etwa *Lecheler*, ZEuS 2003, Heft 3, S. 337, 344 unter Hinweis auf die Entscheidung des EuGH vom 18. 5. 1982 – C-155/79 – AM&S, ECLI:EU:C:1982:157. *Bleckmann*, S. 250 weist darauf hin, dass jedenfalls bei der Konkretisierung des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes jeweils ein einzelstaatliches Rechtsinstitut „Pate stand“. Zur diesbezüglichen Entwicklung der Rechtsprechung: *Metzger*, S. 430 ff.

¹¹⁵ Vgl. Urteil des EuGH vom 13. 12. 1979 – C-44/79 – *Hauer*, ECLI:EU:C:1979:290, Rn. 15.

¹¹⁶ *Kaufmann*, in: Dauseis/Ludwigs, EU-WirtschaftsR-HdB, P. II. Vorabentscheidungsverfahren, Rn. 36.

weiter Konsens in den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten herrscht.¹¹⁷ Strenge Übereinstimmung bei der Ausgestaltung der mitgliedstaatlichen Rechtssätze wird dabei allerdings nicht gefordert, vielmehr ermittelt der EuGH wertend, welche Lösung sich am besten in das Gemeinschaftsrecht einfügt.¹¹⁸ Dabei kann die beste Lösung auch aus einer Kombination verschiedener Ansätze in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten bestehen.¹¹⁹

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind von großer praktischer Bedeutung im Verfahrensrecht. So hat der EuGH etwa in Sachen AM&S¹²⁰ den Schutz des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant als allgemeinen Rechtsgrundsatz anerkannt. Weitere Beispiele sind etwa der Anspruch auf rechtliches Gehör¹²¹ sowie der Grundsatz *ne bis in idem*.¹²²

Auch im Bereich des Privatrechts spielen rechtsvergleichend ermittelte allgemeine Rechtsgrundsätze aus dem Recht der Mitgliedstaaten eine herausragende Rolle. Beispielhaft sei die Entscheidung in Sachen CCRE¹²³ genannt, in der sich der EuGH mit der Methodik der Aufrechnung auseinandersetzte. Hier erkannte der Gerichtshof jedenfalls an, dass die Aufrechnung eine zur Verfügung stehende Möglichkeit des Erlöschens einer Forderung ist, während das EU-Recht selbst einen solchen Grundsatz nicht vorsieht.¹²⁴

b) Merkmale und Funktionen

Die Kategorisierung der verschiedenen Merkmale und Funktionen rechtsvergleichend ermittelter allgemeiner Rechtsgrundsätze ist insbesondere angesichts der zum Teil unübersichtlichen Rechtsprechung komplex. In der Literatur haben sich verschiedene Kriterien herausgebildet, die im folgenden Abschnitt beleuchtet werden, stets unter Berücksichtigung möglicher Konsequenzen für die hypothetische Existenz eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes der geltungserhaltenden Reduktion.

¹¹⁷ Bleckmann, S. 246.

¹¹⁸ Martens, S. 149 ff.

¹¹⁹ Bleckmann, S. 247.

¹²⁰ EuGH, Urteil vom 18.5.1982 – C-155/79 – AM&S, ECLI:EU:C:1982:157.

¹²¹ EuGH, Urteil vom 4.7.1963 – C-32/62 – Alvis, ECLI:EU:C:1963:15, S. 123. Unter Hinweis auf die Tatsache, dass die Herleitung dieses Anspruchs in der Rechtsprechung des EuGH zwischen dem Gemeinschaftsrecht selbst und der Rechtsvergleichung schwankt: Metzger, S. 417, Fn. 459.

¹²² EuGH, Urteil vom 14.12.1972 – C-7/72 – Boehringer Mannheim, ECLI:EU:C:1972:125, Rn. 2 ff. Vgl. für weitere Beispiele und Nachweise: Metzger, S. 415.

¹²³ EuGH, Urteil vom 10.7.2003 – C-87/01 P – CCRE, ECLI:EU:C:2003:400.

¹²⁴ Entgegen den Schlussanträgen des Generalanwalts Philippe Léger (17.9.2002 – C-87/01 P – CCRE, ECLI:EU:C:2002:501, Rn. 32 ff.) legte der EuGH der Prüfung jedoch primär die Aufrechnungsvoraussetzungen nach belgischem Recht zugrunde; siehe dazu: Metzger, S. 346 f. Siehe zur Aufrechnung auch: EuGH, Urteil vom 1.3.1983 – C-250/78 – DEKA, ECLI:EU:C:1983:49.

Dabei kristallisiert sich heraus, dass rechtsvergleichend ermittelte allgemeine Rechtsgrundsätze in aller Regel generalisierungsfähige Strukturprinzipien darstellen, die aber in ihrem Grad an Bedeutung für das Gefüge der Rechtsordnung durchaus variieren können (aa)). Auch können sie nicht nur der Auslegung und Korrektur des Gemeinschaftsrechts sowie des Rechts der Mitgliedstaaten dienen,¹²⁵ sondern insbesondere auch der Schließung von Regelungslücken im Unionsrecht (bb)). Letztlich ist für die rechtsvergleichende Ermittlung eines Rechtsgrundsatzes denklogisch erforderlich, dass er in (einem oder mehreren) Mitgliedstaaten der Europäischen Union anerkannt ist (cc)).

aa) Generalisierungsfähige Strukturprinzipien

Allgemeine Rechtsgrundsätze bestehen in aller Regel aus abstrakten Strukturprinzipien. Es handelt sich um grundlegende Wertaussagen bezüglich eines bestimmten Regelungsbereichs,¹²⁶ die in gewissem Umfang verallgemeinerungsfähig sind und daher in ihrer Bedeutung über den konkret betroffenen Regelungskontext hinausgehen. Aus dem Bereich des Privatrechts kann beispielhaft etwa das generalisierte Prinzip von Treu und Glauben oder der Grundsatz *venire contra factum proprium* genannt werden.¹²⁷

Anschaulich kann die Entwicklung eines grundlegenden Strukturprinzips anhand der Entscheidung des EuGH in Sachen AM&S¹²⁸ gezeigt werden. Ein Fall, der die Befugnisse der Europäischen Kommission im Rahmen kartellrechtlicher Ermittlungen gegen Unternehmen betraf, führte hier zu der Anerkennung eines generalisierten Rechts auf Schutz vertraulicher Anwaltskorrespondenz vor der Einsichtnahme fremder Dritter. So stellte der Gerichtshof fest, den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen sei offensichtlich die Vorstellung gemein, dass bestimmte Mitteilungen zwischen Anwalt und Mandant vertraulich seien und diese Vertraulichkeit gewahrt werden müsse.¹²⁹ Der EuGH hat auf diesem Wege die allgemeine Vorstellung von einem zwingend erforderlichen Schutz vertraulicher Korrespondenz zwischen Anwalt und Mandant zu einem grundlegenden, ja grundrechtsähnlichen¹³⁰ Prinzip erhoben. Damit reicht die Bedeutung der Entscheidung, die im Grunde eine spezifische Frage des Kartellverfahrensrechts betrifft, weit über den Bereich des Kartellrechts hinaus.¹³¹

Nicht sämtliche allgemeine Rechtsgrundsätze enthalten jedoch zwangsläufig Prinzipien, die den Rang grundlegender primärrechtlicher Garantien haben. Eine

¹²⁵ Ausführlich dazu: *Metzger*, S. 444 ff. (zur Auslegung) und S. 458 ff. (zur Korrektur).

¹²⁶ *Martens*, S. 156.

¹²⁷ Vgl. *Riesenhuber*, S. 120.

¹²⁸ EuGH, Urteil vom 18.5.1982 – C-155/79 – AM&S, ECLI:EU:C:1982:157.

¹²⁹ EuGH, Urteil vom 18.5.1982 – C-155/79 – AM&S, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 18.

¹³⁰ *Fischer/Iliopoulos*, NJW 1983, 1031, 1033.

¹³¹ *Fischer/Iliopoulos*, NJW 1983, 1031, 1033.

solch herausragende Stellung kommt nicht allen allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Gemeinschaftsrecht zu.¹³² Zwar hat der EuGH sie normenhierarchisch auf eine Stufe mit dem Primärrecht gestellt.¹³³ Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass sämtliche allgemeine Rechtsgrundsätze dieselbe Stellung innerhalb des Gemeinschaftsrechts haben müssen.¹³⁴ Ganz im Gegenteil können auch solche Grundsätze als allgemeine Rechtsgrundsätze Anerkennung finden, die nicht den Rang fundamentaler Verfassungsgarantien haben.¹³⁵

Insbesondere im Bereich des Privatrechts stehen bei der Herleitung allgemeiner Rechtsgrundsätze weniger Gedanken der Normenhierarchie im Vordergrund als vielmehr solche der einheitlichen Systematik und Auslegung.¹³⁶ Gegebenenfalls kann auf Basis eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auch der Anwendungsbereich einer bestimmten Norm eingeschränkt werden.¹³⁷ Letztlich sind für die Frage des Ranges eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes die Umstände des Einzelfalls entscheidend.¹³⁸

Beispielhaft sei erneut die Entscheidung des EuGH in Sachen CCRE¹³⁹ genannt, in der der Gerichtshof die Aufrechnung als ein Instrument anerkannt hat, mit dem eine Forderung zum Erlöschen gebracht werden kann – ohne dass ein solcher Grundsatz originär im Europäischen Recht verwurzelt wäre.¹⁴⁰ Ein weiteres Beispiel betrifft den Anspruch auf Verzugszinsen im Falle verspäteter Leistung: In der Sache Hans Fuchs führte das EuG aus,

„in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten [sei] allgemein anerkannt, dass eine verspätete Zahlung zu einem Nachteil führt, der dem Gläubiger zu ersetzen ist. (...) Das Gemeinschaftsrecht erkennt eine solche Entschädigungspflicht als allgemeinen Rechtsgrundsatz an.“¹⁴¹

Auch fernab fundamentaler grundrechtsähnlicher Garantien können allgemeine Rechtsgrundsätze somit eine tragende Rolle im europäischen Rechtsnormgefüge spielen.

¹³² Martens, S. 155.

¹³³ Siehe dazu bereits oben S. 73.

¹³⁴ Martens, S. 155.

¹³⁵ Basedow, AcP 210 (2010), 157, 180; Martens, S. 156.

¹³⁶ Basedow, AcP 210 (2010), 157, 180.

¹³⁷ Basedow, AcP 210 (2010), 157, 180.

¹³⁸ Kutschér, EuR 1981, 392, 403, der eine Differenzierung nach dem jeweiligen Wirkungsbereich vorschlägt: Allgemeine Rechtsgrundsätze für den engeren Bereich einzelner Materien, wie etwa dem Arbeitsrecht, sollen einen niedrigeren Rang haben als etwa Verfassungsprinzipien. Vgl. auch Martens, S. 156.

¹³⁹ EuGH, Urteil vom 10.7.2003 – C-87/01 P – CCRE, ECLI:EU:C:2003:400.

¹⁴⁰ Siehe dazu bereits oben S. 75.

¹⁴¹ EuG, Urteil vom 9.10.2002 – T-134/01 – Hans Fuchs, ECLI:EU:T:2002:246, Rn. 56.

bb) Schließung von Regelungslücken im EU-Recht

Die rechtsvergleichende Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze aus dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten war insbesondere in den Gründungsjahren der Union zentrale Rechtsfindungsquelle europäischer Gerichte.¹⁴² Ein Rückgriff auf die nationalen Rechtsordnungen war und ist logische Konsequenz nicht hinreichend vorhandener gemeinschaftsrechtlicher Regelungen.¹⁴³ Auch heute ist die Schließung bestehender Regelungslücken auf Gemeinschaftsebene durch einen Rückgriff auf die in nationalen Rechtsordnungen bestehenden Vorschriften weitestgehend anerkannt.¹⁴⁴ Und zwar nicht nur ausnahmsweise in sehr restriktiv gehandhabten Konstellationen; vielmehr sollen rechtsvergleichend ermittelte allgemeine Rechtsgrundsätze zentrale Quelle der Rechtsfortbildung im Gemeinschaftsrecht sein, das „eine offene Struktur“¹⁴⁵ ist.

Voraussetzung ist allerdings, dass die betreffende Frage in den Regelungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt.¹⁴⁶ So führte der EuGH in Sachen AM&S¹⁴⁷ aus, die Beurteilung der Frage, ob der betreffende Schriftverkehr zwischen Anwalt und Mandant eines besonderen rechtlichen Schutzes bedürfe, habe auf Gemeinschaftsebene zu erfolgen. Halte die Europäische Kommission diesen Beweis für nicht erbracht, könne die Beurteilung der entsprechenden Voraussetzungen nicht einem Schiedsgericht oder einer nationalen Stelle überlassen bleiben.¹⁴⁸ Bei dieser Frage handle es sich nämlich „um eine Beurteilung und eine Entscheidung, die sich auf die Bedingungen auswirken, unter denen die Kommission auf einem für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes so wesentlichen Gebiet, wie es die Beachtung der Wettbewerbsregeln darstellt, vorgehen kann.“¹⁴⁹ Deshalb müsse „die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über den Schutz eines vertraulichen Schriftwechsels zwischen Anwalt und Mandant auf Gemeinschaftsebene gesucht werden.“¹⁵⁰

Vorliegend handelte es sich also dem EuGH zufolge um einen wesentlichen Aspekt des Wettbewerbsschutzes, da die Bedingungen betroffen waren, unter denen die Europäische Kommission im Rahmen ihrer Aufgaben als Wettbewerbshüterin vorgehen kann. Die im Gemeinschaftsrecht bestehende Lücke hinsichtlich des besonderen Schutzes, dem vertrauliche Anwaltskorrespondenz unterliegen kann, musste daher auf Ebene des Unionsrechts geschlossen werden.

¹⁴² Metzger, S. 450.

¹⁴³ Metzger, S. 450.

¹⁴⁴ Vgl. etwa Martens, S. 156 f., 493 ff.; Metzger, S. 453 m. w. N.; Riesenhuber, S. 119 f.

¹⁴⁵ Metzger, S. 453.

¹⁴⁶ Martens, S. 156.

¹⁴⁷ EuGH, Urteil vom 18.5.1982 – C-155/79 – AM&S, ECLI:EU:C:1982:157.

¹⁴⁸ EuGH, Urteil vom 18.5.1982 – C-155/79 – AM&S, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 29.

¹⁴⁹ EuGH, Urteil vom 18.5.1982 – C-155/79 – AM&S, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 30.

¹⁵⁰ EuGH, Urteil vom 18.5.1982 – C-155/79 – AM&S, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 30.

Anders stellen sich Konstellationen dar, in denen das Gemeinschaftsrecht ganz bewusst auf eine Regelung der Frage verzichtet und diese in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten gegeben hat. In derartigen Fällen muss die Schließung der Lücke durch rechtsvergleichende Rechtsfortbildung unterbleiben.¹⁵¹ Für das Vorliegen einer solch planmäßigen Lücke bedarf es allerdings hinreichend klarer Belege. Fehlen diese, steht einer Ergänzung des Gemeinschaftsrechts durch Rückgriff auf rechtsvergleichend ermittelte allgemeine Rechtsgrundsätze nichts entgegen.¹⁵²

cc) Anerkennung in anderen Mitgliedstaaten

Die rechtsvergleichende Ermittlung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes setzt zunächst denklogisch voraus, dass der Rechtsgrundsatz in einem oder mehreren Mitgliedstaaten nach nationalem Recht anerkannt ist. Während der EuGH in Sachen Algéra,¹⁵³ einer Entscheidung aus den Fünfzigerjahren, noch davon auszugehen schien, dass der Rechtsgrundsatz in allen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen anerkannt sein muss, weichte der Gerichtshof dieses Erfordernis schon bald auf. Anerkannt ist heute, dass die Existenz des Grundsatzes jedenfalls in mehreren Mitgliedstaaten für die Etablierung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes genügen muss.¹⁵⁴

Dabei muss die Ausgestaltung der Regelung in den verschiedenen Mitgliedstaaten nicht zwingend deckungsgleich sein, wie der EuGH in Sachen AM&S ausführte: So werde in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten „der Schutz des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant zwar im Grundsatz anerkannt, es g[ebe] jedoch Unterschiede hinsichtlich seines Geltungsbereichs und der Kriterien für seine Anwendung (...).“¹⁵⁵ Es werde in „manchen Mitgliedstaaten der Schutz der Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant in erster Linie auf die dem Anwaltsberuf zuerkannte Bedeutung eines Mitgestalters der Rechtspflege gestützt“, in anderen Mitgliedstaaten gehe es vielmehr um das Erfordernis, dass „die Rechte der Verteidigung gewahrt werden müssen.“¹⁵⁶ Abgesehen von diesen Unterschieden gebe es

„in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten jedoch insoweit gemeinsame Kriterien, als die Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant unter vergleichbaren Voraussetzungen geschützt ist, wenn der Schriftwechsel zum einen im Rahmen und im Interesse des Rechts des Mandanten auf Verteidigung geführt wird und zum

¹⁵¹ Metzger, S. 455.

¹⁵² Metzger, S. 455.

¹⁵³ EuGH, Urteil vom 12. 7. 1957 – verbundene Rechtssachen C-7/56 und C-3/57 bis C-7/577/56 – Algéra, ECLI:EU:C:1957:7, S. 118 f.

¹⁵⁴ Metzger, S. 432. Zum Teil wird diskutiert, dass sogar die Existenz in nur einem einzigen Mitgliedstaat die Begründung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes rechtfertigen kann, siehe dazu oben S. 74.

¹⁵⁵ EuGH, Urteil vom 18. 5. 1982 – C-155/79 – AM&S, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 19.

¹⁵⁶ EuGH, Urteil vom 18. 5. 1982 – C-155/79 – AM&S, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 20.

anderen von unabhängigen Rechtsanwälten, das heißt von Anwälten ausgeht, die nicht durch einen Dienstvertrag an den Mandanten gebunden sind.“¹⁵⁷

Ergebnis der Rechtsvergleichung kann also durchaus sein, dass die Ausgestaltung des Rechtsgrundsatzes von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variiert. Um die Etablierung als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts gewissermaßen zu vervollständigen, bedarf es daher noch eines weiteren Schrittes, nämlich der Einfügung in den Zusammenhang des Unionsrechts.¹⁵⁸ Der EuGH muss daher im Wege der wertenden Rechtsvergleichung die Lösung auswählen, die sich am besten in das Gemeinschaftsrecht einfügt.¹⁵⁹ Dabei orientiert sich der Gerichtshof allerdings ganz ausschlaggebend an den Gemeinsamkeiten der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen – nicht zuletzt, um die Akzeptanz des Grundsatzes in den einzelnen Mitgliedstaaten zu stärken.¹⁶⁰

2. Übertragung auf die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion?

Fraglich ist nun, ob ein allgemeiner Rechtsgrundsatz auf Grundlage des Rechts der Mitgliedstaaten anerkannt werden könnte, nach dem eine Rückführung kartellrechtlich überschießender Vereinbarungen unter bestimmten Voraussetzungen zu erfolgen hat. Nach dem zuvor Gesagten müsste es sich dafür bei der geltungserhaltenden Reduktion um ein generalisierungsfähiges Strukturprinzip handeln (a)), das einen lückenhaften Bereich des Unionsrechts betrifft (b)) und in anderen Mitgliedstaaten anerkannt ist (c)).

a) Geltungserhaltende Reduktion als Strukturprinzip

Die geltungserhaltende Reduktion ist eine Methodik, durch die eine rechtlich überschießende Abrede auf den in ihr enthaltenen zulässigen Kern zurückgeführt wird, mit dem Ziel, die Vereinbarung vor der Nichtigkeit zu bewahren.¹⁶¹ Dabei kann die geltungserhaltende Reduktion durchaus losgelöst vom kartellrechtlichen Kontext betrachtet werden. Vielmehr kann sie in vielen verschiedenen Rechtsbereichen zum Tragen kommen, wie etwa im Bereich des Sittenwidrigkeitstatbestands oder der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.¹⁶²

Aus allgemein zivilrechtlicher Perspektive geht es bei der geltungserhaltenden Reduktion (und der an ihr geübten Kritik) um die grundlegende Vereinbarkeitsrichterlicher Einflussnahme auf Vertragsinhalte mit dem Prinzip der Privatautonomie.

¹⁵⁷ EuGH, Urteil vom 18.5.1982 – C-155/79 – AM&S, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 21.

¹⁵⁸ Metzger, S. 433 ff.

¹⁵⁹ Siehe dazu bereits oben S. 74 f.

¹⁶⁰ Zum Bereich der Gemeinschaftsgrundrechte: Bleckmann, S. 250.

¹⁶¹ Siehe zur Einführung der Methodik unter B.I. (S. 22 ff.).

¹⁶² Siehe dazu im Detail unter F.II. (S. 184 ff.).

mie.¹⁶³ Dabei wird einerseits gerade dem Willen der Vertragsparteien in weitest möglichem bzw. angemessenem Umfang¹⁶⁴ durch Begrenzung der Nichtigkeitsfolge Ausdruck verliehen. Andererseits stellt sich die Frage, inwiefern der Richter zum Auffinden einer privatrechtlichen Ersatzregelung befugt ist. Dieser Konflikt betrifft grundlegende strukturelle Fragen privatrechtlicher Vertragsgestaltung, die in Abhängigkeit von dem konkret betroffenen Rechtsgebiet sowie der innerhalb einer Rechtsordnung getroffenen Wertentscheidung auf ganz unterschiedliche Art beantwortet werden können. Jedenfalls ist dieser mit dem Instrument der geltungserhaltenden Reduktion verbundene Strukturkonflikt durchaus abstraktions- und generalisierungsfähig.

Fraglich erscheint allerdings der Bedeutungsgrad der geltungserhaltenden Reduktion für das Gefüge der Rechtsordnungen. Offensichtlich handelt es sich bei einem hypothetischen *Recht auf geltungserhaltende Reduktion* nicht um ein Grund- oder grundrechtsähnliches Recht. Verglichen mit Rechtsgarantien von primärrechtlichem Rang, wie etwa dem Prinzip von Treu und Glauben, handelt es sich hier letztlich um eine rein methodische Frage, welche die Reichweite der Nichtigkeit privatrechtlicher Abreden betrifft.

Andererseits muss es sich bei dem anzuerkennenden Grundsatz auch nicht zwangsläufig um einen solchen von Verfassungsrang handeln.¹⁶⁵ Bei der Anerkennung des Prinzips der Aufrechnung als allgemeinem Rechtsgrundsatz ging es ähnlich wie im vorliegenden Fall um die Etablierung eines methodischen Strukturprinzips. Allein der geringere Grad an Bedeutung, den die geltungserhaltende Reduktion für das Gefüge einer Rechtsordnung möglicherweise haben mag, ist daher kein Ausschlusskriterium für die Anerkennung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes.

b) *Unionsrechtliche Frage ohne Regelung*

Wie zuvor dargestellt,¹⁶⁶ nimmt die geltungserhaltende Reduktion eine Art Zwitterstellung zwischen nationalem und Gemeinschaftsrecht ein. Da sie nicht die Folgen der kartellrechtlichen Nichtigkeit betrifft, sondern deren Eintritt verhindert, können sich Grundlagen, Reichweite und Inhalt der Methodik nicht ausschließlich nach nationalem Recht richten. Denn Art. 101 Abs. 2 AEUV wird durch die geltungserhaltende Reduktion unmittelbar in seinem Kern berührt. Wie ebenfalls bereits diskutiert,¹⁶⁷ existieren sogar Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Methodik

¹⁶³ Für den Bereich Allgemeiner Geschäftsbedingungen: *Uffmann*, S. 267 f. (weder werde der Privatautonomie durch richterliche Änderung des Vertragsinhalts der Kampf angesagt, noch überschreite der Richter seine Kompetenzen; die richterliche Rechtsergänzung sei vielmehr systemimmanent). Allgemein zur Rolle der Privatautonomie im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung (teil-)nichtiger Rechtsgeschäfte: *Hager*, Auslegung, S. 143 f.

¹⁶⁴ Zu der damit zusammenhängenden Debatte siehe unter B.I.2. (S. 45 ff.).

¹⁶⁵ Siehe dazu oben S. 76 f.

¹⁶⁶ Siehe dazu oben S. 50 ff.

¹⁶⁷ Siehe dazu oben S. 54 ff.

dem europarechtlichen Kartellverbot immanent ist. Jedenfalls könnte eine Auslegung nach dem *effet utile* nationale Wettbewerbschützer dazu anhalten, eine geltungserhaltende Reduktion kartellverbotswidriger Klauseln im Einzelfall zu erwägen.

Die geltungserhaltende Reduktion fällt daher durchaus in den Regelungsbereich des Gemeinschaftsrechts. Vergleichbar mit der Bedeutung anwaltsvertraulicher Korrespondenz für die Ermittlungsbefugnisse der Europäischen Kommission in der Entscheidung AM&S,¹⁶⁸ hat die geltungserhaltende Reduktion wesentliche Auswirkungen auf die Reichweite der Nichtigkeit gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV.

Die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion beeinflusst darüber hinaus den Umfang der sich daran anknüpfenden Maßnahmen. So erfassten die bereits diskutierten Freigaben von Fusionskontrollvorhaben durch die Europäische Kommission die Transaktionen nur *soweit* die damit unmittelbar zusammenhängenden Wettbewerbsverbote für die Durchführung der Vorhaben erforderlich waren.¹⁶⁹ Auch kann die geltungserhaltende Reduktion sich auf den Umfang behördlicher Sanktionen auswirken.¹⁷⁰

Darüber hinaus sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Union planmäßig auf eine Regelung dieser Frage verzichtet haben könnte. Die bereits diskutierten Entscheidungen der Europäischen Kommission und des EuGH¹⁷¹ legen vielmehr die Vermutung nahe, dass ganz im Gegenteil auf Gemeinschaftsebene von der Existenz der Methodik ausgegangen wird, ohne dass eine entsprechende Regelung tatsächlich vorhanden ist. Insofern kann durchaus angenommen werden, dass es sich bei der geltungserhaltenden Reduktion um eine nicht geregelte unionsrechtliche Frage handelt. Eine Schließung dieser Lücke unter Rückgriff auf einen rechtsvergleichend ermittelten Rechtsgrundsatz kommt daher in Betracht.

c) Überblick: Rechtslage in ausgewählten EU-Mitgliedstaaten

Im Folgenden soll ermittelt werden, ob das Instrument der geltungserhaltenden Reduktion so oder ähnlich, wie im Rahmen dieser Arbeit auf Grundlage des deutschen Rechts analysiert, auch in anderen Rechtsordnungen existiert. Zu diesem Zweck erfolgt eine Betrachtung der Rechtslage in einigen ausgewählten EU-Mitgliedstaaten, nämlich Frankreich (aa)), Spanien (bb) und Österreich (cc)).

Dabei soll keine umfassende Rechtsvergleichung hinsichtlich des Instruments der geltungserhaltenden Reduktion erfolgen. Der eigentlich erforderlichen Tiefe einer solchen Betrachtung kann der Umfang dieser Arbeit nicht gerecht werden. Vielmehr geht es darum, in Erfahrung zu bringen, ob in den genannten Ländern das Instrument

¹⁶⁸ EuGH, Urteil vom 18.5.1982 – C-155/79 – AM&S, ECLI:EU:C:1982:157.

¹⁶⁹ Siehe dazu S. 59 ff.

¹⁷⁰ Siehe dazu unter G.I. (S. 217 ff.).

¹⁷¹ Siehe dazu S. 59 ff.

der geltungserhaltenden Reduktion – mag es auch abweichend bezeichnet werden – überhaupt existiert und, wenn ja, in welchem Kontext seine Anwendung diskutiert wird. Dazu wird insbesondere ein Blick auf die einschlägige Rechtsprechung der mitgliedstaatlichen Gerichte geworfen.

aa) Geltungserhaltende Reduktion in Frankreich

Dem französischen Recht ist das Instrument der geltungserhaltenden Reduktion jedenfalls im Bereich des allgemeinen Zivil-, Handels- und Arbeitsrechts nicht fremd. Hier ist zum Teil explizit die Rede von einer „réduction“¹⁷², oder Richtern, die Klauseln umstrukturieren bzw. neugestalten („remodèlent“¹⁷³). Teilweise wird auch von einer gezielten Anpassung von Klauseln gesprochen, um sie mit einer Rechtsvorschrift in Einklang zu bringen („adapte[nt] la clause pour la rendre compatible“¹⁷⁴). Auch findet sich eine Formulierung in der öffentlichen Diskussion, nach der eine Abrede auf einen angemesseneren Umfang zurückgeführt wird („ramene[r] à de plus justes proportions“¹⁷⁵).

Ausgangspunkt der Diskussion sind auch im französischen Recht im Wesentlichen überschießende Wettbewerbsverbote. Während die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion auf zu weitreichende arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbote anerkannt ist ((1)), sind sich Literatur und Rechtsprechung im Hinblick auf handelsrechtliche Vereinbarungen uneins ((2)). Kartellrechtlich überschießende Wettbewerbsverbote können zwar von der französischen Wettbewerbsbehörde beanstandet werden; für eine geltungserhaltende Reduktion der Vereinbarungen fehlt ihr aber die Kompetenz ((3)). Eine knappe Zusammenfassung der Ergebnisse findet sich am Schluss des Kapitels ((4)).

(1) Anerkannt für arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbote

Höchstgerichtlich anerkannt ist die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion jedenfalls auf überschießende Wettbewerbsverbote in Arbeitsverträgen. So hatte die Kammer für soziale Angelegenheiten des französischen Kassationsgerichts in einer Entscheidung aus dem Jahre 2011 über ein geografisch und sachlich überschießendes Wettbewerbsverbot zu befinden, das die Vorinstanz für nichtig erklärt hatte.¹⁷⁶ Gegenstand der Prüfung war ein Handelsvertretervertrag für den Vertrieb von Zuckerrübenprodukten, der im französischen Recht einer Branchenvereinbarung unterliegt: Gemäß Art. 17 dieser Branchenvereinbarung ist ein Wettbewerbsverbot nur für die Dauer von 2 Jahren nach Vertragsbeendigung und sachlich sowie geo-

¹⁷² Verger/Pierrard, *La Revue* vom 7.2.2017.

¹⁷³ Verger/Pierrard, *La Revue* vom 7.2.2017.

¹⁷⁴ Hier allerdings zum schweizerischen Recht: *Gobet*, ST 8/2013, 539, 541.

¹⁷⁵ *Ben Soussen*, 19.11.2014.

¹⁷⁶ Cour de Cassation, chambre sociale, Urteil vom 12.10.2011, Nr. 09–43.155, Bulletin 2011, V, Nr. 233.

grafisch begrenzt auf die Sektoren wirksam, in denen der Handelsvertreter zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung für seinen Auftraggeber tätig war.¹⁷⁷

Da das streitgegenständliche Wettbewerbsverbot dem Handelsvertreter jegliche Tätigkeit im Bereich von Zuckerrübenprodukten untersagte, erachtete das Kassationsgericht die Klausel für sachlich und geografisch überschließend. Folglich sei es nur in dem Umfang wirksam, in dem es nach den Vorgaben der Branchenvereinbarung zulässigerweise hatte vereinbart werden können.¹⁷⁸ Auf Grundlage des so reduzierten Umfangs („au regard de ce champ d'application réduit“¹⁷⁹) müsse das überprüfende Gericht entscheiden, ob das Wettbewerbsverbot der Berufsfreiheit des Handelsvertreters hinreichend Rechnung trägt.

In einem früheren Fall aus dem Jahre 2002 setzte das Kassationsgericht an die Stelle eines unwirksamen Wettbewerbsverbots sogar eine gänzlich neue Regelung: Hier hatte das Gericht über ein Wettbewerbsverbot zu befinden, das ein Versicherungsunternehmen mit Schwerpunkt im Bereich Lebensversicherungsprodukte in den Anstellungsvertrag seines Versicherungsmaklers aufgenommen hatte.¹⁸⁰ Das Wettbewerbsverbot untersagte dem Arbeitnehmer für einen Zeitraum von 2 Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jegliche Anstellung bei anderen Versicherungsunternehmen in der Region, jegliche Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen der Branche sowie jede selbständige Tätigkeit im Versicherungsbereich, unabhängig von den betroffenen Versicherungsprodukten.

Das Gericht führte anlässlich dieser weitgehenden Klausel aus, ein arbeitsvertragliches Wettbewerbsverbot, das dem Arbeitnehmer jegliche Tätigkeit in seinem Berufsfeld untersagt, könne in zeitlicher, räumlicher oder *anderer Hinsicht* auf einen angemessenen Umfang begrenzt werden.¹⁸¹ Da das streitgegenständliche Wettbewerbsverbot den Arbeitnehmer in seiner Berufsfreiheit unangemessen beschränke, könne das Gericht den Anwendungsbereich des Wettbewerbsverbots dahingehend

¹⁷⁷ Art. 17 Accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975.

¹⁷⁸ Cour de Cassation, chambre sociale, Urteil vom 12.10.2011, Nr. 09-43.155, Bulletin 2011, V, Nr. 233: „(...) lorsque la clause de non-concurrence prévoit un champ d'application plus étendu que celui défini par la convention collective, elle n'est valable que dans la limite définie par ladite convention collective et c'est dès lors, au regard de ce champ d'application réduit que le juge doit apprécier si la clause laisse au salarié la possibilité d'exercer une activité professionnelle conforme à sa formation, à ses connaissances et à son expérience professionnelle.“

¹⁷⁹ Cour de Cassation, chambre sociale, Urteil vom 12.10.2011, Nr. 09-43.155, Bulletin 2011, V, Nr. 233.

¹⁸⁰ Cour de Cassation, chambre sociale, Urteil vom 18.9.2002, Nr. 00-42.904, Bulletin 2002, V, Nr. 272.

¹⁸¹ Cour de Cassation, chambre sociale, Urteil vom 18.9.2002, Nr. 00-42.904, Bulletin 2002, V, Nr. 272: „(...) que le juge, en présence d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail, (...) peut (...) en restreindre l'application en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités.“

eingrenzen („réduire le champ d’application“¹⁸²), dass es nur die Abwerbung von Kunden des ehemaligen Arbeitgebers umfasst.¹⁸³

Diese Begrenzung in *anderer Hinsicht* hat im vorliegenden Fall zu einer gänzlich neuen Regelung geführt, die an die Stelle des überschießenden Wettbewerbsverbots getreten ist. Bei Teilen der Literatur und Rechtsprechung des deutschen Rechts würde diese Lösung wohl auf massive Kritik stoßen. Denn gerade hier soll nach zum Teil vertretener Auffassung die Grenze zwischen geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung verlaufen.¹⁸⁴ Dass diese Abgrenzung bei ergebnisorientierter Betrachtung der Instrumente jedoch nicht überzeugt, wurde bereits diskutiert.¹⁸⁵ Vielmehr hätte die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens im vorliegenden Fall auch nach deutschem Recht zu eben jenem Ergebnis führen können.

Auch wäre denkbar gewesen, das Wettbewerbsverbot im Einklang mit dem hypothetischen Parteiwillen sachlich auf solche Versicherungsprodukte zu beschränken, die der Versicherungsmakler bei seinem alten Arbeitgeber vermittelt hat. Welche Regelung letztlich an die Stelle des überschießenden Wettbewerbsverbots tritt, ist auch nach deutschem Recht Frage des Einzelfalls.

(2) Streitig im handelsrechtlichen Kontext

Umstritten ist die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion von Wettbewerbsverbots im französischen Recht jedoch allem voran in handelsrechtlichen Fällen. In diesem Zusammenhang hatte die Kammer für Handelssachen des Kassationsgerichts im März 2016 letztinstanzlich einen Fall zu entscheiden, in dem ein Franchisegeber seinem Franchisenehmer ein geografisch überschießendes nachvertragliches Wettbewerbsverbot auferlegt hatte.¹⁸⁶ Dieses untersagte dem Franchisenehmer nach Beendigung des Vertrags jegliche wettbewerbliche Tätigkeit für 1 Jahr in insgesamt 6 Pariser Départements, was die Berufsfreiheit des Franchisenehmers nach Ansicht der Berufungsinstanz unverhältnismäßig beschränkte.¹⁸⁷ Die Klausel erklärte es daher für insgesamt nichtig.¹⁸⁸ Der Rechtsmittelführer trug hingegen vor, dass ein Gericht bei der Bewertung eines Wettbewerbsverbots dessen

¹⁸² Cour de Cassation, chambre sociale, Urteil vom 18.9.2002, Nr. 00–42.904, Bulletin 2002, V, Nr. 272.

¹⁸³ Cour de Cassation, chambre sociale, Urteil vom 18.9.2002, Nr. 00–42.904, Bulletin 2002, V, Nr. 272: „(...) que la cour d’appel (...) a pu décider qu’il y avait lieu d’en réduire le champ d’application à l’interdiction faite au salarié de démarcher les clients de la société GAN-vie.“

¹⁸⁴ Siehe zu den damit zusammenhängenden Fragen im deutschen Recht unter B.I.1.a) (S. 24 ff.).

¹⁸⁵ Siehe unter B.I.1.d)dd) (S. 33 ff.).

¹⁸⁶ Cour de cassation, chambre commerciale, Urteil vom 30.3.2016, Nr. 14–23261.

¹⁸⁷ Cour d’appel de Versailles, Urteil vom 24.6.2014, Nr. 13/00243, S. 14.

¹⁸⁸ Cour d’appel de Versailles, Urteil vom 24.6.2014, Nr. 13/00243, S. 14.

etwaige Teilbarkeit berücksichtigen müsse: Hätte es teilweise wirksam vereinbart werden können und stehe fest, dass der Verpflichtete in diesem Umfang gegen das Verbot verstößen habe, müsse die Klausel in eben diesem Umfang angewendet werden.¹⁸⁹ Das Kassationsgericht erteilte einer solchen geltungserhaltenden Reduktion jedoch eine Absage: Ein unverhältnismäßiges Wettbewerbsverbot sei in seiner Gesamtheit nichtig und könne daher keine Geltung beanspruchen.¹⁹⁰

Anders urteilte die Berufungsinstanz in einem ähnlich gelagerten Fall aus dem Jahre 2009: Gegenstand der Auseinandersetzung war wiederum ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu Lasten eines Franchisenehmers der Supermarktkette Casino.¹⁹¹ Das Gericht sah das Wettbewerbsverbot, das geografisch auf einen Umkreis von 30 km begrenzt war, jedenfalls im Hinblick auf das unmittelbare Einzugsgebiet als gerechtfertigt an.¹⁹² Es erklärte die Klausel daher für wirksam. Letztinstanzlich wurde das Wettbewerbsverbot hingegen wegen Unverhältnismäßigkeit insgesamt aufgehoben.¹⁹³

Die Rechtsprechung in Frankreich scheint also jedenfalls in handelsrechtlichen Sachverhalten gespalten hinsichtlich der Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion überschießender Wettbewerbsverbote und ihrer Nichtigkeit.¹⁹⁴

(3) Beschränkte behördliche Befugnisse im Fusionskontrollrecht

Insbesondere im Zusammenhang mit Unternehmenstransaktionen werden Wettbewerbsverbote auch von der französischen Wettbewerbsbehörde Autorité de la concurrence (ADLC) geprüft. Inhaltlich orientiert sich die Prüfung auch hier an der Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden.¹⁹⁵ Demnach muss das Wettbewerbsverbot in zeitlicher, räumlicher und sachlicher Hinsicht für die Transaktion erforderlich sein.¹⁹⁶ Kommt die ADLC zu dem Ergebnis, dass die

¹⁸⁹ Cour de cassation, chambre commerciale, Urteil vom 30.3.2016, Nr. 14–23261: „(...) si les juges doivent tenir pour illicite une clause de non concurrence en ce que, du fait d'une insuffisance de limitation dans le temps, dans l'espace, et quant à l'activité concernée, elle porte une atteinte disproportionnée à la liberté du commerce, ils doivent faire application d'une telle clause lorsque, dans la mesure de sa licéité, il est certain que son débiteur l'a violée (...). (...) que ces stipulations étaient divisibles; (...) la Cour d'appel ne pouvait prononcer la nullité de l'article 12 de la convention dans sa totalité (...).“

¹⁹⁰ Cour de cassation, chambre commerciale, Urteil vom 30.3.2016, Nr. 14–23261: „(...) que la nullité d'une stipulation prononcée par le juge s'opère à la stricte mesure de celle-ci (...).“

¹⁹¹ Cour d'appel de Lyon, Urteil vom 7.2.2008, Nr. 06/01563.

¹⁹² Cour d'appel de Lyon, Urteil vom 7.2.2008, Nr. 06/01563: „La société CASINO a donc un intérêt légitime à se donner le temps après la cessation du contrat de franchise (...) de réimplanter son enseigne (...) dans la zone de chalandise. (...).“

¹⁹³ Cour de cassation, chambre commerciale, Urteil vom 9.6.2009, Nr. 08–14301.

¹⁹⁴ Anlässlich der Entscheidung des Kassationsgerichts vom 30.3.2016: *Verger/Pierrard, La Revue* vom 7.2.2017.

¹⁹⁵ Ausführlich z.B.: ADLC, Entscheidung vom 17.10.2013, Nr. 13-DCC-145, Rn. 31 ff.

¹⁹⁶ Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden, Rn. 19.

Parteien diesen Rahmen überschritten haben, sind ihre Befugnisse zur Wiederherstellung eines kartellrechtskonformen Zustands allerdings begrenzt.

Verfahrensrechte der ADLC sind insbesondere in Art. L464 des Code de commerce geregelt. Gemäß Art. L464–2 kann die Behörde die Parteien zum Abstellen des Kartellrechtsverstoßes verpflichten.¹⁹⁷ Darüber hinaus sollen die Parteien der Behörde Vorschläge unterbreiten, wie ein kartellrechtskonformer Zustand wiederhergestellt werden könnte.¹⁹⁸ Ein überschießendes Wettbewerbsverbot müssen die Parteien daher verfahrensrechtlich selbst korrigieren. Eine geltungserhaltende Reduktion durch die ADLC kommt nicht in Betracht.

Vielmehr kann sie den Parteien beispielsweise im Vorfeld der Fusionskontrollanmeldung signalisieren, dass sie das Wettbewerbsverbot für überschießend hält und ihnen den Rahmen vorgeben, in dem sie die Klausel für zulässig erachtet. So geschehen etwa in einer Entscheidung aus dem Jahre 2013, in dem die ADLC über eine Transaktion im Bereich des Vertriebs von Agrikulturprodukten zu entscheiden hatte.¹⁹⁹ Die Parteien der Transaktion hatten ein zeitlich überschießendes Abwerbeverbot und ein geografisch überschießendes Wettbewerbsverbot vereinbart. In Anbetracht der wettbewerbsrechtlichen Analyse der ADLC hatten sie sich allerdings bereits im Vorfeld dazu verpflichtet, das Abwerbeverbot auf eine angemessene Dauer zu reduzieren und das Wettbewerbsverbot auf die Regionen zu beschränken, in denen der Verkäufer des Zielunternehmens tatsächlich tätig war.²⁰⁰ „Ainsi modifiées“²⁰¹, also auf diese Art durch die Parteien umformuliert, hatte die ADLC keine Bedenken mehr hinsichtlich der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Klauseln und gab das Vorhaben insgesamt frei.

Die Behörde kann darüber hinaus in ihrer Freigabeentscheidung feststellen, dass das Wettbewerbsverbot in seiner aktuellen Fassung überschießend ist.²⁰² Zurückführen auf den für zulässig erachteten Umfang kann sie die Klausel jedoch nicht. Sie beschränkt sich auf den Hinweis, dass das Wettbewerbsverbot nur in einem bestimmten Umfang mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig ist.²⁰³ Den Parteien bleibt es sodann vorbehalten, diesen Verstoß zu beseitigen und die überschießende Klausel zu modifizieren. Beachten sie den Hinweis der ADLC nicht, kann die Behörde wiederum gestützt auf

¹⁹⁷ Art. L464–2 Code de commerce: „L’Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières.“

¹⁹⁸ Art. L464–2 Code de commerce: „Elle peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées (...).“

¹⁹⁹ ADLC, Entscheidung vom 17.10.2013, Nr. 13-DCC-145.

²⁰⁰ ADLC, Entscheidung vom 17.10.2013, Nr. 13-DCC-145, Rn. 36 ff.

²⁰¹ ADLC, Entscheidung vom 17.10.2013, Nr. 13-DCC-145, Rn. 39.

²⁰² So z.B. in den folgenden Entscheidungen: ADLC, Entscheidung vom 14.12.2009, Nr. 09-DCC-74 und Entscheidung vom 1.3.2013, Nr. 13-DCC-24.

²⁰³ ADLC, Entscheidung vom 1.3.2013, Nr. 13-DCC-24, Rn. 24 f.

ihre Befugnisse aus Art. L464 des Code de commerce eine Anordnung erlassen, nach der die Parteien das Wettbewerbsverbot zu beschränken haben.²⁰⁴

Davon unberührt bleiben die richterlichen Befugnisse zur geltungserhaltenden Reduktion.²⁰⁵ Eine gerichtliche Entscheidung zur Rückführung eines transaktionsbezogenen Wettbewerbsverbots, das von der ADLC als kartellrechtlich unzulässig eingestuft wurde, existiert jedoch – soweit ersichtlich – nicht. Allenfalls äußern sich die Gerichte im Rahmen größerer Bußgeldverfahren zu kartellrechtlich überschließenden Wettbewerbsverboten.²⁰⁶

(4) Zwischenergebnis

Die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion ist dem französischen Recht offensichtlich nicht fremd. Ganz im Gegenteil ist sie zumindest im Bereich arbeitsvertraglicher Wettbewerbsverbote sogar ausdrücklich anerkannt. Eine Übertragung auf andere Rechtsbereiche ist umstritten. Im kartellrechtlichen Kontext setzt darüber hinaus das geltende Verfahrensrecht der Anwendung der Methodik praktische Grenzen.

bb) Geltungserhaltende Reduktion in Spanien

Die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion ist im spanischen Recht jedenfalls in Bezug auf unzulässige Klauseln in Verbraucherverträgen bekannt und sogar gesetzlich normiert ((1)). Dies geht bereits aus der Entscheidung des EuGH in Sachen Banco Espanol de Crédito²⁰⁷ hervor, auf die im Zusammenhang mit Fragestellungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen noch näher eingegangen wird.²⁰⁸ Darüber hinaus ist auch im spanischen allgemeinen Zivilrecht streitig, wie weit die richterliche Gestaltungsbefugnis bei überschließenden Abreden reicht ((2)). Im kartellrechtlichen Kontext scheint die Methodik hingegen regelmäßig zur Anwendung zu kommen, jedenfalls bezüglich überschließender Wettbewerbsverbote ((3)). Eine knappe Zusammenfassung der Ergebnisse findet sich am Schluss des Kapitels ((4)).

(1) Anerkannt für Klauseln in Verbraucherverträgen

Das spanische Recht sieht ein eigenes Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Die Ley 7/1998 sobre condiciones generales

²⁰⁴ Art. 464–1 Code de commerce: „Elles peuvent comporter (...) une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence.“

²⁰⁵ Siehe dazu oben S. 83 ff.

²⁰⁶ So z. B. Cour d'appel de Paris, Urteil vom 20.1.2011, Nr. 2010/08165.

²⁰⁷ EuGH, Urteil vom 14.6.2012 – C-618/10 – Banco Espanol de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349.

²⁰⁸ Siehe dazu unter F.II.2. (S. 196 ff.).

de la contratación²⁰⁹ diente der Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG. Durch das Real Decreto Legislativo 1/2007 wurde schließlich das Allgemeine Gesetz zum Schutz der Verbraucher und Benutzer in seiner heute geltenden Fassung verabschiedet.

Art. 83 dieses Gesetzes ordnet in Abs. 1 die Nichtigkeit einer missbräuchlichen Klausel an.²¹⁰ Abs. 2 sieht sodann in seiner deutschen Übersetzung vor:

„Der nichtige Vertragsteil wird nach Maßgabe des Art. 1258 [des spanischen Zivilgesetzbuchs] und dem Grundsatz von Treu und Glauben angepasst. Der Richter, der die Nichtigkeit der Klauseln feststellt, passt den Vertrag an und kann bei Fortbestehen des Vertrags die Rechte und Pflichten der Parteien sowie die Folgen ihrer Unwirksamkeit mildern, wenn dem Verbraucher und Benutzer ein merklicher Schaden entsteht. Nur wenn die fortgeltenden Klauseln zu einer unausgewogenen Stellung der Parteien führen, der nicht abgeholfen werden kann, kann der Richter den Vertrag für unwirksam erklären.“²¹¹

Zentral ist hier Satz 2, der in der spanischen Fassung Aufschluss über die Grundlage der geltungserhaltenden Reduktion im spanischen Recht gibt: Der Richter, der die Nichtigkeit der Klausel feststellt, „dispondrá de facultades moderadoras“, verfügt also über eine Art Mäßigungsbefugnis, auf deren Grundlage er die Rechte und Pflichten der Parteien anpassen („integará“) darf. Inhaltlich läuft diese Anpassung auf Grundlage der „facultades moderadoras“ in der deutschen Übersetzung daher auf eine *Milderung* der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien hinaus.

Damit handelt es sich vorliegend um einen ausdrücklich kodifizierten Fall der geltungserhaltenden Reduktion, in dem der Richter Rechte und Pflichten der Parteien sowie die Folgen ihrer Unwirksamkeit mildern kann und muss, wenn der Verbraucher durch die Verwendung der Klausel geschädigt wird. Totalnichtigkeit des Gesamtvertrags kommt nur in Betracht, wenn auch nach Anwendung der geltungserhaltenden Reduktion ein Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien bestehen bleibt, das durch *Mildern* der einzelnen Abreden nicht behoben werden kann.

Für den Fall der Verwendung missbräuchlicher Vertragsklauseln gegenüber Verbrauchern ist das spanische Recht also eindeutig: Eine richterliche Rückführung auf den zulässigen Kern ist möglich. Dass diese Bestimmung vom EuGH für mit der

²⁰⁹ Gesetz 7/1998 vom 13. April 1998 über Allgemeine Geschäftsbedingungen.

²¹⁰ Auf Spanisch: „Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.“

²¹¹ Auf Spanisch: „La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.“

Richtlinie 93/13/EWG unvereinbar erklärt wurde,²¹² lässt die Eignung der Bestimmung zur rechtsvergleichenden Heranziehung unberührt. Denn entscheidend im vorliegenden Kontext ist allein die Tatsache, dass das spanische Zivilrecht eine offensichtlich ähnliche Methodik der richterlichen Rückführung bzw. *Milderung* überschießender Klauseln ausdrücklich vorsieht, die der geltungserhaltenden Reduktion methodisch sehr ähnlich ist.

(2) Streitig im allgemeinen Zivilrecht

Der Begriff der richterlichen *facultad moderadora* scheint im spanischen Zivilrecht jedoch über diese Mäßigungsbefugnis hinauszugehen. Der Ausdruck *moderador* kann nämlich in deutscher Sprache auch frei übersetzt werden mit *Moderator*, bzw. *Gestalter*. So geht mit dem Instrument auch im spanischen Recht die grundsätzliche Frage einher, wo richterliche Gestaltungsbefugnisse im Rahmen privatrechtlicher Vereinbarungen an ihre Grenzen kommen.

Aufhänger der Diskussion ist hier allem voran Art. 1154 des *Código Civil*, der es dem Richter überlässt, im Falle einer Vertragsverletzung eine für beide Parteien gerechte Vertragsstrafe festzusetzen.²¹³ Der Wortlaut der Norm macht deutlich, dass eine solche richterliche Festsetzung nur in Betracht kommt, wenn der Schuldner seiner vertraglichen Hauptleistungspflicht jedenfalls teilweise nachgekommen ist, die Vertragsstrafe hingegen für den Fall der Nichtleistung vereinbart wurde.²¹⁴ Über die gesetzliche Regelung hinaus existieren Gerichtsentscheidungen, die die *facultad moderadora* auf andere Konstellationen ausweiten. So z. B. auf Fälle, in denen die Vertragsklausel im ausschließlichen Interesse einer Vertragspartei formuliert wurde und daher als missbräuchlich eingestuft wird.²¹⁵

Die Reichweite der richterlichen Befugnisse ist in diesem Zusammenhang immer wieder Gegenstand öffentlicher Debatten.²¹⁶ So wird etwa darauf hingewiesen, dass richterliche Verhältnismäßigkeitserwägungen im spanischen Zivilrecht, anders als etwa im deutschen Recht (vgl. § 343 BGB) und vielen anderen Rechtsordnungen, grundsätzlich nicht vorgesehen sind, was für eine restriktive Handhabung der *facultad moderadora* spreche.²¹⁷ Gleichzeitig wird betont, dass die richterliche Gestaltungsmacht gerade in Vertragsverhältnissen, die von asymmetrischer Informationsverteilung gekennzeichnet sind, eine wichtige Kontrollfunktion erfüllt; dies auch aus verhaltensökonomischer Perspektive.²¹⁸

²¹² Dazu näher unter F.II.2.a) (S. 198 ff.).

²¹³ Art. 1154 *Código Civil*: „El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.“

²¹⁴ Siehe dazu auch: *Bertolá Navarro*, 22. 1. 2014.

²¹⁵ Z. B. *Audiencia Provincial de Madrid*, Urteil vom 24. 2. 2009, Sec. 20.a, 91/2009. Siehe zur Einordnung: *Bertolá Navarro*, 22. 1. 2014.

²¹⁶ Siehe z. B.: ILP Abogados, 6. 8. 2018; *Bertolá Navarro*, 22. 1. 2014.

²¹⁷ ILP Abogados, 6. 8. 2018; *Marín García*, S. 6 f.

²¹⁸ *Marín García*, S. 10 f. m. w. N.

Ähnlich wie im französischen Recht fällt auch hier auf, dass eine Abgrenzung von geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung grundsätzlich keine Rolle zu spielen scheint. Vielmehr stehen die Möglichkeiten richterlicher Einflussnahme auf privatrechtliche Vertragsinhalte generell in Frage.

(3) Beschränkte Freigaben im Fusionskontrollrecht

Auch die spanische Wettbewerbsbehörde Comisión Nacional de los mercados y la competencia (CNMC) prüft Wettbewerbsverbote insbesondere im Zusammenhang mit Unternehmenstransaktionen. Die materiellen Anforderungen an die Wirksamkeit von Wettbewerbsverboten orientieren sich ebenfalls an der Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden.²¹⁹

Kommt die Behörde bei ihrer wettbewerbsrechtlichen Analyse zu dem Schluss, dass die zwischen den Parteien vereinbarte Klausel den zulässigen Umfang überschreitet, erteilt sie eine Freigabe der Transaktion nur in dem von ihr als zulässig erachteten Rahmen. Der überschließende Teil des Wettbewerbsverbots bleibt „fuera de la operación“²²⁰, also ausgeschlossen vom Rest der Transaktion und der dafür erteilten Freigabe.

So hatte die CNMC beispielsweise den Kontrollerwerb eines Finanzinvestors über einen Anbieter von Rettungsdienstleistungen auf den Kanaren und Balearen zu beurteilen, in dessen Rahmen dem Verkäufer ein geografisch überschließendes Wettbewerbsverbot auferlegt wurde.²²¹ Die Behörde entschied, dass die Klausel unter kartellrechtlichen Aspekten ausschließlich auf dem Gebiet der Kanaren und Balearen Geltung beanspruchen konnte; im Übrigen war sie nicht Gegenstand der Freigabe („quedando fuera de la operación en cuanto exceda dichos territorios“²²²). Neben dem Wettbewerbsverbot enthielt der Vertrag ein zeitlich überschließendes Abwerbeverbot, das die CNMC ebenfalls nur beschränkt freigab. Im Hinblick auf den überschließenden Teil verwies sie auf geltende Betriebsvereinbarungen, nach denen die Zulässigkeit zu beurteilen sei („quedando, en cuanto su vigencia exceda dicho periodo, sometidos a la normativa de acuerdos entre empresas“²²³). Ein solcher Verweis auf geltendes Betriebsrecht findet sich in mehreren Entscheidungen der CNMC zu überschließenden Abwerbeverboten²²⁴ und Vertraulichkeitsvereinbarungen.²²⁵

²¹⁹ Vgl. z. B. CNMC, Entscheidung vom 31.5.2018, Nr. C/0944/18, Rn. 12 ff.

²²⁰ CNMC, Entscheidung vom 24.4.2013, Nr. C/0502/13, Rn. 24.

²²¹ CNMC, Entscheidung vom 24.4.2013, Nr. C/0502/13.

²²² CNMC, Entscheidung vom 24.4.2013, Nr. C/0502/13, Rn. 24.

²²³ CNMC, Entscheidung vom 24.4.2013, Nr. C/0502/13, Rn. 24.

²²⁴ CNMC, Entscheidung vom 19.5.2016, Nr. C/0752/16, S. 4; Entscheidung vom 31.5.2018, Nr. C/0944/18, Rn. 14.

²²⁵ CNMC, Entscheidung vom 9.5.2019, Nr. C/1029/19, Rn. 21.

Die CNMC scheint eine geltungserhaltende Reduktion also jedenfalls im Hinblick auf überschießende Wettbewerbsverbote durchzuführen, indem sie Zusammenschlussvorhaben und damit verbundene Klauseln nur in dem Umfang freigibt, wie sie für kartellrechtlich zulässig erachtet werden. Ein etwaiges Übermaß wird schlicht außer Acht gelassen und von der Entscheidung nicht erfasst.

(4) Zwischenergebnis

Im spanischen Recht scheint die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion fest verankert. Im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen existiert(e)²²⁶ sogar eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zur Anwendung der Methodik. Im Übrigen ist die Möglichkeit richterlicher Einflussnahme auf privatrechtliche Vereinbarungen durchaus anerkannt, in ihren Details aber hoch umstritten. Im kartellrechtlichen Kontext scheint die geltungserhaltende Reduktion jedenfalls im Hinblick auf überschießende Wettbewerbsverbote regelmäßig zur Anwendung zu kommen.

cc) Geltungserhaltende Reduktion in Österreich

Im österreichischen Recht wird das Instrument der geltungserhaltenden Reduktion unter demselben Begriff und in ähnlichen Zusammenhängen diskutiert wie im deutschen Recht. Auch hier ringen Gerichte und Literatur um eine methodische Herleitung. So wird die geltungserhaltende Reduktion zum Teil mit der Methodik der Konversion gleichgesetzt, von der Vertragsergänzung hingegen abgegrenzt.²²⁷ Teilweise werden geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Vertragsauslegung jedoch auf dieselbe rechtliche Grundlage zurückgeführt: Befürworter dieser Ansicht stützen die normentechnische Anknüpfung der Methodik auf § 914 ABGB, nach dem die Auslegung von Verträgen im Einklang mit der zu ermittelnden Absicht der Parteien zu erfolgen hat.²²⁸ Auf Grundlage dieser Norm soll die Vertragslücke, die durch die Nichtigkeit einer rechtswidrigen Abrede entsteht, durch ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden.²²⁹

Soweit ersichtlich, differenziert die einschlägige Literatur und Rechtsprechung hingegen nicht beim Begriff der Teilnichtigkeit; dieser wird in aller Regel deckungsgleich mit dem der geltungserhaltenden Reduktion verwendet.²³⁰

²²⁶ Mittlerweile wurde die Vorschrift für unvereinbar mit dem auf europäischer Ebene harmonisierten Verbraucherschutzrecht erklärt, siehe dazu unter F.II.2.a)aa) (S. 198 ff.).

²²⁷ Vgl. z. B. OGH, Urteil vom 5.8.2003 – 7 Ob 179/03d, S. 15, m. w. N.; dieser Ansicht ist auch Heiss, in: Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 914, Rn. 78/0/2.

²²⁸ Holzweber/Winner, wbl 2018, 297, 306.

²²⁹ Holzweber/Winner, wbl 2018, 297, 306.

²³⁰ Vgl. z. B. OGH, Urteil vom 15.4.2004 – 8 ObA 21/04b, S. 11; Graf, in: Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 879, Rn. 232 m. w. N.: Sei eine vertragliche Regelung in quantitativer Hinsicht unwirksam, so könne Teilnichtigkeit in der Form eintreten, dass die Regelung in jenem Umfang aufrechterhalten wird, in dem sie rechtlich unbedenklich ist; für diese Rechtsfolge werde manchmal der Ausdruck „geltungserhaltende Reduktion“ verwendet.

Inhaltlich umstritten ist auch im österreichischen Recht die Frage, wo die Methodik an ihre Grenzen gelangt. Hier wird zum Teil vertreten, die geltungserhaltende Reduktion ende dort, wo es einer „kreativen Anstrengung seitens des Richters“²³¹ bedarf.

Am eingehendsten wird die Debatte um die Zulässigkeit einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen des Sittenwidrigkeitstatbestands gemäß § 879 ABGB, und hier insbesondere im Bereich benachteiligender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, geführt ((1)). Im kartellrechtlichen Kontext scheint der OGH von der generellen Vereinbarkeit der Methodik mit der Nichtigkeitsfolge auszugehen ((2)). Von der Literatur wird sogar eine Ausweitung der Sittenwidrigkeitserwägungen auf kartellrechtswidrige Vereinbarungen diskutiert ((3)). Unter ((4)) werden die Ergebnisse der Analyse knapp zusammengefasst.

(1) Anerkannt für sittenwidrige Allgemeine Geschäftsbedingungen

Gemäß § 879 Abs. 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Vertragsbestimmung, die keine Hauptleistungspflicht enthält, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Eine geltungserhaltende Reduktion wird hier, außerhalb des EU-rechtlich harmonisierten Verbraucherbereichs, in dem die Methodik ausgeschlossen ist,²³² größtenteils bejaht.²³³

So entschied sich der OGH beispielsweise im Falle eines Versicherungsvertrags für eine geltungserhaltende Reduktion der dort enthaltenen Kündigungsklausel.²³⁴ Die Klausel sah unter anderem vor, dass jede Partei den Versicherungsvertrag nach Eintritt des Schadensfalls kündigen kann, wenn die für den Schadensfall zu leistende Entschädigung 5 % der Versicherungssumme, mindestens aber einen Betrag von 3.633,64 EUR, übersteigt.²³⁵ Vorliegend führte dies zu einer Mindestschadenssumme von 36.336,41 EUR, womit die Schadensfallkündigung nach Ansicht des Gerichtshofs in der Mehrzahl der Fälle ausgeschlossen war.²³⁶ Während die 5%-Hürde demnach als unzulässig eingestuft wurde, hielt der Gerichtshof die als Untergrenze genannte Mindestschadenssumme im Sinne einer erlaubten Bagatellbegrenzung für unbedenklich.²³⁷ Er sprach sich in der Folge für eine geltungserhaltende Reduktion

²³¹ Holzweber/Winner, wbl 2018, 297, 307.

²³² Siehe dazu im Detail unter F.II.2.a)aa) (S. 198 ff.).

²³³ Siehe z. B. OGH, Urteil vom 17. 6. 1986 – 2 Ob 535/86, a. E.; Urteil vom 5. 8. 2003 – 7 Ob 179/03d, S. 15 f.; *Graf*, in: Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 879, Rn. 299 ff. m. w. N. auch zu den (wenigen) kritischen Stimmen in der Literatur.

²³⁴ OGH, Urteil vom 5. 8. 2003 – 7 Ob 179/03d, S. 15 f.

²³⁵ OGH, Urteil vom 5. 8. 2003 – 7 Ob 179/03d, S. 3.

²³⁶ OGH, Urteil vom 5. 8. 2003 – 7 Ob 179/03d, S. 14.

²³⁷ OGH, Urteil vom 5. 8. 2003 – 7 Ob 179/03d, S. 14.

der Klausel aus, sodass „lediglich die ‚5 %-Klausel‘ als nichtig zu entfallen hat[te] (...).“²³⁸

Voraussetzung für die Anwendung der Methodik ist allerdings auch im österreichischen Recht, dass die Klausel überhaupt einen „inhaltlich unanständigen“²³⁹ Teil enthält, auf den sie zurückgeführt werden kann. Ergibt sich hingegen aus einer Gesamtbewertung, dass die gröbliche Benachteiligung des einen Vertragsteils nicht durch berechtigte Interessen des anderen gerechtfertigt werden kann, soll die Klausel insgesamt nichtig sein.

So entschied der OGH im Falle eines überschießenden Wettbewerbsverbots, dass eine geltungserhaltende Reduktion aufgrund des auffallenden Missverhältnisses zwischen den zu schützenden Interessen der Klägerin und den den Beklagten auferlegten Beschränkungen ausgeschlossen ist.²⁴⁰ Geklagt hatte eine schweizerische Aktiengesellschaft, die im Bereich des Vertriebs von Wellness- und Sanitärprodukten tätig ist und Lizenzen an Franchisepartner vergibt. Beklagter war ihr Franchisenehmer. Das im Vertrag enthaltene Wettbewerbsverbot sah keine räumliche Begrenzung vor und sollte für die Dauer von 3 Jahren gelten.

Der OGH hielt das Wettbewerbsverbot für insgesamt nichtig, da die betreffende Klausel die „Berufs- und Erwerbsinteressen des Verpflichteten über den Rahmen der Interessen des Berechtigten hinaus [beschränkt] und (...) daher i. S. d. § 879 ABGB sittenwidrig [ist].“²⁴¹ Eine bloße Teilnichtigkeit²⁴² komme nicht in Betracht, „weil die Klausel nach dem bescheinigten Sachverhalt in keinem Umfang einem berechtigten Interesse der klagenden Partei entspricht.“²⁴³ Dies folge unter anderem daraus, dass es im unmittelbaren Umkreis zahlreiche Mitbewerber mit ähnlichen Dienstleistungsangeboten gebe. Daher habe die Klägerin kein schützenswertes wirtschaftliches Interesse, mit dem sie die Klausel hätte rechtfertigen können.²⁴⁴ Eine geltungserhaltende Reduktion schied daher aus.

(2) Anerkannt auch im kartellrechtlichen Kontext

Der OGH hat sich in einer Entscheidung aus dem Jahre 2001 für die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion auf kartellverbotswidrige Absprachen ausgesprochen.²⁴⁵ Streitgegenstand war eine unbefristete Ausschließlichkeitsbindung in einem Vertriebsvertrag zum Betrieb einer Tankstelle, wobei sich der Betreiber zu

²³⁸ OGH, Urteil vom 5.8.2003 – 7 Ob 179/03d, S. 16.

²³⁹ *Graf*, in: Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 879, Rn. 299.

²⁴⁰ OGH, Urteil vom 28.3.2017 – 4 Ob 48/17p.

²⁴¹ OGH, Urteil vom 28.3.2017 – 4 Ob 48/17p, S. 10.

²⁴² Zur deckungsgleichen Verwendung des Begriffs der geltungserhaltenden Reduktion siehe oben S. 92.

²⁴³ OGH, Urteil vom 28.3.2017 – 4 Ob 48/17p, S. 10.

²⁴⁴ OGH, Urteil vom 28.3.2017 – 4 Ob 48/17p, S. 10.

²⁴⁵ OGH, Urteil vom 22.2.2001 – 6 Ob 322/00x.

einem Kündigungsverzicht in den ersten 11 Jahren der Vertragslaufzeit verpflichtet hatte.²⁴⁶

Der OGH führte zum Umfang der Nichtigkeit der Vertriebsvereinbarung aus, dass sie „nur für diejenigen Teile gilt, die entweder selbst unmittelbar vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG erfasst sind oder sich von den von diesem Verbot erfassten Teilen nicht sinnvoll abtrennen lassen (...).“²⁴⁷ Eine Trennung der überlangen Bindung des Alleinbezugsvertrags in „verbotswidrige und damit nichtige Bestandteile des Vertrags und wettbewerbsneutrale Bestandteile [sei] durchaus möglich.“²⁴⁸ Dies könne

„zu einer Restgültigkeit der übrigen Vertragsbestimmungen führen. (...) Nach der GVO [sei] eine vertragliche Bindung auf höchstens 10 Jahre zulässig. Nur die darüber hinausgehende, durch den Kündigungsverzicht auf weitere fünf Jahre bewirkte Bindung [sei] nichtig, nicht aber die im Vertrag auch vorgesehene Kündigungsmöglichkeit unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist.“²⁴⁹

Die Gesamtnichtigkeit sei

„nur eine über die Buß- und Zwangsgeldfolgen des Gemeinschaftskartellrechts hinausgehende weitere Sanktion, für die nach dem Schutzzweck des Art. 81 Abs. 1 EG kein erkennbarer sachlicher Grund vorlieg[e]. (...) Von der Nichtigkeit nach Art. 81 Abs. 2 EG s[eien] daher die Bindung im 11. Vertragsjahr und der Kündigungsverzicht für weitere fünf Jahre, nicht aber die übrigen Vertragsbestimmungen erfasst.“²⁵⁰

Damit scheint der OGH von einer Vereinbarkeit der geltungserhaltenden Reduktion mit der kartellrechtlichen Nichtigkeit auszugehen.

Entscheidend ist nach diesen Ausführungen die Frage der Teilbarkeit. Diese lehnte der Gerichtshof beispielsweise im Hinblick auf einen Bierbezugsvertrag ab, den er im Rahmen einer Entscheidung aus dem Jahre 2012 zu beurteilen hatte.

„Nur wenn sich eine gemeinschaftsrechtswidrige Vertragsklausel vom restlichen Vertragswerk nicht trennen l[asse], tr[ete] Gesamtnichtigkeit ein (...). Dies [sei] beispielsweise dann der Fall, wenn eine Brauerei einem Gastwirt den begünstigten Bezug von Bier gegen Gewährung eines exklusiven Lieferrechts zusagt. Wenn die Alleinbezugspflicht des Abnehmers aus kartellrechtlichen Gründen entfalle, führ[e] dies in der Regel auch zur Unwirksamkeit der damit in einem synallagmatischen Zusammenhang stehenden Gegenleistung, wie beispielsweise der Überlassung von Geld- oder Sachmitteln (...).“²⁵¹

Eine geltungserhaltende Reduktion, wie von den Beklagten vorgetragen,²⁵² lehnte der OGH folglich ab. Dies allerdings ausschließlich aufgrund der konkreten Um-

²⁴⁶ OGH, Urteil vom 22.2.2001 – 6 Ob 322/00x, S. 2 ff.

²⁴⁷ OGH, Urteil vom 22.2.2001 – 6 Ob 322/00x, S. 18.

²⁴⁸ OGH, Urteil vom 22.2.2001 – 6 Ob 322/00x, S. 19.

²⁴⁹ OGH, Urteil vom 22.2.2001 – 6 Ob 322/00x, S. 19f.

²⁵⁰ OGH, Urteil vom 22.2.2001 – 6 Ob 322/00x, S. 20.

²⁵¹ OGH, Urteil vom 13.3.2012 – 10 Ob 10/12 m, S. 13.

²⁵² OGH, Urteil vom 13.3.2012 – 10 Ob 10/12 m, S. 11.

stände des Einzelfalls, nicht etwa wegen genereller Bedenken gegen die Anwendung der Methodik im kartellrechtlichen Kontext.

Bestätigt hat der OGH seine Rechtsauffassung auch im Hinblick auf zeitlich und/oder räumlich überschießende Wettbewerbsverbote. So könne eine unbefristete Konkurrenzklausel insoweit als teilnichtig beurteilt werden, als sie dem Beklagten eine Bindung über das zulässige Maß hinaus auferlegt.²⁵³ Ein räumlich unbegrenztes Wettbewerbsverbot könne „nach freier Beweiswürdigung und nach billigem Ermessen des Richters auf das billige Maß eingeschränkt werden.“²⁵⁴

Grundsätzlich scheint die geltungserhaltende Reduktion in der österreichischen höchstgerichtlichen Rechtsprechung somit „liberaler“²⁵⁵ gehandhabt zu werden als im deutschen Recht.

(3) Grenze der Sittenwidrigkeit auch im Kartellrecht?

Die Diskussion über eine geltungserhaltende Reduktion im kartellrechtlichen Kontext geht im österreichischen Recht sogar über die Rückführung in zeitlicher und räumlicher Dimension hinaus. Neben der Frage der Teilbarkeit sollen hier Wertungsgesichtspunkte Berücksichtigung finden, die aus der Rechtsprechung zu sittenwidrigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen bekannt sind.

So steht zur Debatte, den Gedanken der gröblichen Benachteiligung aus dem Verbraucherschutzrecht auf kartellrechtswidrige Vereinbarungen anzuwenden: Sei eine Vertragspartei der anderen strukturell in einem Maße unterlegen, das ähnliche Wertungen wie bei Verbrauchergeschäften nahelegt, solle konsequent auch die geltungserhaltende Reduktion einer kartellrechtlich überschießenden Abrede ausgeschlossen sein.²⁵⁶ Wurde die kartellrechtswidrige Klausel hingegen auf Augenhöhe verhandelt, bedürfe es der Totalnichtigkeit nicht; wichtiger sei hingegen, dass eine möglichst weitgehende Annäherung an den Parteiwillen erfolgt.²⁵⁷

Diese Schnittstelle von Sittenwidrigkeitstatbestand, Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen und Kartellverbot ist auch im deutschen Recht komplex und wird noch im Detail zu diskutieren sein.²⁵⁸ Interessant ist jedenfalls, dass in der österreichischen Literatur offensichtlich eine Harmonisierung der Wertungsmaßstäbe angestrebt wird. Diese führt nicht zwangsläufig zu einer Eindämmung der geltungserhaltenden Reduktion, sondern scheint, ganz im Gegenteil, ihren Anwendungsbereich auszuweiten. Denn wenn die Vereinbarung sitzenkonform zu stande kam, soll der Parteiwillen im Vordergrund stehen, der wohl in aller Regel für eine zumindest teilweise Aufrechterhaltung der Vereinbarung sprechen dürfte.

²⁵³ OGH, Urteil vom 23.4.2014 – 4 Ob 46/14i, S. 2 f.

²⁵⁴ OGH, Urteil vom 30.5.1951 – 1 Ob 9/51.

²⁵⁵ Holzweber/Winner, wbl 2018, 297, 307.

²⁵⁶ Holzweber/Winner, wbl 2018, 297, 306.

²⁵⁷ Holzweber/Winner, wbl 2018, 297, 306.

²⁵⁸ Siehe dazu unter F.II. (S. 184 ff.).

(4) Zwischenergebnis

Die geltungserhaltende Reduktion erscheint auch im österreichischen Recht fest verankert. Dies betrifft nicht nur den Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern trifft insbesondere auf kartellrechtlich relevante Abreden zu. Der OGH scheint von einer generellen Vereinbarkeit der Methodik mit der kartellrechtlichen Nichtigkeit auszugehen und sieht sich an einer Anwendung bei gegebener Teilbarkeit der Abrede nicht gehindert. Diskutiert wird sogar eine Ausweitung der Sittenwidrigkeitserwägungen auf kartellrechtswidrige Vereinbarungen, wodurch der Anwendungsbereich der Methodik unter Umständen erweitert wird.

dd) Ergebnis des Länderüberblicks

Im französischen Recht ist die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion jedenfalls im Hinblick auf überschießende Wettbewerbsverbote in Arbeitsverträgen anerkannt. Hier kann eine Rückführung auf das rechtlich zulässige Maß auch zu gänzlich neuen Regelungen führen. Die Rechtsprechung in handelsrechtlichen Sachverhalten scheint hingegen gespalten: Hier wird zum Teil für, zum Teil gegen die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion überschießender Wettbewerbsverbote argumentiert. Eine Abgrenzung von geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung scheint in keinem dieser Zusammenhänge Gegenstand der rechtlichen Debatte zu sein. Im kartellrechtlichen Kontext ist die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion durch die zuständige Wettbewerbsbehörde jedenfalls verfahrensrechtlich ausgeschlossen; allein die Parteien können zu einer Anpassung und damit Wiederherstellung eines kartellrechtskonformen Zustands verpflichtet werden.

In konzeptioneller Hinsicht ähnelt die richterliche *Mäßigungsbefugnis* nach spanischem Recht der geltungserhaltenden Reduktion im deutschen Recht. Im Zusammenhang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist sie in Spanien jedoch gesetzlich ausdrücklich vorgesehen. Darüber hinaus verleiht diese *facultad moderadora* den Richtern nach spanischem Recht auch in anderen allgemein zivilrechtlichen Zusammenhängen die gestalterische Einwirkung auf privatrechtliche Verträge. In ihrer Reichweite entspricht die Methodik daher eher der ergänzenden Vertragsauslegung nach deutschem Recht. Grundlage und Reichweite sind hier hoch umstritten. Im kartellrechtlichen Kontext scheint die CNMC eine geltungserhaltende Reduktion regelmäßig jedenfalls im Hinblick auf überschießende Wettbewerbsverbote anzuwenden. So gibt die Behörde Zusammenschlussvorhaben und die damit verbundenen Klauseln nur in dem Umfang frei, wie sie diese für kartellrechtlich zulässig erachtet. Ein etwaiges Übermaß wird von der Entscheidung nicht erfasst.

Aus einem Vergleich mit der Rechtslage in Österreich geht schließlich hervor, dass das Instrument der geltungserhaltenden Reduktion in ganz ähnlichen Zusammenhängen und mit ganz ähnlichem Inhalt wie im deutschen Recht diskutiert wird. Im Zentrum der Debatte stehen auch hier Allgemeine Geschäftsbedingungen, die in

aller Regel auf einen sittenkonformen Inhalt zurückgeführt werden sollen. Auch kartellrechtswidrige Vereinbarungen sollen bei Teilbarkeit geltungserhaltend reduziert werden. Dies betrifft insbesondere zeitlich sowie räumlich überschießende Abreden. Darüber hinaus wird diskutiert, kartellrechtswidrige Vereinbarungen generell dann geltungserhaltend zu reduzieren, wenn die Klausel auf Augenhöhe verhandelt wurde. Im Ergebnis erscheint die geltungserhaltende Reduktion damit in der österreichischen Gerichtspraxis fester verankert als in Deutschland.

3. Ergebnis und Konsequenz

Die rechtsvergleichende Herleitung einer Grundlage für die geltungserhaltende Reduktion aus dem Recht der Mitgliedstaaten erscheint auf dieser Basis keineswegs fernliegend. Nicht nur handelt es sich bei der Methodik um ein vom kartellrechtlichen Kontext abstraktionsfähiges Strukturprinzip, das die grundlegende Vereinbarkeit richterlicher Einflussnahme auf Vertragsinhalte mit dem Prinzip der Privatautonomie zum Gegenstand hat. Auch betrifft es den Kernbereich der Nichtigkeitsanordnung aus Art. 101 Abs. 2 AEUV und damit eine unionsrechtliche Frage, für die auf Gemeinschaftsebene keine Regelung existiert. Wie der Ländervergleich gezeigt hat, ist das Instrument darüber hinaus keineswegs allein in Deutschland anerkannt, sondern wird in den verschiedensten Zusammenhängen auch in anderen europäischen Rechtsordnungen diskutiert.

Selbst wenn andere Mitgliedstaaten eine entsprechende Regelung in ihrem nationalen Recht nicht vorsehen, könnten diese auf Grundlage eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes zukünftig dazu angehalten sein, eine geltungserhaltende Reduktion kartellverbotswidriger Abreden jedenfalls zu erwägen. Insofern käme es – wie im Falle der Herleitung aus dem Kartellprimärrecht – zu einer Überlagerung der nationalen Rechtsordnungen.

IV. Zusammenfassung

Bei der geltungserhaltenden Reduktion handelt es sich einerseits um ein Instrument des deutschen Zivilrechts, andererseits greift die Methodik in den Kernbereich des Art. 101 Abs. 2 AEUV ein, der nicht zur Disposition nationaler Rechtsordnungen stehen kann. Die geltungserhaltende Reduktion nimmt damit eine Art *Zwitterstellung* ein, nationales und europäisches Recht sind in diesem Bereich der (Zivil-) Rechtsfolgen eines Kartellverstoßes eng miteinander verwoben.

So könnte die geltungserhaltende Reduktion ihre Rechtsgrundlage möglicherweise nicht (nur) im nationalen, sondern (auch) im europäischen Recht finden. Dabei kommt die Herleitung eines *Rechts auf geltungserhaltende Reduktion* sowohl unmittelbar aus dem Kartellprimärrecht als auch aus dem effet utile in Betracht. Ähnlich wie im Bereich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung könnte ein solches

Recht der Nichtigkeitsfolge bzw. der effektiven Wirksamkeit des Kartellverbots immanent sein. Auch die rechtsvergleichende Herleitung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, nach dem eine geltungserhaltende Reduktion zu erfolgen hat, erscheint nicht abwegig. So ist die Methodik der Rückführung einer überschießenden Vereinbarung auf den in ihr enthaltenen rechtmäßigen Kern auch in anderen Rechtsordnungen anerkannt.

In all diesen Fällen käme es im Ergebnis zu einer Überlagerung der nationalen Rechtsordnungen mit der Folge, dass das überprüfende Gericht oder die überprüfende Behörde im Rahmen der kartellrechtlichen Prüfung zu einer *Teilbarkeitsanalyse* der einzelnen Abrede verpflichtet wäre. Und zwar unabhängig davon, ob die nationale Rechtsordnung die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion vorsieht oder nicht.

Eine abschließende Positionierung hinsichtlich der Existenz einer europarechtlichen Grundlage für die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion kann jedoch im Ergebnis dahinstehen. Denn es existieren ohnehin keine europarechtlichen Vorgaben bezüglich der Voraussetzungen und Grenzen dieser Methodik. Ein Rückgriff auf die nationalen Rechtsordnungen ist somit zwingend erforderlich. Auch hier bietet sich ein Vergleich zum Bereich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung an, in dem ebenfalls davon ausgegangen wird, dass das EU-Kartellrecht zwar das Bestehen von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen gebietet, sich die Verfahrensmodalitäten aber nach den nationalen Rechtsordnungen bestimmen.

D. Methodische Grundlagen: Das Kriterium der Teilbarkeit

Die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion setzt methodisch und denklogisch voraus, dass in der Abrede ein von dem nichtigen Teil trennbarer, kartellrechtlich unbedenklicher Kern steckt, auf den sie reduziert werden kann.¹ Darin kommen zwei Kernkriterien zum Ausdruck: Eine geltungserhaltende Reduktion kommt erstens nur in Betracht, wenn der nichtige Teil der Vereinbarung klar zu identifizieren ist und vom Rest der Abrede getrennt werden kann. Zweitens muss feststellbar sein, welcher kartellrechtlich unbedenkliche Inhalt an die Stelle der nichtigen Vereinbarung tritt.

Gegenstand der Analyse dieses Kapitels ist der Begriff der Trenn- bzw. Teilbarkeit, der in Rechtsprechung und Literatur in verschiedensten Zusammenhängen diskutiert wird. Für dessen Konkretisierung bietet die vom EuGH entwickelte Rechtsprechung im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Teilnichtigkeit – einem von der geltungserhaltenden Reduktion zu differenzierenden, methodisch jedoch eng verwandten Instrument² – wichtige Einsichten in Anforderungen und Reichweite der Teilbarkeit. Parallel sind die Vorgaben des deutschen Zivilrechts, anknüpfend an § 139 BGB,³ in die Analyse mit einzubeziehen (I.).⁴

Für die Auslegung des Begriffs bestehen drei inhaltliche Anknüpfungsmöglichkeiten, die sich systematisch in die zeitliche, räumliche und sachliche Dimension einteilen lassen. Zur praktischen Veranschaulichung wird auf die eingangs unter B.II.2.⁵ aufgeworfenen Beispiele und Fragen Bezug genommen (II.).

Ist der nichtige Teil vom Rest der Vereinbarung trennbar, kommt es in einem zweiten Schritt auf die Frage an, welcher kartellrechtlich zulässige Inhalt an die Stelle der überschießenden Abrede tritt. Dabei ist zu ermitteln, ob und inwieweit die

¹ So zutreffend: *Füller*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 465; *Hengst*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, Bd. 2, Art. 101 AEUV, Rn. 474; *Jaeger*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 31; *Schröter/van der Hout*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 AEUV, Rn. 221. Dies gilt auch außerhalb des kartellrechtlichen Kontextes: *Hager*, Auslegung, S. 171.

² Siehe dazu unter B.I.1.a) (S. 24 ff.) und C.I. (S. 50 ff.).

³ Zum methodischen Zusammenhang zwischen geltungserhaltender Reduktion und § 139 BGB siehe unter B.I.1.b) (S. 27 ff.).

⁴ Zum Zusammenspiel des nationalen und europäischen Rechts bei der Ermittlung von Voraussetzungen und Grenzen einer geltungserhaltenden Reduktion siehe unter C.I. (S. 50 ff.).

⁵ S. 45 ff.

eingangs dargestellten allgemeinen zivilrechtlichen Erwägungen⁶ auch im kartellrechtlichen Kontext Geltung beanspruchen (III.).

Die Ergebnisse der Analyse werden zuletzt in einer knappen Zusammenfassung dargestellt (IV.).

I. Der Begriff der Teilbarkeit

In diesem Kapitel wird untersucht, unter welchen praktischen Voraussetzungen von der Teilbarkeit kartellrechtlicher Vereinbarungen auszugehen ist. Anknüpfend an die Regelung des § 139 BGB werden dazu sowohl die Vorgaben des deutschen Zivilrechts herangezogen, als auch die vom EuGH und der europarechtlichen Literatur im Zusammenhang mit dem Instrument der Teilnichtigkeit entwickelten Kriterien näher beleuchtet (1.).

Im Rahmen der Abgrenzungsfrage, wann eine Vereinbarung teilbar ist und wann es sich um eine untrennbare Einheit handelt, hat darüber hinaus der Begriff der quantitativen Teilbarkeit Eingang in die wissenschaftliche Debatte gefunden. Hier wird zu diskutieren sein, was inhaltlich hinter dem Begriff steckt, wie er von einer etwaigen qualitativen Teilbarkeit abzugrenzen ist und letztlich, ob unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten an einer solchen Abgrenzung festzuhalten ist (2.).

Schließlich stellt sich die Frage, ob für bestimmte Formen von Vereinbarungen eine geltungserhaltende Reduktion von vornherein ausgeschlossen ist. Dies betrifft insbesondere den Bereich der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen, *Hardcore-Kartellabsprachen* und Kernbeschränkungen. Dahinter steckt der Gedanke, dass diese Formen von Kartellverstößen keinen von dem Verstoß trennbaren, zulässigen Inhalt aufweisen können. Auch dies wird zu diskutieren sein (3.).

1. Praktische Anforderungen an die Teilbarkeit

Bereits im Jahre 1979 hat der BGH die grundsätzliche Möglichkeit erwogen, ein überlanges Wettbewerbsverbot, dessen Kartellrechtswidrigkeit auf eben dieser unangemessenen Laufzeit beruhte, auf das gerade noch zulässige Maß herabzusetzen und so „den Einklang mit der Rechtsordnung (...) wieder herzustellen.“⁷ Dieser Gedanke beruht „auf der Erwägung, daß in Fällen übermäßig langer Bindung der Teil der Vertragsbestimmungen, der allein den Vertrag zum sittenwidrigen macht – die lange Vertragsdauer – genau bestimmt werden kann, während gegen den übrigen Teil des Vertrages und die Umstände, die zum Vertragsschluß führten, nichts ein-

⁶ Siehe dazu unter B.I.1.d) (S. 31 ff.).

⁷ BGH NJW 1979, 1605, 1606 – Ausscheidungsvereinbarung. Im konkreten Fall resultierte die Rechtswidrigkeit allerdings im Ergebnis nicht ausschließlich aus der überlangen Dauer des Wettbewerbsverbots, sondern es kamen weitere Aspekte der Sittenwidrigkeit hinzu, die nach Ansicht des BGH eine geltungserhaltende Reduktion ausschlossen.

zuwenden ist.“⁸ Teile der Vereinbarung, die unzulässig sind, jedoch „nicht eindeutig ausgeschieden“⁹ werden können, seien hingegen nicht teil- und reduzierbar.

In einem ähnlich gelagerten Fall, in dem sich der BGH nur wenige Jahre später wiederum mit der Reichweite von Wettbewerbsverboten befasste, warf er jedenfalls die Frage auf, „ob [die Wettbewerbsverbote] einen rechtlich zulässigen Kern enthalten“ und daher eine „Reduktion auf ihren etwaigen rechtlich zulässigen Inhalt“ in Betracht kommt.¹⁰

Nach Auffassung des BGH ist für die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion also entscheidend, ob die unzulässigen Teile einer Vereinbarung „eindeutig ausgeschieden“¹¹ werden können. Dabei kann es nach Ansicht des Gerichtshofs nicht auf die rein sprachliche Fassung der Abrede ankommen, vielmehr ist der Inhalt entscheidend, in dem ein gegebenenfalls zulässiger „Kern“¹² zu suchen ist.

Dass es auf die Form nicht ankommen kann, leuchtet unmittelbar ein. Denn ansonsten hinge die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion allein von dem sprachlichen Geschick der Parteien ab.¹³ Aus dem gleichen Grund bleiben auch die subjektiven Vorstellungen der Parteien außer Acht; entscheidend sind vielmehr die objektiven Umstände des Einzelfalls.¹⁴

Anknüpfend an die Rechtsprechung des BGH zu § 139 BGB, ist Teilbarkeit grundsätzlich zu bejahen, wenn der unbedenkliche Teil allein sinnvollerweise Bestand haben kann und anzunehmen ist, dass die Vertragsparteien ihn so beschlossen hätten.¹⁵

In den klassischen Fällen der Teilnichtigkeit ist dies in erster Linie gegeben, „wenn nach Entfernung (sozusagen ‚Hinausstreichen‘) des unwirksamen Teils ein Vertragsinhalt übrig bleibt, der für sich allein einen Sinn behält.“¹⁶ Darüber hinaus sind nach Ansicht des BGH aber auch Fälle denkbar, in denen die Parteien anstelle der nichtigen Regelung eine andere, auf das zulässige Maß beschränkte Vereinbarung getroffen hätten. Entscheidend und für die Aufrechterhaltung eines Teils des Rechtsgeschäfts unabdingbar nötig sei in diesen Fällen allerdings, „daß sich der

⁸ BGH NJW 1979, 1605, 1606 – Ausscheidungsvereinbarung.

⁹ BGH NJW 1979, 1605, 1606 – Ausscheidungsvereinbarung.

¹⁰ BGH GRUR 1986, 747, 749 – Taxigenossenschaft.

¹¹ BGH NJW 1979, 1605, 1606 – Ausscheidungsvereinbarung.

¹² BGH GRUR 1986, 747, 749 – Taxigenossenschaft.

¹³ BGH GRUR 1986, 747, 749 – Taxigenossenschaft; BGH NJW 1989, 2681, 2682. Mü-KoBGB/Busche, § 139 BGB, Rn. 25; Hager, Auslegung, S. 73.

¹⁴ Füller, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 453; Mü-KoEuWettB/R/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 640 m. w. N.

¹⁵ BGH NJW 2012, 2648, 2649.

¹⁶ BGH NJW 1989, 2681, 2682.

Vertragsinhalt in eindeutig abgrenzbarer Weise in den nichtigen Teil und den von der Nichtigkeit nicht berührten Rest aufteilen lässt.“¹⁷

Die Frage der praktischen Teilbarkeit erschöpft sich daher keineswegs in einem *Hinausstreichen* einer isoliert betrachteten Klausel, ganz im Sinne eines *blue pencil tests* im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.¹⁸ Vielmehr ist der Inhalt der Vereinbarung entscheidend, der auf seine eindeutig abgrenzbare Teilbarkeit in einen zulässigen und einen überschießenden Teil zu untersuchen ist.¹⁹

Der EuGH hat sich seinerseits dem Begriff der Teilbarkeit inhaltlich bisher wenig detailliert genähert. In der einschlägigen Rechtsprechung zum methodisch verwandten Themenkreis der Teilnichtigkeit beschränkt sich der Gerichtshof auf die Feststellung, dass hinsichtlich der Reichweite der Nichtigkeit zu prüfen ist, ob sich die nichtigen Teile der Vereinbarung von einem gegebenenfalls zulässigen Rest trennen lassen.²⁰

Einzig in einer Entscheidung aus dem Jahre 1997 konkretisierte der EuGH, dass der neue Teil einer Abrede gegebenenfalls von ihrem Rest trennbar sei, wenn er die alte „Struktur unberührt ließe“.²¹ Wie genau dieses Erfordernis der Strukturwahrung zu verstehen ist, lässt sich nicht zufriedenstellend ermitteln. Es scheint den ursprünglichen Erwägungen des BGH nicht fern, nach denen Trennbarkeit jedenfalls dann gegeben ist, wenn die nichtige Regelung schlicht *hinausgestrichen* werden kann.²² Dass die praktische Möglichkeit der Teilung einer Abrede in zulässige und überschießende Elemente aber über das reine Strukturkriterium hinausgehen und vielmehr an den Inhalt der Vereinbarung anknüpfen muss, hat der BGH zutreffend noch im selben Urteil festgestellt.

In ähnliche Richtung geht auch die europarechtliche Kommentarliteratur zu Fragen der Teilnichtigkeit. So wird für die Prüfung der Trennbarkeit zum Teil auf den eigenständigen Regelungsgehalt der übrigen Bestimmungen abgestellt.²³ Dabei sei von einer untrennbaren Einheit auszugehen, wenn der an sich zulässige Teil der Abrede von maßgeblicher Bedeutung für den kartellrechtswidrigen Teil der Ver-

¹⁷ BGH NJW 1989, 2681, 2682.

¹⁸ Ausführlich: MükoBGB/Basedow, § 306 BGB, Rn. 23. Zum *blue pencil test* und den dahinterstehenden Überlegungen: Beurskens, Rn. 228.

¹⁹ Auf den materiellen Regelungsgehalt einer Klausel stellt auch Uffmann, S. 175 ab (dort in Bezug auf Allgemeine Geschäftsbedingungen).

²⁰ Vgl. z. B. EuGH, Urteil vom 30. 6. 1966 – C-56/65 – Société Technique Minière, ECLI:EU:C:1966:38.

²¹ EuGH, Urteil vom 24. 4. 1997 – C-39/96 – Free Record Shop, ECLI:EU:C:1997:214, Rn. 16.

²² BGH NJW 1989, 2681, 2682.

²³ Vgl. z. B.: MükoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 640; Schröter/van der Hout, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 AEUV, Rn. 221. Anderer Ansicht: Weyer, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG, Rn. 138 m. w. N. (diese Frage sei nur bei der Beurteilung der Gesamtnichtigkeit nach nationalem Recht zu berücksichtigen).

einbarung ist.²⁴ Dies könne etwa angenommen werden, wenn der übrige Teil der Abrede die Funktion hat, die Wirkungen der kartellrechtswidrigen Teile zu fördern oder deren Durchsetzung zu erleichtern.²⁵

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass diese Ausführungen ausschließlich auf die Rechtsfolge der Teilnichtigkeit zugeschnitten sind. Im Zusammenhang mit der Methodik einer geltungserhaltenden Reduktion kommt der Frage des Funktionszusammenhangs²⁶ eine nur untergeordnete Bedeutung zu. Denn im Ergebnis wird der reduktionsfähige Inhalt einer Klausel immer in einem engen Funktionszusammenhang mit der überschießenden Klausel stehen. Denkt man nur an die Rückführung einer zeitlich überschießenden Vereinbarung, *dient* die zulässige, kürzere Laufzeit immer der Umsetzung der überschießenden, längeren. Sie ist schließlich *Teil* des Kartellverstoßes.

Übertragen auf die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion lässt sich auf Grundlage des Zusammenspiels von nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen daher zusammenfassen: Das Erfordernis der Teilbarkeit ist jedenfalls in den Fällen gegeben, in denen eigenständige, kartellrechtlich zulässige Elemente innerhalb der Abrede zu identifizieren sind, die zwar gegebenenfalls eine Umformulierung der Vereinbarung nötig machen, in ihrem Sinngehalt jedoch eindeutig von dem überschießenden und daher kartellrechtswidrigen Teil abzutrennen sind.

2. Die Bedeutung der quantitativen Teilbarkeit

Immer wieder fällt im Zusammenhang mit der Frage einer geltungserhaltenden Reduktion der Begriff der „quantitativen Teilbarkeit“, den der BGH etwa in einem Urteil aus dem Jahr 1988 ins Spiel brachte: Nach Sinn und Zweck des § 139 BGB sei es gerechtfertigt, „in begrenztem Umfang auch eine quantitative Teilbarkeit und eine entsprechende Teilnichtigkeit anzuerkennen.“²⁷ Später konkretisierte der BGH, der Begriff der quantitativen Teilbarkeit bedeute eine Aufspaltung der nichtigen Regelung „in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil“²⁸. Sie komme vor allem in

²⁴ *Schröter/van der Hout*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 AEUV, Rn. 221. In ganz ähnliche Richtung: MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 640. Mestmäcker/Schweitzer, § 23, Rn. 14 verweisen für die Frage der Trennbarkeit auf den Zweck von Art. 101 AEUV, die wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Vereinbarungen zu verhindern. Demnach seien die Teile nicht trennbar, die zur Wirksamkeit der verbotenen Klausel beitragen. Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 21 stellt unter anderem darauf ab, ob der an sich zulässige Teil dem verbotenen Inhalt „dient“.

²⁵ *Jaeger*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 20. In ähnliche Richtung: *Weyer*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG, Rn. 138 (an der Trennbarkeit fehle es, soweit die zulässige Klausel für das Zustandekommen oder die Durchsetzung der verbotenen Abrede von Bedeutung ist).

²⁶ *Füller*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 453 m. w. N.

²⁷ BGH NJW 1989, 834, 836.

²⁸ BGH NJW 2009, 1135, 1136.

Betracht, „wenn eine Vertragsklausel wegen des Übermaßes der in ihr enthaltenen Rechte oder Pflichten nichtig ist und angenommen werden kann, dass die Parteien bei Kenntnis dieses Umstands an ihrer Stelle eine auf das zulässige Maß beschränkte Regelung getroffen hätten.“²⁹

Entscheidend ist demnach der Aspekt des Übermaßes, also das Vorhandensein eines überschließenden Teils, der, soweit ein dahin gehender hypothetischer Parteiwille existiert, von einem zulässigen Rest getrennt werden kann.

In eine ähnliche Richtung gehen Stimmen in der Literatur, die verlangen, es müsse sich um ein mengenmäßiges und daher quantitativ teilbares Element handeln.³⁰ Klassisches Beispiel für einen quantitativen Verstoß sei etwa die zeitliche Überschreitung des rechtlich Zulässigen; denn die auf Dauer angelegte Beziehung könne unproblematisch in Teilabschnitte zerlegt und mit einer kürzeren Laufzeit aufrechterhalten werden.³¹ Auch sei für die quantitative Teilbarkeit einer Abrede charakterisierend, dass es im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung über die Reichweite dieser Abrede für beide Parteien unproblematisch möglich sei, durch Stellung entsprechend eingeschränkter Klage- oder Klageabweisungsanträge eine Reduktion auf das begehrte und als kartellrechtlich zulässig erachtete Maß zu erreichen.³² Daher wird zum Teil, auch in der europarechtlichen Literatur, für eine geltungserhaltende Reduktion nur im Falle der Überschreitung quantitativer Schwellen plädiert.³³

Leuchten Sinn und Zweck des Begriffs der quantitativen Teilbarkeit vor diesem Hintergrund unmittelbar ein, stellt sich dennoch die Frage, wovon er eigentlich abzugrenzen ist. Gibt es auch eine qualitative Teilbarkeit? Oder liegt Teilbarkeit nur vor, wenn eine Regelung in sich quantifizierbar ist? Sind also im Ergebnis nur quantitativ überschließende Abreden teilbar und daher einer geltungserhaltenden Reduktion zugänglich? Wenn dem so ist, wonach bemisst sich, ob ein Verstoß qualitativer oder quantitativer Natur ist?

In der Kommentarliteratur vermischt sich der Begriff des qualitativen Kartellrechtsverstoßes zum Teil mit dem der sachlichen Reichweite eines Wettbewerbsverbots.³⁴ An dieser Stelle jedenfalls kann die Grenze wohl nicht verlaufen, ist doch selbst der sachlich-gegenständliche Umfang eines Wettbewerbsverbots quantifi-

²⁹ BGH NJW 2009, 1135, 1136 m. w. N.

³⁰ Vgl. etwa *Canaris*, Der Betrieb 2002, Heft 18, S. 930, 932; MüKoBGB/*Busche*, § 139 BGB, Rn. 25.

³¹ *Krauß*, in: *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar, Bd. 1, § 1 GWB, Rn. 348.

³² *Hirte*, ZHR 154 (1990), S. 443, 459.

³³ So z. B. *Füller*, in: *Kölner Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 465.

³⁴ *Kling/Thomas*, § 19, Rn. 217: Wettbewerbsverbote, die in qualitativer Hinsicht wegen ihres sachlichen Umfangs zu weit gehen, seien der geltungserhaltenden Reduktion nach der Rechtsprechung nicht zugänglich.

zierbar. Beispielhaft sei nur die Anzahl der Produkte genannt, die zulässigerweise Gegenstand eines Wettbewerbsverbots sein können.³⁵

Der BGH führte in Abgrenzung zur quantitativen Überschreitung der zulässigen Grenzen bei der Beurteilung eines sittenwidrigen Wettbewerbsverbots zu Lasten des ausscheidenden Gesellschafters einer Tierarztpraxis aus, hier müsse „das Gericht auf den übrigen Inhalt des sittenwidrigen Geschäfts rechtsgestaltend einwirken, um den Einklang mit der Rechtsordnung herzustellen.“³⁶ In diesen Fällen gehe es also „nicht mehr lediglich darum, eine bloß quantitativ zu weitgehende, im übrigen aber von dem anzuerkennenden Willen der Parteien getragene Regelung auf das zulässige Maß zurückzuführen.“³⁷

Wesentliches Abgrenzungskriterium scheint aus Sicht des BGH also das Ausmaß der erforderlichen Einwirkung auf den Vertragsinhalt zu sein.³⁸ So wird die Möglichkeit einer qualitativen Rückführung zum Teil auch in der Literatur mit der dazu erforderlichen, den Gestaltungsspielraum des Gerichts (angeblich) weit überschreitenden richterlichen Einwirkung auf den Vertrag abgelehnt.³⁹

Auch hier bleibt aber fraglich: Wo verläuft die Grenze zwischen (gegebenenfalls zulässiger) quantitativer Rückführung und (unzulässiger) qualitativer Rückführung? Ist etwa die Aufrechterhaltung der unwirksamen Regelung, einen Gesellschafter nach freiem Ermessen auszuschließen, mit dem Inhalt, dass der Ausschluss bei Vorliegen eines wichtigen Grundes erklärt werden kann, qualitativer oder quantitativer Natur? Eine solche Klausel lag der BGH-Entscheidung in Sachen Ausschließungsklausel zugrunde.⁴⁰ Eine Einordnung nach Quantität oder Qualität des Verstoßes erfolgt hier nicht. Und doch kann eine solche Umformulierung nur schwerlich als rein mengenmäßige Rückführung einer überschießenden Abrede bezeichnet werden. In dem betreffenden Fall entschied sich der BGH dennoch für die Aufrechterhaltung der Vertragsklausel mit abgeändertem Inhalt.

In der Literatur wird als Beispiel für qualitative Verstöße etwa die klassische Preisabsprache genannt.⁴¹ Hier scheint der Gedanke maßgeblich, dass es sich um einen *per se*-Verstoß handelt, der nicht durch Rückführung seines Umfangs beseitigt werden kann. Unabhängig von Laufzeit, erfasstem geografischen Gebiet und betroffener Produktpalette ist eine Preisabsprache ein Kartellverstoß. Aber ist tatsächlich die *Qualität* des Verstoßes entscheidendes Kriterium für die Analyse der Teilbarkeit? Zeigt nicht gerade das Beispiel der Ausschließungsklausel, dass nicht nur rein zahlenmäßig fassbare Inhalte einen zulässigen Kern enthalten können?

³⁵ Siehe dazu im Detail unter D.II.3. (S. 121 ff.).

³⁶ BGH NJW 1997, 3089, 3090.

³⁷ BGH NJW 1997, 3089, 3090.

³⁸ BGH NJW 1997, 3089, 3090.

³⁹ Krauß, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, Bd. 1, § 1 GWB, Rn. 348.

⁴⁰ BGH NJW 1989, 2681. Weitere Beispiele für eine Teilung durch Modifizierung des Vertragsinhalts bei MüKoBGB/Busche, § 139 BGB, Rn. 25 ff.

⁴¹ Schröter/van der Hout, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 AEUV, Rn. 225.

Tatsächlich wird die relevante Klausel nur in seltenen Fällen zweifelsfrei und nach objektiven Maßstäben als quantitativ oder qualitativ überschließend zu charakterisieren sein. Dies zeigt auch das folgende Beispiel, das bereits unter B.II.2.a)aa)⁴² aufgeworfen wurde:

Die Parteien eines Unternehmenskaufvertrags vereinbaren ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für jeweils 2 Jahre zu Lasten des Verkäufers und zu Lasten des Käufers.

Unter Heranziehung der Grundsätze aus der Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden ist davon auszugehen, dass allein das Wettbewerbsverbot zu Lasten des Verkäufers mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbunden und für diesen notwendig ist. Denn nur der Erwerber hat ein schutzwürdiges Interesse daran, den vollständigen Wert des übertragenen Vermögens zu erhalten und zu diesem Zweck in gewissem Umfang vor Wettbewerbshandlungen des Veräußerers geschützt zu werden.⁴³ Der Schutz des Verkäufers vor Wettbewerbshandlungen des Erwerbers ist hingegen mit dem Zusammenschluss weder verbunden noch für diesen notwendig. Unter der Annahme, dass eine Einzelfreistellung vorliegend nicht in Betracht kommt, ist die Abrede daher kartellrechtlich unzulässig.

Handelt es sich bei dem vereinbarten Wettbewerbsverbot nun um einen quantitativen oder qualitativen Kartellverstoß? Die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots zu Lasten des Käufers ist unabhängig von Geltungszeit, -raum und -umfang eine Kartellabsprache. Die Rückführung eines rein mengenmäßigen Übermaßes kommt nicht in Betracht. Das Wettbewerbsverbot zu Lasten des Verkäufers begegnet vorliegend hingegen keinen kartellrechtlichen Bedenken. Damit besteht einerseits die Möglichkeit einer qualitativen Teilung der Abrede, durch die der richtige Teil (zu Lasten des Käufers) von dem zulässigen Teil (zu Lasten des Verkäufers) abgetrennt wird. Andererseits ist die Vereinbarung insofern quantifizierbar, als es sich um zwei Wettbewerbsverbote handelt, von denen eins kartellrechtlich unzulässig ist. Eine eindeutige Einordnung in die Kategorien der qualitativen oder quantitativen Teilbarkeit ist hier im Ergebnis nicht möglich.

Sie ist jedoch letztlich auch gar nicht erforderlich. Inhaltlich erschöpft sich die Differenzierung zwischen quantitativer und qualitativer Teilbarkeit ohnehin in dieser einen relevanten Frage: Enthält die Abrede ein vom Verstoß trennbares, kartellrechtlich zulässiges Element, auf das sie zurückgeführt werden kann? Allein darauf muss es für die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion ankommen.

So wird auch in der Literatur zum Teil von der Differenzierung Abstand genommen.⁴⁴ Dies erscheint vorzugswürdig, hat doch die Einordnung in entsprechende

⁴² S. 45 ff.

⁴³ Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden, Rn. 18.

⁴⁴ In diese Richtung, allerdings im Zusammenhang mit der geltungserhaltenden Reduktion von Allgemeinen Geschäftsbedingungen: *Uffmann*, S. 23 (Quantität sei nichts anderes als der numerische Ausdruck einer bestimmten Qualität).

Teilbarkeitskategorien bezüglich der Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion im Ergebnis keinen substantiellen Mehrwert.

3. Formbasierter Ausschluss der Teilbarkeit?

Letztlich stellt sich die Frage, ob für bestimmte Formen von Vereinbarungen eine geltungserhaltende Reduktion von vornherein ausgeschlossen ist. Dies betrifft den Bereich der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen, *Hardcore-Kartellabsprachen* sowie Kernbeschränkungen.⁴⁵ Argumentative Grundlage bildet die Feststellung, dass diese Formen von Kartellverstößen von vornherein keinen reduktionsfähigen Inhalt aufweisen.⁴⁶

In der Tat wird eine geltungserhaltende Reduktion in den klassischen Fällen bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen bzw. bei Kernbeschränkungen und *Hardcore-Absprachen* bereits an der Frage der Teilbarkeit scheitern, die methodische Grundvoraussetzung für das Instrument ist. Enthält die Vereinbarung keinen kartellrechtlich zulässigen Kern, auf den sie reduziert werden könnte, scheidet eine geltungserhaltende Reduktion aus. Eine grundlegende formbasierte Differenzierung vorzunehmen, ohne den Besonderheiten des Einzelfalls und dem konkreten Inhalt der Vereinbarung Rechnung zu tragen, erscheint jedoch aus den folgenden Gründen wenig zweckmäßig.

Zunächst führt die Differenzierung zwischen bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkung ein neues Element in die Analyse ein, das bei strenger Orientierung an den entwickelten Grundsätzen überflüssig ist und in Zweifelsfällen zu unsauberen Ergebnissen führen kann. So kann die Abgrenzung zwischen bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall hoch komplex sein.⁴⁷ Die Grenzen zwischen beiden Formen der Koordinierung, deren Definition im Wesentlichen auf bestehendem Erfahrungswissen beruht, können sich aufgrund neuer Erkenntnisse verschieben.⁴⁸ Konzeptionell ist auch zu berücksichtigen, dass selbst bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen im Einzelfall Gegenstand einer Freistel-

⁴⁵ Zur Abgrenzung der Begriffe vgl. *Grave/Nyberg*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 272 f. inklusive Schaubild.

⁴⁶ Für den Bereich der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen: *Füller*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 465. Für Kernbeschränkungen und *Hardcore-Kartelle*: *MüKoEuWettBR/Säcker/Jaeks*, Art. 101 AEUV, Rn. 653.

⁴⁷ Unter kritischem Hinweis auf die Entwicklungen in der neueren europäischen Rechtsprechung, die die Tendenz zu einer Aufweichung der klaren Abgrenzung beider Alternativen erkennen lasse: *Schröter/Voet van Vormizeele*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer*, 2 B, Rn. 121 ff.

⁴⁸ *Füller*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 209: „Was dierinst als ‚bewirkte Wettbewerbsbeschränkung‘ galt, kann als ‚bezweckte Wettbewerbsbeschränkung‘ angesehen werden (und umgekehrt), sobald die empirische Erkenntnis über typische wettbewerbsschädliche Folgen einer Koordination sich wandelt.“

lung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV sein können.⁴⁹ Es ist also nicht von vornherein ausgeschlossen, dass eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung derart wettbewerbsfördernde und/oder effizienzsteigernde Elemente enthält, dass sie nicht unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt. Sind diese Elemente von dem Rest der Vereinbarung trennbar, besteht daher kein Anlass, eine geltungserhaltende Reduktion bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen kategorisch auszuschließen.

Gleichermaßen gilt für die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion von Kernbeschränkungen bzw. *Hardcore*-Kartellen. Die Tatsache, dass eine Absprache unter eines der Regelbeispiele des Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt, schließt eine Freistellung im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht aus.⁵⁰ Und dies trotz grundsätzlich geltenden *per se*-Verbots. Auch hier ist also nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Effizienzen im Einzelfall überwiegen und ein wettbewerbsfördernder Kern der Absprache zur Einzelfreistellung führt (auch wenn dies in der Praxis nicht häufig vorkommen dürfte⁵¹). Diesem Gedankengang folgend, scheint es weder erforderlich noch zweckmäßig, die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion für Kernbeschränkungen und *Hardcore*-Kartelle kategorisch auszuschließen.⁵²

Kernfrage sollte wiederum vielmehr sein, ob die Vereinbarung im Einzelfall ein kartellrechtlich unbedenkliches, vom Rest trennbares Element enthält. Im Horizontalverhältnis ist bei *Hardcore*-Kartellen an klassische Preisabsprachen, Kunden- sowie Gebietsaufteilungen zu denken. Einen kartellrechtlich zulässigen Kern etwa innerhalb einer Preisabsprache zu identifizieren, wird jedoch kaum möglich sein – diese Koordinierungsform ist gedanklich in keinen Kontext zu setzen, in dem sie in teilweiser Hinsicht kartellrechtlich unbedenklich ist. Auch horizontale Kunden- und Gebietsaufteilungen werden in aller Regel keinen quantitativ oder qualitativ reduzierbaren Kern enthalten. Die geltungserhaltende Reduktion horizontaler

⁴⁹ EuG, Urteil vom 15.9.1998 – T-374/94, 375/94, 384/94 und 388/94 – European Night Services, ECLI:EU:T:1998:198, Rn. 136. *Füller*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 205; *Grave/Nyberg*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 273 (die Einzelfreistellung sei „möglich, aber wenig wahrscheinlich“); *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 313.

⁵⁰ *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 414; *Schröter/Voet van Vormizeele*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, 2 B, Rn. 132; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 211.

⁵¹ So auch *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 211: Der Beispielkatalog begründe keine absoluten Verbote; bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen, wie Preisabsprachen oder Marktaufteilungen, würden die Freistellungsvoraussetzungen jedoch in aller Regel nicht erfüllen.

⁵² Anderer Ansicht: MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 653 (bei Abreden wie etwa Preis- und Marktaufteilungsabsprachen stelle sich die Frage des Verbots einer Anpassung nicht mehr); in diese Richtung wohl auch *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 29 (es gehe um eine quantitative Reduktion überschließender, nicht schon *per se* verbotener Bindungen).

Hardcore-Absprachen wird daher (in aller Regel) an der Machbarkeit scheitern, da das Erfordernis der Teilbarkeit nicht erfüllt sein wird.

Dennoch sollte eine geltungserhaltende Reduktion methodisch auch im Bereich von *Hardcore*-Absprachen bzw. Kernbeschränkungen nicht kategorisch ausgeschlossen werden. Deutlich wird dies in Fällen, in denen die Grenze zwischen kartellrechtlich verbotenem und zulässigem Verhalten fließend ist. Dies betrifft insbesondere Vereinbarungen im Bereich von Vertikalverhältnissen, wie etwa der Preisbindung der zweiten Hand (Retail Price Maintenance, *RPM*) oder Exklusivabreden in Vertriebsverträgen, die durchaus teilbare Inhalte aufweisen können und in diesem – wenn auch *nur* in diesem – Fall einer geltungserhaltenden Reduktion zugänglich sein sollten.

Die Möglichkeit der Teilbarkeit vertikaler Kernbeschränkungen soll anhand des folgenden Beispiels einer *RPM*-Klausel illustriert werden, welches bereits unter B.II.2.b)⁵³ aufgeworfen wurde:⁵⁴

Lieferant A hat auf dem relevanten Markt, auf dem er sein Produkt X anbietet, einen Marktanteil von 10 %. Sein Abnehmer B hat auf dem relevanten Bezugsmarkt für Produkt X einen Marktanteil von 15 %. A spricht gegenüber B die Verpflichtung aus, einen konkret genannten Preis für Produkt X weder zu über- noch zu unterschreiten. Dabei ist der Preis so gewählt, dass er faktisch durchaus Spielraum für B lassen würde, einen autonomen Preis zu setzen.

Bei dieser Abrede handelt es sich um einen Anwendungsfall von Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV, da durch diese Maßnahme ein Lieferant gegenüber seinem Abnehmer den Preis festsetzt, zu dem dieser das Produkt weiterverkaufen darf.⁵⁵ Der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 330/2010 (*Vertikal-GVO*) unterfallen hingegen (in ihrem Anwendungsbereich) die Festsetzung von Höchstpreisen sowie das Aus sprechen von unverbindlichen Preisempfehlungen.⁵⁶ Die Marktanteilsschwellen gemäß Art. 3 Abs. 1 *Vertikal-GVO* werden vorliegend nicht überschritten, sodass eine Anwendung grundsätzlich in Betracht kommt.

Die hier vorliegende Abrede ist klar trennbar in einen abgrenzbaren, kartellrechtlich unbedenklichen und in einen überschießenden Teil: Die Festsetzung des Höchstpreises (also die Pflicht des Abnehmers B, den vom Lieferanten A gewählten Preis nicht zu überschreiten) dürfte kartellrechtlich unbedenklich sein.⁵⁷ Insbesondere wirkt sie faktisch nicht wie eine Mindestpreisfestsetzung, da der von A vor

⁵³ S. 48 f.

⁵⁴ Zusätzlich zur Frage der Teilbarkeit stellt sich bei Kernbeschränkungen im Anwendungsbereich von Gruppenfreistellungsverordnungen die Frage, ob eine geltungserhaltende Reduktion aufgrund der dort enthaltenen Regelungssystematik ausgeschlossen ist. Siehe dazu unter E.III. (S. 207 ff.).

⁵⁵ *Füller*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 291.

⁵⁶ Art. 4 lit. a *Vertikal-GVO*.

⁵⁷ Vgl. zu der nicht eindeutig geklärten Frage, ob Art. 101 Abs. 1 AEUV überhaupt auf Höchstpreisbindungen anwendbar ist: *Schultze/Pautke/Wagener*, Rn. 537 ff.

geschriebene Preis unterschritten werden könnte.⁵⁸ Die Pflicht des Abnehmers B, den vom Lieferanten A gewählten Preis nicht zu unterschreiten, stellt hingegen eine unzulässige Preisfestsetzung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV dar. Die Vereinbarung könnte daher auf den kartellrechtlich zulässigen Kern, die Festsetzung des Höchstpreises, reduziert werden. In diesem Fall wäre nicht die gesamte vertikale Preisabsprache nichtig gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV, sondern nur insoweit, als sie die Festsetzung eines Mindestverkaufspreises enthält.

Dieses Beispiel zeigt, dass eine Vereinbarung unter Umständen durchaus als Kernbeschränkung eingeordnet werden, gleichzeitig aber ein kartellrechtlich unbedenkliches, im Beispielsfall sogar wettbewerblich wünschenswertes Element beinhalten kann. Hier eine kategorische Ausnahme von der Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion zu machen, erscheint weder angemessen noch zweckmäßige. Unter Heranziehung der entwickelten allgemeinen Maßstäbe muss es vielmehr darauf ankommen, ob die Vereinbarung auf einen kartellrechtlich zulässigen Teil reduziert werden kann. Da dies, wie gezeigt, auch bei Kernbeschränkungen denkbar ist, muss eine geltungserhaltende Reduktion unabhängig von der Art und Form der Klausel möglich sein.

II. Inhaltliche Anknüpfungspunkte für die Frage der Teilbarkeit

Systematisch kommen für die Frage der Teilbarkeit drei verschiedene Anknüpfungspunkte in Betracht, nämlich die zeitliche (1.), räumliche (2.) sowie sachliche (3.) Dimension. Die zu diesen Bereichen ergangene Rechtsprechung wird im folgenden Abschnitt diskutiert und kritisch hinterfragt.

1. Zeitliche Teilbarkeit

Die im allgemeinen Zivil- und Kartellrecht wohl am häufigsten auftretende und daher auch in Literatur und Rechtsprechung am ausführlichsten behandelte Konstellation ist die zeitlich überschießende Abrede, etwa in Form eines Wettbewerbsverbots oder einer Bezugsbindung. Anhand der bisher ergangenen Rechtsprechung und einschlägigen Literatur soll geprüft werden, ob und wie zeitliche Abschnitte in einzelne Elemente zerteilt werden können (a)). Anschließend wird das eingangs aufgeworfene Beispiel zur zeitlichen Teilbarkeit eines Wettbewerbsverbots näher erläutert (b)).

⁵⁸ Vgl. für den anders gelagerten Fall, in dem der angebliche Höchstpreis so niedrig ist, dass er praktisch nie unterschritten wird: *Füller*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 4 Vertikal-GVO, Rn. 29, m. w. N.

a) Sind Zeitspannen teilbar?

Die Frage der Teilbarkeit von Zeiträumen in einen zulässigen und einen überschließenden, daher nichtigen Teil beschäftigte den BGH erstmals im Zusammenhang mit der Laufzeit von Bierbelieferungsverträgen, die als klassische vertikale Bezugsbindung heute in den Anwendungsbereich der Vertikal-GVO fallen. Die Zivilsenate des BGH überprüften die oft über Jahrzehnte dauernden Belieferungsbindungen seinerzeit ausschließlich im Hinblick auf ihre mögliche Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB.

Bereits das Reichsgericht hat sich in den Jahren 1910⁵⁹ und 1911⁶⁰ mit der Frage auseinandergesetzt, ob ein auf zu lange Zeit abgeschlossener und deswegen sittenwidriger Bierbelieferungsvertrag auf eine angemessene zeitliche Bindung zurückgeführt werden kann. Das Gericht lehnte eine solche Reduktion damals mit der Begründung ab, das „vermeintlich Geringere [sei] vom Standpunkt der Parteien aus, der allein entscheidet, nicht etwas Geringeres sondern etwas anderes.“⁶¹ Die Parteien hätten die Möglichkeit der Nichtigkeit bei Vertragsschluss gar nicht in Betracht gezogen und für diesen Fall auch keinerlei Abkommen getroffen; eine Rückführung auf ein zeitlich unbedenkliches Maß komme daher nicht in Betracht.⁶²

Diese Rechtsprechung hat der BGH jedoch im Jahre 1972 mit einem Verweis auf die Rechtslage bei Miet- und Pachtverträgen aufgegeben: Hier entspreche es der allgemeinen Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum, dass gegen die Zerlegung langfristiger Miet- und Pachtverträge, die lediglich wegen ihrer zu langen Laufzeit unwirksam sind, in Zeitabschnitte keine Bedenken bestehen. Diese Zerlegung erfolge derart, „daß [die Zeitabschnitte] sich als Teile eines ganzen Vertrages i. S. des § 139 BGB darstellen – mit der Folge, daß sie bei einem entsprechend bestehenden oder zu vermutenden Parteiwillen mit einer kürzeren, nicht zu beanstandenden Laufzeit aufrechterhalten bleiben.“⁶³ Es seien keine Gründe ersichtlich, diesen Grundsatz nicht auch auf Bierlieferungsverträge, die lediglich wegen ihrer zu langen Laufzeit gegen die guten Sitten verstößen, anzuwenden.⁶⁴

Die Zivilsenate des BGH beziehen sich im Rahmen dieser Rechtsprechung ausdrücklich auf die Fälle von sittenwidrigen Vereinbarungen und damit auf Verstöße gegen § 138 BGB. Ob für Verstöße gegen das Kartellverbot aus § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB bzw. Art. 101 AEUV Gleiches gilt, ließ der BGH jedenfalls zuletzt in seinem Urteil in Sachen Restkaufpreis im Jahre 2004 ausdrücklich offen.⁶⁵

⁵⁹ RG RGZ 76, 33.

⁶⁰ RG RGZ 76, 78.

⁶¹ RG RGZ 76, 78, 80.

⁶² RG RGZ 76, 78, 80.

⁶³ BGH NJW 1972, 1459.

⁶⁴ BGH NJW 1972, 1459.

⁶⁵ BGH WuW 2004, 1051, 1052 – Restkaufpreis.

Im konkreten Fall musste die Thematik im Ergebnis nicht entschieden werden, da es sich um einen Altvertrag handelte, der erst nachträglich in den Anwendungsbe- reich des Kartellverbots gefallen war. Etwaige Präventionsgesichtspunkte kamen nach Auffassung des BGH daher nicht zum Tragen, vielmehr hatte eine möglichst schonende Anpassung zu erfolgen. Dennoch warf der BGH jedenfalls den Gedanken auf, dass im Falle eines Verstoßes gegen das Kartellverbot gegebenenfalls eine strengere Handhabung angezeigt sei. Das Argument liege darin, „dass die Parteien, die eine als Kartell zu beurteilende Vereinbarung geschlossen haben, nicht dadurch belohnt werden sollen, dass der Vertrag in dem gerade noch zulässigen Maße aufrechterhalten bleibt.“⁶⁶

Dies, obwohl in vorangegangenen Fällen jedenfalls die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion zeitlich überschießender und daher kartellrechtswidriger Vereinbarungen erwogen worden war. In Sachen Heizkessel-Nachbau⁶⁷ führte der BGH aus, ein auf drei Jahre vereinbartes Wettbewerbsverbot könne für die Dauer eines Jahres als einer jedenfalls angemessenen Zeitdauer aufrechterhalten werden, da Bedenken gegen das Wettbewerbsverbot allein aus seiner zeitlichen Dauer, nicht aber aus seinem übrigen Inhalt hergeleitet werden könnten.⁶⁸ Dies steht im Einklang mit den Ausführungen des BGH nur wenige Jahre zuvor in Sachen Holzpaneelle,⁶⁹ einem Fall, in dem es ebenfalls um die zeitliche Geltung eines Wettbewerbsverbots ging. Damals führte der BGH aus, es komme darauf an, *inwieweit* ein Wettbewerbsverbot zur Übertragung des Unternehmens mit seinen Kundenbeziehungen erforderlich sei. Soweit dieses notwendige Maß überschritten werde, komme § 1 GWB zur Anwendung.⁷⁰

Auch in einem aktuelleren Fall aus dem Jahre 2018 hat der BGH ausdrücklich festgestellt, dass im Falle einer überlangen Vertragsdauer und einer daraus resultierenden Wettbewerbsverletzung dieser Verstoß jedenfalls nicht zur Nichtigkeit der Verlängerungsklausel von Beginn an führt, sondern vielmehr eine geltungserhaltende Reduktion vorzunehmen ist.⁷¹ Denn bei Wettbewerbsbeschränkungen, deren Unzulässigkeit aus der vereinbarten Dauer folgt, bestehe grundsätzlich die Möglichkeit, sie im Wege einer geltungserhaltenden Reduktion auf das zeitlich zulässige Maß zurückzuführen.⁷²

In eine ähnliche Richtung geht die Entscheidung der Europäischen Kommission in Sachen Nutricia,⁷³ die durch den EuGH im Jahre 1985 bestätigt wurde.⁷⁴ Die

⁶⁶ BGH WuW 2004, 1051, 1052 – Restkaufpreis.

⁶⁷ BGH GRUR 1984, 753 – Heizkessel-Nachbau.

⁶⁸ BGH GRUR 1984, 753 – Heizkessel-Nachbau (Volltext bei juris, Rn. 29).

⁶⁹ BGH NJW 1982, 2000 – Holzpaneelle.

⁷⁰ BGH NJW 1982, 2000, 2001 – Holzpaneelle.

⁷¹ BGH NZKart 2018, 372, 375 – Busverkehr im Altmarkkreis.

⁷² BGH NZKart 2018, 372, 375 – Busverkehr im Altmarkkreis.

⁷³ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 12.12.1983 – 83/670/EWG – Nutricia, ABl. L 376, 31.12.1983, S. 22.

Wettbewerbsverbote im „Soßen“- und „Pickles-Abkommen“ wurden beide als zeitlich über das erforderliche Maß hinausgehend eingestuft.⁷⁵ Ein Zeitraum von 4 bzw. 2 Jahren stelle hier die äußerste Grenze des Zulässigen dar. Die Laufzeit von 10 bzw. 5 Jahren sei objektiv nicht erforderlich, sodass die „entsprechenden Bestimmungen (...) *insoweit* in den Anwendungsbereich des Artikels 85 Absatz 1“ fielen.⁷⁶ So stellte die Europäische Kommission hinsichtlich der zeitlichen Geltung der Vereinbarungen abschließend fest, das Wettbewerbsverbot im Soßen-Abkommen stelle „seit dem 1. Oktober 1983 eine Zu widerhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag dar“⁷⁷ und das Wettbewerbsverbot im Pickles-Abkommen „seit dem 4. Juli 1982“⁷⁸. Jedenfalls betreffend die Ausführungen des Soßen-Abkommens bestätigte der EuGH diese Einschätzung vollumfänglich.⁷⁹

Gleiches gilt für die Entscheidung der Europäischen Kommission in Sachen Tesco: Die Freigabe des Transaktionsvorhabens wurde nur unter Beschränkung des Wettbewerbsverbots auf das Maß erteilt, „what the implementation of the concentration reasonably requires.“⁸⁰ Hinsichtlich der zeitlichen Geltung des Wettbewerbsverbots sah die Europäische Kommission nur eine Laufzeit von 3 Jahren als gerechtfertigt an.⁸¹ Die Freigabe erfasste das Transaktionsvorhaben daher nur in diesem Umfang.⁸²

Zwar hat sich das Bundeskartellamt nicht explizit für die teilweise zeitliche Aufrechterhaltung einer kartellrechtswidrigen Klausel ausgesprochen, von deren Teilbarkeit scheint es jedoch offensichtlich auszugehen: In Sachen Franconia⁸³ beschäftigte sich die zuständige Beschlussabteilung mit sogenannten Radiusklauseln in Mietverträgen. Konkret enthielten Mietverträge der Franconia GmbH, Betreiberin eines Einkaufszentrums, ein Wettbewerbsverbot, das ihren Mietern für die gesamte Laufzeit des Mietverhältnisses (10 Jahre) die Anmietung eines Ladenlokals in einem

⁷⁴ EuGH, Urteil vom 11. 7. 1985 – C-42/84 – Remia Nutricia, ECLI:EU:C:1985:327.

⁷⁵ Näher zum Hintergrund und zu den Beteiligten des Verfahrens siehe unter C.II.1.c (S. 59 ff.).

⁷⁶ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 12. 12. 1983 – 83/670/EWG – Nutricia, ABI. L 376, 31. 12. 1983, S. 22, Rn. 31 betreffend das Soßen-Abkommen und Rn. 34 f. betreffend das Pickles-Abkommen. Hervorhebung durch die Verfasserin.

⁷⁷ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 12. 12. 1983 – 83/670/EWG – Nutricia, ABI. L 376, 31. 12. 1983, S. 22, Artikel 1 der Entscheidung.

⁷⁸ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 12. 12. 1983 – 83/670/EWG – Nutricia, ABI. L 376, 31. 12. 1983, S. 22, Artikel 2 der Entscheidung.

⁷⁹ EuGH, Urteil vom 11. 7. 1985 – C-42/84 – Remia Nutricia, ECLI:EU:C:1985:327. Umfassend zu der Einschätzung des EuGH siehe unter C.II.1.c (S. 59 ff.).

⁸⁰ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 4. 2. 1993 – IV/M.301 – Tesco, ABI. C 4, 8. 1. 1993, S. 2, Rn. 11.

⁸¹ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 4. 2. 1993 – IV/M.301 – Tesco, ABI. C 4, 8. 1. 1993, S. 2, Rn. 13.

⁸² Entscheidung der Europäischen Kommission vom 4. 2. 1993 – IV/M.301 – Tesco, ABI. C 4, 8. 1. 1993, S. 2, Rn. 15: „(...) to the extent described above.“

⁸³ Beschluss des Bundeskartellamts vom 26. 2. 2015 – B1 – 62/13 – Franconia.

anderen Einkaufszentrum innerhalb eines Umkreises von 150 km verbieten sollte. Das Bundeskartellamt stellte fest, dass Franconia auf die entsprechenden Radiusklauseln eigentlich gänzlich hätte verzichten können. Jedoch beschränkte die Beschlussabteilung „aus Ermessensgründen – in Orientierung an der zulässigen Dauer für Wettbewerbsverbote nach den Vertikalleitlinien und mit Blick auf die grundsätzlich 10jährige Laufzeit der Mietverträge – ihren Beschluss auf Radiusklauseln mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren nach erstmaligem Abschluss eines Mietvertrags.“⁸⁴ Daher verpflichtet die Beschlussabteilung Franconia, „die weitere Durchführung des (...) Wettbewerbsverbots abzustellen, soweit die Radiusklausel über (...) eine Laufzeit von 5 Jahren nach erstmaligem Abschluss des Mietvertrags hinausgeht.“⁸⁵

Ob das Bundeskartellamt hier tatsächlich das Wettbewerbsverbot in zeitlicher Hinsicht geltungserhaltend reduzieren wollte, ist fraglich. Denn in Ziffer 2 des Beschlusses ordnet es die Verpflichtung der Betroffenen an, die weitere Durchführung der kartellrechtswidrigen Wettbewerbsverbote abzustellen – eine Einschränkung auf den überschießenden Teil der Klauseln ist darin nicht ausdrücklich enthalten.⁸⁶ Zweifelsohne scheint das Bundeskartellamt aber jedenfalls von der zeitlichen Teilbarkeit des überschießenden Wettbewerbsverbots auszugehen.

Dies erscheint konsequent. Die Laufzeit einer vertraglichen Vereinbarung ist unproblematisch in einzelne Teilabschnitte, z. B. nach Tagen, Wochen, Monaten oder Jahren, trennbar.⁸⁷ Der Teil der Laufzeit, der den kartellrechtlich unbedenklichen Rahmen überschreitet, kann methodisch sauber und zweifelsfrei von dem zulässigen Rest abgetrennt werden.⁸⁸ Soweit etwa ein Wettbewerbsverbot über den Umfang hinausgeht, der zur Verwirklichung der Zwecke einer Unternehmensveräußerung erforderlich ist, kann es als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert werden.⁸⁹ Die einzelnen Zeitabschnitte stellen sich also als eigenständige Teile eines ganzen Vertrags dar. Im deutschen Recht eröffnen sie so den Anwendungsbereich des § 139 BGB.⁹⁰

⁸⁴ Beschluss des Bundeskartellamts vom 26.2.2015 – B1–62/13 – Franconia, Rn. 345 f.

⁸⁵ Beschluss des Bundeskartellamts vom 26.2.2015 – B1–62/13 – Franconia, Rn. 339.

⁸⁶ Dies könnte allenfalls aus der Bezugnahme auf Ziffer 1 des Beschlusses geschlossen werden.

⁸⁷ So auch *Krauß*, in: *Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar*, Bd. 1, § 1 GWB, Rn. 348.

⁸⁸ *Maritz*, in: *Kölner Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 1, § 1 GWB, Rn. 393.

⁸⁹ EuGH, Urteil vom 11.7.1985 – C-42/84 – *Remia Nutricia*, ECLI:EU:C:1985:327, Rn. 47.

⁹⁰ BGH NJW 1972, 1459. Anderer Ansicht: *Uffmann*, S. 24 (Teilbarkeit eines Rechtsgeschäfts bedeute die Aufteilung in mehrere rechtsgeschäftliche Regelungen; 10 sei zwar numerisch ein Teil von 20, jedoch kein selbständiges Rechtsgeschäft im Sinne einer eigenständigen Rechtsfolgenregelung); *Zimmermann*, S. 75 (bei der Vereinbarung unterschiedlicher Laufzeiten handle es sich jeweils um ein aliud; dort auch umfassend zur „quantitativen Teilnichtigkeit“ im Rahmen des § 139 BGB, die nach Auffassung des Autors nicht existiert, S. 60 ff.). Zur Rolle des § 139 BGB im vorliegenden Kontext siehe unter B.I.1.b) (S. 27 ff.).

Auch ist zu bedenken, dass im Streitfall über das zeitlich zulässige Maß unproblematisch entsprechende Klage- oder Klageabweisungsanträge gestellt werden können.⁹¹ Der Zeitraum, auf dessen Aufrechterhaltung der hypothetische Parteiwille nach geltungserhaltender Reduktion gerichtet ist, kann daher im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung zweifelsfrei ermittelt werden. Auch prozessual bestehen daher keine Bedenken gegen die Teilbarkeit von Zeiträumen.

b) Praktisches Anwendungsbeispiel

An dieser Stelle sei auf das eingangs unter B.II.2.a)aa)⁹² aufgeworfene Beispiel Bezug genommen, soweit es die Überschreitung der zeitlich zulässigen Grenzen betrifft:

Die Parteien eines Unternehmenskaufvertrags vereinbaren ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu Lasten des Verkäufers des Zielunternehmens für 10 Jahre. Gegenstand der Unternehmensübertragung ist neben Maschinen und Software auch Schlüsselpersonal, das aus Angestellten besteht, die zum Teil bereits seit über 15 Jahren in dem Betrieb tätig sind und die Arbeitsabläufe in- und auswendig kennen.

Hier kommt eine Übertragung der Grundsätze aus der Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden in Betracht. Demnach ist die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots zu Lasten des Veräußerers für einen Zeitraum von 3 Jahren zulässig, wenn auch Know-how Gegenstand der Unternehmensübertragung ist.⁹³ Vorliegend sind keine Umstände ersichtlich, aus denen eine abweichende Beurteilung im Einzelfall folgen könnte. Die Zeitspanne von 10 Jahren kann unproblematisch in Teile zerlegt werden, nämlich in den Zeitraum von unbedenklichen 3 und überschießenden 7 Jahren. Demnach wäre eine geltungserhaltende Reduktion auf 3 Jahre möglich. Soweit das Wettbewerbsverbot diese Zeit überschreitet, ist es nichtig.

2. Räumliche Teilbarkeit

Die Rechtsprechung zur Rückführung räumlich überschießender Abreden auf einen zulässigen Kern ist weniger übersichtlich und uneinheitlich im Vergleich zur zeitlichen Reduktion (a)). Auch hier wird das eingangs aufgeworfene Beispiel näher erläutert (b)).

a) Sind geografische Gebiete teilbar?

Die einschlägige Rechtsprechung zur Rückführung einer räumlich überschließenden Abrede befasst sich wiederum im Kern mit nachvertraglichen Wettbe-

⁹¹ Hirte, ZHR 154 (1990), S. 443, 459 f.

⁹² S. 45 ff.

⁹³ Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden, Rn. 20.

werbsverboten. So hatte der BGH in einem Fall aus dem Jahre 1993 über die Rechtmäßigkeit eines Wettbewerbsverbots zu Lasten eines ausscheidenden Gesellschafters zu entscheiden.⁹⁴ Er verwies den Fall zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht mit dem Hinweis, es sei zu prüfen,

„[s]ofern das Wettbewerbsverbot in seinem zeitlichen und gegebenenfalls auch räumlichen Umfang von § 1 GWB erfaßt wird, (...) ob es sich insgesamt als unwirksam erweist oder auf einen im Hinblick auf § 1 GWB unbedenklichen Inhalt zurückgeführt werden kann.“⁹⁵

Hier wird somit jedenfalls die Möglichkeit einer Reduktion des räumlich überschließenden Maßes in Erwägung gezogen. Gleiches geschah in einem Fall aus dem Jahre 1997,⁹⁶ in dem der BGH wiederum an das Berufungsgericht mit dem Hinweis zurückverwies, es werde zu prüfen sein, in welchem Umfang sich die Unwirksamkeit auf die getroffenen Absprachen auswirkt: „Das schließt gegebenenfalls auch die Prüfung der Frage ein, in welchem Umfang sich etwa ein in zeitlicher oder räumlicher Hinsicht zu weit gehendes Verbot auf einen unbedenklichen Inhalt zurückführen lässt.“⁹⁷

Das Urteil des BGH in Sachen Heizkessel-Nachbau⁹⁸ aus dem Jahre 1984 legt hingegen nahe, dass allein im Falle einer zeitlichen Überschreitung des zulässigen Maßes eine Reduktion in Betracht kommen kann. So führt der Gerichtshof aus, eine Aufrechterhaltung des „auf drei Jahre vereinbarte[n] Wettbewerbsverbot[s] für die Dauer eines Jahres [sei möglich], da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts Bedenken gegen das Wettbewerbsverbot allein aus seiner zeitlichen Dauer, nicht aber aus seinem übrigen Inhalt hergeleitet werden können.“⁹⁹ Auch in Sachen Restkaufpreis führt der BGH aus, der Senat habe in der Vergangenheit wiederholt zeitliche Beschränkungen, die unter das Kartellverbot fielen, auf das zulässige Maß zurückgeführt, „während andere übermäßige Beschränkungen – wie etwa Wettbewerbsverbote, die räumlich oder sachlich zu weit gingen – nicht auf ihren kartellrechtlich zulässigen Kern reduziert wurden, sondern zur Nichtigkeit der jeweiligen Klausel führten.“¹⁰⁰

In dieselbe Richtung geht eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf aus dem Jahre 2014, in dem das Gericht ein global geltendes Wettbewerbsverbot für den Vertrieb von Rinder- und Ziegen-Colostrum¹⁰¹ zu bewerten hatte. Die über-

⁹⁴ BGH NJW 1994, 384 – Ausscheidender Gesellschafter.

⁹⁵ BGH NJW 1994, 384, 386 – Ausscheidender Gesellschafter.

⁹⁶ BGH GRUR 1997, 937 – Solelieferung.

⁹⁷ BGH GRUR 1997, 937, 942 – Solelieferung.

⁹⁸ BGH GRUR 1984, 753 – Heizkessel-Nachbau.

⁹⁹ BGH GRUR 1984, 753 – Heizkessel-Nachbau (Volltext bei juris, Rn. 29).

¹⁰⁰ BGH WuW 2004, 1051, 1052 – Restkaufpreis.

¹⁰¹ Colostrum bezeichnet die Erstmilch, die während der ersten 72 Stunden nach der Geburt des Jungtiers von dem Muttertier produziert wird, vgl. OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 4431, 4432.

schießende, da ohne Rechtfertigung weltweit geltende Beschränkung der Beklagten lasse

„hier keine geltungserhaltende Reduktion auf ein zulässiges Vertriebsverbot zu. Denn dazu wäre eine Änderung der räumlichen Grenzen des Verbots erforderlich. Dies komm[e] indes nicht in Betracht. Nur wenn eine Wettbewerbsklausel ausschließlich die zeitlichen Grenzen überschreitet, im übrigen aber unbedenklich ist, komm[e] eine geltungserhaltende Reduktion in Betracht; die Missachtung der gegenständlichen und räumlichen Grenzen dagegen ha[be] die Nichtigkeit des Verbots zur Folge.“¹⁰²

Ist es gerechtfertigt, die Rückführung einer räumlich überschießenden Abrede abzulehnen, eine geltungserhaltende Reduktion in zeitlicher Hinsicht hingegen zu bejahen?

Dem BGH zufolge überschreitet jede gerichtliche Einwirkung auf den Vertrag, die nicht ausschließlich die zeitliche Rückführung auf das zulässige Maß betrifft, den Gerichten eingeräumten Gestaltungsspielraum.¹⁰³ Diese § 138 BGB betreffende Rechtsprechung des Zivilsenats nimmt darüber hinaus auf den mit § 138 BGB verfolgten Zweck Bezug, „den Betroffenen das Risiko zuzuweisen, daß eine zwischen ihnen getroffene Vereinbarung sittenwidrig und nichtig ist.“¹⁰⁴ Die in der Literatur zum Teil vorgebrachte, den BGH auch im Bereich des § 1 GWB stützende Argumentation, es würde den Gestaltungsspielraum des Richters regelmäßig überschreiten, den Parteien vorbehaltene Wertungen bei der Ausgestaltung des Wettbewerbsverbots vorzunehmen, überzeugt jedoch nicht.¹⁰⁵

Denn es ist nicht erkennbar, worin sich die richterliche Einwirkung auf den Vertrag bei der Rückführung zeitlich überschießender Vereinbarungen von der räumlichen Dimension unterscheidet. Die Methodik ist dieselbe, unabhängig davon, ob es sich um eine Überschreitung des zeitlichen oder des räumlichen Maßes handelt. Die geltungserhaltende Reduktion etwa eines Wettbewerbsverbots von fünf auf zwei Jahre bedeutet technisch nichts anderes als z.B. die Begrenzung eines globalen Wettbewerbsverbots auf die Gebiete, in denen eine Überschneidung der Wettbewerbsaktivitäten der Beteiligten gegeben ist. Denn das Gericht bedient sich zur Tatsachenfeststellung im konkreten Einzelfall der gleichen zivilprozessualen Instrumente, unabhängig davon, ob die zeitliche oder räumliche Erforderlichkeit des Wettbewerbsverbots in Frage steht.¹⁰⁶ Eine geltungserhaltende Reduktion auf die

¹⁰² OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 4431, 4442.

¹⁰³ BGH NJW 1997, 3089, 3090.

¹⁰⁴ BGH NJW 1997, 3089, 3090.

¹⁰⁵ So aber für den Bereich der „gegenständlichen“ Überschreitung: *Weidenbach/Mühle*, EWS 9/2010, S. 353, 359. In ähnliche Richtung: *Köhler*, JuS 2010, 665, 668 f. (es sei nicht Aufgabe des Richters, an Stelle der Parteien eine Vertragsgestaltung zu finden, die auf die beiderseitigen Interessen und die Umstände des Einzelfalls hinreichend Rücksicht nimmt).

¹⁰⁶ *Maritzen*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 1, § 1 GWB, Rn. 393.

räumlich zulässige Reichweite einer Abrede lässt daher in aller Regel nicht mehr Spielraum zu als eine Rückführung auf das zeitlich zulässige Maß.¹⁰⁷

So hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg im Jahre 1986 ein räumlich überschließendes Wettbewerbsverbot auf den kartellrechtlich zu rechtfertigenden Umfang geltungserhaltend reduziert:¹⁰⁸ Ein Interesse der Antragstellerin an einem weltweiten Wettbewerbsverbot lasse sich nicht begründen, entscheidender Maßstab sei der Tätigkeitsbereich der Antragstellerin. Der örtliche Ausdehnungsbereich des Wettbewerbsverbots sei insofern eindeutig abzugrenzen, die Nichtigkeit auf einen abtrennabaren Teil beschränkt. Durch die „sprachlich überzogene Formulierung“¹⁰⁹ werde der Bestand des Wettbewerbsverbots im Übrigen sowie des gesamten Vertrags nicht berührt.

Mit gleichem Ergebnis hat die Europäische Kommission in Sachen Nutricia¹¹⁰ ein räumlich überschließendes Wettbewerbsverbot auf den erforderlichen Umfang zurückgeführt. So führte die Europäische Kommission aus, der geografische Umfang eines Wettbewerbsverbots müsse auf das objektiv erforderliche Maß begrenzt sein. Daher solle ein solches Verbot nur diejenigen Märkte umfassen, auf denen die betreffenden Erzeugnisse zum Zeitpunkt des Abschlusses des Abkommens hergestellt oder verkauft wurden.¹¹¹ Hinsichtlich des sogenannten „Pickles-Abkommens“ sei festzustellen, dass Luycks zur Zeit des Abschlusses des Abkommens nur in einem von drei Mitgliedstaaten tätig gewesen sei.¹¹² Eine Ausdehnung auf den gesamten Bereich der Europäischen Union sei daher zu weitgehend und nicht erforderlich gewesen.¹¹³ Die räumlich überschließende Abrede im Pickles-Abkommen stelle eine Zu widerhandlung gegen das Kartellverbot dar, „soweit sie sich über einen räumlichen Geltungsbereich erstreckt, der über den belgischen, niederländischen und deutschen Markt hinausgeht.“¹¹⁴

Gleiches gilt für die Entscheidung der Europäischen Kommission in Sachen Tesco: Die Freigabe des Transaktionsvorhabens wurde nur unter Beschränkung des Wettbewerbsverbots auf das Maß erteilt, „what the implementation of the concen-

¹⁰⁷ So auch *Topel*, in: Wiedemann, § 50, Rn. 27.

¹⁰⁸ OLG Hamburg WRP 4/87, S. 258 ff.

¹⁰⁹ OLG Hamburg WRP 4/87, S. 258, 259.

¹¹⁰ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 12.12.1983 – 83/670/EWG – Nutricia, ABl. L 376, 31.12.1983, S. 22.

¹¹¹ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 12.12.1983 – 83/670/EWG – Nutricia, ABl. L 376, 31.12.1983, S. 22, Rn. 30.

¹¹² Näheres zum Hintergrund und zu den Beteiligten des Verfahrens unter C.II.1.c (S. 59 ff.).

¹¹³ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 12.12.1983 – 83/670/EWG – Nutricia, ABl. L 376, 31.12.1983, S. 22, Rn. 33.

¹¹⁴ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 12.12.1983 – 83/670/EWG – Nutricia, ABl. L 376, 31.12.1983, S. 22, Artikel 2 der Entscheidung.

tration reasonably requires.“¹¹⁵ Hinsichtlich der räumlichen Reichweite des Wettbewerbsverbots sah die Europäische Kommission nur eine Geltung in den geografischen Gebieten als gerechtfertigt an, in denen eine Überschneidung der Aktivitäten nachgewiesen worden war.¹¹⁶ Die Freigabe erfasste das Transaktionsvorhaben daher nur in diesem Umfang.¹¹⁷

Auch das Bundeskartellamt erklärte das Wettbewerbsverbot in Sachen Franconia für räumlich nur teilweise unwirksam, nämlich „soweit die Radiusklausel über einen Luftraduis von 50 km (...) hinausgeht.“¹¹⁸ Auch wenn nach Ansicht der Beschlussabteilung eine Beschränkung der Mieter durch Radiusklauseln grundsätzlich nicht wünschenswert ist, beschränkte sie „aus Ermessensgründen“¹¹⁹ die Untersuchung auf Klauseln mit einer Reichweite von mehr als 50 km. Im Hinblick auf die Konsequenzen für die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion gilt das zur zeitlichen Teilbarkeit Gesagte:¹²⁰ Unabhängig davon, ob das Bundeskartellamt die betreffenden Klauseln hier tatsächlich auf ihren zulässigen Kern zurückführen wollte oder nicht, scheint es jedenfalls von der Teilbarkeit räumlich überschießender Wettbewerbsverbote auszugehen.

An diesen Beispielen zeigt sich, dass die „rechtsgestaltende Einwirkung“¹²¹ durch das Gericht (bzw. im Falle der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamts durch die Wettbewerbsbehörde) auf die vertragliche Abrede bei der Anwendung einer räumlich geltungserhaltenden Reduktion keine qualitativ andere ist, als bei der Rückführung einer zeitlich überschießenden Vereinbarung.¹²² Daher ist nicht erkennbar, wieso es der jeweiligen Instanz möglich sein soll, eine zeitliche Korrektur der Vereinbarung vorzunehmen, nicht aber eine räumliche.¹²³

Darüber hinaus unterliegt die Einschätzung der Parteien, auf welchen geografischen Raum eine Vereinbarung bezogen werden sollte, ebenso wie die zeitliche Geltung, in gewissem Maß einer Prognoseentscheidung; insbesondere wenn es um

¹¹⁵ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 4.2.1993 – IV/M.301 – Tesco, AbI. C 4, 8.1.1993, S. 2, Rn. 11.

¹¹⁶ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 4.2.1993 – IV/M.301 – Tesco, AbI. C 4, 8.1.1993, S. 2, Rn. 12.

¹¹⁷ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 4.2.1993 – IV/M.301 – Tesco, AbI. C 4, 8.1.1993, S. 2, Rn. 15: „(...) to the extent described above.“

¹¹⁸ Beschluss des Bundeskartellamts vom 26.2.2015 – B1–62/13 – Franconia, Rn. 339.

¹¹⁹ Beschluss des Bundeskartellamts vom 26.2.2015 – B1–62/13 – Franconia, Rn. 344.

¹²⁰ Siehe oben S. 114 f.

¹²¹ BGH NJW 1997, 3089, 3090.

¹²² So auch *Maritz*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 1, § 1 GWB, Rn. 393. In ähnliche Richtung: *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 1 GWB, Rn. 117: Jedenfalls soweit die Reduktion für ein Gericht nicht mit wesentlich höherem Aufwand verbunden ist als die Rückführung einer zeitlich übermäßigen Bindung auf ihr zulässiges Maß, solle die bisherige Praxis zur geltungserhaltenden Reduktion erweitert werden.

¹²³ So im Ergebnis auch neben den bereits zitierten Stellen: *Canaris*, Der Betrieb 2002, Heft 18, S. 930, 932; MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 710.

Gebiete geht, in denen ein Unternehmen zukünftig tätig sein wird.¹²⁴ Eine strengere Risikozuweisung zu Lasten der Parteien im Falle der Überschreitung räumlich zulässiger Grenzen scheint daher nicht gerechtfertigt.

Letztlich begegnet eine räumliche geltungserhaltende Reduktion, wie im Falle der zeitlichen Rückführung auf das zulässige Maß, auch keinen prozessualen Bedenken, da eine Überschreitung bei Streit um die Grenzen der Abrede auch hier durch die Stellung eingeschränkter Klage- oder Klageabweisungsanträge unproblematisch berücksichtigt werden kann.¹²⁵ Die geografischen Gebiete, auf die eine räumlich überschießende Vereinbarung entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen geltungserhaltend reduziert werden soll, kann im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung ebenso zweifelsfrei ermittelt werden wie die entsprechenden Zeiträume. Die Differenzierung zwischen (zulässiger) geltungserhaltender Reduktion der zeitlichen Reichweite und (unzulässiger) geltungserhaltender Reduktion der räumlichen Dimension vermag daher im Ergebnis nicht zu überzeugen.

b) Praktisches Anwendungsbeispiel

Auch an dieser Stelle sei auf das eingangs unter B.II.2.a)aa)¹²⁶ aufgeworfene Beispiel Bezug genommen, soweit es die Überschreitung der räumlich zulässigen Grenzen betrifft:

Die Parteien eines Unternehmenskaufvertrags sind beide mit einem bestimmten Produkt X auf dem deutschen Markt tätig. Ein Markteintritt in anderen Ländern ist für den Verkäufer des Zielunternehmens – z. B. wegen entsprechender regulierungsrechtlicher Vorschriften – nicht möglich. Das zwischen den Parteien vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot zu Lasten des Verkäufers des Zielunternehmens soll jedoch global gelten.

Wiederum kommt eine Übertragung der Grundsätze aus der Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden in Betracht. Demnach muss sich das Wettbewerbsverbot auf das Gebiet beschränken, in dem der Verkäufer bereits vor Verkauf tätig war oder plante tätig zu werden.¹²⁷ Dies betrifft hier ausschließlich Deutschland. Das Wettbewerbsverbot ist insoweit nichtig, als es andere Länder betrifft. Im Übrigen kommt eine geltungserhaltende Reduktion auf den kartellrechtlich unbedenklichen Teil (betreffend Deutschland) in Betracht.

3. Sachliche Teilbarkeit

Bei der Frage der Teilbarkeit sachlicher Inhalte stellen sich ähnliche, im Detail aber etwas komplexere Herausforderungen als bei der räumlichen Teilbarkeit (a)).

¹²⁴ Bernhard, NJW 2013, 2785, 2786 ff.

¹²⁵ Hirte, ZHR 154 (1990), S. 443, 460.

¹²⁶ S. 45 ff.

¹²⁷ Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden, Rn. 22.

Daher werden diese Dimensionen hier getrennt dargestellt, auch wenn sich Literatur und Rechtsprechung in diesem Bereich zum Teil überschneiden.¹²⁸ Auch hier wird das eingangs aufgeworfene Beispiel näher erläutert (b)).

a) Sind sachliche Inhalte teilbar?

Auch im Hinblick auf die Teilbarkeit sachlicher Inhalte ist Schwerpunkt der Analyse die ergangene Rechtsprechung und entsprechende Literatur zu Wettbewerbsverboten. So ging der BGH in Sachen Subunternehmervertrag II davon aus, dass ein unbeschränktes Wettbewerbsverbot, durch das dem Subunternehmer jegliche Tätigkeit für Mitbewerber des Hauptunternehmers in dem vom Vertrag erfassten Bereich untersagt wird, für die Durchführung des Subunternehmervertrags nicht erforderlich ist.¹²⁹ Dabei stellte der BGH insbesondere heraus, dass es sogar an einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Vertrag fehle, soweit der Subunternehmer die Möglichkeit zum Kundenkontakt gar nicht durch den Hauptunternehmer im Rahmen des Vertragsverhältnisses erhalten hat.¹³⁰ Das Wettbewerbsverbot gehe daher gegenständlich über das für den Subunternehmervertrag notwendige Maß hinaus.

Eine geltungserhaltende Reduktion auf eine zulässige Kundenschutzklausel lehnte der BGH hingegen ab: „Denn dazu wäre eine Änderung der gegenständlichen Grenzen des Verbots erforderlich.“¹³¹ Dies komme nicht in Betracht. Denn „[n]ur dann, wenn das Wettbewerbsverbot das zeitlich zulässige Maß überschreitet, [sei] eine geltungserhaltende Reduktion auf das noch zu billigende Maß möglich.“¹³² In die gleiche Richtung gehen die bereits zitierten Entscheidungen in Sachen Heizkessel-Nachbau¹³³ und Restkaufpreis,¹³⁴ in denen der BGH jeweils eine geltungserhaltende Reduktion ausschließlich für Überschreitungen des zeitlich zulässigen Maßes zuließ.

Nun stellt sich die Frage, ob es sich auch bei diesen sachlich-gegenständlichen Elementen einer kartellrechtlich relevanten Abrede um teilbare Inhalte handelt, die einer geltungserhaltenden Reduktion zugänglich sind. Die in der Subunternehmervertrag II-Entscheidung vorgetragene Begründung des Ausschlusses einer geltungserhaltenden Reduktion sachlich überschießender Vereinbarungen vermag jedenfalls nicht zu überzeugen. Denn der BGH unterliegt hier einem Zirkelschluss: Eine Rückführung der gegenständlichen Grenzen des Wettbewerbsverbots soll

¹²⁸ Die Rede ist dann von der „gegenständlichen“ Reichweite einer Vereinbarung, vgl. etwa Weidenbach/Mühle, EWS 9/2010, S. 353.

¹²⁹ BGH NJW 2009, 1751, 1753 – Subunternehmervertrag II.

¹³⁰ BGH NJW 2009, 1751, 1753 – Subunternehmervertrag II.

¹³¹ BGH NJW 2009, 1751, 1753 – Subunternehmervertrag II.

¹³² BGH NJW 2009, 1751, 1753 – Subunternehmervertrag II.

¹³³ BGH GRUR 1984, 753 – Heizkessel-Nachbau.

¹³⁴ BGH WuW 2004, 1051 – Restkaufpreis.

ausgeschlossen sein, da dazu „eine Änderung der gegenständlichen Grenzen des Verbots erforderlich“ wäre. Ob eine solche Änderung aber rechtlich und technisch möglich ist, ist gerade Gegenstand der Auseinandersetzung.¹³⁵

Die Teilbarkeit sachlich-gegenständlicher Inhalte hat der BGH in dem Fall Jette Joop bejaht.¹³⁶ Dort stritten die Parteien um die Reichweite einer Markenabgrenzungsvereinbarung. Derartige Abreden sollen die Schutzbereiche zumindest potentiell zu verwechselnder Zeichen voneinander abgrenzen; aktuelle und zukünftige markenrechtliche Auseinandersetzungen zwischen den jeweiligen Rechteinhabern sollen so beendet oder vermieden werden.¹³⁷ Laut Rechtsprechung zum damals entscheidungserheblichen Zeitpunkt wurden derartige Abgrenzungsvereinbarungen nur dann als kartellrechtlich unzulässig angesehen, wenn sie entweder eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten oder bei ihrem Abschluss kein ernsthafter, objektiv begründeter Anlass zu der Annahme bestand, dem begünstigten Vertragspartner stehe ein entsprechender Unterlassungsanspruch zu.¹³⁸ Beide Aspekte verneinte der BGH.¹³⁹ Auch eine markenrechtliche Abgrenzungsvereinbarung muss sich jedoch in den territorialen, zeitlichen und sachlichen Grenzen dessen halten, was bei objektiver Beurteilung ernsthaft zweifelhaft sein konnte.¹⁴⁰

Die Tatsache, dass die streitgegenständliche Abgrenzungsvereinbarung keine zeitliche Begrenzung enthielt, war nach Ansicht des BGH im konkreten Fall wettbewerbsrechtlich unbedenklich.¹⁴¹ Allerdings war die Beklagte auch die global geltende und gegenständlich unbeschränkte Verpflichtung eingegangen, die Marke „Jette Joop“ (mit Ausnahme von Schmuck und Modeschmuck) nicht zu benutzen. Im Wege der Vertragsauslegung leitete der BGH aus dieser räumlich sowie sachlich überschießenden Vereinbarung her, dass sich die Unterlassungspflicht ausschließlich auf den Bereich von Bekleidungsstücken in Deutschland bezog:

„Nach der in der Vereinbarung niedergelegten Regelung der Befugnisse der Parteien zur Markennutzung entsprach es dem eindeutigen Parteiwillen nicht nur der Klägerin, sondern auch der Beklagten, dass sich die Beklagte als Gegenleistung für das Recht, die Marke ‚Jette Joop‘ für Schmuck und Modeschmuck zu verwenden, jedenfalls dazu verpflichtete, die Benutzung dieser Marke für Bekleidung in Deutschland zu unterlassen. (...) Die Marke ‚Joop‘ war in Deutschland und im Bereich Bekleidung eingeführt worden und hatte hier große Bekanntheit und Ansehen erreicht. Wäre eine Unterlassungspflicht noch nicht einmal für Bekleidung in Deutschland vereinbart worden, hätte der Vertrag von 1995 seinen Zweck von vornherein verfehlt.“¹⁴²

¹³⁵ So auch *Thomas*, WuW 2010, 177, 182 (diese Aussage des BGH berge die Gefahr einer *petitio principii*).

¹³⁶ BGH GRUR 2011, 641 – Jette Joop.

¹³⁷ Kirchhoff, GRUR 2017, 248, 249 m. w. N.

¹³⁸ BGH GRUR 2011, 641, 642 – Jette Joop m. w. N.

¹³⁹ BGH GRUR 2011, 641, 642 f. – Jette Joop.

¹⁴⁰ BGH GRUR 2011, 641, 644 – Jette Joop.

¹⁴¹ BGH GRUR 2011, 641, 644 – Jette Joop.

¹⁴² BGH GRUR 2011, 641, 645 – Jette Joop.

Methodisch stützte der BGH seine Ausführungen auf § 139 BGB, der grundsätzlich auch dann anwendbar sei, „wenn die Parteien anstelle der nichtigen Regelung, hätten sie die Nichtigkeit gekannt, eine andere, zulässige Vereinbarung getroffen hätten.“¹⁴³ Ließe sich „der Vertragsinhalt in eindeutig abgrenzbarer Weise in den nichtigen Teil und den von der Nichtigkeit nicht berührten Rest aufteilen, [sei] es zulässig, den nichtigen Teil zur Beseitigung der Nichtigkeit neu zu fassen.“¹⁴⁴ Allerdings sei der von § 139 BGB geregelte Bereich überschritten, „wenn an die Stelle der nichtigen Bestimmung eine von mehreren denkbaren wirksamen Regelungen gesetzt werden müsste.“¹⁴⁵ Da im konkreten Fall aber nur eine sinnvolle, vom Parteiwillen getragene Lösung denkbar sei, könne die Abgrenzungsvereinbarung auf ihren zulässigen Inhalt geltungserhaltend reduziert werden. Denn die Vereinbarung stelle sich „als Bündel jeweils auf eine Rechtsordnung beschränkter Unterlassungspflichten für die einzelnen davon erfassten Waren und Dienstleistungen dar.“¹⁴⁶ Daher sei sowohl ihr räumlicher Geltungsbereich als auch die sachliche Reichweite „hinsichtlich der einzelnen Produkt- und Dienstleistungsmärkte (...) ohne weiteres gegenständlich teilbar.“¹⁴⁷ Es gebe dann keinen Grund, eine geltungserhaltende Reduktion auszuschließen.¹⁴⁸

Die Abgrenzung zur Rechtsprechung bezüglich einer (sachlich unzulässigen) geltungserhaltenden Reduktion von Wettbewerbsverböten begründet der BGH in der Entscheidung im Wesentlichen mit den folgenden drei Kernargumenten: (1.) Bei der geltungserhaltenden Reduktion einer Markenabgrenzungsvereinbarung erfolgt keine zu weitreichende rechtsgestaltende Einwirkung auf den Vertragsinhalt durch das Gericht, da die Vereinbarung im konkreten Fall ohne weiteres gegenständlich teilbar ist.¹⁴⁹ (2.) Die geltungserhaltende Reduktion dient hier der Erhaltung der vertraglichen Hauptleistung, anders als beim Wettbewerbsverbot, das reine Nebenabrede zum Hauptvertrag ist.¹⁵⁰ (3.) Gegenstand der geltungserhaltenden Reduktion ist eine kartellrechtlich grundsätzlich positive Abrede.¹⁵¹

Zu dem ersten Gesichtspunkt lässt sich sagen, dass auch Wettbewerbsverböte oder andere kartellrechtlich relevante Abreden einen klar abtrennbaren, inhaltlich teilbaren Gegenstand haben können. Ein *Bündel* an Waren oder Dienstleistungen wird in aller Regel auch in dieser Art von Vereinbarung stecken, sodass nicht erkennbar ist, worin die Besonderheit bei der markenrechtlichen Abgrenzungsvereinbarung liegen soll.

¹⁴³ BGH GRUR 2011, 641, 645 – Jette Joop.

¹⁴⁴ BGH GRUR 2011, 641, 645 – Jette Joop.

¹⁴⁵ BGH GRUR 2011, 641, 645 – Jette Joop.

¹⁴⁶ BGH GRUR 2011, 641, 645 – Jette Joop.

¹⁴⁷ BGH GRUR 2011, 641, 645 – Jette Joop.

¹⁴⁸ BGH GRUR 2011, 641, 645 – Jette Joop.

¹⁴⁹ BGH GRUR 2011, 641, 645 – Jette Joop.

¹⁵⁰ BGH GRUR 2011, 641, 645 – Jette Joop.

¹⁵¹ BGH GRUR 2011, 641, 645 – Jette Joop.

Sowohl der zweite als auch der dritte Gesichtspunkt mögen gerade dieser Besonderheit Rechnung tragen – dennoch erklären sie nicht die Differenzierung zwischen zeitlich zulässiger sowie räumlich und sachlich unzulässiger geltungserhaltender Reduktion. Wenn es darauf ankäme, den Hauptleistungsinhalt eines Vertrags zu retten oder eine für den Wettbewerb und das allgemeine Marktgeschehen positive Regelung in ihrer Wirksamkeit zu erhalten, dürfte auch die zeitliche Rückführung überschießender Wettbewerbsverbote nicht zur Debatte stehen.

Wiederum ist festzustellen, dass sich eine geltungserhaltende Reduktion auf die sachlich zulässige Reichweite einer Abrede methodisch weder von der zeitlichen noch der räumlichen Dimension unterscheidet. Etwa die Tatsachenfeststellung, welche Kunden eine Kundenschutzvereinbarung konkret umfassen darf, oder welche Produkte Gegenstand eines Wettbewerbsverbots sein dürfen, erfolgt auf dieselbe Art und Weise wie die Analyse, für welchen Zeitraum eine Bezugsbindung oder ein Wettbewerbsverbot unter den Umständen des Einzelfalls zu rechtfertigen ist. Gegenwärtige Stimmen, die behaupten, es überschreite den Gestaltungsspielraum des Richters, eben diese Fragen zu entscheiden,¹⁵² erkennen den Einfluss, den das Gericht auch bei der Rückführung auf das zeitlich zulässige Maß ausübt.¹⁵³

Ist, gegebenenfalls nach umfassender Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens, ein klar zulässiger Inhalt von der sachlich überschießenden Vereinbarung trennbar, lässt die Reduktion von sachlich-gegenständlichen Inhalten nicht mehr Spielraum zu als eine Rückführung auf das zeitlich oder räumlich zulässige Maß.¹⁵⁴ Auch hier ist wiederum zu berücksichtigen, dass im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung die Stellung eingeschränkter Klage- oder Klageabweisungsanträge unproblematisch möglich ist.¹⁵⁵

Die Zulässigkeit gegenständlicher Reduktionen unter den Vorbehalt zu stellen, dass sie für ein Gericht nicht mit wesentlich höherem Aufwand verbunden sind als zeitliche Reduktionen,¹⁵⁶ begegnet dabei bereits praktischen Bedenken. Ist doch der Aufwand, den ein Gericht zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens treiben muss, von jedem Einzelfall abhängig. So ist die Frage, für welchen Zeitraum ein Wettbewerbsverbot unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalls

¹⁵² Weidenbach/Mühle, EWS 9/2010, S. 353, 359.

¹⁵³ Maritzen, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 1, § 1 GWB, Rn. 395. Honsell, JA 1986, 573, 574 führt im Zusammenhang mit § 138 BGB aus, es sei nicht einzusehen, weshalb Teilbarkeit nicht auch bei einer sittenwidrig überhöhten Gegenleistung anzunehmen sei. Denn ebenso wie sich die Dauer eines Bierlieferungsvertrags in einen sittenkonformen und einen sittenwidrigen Teil zerlegen lasse, könne man eine übermäßig hohe Gegenleistung auf diese Weise teilen.

¹⁵⁴ So im Ergebnis auch Thomas, WuW 2010, 177, 183; Topel, in: Wiedemann, § 50, Rn. 27.

¹⁵⁵ Anderer Ansicht: Hirte, ZHR 154 (1990), S. 443, 460. Eine geltungserhaltende Reduktion komme nur bei zeitlicher und örtlicher Überschreitung der zulässigen Grenzen in Betracht.

¹⁵⁶ Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 1 GWB, Rn. 117.

gerechtfertigt ist, gegebenenfalls nicht weniger komplex als die Frage, für welche Produkte es vereinbart werden durfte. Daher ist nicht erkennbar, wieso es dem Gericht von vornherein nicht möglich sein soll, sachlich-gegenständliche Korrekturen der Vereinbarung vorzunehmen.¹⁵⁷

Auch der vom BGH im Rahmen der Tierarztpraxis-Entscheidung¹⁵⁸ vorgebrachte Sanktionsgedanke des § 138 BGB, dessen Anwendbarkeit im Rahmen des Kartellverbots zu diskutieren sein wird,¹⁵⁹ trägt jedenfalls im Hinblick auf die Differenzierung zwischen zeitlich und sachlich geltungserhaltender Reduktion nicht: Wiederum ist die Frage der inhaltlichen Reichweite einer Vereinbarung Gegenstand einer Prognoseentscheidung – auch hier können die Parteien oftmals nicht genau absehen, wie weit etwa ein Wettbewerbsverbot sachlich reichen darf, insbesondere in Fällen, in denen mit der Fortentwicklung eines Produkts zu rechnen ist.¹⁶⁰ Gründe, aus denen hier eine härtere Sanktion der Parteien erfolgen sollte als im Falle der Überschreitung zeitlich ebenso wenig absehbarer Grenzen, sind nicht ersichtlich.

Letztlich zeigt eine Heranziehung des Rechtsgedankens aus § 74 a Abs. 1 HGB, dass jedenfalls dem deutschen Rechtssystem eine Rückführung auf das sachlich zulässige Maß nicht fremd ist, dieses vielmehr der zeitlich und/oder räumlichen Reduktion gleichsteht:¹⁶¹ Nach § 74 a Abs. 1 Satz 2 HGB ist ein Wettbewerbsverbot unverbindlich, soweit es unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen enthält. Eine geltungserhaltende Reduktion findet also statt, soweit sich das Wettbewerbsverbot im zulässigen Rahmen hält.¹⁶² Dies gilt auch im Hinblick auf die sachliche Reichweite der Vereinbarung, wie bereits der Begriff „soweit“ zeigt.¹⁶³ Es sind keine Gründe ersichtlich, aus denen dieser Rechtsgedanke nicht auch im kartellrechtlichen Kontext gelten sollte.¹⁶⁴

Auch in diversen anderen Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts ist vorgesehen, dass der Richter inhaltliche Festlegungen treffen darf, so etwa bei der Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe auf einen angemessenen Betrag gemäß § 343 BGB oder bei der entsprechenden Anpassung eines zu hohen

¹⁵⁷ Neben den bereits zitierten Stellen sprechen sich für eine geltungserhaltende Reduktion sachlicher Inhalte aus: *Krauß*, in: *Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar*, Bd. 1, § 1 GWB, Rn. 349; *MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks*, Art. 101 AEUV, Rn. 710; *Canaris, Der Betrieb* 2002, Heft 18, S. 930, 932.

¹⁵⁸ BGH NJW 1997, 3089, 3090.

¹⁵⁹ Siehe unter E.I.1.d) (S. 139 ff.).

¹⁶⁰ *Bernhard*, NJW 2013, 2785, 2789.

¹⁶¹ *Canaris, Der Betrieb* 2002, Heft 18, S. 930, 932; *MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks*, Art. 101 AEUV, Rn. 710.

¹⁶² *Oetker*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, § 74 a HGB, Rn. 5.

¹⁶³ *Canaris, Der Betrieb* 2002, Heft 18, S. 930, 932.

¹⁶⁴ Für den „paradigmatischen Charakter“ der Vorschrift und seine Verallgemeinerungsfähigkeit: *Canaris, FS Steindorff*, 519, 537.

Maklerlohns gemäß § 655 BGB.¹⁶⁵ Ähnliches gilt für die gerichtliche Bestimmung einer Leistung nach § 315 Abs. 3 BGB oder § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB sowie die Festlegung der „üblichen“ Vergütung im Dienst- oder Werkvertragsverhältnis gemäß § 612 Abs. 2 BGB bzw. § 632 Abs. 2 BGB.¹⁶⁶ Auch hier kann der Richter den Inhalt der Leistung einer Partei bestimmen und über eine Vertragsanpassung befinden.¹⁶⁷ Auch im Rahmen des § 134 BGB werden Gerichte regelmäßig rechtsschöpferisch tätig, geben doch die wenigsten Verbotsgesetze einen konkret anwendbaren Prüfungsmaßstab für die Beurteilung der Nichtigkeit vor.¹⁶⁸ Ähnliches gilt für § 138 BGB,¹⁶⁹ von dem Maß richterlicher Einwirkung auf die Gestaltung privatrechtlicher Rechtsbeziehungen im Bereich der §§ 133, 157, 242 BGB ganz zu schweigen. Insbesondere die zuletzt genannten Vorschriften dürften im Ergebnis weitaus mehr gestalterischen Spielraum zulassen als die Rückführung eines überschießenden Teils auf den zulässigen Kern der Vereinbarung.¹⁷⁰

Dass eine richterliche Rückführung auch sachlich überschießender Abreden methodisch keineswegs ausgeschlossen ist, macht nicht zuletzt die Heranziehung von Rechtsprechungsbeispielen aus anderen Bereichen des allgemeinen Zivilrechts deutlich: So entspricht es gefestigter Rechtsprechung des BGH, dass die testamentarische Zuwendung an eine/n Geliebte/n nicht insgesamt nichtig ist, sondern in der Höhe wirksam bleibt, in der sie der Erblasser wirksam hätte anordnen können.¹⁷¹ Ähnlich urteilt der BGH in Bezug auf wucherische Wohnraummietverträge, die nicht insgesamt nichtig sind, sondern im Hinblick auf den wucherischen Mietzins gel tungserhaltend reduziert werden, und zwar auf den höchstzulässigen Zins,¹⁷² nach anderer Ansicht auf den ortsüblichen Zins.¹⁷³

Die Rückführung überschießender Vereinbarungen auf einen darin enthaltenen zulässigen und vom Rest trennbaren Kern betrifft daher auch in der Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte keineswegs ausschließlich die zeitliche Di

¹⁶⁵ *Pauly*, JR 1997, Heft 9, S. 357, 360.

¹⁶⁶ *Roth*, JZ 1989, 411, 417.

¹⁶⁷ MüKoEuWettB/R/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 710.

¹⁶⁸ *Medicus/Petersen*, Rn. 657.

¹⁶⁹ *Roth*, JZ 1989, 411, 418.

¹⁷⁰ *Pauly*, JR 1997, Heft 9, S. 357, 361 (der kritisierte Eingriff in die Vertragsautonomie weise nicht annähernd die Intensität auf, die im Übrigen bei der richterlichen Rechtschöpfung zu beobachten sei). Auch *Roth*, JZ 1989, 411, 418 weist darauf hin, die Tragweite des richterlichen Eingriffs werde bei der gel tungserhaltenden Reduktion grundsätzlich überschätzt.

¹⁷¹ BGH NJW 1969, 1343, 1347; BGH NJW 1970, 1273, 1277. Zur Einordnung der Fallgruppe der Geliebten testamenta im Bereich des § 138 BGB vgl. *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 BGB, Rn. 186.

¹⁷² BGH NJW 1984, 722, 724; ebenso LG Mannheim NJW 1977, 1729, 1730 f.

¹⁷³ OLG Stuttgart NJW 1981, 2365, 2366; OLG Karlsruhe NJW 1982, 1161, 1162; OLG Hamburg WuM 1983, 20, 21; MüKoBGB/Armbüster, § 134 BGB, Rn. 107; *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 BGB, Rn. 189. Zur Einordnung der verschiedenen Fallgruppen zu wucherischen Rechtsgeschäften im Bereich des § 138 BGB vgl. *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 BGB, Rn. 188 ff.

mension. Ganz im Gegenteil scheint es den Gerichten an verschiedensten Stellen möglich, sachlich überschießende Inhalte zu identifizieren und sie auf das rechtlich unbedenkliche – oder angemessene¹⁷⁴ – Maß zurückzuführen.¹⁷⁵

b) Praktische Anwendungsbeispiele

Auch an dieser Stelle sei zunächst auf das eingangs unter B.II.2.a)aa)¹⁷⁶ angebrachte Beispiel Bezug genommen, soweit es die Überschreitung der sachlich-inhaltlich zulässigen Grenzen betrifft:

Die Parteien eines Unternehmenskaufvertrags vertreiben beide global das Produkt X. Der Verkäufer des Zielunternehmens vertreibt zusätzlich das Produkt Y. Ein Markteintritt des Erwerbers im Hinblick auf Produkt Y kommt wegen extrem hoher Investitionskosten derzeit nicht konkret in Betracht. Das zwischen den Parteien vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot zu Lasten des Verkäufers umfasst den globalen Vertrieb von Produkten X und Y.

Unter Übertragung der Grundsätze aus der Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden muss sich das Wettbewerbsverbot auf die Produktmärkte beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden, wobei potentieller Wettbewerb zu berücksichtigen ist.¹⁷⁷ Dies umfasst vorliegend ausschließlich Produkt X. Auf dem Markt für Produkt Y ist der Erwerber weder aktuell noch potentiell zukünftig tätig. Das Wettbewerbsverbot zu Lasten des Verkäufers konnte daher nur im Hinblick auf Produkt X wirksam vereinbart werden. Im Übrigen ist es nichtig.

Auch außerhalb des Anwendungsbereichs von Wettbewerbsverboten kommt die sachliche Teilbarkeit und geltungserhaltende Reduktion einer Vereinbarung in Betracht, wie das folgende Beispiel einer Verkaufskooperation zeigt:

Zwei in Deutschland tätige Wettbewerber A und B vertreiben die Produkte X und Y. Auf beiden Produktmärkten haben sie einen Anteil von jeweils ca. 20 %. Ein weiterer Wettbewerber ist mit 40 % auf beiden Produktmärkten aktiv, zwei weitere mit jeweils 10 %. Produkt X ist ein homogenes Massengut, dessen Vermarktung einen verschwindend geringen Anteil der variablen Kosten von A und B ausmacht. Die Marktzutrittsschranken sind gering und es ist mit weiteren Marktzutritten zu rechnen. Produkt Y ist ein hoch spezialisiertes Produkt, für das ca. 70 % der variablen Kosten von A und B in Werbung und andere Vertriebsmaßnahmen gesteckt werden. Mit Marktzutritten ist hier nicht zu rechnen. Die beiden Wettbewerber schließen eine Vereinbarung über den gegenseitigen, gemeinsamen Vertrieb der beiden Produkte, durch die sie wesentliche Kosteneinsparungen erreichen.

¹⁷⁴ Siehe dazu unter B.I.2. (S. 36 ff.).

¹⁷⁵ Unter Hinweis auf die insofern in sich widersprüchliche Rechtsprechung zu den Fallgruppen des § 138 BGB: Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 BGB, Rn. 212. In ähnliche Richtung: Thomas, WuW 2010, 177, 182 (unter Hinweis auf Fälle der gerichtlichen Absenkung rechtswidrig überhöhter Entgelte).

¹⁷⁶ S. 45 ff.

¹⁷⁷ Bekanntmachung der Europäischen Kommission zu Nebenabreden, Rn. 23.

Hier kommt eine Übertragung der Grundsätze aus den Horizontalleitlinien in Betracht. Ein Kollusionsergebnis ist demnach weitaus weniger wahrscheinlich im Hinblick auf die Kooperation bezüglich Produkt X. Kommt für die Vertriebsvereinbarung bezüglich Produkt Y keine Einzelfreistellung in Betracht, ist diese kartellrechtlich überschießend und daher nichtig. Davon trennbar ist hingegen die zulässige Kooperation hinsichtlich Produkt X. Insofern kommt eine geltungserhaltende Reduktion mit dem Ergebnis in Betracht, dass die Horizontalkooperation zwischen A und B jedenfalls im Hinblick auf Produkt X wirksam vereinbart werden konnte.

III. Bestimmung des reduzierten Teils im kartellrechtlichen Kontext

Ist man bei der Analyse der Teilbarkeit zu dem Ergebnis gelangt, dass der richtige Teil der kartellverbotswidrigen Vereinbarung von einem unbedenklichen Rest abtrennbar ist, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, welcher Inhalt an die Stelle der überschießenden Klausel tritt.

Die Ermittlung der im konkreten Einzelfall bestehenden kartellrechtlichen Grenzen ist Aufgabe des Gerichts. Wie bereits im Rahmen der Teilbarkeitsanalyse von zeitlichen, räumlichen und sachlichen Inhalten gezeigt, geben insbesondere die Leitlinien und Bekanntmachungen der Europäischen Kommission, aber auch die einschlägige Rechtsprechung auf nationaler und europäischer Ebene Orientierungshilfen, wo die Grenzen des kartellrechtlich Zulässigen verlaufen können. Gleichzeitig können sich Anhaltspunkte für den Inhalt der reduzierten Klausel aus der Parteiaabrede selbst ergeben.

Auf Grundlage der zu diesen Fragen bereits angestellten allgemein zivilrechtlichen Erwägungen¹⁷⁸ wird im Folgenden diskutiert, ob eine Anwendung dieser Grundsätze auch im kartellrechtlichen Kontext in Betracht kommt (1.). Sodann folgt eine knappe Zusammenfassung der Ergebnisse (2.).

1. Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze im kartellrechtlichen Kontext

Die allgemein zivilrechtlichen Erwägungen zur Bestimmung des reduzierten Teils im Rahmen der Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion können jedenfalls insofern auf Abreden im kartellrechtlichen Kontext übertragen werden, als normative und vertragliche Anhaltspunkte für die Bestimmung des kartellrechtlich zulässigen Maßes identifiziert werden können (a)). Fraglich ist allerdings, ob es auch ein kartellrechtlich angemessenes Maß gibt, auf das die überschießende Abrede reduziert werden könnte (b)). Mehrere zur Verfügung stehende Lösungsmöglich-

¹⁷⁸ Siehe unter B.I.1.d) (S. 31 ff.).

keiten, die sämtlich im Einklang mit geltendem Recht stehen, sind wiederum auch im Kartellrecht ohne weiteres denkbar (c)).

*a) Normative und vertragliche Anhaltspunkte
für das kartellrechtlich Zulässige*

Für die Ausgestaltung der Grenze des kartellrechtlich Zulässigen existieren verschiedene normative Vorgaben, die den Parteien wie dem Gericht konkrete Maßstäbe an die Hand geben. Insbesondere die Leitlinien und Bekanntmachungen der Europäischen Kommission, aber auch die einschlägige Rechtsprechung auf nationaler und europäischer Ebene geben Orientierungshilfen, wo die Grenzen des kartellrechtlich Zulässigen verlaufen können. Daher hat die Bestimmung des Ergebnisses der geltungserhaltenden Reduktion zunächst unter Heranziehung dieser normativen Kriterien zu erfolgen.

Darüber hinaus können die Parteien auch vertraglich Bestimmungen für den Fall treffen, dass einzelne Abreden kartellrechtlich unwirksam sind. Die praktische Relevanz dieser vertraglich konkret vorgesehenen Ersatzregelungen dürfte allerdings im kartellrechtlichen Kontext eher gering sein.

b) Gibt es ein kartellrechtlich angemessenes Maß?

Parallel zur Debatte im allgemeinen Zivilrecht plädiert in der wettbewerbsrechtlichen Literatur eine starke Ansicht für eine geltungserhaltende Reduktion auf das angemessene Maß, das die Interessen aller Vertragsparteien berücksichtigt. So wird insbesondere vertreten, eine Reduktion auf das höchstzulässige Maß setze falsche Anreize für überschießende Klauseln, um sich so an die Grenze des Zulässigen heranzutasten und diese gegebenenfalls zu überschreiten.¹⁷⁹

Allerdings scheint fragwürdig, ob diese Gesichtspunkte auf die kartellrechtliche Interessenlage tatsächlich zu übertragen sind. Denn diese unterscheidet sich maßgeblich von den relevanten Konstellationen im allgemeinen Zivilrecht: Bei der Prüfung, ob eine Vereinbarung gegen das Kartellverbot verstößt, geht es um die Frage, bis zu welcher Grenze eine Wettbewerbsbeschränkung mit der Institution eines freien Wettbewerbs vereinbar ist und ab wann sie zu einer marktrelevanten Funktionsstörung führt.¹⁸⁰ Hier verläuft daher eine klare Grenze zwischen dem kartellrechtlich Hinnehmbaren und dem Überschießenden. Kommt man bei der wettbewerbsrechtlichen Analyse zu dem Ergebnis, dass eine Parteabrede in einem bestimmten Umfang den Wettbewerb nicht spürbar zu beeinträchtigen geeignet ist,

¹⁷⁹ Hengst, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, Bd. 2, Art. 101 AEUV, Rn. 474; Krauß, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, Bd. 1, § 1 GWB, Rn. 347; Weyer, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG, Rn. 136 (daher kommt gemeinschaftsrechtlich ohnehin nur eine Reduktion auf einen „angemessenen Klausinhalt“ in Betracht, der die Interessen aller Vertragsparteien berücksichtigt).

¹⁸⁰ Im Zusammenhang mit der Abgrenzung zu § 138 BGB: Thomas, WuW 2010, 177, 181.

ist die Abrede kartellrechtlich zulässig. Wägt man die Parteiinteressen mit dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb ab, handelt es sich dabei gleichzeitig um eine kartellrechtlich angemessene Abrede. *Angemessen* im Sinne des Kartellrechts ist daher zwangsläufig *gerade noch zulässig*.

Die im allgemeinen Zivilrecht angeführten Argumente für eine Reduktion auf das angemessene Maß spielen im Rahmen des Kartellverbots daher im Ergebnis eine nur untergeordnete Rolle. Der Inhalt, der an die Stelle der teilweise unwirksamen Klausel tritt, wird durch das Ergebnis der wettbewerbsrechtlichen Analyse bestimmt: Der kartellrechtlich zulässige Kern entspricht der Regelung, die mit dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb vereinbar ist. Für eine darüber hinausgehende Interessenabwägung besteht im Rahmen der Bestimmung des kartellrechtlich zulässigen Teils der Abrede kein Anlass. Mögliche Präventionserwägungen, auch aus verhaltensökonomischer Perspektive, sind im Hinblick auf das Instrument der geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen des Kartellverbots insgesamt anzustellen und betreffen nicht ausschließlich die Frage der Teilbarkeit.¹⁸¹

c) Verschiedene Lösungen auch im Kartellrecht denkbar

Die im Einzelfall zu bestimmende Grenze zwischen kartellrechtlich zulässigem und überschießendem Maß soll jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch im kartellrechtlichen Kontext Privatautonomie herrscht. So vielfältig die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten, so groß der Spielraum, den das geltende Kartellrecht den Vertragsparteien (potentiell) einräumt. Im konkreten Fall kann es daher auf verschiedenen Wegen möglich sein, den abtrennbaren Restinhalt einer Vereinbarung in Einklang mit kartellrechtlichen Grenzen zu bringen.

Dabei betrifft das Problem verschiedener Lösungsmöglichkeiten nicht nur die sachliche Reichweite von Abreden. Vielmehr können selbst anstelle einer zeitlich überschießenden Vereinbarung verschiedenste Ersatzregelungen in Betracht kommen, die im Einklang mit geltendem Kartellrecht stehen. Dies zeigte sich in einem kürzlich vom BGH entschiedenen Fall aus dem Jahre 2018: In der Entscheidung Busverkehr im Altmarkkreis¹⁸² hatte der Gerichtshof über die Rechtmäßigkeit einer Verlängerungsklausel zu urteilen, die auch unter dem Aspekt des § 1 GWB zu prüfen war. Im Rahmen der hypothetischen Prüfung einer wettbewerbsrechtlich überschießenden, weil zeitlich unzulässigen Vertragsdauer stellte der Gerichtshof fest, diese führe selbst bei Kartellrechtswidrigkeit nicht zur Nichtigkeit, vielmehr sei eine geltungserhaltende Reduktion vorzunehmen. In Betracht käme hier eine Begrenzung der Vertragslaufzeit

„etwa bis zum Ablauf einer Folgekonzession oder auch bis zum Ablauf eines bestimmten Zeitraums nach der Erteilung einer Folgekonzession. Denn bei Wettbewerbsbeschränkungen, deren Unzulässigkeit aus der vereinbarten Dauer folgt, besteh[e] grundsätzlich die

¹⁸¹ Siehe dazu unter E.II. (S. 144 ff.).

¹⁸² BGH NZKart 2018, 372 – Busverkehr im Altmarkkreis.

Möglichkeit, sie im Wege einer geltungserhaltenden Reduktion auf das zeitlich zulässige Maß zurückzuführen.“¹⁸³

Selbst im Rahmen der Entscheidung, mit welcher Dauer eine Vereinbarung kartellrechtlich zulässig ist, können dem Gericht daher mehrere Lösungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Gleiches gilt etwa im Falle von zeitlich und sachlich überschließenden Bezugsbindungen, bei denen eine Wechselwirkung zwischen Laufzeit und Deckungsquote besteht.¹⁸⁴ So kommt eine geltungserhaltende Reduktion durch Rückführung eines der beiden Elemente auf den zulässigen Rahmen in Betracht oder auch eine beliebige Kombination.¹⁸⁵

Wie im allgemeinen Zivilrecht erscheint ein vollständiger Ausschluss der geltungserhaltenden Reduktion in diesen Konstellationen auch in kartellrechtlichen Sachverhalten zweifelhaft. Auch hier stehen dem Richter sämtliche zivilprozessualen Erkenntnismöglichkeiten zur Verfügung, um zu ermitteln, welche inhaltliche Vereinbarung die Parteien bei Kenntnis der (teilweisen) Unwirksamkeit ihrer Abrede getroffen hätten.

Dies wird bereits deutlich, wenn man sich die Methodik vor Augen führt, mit der der BGH etwa in Sachen Jette Joop¹⁸⁶ zu dem Ergebnis gelangt ist, eine markenrechtliche Abgrenzungsvereinbarung beziehe sich nach dem hypothetischen Parteiwillen ausschließlich auf die Unterlassungspflicht hinsichtlich der Nutzung der Marke für Bekleidungsstücke in Deutschland. In einer über mehr als 20 Teilziffern¹⁸⁷ reichenden Analyse legt der BGH die vertragliche Vereinbarung aus und kommt schließlich zu dem Ergebnis, dass nur diese eine gegenständliche Interpretation denkbar ist. Warum sollte dies nicht auch in Fällen möglich sein, die keine markenrechtliche Abgrenzungsvereinbarung betreffen, sondern jegliche Art von kartellrechtlich relevanter Abrede?

Ist für das Gericht auch am Ende dieser Analyse nicht erkennbar, welche Regelung die Parteien getroffen hätten, wenn sie sich der Nichtigkeit bewusst gewesen wären, muss eine geltungserhaltende Reduktion folgerichtig – wie im allgemeinen Zivilrecht – ausscheiden.¹⁸⁸

Nichts anderes hat der BGH in Sachen Taxigenossenschaft¹⁸⁹ entschieden, einem Fall aus dem Jahre 1986, in dem der Gerichtshof verschiedene inhaltlich unbeschränkte Wettbewerbsverbote für unvereinbar mit § 1 GWB erklärte. Eine gel-

¹⁸³ BGH NZKart 2018, 372, 375 – Busverkehr im Altmarkkreis.

¹⁸⁴ MüKoEuWettB/R/Säcker/Jaeks, Art. 101 AEUV, Rn. 711.

¹⁸⁵ MüKoEuWettB/R/Säcker/Jaeks, Art. 101 AEUV, Rn. 711; Füller, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 465.

¹⁸⁶ BGH GRUR 2011, 641 – Jette Joop.

¹⁸⁷ BGH GRUR 2011, 641, 643–645 – Jette Joop.

¹⁸⁸ Roth, JZ 1989, 411, 418: „Scheitert die Isolierung des angemessenen Teils gleichwohl, so scheitert auch die geltungserhaltende Reduktion.“ In ähnliche Richtung: Hager, Auslegung, S. 216 f.

¹⁸⁹ BGH GRUR 1986, 747 – Taxigenossenschaft.

tungserhaltende Reduktion auf ihren etwaig rechtlich zulässigen Inhalt komme in diesem Fall „schon deshalb nicht in Betracht, weil nicht im einzelnen dargelegt [sei], welche konkreten Wettbewerbshandlungen der Genossen die Funktionsfähigkeit der Rechtsbeschwerdeführerin gefährden würden und daher verboten werden können.“¹⁹⁰ Sofern es derartige Wettbewerbshandlungen gebe, bleibe es der Rechtsbeschwerdeführerin unbenommen, entsprechend konkret gefasste Wettbewerbsverbote in ihre Satzung aufzunehmen.¹⁹¹

Wäre es dem Gericht hingegen gelungen, diese Wettbewerbshandlungen zweifelsfrei zu ermitteln, hätte auch einer geltungserhaltenden Reduktion nichts im Wege gestanden. Es geht im Ergebnis also keineswegs darum, eine kartellrechtlich unzulässige Vereinbarung um jeden Preis vor dem Eintritt der Nichtigkeitsfolge zu bewahren und dabei den Gerichten freie Gestaltungsmacht über privatrechtliche Verträge einzuräumen. Vielmehr soll dem hypothetischen Parteiwillen – und nur diesem – im Einklang mit geltendem Kartellrecht zur Geltung verholfen werden.¹⁹² Nicht mehr und nicht weniger wird durch die geltungserhaltende Reduktion erreicht.

2. Zwischenergebnis zur Bestimmung des kartellrechtlich zulässigen Teils

Die Bestimmung der Regelung, die an die Stelle der nichtigen Abrede tritt, erfolgt im Kartellrecht in erster Linie unter Heranziehung normativer Grenzen. Dabei gibt die Grenze des kartellrechtlich Zulässigen gleichzeitig das Angemessene vor. Für eine Korrektur des normativ ermittelten Ergebnisses besteht grundsätzlich kein Bedarf.

Sollte sich bei der Ermittlung des zulässigen Gehalts der überschießenden Abrede ergeben, dass mehrere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um die Vereinbarung in Einklang mit geltendem Kartellrecht zu bringen, ist der Vertrag zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens auszulegen. Erst wenn dem Gericht keine eindeutige Ermittlung dieses Parteiwillens gelingt und daher weiterhin mehrere potentielle Lösungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, scheidet eine geltungserhaltende Reduktion aus.

IV. Zusammenfassung und Ergebnis

Die Teilbarkeit einer Abrede in einen kartellrechtlich unbedenklichen und einen überschießenden Teil ist methodische Grundvoraussetzung für die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion. Die erfolgte Analyse der einschlägigen Recht-

¹⁹⁰ BGH GRUR 1986, 747, 749 – Taxigenossenschaft.

¹⁹¹ BGH GRUR 1986, 747, 749 – Taxigenossenschaft.

¹⁹² Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 29: Es gehe um die Verwirklichung des Vertragswillens auf der Basis des Kartellrechts.

sprechung und Literatur hat gezeigt, dass für die Frage der Teilbarkeit der Inhalt der Vereinbarung entscheidend ist, nicht ihre Form. Teilbarkeit ist demnach jedenfalls in den Fällen gegeben, in denen eigenständige, kartellrechtlich zulässige Elemente innerhalb der Abrede zu identifizieren sind, die zwar gegebenenfalls eine Umformulierung der Vereinbarung nötig machen, jedoch ihrem Sinn nach eindeutig von ihrem überschießenden und daher kartellrechtswidrigen Teil abzutrennen sind.

Da es auf den Inhalt und nicht die Form der Vereinbarung ankommt, ist eine Rückführung auf den zulässigen Teil der Abrede nicht kategorisch für bestimmte Arten von Vereinbarungen ausgeschlossen. Dies betrifft einerseits Fälle, in denen sich der Kartellrechtsverstoß nicht aus einer mengenmäßigen Überschreitung der kartellrechtlich zulässigen Grenzen ergibt, sondern aus der Qualität des Verstoßes. Andererseits können auch bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen, *Hardcore*-Absprachen und Kernbeschränkungen im Einzelfall teilbar sein. Entscheidend ist, ob ein kartellrechtlich zulässiger Kern innerhalb der Abrede identifiziert werden kann, der von dem überschießenden Rest trennbar ist. Dies mag gerade in Fällen horizontaler *Hardcore*-Absprachen eine rein hypothetische Erwägung sein, da eine geltungserhaltende Reduktion hier in aller Regel an eben diesem Erfordernis scheitern wird. Ein formbasierter Ausschluss der Methodik ist in der Sache jedoch nicht zweckmäßig, da insbesondere im Bereich vertikaler Kernbeschränkungen Konstellationen denkbar sind, in denen durchaus eine Trennung in einen kartellrechtlich unbedenklichen und einen überschießenden Teil in Betracht kommt.

Inhaltlich teilbar sind sowohl Zeiträume, also auch geografische Gebiete und sachlich-gegenständliche Inhalte. Die Methodik, mit der der kartellrechtlich unbedenkliche Teil der Abrede identifiziert und der überschießende auf den zulässigen Teil zurückgeführt wird, ist in allen drei Fällen dieselbe. Eine den richterlichen Kompetenzbereich überschreitende Einwirkung auf den Inhalt des Vertrags findet in keiner dieser Dimensionen statt.

Der reduzierte Teil der Abrede, der an die Stelle der zum Teil unwirksamen Vereinbarung tritt, ist im Kartellrecht in erster Linie unter Heranziehung normativer Maßstäbe zu ermitteln. Dabei ist das kartellrechtlich gerade noch Zulässige gleichbedeutend mit dem kartellrechtlich Angemessenen – für eine Korrektur des Inhalts besteht kein Bedarf. Kommen verschiedene Lösungsmöglichkeiten in Betracht, die ihrerseits alle im Einklang mit geltendem Kartellrecht stehen, ist es Aufgabe des Gerichts, den hypothetischen Parteiwillen zu ermitteln. Dazu stehen dem Richter alle Möglichkeiten der zivilprozessualen Tatsachenfeststellung zur Verfügung. Nur für den Fall, dass sich auch am Ende dieser Analyse kein eindeutiger Inhalt identifizieren lässt, der an die Stelle der kartellrechtswidrigen Abrede treten soll, ist eine geltungserhaltende Reduktion ausgeschlossen.

E. Vereinbarkeit der geltungserhaltenden Reduktion mit Art. 101 Abs. 2 AEUV

Höchstgerichtlich ungeklärt ist die Frage, ob die Methode einer geltungserhaltenden Reduktion mit der Nichtigkeitsfolge aus Art. 101 Abs. 2 AEUV vereinbar ist. Im folgenden Kapitel erfolgt eine Analyse dieser Frage anhand klassischer Auslegung der Norm nach Wortlaut, Systematik, Historie und Telos (I.).

Sodann wird der Einfluss des *effet utile* näher analysiert, für den im Rahmen des Kartellverbots verschiedene Anknüpfungspunkte in Betracht kommen (II.). Die hier anzustellenden Präventionserwägungen geben dabei Anlass für eine vertiefte ökonomische Betrachtung möglicher Auswirkungen einer geltungserhaltenden Reduktion auf das Verhalten der Marktteilnehmer.

Der dritte Abschnitt dieses Kapitels befasst sich mit der Frage, ob die zuvor entwickelten Grundsätze auch im Rahmen einer Gruppenfreistellungsverordnung zur Anwendung kommen (III.).

Die Stellungnahme zuletzt fasst die Ergebnisse der Analysen zusammen (IV.).

I. Analyse anhand klassischer Auslegung von Art. 101 Abs. 2 AEUV

Das EuGH-Urteil in Sachen Remia Nutricia¹ ist das einzige existierende Urteil, in dem die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion – in seiner Tragweite womöglich unerkannt – von einem europäischen Gericht angewendet wurde. Darüber hinausgehende Rechtsprechung zur Kernfrage der Vereinbarkeit einer geltungserhaltenden Reduktion mit Art. 101 Abs. 2 AEUV existiert nicht. Während in den letzten Jahrzehnten an den verschiedensten Stellen wissenschaftliche Debatten rund um diese Frage entbrannt sind, ist im Ergebnis wohl unstrittig, dass nur der EuGH über sie entscheiden kann.² Inhaltlich lässt sich dem EU-Recht jedenfalls weder ein

¹ EuGH, Urteil vom 11. 7. 1985 – C-42/84 – Remia Nutricia, ECLI:EU:C:1985:327. Dazu unter C.II.1.c) (S. 59 ff.).

² Vgl. etwa *Füller*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 467; MüKoEuWettB/R/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 649; *Weyer*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG, Rn. 136; *Markert*, WuW 2002, 578, 584.

ausdrückliches Gebot noch ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion entnehmen.³

Im folgenden Abschnitt erfolgt eine Auslegung des Art. 101 Abs. 2 AEUV (1.), gefolgt von einer Zusammenfassung der Ergebnisse (2.).

1. Auslegung des Art. 101 Abs. 2 AEUV

Die Auslegung des Art. 101 Abs. 2 AEUV folgt methodisch ganz ähnlichen Grundsätzen wie die innerstaatlicher deutscher Rechtsnormen. Auch hier ist der Wortlaut der Norm zu berücksichtigen, sowie ihr Zusammenhang und die Ziele, die mit der Regelung verfolgt werden.⁴ Daneben ist die Entstehungsgeschichte der Rechtsnorm von Bedeutung, die etwa anhand von Begründungserwägungen oder Beratungsprotokollen ermittelt werden kann.⁵ In diesem Sinne erfolgt eine Auslegung nach Wortlaut (a)), systematischer Stellung (b)), Historie (c)) und Telos (d)).

a) Nichtigkeit als unionsrechtlicher Begriff

Ein auszulegender Begriff ist in der Regel ein solcher des Unionsrechts, wenn für die Ermittlung seiner Bedeutung weder ausdrücklich noch implizit auf das nationale Recht verwiesen wird.⁶ Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH müssen diese Begriffe in der gesamten Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten.⁷

Art. 101 Abs. 2 AEUV enthält weder ausdrücklich noch implizit eine Verweisung auf nationales Recht. Vielmehr „lässt sich [die Vorschrift] nur von ihrer gemeinschaftsrechtlichen Zielsetzung her auslegen und ist auf diesen Rahmen zu beschränken.“⁸ Bei der Nichtigkeit handelt es sich somit um einen unionsrechtlichen

³ So explizit: *Jaeger*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 31; *Maritzen*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 1, § 1 GWB, Rn. 393; *MüKoEuWettB/Säcker/Jaecks*, Art. 101 AEUV, Rn. 650; *Canaris*, Der Betrieb 2002, Heft 18, S. 930, 935.

⁴ Ständige Rechtsprechung des EuGH, vgl. z. B. Urteil vom 17.11.1983 – C-292/82 – *Merck*, ECLI:EU:C:1983:335, Rn. 12; Urteil vom 4.5.2010 – C-533/08 – *TNT Express Nederland*, ECLI:EU:C:2010:243, Rn. 44, m. w. N.

⁵ Vgl. zur Bedeutung historischer Erwägungen bei der Auslegung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften in der Rechtsprechung des EuGH sowie zu verfügbaren Materialien ausführlich: *Potacs*, S. 136 ff.; von *Danwitz*, S. 143 ff. betont, die historische Methode sei nahezu vollständig aus der EuGH-Entscheidungspraxis verschwunden.

⁶ *Pieper*, in: *Dauseis/Ludwigs*, EU-WirtschaftsR-HdB, B. B. I. Rechtsquellen, Rn. 11.

⁷ Vgl. z. B. EuGH, Urteil vom 18.1.1984 – C-327/82 – *Ekro*, ECLI:EU:C:1984:11, Rn. 11; Urteil vom 19.9.2000 – C-287/98 – *Linster*, ECLI:EU:C:2000:468, Rn. 43; Urteil vom 16.7.2009 – C-5/08 – *Infopaq International*, ECLI:EU:C:2009:465, Rn. 27; Urteil vom 21.10.2010 – C-467/08 – *Padawan*, ECLI:EU:C:2010:620, Rn. 32; Urteil vom 18.10.2011 – C-34/10 – *Brüstle*, ECLI:EU:C:2011:669, Rn. 25.

⁸ EuGH, Urteil vom 30.6.1966 – C-56/65 – *Société Technique Minière*, ECLI:EU:C:1966:38, S. 304.

Begriff,⁹ der losgelöst von seiner Bedeutung in nationalen Rechtsordnungen auszulegen ist.¹⁰

Hinsichtlich der Reichweite des unionsrechtlichen Nichtigkeitsbegriffs wird auf die bereits angeführten Entscheidungen des EuGH zum Bereich der Teilnichtigkeit verwiesen:¹¹ Demnach sind nichtig „nur diejenigen Teile der Vereinbarung, die unter das Verbot fallen (...).“¹² Nichtigkeit im Sinne des Art. 101 Abs. 2 AEUV bedeutet daher keineswegs Gesamtnichtigkeit; vielmehr lässt der Wortlaut der Norm eine Einschränkung auf die mit dem Kartellverstoß untrennbar verbundenen Teile der Vereinbarung zu. Nichts anderes setzt die geltungserhaltende Reduktion voraus.

b) Systematische Einordnung der Nichtigkeit innerhalb des Art. 101 AEUV

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist auch der Regelungszusammenhang einer Norm im Rahmen ihrer Auslegung zu berücksichtigen.¹³ Dabei ist Ziel der systematischen Auslegung in erster Linie die Vermeidung von Wertungswidersprüchen.¹⁴ So ist weniger danach zu fragen, welchen Inhalt benachbarte Bestimmungen oder etwaige Abschnittsüberschriften haben, als vielmehr die Stimmigkeit des Regelungssystems in sich zu suchen.¹⁵

Der systematische Aufbau von Art. 101 AEUV macht mit der in Abs. 2 angeordneten Nichtigkeitsfolge zunächst deutlich, dass das Kartellverbot auf dem Verbotsprinzip beruht.¹⁶ Der Eintritt der Nichtigkeit hängt damit nicht von einer beordlichen Maßnahme ab, diese ergibt sich vielmehr unmittelbar aus der Verbotsnorm selbst.¹⁷ Gleichzeitig greift im Rahmen der Anwendung von Art. 101 AEUV mit den Freistellungsmöglichkeiten aus Abs. 3 das Prinzip der Legalausnahme: Nur die Verhaltensweisen, die nicht unter die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3

⁹ So auch die h.M., vgl. z.B. *Füller*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 425; *Jaeger*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 2; MüKoEuWettbR/*Säcker/Jaecks*, Art. 101 AEUV, Rn. 627. Anderer Ansicht: *Schmidt*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EU Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 6.

¹⁰ *Weyer*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG, Rn. 124.

¹¹ Siehe dazu unter C.I. (S. 50 ff.).

¹² EuGH, Urteil vom 30.6.1966 – C-56/65 – Société Technique Minière, ECLI:EU:C:1966:38, S. 304.

¹³ Vgl. z.B. Urteil vom 17.11.1983 – 292/82 – *Merck*, ECLI:EU:C:1983:335, Rn. 12; Urteil vom 4.5.2010 – C-533/08 – *TNT Express Nederland*, ECLI:EU:C:2010:243, Rn. 44, m.w.N.

¹⁴ *Herzberg*, JuS 2005, 1, 5.

¹⁵ *Herzberg*, JuS 2005, 1, 5.

¹⁶ *Füller*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 7.

¹⁷ *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 8.

AEUV fallen, sind verboten und nichtig.¹⁸ Dabei prüfen die Marktteilnehmer die Freistellungsfähigkeit ihres Verhaltens, anstelle eines behördlichen Freistellungsverfahrens, selbst.¹⁹

Dieses Prinzip der Legalausnahme findet sich innerhalb der Norm systematisch nach der in Art. 101 Abs. 2 AEUV angeordneten Nichtigkeit. Für die Prüfungsreihenfolge bedeutet dies, dass die Marktteilnehmer zunächst ihr eigenes Verhalten auf eine tatbestandsmäßige Verletzung des Kartellverbots gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV prüfen müssen. Als Rechtsfolge tritt Nichtigkeit nach Art. 101 Abs. 2 AEUV ein, es sei denn, das Verhalten erfüllt die Voraussetzungen einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV.

Diese Regelungssystematik macht deutlich, dass trotz Erfüllung des Tatbestands von Art. 101 Abs. 1 AEUV systematisch Beschränkungen der Nichtigkeitsfolge aus Abs. 2 vorgesehen sind, nämlich in Fällen, in denen ein kartellrechtsneutraler (bzw. -fördernder) Kern in der Vereinbarung enthalten ist.²⁰ Denn auch im Rahmen der Freistellung vom Kartellverbot gemäß Abs. 3 wird eine Ausnahme von der absoluten Nichtigkeitsanordnung gemacht. Das Verbot aus Art. 101 Abs. 1 AEUV beansprucht insofern keine allumfassende Geltung.²¹

Macht Abs. 3 deutlich, dass in bestimmten Fällen – selbst bei tatbestandlicher Erfüllung von Abs. 1 – von der Nichtigkeitsanordnung abgesehen wird, kann jedenfalls aus der systematischen Stellung von Abs. 2 nicht hergeleitet werden, dass die Regelung keine Abweichung im Einzelfall zulässt. Ganz im Gegenteil: Ein solches Regel-Ausnahme-Verhältnis²² der Absätze von Art. 101 AEUV bestätigt die Vereinbarkeit der Methodik einer geltungserhaltenden Reduktion mit der Systematik der Norm.²³

¹⁸ *Füller*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 7.

¹⁹ *Nordemann*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 9. Zur Rechtslage bis zum 30.4.2004 unter Geltung der Verordnung Nr. 17/62: *Kling/Thomas*, § 5, Rn. 264 f. Zu den Möglichkeiten für die betreffenden Unternehmen, die mit der selbständigen Prüfung verbundenen Rechtsunsicherheiten jedenfalls abzumildern ebenfalls: *Kling/Thomas*, § 5, Rn. 269 f. Die Einholung informeller Auskünfte ist in der Praxis zwar weit verbreitet, beseitigt die mit der Selbsteinschätzung verbundenen Rechtsunsicherheiten auf Seiten der Unternehmen jedoch nur begrenzt, siehe dazu oben S. 44.

²⁰ An die Beschränkung der Nichtigkeitsfolge anknüpfend, unter Hinweis auf die Praxis des EuGH: *Weyer*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG, Rn. 136.

²¹ *Nordemann*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 4.

²² Vgl. dazu im Zusammenhang mit der systematischen Auslegung einer Norm: *Pieper*, in: *Dauses/Ludwigs*, EU-WirtschaftsR-HdB, B. B. I. Rechtsquellen, Rn. 27.

²³ In eine ähnliche Richtung: *Schmidt*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EU Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 29.

c) Verbotsprinzip in Vorgängerregelung

Neben dem Wortlaut einer Norm, ihrem Regelungszusammenhang sowie den Zielen, die mit der Regelung verfolgt werden,²⁴ kommt auch ihrer Entstehungs geschichte eine wichtige Bedeutung zu.²⁵ An dieser Stelle soll nicht vertieft auf die historische Entwicklung des Kartellverbots nach Art. 101 AEUV eingegangen werden.²⁶ Ein Vergleich mit der Vorgängerregelung lässt jedoch ein im vorliegenden Kontext nicht unerhebliches Detail zutage treten:

So sah die Vorgängerregelung in Art. 65 § 1 und 2 des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (*EGKSV*) keine Einzelfreistellungsmöglichkeit vom Kartellverbot vor. Es galt ein strenges Verbotsprinzip, von dem unter keinen Umständen abgewichen werden konnte – jedenfalls solange die Abrede nicht durch die Europäische Kommission ausdrücklich genehmigt wurde.²⁷

Zwar liegt der heutigen Fassung der Norm weiterhin das Verbotsprinzip zu grunde.²⁸ Dieses beansprucht jedoch mit Blick auf die in Art. 101 Abs. 3 AEUV kodifizierten Einzelfreistellungsmöglichkeiten keine allumfassende Geltung.²⁹ Historisch ist somit eine Tendenz weg vom strengen Verbotsprinzip hin zu Einschränkungen der Nichtigkeitsfolge im Einzelfall zu verzeichnen. Dies scheint die Vereinbarkeit einer geltungserhaltenden Reduktion mit der historischen Einordnung des Art. 101 Abs. 2 AEUV zu stützen.

d) Telos: Sanktionsfunktion der Nichtigkeit?

Wesentlicher Teil der Diskussion um Sinn und Zweck von Art. 101 Abs. 2 AEUV ist die Frage, ob die Anordnung der Nichtigkeit eine über die reine Rechtsfolge hinausgehende eigenständige Sanktionsfunktion erfüllt.³⁰ Wenn die Parteien einer kartellrechtswidrigen Abrede durch die Nichtigkeit dieser Abrede bestraft werden sollen, könnte eine geltungserhaltende Reduktion diesem Verbotszweck entgegenstehen.

Zum Zweck der Beantwortung dieser Frage ist zunächst die Einordnung der Nichtigkeit in das Gesamtsystem der Folgen eines Kartellverstoßes erforderlich (aa)). Dabei sind auch Erwägungen zur normimmanenten Systematik (bb)) sowie zur

²⁴ Ständige Rechtsprechung des EuGH, vgl. Urteil vom 17.11.1983 – C-292/82 – *Merck*, ECLI:EU:C:1983:335, Rn. 12; Urteil vom 4.5.2010 – C-533/08 – *TNT Express Nederland*, ECLI:EU:C:2010:243, Rn. 44, m. w. N.

²⁵ Vgl. einführend: *Potacs*, S. 136 ff.

²⁶ Vgl. weiterführend z. B.: *Füller*, in: *Kölner Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 2 ff.; *Grave/Nyberg*, in: *LMRKM Kartellrecht*, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 14 ff.

²⁷ *Füller*, in: *Kölner Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 2.

²⁸ Siehe dazu oben S. 137.

²⁹ *Nordemann*, in: *LMRKM Kartellrecht*, Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 4.

³⁰ Ausführlich zum Stand der Diskussion: *Weyer*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 2, *Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG*, Rn. 71 ff.

Verhältnismäßigkeit (cc)) von Bedeutung. Das Ergebnis der Analyse wird unter (dd)) zusammengefasst.

Angemerkt sei an dieser Stelle noch, dass die Ausführungen zum Telos der Vorschrift im Wesentlichen auf das deutsche Kartellverbot aus § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB übertragbar sind.³¹

aa) Rechtsfolge ist von Sanktionsebene zu trennen

Die Folgen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot lassen sich systematisch in reine Rechtsfolgen dieses Verstoßes einerseits und Bestrafungsmechanismen andererseits einteilen, mit denen die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens sanktioniert werden soll.

Die Nichtigkeit ist konzeptionell eine Rechtsfolge.³² Sie dient der „Einhaltung des Vertrags“³³ und stellt insofern eine „grundlegende Bestimmung dar, die für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft und insbesondere für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich ist“.³⁴ Ihr Ziel liegt darin, kartellrechtswidrigen Abreden die Wirksamkeit abzusprechen, deren Durchsetzung also zu verhindern.³⁵

Art. 101 Abs. 2 AEUV zielt allein darauf ab, einen rechtskonformen Zustand herzustellen, indem der Wettbewerbsverstoß durch Nichtigkeit beseitigt wird.³⁶ So wird die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs geschützt und eine Situation wiederhergestellt, die bei Beachtung des Kartellverbots aus Art. 101 Abs. 1 AEUV von Anfang an bestanden hätte.³⁷ Damit ist aber dem Ziel des Wettbewerbschutzes bereits Genüge getan.³⁸ Eine darüber hinausgehende Sanktion – etwa durch Ge-

³¹ Dieser Gleichlauf erklärt sich damit, dass spätestens mit der 7. GWB-Novelle die Vorgaben des deutschen Kartellverbots nahezu vollkommen an die europarechtlichen Regelungen angepasst wurden. Dazu: *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *Wettbewerbsrecht*, § 1 GWB, Rn. 2.

³² *Füller*, in: *Kölner Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 467.

³³ EuGH, Urteil vom 30.6.1966 – C-56/65 – *Société Technique Minière*, ECLI:EU:C:1966:38, S. 304.

³⁴ EuGH, Urteil vom 1.6.1999 – C-126/97 – *Eco Swiss*, ECLI:EU:C:1999:269, Rn. 36.

³⁵ *Thomas*, *WuW* 2010, 177, 183.

³⁶ So auch *Füller*, in: *Kölner Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 467; *MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks*, Art. 101 AEUV, Rn. 650; *Thomas*, *WuW* 2010, 177, 183. *Eilmansberger/Kruis*, in: *Streinz*, Art. 101 AEUV, Rn. 120 sehen die geltungserhaltende Reduktion kritisch, räumen aber ein, dass im Hinblick auf die Sanktions- und Präventionswirkung der Nichtigkeitsfolge offensichtlich keine europarechtlichen Vorgaben bestehen.

³⁷ *Weyer*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 2, *Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG*, Rn. 107.

³⁸ *Roth/Ackermann*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 4, § 1 GWB, Rn. 117.

samtlichkeit der Abrede – sieht die Norm nicht vor. Vielmehr sind nichtig „nur diejenigen Teile der Vereinbarung, die unter das Verbot fallen.“³⁹

Auf eben dieser reinen Rechtsfolgenebene wirkt sich die geltungserhaltende Reduktion aus. Es gibt schlicht keine Sanktion, weder auf EU- noch auf nationaler Ebene, die *Verbot der geltungserhaltenden Reduktion* lautet.⁴⁰ Es geht im Kern vielmehr um die Reichweite der Nichtigkeit als reine Rechtsfolge des Kartellverstoßes.

Neben der Nichtigkeit haben auch die übrigen zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV keine sanktionierende Wirkung. So wird jedenfalls im deutschen Recht überwiegend davon ausgegangen, dass zivilrechtliche Vorschriften allem voran dem Ausgleich privater Interessen dienen und daher nicht auf die Bestrafung der Parteien (oder einer von beiden) abzielen.⁴¹

Die kartellrechtliche Sanktionsebene ist durch eine Reihe öffentlich- und strafrechtlicher Verfahrensrechte ausgestaltet, die sich zum Teil nach europäischem, zum Teil nach nationalem Recht richten. So kommt die verwaltungsrechtliche Ahndung von Verstößen auf EU-Ebene insbesondere durch Geldbuße (gemäß Art. 23 VO 1/2003)⁴² und Zwangsgeld (gemäß Art. 24 VO 1/2003) in Betracht. Auch auf nationaler Ebene ist die mögliche Verhängung eines Bußgeldes, im deutschen Recht nach § 81 Abs. 2, 4 GWB,⁴³ praktisch am relevantesten. Daneben kommen, ebenfalls auf nationaler Ebene, strafrechtliche Sanktionen (Geld- und Freiheitsstrafe, im deutschen Recht z. B. im Falle von Submissionsabsprachen nach § 298 StGB) in Betracht.⁴⁴ All

³⁹ Ständige Rechtsprechung des EuGH, vgl. Urteil vom 30.6.1966 – C-56/65 – Société Technique Minière, ECLI:EU:C:1966:38; Urteil vom 13.7.1966 – C-56/64 und C-58/64 – Consten und Grundig, ECLI:EU:C:1966:41; EuGH, Urteil vom 18.12.1986 – C-10/86 – VAG France, ECLI:EU:C:1986:502, Rn. 14; Urteil vom 11.9.2008 – C-279/06 – CEPSA, ECLI:EU:C:2008:485, Rn. 78 f. Vgl. dazu im Detail oben unter C.I. (S. 50 ff.).

⁴⁰ *Kling/Thomas*, § 19, Rn. 219.

⁴¹ Vgl. MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 697 ff., insbesondere Rn. 708; Flume, S. 390 im Zusammenhang mit der Konditionssperre gemäß § 817 Satz 2 BGB. Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 1 GWB, Rn. 117, weisen allerdings darauf hin, Präventionsanliegen seien dem Privatrecht nicht fremd. Umfassend: Wagner, AcP 206 (2006), 352.

⁴² Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003, Nr. L 1/1 (VO 1/2003).

⁴³ Andere Mitgliedstaaten sehen ähnliche Regeln vor, z. B. Frankreich in Art. L442–4 Code de commerce.

⁴⁴ Im Gegensatz zum US-Amerikanischen antitrust law enthält das EU-Recht keine strafrechtlichen Sanktionen eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV, vgl. dazu MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 583.

diese Verfolgungsmöglichkeiten eines Kartellverstoßes sanktionieren das rechtswidrige Verhalten und wirken abschreckend.⁴⁵

bb) Sanktion widerspricht normimmanenter Systematik

Läge die Funktion der Nichtigkeit in einer Bestrafung der Vertragsparteien für einen Verstoß gegen den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV, wären darüber hinaus Sinn und Zweck der Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Frage gestellt. Denn Voraussetzung für die Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV ist zunächst die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV. Trotz Erfüllung des Tatbestands wird sodann eine Ausnahme von der Nichtigkeitsfolge im Einzelfall gemacht, da eine Gesamtabwägung zu dem Ergebnis führt, dass die Wettbewerbsbeschränkung etwa aufgrund ihrer Effizienzgewinne nicht verboten ist.

So können die Parteien selbst bei Erfüllung des Tatbestands darauf hoffen (und entsprechend argumentieren), dass die wettbewerbsfördernden Elemente ihrer Abrede die Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall überwiegen. Die damit zusammenhängenden Wertungen und Analysen sind komplex, das Ergebnis für die Parteien oft nicht absehbar und ein Verstoß gegen das Kartellverbot häufig sogar unerkannt. Diesen mit absoluter Nichtigkeit zu sanktionieren, widerspricht der normimmanenten Systematik des Art. 101 AEUV. Denn dann dürfte eine Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV (nach Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens) nicht mehr in Betracht kommen.

cc) Sanktion wäre unverhältnismäßig

Ginge man entgegen der diskutierten Bedenken von einer normimmanenten Sanktionsfunktion aus, wäre diese jedenfalls unverhältnismäßig. Hier ist das Prinzip der Selbsteinschätzung⁴⁶ entscheidend, unter dem die Marktteilnehmer stets gezwungen sind, eigenständig einzuschätzen, ob eine getroffene Vereinbarung kartellrechtsskonform ist oder nicht. Damit gehen Unsicherheiten auf Seiten der Parteien über das rechtlich zulässige Maß einher, denn oft betrifft der kartellrechtlich überschließende Teil nur Nuancen einer Abrede.⁴⁷

⁴⁵ Füller, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 467; Mü-KoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 650 f.; Weyer, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG, Rn. 73.

⁴⁶ Grundsatz, nach dem jedes Unternehmen die kartellrechtlichen Risiken seines Verhaltens selbst einzuschätzen und zu überprüfen hat, vgl. dazu bereits oben unter B.II.1. (S. 43 ff.) und weitergehend: Ellger/Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 2 GWB, Rn. 54 ff.; Schröter/Voet van Vormizele, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 AEUV, Rn. 271 ff.

⁴⁷ Zu den Möglichkeiten informeller Anfragen, die mangels Bindungswirkung die Rechtsunsicherheit auf Seiten der Marktteilnehmer nicht zu beseitigen vermögen, siehe oben unter B.II.1. (S. 43 ff.). Dort auch mit Hinweis auf die geplanten Neuerungen im Rahmen der 10. GWB-Novelle.

Eine drohende Sanktion gewinnt aber erst dann an Bedeutung, wenn die Parteien effektiv von einem kalkulierbaren Verhalten abgeschreckt werden können, ihrerseits also mit Verhaltensanpassungen in Anbetracht der drohenden Bestrafung zu rechnen ist.⁴⁸ Aufgrund der Komplexität der im Einzelfall erforderlichen Bewertung ihres kartellrechtlich relevanten Verhaltens ist aber gerade dies zweifelhaft. Eine Sanktionierung der Parteien für die mit der Selbsteinschätzung verbundenen Unsicherheiten über das im Einzelfall kartellrechtlich zulässige Maß – und letztlich für dessen Überschreitung – erscheint daher nicht angemessen.⁴⁹

Gleichtes leuchtet ein für den Fall, dass die Parteien bei Abschluss der Vereinbarung der Auffassung waren (und dies auch redlicherweise sein durften), dass sie sich im Rahmen des gesetzlich Zulässigen bewegten.⁵⁰ Oder – und dann erst recht – dies sogar taten und sich ein Verstoß gegen das Kartellverbot erst nachträglich (etwa durch Gesetzesänderung) ergeben hat, den die Parteien nicht absehen konnten.⁵¹

Wird demgegenüber durch die geltungserhaltende Reduktion der hypothetische Parteiwille verwirklicht, kann das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Einzelfall die Anwendung dieser Methodik anstelle der Nichtigkeit sogar gebieten.⁵² Denn so wird dem Interesse an einem funktionierenden Binnenwettbewerb durch Herstellung eines kartellrechtskonformen Zustands einerseits und dem Parteiinteresse an einer wirksamen Vertragsabrede andererseits Rechnung getragen.

dd) Zwischenergebnis: Keine Sanktionierung durch Nichtigkeit

Kartellverbotswidriges Verhalten wird nicht über die Reichweite der Nichtigkeit sanktioniert, sondern über davon unabhängige verwaltungs- und strafrechtliche Mechanismen.⁵³ Dies wird bereits durch systematische Einordnung der Nichtigkeit in das System der Folgen eines Kartellverstoßes deutlich: Während sich die Funktion von Art. 101 Abs. 2 AEUV in der Herstellung eines rechtskonformen Zustands erschöpft, ist die Sanktionsebene durch öffentlich- und strafrechtliche Verfahrensrechte gekennzeichnet.

⁴⁸ Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 1 GWB, Rn. 117.

⁴⁹ So im Ergebnis auch MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 651; Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 1 GWB, Rn. 117; Canaris, FS Steindorff, 519, 538.

⁵⁰ So auch Weidenbach/Mühle, EWS 9/2010, S. 353, 358. Roth, JZ 1989, 411, 418 sieht Raum für eine geltungserhaltende Reduktion jedenfalls dort, wo die Klausel „zumindest einer vertretbaren seriösen Rechtsansicht entspricht“. Zur Gutgläubigkeit als subjektives Kriterium der geltungserhaltenden Reduktion: Canaris, FS Steindorff, 519, 557 ff.

⁵¹ Vgl. zu dieser Konstellation BGH WuW 2004, 1051, 1052 – Restkaufpreis. Bestätigt durch BGH NZKart 2018, 372, 375 – Busverkehr im Altmarkkreis.

⁵² Jaeger, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 31. Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 29.

⁵³ So zum deutschen Recht im Ergebnis auch: Thomas, WuW 2010, 177, 183; Kling/Thomas, § 19, Rn. 219; Weidenbach/Mühle, EWS 9/2010, S. 353, 358 f.

Eine Sanktionierung der Parteien durch Nichtigkeit widerspräche auch der normimmanrenten Systematik. Denn auch die Einzelfreistellungsmöglichkeit aus Art. 101 Abs. 3 AEUV greift erst nach Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit ein. Sollte aber kartellverbotswidriges Verhalten generell mit Nichtigkeit der Abrede bestraft werden, dürfte es die Möglichkeit einer Freistellung gar nicht geben.

Letztlich erschien eine Sanktionierung der Parteien durch Eintritt der Nichtigkeit jedenfalls unverhältnismäßig. Denn mit einer Verhaltensanpassung in Anbetracht der drohenden Bestrafung ist nur dann zu rechnen, wenn die Marktteilnehmer mit Sicherheit die relevanten Zulässigkeitsgrenzen kennen. Mit dem Prinzip der Selbst-einschätzung gehen aber zwangsläufig diesbezügliche Unsicherheiten einher.

2. Auslegungsergebnis

Die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion ist sowohl mit Wortlaut, Systematik, Historie als auch Telos des Art. 101 Abs. 2 AEUV vereinbar. Da die Nichtigkeit in ihrer Reichweite auf die Teile der Abrede beschränkt ist, die gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößen, kann eine Rückführung auf den rechtlich unbedenklichen Teil nicht gegen den Wortlaut der Norm verstößen. Auch das Regel-Ausnahme-Verhältnis der verschiedenen Absätze des Art. 101 AEUV spricht für die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen des Kartellverbots. Ein Vergleich zur Vorgängerregelung des Art. 65 § 1 und 2 EGKSV zeigt darüber hinaus, dass das der Norm zugrundeliegende strenge Verbotsprinzip im Laufe der Zeit aufgeweicht wurde. Letztlich wird dieses Ergebnis auch nicht durch eine etwaige Sanktionsfunktion der Nichtigkeitsfolge in Frage gestellt. Denn die Funktion von Art. 101 Abs. 2 AEUV erschöpft sich in der Herstellung eines rechtskonformen Zustands.

II. Gefährdung des *effet utile*?

Im Mittelpunkt der wissenschaftlichen Debatte rund um die Vereinbarkeit einer geltungserhaltenden Reduktion mit Art. 101 Abs. 2 AEUV steht die mögliche Gefährdung des *effet utile*. Dieser besagt insbesondere, dass sämtliche innerstaatlichen Regeln, Verfahrens- wie materielle Rechte die Ausübung der durch die Gemeinschaftsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (Effektivitätsgrundsatz).⁵⁴

⁵⁴ Siehe zum *effet utile* bereits unter C.II.2. (S. 65 ff.). Aus der europagerichtlichen Rechtsprechung vgl. EuGH, Urteil vom 16. 12. 1976 – C-33/76 – Rewe, ECLI:EU:C:1976:188, Rn. 5; Urteil ebenfalls vom 16. 12. 1976 – C-45/76 – Comet, ECLI:EU:C:1976:191, Rn. 11 – 18; Urteil vom 27. 2. 1980 – C-68/79 – Just, ECLI:EU:C:1980:57, Rn. 25; Urteil vom 19. 11. 1991 – C-6/90 und C-9/90 – Francovich, ECLI:EU:C:1991:428, Rn. 43; Urteil vom 14. 12. 1995 – C-312/93 – Peterbroeck, ECLI:EU:C:1995:437, Rn. 12; Urteil vom 15. 4. 2008 – C-268/

In der Literatur wird in diesem Zusammenhang zum Teil an die praktische Wirksamkeit kartellrechtlichen Rechtsschutzes angeknüpft,⁵⁵ oder auch an die effektive Durchsetzung des Kartellverbots,⁵⁶ die Wirksamkeit des europäischen Wettbewerbsrechts⁵⁷ oder sogar des gesamten Unionsrechts.⁵⁸

Hier erfolgt eine Analyse des effet utile in seinen verschiedenen verfahrens- sowie materiellrechtlichen Dimensionen. Dazu werden zunächst die Auswirkungen auf die mit dem Kartellverbot verknüpften Verfahrensrechte diskutiert (1.). Sodann werden die in diesem Zusammenhang zentralen Präventionserwägungen vertieft analysiert. Aus verhaltensökonomischer Perspektive soll der Frage nachgegangen werden, ob die geltungserhaltende Reduktion die Entscheidung der Marktteilnehmer für oder gegen einen Verstoß gegen das Kartellverbot tatsächlich beeinflusst (2.).

Auch hier sei angemerkt, dass die nun folgenden Ausführungen im Wesentlichen auf das deutsche Kartellverbot aus § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB übertragbar sind.⁵⁹

1. Beeinträchtigung der kartellrechtlichen Verfahrensrechte?

Hinsichtlich der bestehenden Verfahrensrechte, die mit einem Verstoß gegen das Kartellverbot aus Art. 101 Abs. 1 AEUV verknüpft sind, wird auf die Ausführungen unter E.I.1.d)⁶⁰ verwiesen.

In der Sache werden weder das bestehende Bußgeldrisiko noch die private Kartellrechtsdurchsetzung durch die geltungserhaltende Reduktion berührt.⁶¹ Denn diese beseitigt nicht den kartellrechtlichen Verstoß an sich, sondern betrifft ausschließlich die Reichweite der Nichtigkeit. Eine kartellrechtlich überschießende Abrede ist und bleibt daher ein Kartellverstoß, mit allen daran anknüpfenden Konsequenzen.

Die geltungserhaltende Reduktion führt somit weder zu einer Entschärfung des Verfahrens- noch des kartellrechtlichen Privatrechts.⁶² Vielmehr geht es darum, eine

06 – Impact, ECLI:EU:C:2008:223, Rn. 46. Aus der Literatur vgl. etwa *Kamann*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 3, Rn. 24; *Potacs*, EuR 2009, 465, 480.

⁵⁵ *Füller*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 466.

⁵⁶ *Hengst*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, Bd. 2, Art. 101 AEUV, Rn. 474.

⁵⁷ *Schnichels*, EuZW 2003, 171, 175.

⁵⁸ *Schröter/van der Hout*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 AEUV, Rn. 224.

⁵⁹ Zur nahezu vollkommenen Anpassung des deutschen Kartellverbots an die europarechtlichen Regelungen: *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 1 GWB, Rn. 2. Eine Analyse der hier relevanten Fragen würde im deutschen Recht etwa im Rahmen des Telos der Norm erfolgen.

⁶⁰ S. 139 ff.

⁶¹ *Füller*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 467.

⁶² So auch *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 29.

im Kern zulässige Vereinbarung in Einklang mit geltendem Kartellrecht zu bringen.⁶³ Den Parteien wird jedoch keineswegs jegliches Risiko genommen, das mit einem Kartellrechtsverstoß einhergeht.⁶⁴ Sie werden lediglich in einem bestimmten Umfang vor dem Eintritt der absoluten Nichtigkeitsfolge bewahrt, die in der Literatur, in Anbetracht der mit dem Verstoß verknüpften Sanktionsrisiken, zum Teil sogar als „Übersanktion“⁶⁵ bezeichnet wird.

Dem Grunde nach ist also das gesamte Spektrum der mit dem Verstoß verknüpften Kartellverfahrens- und -prozessrechte eröffnet. Eine davon zu trennende Frage betrifft die konkrete Ausgestaltung dieser Verfahrensrechte im Falle einer geltungserhaltenden Reduktion, also den haftungsausfüllenden Tatbestand. Denn bei der Bemessung des Bußgelds im Rahmen eines Verwaltungs- oder Ordnungswidrigkeitenverfahrens wird sich unter anderem die Frage stellen, wie sich der kartellbefangene Umsatz bemisst. Handelt es sich dabei ausschließlich um den kartellrechtlich überschreitenden Teil? Im Rahmen von Schadensersatzverfahren werden sich für die Schadensbemessung ähnliche Probleme stellen. All dies wird im Detail in Abschnitt G.⁶⁶ diskutiert. Der haftungsbegründende Tatbestand bleibt von diesen Fragen jedenfalls unberührt.

2. Präventionserwägungen: Falscher Anreiz aus ökonomischer Perspektive?

Eines der Hauptargumente, die gegen die geltungserhaltende Reduktion im Zusammenhang mit dem Kartellverbot vorgebracht werden, ist die Befürchtung, dass die Aussicht auf eine zumindest teilweise Aufrechterhaltung der kartellrechtswidrigen Abrede falsche Anreize bei den Marktteilnehmern für ein Ausschöpfen des kartellrechtlich zulässigen Rahmens und schließlich Überschreiten der Zulässigkeitsgrenze setzt.⁶⁷ Während die Aussicht auf Nichtigkeit der Abrede im Falle der Aufdeckung des Verstoßes präventive Wirkung entfalte, drohe die geltungserhaltende Reduktion eben diese Wirkung auszuhebeln. Letztlich steht hinter dem Argument die Befürchtung, dass die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion auf kartellverbotswidrige Abreden zu einem Anstieg von Rechtsverstößen führen könnte, Marktteilnehmer im Ergebnis also mehr Anreize zu einem Verstoß gegen

⁶³ Anders ausgedrückt von *Schmidt*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EU Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 29: Es gehe um die „Verwirklichung des Vertragswillens auf der Basis des Kartellrechts.“

⁶⁴ Dies befürchten hingegen *Schröter/van der Hout*, in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Art. 101 AEUV, Rn. 225.

⁶⁵ MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 650.

⁶⁶ S. 216 ff.

⁶⁷ So z. B. *Klotz*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer*, 2 B, Rn. 808; *Schnichels*, EuZW 2003, 171, 175; *Schröter/van der Hout*, in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Art. 101 AEUV, Rn. 225.

Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB haben, als dies ohne geltungserhaltende Reduktion der Fall wäre.

Dass die Nichtigkeit als reine Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Kartellverbot keine eigenständige Sanktionsfunktion erfüllt, wurde bereits dargelegt.⁶⁸ Bei den in diesem Zusammenhang bemühten Argumenten handelt es sich jedoch um eine formal juristische Betrachtungsweise der kartellrechtlichen Rechtsfolgensystematik – die Frage der Steuerungswirkung rechtlicher Vorschriften für das Verhalten der am Rechtsverkehr teilnehmenden Individuen ist hingegen eine solche der ökonomischen Analyse des Rechts.⁶⁹ So soll im folgenden Abschnitt der Frage nachgegangen werden, ob aus ökonomischer Perspektive dem pauschal vorgebrachten Argument des *falschen Anreizes* einer geltungserhaltenden Reduktion im Zusammenhang mit dem Kartellverbot tatsächlich etwas abzугewinnen ist.

Zu diesem Zweck erfolgt eine knappe Einführung in die zugrundeliegenden wettbewerbsökonomischen Zusammenhänge, in deren Rahmen insbesondere das grundlegende Verständnis vom Marktteilnehmer als rational handelndem Individuum erklärt wird (a)). Sodann erfolgt eine Einordnung der vorab erläuterten Parameter in den vorliegenden Kontext einer geltungserhaltenden Reduktion kartellverbotswidriger Abreden sowie eine Darstellung der modelltheoretischen Annahmen (b)), die der dann folgenden mathematischen Analyse zugrunde liegen: Anhand der Berechnung von Erwartungswerten wird der Frage nachgegangen, ob bei Aussicht auf geltungserhaltende Reduktion eher mit einem Kartellverstoß der Marktteilnehmer zu rechnen ist als bei vollständiger Nichtigkeit der Abrede (c)). Eine Zusammenfassung der Ergebnisse findet sich unter (d)).

a) Wettbewerbsökonomischer Hintergrund

Ökonomische Fragestellungen sind dem Wettbewerbsrecht und damit auch dem Kartellverbot bedeutungsimmanent.⁷⁰ Es hat unzählige Versuche gegeben, den Begriff des Wettbewerbs zu definieren.⁷¹ Losgelöst von den Annahmen einzelner wettbewerbstheoretischer Strömungen kann Wettbewerb abstrakt aber wohl am ehesten als ein Prozess beschrieben werden, der durch Transaktionen entsteht und gewissen Regeln unterliegt, welche die unternehmerische Handlungsfreiheit begrenzen.⁷² Rechtsordnung und wirtschaftliche Erwägungen sind im Kartellrecht daher untrennbar miteinander verknüpft. Aus ökonomischer Perspektive stellt sich

⁶⁸ Siehe oben S. 139 ff.

⁶⁹ Einführend aus soziologischer Perspektive und m. w. N. zu einschlägigen Standardwerken: *Kirchgässner*, S. 134 ff.

⁷⁰ *Kirchgässner*, S. 134: Die Kartellgesetzgebung regle explizit ökonomische Vorgänge (im traditionellen Sprachgebrauch).

⁷¹ Eine Aufzählung möglicher Begriffsdefinitionen findet sich z. B. bei *Robert H. Bork*, *The Antitrust Paradox: A Policy at war with itself*, 2. Aufl. 1993, S. 58 ff.

⁷² *Mestmäcker/Schweitzer*, § 3, Rn. 91 f.

im Zusammenhang mit dieser Interdependenz⁷³ insbesondere die Frage, welche Auswirkungen Rechtsnormen auf das Verhalten der Individuen am Markt haben. Oder anders formuliert, wie Rechtsnormen ausgestaltet sein müssen, damit ihr angestrebter Zweck möglichst gut erreicht wird.⁷⁴

Zentral für die hier zu führende Debatte ist der Ansatz des methodologischen Individualismus, einer grundlegenden Hypothese der Wirtschaftswissenschaften, auf der das Verständnis vom Individuum als homo oeconomicus basiert.⁷⁵ Da jedes Individuum über das Zustandekommen von Transaktionen selbstständig entscheidet und entsprechend auch die aus den Transaktionen resultierenden Chancen und Risiken trägt, ist die Wahrscheinlichkeit rationalen Handelns dieser Individuen relativ hoch.⁷⁶ Diese persönlichen Egoismen sollen mithilfe des Rechts so gesteuert werden, dass die Summe der individuellen Vorteile dem öffentlichen Interesse dient.⁷⁷

Diese zentrale Forderung leitet die ökonomische Analyse des Rechts insbesondere aus dem sogenannten Coase-Theorem ab,⁷⁸ das in gebotener Kürze erläutert werden soll (aa)). Für die Analyse der Steuerungswirkung von Rechtsnormen ist daneben der Entscheidungsprozess der Marktteilnehmer relevant, durch den sie aus einer Vielzahl potentieller Handlungsoptionen eine Möglichkeit auswählen. Zum besseren Verständnis dieses Prozesses werden daher die grundlegenden Annahmen des rationaltheoretischen Verhaltensmodells knapp dargestellt (bb)). Da Gegenstand der Analyse mögliche Verstöße gegen das Kartellverbot sind, wird abschließend der Rolle zwingenden Rechts im Rahmen der Rationaltheorie ein kurzer Abschnitt gewidmet (cc)).

aa) Coase-Theorem und Transaktionskosten

Der spätere Nobelpreisträger Ronald Coase veröffentlichte im Jahre 1937 einen Aufsatz mit dem Titel „The Nature of the Firm“ in der Fachzeitschrift *Economica*.⁷⁹ Darin setzte er sich mit der Frage auseinander, warum sich auf Märkten als autarke Systeme, die sich selbstständig insbesondere über Preisbildungsmechanismen regulieren, dennoch hierarchische Strukturen in Form von Unternehmen herausbilden.⁸⁰ Coase definierte eine bestimmte Form von Kosten, die bei Marktaktivitäten anfallen, darunter nicht zuletzt solche, die durch das Aushandeln einzelner Verträge entstehen

⁷³ Zur Interdependenz von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem im Unionsrecht: *Mestmäcker/Schweitzer*, § 3, Rn. 91 m.w.N.

⁷⁴ *Kirchgässner*, S. 134.

⁷⁵ *Schäfer/Ott*, S. 46.

⁷⁶ *Meessen/Kersting*, in: LMRKM Kartellrecht, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht, Rn. 7.

⁷⁷ *Baumann*, RNotZ 2007, 297, 300.

⁷⁸ *Baumann*, RNotZ 2007, 297, 300.

⁷⁹ *Coase*, *Economica*, Vol. 4, Nr. 13–16, S. 386.

⁸⁰ *Coase*, *Economica*, Vol. 4, Nr. 13–16, S. 386, 387–390.

(etwa Kosten der Information, Koordination und Durchsetzung von begründeten Rechten).⁸¹ Innerhalb von Unternehmen könnten diese Kosten, etwa durch wiederkehrende Verwendung der ausgehandelten Verträge, reduziert werden.⁸²

Im Jahre 1960 veröffentlichte Coase sodann einen zweiten Aufsatz mit dem Titel „The problem of social cost“ im *Journal of Law and Economics*,⁸³ in dem er der Rolle dieser Transaktionskosten schärfere Konturen verlieh. Coase kam zu dem Ergebnis, dass in einer Welt ohne Transaktionskosten eine optimale Allokation von Ressourcen ausschließlich über das Marktgeschehen erreicht würde. In der realen Welt, in der diese Kosten hingegen anfallen, trete ein Abwägungsprozess in die Güterverteilung hinzu: Eine Umverteilung hin zu einer optimalen Allokation finde nur statt, wenn der Nutzen aus der Transaktion die damit verbundenen Kosten übersteige.⁸⁴ Wie die Güterverteilung ursprünglich organisiert ist, wem also welche Rechte an den Ressourcen gesetzlich zustehen, habe unter diesen Voraussetzungen fundamentale Bedeutung für die Effizienz eines Systems.⁸⁵

In einem System mit Transaktionskosten beeinflusst die originäre rechtliche Zuordnung von Gütern oder, allgemeiner gesprochen, von Handlungsrechten also deren faktische Verteilung nach dem Abschluss von Transaktionen, was wiederum maßgeblich für die Beurteilung der Frage ist, ob ein Rechtssystem Effizienz oder Verschwendungen fördert.⁸⁶ Dabei beziehen sich die Erwägungen ausschließlich auf frei übertragbare Handlungsrechte, nicht hingegen auf solche, die durch Gebote oder Verbote entstehen.⁸⁷

Damit leistet das Coase-Theorem⁸⁸ einen wesentlichen Beitrag zum ökonomischen Verständnis des durch Recht geprägten Marktgeschehens⁸⁹ und bildet gewissermaßen ein theoretisches Fundament für das Zusammenspiel von Wirtschafts- und Rechtsordnung.⁹⁰ Die Analyse von Transaktionskosten kann etwa die Entscheidung eines Unternehmens für die Integration bestimmter Wertschöpfungsstufen erklären, da diese im Ergebnis effizienter ist als eine Beschaffung über den Markt.⁹¹ Auch kann sie im kartellrechtlichen Kontext dazu beitragen, wirtschaftliche Un-

⁸¹ Schäfer/Ott, S. 73.

⁸² Coase, *Economica*, Vol. 4, Nr. 13–16, S. 386, 390–392.

⁸³ Coase, *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, S. 1.

⁸⁴ Coase, *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, S. 15 f.

⁸⁵ Coase, *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, S. 16.

⁸⁶ Schäfer/Ott, S. 72.

⁸⁷ Schäfer/Ott, S. 73.

⁸⁸ Als Theorem wurden diese Erwägungen erst von dem Nobelpreisträger George Stigler bezeichnet, Coase selbst hat nie von einem solchen Theorem gesprochen. Vgl. dazu: Schäfer/Ott, S. 72 f.

⁸⁹ Mestmäcker/Schweitzer, § 3, Rn. 95.

⁹⁰ Baumann, RNotZ 2007, 297, 300. Zu der darauf aufbauenden Neuen Institutionenökonomik vgl. grundlegend insbesondere: North; Williamson.

⁹¹ Mestmäcker/Schweitzer, § 3, Rn. 95.

ternehmensentscheidungen von wettbewerbswidrigen Zwecken oder Wirkungen zu unterscheiden.⁹²

bb) Rationaltheorie und der homo oeconomicus

In der Wirtschaftswissenschaft wird der Analyse menschlichen Verhaltens das rationaltheoretische Verhaltensmodell zugrunde gelegt, das insbesondere zur Ableitung von Prognosen über die Steuerungswirkung politischer Maßnahmen, aber auch rechtlicher Normen herangezogen wird.⁹³ Kern der Rationaltheorie ist die Annahme, dass Individuen ihrem persönlichen Vorteil nachstreben, dass sie wissen, was für sie nützlich ist⁹⁴ und unter gegebenen Umständen die für sie optimale Handlungsalternative auswählen.⁹⁵ Dem Konzept liegt also ein rein rational handelnder Mensch zugrunde, der egoistisch seinen eigenen Gewinn und Nutzen maximieren will. In der englischsprachigen Fachliteratur wird dieses Modell als REMM-Hypothese bezeichnet, was für *resourceful, evaluating, maximizing man* steht.⁹⁶

Inhalt des rationaltheoretischen Verhaltensmodells ist nun die Beschreibung des Prozesses, durch den sich Individuen aus einer Vielzahl möglicher Handlungsoptionen für eine Alternative entscheiden.⁹⁷ Diese Entscheidung wird zunächst durch bestimmte Restriktionen gesteuert, denn den prinzipiell unbegrenzten Bedürfnissen der Individuen stehen begrenzte Mittel zu deren Befriedigung gegenüber.⁹⁸ Restriktionen sind also jegliche Beschränkungen der Handlungsmöglichkeiten des Individuums, insbesondere – aber nicht nur – aufgrund der Knappheit von Ressourcen, wie etwa Geld, Zeit und Information.⁹⁹ Rational handelt das Individuum, wenn es sich im Rahmen dieser beschränkten Handlungsmöglichkeiten für diejenige entscheidet, die in seiner individuell definierten Rangordnung an oberster Stelle steht.¹⁰⁰

⁹² Näher dazu: *Mestmäcker/Schweitzer*, § 3, Rn. 96.

⁹³ Ausführlich: *Schäfer/Ott*, S. 95 ff.

⁹⁴ *Schäfer/Ott*, S. 46.

⁹⁵ *Magen, Fairness, Eigennutz und die Rolle des Rechts*, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmann, S. 267.

⁹⁶ Im Detail dazu: *Kirchgässner*, S. 12, Fn. 1 m. w. N. Einen Überblick über die Kritik an diesem Ansatz bietet *Bechtold*, S. 22 ff. m. w. N.; *Schäfer/Ott*, S. 75–78.

⁹⁷ *Bechtold*, S. 20.

⁹⁸ *Kirchgässner*, S. 12 f.; *Schäfer/Ott*, S. 45.

⁹⁹ *Bechtold*, S. 20.

¹⁰⁰ *Magen, Fairness, Eigennutz und die Rolle des Rechts*, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmann, S. 267. Dieses Entscheidungsverhalten wird Maximierung genannt: *Schäfer/Ott*, S. 96. Daher wird das dem Modell zugrundeliegende menschliche Verhalten auch als „Nutzenmaximierung unter Nebenbedingungen bei Unsicherheit“ bezeichnet: *Kirchgässner*, S. 14.

Diese Rangordnung wird durch Präferenzen ausgedrückt, die zum Zwecke der mathematischen Modellierung verschiedene Eigenschaften haben: Sie sind zunächst vollständig, das Individuum kann also stets angeben, welchen Zustand es einem anderen vorzieht.¹⁰¹ Präferenzen sind außerdem transitiv, ein gegenüber *b* präferierter Zustand *a* wird also immer auch gegenüber *c* vorgezogen – so entstehen am höchsten und am niedrigsten bewertete Handlungsoptionen.¹⁰² Sie sind voneinander unabhängig, der bevorzugte Zustand *a* wird also stets die am höchsten bewertete Option sein, ganz egal, in welchen Kombinationen mit anderen Optionen, auch unter Berücksichtigung der jeweiligen Eintrittswahrscheinlichkeit, sie betrachtet wird.¹⁰³ Präferenzen sind darüber hinaus konsistent, das heißt sie verändern sich nicht etwa durch Zeitablauf oder die unterschiedliche Darstellung der Entscheidungsalternativen.¹⁰⁴ Schließlich sind Präferenzen widerspruchsfrei, der Zustand *a* kann also nicht gleichzeitig besser und schlechter als *b* eingestuft werden.¹⁰⁵

Zusammenfassend besteht die Aufgabe der Rationaltheorie also darin anzugeben, welche Entscheidung unter gegebenen Restriktionen die vorausgesetzten Präferenzen des Individuums am besten realisiert und daher von einem rationalen, nutzenmaximierenden Individuum getroffen wird.¹⁰⁶ Dabei begnügt sich das Modell mit der Annahme, dass Individuen ihre Entscheidungen so treffen, als ob sie ihren Nutzen maximieren – psychologisch mentale Prozesse sind nicht Gegenstand der Rationaltheorie.¹⁰⁷

Da die Entscheidung für eine Handlungsoption im Hinblick auf einen möglicherweise zukünftig eintretenden Nutzen getroffen wird, dessen Umfang mit Unsicherheit behaftet ist, muss diesem zukünftigen Ereignis eine Wahrscheinlichkeit zugeordnet werden.¹⁰⁸ Dabei können die Individuen Vorteile, die erst zu einem späteren Zeitpunkt eintreten, geringer gewichtet als gleich große früher eintretende Vorteile.¹⁰⁹ Aus diesen Parametern lässt sich ein Erwartungswert berechnen, worunter man die Summe des Nutzens versteht, die ein Individuum aus allen denkbaren Handlungsalternativen ziehen kann, wobei der Nutzen jeder Alternative mit der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts gewichtet wird.¹¹⁰

¹⁰¹ Schäfer/Ott, S. 97.

¹⁰² Schäfer/Ott, S. 97.

¹⁰³ Bechtold, S. 21; Schäfer/Ott, S. 97.

¹⁰⁴ Bechtold, S. 21.

¹⁰⁵ Schäfer/Ott, S. 98.

¹⁰⁶ Magen, Fairness, Eigennutz und die Rolle des Rechts, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmann, S. 268.

¹⁰⁷ Magen, Fairness, Eigennutz und die Rolle des Rechts, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmann, S. 268, Fn. 24 m. w. N. zu einer möglichen Annäherung an die Ergebnisse psychologischer Entscheidungsprozesse.

¹⁰⁸ Bechtold, S. 22.

¹⁰⁹ Magen, Fairness, Eigennutz und die Rolle des Rechts, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmann, S. 268, 276.

¹¹⁰ Bechtold, S. 22 und Fn. 62.

cc) Die Rolle zwingenden Rechts im rationaltheoretischen Verhaltensmodell

Zwingendes Recht schränkt die Privatautonomie der Individuen ein. Zwar hat die Vertragsfreiheit ihrerseits wohlfahrtssteigernde Wirkungen, gleichzeitig kann sie jedoch nicht unbegrenzt gelten. Eine Einschränkung ist vielmehr dort angezeigt, wo die Voraussetzungen für den Eintritt dieser wohlfahrtssteigernden Effekte nicht vorliegen. Dies ist etwa der Fall, wenn der privatautonome Vertrag gegen zwingendes Recht verstößt, da er eine Schädigung der Allgemeinheit zur Folge hat.¹¹¹ Dies trifft auch auf einen Verstoß gegen das Kartellverbot zu: Eine Abwägung ergibt hier, dass die Abrede zu einer nicht hinnehmbaren Wettbewerbsbeschränkung führt, die im Ergebnis gegen Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB verstößt und daher nichtig ist.

Rechtsvorschriften stellen damit einen Unterfall exogener Restriktionen dar: Sie beeinflussen die Ausgestaltung der Handlungsoptionen der Individuen, indem sie im Modell als Kosten modelliert werden.¹¹² Dabei ist für die angestrebte Verhaltenssteuerung die Existenz rechtlicher Sanktionen zentral: Sieht zwingendes Recht eine Bestrafung der Individuen im Falle der Zuwiderhandlung vor, entfalten die Rechtsregeln Abschreckungswirkung, da sie die Kosten des sanktionierten Verhaltens erhöhen.¹¹³ Diese Kosten beeinflussen die Entscheidung der Individuen für oder gegen eine Handlungsoption.¹¹⁴ Gleichzeitig kann zwingendes Recht gezielte Anreize setzen und so die Restriktionen verändern, die Gegenstand der Entscheidungsfindung des Individuums sind.¹¹⁵ So kann das Entscheidungsverhalten der Individuen durch rechtliche Normen gesteuert werden.

Die Steuerung individuellen Verhaltens wird allerdings nicht ausschließlich durch zwingendes Recht bewerkstelligt. Dies schon aus dem einfachen Grund, dass die praktische Anwendung rechtlicher Normen aufgrund ihrer möglichst abstrakt-generellen Fassung den jeweiligen Adressaten im Einzelfall vor große Herausforderungen stellen kann. Hier kommt insbesondere die Rechtsprechung ins Spiel, die z. B. Generalklauseln mit konkreten Inhalten ausstatten, Einzelfallumständen Rechnung tragen und so ein dogmatisches System entwickeln kann.¹¹⁶ Auch hier fallen allerdings Kosten im Sinne des rationaltheoretischen Verhaltensmodells an: Denn die Vorteile einer flexiblen Rechtsprechung, die den Umständen des Einzelfalls Rechnung trägt, werden durch eine vermehrte Inanspruchnahme des Gerichtsapparats und damit verbundene höhere Kosten erkauft.¹¹⁷

¹¹¹ *Kötz*, JuS 2003, 209, 210.

¹¹² *Bechtold*, S. 20.

¹¹³ *Bechtold*, S. 20.

¹¹⁴ *Bechtold*, S. 20.

¹¹⁵ Zur Verhaltenssteuerung im deutschen Zivilrecht: *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 364 ff. Siehe auch: *Bechtold*, S. 22.

¹¹⁶ *Bechtold*, S. 293 f.

¹¹⁷ *Bechtold*, S. 294.

*b) Modelltheoretische Annahmen im vorliegenden Kontext
und Abgrenzung zur Analyse bei Dedual*

Die vorangestellten Erwägungen sind nun in den hier konkret relevanten Kontext einzuordnen. Dazu wird die Rolle eines Rechtsverstoßes gegen das Kartellverbot (aa)) und die Rolle der geltungserhaltenden Reduktion (bb)) im Modell erläutert. Anschließend werden die Unterschiede zwischen der hier gewählten Modellierung und der ökonomischen Analyse des Instruments der geltungserhaltenden Reduktion im Zusammenhang mit unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sich in der erst kürzlich veröffentlichten Dissertation von *Dedual*¹¹⁸ findet, aufgezeigt (cc)).

aa) Kartellverstoß ist rational bei höherem erwarteten Gewinn

Gewinnorientierte Marktteilnehmer werden grundsätzlich gegen das Kartellverbot verstoßen, wenn sie sich von diesem Verstoß mehr Profit versprechen als im Falle rechtskonformen Verhaltens, wenn ihr Nutzen aus dem Kartellverstoß also größer ist als die damit verbundenen Kosten.¹¹⁹ Für die Entscheidung, ob es profitabel ist, gegen das Kartellverbot zu verstoßen oder nicht, werden die Individuen also die erwarteten Kosten des Rechtsverstoßes aggregieren und mit einer Wahrscheinlichkeit, dass diese eintreten, gewichten, im Modell also multiplizieren.¹²⁰ Daraus ergibt sich der Wert der zu erwartenden Kosten $E(c)$ des kartellverbotswidrigen Handelns, was sich formelhaft wie folgt darstellt:

$$E(c) = pf^{121}$$

Wobei p die Ahndungswahrscheinlichkeit bezeichnet und f die Bestrafung.

Die drohende Bestrafung entfaltet dann optimale Wirkung hin zu einer effektiven Verhaltenssteuerung der Individuen, wenn sie den erwarteten Wert des aus dem Rechtsverstoß resultierenden Gewinns übersteigt.¹²² Dabei kann der Wert der Sanktion sowohl durch die Sanktionshöhe als auch die Ahndungswahrscheinlichkeit beeinflusst werden.¹²³ Die steigende Wahrscheinlichkeit, entdeckt zu werden, kann demnach grundsätzlich gleichermaßen abschreckende und damit verhaltenssteuernde Wirkung entfalten, wie die steigende Höhe der drohenden Sanktion im Falle der Entdeckung.

Bei der Entscheidung der Individuen für oder gegen einen Kartellverstoß spielt die drohende Bestrafung durch Verhängung eines Bußgeldes eine zentrale Rolle. Dem Bußgeld als echte Sanktion eines Kartellverstoßes kommt eigenständige Abschre-

¹¹⁸ *Dedual*.

¹¹⁹ Grundlegend: *Posner*, Antitrust Law.

¹²⁰ *Posner*, Antitrust Law, S. 47.

¹²¹ *Posner*, Antitrust Law, S. 47.

¹²² *Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 5, Rn. 2.

¹²³ *Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 5, Rn. 2.

ckungsfunktion zu, es soll die Marktteilnehmer zu einer Verhaltensanpassung bewegen.¹²⁴ Wie bereits dargestellt,¹²⁵ bleibt diese Möglichkeit der Verhaltenssteuerung durch die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion unberührt: Da die Vertragsparteien gegen das Kartellverbot verstoßen haben, wird die ganze Vielfalt kartellrechtlicher Rechtsfolgen inklusive der möglichen Ahndung durch Verhängung eines Bußgeldes ausgelöst. Dieses Risiko wird auch durch die geltungserhaltende Reduktion nicht beseitigt.

bb) Geltungserhaltende Reduktion führt im Modell
zu höherem erwarteten Gewinn

Die geltungserhaltende Reduktion wirkt sich bei der Berechnung des zu erwartenden Gewinnes im Falle eines Verstoßes gegen das Kartellverbot profitsteigernd bzw. kostensenkend aus. Denn wenn die Parteien mit der Nichtigkeit ihrer Abrede zu rechnen haben, geht ihnen der erwartete Gewinn aus der gesamten Vereinbarung verloren. Im Falle der geltungserhaltenden Reduktion können sich die Vertragsparteien hingegen darauf verlassen, dass ihnen jedenfalls der wirksame Teil der Abrede erhalten bleibt. Die Aussicht darauf, dass die kartellverbotswidrige Abrede nicht in ihrer Gesamtheit nichtig ist, sondern zumindest im Rahmen des kartellrechtlich Tolerablen aufrechterhalten wird, senkt daher die mit dem Verstoß unmittelbar verbundenen Kosten bzw. steigert den erwarteten Gewinn.

Die Kosten-Nutzen-Abwägung fällt – bei gleich bleibenden anderen Parametern – im Vergleich zur Gesamtnichtigkeit der Abrede daher bei geltungserhaltender Reduktion zugunsten des Kartellverstoßes aus. Im Ergebnis dürften die Marktteilnehmer bei Aussicht auf eine geltungserhaltende Reduktion also eher geneigt sein, die mit dem Rechtsverstoß verbundenen Risiken einzugehen. Fraglich ist allerdings, ob diese theoretischen Erwägungen auch der mathematischen Analyse standhalten.

cc) Abgrenzung zur Analyse bei *Dedual*

In ihrer erst kürzlich veröffentlichten Dissertation setzt sich *Dedual* mit der Frage auseinander, wie verschiedene Rechtsfolgenoptionen bei Unwirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen aus ökonomischer Perspektive zu bewerten sind. Dazu analysiert sie das Verhalten des Klausel-Verwenders auf Grundlage der modelltheoretischen Annahmen von *Craswell/Calfree*¹²⁶ in den jeweiligen Rechtsfolgenszenarien. Im folgenden Abschnitt erfolgt eine kurze Darstellung der dort zu-

¹²⁴ Zur optimalen Höhe eines für Kartellverstöße verhängten Bußgeldes aus ökonomischer Perspektive vgl. z. B.: *Landes*, The University of Chicago Law Review, Ed. 50 (1983), 652. Im Zusammenhang mit Hintergrund und Zielsetzungen der US-Amerikanischen Bußgeldleitlinien für Kartellverstöße: *Cohen/Scheffman*, American Criminal Law Review 27, Nr. 2 (1989), S. 331 (insbesondere S. 339 ff. zur *optimal deterrence* eines Bußgeldes).

¹²⁵ Siehe oben S. 145 ff.

¹²⁶ *Craswell/Calfree*, The Journal of Law, Economics & Organization, 2/1986, 279.

grunde gelegten Annahmen ((1)) sowie eine Abgrenzung zum hier verfolgten Ansatz ((2)).

(1) Modelltheoretische Annahmen bei *Dedual*

Gestützt auf die modelltheoretischen Annahmen von *Craswell/Calfree* hat *Dedual* das Verhalten des Klausel-Verwenders bei Unwirksamkeit seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen in verschiedenen Rechtsfolgenszenarien mathematisch analysiert. Untersucht wurde die Reaktion des Klausel-Verwenders auf die von *Bechtold* eingeführten vier denkbaren Regulierungsmodelle im Falle unwirksamer Vertragsbestimmungen, nämlich auf (i) die Gesamtunwirksamkeit des Vertrags, (ii) die Ersetzung durch eine Klausel, die den Verwender benachteiligt, (iii) die Ersetzung durch eine angemessene Klausel sowie (iv) eine Reduktion auf das gerade noch rechtlich zulässige Maß.¹²⁷

Craswell/Calfree gehen in ihrem Modell zunächst von der Grundannahme aus, dass es sich bei dem Klausel-Verwender (*defendant*)¹²⁸ um ein risikoneutrales, nutzenmaximierendes Individuum handelt, dessen Verhalten mit der Variable x beschrieben wird. Dabei ist x die „regulated activity“, also das Verhalten, das mithilfe rechtlicher Eingriffe reguliert werden soll. Dieses Verhalten dient dem Wohl des Verwenders, geht hingegen zu Lasten des Kunden.¹²⁹ Im Falle der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen handelt es sich bei x um das Ausmaß der Risikoabwälzung auf den Kunden.¹³⁰ Der erwartete Erlös (*Benefit*) des Verwenders wird definiert durch $B(x)$, der erwartete Verlust (*Loss*) des Kunden durch $L(x)$.¹³¹ Die optimale Verteilung der Risiken auf beide Vertragsparteien, \dot{x} , entspricht einem Zustand, in dem sich Grenzerträge und Grenzverluste aufwiegen.¹³² Dies wird beschrieben durch die Funktion

$$B'(\dot{x}) = L'(\dot{x})^{133}$$

Dedual nimmt an, dass die optimale Risikoverteilung \dot{x} einer Ersatzregelbildung im Sinne eines angemessenen Ausgleichs zwischen den Vertragsparteien entspricht. Denn der hypothetische Parteiwille wird durch eben dieses Schadensniveau von \dot{x} verwirklicht.¹³⁴ Eine geltungserhaltende Reduktion auf das gerade noch rechtlich zulässige Maß wird durch die Variable \tilde{x} bezeichnet, wobei \tilde{x} immer größer als \dot{x} ist.

¹²⁷ Im Detail zu den einzelnen Regulierungsmodellen: *Bechtold*, S. 293 ff.

¹²⁸ Der in dem Papier von *Craswell/Calfree* bezeichnete *defendant* wird im Folgenden der Übersichtlichkeit halber als Klausel-Verwender oder schlicht Verwender bezeichnet, die andere Vertragspartei als Kunde.

¹²⁹ *Craswell/Calfree*, The Journal of Law, Economics & Organization, 2/1986, 279, 280.

¹³⁰ *Dedual*, S. 243.

¹³¹ *Craswell/Calfree*, The Journal of Law, Economics & Organization, 2/1986, 279, 280.

¹³² *Dedual*, S. 244.

¹³³ *Craswell/Calfree*, The Journal of Law, Economics & Organization, 2/1986, 279, 281.

¹³⁴ *Dedual*, S. 244 f.

Denn das übergewälzte Risiko geht in diesem Fall gewichtiger zu Lasten des Kunden und zu Gunsten des Verwenders.¹³⁵

Die von *Craswell/Calfee* modellierte Profitfunktion des Klausel-Verwenders lautet

$$P(x) = B(x) - F(x)C(x)$$

Wobei $F(x)$ die Ahndungswahrscheinlichkeit und $C(x)$ die Kostenkomponente im Falle der Ahndung darstellt.¹³⁶ Dabei haben *Craswell/Calfee* bereits eine Erweiterung in das Modell einfließen lassen, indem sie die Ahndungswahrscheinlichkeit als eine Funktion von x , also des schädigenden Verhaltens, modellieren. Die Ahndungswahrscheinlichkeit steigt also mit dem Ausmaß der Schädigung, womit sich die Autoren ausdrücklich von den klassischen Modellen dieser Art abgrenzen wollen.¹³⁷

Craswell/Calfee setzen sich in ihrem Papier darüber hinaus mit den Effekten verschiedener Sanktionsmechanismen auseinander. Dabei legen sie die Annahme zugrunde, dass im Falle einer Ahndungswahrscheinlichkeit von < 1 die für eine Verhaltenssteuerung optimale Sanktion einer Multiplikation der Kosten eines Rechtsverstoßes mit dem Faktor $\frac{1}{F(x)}$ entspricht, wobei $F(x)$ wiederum die Ahndungswahrscheinlichkeit bezeichnet. Wird diese Inverse der Ahndungswahrscheinlichkeit in die Profitformel des Klausel-Verwenders eingesetzt, ergibt sich nämlich die anfangs definierte Optimalbedingung $B'(\dot{x}) = L'(\dot{x})$.¹³⁸ Durch diesen damage multiplier werden also Anreize hin zu einer optimalen Risikoverteilung gesetzt.

Gleichzeitig machen *Craswell/Calfee* jedoch auf die damit verbundenen Unsicherheiten auf Seiten der Marktteilnehmer aufmerksam. Daher stellen sie alternativ auf einen konstanten Multiplikator M ab, der mit der Ahndungswahrscheinlichkeit $F(x)$ multipliziert wird.¹³⁹ Als Beispiel führen sie die im amerikanischen Kartellrecht übliche Gewährung von *treble damages*, also dem dreifachen Schadensersatz im Rahmen privatrechtlicher Klagen an.¹⁴⁰

Auf dieser Grundlage ordnet *Dedual* den verschiedenen Rechtsfolgenszenarien unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen jeweils eine eigene Kostenfunktion zu. Eine geltungserhaltende Reduktion auf das gerade noch zulässige Maß

¹³⁵ *Dedual*, S. 245.

¹³⁶ *Craswell/Calfee*, The Journal of Law, Economics & Organization, 2/1986, 279, 281. Dort wird die Kostenkomponente mit $L(x)$ bezeichnet; um eine Verwechslung mit der Loss-Funktion des Kunden zu vermeiden, wird hier auf $C(x)$ abgestellt (so auch bei *Dedual*, S. 245).

¹³⁷ *Craswell/Calfee*, The Journal of Law, Economics & Organization, 2/1986, 279, 282.

¹³⁸ *Craswell/Calfee*, The Journal of Law, Economics & Organization, 2/1986, 279, 292 und Fn. 18.

¹³⁹ *Craswell/Calfee*, The Journal of Law, Economics & Organization, 2/1986, 279, 293.

¹⁴⁰ Vertiefend dazu z. B.: *Breit/Elzinga*, The Journal of Law and Economics 17, Nr. 2, 1974, S. 329. Siehe auch *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 405 ff. m. w. N., dort auch zu den Erwägungen der Monopolkommission, einen doppelten Schadensersatz einzuführen (S. 407).

entspricht den Kosten $B(x) - B(\tilde{x})$.¹⁴¹ Eine Ersetzung der unwirksamen Klausel durch eine angemessene Regelung entspricht den Kosten $B(x) - B(\tilde{x})$.¹⁴² Die Kosten im Falle einer Regelung zu Lasten des Verwenders definiert *Dedual* auf Grundlage der Erwägungen zu den vormals erwähnten „damage multipliers“ als $ML(x)$, wobei $L(x)$ die Loss-Funktion des Kunden bezeichnet.¹⁴³ Für den Fall der Gesamtnichtigkeit können die Kosten nicht modelliert werden, da sie bei jedem Vertrag unterschiedlich sind. *Dedual* nimmt aber an, dass die Kosten höher sind als in den anderen Szenarien, da der Nutzen aus dem gesamten Vertrag im Falle der Ahndung hinfällig wird.¹⁴⁴

Diese Kostenfunktionen setzt *Dedual* jeweils in die Profitfunktion des Klausel-Verwenders ein und kommt zu dem Ergebnis, dass ein risikoneutrales, nutzenmaximierendes Individuum allein mithilfe einer steigenden Ahndungswahrscheinlichkeit oder einem Sanktionsmultiplikator dazu angehalten werden kann, die zulässige Grenze der Risikoabwälzung auf seinen Vertragspartner nicht zu überschreiten.¹⁴⁵ Beide Komponenten seien jeweils geeignet, abschreckende Wirkung zu entfalten und könnten eine Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien im Rahmen des rechtlich Zulässigen bewirken.¹⁴⁶

(2) Abgrenzung zum hier verfolgten Ansatz

Bei der von *Dedual* durchgeführten Analyse ergeben sich zunächst wesentliche Unterschiede im Hinblick auf die Vertragssituation, in der sich der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen und sein Kunde befinden, im Vergleich zur Situation von Vertragsparteien einer kartellverbotswidrigen Abrede: Zwischen Ersteren herrscht eine Informationsasymmetrie zugunsten des Klausel-Verwenders, die die Dynamik der Vertragsverhandlungen wesentlich beeinflusst. Denn das Lesen, Verstehen und Hinterfragen Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist mit zu hohen Kosten verbunden, als dass der Kunde sich inhaltlich ernsthaft mit ihnen auseinandersetzen würde.¹⁴⁷ Diese Asymmetrie nutzt der Klausel-Verwender zu seinem Vorteil, indem er so viele Risiken wie möglich auf den Kunden abwälzt.¹⁴⁸

Im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen das Kartellverbot herrscht eine solche Informationsasymmetrie hingegen grundsätzlich nicht. Hier steht vielmehr das Verhalten der Marktteilnehmer insgesamt in Frage, wenn es um die Bewertung geht, ob es sich im Falle einer geltungserhaltenden Reduktion eher lohnt, einen

¹⁴¹ *Dedual*, S. 247.

¹⁴² *Dedual*, S. 248.

¹⁴³ *Dedual*, S. 249. Eine Erweiterung mit der von x abhängigen Ahndungswahrscheinlichkeit ist dort auf S. 250, Fn. 140 beschrieben.

¹⁴⁴ *Dedual*, S. 250.

¹⁴⁵ *Dedual*, S. 247, 250 f.

¹⁴⁶ *Dedual*, S. 251.

¹⁴⁷ *Dedual*, S. 231 ff. Siehe dazu auch unter F.II.2.b)aa) (S. 203 ff.).

¹⁴⁸ *Dedual*, S. 245.

Kartellverstoß zu begehen als bei Nichtigkeit der Abrede. Die Dynamik der Vertragsverhandlungen wird daher nicht durch einen Wissensvorsprung der einen vor der anderen Partei beeinflusst, sondern die Vertragsparteien entscheiden gemeinsam, ob es aus ihrer Sicht rational ist, einen Rechtsverstoß zu begehen.

Somit trifft im hier relevanten Fall eine der bei *Craswell/Calfee* getroffenen Grundannahmen nicht zu: Das mit der Variable x beschriebene Verhalten des *defendant* dient nicht seinem Wohl, während es seinem Gegenüber schadet. Die der Modellierung zugrunde gelegten Benefit- und Loss-Funktionen sind im vorliegenden Kontext daher nicht anwendbar. Berechnet werden hingegen schlichte Erwartungswerte unter gegebenen Bedingungen, die zeigen sollen, ob sich das nutzenmaximierende Individuum für oder gegen einen Verstoß gegen das Kartellverbot entscheidet.¹⁴⁹

Darüber hinaus weichen die zur Verfügung stehenden Sanktionsmechanismen voneinander ab: Während sich die zu erwartenden Kosten des Verwenders Allgemeiner Geschäftsbedingungen in dem Eintritt des jeweiligen Rechtsfolgenszenarios erschöpft (Gesamtnichtigkeit des Vertrags, Ersetzung der Klausel zu Lasten des Verwenders, Ersetzung durch eine angemessene Klausel oder Reduktion auf das gerade noch zulässige Maß), steht im Falle eines Verstoßes gegen das Kartellverbot allem voran die drohende Verhängung eines Bußgeldes in Rede. Diese *echte* Sanktionierung ist geeignet, abschreckende Wirkung zu entfalten und geht daher über die reine Rechtsfolgenbetrachtung für den Fortbestand der Abrede hinaus.

Auch im Hinblick auf die verschiedenen angedachten Regulierungsmodelle bestehen Unterschiede zu den hier relevanten Annahmen. So ist im Falle eines Verstoßes gegen das Kartellverbot die Differenzierung zwischen angemessener und gerade noch zulässiger Lösung obsolet.¹⁵⁰ Auch kommt keine Ersetzung mit einer Klausel in Betracht, die nachteilig für nur eine der beiden Vertragsparteien ist. Es werden ausschließlich die Optionen geltungserhaltende Reduktion versus Nichtigkeit betrachtet.

c) Modelltheoretische Analyse

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob sich nutzenmaximierende Marktteilnehmer bei Aussicht auf eine geltungserhaltende Reduktion eher für einen Verstoß gegen das Kartellverbot entscheiden als im Falle der drohenden Nichtigkeit der Abrede. Zu diesem Zweck werden Erwartungswerte berechnet, anhand derer der mögliche Einfluss einer geltungserhaltenden Reduktion auf die Entscheidung der Individuen gezeigt werden soll (aa)). Wie aus der Interpretation der Ergebnisse hervorgehen wird (bb)), kommt der Höhe des Bußgeldes im Modell eine zentrale Regulierungsfunktion zu. Dies wirft die Frage auf, wie sich das faktisch bisher

¹⁴⁹ Einführend zur Wahrscheinlichkeitsrechnung und dem Begriff des Erwartungswertes: *Schira*, Kapitel 9.4.

¹⁵⁰ Siehe dazu unter D.III.1.b) (S. 130 ff.).

geringe Ahndungsrisiko im Falle kartellrechtlich überschießender Vereinbarungen mit diesem Ergebnis verträgt (cc)).

aa) Berechnung

Wie eingangs dargestellt, werden sich Marktteilnehmer für einen Verstoß gegen das Kartellverbot entscheiden, wenn der erwartete Gewinn $E(\pi)$ aus dem Rechtsverstoß größer ist als bei rechtskonformem Verhalten. Diese Gleichung stellt sich wie folgt dar:

$$E(\pi_c) > E(\pi_{nc})$$

Wobei c den Kartellverstoß (*collusion*) und nc rechtskonformes Verhalten (*no collusion*) bezeichnet.

Der erwartete Gewinn aus dem Kartellverstoß wird zunächst durch das Risiko, entdeckt zu werden, beschränkt. Der erwartete Gewinn entspricht daher der Differenz zwischen einem Szenario, in dem der Rechtsverstoß aufgedeckt wird und einem Szenario, in dem er unentdeckt bleibt, jeweils gewichtet mit der Entdeckungswahrscheinlichkeit:¹⁵¹

$$E(\pi_c) = p \cdot \pi_c^D + (1 - p) \cdot \pi_c^{ND}$$

Wobei p die Wahrscheinlichkeit bezeichnet, entdeckt zu werden, und $(1 - p)$ entsprechend die gegenteilige Wahrscheinlichkeit, dass der Rechtsverstoß nicht aufgedeckt wird. π_c^D bezeichnet den Gewinn im Falle der Entdeckung (*detected*), π_c^{ND} den Gewinn im Falle eines nicht entdeckten Kartellverstoßes (*not detected*). Umgeformt lautet die Gleichung:

$$(1) \quad E(\pi_c) = \pi_c^{ND} + p(\pi_c^D - \pi_c^{ND})$$

In einem Szenario, in dem der Rechtsverstoß aufgedeckt wird, tritt das Sanktionsrisiko, insbesondere in Form der möglichen Verhängung eines Bußgeldes, hinzu. Der Gewinn aus dem Kartellverstoß bei Entdeckung entspricht daher dem Gewinn ohne Entdeckung minus das zu erwartende Bußgeld F (*fine*):

$$\pi_c^D = \pi_c^{ND} - F$$

Setzt man diese Definition nun in Formel (1) ein, stellt sich die Gleichung wie folgt dar:

$$\begin{aligned} (2) \quad E(\pi_c) &= \pi_c^{ND} + p((\pi_c^{ND} - F) - \pi_c^{ND}) \\ &= \pi_c^{ND} + p \cdot \pi_c^{ND} - p \cdot F - p \cdot \pi_c^{ND} \\ \iff E(\pi_c) &= \pi_c^{ND} + p(\pi_c^{ND} - \pi_c^{ND} - F) \\ &= \pi_c^{ND} - p \cdot F \end{aligned}$$

¹⁵¹ Zur Gewichtung eines Szenarios mit der Wahrscheinlichkeit p entdeckt zu werden siehe bereits oben S. 153 und Posner, Antitrust Law, S. 47.

Der erwartete Gewinn aus dem Kartellverstoß entspricht also dem Gewinn aus dem Szenario, in dem der Rechtsverstoß nicht aufgedeckt wird, minus Bußgeld multipliziert mit der Entdeckungswahrscheinlichkeit.¹⁵²

Unter der Annahme, dass bei rechtskonformem Verhalten keine Unsicherheit über den Gewinn des Unternehmens besteht, entspricht der erwartete Gewinn ohne Kartellverstoß dem tatsächlichen Gewinn (also $E(\pi_{nc}) = \pi_{nc}$). Die Marktteilnehmer werden sich gegen den Kartellverstoß entscheiden, wenn dieser Gewinn (also aus einem rechtskonformen Verhalten) größer ist als der erwartete Gewinn im Falle eines Kartellverstoßes:

$$\pi_{nc} \geq E(\pi_c)$$

Setzt man nun Formel (2) in diese Gleichung ein und löst sie nach F auf, ergibt sich folgende Gleichung:

$$\begin{aligned} (3) \quad \pi_{nc} &\geq \pi_c^{ND} - p \cdot F \\ \iff \pi_{nc} + p \cdot F &\geq \pi_c^{ND} \iff p \cdot F \geq \pi_c^{ND} - \pi_{nc} \\ \iff F &\geq \frac{\pi_c^{ND} - \pi_{nc}}{p} \end{aligned}$$

Das Bußgeld muss also mindestens so hoch oder größer sein als der Gewinn aus dem Kartellverstoß im unentdeckten Szenario minus Gewinn ohne Rechtsverstoß gewichtet mit der Entdeckungswahrscheinlichkeit. Gleichzeitig bedeutet dies: Wenn der Gewinn aus dem unentdeckten Szenario ansteigt, muss auch die Höhe des Bußgeldes ansteigen, damit sich die Marktteilnehmer gegen den Rechtsverstoß entscheiden.

Formt man die Definition des Gewinns aus dem Kartellverstoß im entdeckten Szenario $\pi_c^D = \pi_c^{ND} - F$ ¹⁵³ nach π_c^{ND} um, ergibt sich $\pi_c^{ND} = \pi_c^D + F$. Setzt man diese Definition in Formel (3) ein, ergibt sich folgendes Bild:

$$\begin{aligned} (4) \quad F &\geq \frac{\pi_c^D + F - \pi_{nc}}{p} \iff p \cdot F \geq \pi_c^D + F - \pi_{nc} \\ \iff F(p-1) &\geq \pi_c^D - \pi_{nc} \\ \iff F &\geq \frac{\pi_c^D - \pi_{nc}}{p-1} \end{aligned}$$

Das bedeutet: Das Bußgeld muss auch höher sein als der Gewinn aus dem Kartellverstoß im entdeckten Szenario, minus dem Gewinn ohne Rechtsverstoß gewichtet mit der Wahrscheinlichkeit, nicht entdeckt zu werden. Steigt der Gewinn aus dem Kartellverstoß bei Entdeckung, muss auch das Bußgeld steigen, damit sich die Marktteilnehmer gegen den Rechtsverstoß entscheiden. Dreh- und Angelpunkt ist also die Höhe der Sanktion, bzw. deren Abschreckungsintensität. Die Formel gibt dabei die Mindesthöhe an, die ein Bußgeld haben muss, damit es die Marktteilnehmer von dem Rechtsverstoß abhält.

¹⁵² Die Kosten eines Kartellverstoßes sind also definiert durch $E(c) = pf$. Siehe dazu bereits oben Fn. 140 und Posner, Antitrust Law, S. 47.

¹⁵³ Siehe oben S. 157.

Nun kommt die geltungserhaltende Reduktion ins Spiel. Diese spielt nur in einem Szenario eine Rolle, in dem der Kartellverstoß entdeckt wird. Bleibt er hingegen unentdeckt, können die Kartellanten den vollen Profit aus ihrem Rechtsverstoß ziehen, eine Rückführung auf den noch zulässigen Kern kommt hier gar nicht zum Tragen. Die geltungserhaltende Reduktion muss also beim erwarteten Gewinn aus dem Kartellverstoß bei Entdeckung abgebildet werden. Dieser ist im Falle der Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion größer als im Falle der Nichtigkeit, denn die Vertragsparteien können sich darauf verlassen, dass ihnen jedenfalls ein Teil ihrer Abrede erhalten bleibt. Der geltungserhaltend reduzierte Teil der Abrede führt also zu einem höheren Erwartungswert (hinsichtlich des Gewinns aus dem Kartellverstoß im entdeckten Szenario), als dies im Falle der Nichtigkeit der Fall wäre:

$$E(\pi_{c, gR}^D) > E(\pi_{c, v}^D)$$

Wobei gR für geltungserhaltende Reduktion steht und v für Nichtigkeit (*voidness*).

Da jedoch aus der ex-ante Entscheidungsperspektive der Marktteilnehmer nicht klar ist, ob ein Gericht oder eine Wettbewerbsbehörde ihre Abrede für tatsächlich im Kern zulässig erachten wird, oder ob die kartellverbotswidrige Vereinbarung für nichtig erklärt wird, sind die Szenarien der geltungserhaltenden Reduktion und der Nichtigkeit wiederum mit Wahrscheinlichkeiten zu gewichten:

$$E(\pi_c^D) = p_{gR} \cdot \pi_{c, gR}^D + p_v \cdot \pi_{c, v}^D$$

Dabei wird die Wahrscheinlichkeit, dass eine geltungserhaltende Reduktion zur Anwendung kommt, mit p_{gR} bezeichnet. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Abrede für nichtig befunden wird, mit p_v . Da bei Entdeckung des Kartellverstoßes nur diese beiden Möglichkeiten in Betracht kommen – das Gericht erklärt die Abrede entweder für nichtig oder erhält sie teilweise aufrecht – bildet die Wahrscheinlichkeit $p_v = 1 - p_{gR}$ die Gegenwahrscheinlichkeit zu p_{gR} . Daher könnte die Gleichung auch wie folgt lauten:

$$E(\pi_c^D) = p_{gR} \cdot \pi_{c, gR}^D + (1 - p_{gR}) \cdot \pi_{c, v}^D$$

Eine Tendenz der Rechtsprechung hin zu mehr Anwendungen der geltungserhaltenden Reduktion bei Verstößen gegen das Kartellverbot ließe dann die Wahrscheinlichkeit p_{gR} ansteigen. Steigt p_{gR} an, steigt wiederum der erwartete Gewinn aus dem Kartellverstoß $E(\pi_c^D)$ an. Unter Berücksichtigung des Ergebnisses in Gleichung (4) bedeutet dies, dass es zu einem Anstieg des Bußgeldes kommen muss, damit die Marktteilnehmer von einem Verstoß gegen das Kartellverbot abgehalten werden.

bb) Ergebnis und Interpretation

Die geltungserhaltende Reduktion führt im Modell zu einem höheren erwarteten Gewinn im Falle eines Verstoßes gegen das Kartellverbot. Dennoch wird sie die Entscheidung der Marktteilnehmer für oder gegen den Rechtsverstoß nicht beein-

flussen, solange Gleichung (4) gilt, das Bußgeld also hoch genug ist, um abschreckende Wirkung zu entfalten. Denn egal wie hoch $E(\pi_c^P)$ steigt, werden sich die Vertragsparteien gegen den Kartellverstoß entscheiden, solange F immer noch die Höhe aus Gleichung (4) hat. Dreh- und Angelpunkt ist demnach die Höhe des verhängten Bußgeldes.

Die Aussicht auf geltungserhaltende Reduktion, bzw. die steigende Wahrscheinlichkeit, dass Gerichte und Behörden von dem Instrument Gebrauch machen werden, hat damit keinen Einfluss auf den Anreiz, gegen das Kartellverbot zu verstößen, solange die damit einhergehenden Sanktionen abschreckend genug wirken. Da die geltungserhaltende Reduktion den zu erwartenden Profit aus dem Kartellverstoß erhöht, erhöht sie gleichzeitig den Mindestbetrag, bei dem das Bußgeld angesetzt werden muss, um diese Wirkung zu entfalten. Ist das Bußgeld regelmäßig genau bei dem Betrag angesetzt, der Gleichung (4) entspricht, müsste es zu einer Erhöhung des Bußgeldes kommen, um den Kartellverstoß hinreichend unattraktiv zu machen. Mit einer Rechtsprechungsentwicklung hin zu mehr geltungserhaltenden Reduktionen müsste in diesem Fall eine Entwicklung hin zu höheren Bußgeldern einhergehen.

cc) Konflikt mit faktisch geringem Ahndungsrisiko?

Betrachtet man die wenigen bisher entschiedenen Fälle zur Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen des Kartellverbots,¹⁵⁴ fällt auf, dass keine der Entscheidungen zu einem separaten Bußgeldverfahren geführt hat. Weder Europäische Kommission noch Bundeskartellamt haben die Vertragsparteien für den Rechtsverstoß im Hinblick auf den überschießenden Teil der Vereinbarung mit einem Bußgeld geahndet. Die jeweiligen Fusionskontrollentscheidungen haben lediglich zu Freigaben in beschränktem Umfang geführt.

Daher stellt sich die Frage, ob die hier angestellten Erwägungen überhaupt praktisch umsetzbar sind. Sehen sich die Parteien in den Fällen, die für eine geltungserhaltende Reduktion in Betracht kommen, gar keinem Ahndungsrisiko ausgesetzt, ist auch mit einem potentiell erhöhten Bußgeldrisiko nichts gewonnen. Denn die Abschreckungswirkung des Kartellverbots gründet gleichermaßen auf der steigenden Wahrscheinlichkeit, entdeckt zu werden wie auf der steigenden Höhe der drohenden Sanktion im Falle der Entdeckung.¹⁵⁵

Jegliche Ausführungen zu der Frage, wieso die Kartellbehörden in den wenigen Fällen, in denen eine überschießende Vereinbarung auf den zulässigen Kern zurückgeführt wurde, keine weiteren Verfahrensschritte eingeleitet haben, bleiben jedoch rein hypothetisch. So könnten die Behörden beispielsweise zu dem Ergebnis gekommen sein, dass die Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall nicht spürbar war. Auch ist zu berücksichtigen, dass die entschiedenen Fälle ausschließlich Fusions-

¹⁵⁴ Siehe dazu unter C.II.1.c) (S. 59 ff.).

¹⁵⁵ Siehe dazu bereits oben S. 153.

kontrollentscheidungen betrafen, eine geltungserhaltende Reduktion aber auch außerhalb der Zusammenschlusskontrolle zur Anwendung kommen kann.¹⁵⁶

Es besteht daher kein Anlass zu der Annahme, dass eine Tendenz der Rechtsprechung hin zu einer vermehrten Anwendung der geltungserhaltenden Reduktion zwingend Einfluss auf die Ahndungswahrscheinlichkeit haben wird. Da die Methodik den ursprünglich begangenen Verstoß gegen das Kartellverbot unberührt lässt, befinden sich die Parteien der Abrede keineswegs in einem risikofreien Raum, sondern sehen sich ganz im Gegenteil der gesamten Reihe möglicher kartellverfahrensrechtlicher Sanktionen ausgesetzt.¹⁵⁷ Im Ergebnis wird die erwünschte Steuerungswirkung des Kartellverbots durch die geltungserhaltende Reduktion allein daher nicht beeinträchtigt.

*d) Ergebnis: Keine Gefährdung des *effet utile**

Der *effet utile* steht einer geltungserhaltenden Reduktion von Vereinbarungen, die gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen, nicht entgegen. Die Methodik hat keine verfahrensrechtlichen Konsequenzen, die gegen den *effet utile* verstoßen könnten. Jedenfalls dem Grunde nach ist auch im Falle einer geltungserhaltenden Reduktion das gesamte Spektrum der mit diesem Verstoß verknüpften Kartellverfahrens- und -prozessrechte eröffnet. Die daraus resultierenden Konsequenzen für das Ausmaß der Sanktionen betreffen eine andere, davon zu trennende Frage.

Auch sprechen aus ökonomischer Perspektive keine Gründe gegen die Anwendung der Methodik im Rahmen des Kartellverbots. Marktteilnehmer werden sich auch bei Aussicht auf geltungserhaltende Reduktion nicht für einen Verstoß gegen das Kartellverbot entscheiden, solange die damit einhergehenden Sanktionen, insbesondere das zu verhängende Bußgeld, abschreckend genug wirken.

III. Abweichende Beurteilung im Rahmen einer Gruppenfreistellungsverordnung?

Gesetzt den Fall, dass eine Vereinbarung, die dem Grunde nach in den Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung fallen würde, die konkreten Freistellungsvoraussetzungen nicht erfüllt. Kann die geltungserhaltende Reduktion hier im Ergebnis dazu führen, dass sich die Vereinbarung in den Rahmen der Verordnung wieder einfügt und so gruppenfreistellungsfähig wird?

In dieser Konstellation geht es nicht um die Vermeidung der Nichtigkeitsfolge, sondern um eine Erweiterung des Anwendungsbereichs von Gruppenfreistellungen. Insbesondere ist zu betonen, dass durch die Ablehnung einer geltungserhaltenden

¹⁵⁶ Siehe zu möglichen Konstellationen im Rahmen horizontaler und vertikaler Zusamenarbeit unter B.II.2. (S. 45 ff.).

¹⁵⁷ Siehe dazu oben S. 145 ff.

Reduktion im Rahmen von Gruppenfreistellungsverordnungen nichts über die Einzelfreistellungsfähigkeit einer überschließenden Klausel gesagt ist.¹⁵⁸ Die Möglichkeiten einer Gruppen- oder Einzelfreistellung stehen insofern gleichwertig nebeneinander.¹⁵⁹

Im folgenden Kapitel soll es daher nur um die Frage gehen, ob eine kartellrechtlich nicht von einer Gruppenfreistellungsverordnung gedeckte Vereinbarung mit dem Ziel, sie gruppenfreistellungsfähig zu machen, geltungserhaltend reduziert werden kann. Dazu wird zunächst das System der Gruppenfreistellung knapp erläutert (1.). Sodann wird auf verschiedene Arten von kartellrechtlich überschließenden Vereinbarungen eingegangen, an die sich im System der Gruppenfreistellung unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen (2.). Schließlich wird die Rolle der geltungserhaltenden Reduktion innerhalb dieses Systems analysiert (3.), gefolgt von einem Anwendungsbeispiel (4.).

1. Das System der Gruppenfreistellung

Während Art. 101 Abs. 3 AEUV die Einzelfreistellungsmöglichkeit vom Kartellverbot für bestimmte Vereinbarungen vorsieht, eröffnet Art. 103 Abs. 1 AEUV dem Rat die Möglichkeit, Verordnungen und Richtlinien zu erlassen, in denen Anwendung und Durchsetzung des Kartell- und Marktmisbrauchsverbots detailliert geregelt werden.¹⁶⁰ Unter anderem hat der Rat durch die Verordnung Nr. 19/65/EWG¹⁶¹ die Kompetenz, das Kartellverbot auf gewisse Gruppen von Vereinbarungen für nicht anwendbar zu erklären, auf die Kommission übertragen. Die Kommission hat ihrerseits von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, indem sie eine Reihe von Gruppenfreistellungsverordnungen erlassen hat, darunter insbesondere die Vertikal-GVO. Weitere wichtige Verordnungen betreffen den Bereich des Technologie-transfers (TT-GVO),¹⁶² den Kraftfahrzeugsektor (Kfz-GVO),¹⁶³ Forschungs- und

¹⁵⁸ Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 13. 10. 2011 – C-439/09 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, ECLI:EU:C:2011:649, Rn. 59 (auch wenn die konkrete Vereinbarung die Voraussetzungen von Art. 4 lit. c der Vertikal-GVO nicht erfülle, könne auf die Vereinbarung die Legalaußnahme in Art. 101 Abs. 3 AEUV individuell anwendbar sein, wenn die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt seien).

¹⁵⁹ *Baron*, in: LMRKM Kartellrecht, Einf. Vertikal-GVO, Rn. 6 m. w. N.

¹⁶⁰ Vgl. ausführlich zu Reichweite und Zweck von Art. 103 AEUV: *Sturhahn*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 103 AEUV, Rn. 1 ff.

¹⁶¹ Verordnung Nr. 19/65/EWG des Rates vom 2. März 1965 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz (3) des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EG 1965, Nr. 36, S. 533 (Verordnung Nr. 19/65/EWG).

¹⁶² Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologie-transfer-Vereinbarungen, ABl. EU 2014, Nr. L 93, S. 17. Weiterführend: *Schweda/Giesen*, in: LMRKM Kartellrecht, TT-GVO; *Kling/Thomas*, § 5, Rn. 409 ff.

¹⁶³ Verordnung (EU) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27. Mai 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf

Entwicklungscooperationen (*F&E-GVO*)¹⁶⁴ sowie Spezialisierungsvereinbarungen (*Spezialisierungs-GVO*).¹⁶⁵

Erfüllt eine Vereinbarung die Voraussetzungen einer Gruppenfreistellungsverordnung, ist sie freigestellt – die Freistellung tritt *ipso iure* ein und bedarf keiner behördlichen Maßnahme.¹⁶⁶ Da es sich normentechnisch um Verordnungen im Sinne des Art. 288 AEUV handelt, beanspruchen Gruppenfreistellungsverordnungen unmittelbare Wirkung innerhalb der europäischen Mitgliedstaaten und sind vorrangig gegenüber dem nationalen Recht zu behandeln.¹⁶⁷

Eine zentrale Rolle kommt den Gruppenfreistellungsverordnungen im Rahmen der Selbsteinschätzung der Marktteilnehmer zu, da sie unter den dort kodifizierten Voraussetzungen von einem *safe harbour* ausgehen können.¹⁶⁸ Den Unternehmen obliegt in diesem Fall allein die Beweislast bezüglich der Anwendungsvoraussetzungen der Gruppenfreistellungsverordnung auf die betreffende Vereinbarung.¹⁶⁹ Dem liegt die Annahme zugrunde, dass Vereinbarungen, die die Voraussetzungen der Gruppenfreistellungsverordnung erfüllen, mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auch gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt sind.¹⁷⁰

Wichtig ist an dieser Stelle noch einmal zu betonen, dass die Nichtanwendbarkeit einer Gruppenfreistellungsverordnung auf eine bestimmte Vereinbarung keinen Einfluss auf eine etwaig mögliche Einzelfreistellung hat.¹⁷¹ Dabei ist die Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV im Falle der reinen Überschreitung der Marktanteilsschwellen als Anwendungsvoraussetzung der Gruppenfreistellungsverordnungen offensichtlich wahrscheinlicher als im Falle der Vereinbarung einer Kernbeschränkung, z. B. im Sinne des Art. 4 Vertikal-GVO.¹⁷² Daher besteht nach Auffassung des EuGH auch „kein Anlass, die Bestimmungen, mit denen die

Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABI. EU 2010, Nr. L 129, S. 52. Weiterführend: *Vögel*, in: LMRKM Kartellrecht, Kfz-GVO; *Kling/Thomas*, § 5, Rn. 426 ff.

¹⁶⁴ Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABI. EU 2010, Nr. L 335, S. 36. Weiterführend: *Schütze*, in: LMRKM Kartellrecht, FuE-GVO.

¹⁶⁵ Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABI. EU 2010, Nr. L 335, S. 43. Weiterführend: *Heckenberger/Herzog*, in: LMRKM Kartellrecht, Spez-GVO.

¹⁶⁶ *Kling/Thomas*, § 5, Rn. 272.

¹⁶⁷ *Kling/Thomas*, § 5, Rn. 303.

¹⁶⁸ *Schultze/Pautke/Wagener*, Einleitung, Rn. 22; *Baron*, in: LMRKM Kartellrecht, Einf. Vertikal-GVO, Rn. 12 f.

¹⁶⁹ *Schultze/Pautke/Wagener*, Einleitung, Rn. 22, weiterführend zu Fragen der Beweislast Rn. 111 ff.

¹⁷⁰ *Schultze/Pautke/Wagener*, Einleitung, Rn. 22.

¹⁷¹ Siehe dazu bereits oben S. 163 f.

¹⁷² *Kling/Thomas*, § 5, Rn. 305.

Vereinbarungen oder Verhaltensweisen in die Gruppenfreistellung einbezogen werden, weit auszulegen.“¹⁷³ Der Schutz der Rechte der Marktteilnehmer sei über die Möglichkeit, „individuell die Anwendbarkeit der Legalausnahme in Art. 101 Abs. 3 AEUV geltend zu machen“¹⁷⁴ hinreichend gewahrt.

2. Differenzierung zwischen *schwarzen* und *grauen* Klauseln

Ist der Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung generell eröffnet, weil es sich etwa um eine ausschließlich vertikale Vereinbarung handelt, deren Parteien weder auf dem Anbieter- noch auf dem Nachfragermarkt mehr als 30 % Marktanteil haben, kann eine Analyse der relevanten Klausel dennoch ergeben, dass sie die Voraussetzungen der Gruppenfreistellung nicht erfüllt. Welche Folge diese Überschreitung für die Anwendbarkeit der Gruppenfreistellungsverordnung auf die Klausel selbst sowie den Rest der Vereinbarung hat, hängt von der Art der überschießenden Abrede ab.

Zu nennen sind hier zunächst Kernbeschränkungen, die in Art. 4 Vertikal-GVO, Art. 4 TT-GVO, Art. 5 Kfz-GVO, Art. 5 F&E-GVO und Art. 4 Spezialisierung-GVO geregelt sind. Es handelt sich dabei um besonders schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen, die auch *schwarze* Klauseln genannt werden und der gesamten Vereinbarung das Privileg der Gruppenfreistellung entziehen.¹⁷⁵ Die wettbewerbs schädliche Wirkung von Kernbeschränkungen liegt in der reinen Natur der Abrede, sie ist daher nicht vom Erreichen einer Marktanteilsschwelle abhängig.¹⁷⁶ Enthält die Vereinbarung eine Kernbeschränkung, kommt die Gruppenfreistellungsverordnung im Hinblick auf sämtliche weitere Beschränkungen, die in der Vereinbarung enthalten sind, nicht zur Anwendung.¹⁷⁷

Dieses von Teilen der Literatur sogenannte „Alles-oder-nichts“-Prinzip¹⁷⁸ hat jedoch nicht automatisch die Unwirksamkeit der gesamten Vereinbarung zur Folge; einzig der Vorteil der Gruppenfreistellung entfällt für sämtliche in der Vereinbarung enthaltenen Beschränkungen. Eine Einzelfreistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV

¹⁷³ EuGH, Urteil vom 13. 10. 2011 – C-439/09 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, ECLI: EU:C:2011:649, Rn. 57.

¹⁷⁴ EuGH, Urteil vom 13. 10. 2011 – C-439/09 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, ECLI: EU:C:2011:649, Rn. 57.

¹⁷⁵ Beispielhaft für den Bereich der Vertikal-GVO: *Schultze/Pautke/Wagener*, Einleitung, Rn. 24.

¹⁷⁶ *Baron*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 4 Vertikal-GVO, Rn. 181.

¹⁷⁷ Für den Bereich der Vertikal GVO: Vertikal-Leitlinien, Rn. 47; *Schultze/Pautke/Wagener*, Vorbemerkung Art. 4, Rn. 545. Darüber hinaus beispielhaft für die anderen Gruppenfreistellungsverordnungen: *Schweda/Giesen*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 4 TT-GVO, Rn. 170.

¹⁷⁸ *Schultze/Pautke/Wagener*, Vorbemerkung Art. 5, Rn. 973; *Schweda/Giesen*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 4 TT-GVO, Rn. 170.

kommt weiterhin in Betracht,¹⁷⁹ auch wenn die praktische Bedeutung dieser Möglichkeit gering sein dürfte.¹⁸⁰

Des Weiteren enthalten einige Gruppenfreistellungsverordnungen „nicht freigestellte“ Beschränkungen, wie in Art. 5 Vertikal-GVO, Art. 5 TT-GVO und Art. 6 F&E-GVO. Dabei handelt es sich um keine schweren Verstöße.¹⁸¹ Die Verwendung dieser *grauen*¹⁸² Klauseln führt daher allein zum Entzug des Vorteils der Gruppenfreistellung bezüglich der konkreten Klausel, soweit diese von der Restvereinbarung trennbar ist.¹⁸³ Weitere Beschränkungen, die in der Vereinbarung enthalten sind, können somit nach wie vor unter den Voraussetzungen der Gruppenfreistellungsverordnungen vom Kartellverbot freigestellt sein.¹⁸⁴

3. Kollision der Grundsätze im Falle einer geltungserhaltenden Reduktion

Die Grundsätze, nach denen sich der Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung auf die Klausel selbst sowie den davon trennbaren Rest einer Vereinbarung bestimmt, werden durch die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion unmittelbar berührt, im Ergebnis nämlich erweitert. Durch eine geltungserhaltende Reduktion profitieren Vereinbarungen von der Gruppenfreistellung, die deren Voraussetzungen ursprünglich nicht erfüllt haben. Dieser Fall einer erst nachträglich gruppenfreistellungsfähigen Abrede ist jedoch in keiner der Gruppenfreistellungsverordnungen vorgesehen. Gleichzeitig ist festzustellen, dass keine der Gruppenfreistellungsverordnungen ein ausdrückliches Verbot der geltungserhaltenden Reduktion enthält.¹⁸⁵

Ein solches Verbot der geltungserhaltenden Reduktion ergibt sich auch nicht aus der Rechtsprechung des EuGH, die eine enge Auslegung des Anwendungsbereichs von Gruppenfreistellungsverordnungen nahelegt.¹⁸⁶ Dies schon aus dem einfachen Grund, dass eine geltungserhaltende Reduktion nicht die Auslegung des Anwen-

¹⁷⁹ Beispielhaft für den Bereich der Vertikal-GVO: Vertikal-Leitlinien, Rn. 47: Es werde vermutet, „dass die Vereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 AEUV wahrscheinlich nicht erfüllt“ (Hervorhebung durch die Verfasserin).

¹⁸⁰ Beispielhaft für den Bereich der TT-GVO: *Schweda/Giesen*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 4 TT-GVO, Rn. 171.

¹⁸¹ *Baron*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 5 Vertikal-GVO, Rn. 351.

¹⁸² Zum Teil werden sie auch „rote“ Klauseln genannt, vgl. dazu: *Baron*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 5 Vertikal-GVO, Rn. 352. Zum Ursprung der Farbenbezeichnungen insgesamt: *Kling/Thomas*, § 5, Rn. 306.

¹⁸³ Beispielhaft für den Bereich der Vertikal-GVO: Vertikal-Leitlinien, Rn. 65.

¹⁸⁴ Beispielhaft für den Bereich der Vertikal-GVO: *Baron*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 5 Vertikal-GVO, Rn. 351.

¹⁸⁵ MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 650.

¹⁸⁶ EuGH, Urteil vom 13. 10. 2011 – C-439/09 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, ECLI: EU:C:2011:649, Rn. 57.

dungsbereichs betrifft, sondern eine überschießende Klausel schlicht in den bestehenden Anwendungsbereich einfügt.

Zwar kann unter Berücksichtigung der Erwägungen des EuGH durchaus das Erfordernis einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen von Gruppenfreistellungsverordnungen hinterfragt werden.¹⁸⁷ Denn hier steht (nur) das Privileg der Gruppenfreistellung zur Debatte, kein Bewahren vor dem Eintritt der Nichtigkeitsfolge. Gegenstand der vorliegenden Analyse ist jedoch die Prüfung der *Vereinbarkeit* einer geltungserhaltenden Reduktion mit dem System der Gruppenfreistellungen, nicht die Frage, ob ein dahingehendes Bedürfnis besteht. Auch sind die praktischen Auswirkungen einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen von Gruppenfreistellungen nicht zu unterschätzen. Können sich die Parteien doch bei erfolgreicher Rückführung der überschießenden Klausel auf alle mit der Gruppenfreistellung einhergehenden Privilegien berufen, inklusive der entsprechenden Beweiserleichterungen.¹⁸⁸ Ein dahingehendes Bedürfnis der Marktteilnehmer kann daher durchaus bestehen.

Allerdings ist zu hinterfragen, ob die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion mit der Regelungssystematik der Gruppenfreistellungsverordnungen vereinbar ist (a)). Denn eine kartellrechtlich überschießende Abrede könnte schlicht zur Nichtanwendbarkeit der Gruppenfreistellung führen, woran die nachträgliche Rückführung unter Umständen nichts mehr ändern kann.

Darüber hinaus wird zum Teil vertreten, dass jedenfalls *schwarzen Klauseln* das Alles-oder-nichts-Prinzip innewohnt, das gegen die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion sprechen könnte (b)). Insbesondere ist zu hinterfragen, ob die Rechtsfolge der Nichtanwendbarkeit der Gruppenfreistellungsverordnung auf die gesamte Vertragsabrede bei Verwendung *schwarzer Klauseln* eine selbständige Abschreckungsfunktion erfüllt.

Schließlich wird zu diskutieren sein, ob dem System der Gruppenfreistellung über die generalklauselartige Ausnahme vom Kartellverbot hinaus ein weitergehender Zweck innewohnt, der gegen die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion sprechen könnte (c)). So wird zum Teil vertreten, die Vertragsparteien sollten durch die Anwendbarkeit der Gruppenfreistellung belohnt werden; dies aber eben nur für den Fall, dass sie sich an die Voraussetzungen der Verordnung gehalten haben.

Im Ergebnis wird auch im Rahmen der Kollision von geltungserhaltender Reduktion und Regelungssystematik der Gruppenfreistellungsverordnungen allein der Gedanke der Trennbarkeit zu einer zweckmäßigen Lösung führen (d)). Insofern

¹⁸⁷ EuGH, Urteil vom 13.10.2011 – C-439/09 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, ECLI:EU:C:2011:649, Rn. 57: Es bestehe „kein Anlass, die Bestimmungen, mit denen die Vereinbarungen oder Verhaltensweisen in die Gruppenfreistellung einbezogen werden, weit auszulegen“, da der Schutz der Rechte der Marktteilnehmer über die Möglichkeit, „individuell die Anwendbarkeit der Legalausnahme in Art. 101 Abs. 3 AEUV geltend zu machen“ hinreichend gewahrt sei.

¹⁸⁸ Siehe dazu oben S. 165.

kommen wiederum die zu Beginn entwickelten allgemeinen Kriterien zur Anwendung.

a) Vereinbarkeit mit der Regelungssystematik

Fraglich ist zunächst, ob sich ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion mittelbar aus der Regelungssystematik der Gruppenfreistellungsverordnungen ergibt. Denn zunächst stellt sich die Frage der Anwendbarkeit dieser Verordnungen, die unabhängig von der Verwendung *grauer* oder *schwarzer* Klauseln in beiden Fällen unmittelbar mit nein beantwortet wird. Erst in einem zweiten Schritt geht es um die Reichweite dieser Nichtanwendbarkeit, nämlich ob der Ausschluss auch für den Rest der Vereinbarung gilt.

Zum Teil wird vertreten, die geltungserhaltende Reduktion setze methodisch an genau diesem zweiten Prüfungspunkt an und könne daher nicht zu einem abweichenden Ergebnis auf der „ersten Stufe“¹⁸⁹ führen. Führe die überschießende Klausel zur Nichtanwendbarkeit einer Gruppenfreistellungsverordnung, könne an diesem Ergebnis eine geltungserhaltende Reduktion nichts ändern, da sie allein den Umfang der Nichtigkeit betreffe.¹⁹⁰

Gegen diese Auffassung lässt sich jedoch einwenden, dass sich die geltungserhaltende Reduktion, trotz methodisch identischer Anwendung im Rahmen des Art. 101 AEUV, bei Anwendung im Zusammenhang mit einer Gruppenfreistellungsverordnung anders auswirkt: Sie betrifft eben nicht die Reichweite der Nichtigkeit einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung, sondern den Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellung. Über die Nichtigkeit der betreffenden Abrede ist hier nichts gesagt. Vielmehr geht es darum, eine Abrede, die nicht unter die Voraussetzungen einer Gruppenfreistellungsverordnung fällt, nachträglich durch geltungserhaltende Reduktion in diesen Rahmen einzufügen. Dies wirkt sich hingegen bereits auf erster Stufe bei der Anwendbarkeit der Verordnung aus.

b) Abschreckende Wirkung des „Alles-oder-nichts“-Prinzips?

Ein jedenfalls in *schwarzen* Klauseln zum Ausdruck kommendes „Alles-oder-nichts“-Prinzip¹⁹¹ könnte jedoch gegen die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen von Gruppenfreistellungsverordnungen sprechen.¹⁹² Denn bei

¹⁸⁹ Weyer, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG, Rn. 137.

¹⁹⁰ Weyer, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG, Rn. 137.

¹⁹¹ Schultze/Pautke/Wagener, Vorbemerkung Art. 5, Rn. 973; Schweda/Giesen, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 4 TT-GVO, Rn. 170.

¹⁹² Vgl. dazu Ellger, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht, Artikel 4 Vertikal-GVO, Rn. 121; Nolte, in: Langen/Bunte Kartellrecht Kommentar, Bd. 2, Nach Art. 101 AEUV Vertikale Kooperationsformen, Rn. 419; Eilmansberger/Kruis, in: Streinz, Art. 101 AEUV,

Verwendung von Kernbeschränkungen ist der Anwendungsbereich der Verordnung für die gesamte Abrede ausdrücklich nicht eröffnet. Daraus wird zum Teil geschlossen, die Diskussion um die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion von *schwarzen Klauseln* sei entschärft worden, denn hier komme ohnehin nur eine Einzelfreistellung in Betracht.¹⁹³

Allerdings kann bereits hinterfragt werden, ob den Regelungen der Gruppenfreistellungsverordnungen überhaupt ein solch strenges Alles-oder-nichts-Prinzip immanent ist.¹⁹⁴ Eine pauschale Anordnung dieses Prinzips ist jedenfalls nirgends in den Gruppenfreistellungsverordnungen zu finden; es werden einzig Kernbeschränkungen als *schwarze Klauseln* definiert.¹⁹⁵ Kommt man zu dem Ergebnis, dass es sich um eine solche Klausel handelt, ist sie in ihrer konkret und aktuell gefassten Form nicht gruppenfreistellungsfähig. Dies sagt *per se* jedoch nichts über die Zulässigkeit einer Anpassung der überschießenden Abrede aus.¹⁹⁶

Dies bestätigt auch ein Vergleich mit dem reinen Wortlaut von Art. 101 Abs. 2 AEUV. Auch dort ist eine absolute Rechtsfolgenanordnung enthalten. Denn die gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßenden Vereinbarungen sind „nichtig“ – einer geltungserhaltenden Reduktion steht dies, nach hier erfolgter Analyse,¹⁹⁷ dennoch nicht im Wege. Warum die Anordnung der Nichtanwendbarkeit einer Gruppenfreistellungsverordnung auf eine bestimmte Art von Klausel im Ergebnis schwerer wiegen soll als die Nichtigkeitsanordnung aus Art. 101 Abs. 2 AEUV, ist nicht erkennbar.

Fraglich könnte darüber hinaus jedoch sein, ob die Anordnung der Nichtanwendbarkeit der Gruppenfreistellungsverordnungen auf die gesamte Vertragsabrede bei Verwendung von Kernbeschränkungen in gewissem Maß abschreckende Wirkung auf die Vertragsparteien ausüben soll.

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Ausschluss der Anwendbarkeit einer Gruppenfreistellungsverordnung keineswegs die Unwirksamkeit der Abrede nach sich zieht, sondern weiterhin der Weg zu einer Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV offensteht.¹⁹⁸ Mag der Wegfall der Anwendbarkeit der Gruppenfreistellungsverordnungen auch faktischen Anpassungsdruck bei den Marktteilnehmern

Rn. 121. Zum Teil wird vertreten, eine geltungserhaltende Reduktion sei systematisch auch im Bereich der „grauen“ Klauseln ausgeschlossen, vgl. *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU Kartellrecht, Art. 5 VO 330/2010, Rn. 7.

¹⁹³ *Füller*, in: *Kölner Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 468.

¹⁹⁴ Unter Hinweis auf Art. 101 Abs. 3 AEUV, dem ein solches Prinzip ebenso wenig innewohne: *Schmidt*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EU Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 29.

¹⁹⁵ *MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks*, Art. 101 AEUV, Rn. 653.

¹⁹⁶ *MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks*, Art. 101 AEUV, Rn. 653.

¹⁹⁷ Siehe dazu oben S. 135 ff.

¹⁹⁸ Siehe dazu oben S. 165 f.

erzeugen,¹⁹⁹ ist jedenfalls nicht erkennbar, dass eben diese Rechtsfolge eine eigenständige Abschreckungsfunktion erfüllt.

c) Vereinbarkeit mit dem Zweck von Gruppenfreistellungsverordnungen

Eine Rechtfertigung für die abweichende Beurteilung im Rahmen von Gruppenfreistellungsverordnungen wäre nur dann gegeben, wenn in der Einordnung einer Klausel als Kernbeschränkung ein darüber hinausgehender Zweck liegt. So wird zum Teil vertreten, Generalpräventionserwägungen rechtfertigen die „scharfe Rechtsfolge“²⁰⁰ eines Alles-oder-nichts-Prinzips. Der Verordnungsgeber habe den Vorteil der Gruppenfreistellung nur gewähren wollen, wenn die Parteien sich an die dafür festgelegten Voraussetzungen „genauestens“²⁰¹ halten. Eben dieser Normzweck würde aber vereitelt, wenn man eine geltungserhaltende Reduktion zuließe.²⁰²

Ob den Gruppenfreistellungsverordnungen solch weitreichende Ziele innenwohnen, ist jedoch fragwürdig. Letztlich wird in den Verordnungen lediglich festgelegt, unter welchen Voraussetzungen bestimmte Vertragsbestimmungen von dem Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen sind.²⁰³ Ein darüberhinausgehender, wie auch immer gearteter *Belohnungsgedanke* kann weder den Regelungstexten der Gruppenfreistellungsverordnungen, noch ihren Begründungserwägungen oder den entsprechenden Leitlinien entnommen werden.²⁰⁴ So wird in den Begründungserwägungen der Vertikal-GVO ausgeführt, die Gruppenfreistellung solle „nur vertikalen Vereinbarungen zugutekommen, von denen mit hinreichender Sicherheit angenommen werden kann, dass sie die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen.“²⁰⁵ Zu welchem Zeitpunkt dies der Fall ist (also etwa vor oder nach Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion), scheint für die Beurteilung nach der Vertikal-GVO unerheblich.

d) Auflösung der Kollision durch Analyse der Teilbarkeit

Letztlich führt auch im Rahmen der Kollision von geltungserhaltender Reduktion und Regelungssystematik der Gruppenfreistellungsverordnungen der Gedanke der Trennbarkeit zu einer zweckmäßigen Lösung. Denn nur im Falle der Teilbarkeit einer Vereinbarung in einen kartellrechtlich zulässigen und einen überschießenden Teil

¹⁹⁹ Weyer, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG, Rn. 137; Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 29.

²⁰⁰ Nolte, in: Langen/Bunte Kartellrecht Kommentar, Bd. 2, Nach Art. 101 AEUV Vertikale Kooperationsformen, Rn. 419.

²⁰¹ Eilmansberger/Kruis, in: Streinz, Art. 101 AEUV, Rn. 121.

²⁰² Eilmansberger/Kruis, in: Streinz, Art. 101 AEUV, Rn. 121.

²⁰³ MüKoEuWettB/R/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 653.

²⁰⁴ Anderer Ansicht: Eilmansberger/Kruis, in: Streinz, Art. 101 AEUV, Rn. 121.

²⁰⁵ Vertikal-GVO, Begründungserwägungen, Rn. 5.

kommt eine geltungserhaltende Reduktion methodisch überhaupt in Betracht. Vereinbarungen, die kein klar trennbares, kartellrechtlich unbedenkliches Element enthalten, sind daher einer geltungserhaltenden Reduktion ohnehin nicht zugänglich.²⁰⁶ Ein Rückgriff auf allgemeine Präventionserwägungen im Zusammenhang mit *schwarzen Klauseln* ist aus diesem Grund nicht erforderlich.²⁰⁷

Die Frage der Trennbarkeit liegt auch dem Rechtsgedanken der Artikel 4 und 5 Vertikal-GVO, bzw. allen entsprechenden Vorschriften in anderen Gruppenfreistellungsverordnungen zugrunde: Demnach soll bei *grauen Klauseln* der Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung nur in Bezug auf den Teil der Vereinbarung verlorengehen, der unter die Voraussetzungen des entsprechenden Artikels fällt; die nicht freigestellten Beschränkungen sind vom Rest der Vereinbarung abtrennbar.²⁰⁸ Enthält die Vereinbarung hingegen eine oder mehrere Kernbeschränkungen, so soll die gesamte Vereinbarung nicht unter die Gruppenfreistellungsverordnung fallen, da Kernbeschränkungen, nach Auffassung der Europäischen Kommission, nicht abtrennbar sind.²⁰⁹

Dies entspricht im Wesentlichen den bereits erarbeiteten Grundsätzen.²¹⁰ Ist eine Abrede inhaltlich teilbar in einen gruppenfreistellungsfähigen und einen kartellrechtlich überschließenden Teil, kann die Vereinbarung unter die Gruppenfreistellungsverordnung fallen, soweit sie die Voraussetzungen der Gruppenfreistellung erfüllt. Ist die Voraussetzung der Trennbarkeit nicht gegeben, scheidet die Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnung aus. Dabei hat wiederum eine Analyse des Einzelfalls zu erfolgen.

Dass „Kernbeschränkungen nicht abtrennbar sind“²¹¹, wird in den allermeisten Fällen wohl im Ergebnis zutreffen. Auch hier ist aber eine differenzierte Betrachtung der Vereinbarung angezeigt, wie anlässlich des folgenden Anwendungsbeispiels zu sehen sein wird. Soweit auch *schwarze Klauseln* ihrer Art nach reduzierbar sind, muss die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion daher grundsätzlich bestehen.²¹²

²⁰⁶ In ähnliche Richtung: MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 653: „Soweit es sich aber um hardcore-Kartelle (Preis- und Marktaufteilungsabsprachen) handelt, die per se verboten sind, ist eine Anpassung schon nicht möglich; die Frage des Verbots einer Anpassung stellt sich in diesem Fall nicht mehr.“

²⁰⁷ So aber Nolte, in: Langen/Bunte Kartellrecht Kommentar, Bd. 2, Nach Art. 101 AEUV Vertikale Kooperationsformen, Rn. 419.

²⁰⁸ Vertikal-Leitlinien, Rn. 71.

²⁰⁹ Vertikal-Leitlinien, Rn. 70.

²¹⁰ Vgl. dazu Abschnitt D. (S. 100 ff.).

²¹¹ Vertikal-Leitlinien, Rn. 70.

²¹² So auch Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 29.

4. Anwendungsbeispiel: Geltungserhaltende Reduktion einer Kernbeschränkung

Dass eine geltungserhaltende Reduktion methodisch auch für Kernbeschränkungen nicht kategorisch ausgeschlossen werden sollte, wurde bereits im Rahmen der Auseinandersetzung mit dem Kriterium der Teilbarkeit gezeigt.²¹³ Gerade bei Vertikalvereinbarungen verläuft die Grenze zwischen kartellrechtlich unbedenklicher und überschießender Vereinbarung oft fließend, wie im Beispielsfall der RPM-Klausel zu sehen war. Aber auch andere Fälle vertikaler Kernbeschränkungen sind einer geltungserhaltenden Reduktion zugänglich, wie anhand des folgenden Beispiels aus dem Bereich des Vertriebskartellrechts gezeigt werden soll:

Lieferant A, der einen deutschlandweiten Anteil auf den regionalen Anbietermärkten für Produkt X in Höhe von durchschnittlich 22 % hat, schließt eine ausschließliche Vertriebsvereinbarung mit Großhändler B für das Gebiet NRW. In den anderen Bundesländern hat A vergleichbare Vertriebsvereinbarungen mit anderen Händlern abgeschlossen. In den Anlagen zur Vertriebsvereinbarung ist eine Auflistung der zugewiesenen Vertriebsgebiete enthalten.

B hat in NRW auf dem Nachfragermarkt für Produkt X einen Anteil in Höhe von ca. 20 %. Die Vertriebsvereinbarung zwischen A und B sieht vor, dass A in NRW Produkt X ausschließlich an B verkauft. Gleichzeitig wird B untersagt, Produkt X in einem deutschen Gebiet außerhalb von NRW abzusetzen. Zusätzlich zum aktiven Verkauf an Kunden im Rest der Bundesrepublik enthält die Vertriebsvereinbarung das Verbot, Kundenaufträge zu erledigen, die B aus anderen Bundesländern erhält, ohne diese Kunden aktiv angesprochen zu haben.

Unter Anwendung der Grundsätze aus der Vertikal-GVO kommt eine Gruppenfreistellung der Vertriebsvereinbarung gemäß Art. 4 lit. b Ziff. i in Betracht. Die Marktanteilsschwellen gemäß Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO werden nicht überschritten. Im Vertriebsvertrag wird B jedoch nicht nur der aktive Verkauf in andere Exklusivgebiete untersagt, sondern auch der passive Verkauf. Das Verbot passiven Verkaufs ist nicht gruppenfreistellungsfähig. Unter der Annahme, dass vorliegend auch keine Einzelfreistellung in Betracht kommt, ist die Vertriebsvereinbarung somit jedenfalls insoweit kartellrechtswidrig, als sie über das Verbot des aktiven Verkaufs in andere Exklusivgebiete hinausgeht.

Da die Vertriebsvereinbarung zwei voneinander trennbare Elemente enthält, nämlich das Verbot des aktiven und das des passiven Verkaufs, kommt eine geltungserhaltende Reduktion auf den zulässigen Teil, das Verbot des aktiven Verkaufs, in Betracht. Da davon auszugehen ist, dass der hypothetische Parteiwille von A und B dahingeht, den Vertriebsvertrag in seinen wirksamen Teilen aufrechtzuerhalten, könnte der kartellrechtsnichtige Vertragsteil, das Verbot des passiven Verkaufs, aus dem Vertrag gestrichen werden. Einer geltungserhaltenden Reduktion der vorliegenden Exklusivvertriebsvereinbarung auf den kartellrechtlich unbedenklichen Teil steht also nichts im Wege.

²¹³ Siehe dazu unter D.I.3. (S. 108 ff.).

Anders sah dies das Oberlandesgericht Frankfurt a. M., das eine geltungserhaltende Reduktion im Rahmen eines Vertriebsvertrags in einem ähnlich gelagerten Fall aus dem Jahre 2007 ablehnte.²¹⁴ Gegenstand der Prüfung war eine Vertriebsvereinbarung für Computerspiele, in deren Rahmen dem Vertriebspartner auch der passive Verkauf der Waren untersagt war. Da die Exklusivitätsklausel überschießend sei, habe die Kernbeschränkung zur Folge, dass die Freistellung der gesamten Vereinbarung wegfällt.²¹⁵ Eine geltungserhaltende Reduktion auf das zulässige Verbot des aktiven Verkaufs in andere Vertragsgebiete lehnte das Gericht unter Hinweis auf die BGH-Rechtsprechung zum Bereich des § 138 BGB ab:

„In Bezug auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen finde die geltungserhaltende Reduktion dort ihre Grenze, wo es nicht nur um die Herabsetzung einer unzulässig langen Laufzeit der wettbewerbsrechtlichen Bindung gehe. Überschreite die wettbewerbsrechtlich relevante Klausel das zulässige Maß in räumlicher oder – wie im Streitfall – in gegenständlicher Hinsicht, scheide eine geltungserhaltende Reduktion aus.“²¹⁶

Diese Ausführungen des BGH hielt das Oberlandesgericht Frankfurt a. M. auch im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV für zutreffend, insbesondere soweit es um generalpräventive Gründe des kartellrechtlichen Verbots gehe.²¹⁷ „Durch die Drohung mit der Nichtigkeit der Klausel soll[e] der Geschäftsverkehr davon abgeschreckt werden, überschießende Klauseln zu verwenden.“²¹⁸ Die Exklusivitätsklausel erklärte das Gericht damit für insgesamt nichtig.

Zur fehlenden Sanktionsfunktion der Nichtigkeitsanordnung sowie zu generalpräventiven Erwägungen im Rahmen des Kartellverbots wurde bereits umfassend Stellung genommen.²¹⁹ Auch wurde herausgearbeitet, dass eine Rückführung sachlich-gegenständlicher Inhalte keinen Bedenken begegnet.²²⁰ Keines dieser Argumente spricht im Ergebnis gegen die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion. Weder inhaltlich noch methodisch hätten sich das Oberlandesgericht Frankfurt a. M. und der BGH daher gegen die Rückführung der kartellrechtlich überschießenden Vertriebsvereinbarung entscheiden sollen.

IV. Zusammenfassung und Ergebnis

Nach hier vertretener Auffassung ist das Instrument der geltungserhaltenden Reduktion mit der Nichtigkeitsfolge aus Art. 101 Abs. 2 AEUV vereinbar. Weder Wortlaut, Systematik, Historie noch Telos der Vorschrift sprechen gegen die An-

²¹⁴ OLG Frankfurt a. M. – 11 U 44/07 – juris.

²¹⁵ OLG Frankfurt a. M. – 11 U 44/07 – juris, Rn. 38.

²¹⁶ OLG Frankfurt a. M. – 11 U 44/07 – juris, Rn. 38.

²¹⁷ OLG Frankfurt a. M. – 11 U 44/07 – juris, Rn. 38.

²¹⁸ OLG Frankfurt a. M. – 11 U 44/07 – juris, Rn. 38.

²¹⁹ Siehe oben unter E.I.1.d) (S. 139 ff.) und E.II. (S. 144 ff.).

²²⁰ Siehe oben unter D.II.3. (S. 121 ff.).

wendung der Methodik. So kommt der Nichtigkeit insbesondere keine eigenständige Sanktionsfunktion zu, da sie die reine Rechtsfolgenebene eines Verstoßes gegen das Kartellverbot betrifft. Hier kommt es aber allein auf die Herstellung eines rechtskonformen Zustands an.

Auch der effet utile in Form des Effektivitätsgrundsatzes steht einer geltungserhaltenden Reduktion nicht entgegen: Die Methode hat keine verfahrensrechtlichen Konsequenzen, die gegen den effet utile verstößen könnten. Denn die Rückführung einer überschießenden Vereinbarung auf ihren kartellrechtlich zulässigen Kern lässt den einmal begangenen Kartellverstoß samt aller daran anknüpfenden Folgen dem Grunde nach unberührt. Auch sprechen aus ökonomischer Perspektive keine Präventionsgesichtspunkte gegen die Anwendung der Methodik, solange die mit einem Rechtsverstoß einhergehende Sanktion schwer genug ist.

Methodisch entscheidend ist die Frage der Teilbarkeit der Vereinbarung. Dies gilt auch im Rahmen von Gruppenfreistellungsverordnungen. Denn die geltungserhaltende Reduktion wirkt sich ausschließlich auf Ebene der Anwendbarkeit dieser Verordnungen aus. Ein Grundsatz, nach dem eine überschießende Vereinbarung an eben diesen Anwendungsbereich nicht angepasst werden darf, liegt der Regelungssystematik von Gruppenfreistellungsverordnungen nicht zugrunde.

Daher ist auch unerheblich, ob es sich bei der überschießenden Vereinbarung um *graue* oder *schwarze* Klauseln handelt. Diese sind zwar in ihrer konkret gefassten Form nicht gruppenfreistellungsfähig. Eine Anpassung ihres Inhalts ist durch die Kategorisierung in *grau* und *schwarz* jedoch nicht ausgeschlossen. Auch haben Gruppenfreistellungsverordnungen keinen übergeordneten Zweck, der einer geltungserhaltenden Reduktion entgegensteht.

In jedem Einzelfall ist die Vereinbarung vielmehr auf ihre Teilbarkeit zu untersuchen. Erst wenn klar ist, dass sie auf keinen abgrenzbaren, kartellrechtsneutralen Teil reduziert werden kann, ist eine geltungserhaltende Reduktion ausgeschlossen. Darüber entscheidet jedoch der reine Inhalt der Vereinbarung – nicht ihre Form oder der rechtliche Zusammenhang, in dem sie analysiert wird.

F. Fragestellungen im Zusammenhang mit dem deutschen Kartellverbot

Spätestens seit der 7. GWB-Novelle hat eine nahezu vollkommene Anpassung der Vorgaben des deutschen Kartellverbots an die europarechtlichen Regelungen stattgefunden.¹ Aus diesem Grund ist ein Großteil der Fragen im Zusammenhang mit der Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen des Kartellverbots im deutschen und EU-Kartellrecht deckungsgleich zu beantworten.

Dennoch erübrigt sich ein näherer Blick auf die Rechtslage in Deutschland keineswegs. Denn die Nichtigkeit gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV ist ein unionsrechtlicher Begriff,² der nur von seiner gemeinschaftsrechtlichen Zielsetzung her auszulegen und auf diesen Rahmen zu beschränken ist.³ Seine Bedeutung im nationalen Kartellrecht ist davon losgelöst zu betrachten.⁴ Die in § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB angeordnete Nichtigkeit könnte daher durchaus ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion gebieten (I.).

Darüber hinaus ergeben sich im deutschen Kartellrecht Spannungsfelder zu anderen Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts, die in bestimmten Konstellationen neben dem Kartellverbot verletzt sein können (II.). Hier stellt sich die Frage, ob eine geltungserhaltende Reduktion auch im Rahmen dieser Normen in Betracht kommt. Schließen sie die Methodik aus, scheitert die Rückführung auf das kartellrechtlich zulässige Maß in den näher zu betrachtenden Fällen im Ergebnis stets an diesen Vorschriften.

¹ *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, § 1 GWB, Rn. 2.

² So die h. M., vgl. etwa *Füller*, in: *Kölner Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 3, Art. 101 AEUV, Rn. 425; *Jaeger*, in: *LMRKM Kartellrecht*, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 2; *Mü-KoEuWettbR/Säcker/Jaecks*, Art. 101 AEUV, Rn. 627. Anderer Ansicht: *Schmidt*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EU Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 6. Siehe näher dazu unter E.I.1.a) (S. 169 ff.).

³ EuGH, Urteil vom 30. 6. 1966 – C-56/65 – *Société Technique Minière*, ECLI:EU:C:1966:38, S. 304.

⁴ *Weyer*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 2, Zivilrechtsfolgen Art. 81 EG, Rn. 124.

I. Vereinbarkeit der geltungserhaltenden Reduktion mit § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB

Selbst wenn eine geltungserhaltende Reduktion nach europarechtlichen Maßstäben möglich ist, könnte das deutsche Kartellrecht sie im Anwendungsbereich des nationalen Kartellverbots verbieten. Denn die Mitgliedstaaten sind grundsätzlich nicht gehindert, einen Verstoß gegen das nationale Kartellverbot härter zu sanktionieren als von Art. 101 AEUV vorgesehen (1.).⁵ Besonderheiten bei der Auslegung des Begriffs der Nichtigkeit im Rahmen des deutschen Kartellverbots ergeben sich insofern, als die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 1 GWB im Gegensatz zu Art. 101 Abs. 2 AEUV nicht in der Norm selbst geregelt ist. Vielmehr ergibt sich die Nichtigkeit eines kartellverbotswidrigen Rechtsgeschäfts im deutschen Recht aus § 134 BGB.⁶ In die Frage nach der Reichweite der Nichtigkeit fließen daher Wertungen aus beiden Normen mit ein (2.). Die anschließende Zusammenfassung gibt einen knappen Überblick über das gefundene Ergebnis (3.).

1. Nationale Rechtsfolge kann strenger ausgelegt werden als Art. 101 Abs. 2 AEUV

Gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der VO 1/2003 darf die Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen führen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, aber keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen, die Freistellungsvoraussetzungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen oder durch eine Gruppenfreistellungsverordnung erfasst sind.

Dabei handelt es sich nicht um einen Fall klassischen Anwendungsvorrangs, das nationale Wettbewerbsrecht bleibt also parallel zum Europarecht anwendbar.⁷ Auch zwingt das Unionsrecht nicht zu einer deckungsgleichen Auslegung der Begriffe des § 1 GWB und des Art. 101 AEUV.⁸ Da die Vorschrift jedoch auf die Sicherstellung

⁵ MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 101 AEUV, Rn. 707.

⁶ Dies ist erst seit der 6. GWB-Novelle der Fall, vgl. ausdrücklich in der Regierungsgrundung, BT-Drucks. 13/9720, S. 46 unten. Zum Kontext: MüKoBGB/Armbrüster, § 134 BGB, Rn. 66 und Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 1 GWB, Rn. 110. Die Heranziehung von § 134 BGB ist jedoch nicht unstrittig. Zur Nichtigkeit, die unmittelbar aus § 1 GWB folgen soll: Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 1 GWB, Rn. 59. Zu den Gegenargumenten: Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 1 GWB, Rn. 110.

⁷ Rehbinder, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 19; Schütz, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 4 ff. Zur Regelung im deutschen Recht: Beurskens, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 1, § 22 GWB, Rn. 19 ff.

⁸ Angedeutet bei Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 1 GWB, Rn. 3.

eines einheitlichen Beurteilungsmaßstabs im Binnenmarkt zielt,⁹ also ein *level playing field* schaffen soll,¹⁰ darf die Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts nicht zu einem anderen Ergebnis als Art. 101 AEUV führen.¹¹ Ist das Europarecht in den gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der VO 1/2003 relevanten Fragen milder, verdrängt es das nationale Recht.¹²

Dies gilt jedoch offensichtlich ausschließlich im Anwendungsbereich des europäischen Kartellverbots: Gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der VO 1/2003 geht das Europarecht dem nationalen Wettbewerbsrecht nur vor, wenn das Verhalten geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen.¹³ Ohne Zwischenstaatlichkeitsbezug besteht keine Rechtfertigung für die Herstellung eines *level playing field*.

In Fällen mit zwischenstaatlichem Bezug hingegen kommt die Vorrangregel zur Anwendung, soweit es sich um die Subsumtion unter den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung handelt: Ist ein Verhalten nach Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht tatbestandsmäßig, darf es nach nationalem Recht nicht als Kartellverstoß geahndet werden. Gleiches gilt für die Freistellungsvoraussetzungen des Abs. 3 und den Anwendungsbereich von Gruppenfreistellungsverordnungen. Dabei greift der Vorrang des Europarechts auch im Falle fehlender Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung.¹⁴

Nun stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die Vorrangregel auf ein möglicherweise bestehendes nationales Verbot der geltungserhaltenden Reduktion hat. Zunächst ist festzustellen, dass die Rückführung einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung auf ihren zulässigen, vom Kartellverstoß trennbaren Kern lediglich die Reichweite der Nichtigkeitsfolge betrifft. Aufzulösen ist also die Kollision des mildernden EU-Rechts mit dem (möglicherweise) strengerem nationalen Recht im Hinblick auf Art. 101 Abs. 2 AEUV. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der VO 1/2003 trifft dazu

⁹ *Dalheimer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, VO Nr. 1/2003 Art. 3, Rn. 11.

¹⁰ Vgl. VO 1/2003, 8. Erwägungsgrund. Dazu auch: *Beurskens*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 1, § 22 GWB, Rn. 28 ff.; *Schütz*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 6.

¹¹ *Zuber*, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 3 VerfVO, Rn. 3.

¹² *Rehbinder*, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 19 nennt diese „Abart eines Vorrangs“ faktische Verdrängungswirkung oder Vorrang des kartellrechtlichen Sachergebnisses (m. w. N.). *Beurskens*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 1, § 22 GWB, Rn. 30 spricht hingegen von einem Anwendungsvorrang.

¹³ *Dalheimer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, VO Nr. 1/2003 Art. 3, Rn. 12; *Schütz*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 3, 7, 11.

¹⁴ *Rehbinder*, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 23 m. w. N. unter Hinweis auf die diesbezüglichen wettbewerbspolitischen Bedenken. Aus einzelstaatlicher Sicht könnte eine aus gesamteuropäischer Perspektive nicht spürbare Wettbewerbsbeschränkung durchaus erheblich sein, da auf den einzelnen nationalen Märkten oder den nationalen räumlichen Marktsegmenten eines einheitlichen europäischen Marktes die Wettbewerbsintensität unterschiedlich sein könnte.

keine ausdrückliche Aussage – geregelt ist allein der Vorrang des Ergebnisses einer Prüfung nach Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV.

Das Ziel der Herstellung eines *level playing field* im Anwendungsbereich des europäischen Kartellverbots muss jedoch konsequenterweise auch die Reichweite der Nichtigkeit erfassen. Denn die VO 1/2003 zielt insbesondere auf die wirksame *Durchsetzung* der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft ab.¹⁵ Dies umfasst nach Sinn und Zweck der Vorrangregel wohl nicht allein die Sanktionierung eines Verstoßes gegen das Kartellverbot,¹⁶ sondern auch die Reichweite der angeordneten Nichtigkeit.

Dies leuchtet ein, wenn man sich die Wirkungsweise der geltungserhaltenden Reduktion vor Augen führt: Ein Verbot der Rückführung einer überschießenden Vereinbarung würde im Ergebnis dazu führen, dass die gesamte Abrede von der Nichtigkeit erfasst wird. Demnach würde auch der eigentlich für kartellrechtskonform befundene Teil der Vereinbarung durch das nationale Recht „verboten“ im Sinne des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der VO 1/2003. Ein nationales Verbot der geltungserhaltenden Reduktion würde im Anwendungsbereich des europäischen Kartellverbots daher wohl von dem mildernden Europarecht, das mit der Methodik vereinbar ist,¹⁷ verdrängt.

Jedoch bleibt die Frage der Vereinbarkeit mit § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB für Fälle relevant, in denen die Vereinbarung nicht geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen.¹⁸ Denn das nationale Recht ist nicht gehindert, außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 101 AEUV in Fällen mit rein nationalem Bezug Voraussetzungen und Folgen eines Kartellverstoßes abweichend vom Europarecht zu beurteilen.

2. Alles-oder-nichts-Prinzip im Rahmen des deutschen Kartellverbots?

Im Rahmen des deutschen Kartellverbots sind beide Normen, § 134 BGB und § 1 GWB, für die Frage nach der Reichweite der Nichtigkeit maßgebend. So würde eine geltungserhaltende Reduktion ausscheiden, wenn § 134 BGB zwingend die Totalnichtigkeit eines verbotsgesetzwidrigen Rechtsgeschäfts anordnet (a)). Gleiches gilt für § 1 GWB: Wenn die teilweise Nichtigkeit im Rahmen des Kartellverbots normativ nicht vorgesehen ist, ist für eine geltungserhaltende Reduktion kein Raum (b)).

Dabei sei noch einmal darauf hingewiesen, dass es an dieser Stelle allein auf die Reichweite der Nichtigkeit ankommt, die aus dem Zusammenspiel der beiden na-

¹⁵ VO 1/2003, 8. Erwägungsgrund (Hervorhebung durch die Verfasserin).

¹⁶ Dazu: Schütz, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 6.

¹⁷ Siehe dazu Abschnitt E. (S. 135 ff.).

¹⁸ Zur Wertungsproblematik, dass auf diese Weise im Ergebnis weniger bedeutende Verhaltensweisen strengerer Regeln unterliegen: Zuber, in: LMRKM Kartellrecht, Art. 3 VerfVO, Rn. 4 und 21.

tionalen Rechtsvorschriften folgt. Grundsätzliche Fragen nach den Grenzen richterlicher Gestaltungsmacht im Kartellrecht,¹⁹ nach der eigenständigen Sanktionsfunktion der Nichtigkeit²⁰ sowie nach der Präventionswirkung des Kartellverbots²¹ wurden bereits diskutiert. Die inhaltliche Auseinandersetzung auf EU-Ebene entspricht insofern der im deutschen Recht.

a) Teilweise Nichtigkeit im Rahmen des § 134 BGB

Gemäß § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Diesbezüglich hat der BGH in einem Urteil aus dem Jahre 1983 entschieden, die Frage nach der Nichtigkeit gemäß § 134 BGB sei „aus Sinn und Zweck der jeweiligen Verbotsvorschrift zu beantworten. Entscheidend [sei], ob das Gesetz sich nicht nur gegen den Abschluß des Rechtsgeschäfts wendet, sondern auch gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit und damit gegen seinen wirtschaftlichen Erfolg.“²²

Damit ist die Rechtsfolge der Nichtigkeit unmittelbar mit Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes verknüpft, gegen das verstoßen wurde. In jedem Einzelfall ist zu prüfen, ob der Telos des Verbotsgesetzes gegen die Nichtigkeitsfolge spricht.²³ Ist dies nicht der Fall, oder ergibt sich aus dem Gesetz gar nichts bezüglich der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts, folgt die Nichtigkeit aus § 134 BGB.²⁴

Aus dem Verbotsgebot selbst kann sich jedoch auch „ein anderes“ ergeben. Dieser Normzweckvorbehalt in § 134 BGB gibt dem Rechtsanwender die Möglichkeit, Korrekturen an der strikten zivilrechtlichen Rechtsfolge der Nichtigkeit vorzunehmen.²⁵ So können Sinn und Zweck des Verbotsgebotes dafür sprechen, dass die verbotsgebotswidrige Abrede nur zum Teil nichtig ist. Dies schließt die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion mit ein.²⁶

So hat bereits das Reichsgericht im Jahre 1906 eine geltungserhaltende Reduktion im Rahmen einer Kreditfälligkeitssklausel vorgenommen, die in der vereinbarten Form gegen § 134 BGB i. V. m. § 4 Abs. 2 Abzahlungsgesetz (*AbzG*) verstieß.²⁷ In

¹⁹ Siehe dazu insbesondere unter D.III. (S. 129 ff.).

²⁰ Siehe dazu unter E.I.1.d) (S. 139 ff.).

²¹ Siehe dazu unter E.II.2. (S. 146 ff.).

²² BGH NJW 1984, 230, 231 m. w. N.

²³ Staudinger/Sack/Seibl, § 134 BGB, Rn. 58.

²⁴ Staudinger/Sack/Seibl, § 134 BGB, Rn. 58. Zum Theorienstreit, ob für die Berechtigung der Nichtigkeitssanktion eine Bestätigung im Zweck des Verbotsgebotes zu suchen ist: Rn. 57 ff.

²⁵ Staudinger/Sack/Seibl, § 134 BGB, Rn. 64.

²⁶ Staudinger/Sack/Seibl, § 134 BGB, Rn. 87.

²⁷ RG RGZ 64, 92. Das Gesetz wurde im Jahre 1990 durch das Verbraucherkreditgesetz abgelöst und ist schließlich im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes in das BGB übertragen worden, ausführlich dazu z. B.: Bülow/Artz, Einführung, Rn. 19 ff.

Anbetracht des Schutzzwecks von § 4 Abs. 2 AbzG entschied das Reichsgericht, dass diese Klausel nicht gesamtnichtig sein sollte, sondern auf einen zulässigen Kern reduziert werden konnte.²⁸

Ähnlich urteilte der BGH beim Verstoß gegen das bis zum Jahre 2001 gültige Rabattgesetz.²⁹ Bei Überschreitung der in § 2 Rabattgesetz geregelten Höchstgrenze sollte der Rabatt auf diese Grenze herabgesetzt werden:

„Das Verbot unzulässiger Rabattgewährung ist (...) nicht darauf gerichtet, den Kaufvertrag als solchen zu verbieten. Es sollen vielmehr im Interesse der Vermeidung verschleierter Preisgestaltung bestimmte Erscheinungsformen der Preisgestaltung durch den Verkäufer unterbunden werden.“³⁰

Anknüpfend an § 134 BGB ist eine geltungserhaltende Reduktion mit der Nichtigkeitsanordnung daher nach (soweit ersichtlich) unstreitiger Auffassung grundsätzlich vereinbar.³¹ Entscheidend sind Sinn und Zweck des Verbotsgegesetzes, die die Totalnichtigkeit der rechtswidrigen Abrede gebieten können. Ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion kann sich im deutschen Recht daher allenfalls aus Sinn und Zweck des Kartellverbots aus § 1 GWB ergeben.

b) Teilweise Nichtigkeit im Rahmen des § 1 GWB

§ 1 GWB ist ein Verbotsgegesetz im Sinne des § 134 BGB.³² Sinn und Zweck der Nichtigkeitssanktion gründen im Falle des § 1 GWB in der wettbewerbsschädlichen Außenwirkung der Abrede.³³ Ein Rechtsgeschäft, das eine Wettbewerbsbeschränkung enthält, die nicht gemäß § 2 GWB freigestellt ist und damit gegen § 1 GWB verstößt, ist daher gemäß § 134 BGB in seinen unter das Verbot fallenden Teilen unwirksam – die Nichtigkeit wirkt dabei, ebenso wie im europäischen Kartellrecht, absolut, also für und gegen jedermann.³⁴

Der Wortlaut des § 1 GWB sah bis zur 6. GWB-Novelle noch die Unwirksamkeit von Vereinbarungen vor, „soweit“ sie geeignet waren, den Wettbewerb zu beeinflussen. Zu dieser damals geltenden Fassung wurde vertreten, § 1 GWB lasse aufgrund des Wortlauts eine eingeschränkte Reichweite der Nichtigkeit zu. Der Ge-

²⁸ RG RGZ 64, 92, 95. Weiterführend: Staudinger/Sack/Seibl, § 134 BGB, Rn. 90.

²⁹ BGH NJW 1994, 728 – Werbeagent.

³⁰ BGH NJW 1994, 728, 729 – Werbeagent. Weiterführend: Staudinger/Sack/Seibl, § 134 BGB, Rn. 91.

³¹ Weitere Beispiele finden sich bei Staudinger/Sack/Seibl, § 134 BGB, Rn. 89 ff., wo insbesondere auf die geltungserhaltende Reduktion im Rahmen des Mietwuchertatbestands gemäß § 5 Wirtschaftsstrafgesetz eingegangen wird.

³² MüKoBGB/Armbriüster, § 134 BGB, Rn. 66.

³³ Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 1 GWB, Rn. 111.

³⁴ Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 1 GWB, Rn. 111.

setzgeber habe zum Ausdruck bringen wollen, dass die Nichtigkeit nur die Teile der Abrede erfasse, die eine Beschränkung des Wettbewerbs auch tatsächlich bewirken können.³⁵ Ob die Änderung des Wortlauts Rückschlüsse darauf zulässt, dass der Gesetzgeber die teilweise Nichtigkeit kartellrechtswidriger Absprachen nicht mehr zulassen wollte, ist jedoch fragwürdig. Denn die jetzige Fassung diente im Wesentlichen der Anpassung an Art. 101 Abs. 1 AEUV.³⁶

So wird in der Regierungsbegründung zur 6. GWB-Novelle ausgeführt, Ziel des Entwurfs sei die Stärkung des Wettbewerbsprinzips, was insbesondere die Übernahme der stringenteren Regeln des Europarechts bedeute. Gleichzeitig solle das deutsche Recht mit dem europäischen Recht harmonisiert werden. Durch Einführung eines echten Kartellverbots solle bereits der Abschluss von Kartellverträgen und nicht erst die Praktizierung solcher Verträge verboten werden.³⁷ Dazu werde die Formulierung des Art. 101 Abs. 1 AEUV übernommen und ein echter Verbotstatbestand eingeführt.³⁸ Der bisherige § 1 Abs. 1 Satz 2 GWB, der vorgesehen habe, dass die Rechtsfolge des § 1 Abs. 1 Satz 1 nicht eintritt, soweit in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist, sei überflüssig und werde gestrichen.³⁹

Der Änderung des Wortlauts des § 1 GWB ist daher über die Anpassung an das Europarecht hinaus keine inhaltliche Bedeutung beizumessen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Unwirksamkeit einer kartellrechtswidrigen Abrede weiterhin ausschließlich die Vertragsbestandteile erfasst, die gegen § 1 GWB verstößen.⁴⁰ Damit ist auch im Rahmen des deutschen Kartellverbots das Prinzip der Teilnichtigkeit verankert. Das Schicksal des vom Verstoß unberührten Restvertrags richtet sich nach § 139 BGB.⁴¹

Bezüglich der daraus folgenden Konsequenzen für die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion wird auf die Ausführungen unter B.I.1.b)⁴² und C.I.⁴³ verwiesen. Das unmittelbare, dem Gesetzeswortlaut zu entnehmende Ziel des § 1 GWB, kartellrechtswidrigen Abreden die Wirksamkeit abzusprechen, wird durch eine geltungserhaltende Reduktion im Ergebnis nicht in Frage gestellt.⁴⁴

³⁵ *Nassall*, BB 1988, 1265, 1267.

³⁶ Dazu *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, § 1 GWB, Rn. 65.

³⁷ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 30.

³⁸ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 31.

³⁹ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 47.

⁴⁰ *Roth/Ackermann*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 4, § 1 GWB, Rn. 113; *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, § 1 GWB, Rn. 65.

⁴¹ *Roth/Ackermann*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 4, § 1 GWB, Rn. 113; *Topel*, in: *Wiedemann*, § 50, Rn. 26; *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, § 1 GWB, Rn. 66.

⁴² S. 27 ff.

⁴³ S. 50 ff.

⁴⁴ So auch *Kling/Thomas*, § 19, Rn. 219.

3. Ergebnis: Auslegung der Nichtigkeit entspricht EU-Recht

Damit ergeben sich keine von dem Nichtigkeitsbegriff des Art. 101 Abs. 2 AEUV abweichenden Ergebnisse. Auch im deutschen Recht sieht § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB die teilweise Nichtigkeit von verbotsgesetzwidrigen Vereinbarungen vor. Die Unwirksamkeit beschränkt sich auf die Teile der Abrede, die gegen das Kartellverbot verstößen. Auch aus der nationalen Nichtigkeitsanordnung folgt daher kein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. Ein Alles-oder-Nichts-Prinzip ist hier ebenso wenig vorgesehen wie im Europarecht.

II. Schnittstellen zum allgemeinen deutschen Zivilrecht

Die Frage der Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion kartellrechtswidriger Vereinbarungen berührt in bestimmten Konstellationen nicht ausschließlich § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB. Vielmehr können recht komplexe Schnittstellen zu anderen Vorschriften des allgemeinen deutschen Zivilrechts entstehen, die die Möglichkeit der geltungserhaltenden Reduktion in Frage stellen.

Dies betrifft zum einen den Tatbestand der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB. Insbesondere im Bereich der nachvertraglichen Wettbewerbsverbote überschneiden sich die Anforderungen, die § 1 GWB und § 138 BGB an deren Rechtmäßigkeit stellen (1.). Darauf hinaus kann eine Klausel gegen das Kartellverbot verstößen, die Gegenstand Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist. Hier fließen auch europarechtliche Erwägungen in die Analyse mit ein, da das Recht der Verbraucherverträge anhand der Richtlinie 93/13/EWG in den Neunzigerjahren harmonisiert worden ist (2.).

1. Spannungsfeld zu § 138 BGB bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten

Bereits im Rahmen der Analyse zum Kriterium der Teilbarkeit wurde deutlich, dass Wettbewerbsverbote nicht nur anhand von § 1 GWB überprüft werden, sondern auch unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB relevant sind. Denn bei beiden Normen ist entscheidend, dass ein vereinbartes Wettbewerbsverbot „in räumlicher, gegenständlicher und zeitlicher Hinsicht das notwendige Maß nicht überschreite[t].“⁴⁵ Insofern überschneiden sich die Anforderungen, die § 1 GWB und § 138 BGB an die Rechtmäßigkeit von Wettbewerbsverboten stellen.

Keinesfalls bedeutet dies jedoch, dass ein gegen § 1 GWB verstößendes Wettbewerbsverbot immer auch gleichzeitig gegen § 138 BGB verstößt und umgekehrt. Denn die Vorschriften haben unterschiedliche Schutzzwecke. Sie sind als eigenständige Normen nebeneinander zu prüfen und können zu unterschiedlichen Er-

⁴⁵ BGH NJW 2009, 1751, 1753 – Subunternehmervertrag II.

gebnissen führen (a)).⁴⁶ Liegt aber ein Verstoß sowohl gegen § 138 BGB als auch gegen § 1 GWB vor, stellt sich die Frage, ob die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion am Sittenwidrigkeitstatbestand scheitert. Ein kurzer Blick auf die relevante Rechtsprechung (b)) ermöglicht anschließend eine Analyse der Frage, ob und wie ein Gleichlauf mit den zum Kartellverbot erarbeiteten Grundsätzen erfolgen kann (c)). Schließlich werden die Ergebnisse knapp zusammengefasst (d)).

a) Die verschiedenen Schutzrichtungen von § 1 GWB und § 138 BGB

Entscheidend für die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion ist die Frage, ob der Normzweck im konkreten Einzelfall die Totalnichtigkeit der Vereinbarung gebietet oder eine Rückführung auf den rechtlich unbedenklichen Kern zulässt.⁴⁷ Von zentraler Bedeutung für die Analyse ist daher die Ermittlung des Schutzzwecks, der der Norm innewohnt. Dabei geht es vorliegend nicht um eine abstrakte Diskussion der mit § 138 BGB verfolgten Ziele,⁴⁸ sondern um eine Abgrenzung zum Schutzzweck des § 1 GWB im Zusammenhang mit der Vereinbarung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote.

Für diese Abgrenzung kommen verschiedene Anknüpfungspunkte in Betracht. Grundlegend ist zunächst die Feststellung, dass das Kartellverbot auf den Schutz des Wettbewerbs abzielt, während § 138 BGB eine individuelle Interessenabwägung beinhaltet (aa)). Anders als bei Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB kommt es bei § 138 BGB darüber hinaus nicht auf eine etwaige Spürbarkeit der Rechtsverletzung an (bb)). Schließlich könnte die Nichtigkeit im Rahmen des Sittenwidrigkeitstatbestands im Gegensatz zur Systematik des Kartellverbots eine eigenständige Abschreckungs- und Sanktionsfunktion erfüllen (cc)).

aa) Schutz des Wettbewerbs versus privatrechtliche Interessenabwägung

Bezüglich der Beurteilungskriterien, nach denen nachvertragliche Wettbewerbsverbote an § 138 BGB und § 1 GWB zu messen sind, führte der BGH in Sachen Subunternehmervertrag II aus, diese seien grundsätzlich deckungsgleich: Bei beiden Normen sei entscheidend, dass die vereinbarten Wettbewerbsverbote „in räumlicher, gegenständlicher und zeitlicher Hinsicht das notwendige Maß nicht überschreiten.“⁴⁹

Dies gilt allerdings nur im Ausgangspunkt, wie der BGH bereits im Rahmen der Entscheidung Ausscheidender Gesellschafter aus dem Jahre 1994 geurteilt hatte.

⁴⁶ Thomas, WuW 2010, 177, 181.

⁴⁷ Einführung zu der Thematik unter B.I. (S. 22 ff.). Grundlegend: Roth, JZ 1989, 411; Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 BGB, Rn. 158 ff.

⁴⁸ Umfassend dazu: MüKoBGB/Armbriester, § 138 BGB, Rn. 1 ff.; Looschelders, in: Nomos Kommentar, § 138 BGB, Rn. 1 ff.; Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 BGB, Rn. 1 ff. Instruktiv m. w. N. auch Schmidt-Räntsche, in: Erman, § 138 BGB, Rn. 26 ff.; Looschelders, in: Nomos Kommentar, § 138 BGB, Rn. 134 ff.; Neuner, § 46, Rn. 29 ff.

⁴⁹ BGH NJW 2009, 1751, 1753 – Subunternehmervertrag II.

Dem anderen Schutzzweck der Normen entsprechend seien die Prüfkriterien zu modifizieren. So führte der BGH aus: „Bei § 138 BGB stehen nicht – wie bei § 1 GWB – Interessen der Allgemeinheit im Vordergrund. Ausschlaggebend ist daher nicht, ob die Beschränkung des freien Wettbewerbs als solche hingenommen werden kann. In erster Linie maßgebend ist vielmehr die Frage, in welchem Umfang die berechtigten Interessen des durch eine Beschränkung Begünstigten eine Einschränkung der Freiheit gewerblicher Betätigung auf Seiten des anderen Teils rechtfertigen können. Ob eine unzumutbare Beeinträchtigung der geschäftlichen Freiheit des Bekl. eingetreten ist, kann nur unter Berücksichtigung der gesamten beiderseits erbrachten Leistungen entschieden werden.“⁵⁰

Daraus wird bereits deutlich, dass es bei § 1 GWB um Interessen *der Allgemeinheit* geht, bei § 138 BGB hingegen eine umfassende Interessenabwägung *der beteiligten Parteien* stattfindet. Während also im Mittelpunkt des Kartellverbots der Schutz des redlichen Wettbewerbs im Sinne eines Institutionenschutzes steht,⁵¹ hat § 138 BGB allem voran die Verhinderung von Rechtsgeschäften zum Ziel, die aus ethischen Gründen für eine Rechtsgemeinschaft unerträglich sind.⁵²

Für die Sittenwidrigkeit eines Wettbewerbsverbots kommt es daher auf den Grad der Freiheitsbeeinträchtigung des anderen Vertragsteils an.⁵³ Eine Verletzung von § 138 BGB kommt demnach in Betracht, wenn der benachteiligte Vertragsteil seine berufliche Tätigkeit längerfristig oder auf Dauer aufgeben muss,⁵⁴ das Wettbewerbsverbot also dazu genutzt wird, den Vertragspartner als Wettbewerber auszuschalten.⁵⁵ Verliert er etwa – jedenfalls für längere Zeit und ohne angemessenen Ausgleich – seine wirtschaftliche Selbstständigkeit⁵⁶ und wird er daran gehindert, seinen Lebensunterhalt zu bestreiten,⁵⁷ ist das Wettbewerbsverbot nichtig gemäß § 138 BGB.

So stellte der BGH in der Entscheidung Ausscheidender Gesellschafter, in der sich der Gerichtshof ausgiebig mit der Abgrenzung von § 138 BGB und § 1 GWB beschäftigte, im Zusammenhang mit den Prüfkriterien des Sittenwidrigkeitstatbestands auf die Gesamtumstände der Vereinbarung ab. Ein Verstoß gegen § 138 BGB ergebe sich demnach nicht bereits aus der isolierten Tatsache, dass der Beklagte eine Abfindung erhalten habe, die der Höhe nach unangemessen erscheine:

„Ob mit dem Wettbewerbsverbot eine für ihn unzumutbare, der Prüfung nach Maßgabe des § 138 BGB nicht standhaltende Belastung verbunden ist, wird auch dadurch beeinflusst,

⁵⁰ BGH NJW 1994, 384, 386 – Ausscheidender Gesellschafter.

⁵¹ Thomas, WuW 2010, 177, 181.

⁵² MüKoBGB/Armbriüster, § 138 BGB, Rn. 1. In ähnliche Richtung: Thomas, WuW 2010, 177, 181.

⁵³ MüKoBGB/Armbriüster, § 138 BGB, Rn. 79.

⁵⁴ BGH NJW 1986, 2944; Bernhard, NJW 2013, 2785, 2786.

⁵⁵ BGH NJW 2005, 3061, 3062; BGH NJW 2010, 1206, 1207 m. w. N.

⁵⁶ MüKoBGB/Armbriüster, § 138 BGB, Rn. 79.

⁵⁷ Bernhard, NJW 2013, 2785, 2786; MüKoBGB/Armbriüster, § 138 BGB, Rn. 79.

inwieweit dieses Verhältnis durch die weiteren Leistungen der Klägerin zu seinen Gunsten beeinflußt wird. Dazu zählt, daß er – über die weiteren in diesem Zusammenhang zu berücksichtigenden Sachleistungen hinaus – ebenfalls ein Vertriebsgebiet erhalten hat und insoweit durch das von der Klägerin im Gegenzug übernommene Wettbewerbsverbot geschützt ist.“⁵⁸

Da nichts dafür ersichtlich sei, „daß die Vereinbarung insoweit auf Druck der Klägerin zustande gekommen ist, dem sich der Beklagte ohne eigene Einflußmöglichkeit hat beugen müssen“, sei ein Verstoß gegen § 138 BGB nur dann anzunehmen, „wenn die Geld- und Sachleistungen so deutlich hinter dem Wert des Gesellschaftsanteils zurückbleiben, daß ein Ausgleich auch nicht annähernd stattgefunden hat.“⁵⁹

In Abgrenzung zum Schutz des redlichen Wettbewerbs, auf den § 1 GWB abzielt,⁶⁰ findet im Rahmen des § 138 BGB also stets eine umfassende Interessenabwägung statt, die zu gänzlich anderen Ergebnissen als die wettbewerbsrechtliche Prüfung nach § 1 GWB führen kann. So können Wettbewerbsverbote mit verhältnismäßig kurzer Laufzeit bei Fehlen jeglicher Karenzentschädigung oder aufgrund des Zustandekommens unter sittenwidrigen Umständen gegen § 138 BGB verstoßen, obwohl sie aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive – etwa aufgrund ihrer begrenzten Dauer – unbedenklich sind.⁶¹ Gleichzeitig können relativ langfristige Wettbewerbsverbote, die unter Umständen eine nicht hinzunehmende Wettbewerbsbeschränkung bewirken, aufgrund angemessener Entschädigung des anderen Vertragsteils und schutzwürdiger Interessen des Begünstigten mit § 138 BGB vereinbar sein.⁶²

bb) Kein Spürbarkeitserfordernis bei § 138 BGB

Ein weiteres Abgrenzungskriterium zwischen § 138 BGB und § 1 GWB stellt nach Auffassung des BGH darüber hinaus das Kriterium der Spürbarkeit dar. Bereits in Sachen Holzpaneel führte der Gerichtshof aus, bei der Prüfung eines Wettbewerbsverbots anhand von § 1 GWB komme es darauf an, „ob es zu der erforderlichen spürbaren Beeinflussung der Marktverhältnisse führen konnte.“⁶³ Daran anschließend ergingen verschiedene Urteile, in denen der BGH immer wieder auf das Spürbarkeitskriterium als zusätzlichem Tatbestandserfordernis im Rahmen des § 1 GWB – im Gegensatz zu § 138 BGB – einging.

So hatte der BGH im Jahre 1989 ein zeitlich unbefristetes, örtlich unbegrenztes und entschädigungsloses Wettbewerbsverbot in einem Kaufvertrag über die Ver-

⁵⁸ BGH NJW 1994, 384, 386 – Ausscheidender Gesellschafter.

⁵⁹ BGH NJW 1994, 384, 386 – Ausscheidender Gesellschafter.

⁶⁰ Thomas, WuW 2010, 177, 181.

⁶¹ Nur in Bezug auf § 138 BGB: MüKoBGB/Armbrüster, § 138 BGB, Rn. 79.

⁶² Nur in Bezug auf § 138 BGB: MüKoBGB/Armbrüster, § 138 BGB, Rn. 79.

⁶³ BGH NJW 1982, 2000, 2001 – Holzpaneel.

äußerung eines Reinigungsbetriebs zu beurteilen.⁶⁴ Ein derart weitgehendes Wettbewerbsverbot sei sittenwidrig. Auf die Anwendbarkeit von § 1 GWB komme es demgegenüber nicht an, der hier ohnehin ausscheide, „weil das Wettbewerbsverbot nicht zu einer spürbaren Beeinflussung der Marktverhältnisse führen konnte.“⁶⁵

In der Entscheidung Ausscheidender Gesellschafter verwies der BGH die Sache an das Berufungsgericht mit dem Hinweis, die Anwendung des § 1 GWB neben § 138 BGB sei im vorliegenden Fall nur ganz auszuschließen, wenn das Gericht „nicht zu der Feststellung gelangt, daß die Vereinbarung geeignet ist, die Marktverhältnisse spürbar zu beeinflussen.“⁶⁶ Auch in Sachen Subunternehmervertrag II führte der BGH aus, die Beurteilungskriterien, nach denen nachtragliche Wettbewerbsverbote an § 138 BGB zu messen seien, seien mit denjenigen des § 1 GWB deckungsgleich, „wobei es [im Rahmen von § 138 BGB] jedoch einer Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung nicht“ bedürfe.⁶⁷

In einem weiteren Fall aus dem Jahre 2009, in dem der BGH ein Wettbewerbsverbot in der Satzung einer GmbH zu beurteilen hatte, bestätigte der Gerichtshof, dass es der Spürbarkeit im Rahmen des § 138 BGB im Gegensatz zu § 1 GWB nicht bedarf.⁶⁸ Das Berufungsgericht habe zu beurteilen, ob das satzungsmäßige Wettbewerbsverbot hinsichtlich seines räumlichen Umfangs zulässig sei. Sollte dies nicht der Fall sein, komme eine Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots in Betracht, „ohne dass es auf die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung ankäme. Denn das Wettbewerbsverbot [sei] in diesem Fall schon nach § 138 BGB nichtig, ohne dass die Spürbarkeit im Außenverhältnis dabei von Bedeutung wäre.“⁶⁹

Nach Auffassung des BGH spielt das Kriterium der Spürbarkeit im Rahmen des § 138 BGB daher keine Rolle. § 1 GWB ist demgegenüber nur einschlägig, wenn die mit dem Wettbewerbsverbot bewirkte Wettbewerbsbeschränkung spürbar ist. Im Hinblick auf den Schutzzweck des § 1 GWB überzeugt dies durchaus. Denn der Schutz des intakten Wettbewerbs als Institution kann nicht bereits jede noch so geringfügige Einschränkung wettbewerblicher Aktivitäten sanktionieren – es bedarf vielmehr einer Beschränkung von ausreichendem Gewicht.⁷⁰ Ansonsten liefe das Spürbarkeitskriterium leer.⁷¹

Wie der BGH in Sachen Fertigbeton bereits im Jahre 1976 festgestellt hatte, verbietet § 1 GWB „Wettbewerbsbeschränkungen wegen ihrer Außenwirkungen auf dem Markt, also nicht schon deshalb, weil dadurch die Handlungsfreiheit der Ver-

⁶⁴ BGH NJW-RR 1989, 800 – Reinigungsbetrieb.

⁶⁵ BGH NJW-RR 1989, 800, 801 – Reinigungsbetrieb.

⁶⁶ BGH NJW 1994, 384, 386 – Ausscheidender Gesellschafter.

⁶⁷ BGH NJW 2009, 1751, 1753 – Subunternehmervertrag II.

⁶⁸ BGH NZG 2010, 76 – Gratiszeitung Hallo.

⁶⁹ BGH NZG 2010, 76, 78 – Gratiszeitung Hallo.

⁷⁰ Thomas, WuW 2010, 177, 181.

⁷¹ Thomas, WuW 2010, 177, 181 (in dem Erfordernis einer marktrelevanten Funktionsstörung liege die teleologische und systematische Rechtfertigung des Spürbarkeitskriteriums).

tragsbeteiligten in ihrem Verhältnis zueinander eingeschränkt wird.“⁷² Stimmen, die demgegenüber auch die Anwendung des § 138 BGB unter den Vorbehalt der Spürbarkeit stellen wollen,⁷³ erkennen den Schutzzweck des Sittenwidrigkeitstatbestands. Da es hier um eine individuelle Interessenabwägung des vom Wettbewerbsverbot Begünstigten mit der Berufsausübungsfreiheit des Belasteten geht, kann es auf die Marktrelevanz des Verhaltens nicht ankommen.⁷⁴

cc) Normimmanente Abschreckungs- und Sanktionsfunktion?

Fraglich ist darüber hinaus, ob eine etwaige Abschreckungs- und Sanktionsfunktion der Nichtigkeitsfolge gemäß § 138 BGB der Rückführung eines sittenwidrigen Wettbewerbsverbots auf das zulässige Maß entgegensteht. So urteilte der BGH in Sachen Ausscheidungsvereinbarung bezüglich eines gegen § 138 BGB verstößenden Wettbewerbsverbots im Jahre 1979, der sittenwidrig Handelnde dürfe niemals damit rechnen, „durch gerichtliche Festlegung das zu bekommen, was gerade noch vertretbar und sittengemäß ist.“⁷⁵ Denn dann „verlöre das sittenwidrige Geschäft für ihn das Risiko, mit dem es durch die vom Gesetz angedrohte Nichtigkeitsfolge behaftet sein soll.“⁷⁶ In die gleiche Richtung gehen die Ausführungen des BGH in Sachen Tierarztpaxis, wo der Gerichtshof anlässlich eines zeitlich, räumlich und sachlich überschießenden Wettbewerbsverbots ausführte, eine gelungserhaltende Reduktion widerspreche „dem mit § 138 BGB verfolgten Zweck, den Betroffenen das Risiko zuzuweisen, daß eine zwischen ihnen getroffene Vereinbarung sittenwidrig und nichtig ist.“⁷⁷

Im Zusammenhang mit den Grenzen, die sich daraus für die Reichweite richterlicher Gestaltungsmöglichkeiten ergeben, führte der BGH darüber hinaus in einem Fall aus dem Jahre 2008 aus: „Könnte ein Gericht bereits daraus, dass eine von ihm erwogene Aufspaltung in einen wirksamen und einen nichtigen Teil zu einem vernünftigen Interessenausgleich führt, folgern, diese entspräche dem hypothetischen Willen der Parteien, verlöre sittenwidrige Rechtsgeschäfte das Risiko, mit dem sie in Folge der gesetzlich angeordneten Nichtigkeitssanktion behaftet sind. Der Begünstigte könnte nämlich damit rechnen, schlimmstenfalls durch gerichtliche Festsetzung das zu bekommen, was die Parteien nach Auffassung des Gerichts bei redlicher Denkweise als gerechten Interessenausgleich hätten akzeptieren sollen.“⁷⁸

Diese Ausführungen machen wiederum deutlich, worin der Schutzzweck des § 138 BGB liegt: Die „sittenwidrig Handelnde[n]“ waren in der Entscheidung

⁷² BGH NJW 1977, 804 – Fertigbeton.

⁷³ So z. B. *Maritzen*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 1, § 1 GWB, Rn. 393.

⁷⁴ *Bernhard*, NJW 2013, 2785, 2786; *Thomas*, WuW 2010, 177, 181.

⁷⁵ BGH NJW 1979, 1605, 1606 – Ausscheidungsvereinbarung.

⁷⁶ BGH NJW 1979, 1605, 1606 – Ausscheidungsvereinbarung.

⁷⁷ BGH NJW 1997, 3089, 3090.

⁷⁸ BGH NJW 2009, 1135, 1136.

Ausscheidungsvereinbarung nach Auffassung des BGH „die wirtschaftlich Stärkeren“, die „die wirtschaftliche Notlage des Beklagten zur einseitigen Durchsetzung ihrer Ziele ausgenutzt haben.“⁷⁹ Im Fall Tierarztpraxis führte das „derart die Berufsausübungsfreiheit einschränkende Wettbewerbsverbot“⁸⁰ dazu, dass die Interessenabwägung zum Nachteil der verbleibenden Gesellschafter ausfiel. Im Rahmen des § 138 BGB spielt daher der Gedanke der Risikozuweisung zwischen den Vertragsparteien eine ganz besondere Rolle und bestimmt maßgeblich die Grenzen einer geltungserhaltenden Reduktion.⁸¹ Hier ist stets dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Rückführung der überschießenden Vereinbarung auf das zulässige Maß unter Umständen gerade die Partei unverhältnismäßig begünstigt, die einen sittenwidrigen Vorteil aus dem Verstoß gezogen hätte.

Auch im Rahmen des Kartellverbots spielt der Aspekt der Risikozuweisung freilich eine Rolle. Im Gegensatz zu § 138 BGB geht es hier jedoch gerade nicht um eine Werteentscheidung zwischen widerstreitenden Individualinteressen, sondern um die Frage, ob die von den Parteien zu verantwortende Beschränkung des Wettbewerbs hingenommen werden kann.⁸² So warf der BGH in Sachen Restkaufpreis den Gedanken auf, „dass die Parteien, die eine als Kartell zu beurteilende Vereinbarung geschlossen haben, nicht dadurch belohnt werden sollen, dass der Vertrag in dem gerade noch zulässigen Maße aufrechterhalten bleibt.“⁸³ Jedenfalls sei es denkbar, derartige Erwägungen bei der Analyse der Möglichkeiten einer geltungserhaltenden Reduktion kartellrechtswidriger Klauseln mit einzubeziehen.⁸⁴ Ein Kartellverstoß soll daher – ebenso wie ein Sittenverstoß – nicht ohne Risiko für die Vertragsbeteiligten sein. Im Hinblick auf § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV kann daraus jedoch keinesfalls geschlossen werden, dass der Nichtigkeitsfolge *per se* eine eigenständige Abschreckungs- und Sanktionsfunktion zukommt.⁸⁵

Ob für § 138 BGB das Gleiche gilt, ist nicht weniger umstritten. Für eine eigenständige Abschreckungsfunktion der Nichtigkeitsfolge wird etwa angeführt, Regelungen wie § 817 Satz 2 BGB ließen erkennen, dass sich der Zweck des § 138

⁷⁹ BGH NJW 1979, 1605, 1606 – Ausscheidungsvereinbarung.

⁸⁰ BGH NJW 1997, 3089 (2. Leitsatz).

⁸¹ Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 BGB, Rn. 170: Der Risikoeliminierungsgedanke sei bildlich gesprochen „Schranke der Schranke“ des Inhalts der teleologischen Reduktion.

⁸² Bernhard, NJW 2013, 2785, 2786.

⁸³ BGH WuW 2004, 1051, 1052 – Restkaufpreis.

⁸⁴ Im konkreten Fall hatte der BGH eine zeitlich überschießende Bezugsbindung zu beurteilen. Es entspreche der bisherigen Rechtsprechung zu § 1 GWB und § 138 BGB, dass zeitliche Beschränkungen, die unter das Kartellverbot fielen, auf das zulässige Maß zurückgeführt werden könnten. Es sei allerdings fraglich, ob hieran für das Kartellverbot festzuhalten sei. Denn für eine strengere Handhabung im Rahmen des § 1 GWB könne der Gedanke der Missbrauchsvorbeugung sprechen (Rn. 12). Die Frage wurde im Ergebnis mangels Erheblichkeit offengelassen. Da es sich um einen Altvertrag handelte, der erst nachträglich in den Anwendungsbereich des Kartellverbots gefallen war, kamen etwaige Präventionsgesichtspunkte nach Auffassung des BGH nicht zum Tragen (ebenfalls Rn. 12).

⁸⁵ Siehe dazu unter E.I.1.d) (S. 139 ff.).

BGB nicht in der Ausschaltung der sittenwidrigen Abrede selbst erschöpfe, sondern jedermann von dem Abschluss sittenwidriger Rechtsgeschäfte abgehalten werden solle.⁸⁶ Stimmen, die an der Abschreckungsfunktion zweifeln, verweisen hingegen auf die Vorschriften zur Schadensersatzpflicht gemäß § 826 BGB,⁸⁷ der das Verhalten seinerseits sanktioniere. Daneben können die strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten gemäß §§ 241, 263 StGB (Drohung und Betrug) angeführt werden, die einen eigenständigen Sanktionsgehalt haben.⁸⁸ Auch wird, ähnlich wie in Bezug auf das Kartellverbot vertreten, § 138 BGB liege ausschließlich der Gedanke zugrunde, dass mit der Rechtsordnung unvereinbare Regelungen nicht rechtsgültig sein sollen.⁸⁹ § 138 BGB statuiere die Nichtigkeit daher nicht als Strafe.⁹⁰

Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Streitfrage soll an dieser Stelle nicht erfolgen.⁹¹ Eine Entscheidung kann für die hier relevante Diskussion jedoch ohnehin dahinstehen. Denn selbst wenn man zu dem Ergebnis käme, dass der Nichtigkeit wegen Sittenverstoßes eine eigenständige Abschreckungs- und Sanktionsfunktion zukommt, würde die Anerkennung der grundsätzlichen Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen des § 138 BGB dem nicht widersprechen. Denn allein die Aussicht auf die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion stellt die normimmanente Risikozuweisung nicht in Frage. Die Rückführung auf einen möglicherweise zulässigen Kern lässt nämlich das Erfordernis einer umfassenden Interessenabwägung zwischen den Vertragsparteien und – zwangsläufig – das mit dieser Prüfung einhergehende Risiko unberührt.

So kann die Analyse der jeweils im Einzelfall bestehenden Interessenlage entweder den Ausschluss oder die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion gebieten. Die Unschärfe des Sittenwidrigkeitstatbestands, die mit einem hohen Maß an richterlicher Eigenwertung einhergeht,⁹² wird durch die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion daher nicht beseitigt. Dem sittenwidrig Handelnden wird auf diesem Weg keinesfalls das mit einem Verstoß behaftete Risiko der Nichtigkeit genommen, da für ihn nicht absehbar sein wird, zu welchem Ergebnis ein überprüfendes Gericht kommt. Ist es mit Sinn und Zweck des Sittenwidrigkeitstatbestands unvereinbar, das überschießende Wettbewerbsverbot auf einen erträg-

⁸⁶ MüKoBGB/Armbüster, § 138 BGB, Rn. 2; Reinhard Bork, Rn. 1177. In ähnliche Richtung: Neuner, § 46, Rn. 65.

⁸⁷ Looschelders, in: Nomos Kommentar, § 138 BGB, Rn. 5.

⁸⁸ Für den Bereich des § 123 BGB: MüKoBGB/Armbüster, § 138 BGB, Rn. 157. Dort wird die normimmanente Abschreckungsfunktion bejaht, eine geltungserhaltende Reduktion im Rahmen des § 138 BGB aber dennoch befürwortet.

⁸⁹ Pauly, JR 1997, Heft 9, S. 357, 361.

⁹⁰ Thomas, WuW 2010, 177, 183 unter Hinweis auf BGHZ 89, 316 zum Bereich des § 134 BGB. In eine ähnliche Richtung: Pauly, JR 1997, Heft 9, S. 357, 361.

⁹¹ Ausführlich dazu etwa: Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 BGB, Rn. 176 ff. Mit umfassenden Beispielen zur möglichen Teilbarkeit i. R. d. § 138 BGB: Looschelders, in: Nomos Kommentar, § 138 BGB, Rn. 133 ff.; Schmidt-Räntsche, in: Erman, § 138 BGB, Rn. 29 ff.

⁹² Thomas, WuW 2010, 177, 181.

lichen Umfang zurückzuführen, scheitert die Methodik im Einzelfall am Normzweck des § 138 BGB. Dieser Grundsatz wird durch die Anerkennung der Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen des § 138 BGB nicht in Frage gestellt.

b) Anknüpfungspunkte bei sittenwidrigen Wettbewerbsverboten

Trotz der unterschiedlichen Schutzzwecke der Normen entspricht die Rechtsprechung hinsichtlich der Möglichkeiten einer geltungserhaltenden Reduktion von Wettbewerbsverboten im Rahmen des § 138 BGB weitgehend der inhaltlichen Positionierung des BGH im Rahmen des § 1 GWB. Demnach soll eine solche ausschließlich bei Überschreitung des zeitlich zulässigen Maßes in Betracht kommen (aa)). Ist das Wettbewerbsverbot räumlich oder sachlich überschließend, soll eine geltungserhaltende Reduktion hingegen ausgeschlossen sein (bb)). Gleches gilt im Falle der Sittenwidrigkeit aus anderen Gründen (cc)).

aa) Sittenverstoß wegen zeitlichen Übermaßes

Hinsichtlich der relevanten Rechtsprechung wird auf die Ausführungen unter D.II.1.⁹³ verwiesen. Die Rückführung eines zeitlich überschließenden und nur daher sittenwidrigen Wettbewerbsverbots muss nach den bereits gefundenen Ergebnissen zum Kriterium der Teilbarkeit grundsätzlich möglich sein, da der Teil der Vereinbarung, aus dem die Sittenwidrigkeit resultiert, genau bestimmt werden kann und von dem zulässigen Rest klar trennbar ist. Parallel zur kartellrechtlichen Problematik kann ein zeitlich überschließendes Wettbewerbsverbot daher geltungserhaltend reduziert werden.⁹⁴

bb) Sittenverstoß wegen räumlichen oder sachlichen Übermaßes

Hinsichtlich der relevanten Rechtsprechung wird wiederum auf die Ausführungen in Abschnitt D.II.2. und 3.⁹⁵ verwiesen. Demnach soll die geltungserhaltende Re-

⁹³ S. 111 ff.

⁹⁴ Ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. etwa BGH NJW 1979, 1605 – Ausscheidungsvereinbarung; BGH NJW 2009, 1751 – Subunternehmervertrag II; BGH NJW 2015, 1012, 1013 m. w. N.; noch anderer Ansicht allerdings BGH NJW 1986, 2944, 2945. Für eine geltungserhaltende Reduktion im Rahmen des § 138 BGB bei Überschreitung der zeitlichen Grenzen auch: MüKoBGB/Armbriüster, § 138 BGB, Rn. 160 f.; Köhler, JuS 2010, 665, 668; Soergel/Hefermehl, § 138 BGB, Rn. 49. Zu überlangen Bierlieferungsverträgen und anderen sittenwidrig langen zeitlichen Bindungen: Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 BGB, Rn. 183 f. Anderer Ansicht: Flume, S. 389, der aber im Hinblick auf ein Urteil des BGH (NJW 1972, 1459) anerkennt, dass sich die zeitliche Gültigkeit eines Vertrags für 20 Jahre unter bestimmten Umständen aufrechterhalten lässt.

⁹⁵ S. 116 ff.

duktion von Wettbewerbsverböten, die in mehrfacher Hinsicht sittenwidrig sind, ausgeschlossen sein.⁹⁶

Auch in Bezug auf § 138 BGB begegnet die Differenzierung zwischen zeitlich möglicher und im Übrigen ausgeschlossener Rückführung überschießender Wettbewerbsverböte durchgreifenden Bedenken. Diese ergeben sich bereits aus Konsistenzgründen, denn die vorgebrachten Argumente gegen eine geltungserhaltende Reduktion sittenwidriger Wettbewerbsverböte müssten auch für die zeitliche Dimension gelten.⁹⁷

Im Rahmen des § 138 BGB, dem eine wertende Betrachtung und Abwägung der Parteiinteressen immanent ist, ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass die Totalnichtigkeit des vereinbarten Wettbewerbsverböts gegebenenfalls zur unverhältnismäßigen Übervorteilung des einen Vertragsteils führt. Sinn und Zweck des Sittenwidrigkeitstatbestands können daher im Einzelfall mit der Totalnichtigkeit nicht vereinbar sein.⁹⁸ Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen der Schutz der einen vor der anderen Vertragspartei bezieht wird,⁹⁹ sich der Tatbestand der Sittenwidrigkeit also gegen den Vertragspartner richtet.¹⁰⁰ Wird hier ausschließlich die Rückführung eines zeitlich überschießenden und daher sittenwidrigen Wettbewerbsverböts erlaubt, kann den Umständen des Einzelfalls nicht hinreichend Rechnung getragen werden.

cc) Sittenverstoß aus anderen Gründen

Im Fall Ausscheidungsvereinbarung¹⁰¹ hatte der BGH ein Wettbewerbsverbot zu beurteilen, das einen ausscheidenden Gesellschafter in der unternehmerischen Nutzung des ihm verbleibenden Betriebes beschränkte. Eine geltungserhaltende Reduktion schied hier nach Ansicht des Gerichtshofs aus. Denn in den dem Ausscheidenden auferlegten Bindungen zeige sich, „daß die Kläger als die wirtschaftlich Stärkeren die wirtschaftliche Notlage des Beklagten zur einseitigen Durchsetzung

⁹⁶ Vgl. nur BGH NJW 1997, 3089, 3090.

⁹⁷ Dieser Gedanke lässt sich auf weitere Fälle der geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen des § 138 BGB, etwa den Darlehens- und Mietwucher, übertragen, vgl. Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 BGB, Rn. 212.

⁹⁸ Pauly, JR 1997, Heft 9, S. 357, 361 (eine sinnvolle Wiederherstellung des Rechts liege gegebenenfalls auch bei Teilnichtigkeit vor, sodass der andere Vertragsteil nicht in den Genuss von „Vertragsgeschenken“ komme). In ähnliche Richtung: Hager, JZ 1996, Heft 4, S. 175, 177 (die Totalnichtigkeit einer Klausel begünstige stets den anderen Teil in einem Maß, wie es es das Gesetz nicht fordere).

⁹⁹ Hager, JuS 1985, 264, 270. Nur in diesem Fall für eine geltungserhaltende Reduktion: Looschelders, in: Nomos Kommentar, § 138 BGB, Rn. 134.

¹⁰⁰ Honsell, JA 1986, 573, 574: Die sitten- bzw. gebotskonforme Aufrechterhaltung des Vertrags sei in diesen Fällen stets notwendig, wolle man nicht dem zu Schützenden Steine statt Brot geben.

¹⁰¹ BGH NJW 1979, 1605 – Ausscheidungsvereinbarung.

ihrer Ziele ausgenutzt haben.“¹⁰² Daher sei für einen rechtsgestaltenden richterlichen Eingriff in das Vertragsverhältnis und dessen inhaltliche Rückführung auf ein vertretbares Maß im Rahmen von § 139 BGB kein Raum. Vielmehr müssten „die Kläger das Risiko der Nichtigkeit des gesamten Wettbewerbsverbots tragen, da sie die durch § 138 BGB gezogenen Grenzen der Vertragsfreiheit mißachtet haben.“¹⁰³

Auch in der Entscheidung Ausscheidender Gesellschafter, erwog der BGH andere, über das reine Übermaß hinausgehende Gründe, aus denen die Sittenwidrigkeit des Wettbewerbsverbots resultieren könnte. So komme ein Verstoß gegen § 138 BGB in Betracht, wenn „die Vereinbarung insoweit auf Druck der Klägerin zustande gekommen ist, dem sich der Beklagte ohne eigene Einflußmöglichkeit hat beugen müssen.“¹⁰⁴ Auf die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion geht der BGH hier nicht gesondert ein.

Unter Heranziehung der methodischen Voraussetzungen einer geltungserhaltenden Reduktion scheidet eine solche hier jedoch aus. Denn es ist kein von dem Sittenverstoß trennbarer, rechtlich unbedenklicher Kern erkennbar, wenn die Sittenwidrigkeit aus einer Druckausübung resultiert, auf deren Grundlage die Vereinbarung zustande gekommen ist. Gleiches gilt für das Ausnutzen einer wirtschaftlichen Notlage, wie z. B. in der Entscheidung Ausscheidungsvereinbarung, oder für jeden anderen, keinen rechtlich unbedenklichen Kern aufweisenden Grund der Sittenwidrigkeit. Bereits methodisch muss die Anwendung einer geltungserhaltenen Reduktion in diesen Fällen ausscheiden.

c) Entscheidend ist Teilbarkeits- und Schutzzweckvorbehalt

Aus der Rechtsprechung zu der geltungserhaltenden Reduktion bei Sittenverstößen aus anderen Gründen als dem rein zeitlichen, räumlichen oder sachlichen Übermaß wird deutlich, dass jedenfalls in dieser Fallgruppe eine Rückführung auf das rechtlich unbedenkliche Maß ausscheidet. Denn in diesen Fällen resultiert die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung aus weiteren Begleitumständen, die nicht von einem gegebenenfalls zulässigen Rest trennbar sind.¹⁰⁵

Dies steht im Einklang mit den zuvor gefundenen Ergebnissen zum Kriterium der Teilbarkeit: Dieses ermöglicht auch im Rahmen des Sittenwidrigkeitstatbestands die Anwendung des § 139 BGB.¹⁰⁶ Für die Ermittlung der Teilbarkeit greifen die bereits

¹⁰² BGH NJW 1979, 1605, 1606 – Ausscheidungsvereinbarung.

¹⁰³ BGH NJW 1979, 1605, 1606 – Ausscheidungsvereinbarung.

¹⁰⁴ BGH NJW 1994, 384, 386 – Ausscheidender Gesellschafter.

¹⁰⁵ So auch *Hager*, Auslegung, S. 82 (Fn. 124): Nichtigkeit solle eintreten, wenn die Sittenwidrigkeit wegen sonstiger Umstände nicht durch eine sitzenkonforme Fassung zu beseitigen ist.

¹⁰⁶ *Soergel/Hefermehl*, § 138 BGB, Rn. 49.

entwickelten Grundsätze.¹⁰⁷ Demnach kommt es darauf an, dass eigenständige, von der Sittenwidrigkeit unberührte Elemente innerhalb des Wettbewerbsverbots zu identifizieren sind, die zwar gegebenenfalls eine Umformulierung der Vereinbarung nötig machen, jedoch ihrem Sinn nach eindeutig von ihrem überschießenden und daher sittenwidrigen Teil abzutrennen sind.

Zu ermitteln ist daher, ob in dem Wettbewerbsverbot ein von der Sittenwidrigkeit trennbarer, rechtlich unbedenklicher Teil enthalten ist, auf den es reduziert werden könnte. Dabei ist wiederum unerheblich, ob es sich um mehrere, kumulativ nebeneinanderstehende Verstöße gegen § 138 BGB handelt. Dass ein Wettbewerbsverbot also etwa zeitlich *und* räumlich überschießend ist und aus beiden Gründen gegen § 138 BGB verstößt, verhindert die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion nicht.¹⁰⁸ Erst wenn weitere sittenwidrige Umstände hinzutreten, die nicht von einem etwaig zulässigen Rest des Wettbewerbsverbots trennbar sind, scheidet eine geltungserhaltende Reduktion aus.

Dabei spielt die vorzunehmende Interessenabwägung im Einzelfall eine zentrale Rolle. Diese kann entweder zu dem Ergebnis führen, dass die Totalnichtigkeit der Vereinbarung mit dem Schutzzweck des Sittenwidrigkeitstatbestands unter den konkreten Umständen unvereinbar ist. Eine geltungserhaltende Reduktion ist dann zwingend erforderlich, um dem Schutzzweck der Norm gerecht zu werden. Andererseits kann die Rückführung auf den etwaig zulässigen Kern der Abrede gerade die Vertragspartei begünstigen, die einen sittenwidrigen Vorteil aus dem Rechtsverstoß gezogen hätte. Selbst im Falle der Teilbarkeit könnte eine geltungserhaltende Reduktion dann unter Schutzzweckaspekten ausgeschlossen und die Totalnichtigkeit der Vereinbarung geboten sein. Dies ist insbesondere denkbar, wenn der Schutz der einen vor der anderen Vertragspartei bezieht wird und dieser Schutz durch Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion unterlaufen würde.

Die tragenden Leitgedanken bei der geltungserhaltenden Reduktion eines sittenwidrigen Wettbewerbsverbots sind daher die methodische Teilbarkeit des Rechtsverstoßes von einem gegebenenfalls zulässigen Rest sowie der Schutzzweckvorbehalt des § 138 BGB, der unter den konkreten Umständen des Einzelfalls für oder gegen eine geltungserhaltende Reduktion sprechen kann. Anstelle der starren Anknüpfung an einzelne Elemente der Sittenwidrigkeit – zeitliches Übermaß ja, im Übrigen Ausschluss der geltungserhaltenden Reduktion – erscheint daher die Vornahme einer (im Rahmen des §138 BGB ohnehin erforderlichen) Interessenabwägung sowie die Heranziehung der entwickelten allgemeinen Grundsätze zum Kriterium der Teilbarkeit vorzugswürdig. Auf diese Weise kann dem Schutzzweck

¹⁰⁷ Siehe dazu Abschnitt D. (S. 100 ff.). *Soergel/Hefermehl*, § 138 BGB, Rn. 49 geht davon aus, dass Teilbarkeit nur dann gegeben ist, wenn das Kriterium der Sittenwidrigkeit allein in der Dauer oder räumlichen Reichweite liegt. Dies ist unter Berücksichtigung des Analyseergebnisses unter D.II.3. (121 ff.) nicht zutreffend.

¹⁰⁸ Siehe dazu unter B.I.3. (S. 39 f.).

der Norm und dem Ziel der Methodik einer geltungserhaltenden Reduktion hinreichend Rechnung getragen werden.

d) Ergebnis

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote sind an § 1 GWB und an § 138 BGB zu messen. Beide Normen stellen ähnliche, jedoch nicht gänzlich deckungsgleiche Anforderungen an die Rechtmäßigkeit dieser Art von Wettbewerbsbeschränkung. Die verschiedenen Schutzrichtungen der Vorschriften sowie das fehlende Spürbarkeitserfordernis im Rahmen des Sittenwidrigkeitstatbestands können zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der Analyse einer Rechtsverletzung führen.

Sind beide Normen durch die Ausgestaltung des Wettbewerbsverbots verletzt, richtet sich die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion nach den entwickelten allgemeinen Maßstäben unter Einbeziehung des Schutzzweckvorbehalts. Demnach ist eine Rückführung auf den in der Abrede etwaig enthaltenen zulässigen Kern nur dann möglich, wenn ein solcher Kern tatsächlich existiert und er von dem Grund des Rechtsverstoßes trennbar ist. Darüber hinaus ist dem im Einzelfall zu berücksichtigenden Schutzzweckvorbehalt durch eine umfassende Interessenabwägung Rechnung zu tragen. Diese kann trotz Teilbarkeit im Einzelfall die Totalnichtigkeit der Abrede gebieten.

2. Spannungsfeld zu § 306 BGB bei kartellverbotswidrigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Der Begriff – oder vielmehr das angebliche „Verbot“¹⁰⁹ – der geltungserhaltenden Reduktion ist allem voran im Zusammenhang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen bekannt. Grundsätzlich sieht im deutschen Zivilrecht § 306 Abs. 2 BGB vor, dass sich der Inhalt des Vertrags, *soweit* darin enthaltene Bestimmungen unwirksam sind, nach den gesetzlichen Vorschriften richtet. Über die Möglichkeit einer gerichtlichen Rückführung auf den rechtlich unbedenklichen Teil der Bestimmung ist damit keine Aussage getroffen. Dennoch hat sich im Laufe der Jahrzehnte eine – mal mehr mal weniger¹¹⁰ – gefestigte Rechtsprechung des BGH, bestätigt durch den EuGH und die wohl (noch) herrschende Meinung in der Literatur, zu einem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion in Allgemeinen Geschäftsbedingungen entwickelt.

Die hier entscheidende Konstellation betrifft Fälle, in denen kartellrechtswidrige Vereinbarungen, die ihrem Inhalt nach einer geltungserhaltenden Reduktion zu-

¹⁰⁹ Vgl. MüKoBGB/Basedow, § 306 BGB, Rn. 17 ff.; Roloff/Looschelders, in: Erman, § 306 BGB, Rn. 8.

¹¹⁰ Zum Verbotsgrundsatz und den zahlreichen Ausnahmen vgl. nur beispielhaft MüKoBGB/Basedow, § 306 BGB, Rn. 17 ff.; Roloff/Looschelders, in: Erman, § 306 BGB, Rn. 8 ff.; Uffmann, S. 149 ff.

gänglich wären, Gegenstand von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind. Hier stellt sich die Frage, ob sich an der Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion der betreffenden Klausel etwas aufgrund der Tatsache ändert, dass sie nicht individualvertraglich ausgehandelt wurde.

Die relevante Vorfrage – gibt es überhaupt ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen? – soll hier nicht im Detail behandelt werden. Eine umfassende Auseinandersetzung mit den relevanten Fragestellungen findet sich an anderen Stellen.¹¹¹ Hier soll ausschließlich das Spannungsfeld aufgezeigt werden, in dem sich eine Rückführung kartellrechtlich überschießender Abreden auf das zulässige Maß zwischen den Anforderungen des § 1 GWB (bzw. Art. 101 AEUV) und des § 306 Abs. 2 BGB bewegt.

Ein solches Spannungsfeld kann sich aufgrund der jeweils verschiedenen Schutzzwecke ergeben, die im Falle kartellrechtswidriger Allgemeiner Geschäftsbedingungen kollidieren. Denn wie bereits im Rahmen der §§ 138 BGB, 1 GWB und Art. 101 AEUV gezeigt, ist für die Anwendbarkeit der Methodik entscheidend, ob der Schutzzweck der betreffenden Norm oder, im Falle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, des betreffenden Regelwerks die Totalnichtigkeit der Vereinbarung gebietet oder eine Rückführung auf den rechtlich unbedenklichen Kern zulässt.¹¹²

Für die Analyse des Schutzzwecks Allgemeiner Geschäftsbedingungen oder, zutreffender, der durchzuführenden Inhaltskontrolle ist ein Blick auf die dazu ergangene Rechtsprechung unverzichtbar. Eine knappe Einordnung des auf europäischer Ebene relevanten Regelwerks samt dazu ergangener EuGH-Rechtsprechung liefert erste Einblicke in die zugrundeliegenden Wertungen (a)).

Die zur geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen ergangene nationale Rechtsprechung des BGH und existierende Literatur ist schier grenzenlos.¹¹³ Die relevanten Schutzzweckerwägungen decken sich im Wesentlichen mit den Argumenten auf europäischer Ebene und stellen die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion im Einzelfall durchaus in Frage (b)).

Letztlich wird analysiert, welche Konsequenzen sich daraus für die Möglichkeiten einer geltungserhaltenden Reduktion von kartellrechtswidrigen Vereinbarungen ergeben, die Gegenstand Allgemeiner Geschäftsbedingungen sind (c)). Denn die Grundwertung eines möglichen Verbots der geltungserhaltenden Reduktion in Formularverträgen scheint auf den Bereich kartellrechtlich relevanter Vertragsklauseln durchaus übertragbar zu sein. Gleichzeitig wurde die methodische und rechtliche Möglichkeit einer Rückführung kartellrechtlich überschießender Ver-

¹¹¹ Siehe dazu umfassend etwa Staudinger/Mäsch, § 306 BGB, Rn. 20 ff. m. w. N. und Uffmann (wo die zugrundeliegende Auseinandersetzung als Scheindebatte enttarnt wird; siehe dazu bereits unter B.I.2., S. 36 ff.).

¹¹² Grundlegend: Roth, JZ 1989, 411.

¹¹³ Einführend nur beispielhaft: Grüneberg, in: Palandt, § 306 BGB, Rn. 6 ff.; MüKoBGB/ Basedow, § 306 BGB, Rn. 16 ff.; Roloff/Looschelders, in: Erman, § 306 BGB, Rn. 8 ff.; Staudinger/Mäsch, § 306 BGB, Rn. 20 ff.

einbarungen auf ihren zulässigen Kern bereits festgestellt.¹¹⁴ Wieso sollte sich an dieser Wertung etwas ändern, wenn der Verstoß in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist?

Anschließend erfolgt eine knappe Zusammenfassung der Ergebnisse (d).

*a) Verbot der geltungserhaltenden Reduktion
im Rahmen der Richtlinie 93/13/EWG*

Das europarechtliche Pendant zu § 306 Abs. 2 BGB stellt Art. 6 der Richtlinie 93/13/EWG dar. Demnach sind missbräuchliche Klauseln in Verträgen, die ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat, für den Verbraucher unverbindlich. Die Mitgliedstaaten legen die Einzelheiten dieser Unverbindlichkeit in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften fest. Gleichzeitig bleibt der Vertrag für beide Parteien bindend, wenn er ohne die missbräuchlichen Klauseln bestehen kann.

Zur Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion im Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13/EWG hat sich der EuGH bereits positioniert: Im Hinblick auf den Schutzzweck des Regelwerks lehnt der Gerichtshof die Anwendung der Methodik eindeutig ab (aa)). Damit ist jedoch allein eine Aussage im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13/EWG getroffen. Eine Betrachtung der nationalen Vorgaben wird dadurch keinesfalls hinfällig, denn im Gegensatz zu den §§ 305 ff. BGB erfasst die Richtlinie 93/13/EWG ausschließlich Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern (bb)).

aa) Methodik widerspricht dem Schutzzweck der Richtlinie 93/13/EWG

Der EuGH hat sich bereits mit dem Konzept der geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen der Richtlinie 93/13/EWG befasst. In der Rechtssache C-618/10 (Banco Espanol de Crédito)¹¹⁵ hat ein spanisches Gericht dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens verschiedene Fragen unter anderem zur Auslegung der Richtlinie 93/13/EWG vorgelegt. Inhaltlich ging es um einen formularmäßigen Darlehensvertrag, den ein Verbraucher mit einer spanischen Bank zum Zwecke der Anschaffung eines Kfz geschlossen hatte. Der Vertrag enthielt unter anderem eine Verzugszinsklausel in Höhe von 29 %, die das damit befasste nationale Gericht für nichtig erklärte. Außerdem setzte das Gericht den Verzugszinssatz unter Bezugnahme auf den gesetzlichen Zinssatz auf 19 % fest.

Die zweite Vorlagefrage legte der EuGH dahingehend aus, dass mit ihr gefragt wurde, ob die Richtlinie 93/13/EWG einer mitgliedstaatlichen Regelung entgegensteht, wonach das nationale Gericht, wenn es die Nichtigkeit einer missbräuchlichen Klausel in einem Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und

¹¹⁴ Siehe dazu Abschnitt D. (S. 100 ff.) und E. (S. 135 ff.).

¹¹⁵ EuGH, Urteil vom 14.6.2012 – C-618/10 – Banco Espanol de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349.

einem Verbraucher feststellt, durch Abänderung des Inhalts dieser Klausel den Vertrag anpassen kann.¹¹⁶ Aus dem Wortlaut der einschlägigen Vorschrift der Richtlinie 93/13/EWG (Art. 6 Abs. 1) schloss der EuGH, dass „die nationalen Gerichte eine missbräuchliche Vertragsklausel nur für unanwendbar zu erklären haben, damit sie den Verbraucher nicht bindet, ohne dass sie befugt wären, deren Inhalt abzuändern.“¹¹⁷ Abgesehen von der Änderung, die sich aus dem Herausstreichen der missbräuchlichen Klauseln ergebe, müsse der Vertrag „grundsätzlich unverändert fortbestehen, soweit dies nach den Vorschriften des innerstaatlichen Rechts rechtlich möglich ist.“¹¹⁸

Als Begründung stellte der EuGH allem voran auf den mit der Richtlinie bezeichneten Schutz des Verbrauchers gegenüber dem Verwender von Formularverträgen ab: So beruhe das mit der Richtlinie 93/13/EWG geschaffene Schutzsystem auf dem Gedanken, „dass der Verbraucher sich gegenüber dem Gewerbetreibenden in einer schwächeren Verhandlungsposition befindet und einen geringeren Informationsstand besitzt, was dazu führ[e], dass er den vom Gewerbetreibenden vorformulierten Bedingungen zustimmt, ohne auf deren Inhalt Einfluss nehmen zu können.“¹¹⁹ Am Verbraucherschutz bestehe ein besonderes Interesse, das die Mitgliedstaaten zu effektiven Schutzmaßnahmen verpflichte:

„Auf Grund von Art und Bedeutung des öffentlichen Interesses, auf dem der Schutz beruht, der den Verbrauchern gewährt wird, weil sie sich gegenüber den Gewerbetreibenden in einer Position der Unterlegenheit befinden, verpflichtet die Richtlinie 93/13/EWG die Mitgliedstaaten, (...) angemessene und wirksame Mittel vorzusehen, damit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende gesetzt wird.“¹²⁰

Dem nationalen Gericht dürfe es nicht freistehen, den Inhalt missbräuchlicher Klauseln abzuändern, da ansonsten die Verwirklichung des langfristigen Ziels der Richtlinie gefährdet sei. Eine solche Befugnis würde nämlich dazu beitragen,

„den Abschreckungseffekt zu beseitigen, der für die Gewerbetreibenden darin besteht, dass solche missbräuchlichen Klauseln gegenüber dem Verbraucher schlicht unangewendet

¹¹⁶ EuGH, Urteil vom 14. 6. 2012 – C-618/10 – Banco Espanol de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349, Rn. 58.

¹¹⁷ EuGH, Urteil vom 14. 6. 2012 – C-618/10 – Banco Espanol de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349, Rn. 65.

¹¹⁸ EuGH, Urteil vom 14. 6. 2012 – C-618/10 – Banco Espanol de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349, Rn. 65.

¹¹⁹ EuGH, Urteil vom 14. 6. 2012 – C-618/10 – Banco Espanol de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349, Rn. 39 m. w. N.

¹²⁰ EuGH, Urteil vom 14. 6. 2012 – C-618/10 – Banco Espanol de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349, Rn. 68 unter Bezugnahme auf Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG, der lautet: „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß im Interesse der Verbraucher und der gewerbetreibenden Wettbewerber angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, damit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende gesetzt wird.“

bleiben (...); die Gewerbetreibenden blieben nämlich versucht, die betreffenden Klauseln zu verwenden, wenn sie wüssten, dass, selbst wenn die Klauseln für unwirksam erklärt werden sollten, der Vertrag gleichwohl im erforderlichen Umfang vom nationalen Gericht angepasst werden könnte, so dass das Interesse der Gewerbetreibenden auf diese Art und Weise gewahrt würde.“¹²¹

Somit bestehe bei Abänderung der missbräuchlichen Klauseln im Ergebnis kein genauso wirksamer Schutz des Verbrauchers wie bei deren reiner Nichtanwendung.

Der EuGH lehnte eine geltungserhaltende Reduktion des überschießend hohen Verzugszinssatzes im Formularvertrag auf den zulässigen Zinssatz damit ab. Maßgebliche Beweggründe waren dem EuGH zufolge die „schwächere Verhandlungsposition“¹²² sowie der „geringere Informationsstand“¹²³ der Verbraucher gegenüber den Gewerbetreibenden, ihre „Position der Unterlegenheit“¹²⁴, der mit der Richtlinie bezweckte „Abschreckungseffekt“¹²⁵ zu Lasten des Verwenders sowie der weniger wirksame Schutz des Verbrauchers bei Anerkennung einer geltungserhaltenden Reduktion.¹²⁶

Diese Ausführungen bestätigte der EuGH in einer kurz darauf folgenden Entscheidung aus dem Jahre 2013,¹²⁷ in dem der Gerichtshof die gerichtliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe ablehnte, statt sie gänzlich unangewendet zu lassen. Nur ein Jahr später entschied der EuGH, dass aber jedenfalls an die Stelle der unwirksamen Klausel dispositives nationales Recht treten kann.¹²⁸ Dies entspricht der deutschen Regelung in § 306 Abs. 2 BGB.

Weitere für die vorliegende Frage relevante Ausführungen finden sich in der Entscheidung des EuGH in Sachen Siba,¹²⁹ in der der Gerichtshof über die Zahlungsklage eines Rechtsanwalts aus Litauen zu entscheiden hatte, mit der er die Begleichung seines Honorars aus verschiedenen Formularverträgen über die entgeltliche Erbringung juristischer Dienstleistungen forderte. In der Sache ging es allem voran um die Frage, ob auf den zwischen einem Rechtsanwalt und einer natürlichen Person geschlossenen Vertrag die Richtlinie 93/13/EWG Anwendung

¹²¹ EuGH, Urteil vom 14.6.2012 – C-618/10 – Banco Espanol de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349, Rn. 69.

¹²² EuGH, Urteil vom 14.6.2012 – C-618/10 – Banco Espanol de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349, Rn. 39.

¹²³ EuGH, Urteil vom 14.6.2012 – C-618/10 – Banco Espanol de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349, Rn. 39.

¹²⁴ EuGH, Urteil vom 14.6.2012 – C-618/10 – Banco Espanol de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349, Rn. 68.

¹²⁵ EuGH, Urteil vom 14.6.2012 – C-618/10 – Banco Espanol de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349, Rn. 69.

¹²⁶ EuGH, Urteil vom 14.6.2012 – C-618/10 – Banco Espanol de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349, Rn. 69.

¹²⁷ EuGH, Urteil vom 30.5.2013 – C-488/11 – Brusse u.a., ECLI:EU:C:2013:341, Rn. 58 f.

¹²⁸ EuGH, Urteil vom 30.4.2014 – C-26/13 – Kásler u.a., ECLI:EU:C:2014:282, Rn. 78 ff.

¹²⁹ EuGH, Urteil vom 15.1.2015 – C-537/13 – Siba, ECLI:EU:C:2015:14.

findet, es sich also bei dem Rechtsanwalt um einen Gewerbetreibenden handelt und die natürliche Person von allen damit einhergehenden Schutzbestimmungen profitiert.

Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass die Richtlinie 93/13/EWG auf dieses Vertragsverhältnis anwendbar ist. Denn im Bereich der von Rechtsanwälten angebotenen Leistungen bestehe „grundsätzlich eine Ungleichheit zwischen den ‚Verbrauchern als Mandanten‘ und den Rechtsanwälten (...), die insbesondere auf eine Asymmetrie der Information zwischen diesen Parteien zurückzuführen ist.“¹³⁰ Der EuGH begründete diese Asymmetrie mit dem wesentlich höheren Maß an Fachkenntnissen der Rechtsanwälte, die die Verbraucher nicht zwangsläufig hätten. So falle es Letzteren unter Umständen schwer, die Qualität der für sie erbrachten Dienstleistungen zu beurteilen.¹³¹

Die Richtlinie 93/13/EWG bezweckt somit nach Auffassung des EuGH, den Verbraucher vor einem missbräuchlichen Ausnutzen des Informationsgefälles gegenüber dem Gewerbetreibenden zu schützen. Dieser Schutz stehe im öffentlichen Interesse.¹³² Da der Unternehmer von der Verwendung missbräuchlicher Allgemeiner Geschäftsbedingungen effektiv abgeschreckt werden müsse, komme eine geltungserhaltende Reduktion nicht in Betracht.¹³³

**bb) Außerhalb der Richtlinie 93/13/EWG
bleibt nationales Recht entscheidend**

Die Diskussion rund um die Frage der Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion im deutschen Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen dürfte sich – im Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13/EWG – damit (vorerst) erledigt haben.¹³⁴ Von der Richtlinie erfasst werden allerdings ausschließlich Formularverträge, die zwischen einem Verbraucher und einem Gewerbetreibenden geschlossen werden.

Denn ausweislich der Erwägungsgründe dient die Richtlinie der Angleichung der „Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Vertragsklauseln zwischen dem Verkäufer von Waren oder dem Dienstleistungserbringer einerseits und dem Verbrau-

¹³⁰ EuGH, Urteil vom 15. 1. 2015 – C-537/13 – Siba, ECLI:EU:C:2015:14, Rn. 23.

¹³¹ EuGH, Urteil vom 15. 1. 2015 – C-537/13 – Siba, ECLI:EU:C:2015:14, Rn. 23 m. w. N.

¹³² EuGH, Urteil vom 14. 6. 2012 – C-618/10 – Banco Espanol de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349, Rn. 39 und 68. Im Detail zu Sinn und Zweck der Inhaltskontrolle aufgrund des bestehenden Informations- und Motivationsgefälles siehe sogleich S. 264 f., sowie MüKoBGB/ Basedow, Vorbemerkung (vor § 305 BGB), Rn. 6.

¹³³ EuGH, Urteil vom 14. 6. 2012 – C-618/10 – Banco Espanol de Crédito, ECLI:EU:C:2012:349, Rn. 69.

¹³⁴ Pfeiffer, LMK 2012, 339740: Nach der Entscheidung des EuGH sei eine Klausurückführung im Anwendungsbereich der Richtlinie unzulässig. Solange dies gelte, erübrige sich eine rein nationalrechtliche Diskussion über dieses Thema.

cher andererseits.“¹³⁵ Die unterschiedlichen Rechtslagen in den verschiedenen Staaten Europas, insbesondere im Hinblick auf die Verwendung missbräuchlicher Klauseln, führen nach Ansicht des Rates zu uneinheitlichen Märkten und Wettbewerbsverzerrungen. Durch eine Rechtsangleichung soll „der Wettbewerb gefördert und den Bürgern der Gemeinschaft in ihrer Eigenschaft als Verbraucher eine größere Auswahl zur Verfügung gestellt“¹³⁶ werden. Durch die Aufstellung einheitlicher Rechtsvorschriften auf dem Gebiet missbräuchlicher Klauseln könne der Verbraucher besser geschützt werden.¹³⁷ Daher gelten die Vorschriften für alle Verträge zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern.¹³⁸

Damit bleibt das nationale Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die hier gegenständliche Frage von zentraler Bedeutung. Denn die Klauselkontrolle im deutschen Zivilrecht schützt keineswegs allein den Verbraucher. Vielmehr unterliegen auch die gegenüber Unternehmern verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB.¹³⁹ Die §§ 308, 309 BGB entfalten insofern Indizwirkung:¹⁴⁰ Die in den Klauselverboten der §§ 308, 309 BGB zum Ausdruck kommenden Wertungen sind demnach zu berücksichtigen, soweit sie übertragbar sind.¹⁴¹

Damit wird der Bereich der „symmetrische[n] Vertragsverhältnisse“¹⁴² zwischen Unternehmern von der Richtlinie nicht erfasst, während die §§ 305 ff. BGB auch auf solche Verträge Anwendung finden. Die nationalen Vorschriften und die dazu eingangene Rechtsprechung sind unter diesem Aspekt gerade für die hier in Frage stehenden Konstellationen von besonderer Relevanz.¹⁴³ Denn ein Verstoß gegen geltendes Kartellrecht dürfte in den allermeisten Fällen (Formular-)Verträge zwischen Unternehmern betreffen. Die Auseinandersetzung erschöpft sich somit kei-

¹³⁵ Richtlinie 93/13/EWG, 2. Erwägungsgrund.

¹³⁶ Richtlinie 93/13/EWG, 7. Erwägungsgrund.

¹³⁷ Richtlinie 93/13/EWG, 10. Erwägungsgrund.

¹³⁸ Umfassend zum Hintergrund der Richtlinie, ihrem sachlichen Anwendungsbereich und der Abgrenzung zur Umsetzung im deutschen Recht: MüKoBGB/Basedow, Vorbemerkung (vor § 305 BGB), Rn. 22 ff.

¹³⁹ Vgl. § 310 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB. Verträge zwischen reinen Privatpersonen sind hingegen auch von der Kontrolle der §§ 305 ff. BGB ausgenommen, vgl. dazu: MüKoBGB/Basedow, § 310 BGB, Rn. 65.

¹⁴⁰ Grundlegend: MüKoBGB/Basedow, § 310 BGB, Rn. 11 ff.; Roloff/Looschelders, in: Erman, § 310 BGB, Rn. 7; Hirsch, S. 94.

¹⁴¹ BGH NJW 2007, 3774, 3775.

¹⁴² MüKoBGB/Basedow, § 310 BGB, Rn. 65.

¹⁴³ Pfeiffer, LMK 2012, 339740 betont ebenfalls, das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion gelte nur im Anwendungsbereich der Richtlinie, also für Verbraucherträge, nicht außerhalb. Er stellt auch heraus, dass sich der EuGH ausschließlich im Hinblick auf die gerichtliche Rückführung überschießender Klauseln eindeutig positioniert; ob eine ergänzende Vertragsauslegung mit der Richtlinie vereinbar ist, bleibe vorerst ungeklärt. Zur Abgrenzung der damit zusammenhängenden methodischen Fragen siehe unter B.I.1.a) (S. 24 ff.).

neswegs in der Betrachtung des mittlerweile harmonisierten EU-Verbraucherrechts im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

b) Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen von § 306 BGB?

Ob teilweise unwirksame Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf ihren zulässigen Kern zurückgeführt werden können, anstatt sie gänzlich unangewendet zu lassen, ist im deutschen Recht seit jeher hoch umstritten. Eine unmittelbare Aussage über die Zulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion in Allgemeinen Geschäftsbedingungen trifft das Gesetz nicht. Denn § 306 Abs. 2 BGB erklärt die gesetzlichen Vorschriften nur für anwendbar, *soweit* eine Klausel unwirksam ist. Über die Möglichkeit einer gerichtlichen Rückführung auf den rechtlich unbedenklichen Teil der Bestimmung ist damit keine Aussage getroffen.¹⁴⁴

Ohne das Für und Wider an dieser Stelle im Detail zu diskutieren, gibt die erlangene Rechtsprechung zum grundsätzlichen Verbot der geltungserhaltenden Reduktion in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wichtige Einblicke in die Schutzzweckerwägungen, die der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen zugrunde liegen (aa)). Dabei ergeben sich im Rahmen unternehmerischer Formularverträge verschiedene Besonderheiten, die insbesondere für die hier relevanten Fälle von Bedeutung sind (bb)).

aa) Methodik kann dem Schutzzweck der Inhaltskontrolle widersprechen

Bereits im Jahre 1982 beschäftigte sich der BGH mit der Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen von Formularverträgen.¹⁴⁵ In dem zugegrundeliegenden Sachverhalt ging es um den Betreiber eines Beerdigungsinstituts, der bei einem Werbeunternehmen Druck und Verteilung von Werbeaufklebern bestellt hatte. In dem vorformulierten Vertrag war ein Kündigungsaußchluss enthalten, den das Berufungsgericht, bestätigt durch den BGH, für unwirksam hielt. Gemäß der damals einschlägigen Vorschrift des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), dessen materielle Regelungen im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes in das BGB übernommen wurden,¹⁴⁶ war eine den anderen Vertragsteil länger als 2 Jahre bindende Laufzeit des Vertrags unwirksam. Der BGH setzte sich sodann mit der Frage auseinander, ob sich die Unwirksamkeit des Kündigungsaußchlusses auf die gesamte Klausel erstreckte oder sie nur soweit erfasste, wie sie die Höchstfrist von 2 Jahren überschritt.

¹⁴⁴ So auch MüKoBGB/Basedow, § 306 BGB, Rn. 16, unter Hinweis darauf, dass sich diese Unklarheit auch nicht durch Heranziehung der Gesetzesmaterialien klären lässt.

¹⁴⁵ BGH NJW 1982, 2309. Ein historischer Rückblick auf die Entwicklung der Debatte ist zu finden bei Uffmann, S. 239 ff.

¹⁴⁶ Ausführlich zum AGBG und der Übertragung in das BGB: Grüneberg, in: Palandt, Überblick vor § 305 BGB, Rn. 1 ff.; MüKoBGB/Basedow, Vorbemerkung (vor § 305 BGB), Rn. 13 ff.; Roloff/Looschelders, in: Erman, Vor § 305 BGB, Rn. 6 ff.

Der BGH sprach sich im Ergebnis für die volle Unwirksamkeit der Klausel aus. Es sei nicht Aufgabe des Gerichts, bei der ergänzenden Vertragsauslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen „eine Fassung zu finden, die einerseits dem Unternehmer möglichst günstig, andererseits gerade noch rechtlich zulässig ist.“¹⁴⁷ Vielmehr müsse das Gericht „insbesondere auch die Interessen des Bestellers angemessen berücksichtigen.“¹⁴⁸

So stehe zunächst der Wortlaut des Gesetzes einer Aufrechterhaltung der Klausel mit eingeschränktem Inhalt entgegen, da es in den relevanten Vorschriften stets „von der Unwirksamkeit der einzelnen Bestimmungen“¹⁴⁹ spreche. Auch der Zweck der Vorschriften des AGBG spreche gegen eine geltungserhaltende Reduktion, da es allem voran auf den Schutz des Kunden abziele und den Rechtsverkehr von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen freihalten solle. So sei Ziel des Gesetzes, „auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten oder empfohlenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuwirken.“¹⁵⁰ Dabei sei die Transparenz gegenüber den Bestellern entscheidend: Den Kunden solle „die Möglichkeit sachgerechter Information über die ihnen aus dem vorformulierten Vertrag erwachsenden Rechte und Pflichten verschafft werden.“¹⁵¹ Könne hingegen „jeder Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zunächst einmal ungefährdet bis zur Grenze dessen gehen (...), was zu seinen Gunsten in gerade noch vertretbarer Weise angeführt werden kann“¹⁵², werde dieses Ziel verfehlt. Denn „[e]rst in einem Prozeß würde er (...) den Umfang seiner Rechte und Pflichten zuverlässig erfahren.“¹⁵³

Diese Rechtsprechung zum grundsätzlichen Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen setzte der BGH in den folgenden Jahrzehnten fort.¹⁵⁴ Dabei wurde die Regel allerdings immer wieder durch verschiedene Ausnahmen durchbrochen.¹⁵⁵ Jedenfalls im Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13/EWG dürfte sich an dem Verbotsgrundsatz (vorerst) jedoch

¹⁴⁷ BGH NJW 1982, 2309, 2310.

¹⁴⁸ BGH NJW 1982, 2309, 2310.

¹⁴⁹ BGH NJW 1982, 2309, 2310.

¹⁵⁰ BGH NJW 1982, 2309, 2310.

¹⁵¹ BGH NJW 1982, 2309, 2310.

¹⁵² BGH NJW 1982, 2309, 2310.

¹⁵³ BGH NJW 1982, 2309, 2310.

¹⁵⁴ Nur beispielhaft: BGH NJW 1989, 2247, 2249 (Entscheidung zu Kleinreparaturklauseln in Mietverträgen, in der der Gerichtshof die Aufrechterhaltung der unbeschränkten Klausel mit einer als betragsmäßig noch zulässig erachteten Höchstgrenze ablehnte). BGH NJW 2005, 1275, 1277 (keine Aufrechterhaltung von Entgeltklauseln im Falle der Übertragung von Wertpapieren in ein anderes Depot, die hinsichtlich der erhobenen Versandkosten zulässig wären). Weitere Nachweise in chronologischer Reihenfolge sind zu finden bei Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 29.

¹⁵⁵ Ausführlich: MüKoBGB/-Basedow, § 306 BGB, Rn. 17. Zum gesamten Meinungsspektrum in Literatur und Rechtsprechung mit systematischer Aufteilung nach einschlägigen Sachbereichen: Uffmann, S. 54 ff.

nichts ändern. Denn der EuGH hat ausdrücklich festgestellt, dass eine geltungserhaltende Reduktion mit dem Ziel der Richtlinie 93/13/EWG nicht vereinbar ist. Bei der Verwendung von Formularverträgen gegenüber Verbrauchern dürfte sich die Frage möglicher Ausnahmen nach nationalem Recht daher erübrigen.¹⁵⁶

Im Vordergrund der durchzuführenden Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach den §§ 305 ff. BGB steht somit der Kundenschutz. Es soll auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen hingewirkt werden und der Verwender nicht gefahrlos die Grenzen dessen überschreiten können, „was zu seinen Gunsten in gerade noch vertretbarer Weise angeführt werden kann“.¹⁵⁷

Daraus geht unmittelbar hervor, dass Sinn und Zweck der Inhaltskontrolle tatsächlich in ökonomischen Erwägungen gründen: Da auf Kundenseite die mit Lektüre, Bewertung und Vergleich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbundenen Kosten regelmäßig zu hoch im Vergleich zu dem daraus gewonnenen Nutzen sind, besteht ein grundlegendes Informations- und Motivationsgefälle zwischen Verwender und Kunde.¹⁵⁸ Dadurch funktionieren die üblichen Marktmechanismen nicht mit der Folge, dass Kunden sich gegebenenfalls auf für sie sehr nachteilige Allgemeine Geschäftsbedingungen einlassen.¹⁵⁹ Denn im Ergebnis wird der Kunde die vom Verwender gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen in aller Regel widerspruchslos hinnehmen und sich ihnen so „unterwerfen“¹⁶⁰. Die Inhaltskontrolle soll eine gesetzliche Korrektur dieses Marktversagens vornehmen und die Verwendung unausgewogener Allgemeiner Geschäftsbedingungen verhindern.¹⁶¹ Dies steht im Einklang mit den Ausführungen des EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung zur Auslegung der Richtlinie 93/13/EWG.¹⁶²

Mit Sinn und Zweck der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen kann es im Einzelfall somit durchaus unvereinbar sein, überschießende und daher unwirksame Klauseln geltungserhaltend zu reduzieren. Denn dem Verwender soll die Möglichkeit genommen werden, ihn einseitig unverhältnismäßig begünstigende Regelungen in den Vertrag aufzunehmen, die bei funktionierendem Marktgeschehen

¹⁵⁶ So auch *Pfeiffer*, LMK 2012, 339740.

¹⁵⁷ BGH NJW 1982, 2309, 2310.

¹⁵⁸ Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht vom 6.10.2016: Wettbewerb und Verbraucherverhalten – Konflikt oder Gleichlauf zwischen Verbraucherschutz und Kartellrecht?, S. 8. So auch MüKoBGB/*Basedow*, Vorbemerkung (vor § 305 BGB), Rn. 6; *Dedual*, S. 231 ff.; *Kötz*, JuS 2003, 209, 211 ff.

¹⁵⁹ Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht vom 6.10.2016: Wettbewerb und Verbraucherverhalten – Konflikt oder Gleichlauf zwischen Verbraucherschutz und Kartellrecht?, S. 8; *Kötz*, JuS 2003, 209, 212.

¹⁶⁰ MüKoBGB/*Basedow*, Vorbemerkung (vor § 305 BGB), Rn. 4.

¹⁶¹ Umfassend zu diesem Phänomen des Marktversagens, auch unter Rückgriff auf das klassische Beispiel des *Market for Lemons* von Akerlof und m. w. N.: *Kötz*, JuS 2003, 209, 212 f. Weiterführend auch: MüKoBGB/*Wurmnest*, § 307 BGB, Rn. 43 und *Dedual*, S. 231 ff.

¹⁶² Siehe oben S. 197 ff.

– das gleichberechtigte Verhandeln über die einzelnen Klauseln eingeschlossen – nicht Teil des Vertrags geworden wären.

Ergebnis der geltungserhaltenden Reduktion kann jedoch durchaus eine Formulierung sein, die weiterhin den Verwender einseitig begünstigt. Nicht alles, was zu Lasten der einen und zu Gunsten der anderen Vertragspartei von dem gesetzlichen Leitbild abweicht, ist zwangsläufig unzulässig.¹⁶³ Vielmehr handelt es sich dabei um einen wichtigen Bestandteil der Privatautonomie. Die Rückführung auf den rechtlich unbedenklichen Kern einer Vereinbarung kann daher durchaus weiterhin Belastungen für den Kunden bergen, auf die er sich im Falle umfassender Vertragsverhandlungen vernünftigerweise nicht eingelassen hätte.¹⁶⁴ Die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion widerspricht in diesen Fällen dem Schutzzweck der Inhaltskontrolle.¹⁶⁵

Unmittelbar verbunden mit dem bestehenden Informations- und Motivationsgefälle zwischen Verwender und Kunde ist das vom BGH geforderte Transparenzgebot: Der Kunde soll nicht erst in einem Prozess erfahren, welchen Umfang seine Rechte und Pflichten tatsächlich haben.¹⁶⁶ Daher soll für ihn bereits bei Vertragsschluss erkennbar sein, worauf er sich einlässt. Das Transparenzgebot hat in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB ausdrücklich Eingang in den Gesetzeswortlaut gefunden, der der Umsetzung von Art. 5 der Richtlinie 93/13/EWG diente.¹⁶⁷ Demnach kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Wertungsmaßstab sind die „typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden.“¹⁶⁸

Zu einer Kollision von geltungserhaltender Reduktion und Transparenzgebot könnte es kommen, da die von der Klausel formulierten Rechte und Pflichten im Falle der Rückführung auf einen rechtlich unbedenklichen Kern erst nachträglich in einem gerichtlichen Verfahren korrigiert werden. Für den Kunden ist daher gerade nicht von vornherein erkennbar, welche Rechte und Pflichten die Klausel enthält.

¹⁶³ Hager, JuS 1985, 264 zum differierenden Maßstab zwischen dem rechtlich eben noch Gestatteten und einem angemessenen Interessenausgleich.

¹⁶⁴ Auch damit wird zum Teil begründet, dass im Rahmen der geltungserhaltenden Reduktion an die Stelle der unwirksamen Klausel eine im Einzelfall angemessene und nicht die höchst zulässige Regelung zu setzen ist. Siehe im Detail zur Debatte um das korrekte Reduktionsmaß unter B.I.2. (S. 36 ff.); zu den Besonderheiten im Zusammenhang mit kartellrechtlich relevanten Klauseln unter D.III.1.b) (S. 130 ff.).

¹⁶⁵ Kötz, JuS 2003, 209, 213 f. fasst diese Abwägung prägnant dahingehend zusammen, dass es darauf ankommt, ob die Klausel zum Nachteil des Kunden von derjenigen Vereinbarung abweicht, die er mit seinem Vertragspartner getroffen hätte, wenn er in einer Welt ohne Transaktionskosten mit ihm Verhandlungen hätte führen können. Zum Begriff der Transaktionskosten und damit zusammenhängenden ökonomischen Erwägungen siehe unter E.II.2. (S. 146 ff.).

¹⁶⁶ BGH NJW 1982, 2309, 2310.

¹⁶⁷ MüKoBGB/Wurmnest, § 307 BGB, Rn. 56.

¹⁶⁸ Pauly, JR 1997, Heft 9, S. 357, 358.

Dabei handelt es sich jedoch nur um eine scheinbare Kollision. Denn zum einen kommt dem Transparenzgebot unter Schutzzweckaspekten der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine eigenständige Bedeutung zu:¹⁶⁹ Hauptziel ist und bleibt eine Korrektur des bereits beschriebenen Marktversagens und auf diesem Wege die Verhinderung einseitig unangemessener Klauseln. Misst man dem Transparenzgebot neben diesem Schutzzweck autonome Bedeutung zu, müssten letztlich selbst unangemessene Allgemeine Geschäftsbedingungen wirksam sein, solange sie nur klar und verständlich formuliert sind.¹⁷⁰ Dies kann nicht gewollt sein. Die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist daher ausschließlich an dem mit der Inhaltskontrolle verfolgten Hauptzweck der Korrektur eines (teilweisen) Marktversagens zu messen.

Zum anderen geht es bei dem Transparenzgebot im Zusammenhang mit der Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion im Kern um die Frage, welche Regelung an die Stelle der unwirksamen Klausel tritt und inwiefern diese Ersatzregelung durch richterliche Gestaltung bestimmt werden kann.¹⁷¹ Dabei handelt es sich um grundlegende methodische Fragen der geltungserhaltenden Reduktion, die sich nicht allein im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen stellen. Eine separate Diskussion der potentiellen Anforderungen an eine „Vorregelung“¹⁷² erfolgt an dieser Stelle daher nicht.¹⁷³

bb) Besonderheiten in unternehmerischen Formularverträgen

Gemäß § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB finden die Vorschriften zur Einbeziehungskontrolle (§ 305 Abs. 2 und 3 BGB) sowie die speziellen Klauselverbote der § 308 Nr. 1, 2 bis 8 und § 309 BGB keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Damit bleibt jedenfalls die Generalklausel der Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr anwendbar. Die in den §§ 308, 309 BGB enthaltenen speziellen Vorschriften können gemäß § 310 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB allerdings ebenfalls gegenüber Unternehmern Anwendung finden, wenn die betreffende Klausel gleichzeitig gegen § 307 BGB verstößt. Im Wege dieser *Parallelwertung in der Unternehmersphäre* soll demnach geprüft werden, ob eine gegenüber Verbrauchern unwirksame Klausel unter den konkreten Umständen des Einzelfalls auch gegenüber einem Unternehmer unzulässig ist.¹⁷⁴ Damit kommt den speziellen Klauselverboten auch für die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen

¹⁶⁹ Dies ist nicht umstritten. Zum Diskussionsstand: MüKoBGB/Wurmnest, § 307 BGB, Rn. 58; Uffmann, S. 280 ff.

¹⁷⁰ MüKoBGB/Wurmnest, § 307 BGB, Rn. 58.

¹⁷¹ Dazu: Hager, JZ 1996, Heft 4, S. 175, 178 f.

¹⁷² Hager, JZ 1996, Heft 4, S. 175, 178.

¹⁷³ Siehe dazu im Detail unter B.I.1.d) (S. 31 ff.).

¹⁷⁴ MüKoBGB/Basedow, § 310 BGB, Rn. 11.

zwischen Unternehmern Indizwirkung zu.¹⁷⁵ Dabei ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen (§ 310 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB).

Insbesondere über eine Einbeziehung dieser Handelsbräuche ist eine Anpassung des Maßstabs der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr möglich.¹⁷⁶ So ist das Bedürfnis einer Korrektur des teilweisen Marktversagens aufgrund des bestehenden Informations- und Motivationsgefälles zwischen Anbieter und Kunde im Falle der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gegenüber einem Unternehmer nicht zwangsläufig genauso stark ausgeprägt wie bei Verwendung gegenüber einem Verbraucher. Grundsätzlich ist zunächst die andere Motivation zum Geschäftsabschluss eines Unternehmers zu berücksichtigen, der in aller Regel zum Zwecke der Verbesserung seiner Geschäftsergebnisse Verträge eingeht und nicht zum Zwecke des reinen Konsums.¹⁷⁷

Auch ist anzunehmen, dass sich Unternehmer in ihrem Kernbereich wirtschaftlicher Betätigung bestens auskennen, da die relevanten Vertragstypen immer wiederkehrend auftauchen, die entscheidenden Klauseln also bekannt sind und eine entsprechende Reaktion auf die vorformulierten Bedingungen möglich bzw. zu erwarten ist.¹⁷⁸ Das beschriebene Gefälle ist in diesen Konstellationen weniger signifikant als bei Verwendung gegenüber Verbrauchern, die Schutzbedürftigkeit des Kunden weniger ausgeprägt, und damit sind auch die Anforderungen an eine wirksame Inhaltskontrolle insgesamt niedriger.

Doch auch hier ist eine differenzierende Betrachtung angezeigt: So kann ein ähnliches Kontrollbedürfnis wie bei Verwendung gegenüber Verbrauchern bestehen, wenn es sich für den Unternehmer nicht um den Kernbereich seiner wirtschaftlichen Betätigung handelt, sondern vielmehr um ein einmaliges Geschäft.¹⁷⁹ Dann kann es auch für den Unternehmer wirtschaftlich nicht sinnvoll sein, Zeit und Kosten in Lektüre, Bewertung und Vergleich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu investieren. Der Schutzzweck der Inhaltskontrolle greift in diesen Konstellationen voll durch, da der Unternehmer sich in einer verbraucherähnlichen Verhandlungssituation befindet.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Vgl. z. B. BGH NJW 1988, 1785, 1788; MüKoBGB/*Basedow*, § 310 BGB, Rn. 11 ff.; *Soergel/Fritzsche*, § 310 BGB, Rn. 19.

¹⁷⁶ Zu den verschiedenen Anknüpfungsmöglichkeiten der Reformdiskussionen rund um die Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr: MüKoBGB/*Basedow*, § 310 BGB, Rn. 24 ff.; *Soergel/Fritzsche*, § 310 BGB, Rn. 26.

¹⁷⁷ MüKoBGB/*Basedow*, § 310 BGB, Rn. 29.

¹⁷⁸ MüKoBGB/*Basedow*, § 310 BGB, Rn. 12 spricht in diesen Fällen von der Herausbildung einer gewissen Kundenmacht.

¹⁷⁹ Mit Beispielen: MüKoBGB/*Basedow*, § 310 BGB, Rn. 12, 32 f.

¹⁸⁰ Zu einer vergleichbaren Risikoabwägung unabhängig davon, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Verbrauchern oder Unternehmern verwendet werden, kommt auch *Dedual*, S. 235 m. w. N., auch unter Hinweis auf abweichende Regelungskonzepte wie

Im Ergebnis können damit die Schutzzweckerwägungen im unternehmerischen Geschäftswerkehr von denen bei der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gegenüber Verbrauchern im Einzelfall abweichen. Entscheidend sind stets die spezifischen Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Einordnung des betreffenden Geschäfts in den Kern- oder Randbereich wirtschaftlicher Betätigung des betreffenden Unternehmers.¹⁸¹

c) Konsequenzen für Kartellverstöße in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Was bedeutet dieses Ergebnis nun für einen Kartellverstoß in Allgemeinen Geschäftsbedingungen? Die methodische und rechtliche Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion kartellverbotswidriger Vereinbarungen wurde bereits im Hinblick auf den Schutzzweck des § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV diskutiert und im Ergebnis bejaht.¹⁸² Sinn und Zweck der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen können jedoch im Einzelfall die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion ausschließen.¹⁸³ Wird innerhalb Allgemeiner Geschäftsbedingungen gegen das Kartellverbot verstoßen, stellt sich daher die Frage, wie die beiden Schutzzwecke miteinander in Einklang zu bringen sind.

Dabei ist zunächst die Feststellung von Bedeutung, dass die Schutzzweckerwägungen, die im Einzelfall gegen eine geltungserhaltende Reduktion Allgemeiner Geschäftsbedingungen sprechen können, unabhängig von der Art des Rechtsverstoßes zum Tragen kommen (aa)). Auch im Falle kartellverbotswidriger Klauseln kann die Methodik daher im Einzelfall ausgeschlossen sein. Ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion gilt jedenfalls im Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13/EWG, wobei zu diskutieren ist, in welchen Konstellationen ein solches Verbot im Zusammenhang mit dem Kartellverbot überhaupt praktische Bedeutung erlangt (bb)). Schließlich wird gezeigt, unter welchen Voraussetzungen – in den verbleibenden Anwendungsfällen – der Schutzzweck der Inhaltskontrolle mit der Methodik der geltungserhaltenden Reduktion im Falle kartellverbotswidriger Klauseln zu vereinbaren ist (cc)).

aa) Einheitliche Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit einer Klausel

Zunächst ist festzustellen, dass § 306 BGB dem BGH zufolge auch dann Anwendung findet, wenn die Unwirksamkeit einzelner Klauseln innerhalb Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht aus den §§ 305 ff. BGB resultiert, sondern aus anderen gesetzlichen Regelungen. Dies gilt jedenfalls für die Vorschrift des § 306 Abs. 2 und

etwa in Frankreich, wo die Inhaltskontrolle auf Verbraucherverträge beschränkt werde (S. 236, Fn. 88).

¹⁸¹ MüKoBGB/Basedow, § 310 BGB, Rn. 32.

¹⁸² Siehe dazu unter E.I.1.d) (S. 139 ff.).

¹⁸³ Siehe oben S. 202 ff.

3 BGB, wie der BGH in der Entscheidung Kfz-Vertragshändler III¹⁸⁴ feststellte, in der sich der Gerichtshof mit den Auswirkungen der damals neuen Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung auf bestehende Händlerverträge zu beschäftigen hatte:

„Danach führt die Unwirksamkeit einzelner Geschäftsbedingungen dann zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrags, wenn ein Festhalten am Vertrag auch unter Berücksichtigung der Ergänzungen durch dispositives Recht eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde. Diese Norm geht der allgemeineren Regel des § 139 BGB vor und gilt auch dann, wenn sich die Unwirksamkeit der Klausel nicht aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 307 – 309 BGB), sondern aus anderen gesetzlichen Vorschriften ergibt.“¹⁸⁵

Daraus lässt sich jedenfalls die grundlegende Wertung ableiten, dass die Folgen der Unwirksamkeit einer Klausel aufgrund der §§ 307 ff. BGB mit außerhalb dieser Regelungen liegenden Unwirksamkeitsgründen, wie einem Verstoß gegen geltendes Kartellrecht, gleichgestellt sein sollen.¹⁸⁶ Bei den §§ 305 ff. BGB handelt es sich dieser Wertung entsprechend um Sonderrecht, das einheitliche Rechtsfolgen kodifiziert, unabhängig von der Frage, auf welcher rechtlichen Grundlage ein Verstoß festgestellt wurde. Geht man also von einem grundsätzlichen Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen aus, muss dieses Verbot unabhängig von dem Grund des Rechtsverstoßes greifen.

Damit ist es nicht vereinbar anzunehmen, das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion diene allein der Durchsetzung der §§ 307 ff. BGB und sei auf die Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB zu beschränken.¹⁸⁷ Denn die Folgen eines Rechtsverstoßes – und dies schließt die Methodik der geltungserhaltenden Reduktion mit ein¹⁸⁸ – innerhalb Allgemeiner Geschäftsbedingungen sind der grundlegenden Wertentscheidung des BGH zufolge einheitlich zu beantworten.

Dies steht im Einklang mit den Wertungen der Richtlinie 93/13/EWG, nach der die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen müssen, dass „mißbräuchliche Klauseln in Verträgen, die ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat, für den Verbraucher unverbindlich sind.“¹⁸⁹ Missbräuchlich ist eine Klausel laut Legaldefinition, wenn sie „entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.“¹⁹⁰ Im Anhang der

¹⁸⁴ BGH NJW 2007, 3568 – Kfz-Vertragshändler III.

¹⁸⁵ BGH NJW 2007, 3568, 3569 – Kfz-Vertragshändler III.

¹⁸⁶ So auch *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 1 GWB, Rn. 118.

¹⁸⁷ So aber *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 2 AEUV, Rn. 29.

¹⁸⁸ Siehe zur Abgrenzung der Rechtsfolgen der Nichtigkeit und der Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB unter C.I.2. (S. 52 ff.).

¹⁸⁹ Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 93/13/EWG.

¹⁹⁰ Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 93/13/EWG.

Richtlinie 93/13/EWG ist ein Katalog mit Regelbeispielen für die Bestimmung der Missbräuchlichkeit einer Klausel enthalten. Dieser Katalog ist jedoch gemäß Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 93/13/EWG nicht abschließend. Die Pflicht der Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass missbräuchliche Klauseln für den Verbraucher unverbindlich sind, muss daher unabhängig vom rechtlichen Ursprung der Missbräuchlichkeit greifen.

Führt man sich Sinn und Zweck der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen vor Augen, leuchtet dies auch unmittelbar ein: Das bereits beschriebene Informations- und Motivationsgefälle zwischen Verwender und Kunde¹⁹¹ besteht unabhängig vom konkreten Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Damit ist auch der Mechanismus, durch den der Kunde für ihn gegebenenfalls nachteilige Vertragsbedingungen akzeptiert, in allen Fällen der gleiche. Die Gründe, aus denen eine geltungserhaltende Reduktion Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Einzelfall ausgeschlossen sein kann, sind daher durchaus auf Verstöße übertragbar, die außerhalb der §§ 307 ff. BGB bzw. des Beispielkatalogs der Richtlinie 93/13/EWG – Verstöße gegen das Kartellverbot eingeschlossen – liegen.¹⁹²

bb) Missbräuchliche Klausel im Sinne der Richtlinie 93/13/EWG?

Nun stellt sich die Frage, in welchen praktischen Fällen das Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion im Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13/EWG im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen Art. 101 AEUV zum Tragen kommen kann. Damit sich die Frage einer geltungserhaltenden Reduktion überhaupt stellt, muss zunächst die Unwirksamkeit der Klausel wegen Missbräuchlichkeit im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 93/13/EWG auf Tatbestandsebene festgestellt werden.

Missbräuchlich ist eine Klausel laut Legaldefinition, wenn sie „entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.“¹⁹³ Diese Vielzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen gibt dem Anwender freilich kein praktisches Werkzeug zur Auslegung des Begriffs der Missbräuchlichkeit an die Hand. Die bisherigen Versuche des EuGH, dem Begriff klarere Konturen zu verleihen, bringen im Ergebnis keine wesentlichen Fortschritte.¹⁹⁴ Kennzeichnend ist in jedem Fall ein Missverhältnis der zwischen den Vertragsparteien bestehenden Rechte und Pflichten, das mit anderen Worten auf eine Art

¹⁹¹ Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht vom 6.10.2016: Wettbewerb und Verbraucherverhalten – Konflikt oder Gleichlauf zwischen Verbraucherschutz und Kartellrecht?, S. 8. Siehe dazu bereits oben S. 204 f.

¹⁹² So für den Bereich der deutschen Inhaltskontrolle auch *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 1 GWB, Rn. 118.

¹⁹³ Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 93/13/EWG.

¹⁹⁴ Zu Tendenzen in der Rechtsprechungsentwicklung: MüKoBGB/Basedow, Vorbemerkung (vor § 305 BGB), Rn. 55 ff.

Über-/Unterordnungsverhältnis zurückzuführen ist, das der Verwender ausnutzt, um für ihn günstige Vertragskonditionen zu erreichen.

Ein solches Missverhältnis wird sich im Bereich des Kartellverbots nach Art. 101 AEUV jedoch weitaus seltener ergeben als etwa im Falle des Marktmachtmisbrauchs nach Art. 102 AEUV. Gerade im Rahmen des Marktmachtmisbrauchs ist das Verhältnis der Vertragsparteien zueinander von eben jenem Über-/Unterordnungsverhältnis geprägt, das ein Ausnutzen der überlegenen Marktposition ermöglicht. Dies *kann* auch im Falle des Kartellverbots durchaus eine Rolle spielen; praktisch werden die Fälle missbräuchlicher Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Rahmen des Art. 102 AEUV jedoch von weitaus größerer Relevanz sein.

Wurde die Missbräuchlichkeit einer gegen Art. 101 AEUV verstoßenden Klausel festgestellt, ist eine geltungserhaltende Reduktion nach den zuvor gefundenen Ergebnissen im Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13/EWG ausgeschlossen. Denn der EuGH hat unmissverständlich entschieden, dass die Rückführung einer missbräuchlichen Klausel auf den zulässigen Kern gegen den Verbraucherschutz verstößt, auf den die Richtlinie 93/13/EWG abzielt.¹⁹⁵

cc) Schutzzweckvorbehalt der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB

Auch im Hinblick auf die Inhaltskontrolle im deutschen Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen stellt sich die Frage, in welchen praktischen Anwendungsfällen der zu beachtende Schutzzweckvorbehalt im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV zum Tragen kommt. Denn eine geltungserhaltende Reduktion kartellrechtswidriger Klauseln ist – außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 93/13/EWG – nach dem zuvor Gesagten nur dann ausgeschlossen, wenn der Kunde auch nach Rückführung der überschießenden Klausel auf ihren zulässigen Kern mit einer Vertragsbedingung konfrontiert ist, die er in normalen Verhandlungen vernünftigerweise nicht akzeptiert hätte, da sie ihn unangemessen benachteiligt.

Auch hier dürfte sich im Zusammenhang mit dem Verbot des Marktmachtmisbrauchs nach § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV eine Vielzahl von Konstellationen ergeben, in denen der Vertragspartner des Verwenders eines besonderen Schutzes bedarf. Denn wie bereits die Diskussion rund um das Thema der Missbräuchlichkeit einer Klausel¹⁹⁶ gezeigt hat, bestehen zwischen Marktmachtmisbrauchsverbot und dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bereits begriffliche Schnittmengen. Von einem Teil der Literatur, dem sich auch das Bundeskartellamt angeschlossen hat,¹⁹⁷ wird sogar vertreten, dem Regelwerk sei ein Normativgehalt zu

¹⁹⁵ Siehe oben S. 197 ff.

¹⁹⁶ Siehe oben zum Tatbestand des Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 93/13/EWG: S. 210 f.

¹⁹⁷ Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht vom 6.10.2016: Wettbewerb und Verbraucherverhalten – Konflikt oder Gleichlauf zwischen Verbraucherschutz und Kartellrecht?, S. 29 ff.

entnehmen, der auch für das kartellrechtliche Missbrauchsverbot zu beachten sei.¹⁹⁸ Im Zusammenhang mit der 9. GWB-Novelle und unter Berufung auf die Entscheidung des BGH in Sachen VBL-Gegenwert¹⁹⁹ plädiert diese Ansicht dafür, die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf unentgeltlichen Märkten als Maßstab für die Feststellung von Marktmachtmissbrauch einzuführen.²⁰⁰

Gegenstand der vorliegenden Auseinandersetzung ist jedoch das Kartellverbot nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV. Eine unangemessene Benachteiligung des Kunden im Sinne des § 307 BGB wird sich hier in aller Regel bereits durch Rückführung auf das kartellrechtlich zulässige Maß beseitigen lassen.

So hatte das Oberlandesgericht Jena einen Fall zu beurteilen, in dem ein Abfalltransportunternehmer gegenüber seinem Subunternehmer Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendete, die absoluten Kundenschutz vorsahen.²⁰¹ Nach Auffassung des Gerichts verstieß die Klausel gegen §§ 138 Abs. 1 BGB, 1 GWB und 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, da sie „weder zeitlich, noch räumlich, noch gegenständlich (z. B. auf bestimmte Frachtgüter) beschränkt“²⁰² war und den Subunternehmer daher unangemessen benachteiligte. Der Verstoß gegen § 1 GWB habe darin bestanden, dass der Subunternehmer als Wettbewerber des Transportunternehmens benachteiligt wurde.

Die unangemessene Benachteiligung des Subunternehmers ergab sich vorliegend also aus der Verwendung einer zeitlich, räumlich und gegenständlich überschließenden Klausel, die der Grund der Sittenwidrigkeit war, gegen das Kartellverbot verstieß und der Inhaltskontrolle nicht standhielt. Gleichzeitig erschöpfte sich der Rechtsverstoß in eben diesem Übermaß. Aus den sonstigen Umständen war weder erkennbar, dass der Vertrag unter sittenwidrigen Umständen zustande gekommen wäre, noch dass sich der Subunternehmer in individuellen Vertragsverhandlungen auf eine zeitlich, räumlich und gegenständlich auf das zulässige Maß beschränkte Kundenschutzklausel vernünftigerweise nicht eingelassen hätte. Der Rechtsverstoß, der zur Unwirksamkeit der Klausel führte, hätte daher selbst unter Berücksichtigung des Schutzzweckvorbehalts der §§ 138, 305 ff. BGB durch geltungserhaltende Reduktion des überschließenden Inhalts beseitigt werden können.

Dennoch lehnte das Gericht eine solche Rückführung auf den zulässigen Kern ab. Denn nur das zeitliche Maß könne geltungserhaltend reduziert werden, nicht aber der Gegenstand und der räumliche Geltungsbereich. Dementsprechend sei es zwar möglich,

¹⁹⁸ Zu diesem Themenfeld: *Thomas*, NZKart 2017, 92.

¹⁹⁹ BGH NVwZ-RR 2014, 515 – VBL-Gegenwert I.

²⁰⁰ In der Sache sehr kritisch: *Thomas*, NZKart 2017, 92. Zu einer ähnlichen Diskussion im österreichischen Kartellrecht siehe unter C.III.2.c)cc) (S. 92 ff.).

²⁰¹ OLG Jena BeckRS 2012, 17006. Zur Auslegung des Begriffs „absolut“ in diesem konkreten Kontext: *Bernhard*, NJW 2013, 2785, 2786.

²⁰² OLG Jena, BeckRS 2012, 17006.

„gerichtlicherseits die Geltung der Kundenschutzklausel zeitlich zu reduzieren auf die Genehmigungsdauer (08. 10. 2009 bis 07. 10. 2010). Damit fehl[e] aber noch eine Reduktion auf einen bestimmten räumlichen Bezirk (z. B. bestimmte Lade- und Entladeorte) und auf bestimmte Frachtgüter. Diese Reduktion [sei] dem Senat versagt.“²⁰³

Die Klausel könne deshalb nicht „durch Hineininterpretieren räumlicher und gegenständlicher Grenzen gültig gemacht werden.“²⁰⁴

Dass dieser Ansicht nicht zu folgen ist, wurde bereits an anderer Stelle diskutiert.²⁰⁵ Die Ausführungen des Gerichts zeigen anschaulich, dass es ein Leichtes gewesen wäre, eine umfassende geltungserhaltende Reduktion der Klausel vorzunehmen. Die mögliche Umsetzung wird sogar ausdrücklich beschrieben. Gleichzeitig wird deutlich, dass nach Auffassung des Oberlandesgerichts Jena die reine Tatsache, dass es sich bei dem Vertrag um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, nicht gegen eine geltungserhaltende Reduktion spricht. Denn die Möglichkeit einer zeitlichen Rückführung auf das zulässige Maß wird ausdrücklich bejaht.

Praktisch wird eine geltungserhaltende Reduktion in den allerwenigsten Fällen, in denen Allgemeine Geschäftsbedingungen einen Verstoß gegen das Kartellverbot enthalten, an dem Schutzzweckvorbehalt der §§ 307 ff. BGB scheitern. Denn in aller Regel hätten sich die Parteien auch in individuellen Vertragsverhandlungen auf eine wettbewerbsbeschränkende Klausel geeinigt, die an der Grenze des kartellrechtlich Hinnehmbaren liegt. Gerade dies ist aber Ergebnis der geltungserhaltenden Reduktion. Eine unangemessene Benachteiligung des Kunden über den reinen Kartellverstoß hinaus wird hingegen in den seltensten Fällen vorliegen.

So hätten sich die Parteien eines Formularvertrags über vertikale Bezugspflichten wohl in aller Regel auf die kartellrechtlich höchst zulässige zeitliche Bindung einigen können. Die Rückführung einer zeitlich überschießenden Formularklausel dürfte in diesen Fällen zu genau diesem Ergebnis führen, ohne dass es auf das bestehende Informations- und Motivationsgefälle zwischen den Parteien ankäme.

d) Ergebnis

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass eine geltungserhaltende Reduktion kartellverbotswidriger Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13/EWG nicht in Betracht kommt. In Verbraucherverträgen erübrigt sich daher eine Auseinandersetzung mit der Frage von vornherein.

Außerhalb der Richtlinie kommt hingegen die Inhaltskontrolle nach deutschem Zivilrecht zur Anwendung. Hauptanwendungsbereich sind dabei Vertragsverhältnisse zwischen Unternehmern. Dabei kann der Schutzzweck der deutschen In-

²⁰³ OLG Jena BeckRS 2012, 17006.

²⁰⁴ OLG Jena BeckRS 2012, 17006.

²⁰⁵ Siehe dazu unter D.II.2. (S. 116 ff.) und D.II.3. (S. 121 ff.).

haltskontrolle im Einzelfall durchaus gegen die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion sprechen. Dies gilt unabhängig vom Grund der Unwirksamkeit der Klausel, bezieht also auch einen Verstoß gegen das Kartellverbot mit ein.

Ähnlich wie im Falle des § 138 BGB ist im Ergebnis eine differenzierende Be- trachtung angezeigt, die den Interessen des betroffenen Kunden im Einzelfall angemessen Rechnung trägt. Die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion, die nach Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB grundsätzlich möglich wäre, kann jedenfalls dann am Schutzzweck der Inhaltskontrolle scheitern, wenn der Verstoß Ausdruck eines bestehenden Informations- und Motivationsgefälles zwischen Verwender und Kunde ist, sich Letzterer also auch auf die reduzierte Klausel in normalen Vertragsverhandlungen vernünftigerweise nicht eingelassen hätte. Dies dürfte in den Fällen des Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB im Vergleich zum Tatbestand des Marktmachtmissbrauchs praktisch jedoch von nur geringer Bedeutung sein.

III. Zusammenfassung und Ergebnis

Weder § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB, noch §§ 138, 306 BGB stehen der Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion kartellverbotswidriger Vereinbarungen grundsätzlich entgegen. Während das deutsche Kartellverbot keine inhaltlichen Abweichungen zu Art. 101 AEUV aufweist, ergeben sich sowohl aus dem Sittenwidrigkeitstatbestand als auch aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen komplexe Spannungsfelder, die nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls zu lösen sind.

Im Zentrum der Auseinandersetzung stehen dabei in beiden Fällen methodische Fragen der Teilbarkeit auf der einen und Schutzzweckerwägungen auf der anderen Seite. Während sich Erstere mit den Mitteln der zu Beginn entwickelten allgemeinen Kriterien lösen lassen, kommt es bei Letzteren zentral auf die Umstände des Einzelfalls an. So kann sowohl der Schutzzweck des Sittenwidrigkeitstatbestands als auch der Inhaltskontrolle im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen gegen die Anwendung der Methodik sprechen.

Bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten, die neben § 1 GWB am Maßstab des § 138 BGB zu messen sind, ist dies insbesondere denkbar, wenn die Rückführung auf den etwaig zulässigen Kern der Abrede gerade die Vertragspartei begünstigen würde, die einen sittenwidrigen Vorteil aus dem Rechtsverstoß gezogen hätte. Wird also der Schutz der einen vor der anderen Vertragspartei bezoickt und droht dieser Schutz durch Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion unterlaufen zu werden, gebietet der Schutzzweck von § 138 BGB die Totalnichtigkeit der Abrede.

Bei kartellverbotswidrigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13/EWG gilt ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, wenn es sich um eine missbräuchliche Klausel im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie handelt. Darüber hinaus kommt auch außerhalb des Anwendungs-

bereichs der Richtlinie 93/13/EWG, also bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gegenüber einem Unternehmer, ein Ausschluss der geltungserhaltenen Reduktion kartellverbotswidriger Klauseln in Betracht. Dies ist der Fall, wenn der Verstoß Ausdruck eines bestehenden Informations- und Motivationsgefälles zwischen Verwender und Kunde ist, sich Letzterer also auch auf die reduzierte Klausel in normalen Vertragsverhandlungen vernünftigerweise nicht eingelassen hätte.

In allen anderen Fällen steht der Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion kartellverbotswidriger Abreden – die methodische Machbarkeit vorausgesetzt – im Ergebnis nichts entgegen.

G. Folgediskussionen

Interessante Folgefragestellungen ergeben sich insbesondere im Hinblick auf die schadens- und bußgeldrechtlichen Konsequenzen der Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion. Denn durch die Rückführung des kartellrechtlich überschließenden Teils auf einen zulässigen Umfang wird die Parteiaabrede (teilweise) vor der Nichtigkeit bewahrt. Die getroffene Abrede entfaltet damit in ihrem zulässigen Umfang Wirkung, führt daher (in diesem Umfang) zu einem zivilrechtlichen Anspruch auf Erfüllung und verstößt nicht gegen geltendes Kartellrecht, sodass auch eine bußgeldrechtliche Ahndung (in diesem Umfang) entfällt.

Fraglich ist jedoch, wie sich der kartellrechtlich überschließende Teil unter schadens- und bußgeldrechtlichen Aspekten auswirkt. Denn dieser Teil ist kartellverbotswidrig, damit nichtig, entfaltet keine Wirkung zwischen den Parteien und löst – dem Grunde nach – die gesamte Bandbreite an kartellrechtlichen Verfahrensrechten aus, inklusive der möglichen Verhängung von Bußgeldern.¹ Im folgenden Abschnitt sollen daher die möglichen Auswirkungen der geltungserhaltenden Reduktion bei der Bemessung von Bußgeldern (I.) und im schadensersatzrechtlichen Kontext (II.) näher beleuchtet werden. Schließlich wirft die geltungserhaltende Reduktion im Rahmen des Kartellverbots verschiedene gesamtwirtschaftliche Fragen auf, die im letzten Teil dieses Kapitels kurz angerissen werden (III.).

I. Auswirkungen der geltungserhaltenden Reduktion auf die Bußgeldbemessung

Die mögliche Verhängung von Bußgeldern wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot fügt sich ein in eine Reihe potentieller Sanktionen im Rahmen des Kartellverfahrensrechts. Auf Gemeinschaftsebene handelt es sich dabei stets um ein verwaltungsrechtliches Verfahren, an dessen Ende nicht nur Geldbußen (gemäß Art. 23 VO 1/2003), sondern auch Zwangsgelder (gemäß Art. 24 VO 1/2003) stehen können.² Auf nationaler Ebene kann es sich im deutschen Recht um ein Verwaltungs-, Ordnungswidrigkeiten- oder Strafverfahren handeln, in deren Rahmen jeweils unterschiedliche Sanktionen vorgesehen sind.³ Praktisch am relevantesten dürfte auch

¹ Siehe dazu bereits unter E.II.1. (S. 145 ff.).

² Völcker, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 6, Rn. 3; Kellerbauer, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 13, Rn. 1.

³ Umfassend: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 16–19.

im nationalen Recht die Verhängung von Bußgeldern sein, die hier im Mittelpunkt stehen soll.

Die geltungserhaltende Reduktion lässt den ursprünglichen Verstoß gegen geltendes Kartellrecht dem Grunde nach unberührt, da sie ausschließlich die Reichweite der Nichtigkeit betrifft. Eine kartellrechtlich überschießende Abrede ist und bleibt ein Kartellverstoß, der empfindliche Bußgelder nach sich ziehen kann. Die geltungserhaltende Reduktion hat somit keinen Einfluss auf den haftungsbegründenden Tatbestand, sie wirkt sich allenfalls im Rahmen der Haftungsausfüllung aus.⁴ Die rechtlichen Grundlagen dieser Haftungsausfüllung, also der Bemessung der Höhe des zu verhängenden Bußgeldes, werden im folgenden Abschnitt knapp dargestellt (1.). Im Anschluss werden die möglichen Auswirkungen der Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen des Kartellverstoßes auf die Bußgeldbemessung analysiert (2.). Zuletzt erfolgt eine Zusammenfassung der Ergebnisse (3.).

1. Grundsätze der Bußgeldbemessung

Sowohl die Europäische Kommission als auch die nationalen Wettbewerbsbehörden können im Rahmen ihres Ermessens Bußgelder im Falle eines Verstoßes gegen das Kartellverbot verhängen. Dabei sind die Vorschriften zum Bußgeldverfahren bislang (noch) nicht auf europäischer Ebene harmonisiert, auch wenn das GWB im deutschen Recht entsprechende Tendenzen zur Angleichung an das EU-Kartellverfahren aufweist.⁵ Ein knapper Überblick über die rechtlichen Grundlagen auf EU-Ebene (a)) und im deutschen Kartellverfahren (b)) soll anschließend eine konkrete Analyse der möglichen Auswirkungen einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen der Bußgeldbemessung ermöglichen.

a) Grundlagen im EU-Kartellverfahren

Die Verhängung eines Bußgeldes bei Verstoß gegen Art. 101 AEUV liegt gemäß Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 dem Grunde nach und gemäß Abs. 3 der Höhe nach im Ermessen der Europäischen Kommission. Dieses Ermessen ist in den Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (*Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission*) konkretisiert. Sie sollen dazu dienen, die Transparenz und Objektivität der Entscheidungen der Europäischen Kommission zu erhöhen.⁶

Einer Sanktionierung der Beteiligten eines Kartells durch die Verhängung von Bußgeldern kommt der Europäischen Kommission zufolge ganz wesentliche Abschreckungsfunktion im Kampf gegen wettbewerbsbeschränkende Verhaltenswei-

⁴ Siehe dazu unter E.II.1. (S. 145 ff.).

⁵ Zur entsprechenden Entwicklung: Krauß, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 18, Rn. 2.

⁶ Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 3.

sen zu.⁷ Dabei sollte die Geldbuße so hoch festgesetzt werden, dass nicht nur die an der Zu widerhandlung beteiligten Unternehmen sanktioniert werden (Spezialprävention), sondern auch andere Unternehmen von der Aufnahme oder Fortsetzung einer Zu widerhandlung gegen das Kartellverbot abgehalten werden (Generalprävention).⁸

Grundsätzlich erfolgt eine zweistufige Festsetzung des Bußgeldes, indem zunächst ein Grundbetrag ermittelt wird (aa), der anschließend nach oben oder unten anzupassen ist (bb)).

aa) Bestimmung des Grundbetrags

Der Grundbetrag bestimmt sich auf EU-Ebene zunächst anhand des Wertes der von dem betreffenden Unternehmen im relevanten räumlichen Markt innerhalb des EWR verkauften Waren oder Dienstleistungen, die mit dem Verstoß in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehen.⁹ Dabei handelt es sich um den tatbezogenen Umsatz,¹⁰ der im Regelfall anhand des letzten Geschäftsjahres ermittelt wird, in dem das Unternehmen an der Zu widerhandlung beteiligt war.¹¹ Auf diese Weise soll bereits der Grundbetrag die wirtschaftliche Bedeutung der Zu widerhandlung und das Ausmaß des Tatbeitrags des betroffenen Unternehmens wider spiegeln.¹² Dem Unternehmen steht es frei nachzuweisen, dass der tatbezogene Umsatz im letzten vollständigen Geschäftsjahr vor Erlass der Entscheidung aus besonderen Gründen weder für seine Größe, noch für das Ausmaß der Zu widerhandlung einen verlässlichen Anhaltspunkt bietet.¹³

Sodann wird ein bestimmter Anteil am Umsatz, der sich nach der Schwere des Verstoßes richtet, mit der Anzahl der Jahre der Zu widerhandlung multipliziert.¹⁴ Dabei kann ein Betrag von bis zu 30 % des Umsatzes festgesetzt werden.¹⁵ Um diesen Multiplikator konkret zu bestimmen, berücksichtigt die Europäische Kommission verschiedene Umstände, unter anderem die Art der Zu widerhandlung, den kumulierten Marktanteil sämtlicher beteiligten Unternehmen, den Umfang des von der Zu widerhandlung betroffenen räumlichen Marktes und die etwaige Umsetzung der Zu widerhandlung in der Praxis.¹⁶

⁷ Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 4.

⁸ Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 4.

⁹ Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 13.

¹⁰ *Kellerbauer*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 13, Rn. 70.

¹¹ Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 13.

¹² *Kellerbauer*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 13, Rn. 74.

¹³ *Kellerbauer*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 13, Rn. 78.

¹⁴ Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 19.

¹⁵ Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 21.

¹⁶ Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 22.

Hinzu kommt ein weiterer Multiplikator, um der Dauer der Zuwiderhandlung Rechnung zu tragen. Der wie vorstehend ermittelte Wert wird daher mit der Anzahl der Jahre multipliziert, die das Unternehmen an der Zuwiderhandlung beteiligt war.¹⁷ Dabei beurteilt sich die Dauer der Zuwiderhandlung nicht nach der Gültigkeitsdauer der jeweiligen Vereinbarung, „sondern nach dem Zeitraum, während dessen die beschuldigten Unternehmen ein nach Art. 81 EG verbotenes Verhalten an den Tag gelegt haben.“¹⁸

Letztlich erfolgt im Falle horizontaler *Hardcore*-Kartelle ein weiterer Aufschlag in Höhe von 15–25 % des ursprünglich ermittelten tatbezogenen Umsatzes, der der Abschreckung dienen soll.¹⁹ Bei der genauen Bestimmung des Aufschlags berücksichtigt die Europäische Kommission wiederum unter anderem die Art der Zuwiderhandlung, den kumulierten Marktanteil sämtlicher beteiligten Unternehmen, den Umfang des von der Zuwiderhandlung betroffenen räumlichen Marktes und die etwaige Umsetzung der Zuwiderhandlung in der Praxis.²⁰

bb) Anpassung des Grundbetrags

Der so ermittelte Grundbetrag wird anschließend nach oben oder unten angepasst.²¹ Dies erfolgt durch die Berücksichtigung erschwerender oder mildernder Umstände. Beispieldhafte, nicht abschließende derartige Umstände sind in den Rn. 28 f. der Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission enthalten. Erschwerend wirkt sich demnach etwa die Rolle als Anführer eines Verstoßes aus,²² mildernd hingegen ein nachgewiesener Verstoß aus Fahrlässigkeit.²³

Stets zu berücksichtigen ist die Höchstgrenze gemäß Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003, die kein von der Europäischen Kommission verhängtes Bußgeld überschreiten darf. Diese liegt, wie im deutschen Recht, bei 10 % des unternehmerischen Gesamtumsatzes im vorausgegangenen Geschäftsjahr.²⁴

b) Grundlagen im deutschen Kartellverfahren

Im deutschen Recht bestimmt sich die Bemessung des zu verhängenden Bußgeldes grundsätzlich nach § 81 Abs. 4 GWB, zum Teil unter Ergänzung der allge-

¹⁷ Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 24.

¹⁸ EuG, Urteil vom 27.6.2012 – T-439/07 – Coats Holdings, ECLI:EU:T:2012:320, Rn. 162.

¹⁹ Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 25.

²⁰ Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 25 i. V. m. Rn. 22.

²¹ Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 10 f.

²² Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 28, 3. Spiegelstrich.

²³ Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 29, 2. Spiegelstrich.

²⁴ Vgl. auch Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 32 f.

meinen materiellen Vorschriften des OWiG, die voll anwendbar bleiben.²⁵ Auch das Bundeskartellamt hat bei der Bemessung des Bußgeldes einen Ermessensspielraum, der durch den Erlass von entsprechenden Leitlinien auf Grundlage von § 81 Abs. 7 GWB (*Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts*) näher ausgestaltet ist. Darin legt das Bundeskartellamt fest, wie es bei der Bemessung von Geldbußen konkret vorgeht.

Zu einer Überarbeitung der Leitlinien durch das Bundeskartellamt kam es im Jahre 2013 im Anschluss an die BGH-Entscheidung in Sachen Grauzement.²⁶ Grundlage der Auseinandersetzung war § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB, nach dem die Geldbuße 10 % des Gesamtumsatzes, den das bebußte Unternehmen in dem der Behördenentscheidung vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielt hat, nicht übersteigen darf. In der Fassung bis zur 7. GWB-Novelle im Jahre 2005 konnte der Bußgeldrahmen noch bis zur dreifachen Höhe des durch die Zuwiderhandlung erzielten Mehrerlöses überschritten werden.²⁷ Der BGH stellte in besagter Entscheidung fest, dass die Grenze des neugefassten Absatzes in verfassungskonformer Auslegung als umsatzbezogene Bußgeldobergrenze zu verstehen ist.²⁸ Das Bundeskartellamt hat diese Auslegung in seinen Bußgeldleitlinien übernommen.²⁹

Auch im deutschen Recht erfolgt eine zweistufige Bestimmung der Höhe des Bußgeldes. Der Bußgeldrahmen gibt dabei die zulässige Mindest- und Höchstgrenze der zu verhängenden Geldbuße gesetzlich vor (aa)). Innerhalb dieser Spannbreite erfolgt sodann eine individuelle Festsetzung (bb)).

aa) Bestimmung des Bußgeldrahmens

Der Bußgeldrahmen im deutschen Kartellrecht setzt die Mindest- und Höchstgrenze des zu verhängenden Bußgeldes gesetzlich fest. Er ergibt sich primär aus § 17 Abs. 1 OWiG, demzufolge die Geldbuße mindestens fünf Euro und höchstens ein tausend Euro beträgt, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt. Hinsichtlich der Höchstgrenze trifft § 81 Abs. 4 Sätze 1–5 GWB allerdings eine von § 17 Abs. 1 OWiG abweichende Sonderregelung.³⁰ § 81 Abs. 4 GWB schreibt zunächst eine Unterscheidung hinsichtlich des zu erwartenden Höchstbetrags in Abhängigkeit von der Schwere des Kartellverstoßes fest. Demnach kann etwa ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro geahndet werden, während die nicht in § 81 Abs. 4 Satz 1 GWB enumerativ genannten Kartellordnungswidrigkeiten eine Geldbuße bis zu hunderttausend Euro nach sich ziehen können (§ 81 Abs. 4 Satz 5 GWB). § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB erweitert diesen

²⁵ Wagener/Oest, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 18, Rn. 105.

²⁶ BGH NJW 2013, 1972 – Grauzementkartell I.

²⁷ Ausführlich dazu: Bechtold/Bosch, § 81 GWB, Rn. 28 ff.

²⁸ BGH NJW 2013, 1972, 1973 – Grauzementkartell I.

²⁹ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 2.

³⁰ MüKoGWB/Vollmer, § 81 GWB, Rn. 118.

Höchstrahmen dahingehend, dass im Falle der Bebußung eines Unternehmens oder einer Unternehmensvereinigung die Geldbuße 10 % des Gesamtumsatzes, der in dem der Behördenentscheidung vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielt wurde, nicht übersteigen darf.

Dabei bildet der Bezug zum Gesamtumsatz des Unternehmens seine sogenannte Ahndungsempfindlichkeit ab. So kann die Höchstgrenze von 10 % des Gesamtumsatzes von Täter zu Täter stark variieren, wodurch das Bundeskartellamt anstrebt, sowohl kleine, mittlere als auch große Unternehmen im Hinblick auf ihre jeweilige Ahndungsempfindlichkeit angemessen zu bebußen.³¹ Die Geldbußen können sich für dieselbe Kartelltat daher allein aufgrund dieses Umstandes deutlich unterscheiden.³² Da die Gesamtumsatzzahlen relativ einfach feststellbar sind, sieht das Bundeskartellamt die Anforderungen an Transparenz und Vorhersehbarkeit der Bußgeldandrohung gewahrt.³³

Handelt es sich um einen bloß fahrlässigen kartellrechtlichen Verstoß, kann dieser gemäß § 17 Abs. 2 OWiG im Höchstmaß nur mit der Hälfte des angedrohten Betrags geahndet werden. Bei den enumerativ in § 81 Abs. 4 Satz 1 GWB genannten schweren Verstößen verringert sich der Bußgeldrahmen also auf fünfhunderttausend Euro, bei den übrigen Verstößen auf fünfzigtausend Euro (§ 81 Abs. 4 Satz 5 GWB). Eine Ausschöpfung des gesamten Bußgeldrahmens kommt daher nur bei vorsätzlichem Kartellverstoß in Betracht.

Im Gegensatz zur Bestimmung des Grundbetrags auf EU-Ebene werden bei der primären Ermittlung des gesetzlichen Bußgeldrahmens im deutschen Kartellverfahren also noch keine tat- und täterbezogenen Einzelfaktoren berücksichtigt. Diese spielen erst im zweiten Schritt bei der individuellen Zumessung eine Rolle.

bb) Individuelle Zumessung im Einzelfall

Die individuelle Bemessung erfolgt sodann innerhalb dieses Rahmens unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls. § 81 Abs. 4 Satz 6 GWB ergänzt dabei die allgemeine Regel des § 17 Abs. 3 OWiG,³⁴ nach dem Grundlage für die Bußgeldzumessung die Bedeutung des Verstoßes, der individuelle Tätervorwurf und seine wirtschaftlichen Verhältnisse sind. Gemäß § 81 Abs. 4 Satz 6 GWB ist darüber hinaus sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen. Diese tat- und täterbezogenen Kriterien können sich jeweils bußgelderhöhend oder -mildernd auswirken.³⁵

³¹ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 3.

³² Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 3.

³³ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 5.

³⁴ *Wagener/Oest*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 18, Rn. 136.

³⁵ *Wagener/Oest*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 18, Rn. 136.

Praktisch geht das Bundeskartellamt wie folgt vor: Zunächst wird ein sogenannter individueller Bemessungsspielraum ermittelt, der sich am Gewinn- und Schadenspotential orientiert.³⁶ Das Gewinn- und Schadenspotential bezeichnet die Möglichkeiten, durch die konkrete Tat Vorteile im Wettbewerb zu erzielen und für Dritte bzw. die Volkswirtschaft insgesamt Nachteile zu bewirken.³⁷ Die Höhe des Bußgeldes soll nicht außer Verhältnis zu diesen Möglichkeiten stehen sowie insgesamt in Bezug zu weiteren tat- und täterbezogenen Umständen angemessen und auch unter spezial- und generalpräventiven Gesichtspunkten zu rechtfertigen sein.³⁸

Das Gewinn- und Schadenspotential wird durch den tatbezogenen Umsatz abgebildet.³⁹ Dieser bezeichnet den mit den Produkten bzw. Dienstleistungen, die mit der Zu widerhandlung in Zusammenhang stehen, während des gesamten Tatzeitraums erzielten Inlandsumsatz des Unternehmens.⁴⁰ Anknüpfungspunkt ist also nicht der Jahresumsatz des Unternehmens mit dem betroffenen Produkt, sondern der Umsatz während der Gesamtdauer der Zu widerhandlung. In Fällen, in denen die Zu widerhandlung weniger als 12 Monate andauerte, legt das Bundeskartellamt dennoch einen Zeitraum von 12 Monaten zugrunde.⁴¹ Bereits an dieser Stelle wird demnach die Dauer des Verstoßes berücksichtigt. Der Betrag kann geschätzt werden.⁴²

Wurde aufgrund des Verstoßes kein Umsatz erzielt, wie etwa im Falle einer Marktaufteilung, wird der Umsatz zugrunde gelegt, der ohne die Zu widerhandlung vermutlich erzielt worden wäre.⁴³ Auch diese Umsatzzahlen sind nach Auffassung des Bundeskartellamts relativ einfach feststellbar, sodass Transparenz und Vorhersehbarkeit der Bußgeldandrohung gewahrt seien.⁴⁴

Das Bundeskartellamt geht bei vorsätzlichem Handeln pauschal von einem Gewinn- und Schadenspotential in Höhe von 10 % des während der Dauer des Kartellverstoßes erzielten tatbezogenen Umsatzes des Unternehmens aus.⁴⁵ Bei Fahrlässigkeit wird der Faktor auf 5 % reduziert (§ 17 Abs. 2 OWiG).⁴⁶ Auf dieses Gewinn- und Schadenspotential wird ein Multiplikationsfaktor angewendet, um der Ahndungsempfindlichkeit des Unternehmens Rechnung zu tragen: zwischen 2 bei

³⁶ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 9.

³⁷ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 4.

³⁸ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 4.

³⁹ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 4.

⁴⁰ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 4.

⁴¹ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 12.

⁴² Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 11.

⁴³ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 11 und Anmerkung zu Rn. 11 (Beispiel 1).

⁴⁴ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 5.

⁴⁵ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 10.

⁴⁶ Wagener/Oest, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 18, Rn. 151.

einem Gesamtumsatz des Unternehmens in Höhe von bis zu 100 Millionen Euro und mehr als 6 bei einem Umsatz von über 100 Milliarden Euro.⁴⁷

Der so errechnete Wert gibt den Bemessungsspielraum vor, innerhalb dessen die konkrete Bußgeldzumessung auf Grundlage einer Gesamtabwägung der schärfenden und mildernden Faktoren erfolgt.⁴⁸ Übersteigt der Bemessungsspielraum den zu Beginn ermittelten Bußgeldrahmen, greift die gesetzliche 10 %-Grenze als Höchstgrenze; im Übrigen hat die konkrete Zumessung innerhalb des ermittelten Spielraums zu erfolgen.⁴⁹

Die bei der individuellen Bußgeldzumessung zu berücksichtigenden tatbezogenen Kriterien umfassen die Schwere der Zu widerhandlung sowie deren Dauer (§ 81 Abs. 4 Satz 6 GWB). Da der Dauer des Verstoßes bereits bei der Bestimmung des Bemessungsspielraums Rechnung getragen wurde,⁵⁰ ist für eine erneute Berücksichtigung – nicht zuletzt im Hinblick auf das Doppelverwertungsverbot – an dieser Stelle kein Raum.⁵¹ Hingegen kann im Hinblick auf die Schwere der Zu widerhandlung etwa der Umfang der vom Verstoß betroffenen räumlichen Märkte in die Bewertung bußgeldmindernd oder -steigernd mit einfließen.⁵² Täterbezogene Kriterien sind z. B. die Stellung des Unternehmens auf dem betroffenen Markt sowie Besonderheiten bei der Wertschöpfungstiefe.⁵³ Letztgenanntes Kriterium ermöglicht etwa eine Berücksichtigung der Frage, ob ein Unternehmer als reines Handelsunternehmen an dem Verstoß beteiligt war.⁵⁴

All diese tat- und täterbezogenen Faktoren sind Gegenstand einer Gesamtabwägung, die zu einem Bußgeldbetrag innerhalb des zuvor ermittelten Bemessungsspielraums führt, der sowohl am oberen als auch am unteren Ende dieses Spielraums liegen kann. Dabei ist es in das Ermessen des Bundeskartellamts gestellt, in welchem Umfang sich diese Kriterien konkret bußgeldmindernd oder -schärfend auswirken.⁵⁵ Jedenfalls bei Preis-, Quoten-, Gebiets- und Kundenabsprachen sowie ähnlich schwerwiegenden horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen erwägt das Bundeskartellamt eine „Einordnung in der Regel im oberen Bereich“.⁵⁶

⁴⁷ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 13. Zur „überproportionalen“ Bedeutung, die der umsatzmäßigen Größe des Unternehmens auf diesem Weg beigemessen wird: *Wagener/Oest*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 18, Rn. 151 f.

⁴⁸ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 16.

⁴⁹ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 14. Wobei der Bemessungsspielraum im Einzelfall überschritten werden darf, vgl. Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 15.

⁵⁰ Siehe oben S. 222.

⁵¹ *Wagener/Oest*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 18, Rn. 156.

⁵² Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 16.

⁵³ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 16.

⁵⁴ *Wagener/Oest*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 18, Rn. 157.

⁵⁵ Vgl. Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Anmerkung 1 zu Rn. 17. Kritisch in Bezug auf die damit zusammenhängende mangelnde Transparenz: *Wagener/Oest*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 18, Rn. 158.

⁵⁶ Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 16.

2. Mögliche Auswirkungen der geltungserhaltenden Reduktion

Fraglich ist nun, wie und an welcher Stelle sich die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion auf die Bemessung des Bußgeldes auswirken kann. Aufgrund der verschiedenen Berechnungsmethoden auf EU- und nationaler Ebene sind die Auswirkungen an unterschiedlichen Prüfungspunkten zu verorten, auch wenn es sich in der Sache im Wesentlichen um dieselben Gesichtspunkte handelt.

Im folgenden Abschnitt erfolgt daher die Analyse möglicher Auswirkungen der geltungserhaltenden Reduktion zunächst im Rahmen der Bußgeldbemessung nach EU-rechtlichen Vorgaben, wobei sich die Methodik sowohl bei der Bestimmung des Grundbetrags (a)) als auch bei dessen individueller Anpassung (b)) auswirken kann. Im deutschen Recht können sich die entsprechenden Erwägungen ebenfalls bereits bei der Berechnung des gesetzlichen Bußgeldrahmens niederschlagen (c)), oder aber im Rahmen der konkreten Zumessung im Einzelfall (d)).

a) ... bei der Bestimmung des Grundbetrags nach EU-Recht

Im EU-rechtlichen Kontext könnte sich die geltungserhaltende Reduktion zunächst auf die Berechnung des Grundbetrags auswirken. Hier kommen verschiedene Anknüpfungspunkte in Betracht: So könnte sich die geltungserhaltende Reduktion auf die Bestimmung der Höhe des tatbezogenen Umsatzes auswirken (aa)). Auch könnte sie Einfluss auf die Ermittlung der Schwere der Zu widerhandlung (bb)) sowie deren Dauer (cc)) haben.

aa) Tatbezogener Umsatz

Der tatbezogene Umsatz bezeichnet den Wert der im letzten Geschäftsjahr im relevanten räumlichen Markt innerhalb des EWR verkauften Waren, die mit dem Verstoß zusammenhängen.⁵⁷ Da die geltungserhaltende Reduktion zu einer Abtrennung der gegen das Kartellverbot verstößenden Abrede von dem im Übrigen zulässigen Rest der Vereinbarung führt, ist für die Berechnung des tatbezogenen Umsatzes nur der Teil der Abrede zu berücksichtigen, der rechtswidrig und daher nichtig ist. Denn nur dieser Teil hängt – streng genommen – im Sinne der Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission mit dem Kartellverstoß zusammen. Um den Auswirkungen der geltungserhaltenden Reduktion angemessen und konsequent Rechnung zu tragen, müsste die Rückführung der überschießenden Abrede in allen im konkreten Einzelfall relevanten Dimensionen Berücksichtigung finden.

Dies bedeutet, dass etwa bei einem räumlich und sachlich überschießenden Wettbewerbsverbot der Teil des Umsatzes aus dem Grundbetrag herauszurechnen ist, den die Parteien in kartellrechtlich unbedenklicher Weise in das Wettbewerbsverbot einbeziehen konnten. Bestehen also etwa nur überschneidende Aktivitäten in

⁵⁷ Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 13.

Frankreich im Hinblick auf Produkt X, wurde das Wettbewerbsverbot aber in Bezug auf den gesamten EWR und die gesamte Produktpalette der Parteien vereinbart, ist für die Bestimmung des tatbezogenen Umsatzes der Wert, der mit Produkt X in Frankreich im letzten Geschäftsjahr erzielt wurde, herauszurechnen.

Im Ergebnis läuft dies auf eine zweistufige Ermittlung des tatbezogenen Umsatzes hinaus: Zunächst ist der Gesamtumsatz des letzten Geschäftsjahres mit den von der Abrede betroffenen Produkten zu bestimmen. Dies entspricht der von der Europäischen Kommission in ihren Bußgeldleitlinien vorgesehenen Umsatzermittlung. Sodann ist in Bezug auf diesen Umsatz der Anteil zu bestimmen, der auf den kartellrechtsneutralen Teil der Vereinbarung entfällt. Dieser Anteil ist vom Gesamtumsatz abzuziehen. Der so reduzierte tatbezogene Umsatz spiegelt den Warenwert wider, der auf den kartellrechtswidrigen, weil überschießenden Teil entfällt.

Die Ermittlung des Umsatzes, der dem kartellrechtsneutralen Teil der Abrede entspricht, kann im Einzelfall komplex sein. Bei der konkreten Bestimmung tauchen jedoch die gleichen Herausforderungen auf wie im Rahmen der Teilbarkeitsanalyse und der damit zusammenhängenden Frage, wie der kartellrechtlich neutrale Teil, auf den die Abrede reduziert werden soll, zu bestimmen ist. Kann klar definiert werden, welcher Teil der Vereinbarung *überlebt*, müsste diesem Teil in aller Regel auch ein betragsmäßiger Umsatzanteil zuzuordnen sein. Im konkreten Fall wird eine erfolgreiche Teilbarkeitsanalyse, die Voraussetzung für die Anwendbarkeit einer geltungserhaltenden Reduktion ist, auch zu einem individuell zu bestimmenden reduzierten tatbezogenen Umsatz führen.

bb) Schwere der Zuwiderhandlung

Konstellationen, in denen eine geltungserhaltende Reduktion in Betracht kommt, könnten darüber hinaus Auswirkungen auf die Berücksichtigung der Schwere der Zuwiderhandlung haben. Dass eine Rückführung von *Hardcore*-Absprachen und Kernbeschränkungen dem Grunde nach in Betracht zu ziehen ist, praktisch jedoch in den allermeisten Fällen am Kriterium der Teilbarkeit scheitern wird, wurde bereits dargelegt.⁵⁸ In den praktisch bedeutenderen Fällen einer geltungserhaltenden Reduktion wird der Kartellverstoß hingegen in aller Regel auf Unsicherheiten zurückzuführen sein, die für die Parteien mit der Bestimmung der kartellrechtlich zulässigen Grenze zusammenhängen.

In jedem Fall wird den Parteien einer Abrede, die der geltungserhaltenden Reduktion zugänglich ist, aber zugute zu halten sein, dass sie eine im Kern unbedenkliche Vereinbarung getroffen haben, die nur in einem zu definierenden Umfang den zulässigen Rahmen überschreitet. Verstöße gegen das Kartellverbot, die überhaupt geltungserhaltend reduziert werden können, könnten daher einen im Rahmen der Bußgeldbemessung entsprechend zu berücksichtigenden milder schweren Fall darstellen. Denn die Art und Schwere der Zuwiderhandlung werden sich stets nur in

⁵⁸ Siehe unter D.I.3. (S. 108 ff.).

dem Teil der Abrede widerspiegeln, der tatsächlich kartellrechtlich unzulässig ist. Der davon trennbare, geltungserhaltend reduzierte Teil ist kartellrechtlich unbedenklich und stellt daher per se keinen Verstoß – demnach also auch keinen schweren Verstoß – dar.

Daher käme in Betracht, im Falle einer geltungserhaltenden Reduktion den Faktor, der die Schwere des Verstoßes widerspiegeln soll und bis zu 30 % des Umsatzes betragen kann, jedenfalls am unteren Ende dieser Skala anzusiedeln. Dies gilt allerdings vorbehaltlich der zu berücksichtigenden Einzelfallumstände: Begründen außerhalb der überschließenden Abrede liegende Umstände die Annahme, dass es sich um einen schweren Verstoß handelt, ist dies zweifelsohne im Rahmen der Bemessung strafsschärfend zu berücksichtigen.

cc) Dauer der Zuwiderhandlung

Bei der Bestimmung der Dauer der Zuwiderhandlung sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: Die erste betrifft eine zeitlich überschließende Abrede. Handelt es sich bei dem Kartellverstoß etwa um eine unzulässig lange Bezugsbindung, ist der Teil der Vereinbarung, der im Einklang mit geltendem Kartellrecht vereinbart werden konnte, aus der Gesamtdauer der Zuwiderhandlung herauszurechnen. Insofern deckt sich der Gedankengang mit der Ermittlung des tatbezogenen Umsatzes. Denn es handelt sich nur insoweit um eine Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot, als die Abrede einen zeitlich überschließenden Teil enthält. Der von diesem Teil trennbare Rest ist kartellrechtlich unbedenklich und kann daher nicht in die Bestimmung der Dauer der Zuwiderhandlung mit einfließen. Eine für 10 Jahre laufende Bezugsbindung wäre im Ergebnis daher nur für die (im konkreten Einzelfall zu bestimmenden) überschließenden 5 Jahre in Ansatz zu bringen.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, und dies gilt gleichermaßen für alle anderen relevanten Konstellationen, die nicht rein zeitliche Zuwiderhandlungen betreffen, dass der Zeitpunkt der Rückführung der überschließenden Abrede auf den in ihr enthaltenen zulässigen Kern grundsätzlich deckungsgleich ist mit dem Abstellen der Zuwiderhandlung. In die Bemessung des Grundbetrags müsste demnach der Zeitfaktor einfließen, der von der Vereinbarung der überschließenden Abrede bis hin zur Anwendung der geltungserhaltenden Reduktion reicht.

Dies kann zu einer Spaltung der zu berücksichtigenden Dauer der Zuwiderhandlung führen, je nach dem, worin der Verstoß gegen das Kartellverbot begründet ist: Erfasst beispielsweise eine unbefristete Bezugsbindung Produktbereiche, für die sie kartellrechtlich nicht wirksam vereinbart werden konnte, handelt es sich sowohl um eine zeitlich als auch sachlich überschließende Abrede. Für die unzulässigerweise gebundenen Produkte ist die gesamte Zeitspanne vom Abschluss der Vereinbarung bis hin zur geltungserhaltenden Reduktion in Ansatz zu bringen. Denn die Parteien haben den Verstoß gegen das Kartellverbot während der gesamten Vertragslaufzeit begangen, zu einer Beendigung der Zuwiderhandlung kam es erst zum Zeitpunkt der

geltungserhaltenden Reduktion. Anders stellt sich die Bewertung hinsichtlich der Produkte dar, die zulässigerweise Gegenstand der Ausschließlichkeitsbindung sind: Hier kommt eine zeitliche Reduktion, beispielsweise auf 5 Jahre, in Betracht. Die Dauer der Zuwiderhandlung umfasst demnach nur den Zeitraum, der über diese 5 Jahre hinausgeht.

Diese Differenzierung wäre auf EU-rechtlicher Grundlage bei der Bestimmung des Multiplikators zu berücksichtigen, der auf den zuvor ermittelten Grundbetrag angewendet wird. Hier kommen praktisch verschiedene Möglichkeiten in Betracht. So ist in Erwägung zu ziehen, die verschiedenen überschließenden Dimensionen als einzelne Verstöße zu betrachten und den auf sie entfallenden tatbezogenen Umsatz mit jeweils unterschiedlichen Zeitfaktoren zu multiplizieren. Der ein unzulässig in die Bezugsbindung einbezogenes Produkt betreffende tatbezogene Umsatz (Überschreitung in sachlicher Dimension) wäre in diesem Falle mit der Gesamtzeit der praktizierten Abrede zu multiplizieren. Der tatbezogene Umsatz, der auf die sachlich zulässig gebundenen Produkte entfällt (Überschreitung in zeitlicher Dimension), müsste allein mit dem überschließenden Zeitfaktor multipliziert werden.

In Betracht zu ziehen wäre auch die Bildung eines Mittelwertes, der allerdings zwangsläufig Ungenauigkeiten und einen gewissen Grad an Willkür mit sich bringt. So wäre denkbar, bei einer 10 Jahre lang praktizierten unzulässigen Bezugsbindung, die zum Teil wirksam für 5 Jahre vereinbart werden konnte, einen Mittelwert von 7,5 Jahren als Multiplikator zu wählen. Ohne Bezug zum jeweils tatbezogenen Umsatz wäre damit allerdings dem Gewicht des jeweiligen Verstoßes nicht hinreichend Rechnung getragen. Daher scheint die erste Methode vorzugswürdig.

b) ...bei der Anpassung des Grundbetrags nach EU-Recht

Im EU-rechtlichen Kontext ist ein fahrlässig begangener Verstoß gegen das Kartellverbot im Rahmen der mildernden Umstände⁵⁹ zu berücksichtigen. In den allermeisten Konstellationen, die einer geltungserhaltenden Reduktion zugänglich sind, wird es sich nicht um einen vorsätzlichen Verstoß handeln – obwohl dies selbstredend eine Frage der Einzelfallumstände ist. So ist durchaus denkbar, dass sich die Parteien ganz bewusst auf das Risiko eingelassen haben, gegen das Kartellverbot zu verstößen und den überschließenden Teil der Abrede in Kenntnis seiner Kartellverbotswidrigkeit abgeschlossen haben. Dies ist im Einzelfall zu ermitteln.

Sollten die Parteien jedoch fahrlässig gegen das Kartellverbot verstößen haben, wäre dies im Rahmen der individuellen Korrektur des Grundbetrags positiv, also bußgeldmindernd, zu berücksichtigen. Auch käme in Betracht, generell bußgeldmindernd in Ansatz zu bringen, dass die Parteien eine im Kern kartellrechtlich unbedenkliche Vereinbarung getroffen haben, die nur in einem gewissen Umfang gegen geltendes Recht verstößt. Wurde diese Tatsache allerdings bereits bei der

⁵⁹ Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 29.

Bestimmung des Grundbetrags berücksichtigt,⁶⁰ kann ihr an dieser Stelle nicht erneut Rechnung getragen werden.

c) ...bei der Bestimmung des Bußgeldrahmens im deutschen Recht

Im Rahmen der Bußgeldzumessung im deutschen Recht kommen im Wesentlichen sachlich gleiche Erwägungen zum Tragen wie auf EU-rechtlicher Ebene, allerdings sind sie an anderer Stelle und zum Teil mit anderen Auswirkungen zu berücksichtigen. So würde sich die Frage der vorsätzlichen oder fahrlässigen Tatbegehung im deutschen Recht bereits bei der Bestimmung des gesetzlichen Bußgeldrahmens auswirken. Denn im Falle eines fahrlässigen Verstoßes gegen das Kartellverbot findet eine Reduktion des Bußgeldrahmens gemäß § 17 Abs. 2 OWiG um 50 % statt. Der Rahmen, innerhalb dessen eine konkrete Bemessung des zu verhängenden Bußgeldes stattfinden kann, wäre hier daher bereits von vornherein einzugrenzen.

d) ...bei der individuellen Zumessung im deutschen Recht

Auch kann sich die geltungserhaltende Reduktion im Rahmen der individuellen Zumessung des Bußgeldes auswirken. Im deutschen Recht kommt hier eine Anknüpfung an das Gewinn- und Schadenspotential (aa) oder aber an die individuellen tat- und täterbezogenen Kriterien (bb) in Betracht.

aa) Gewinn- und Schadenspotential bzw. tatbezogener Umsatz

Das Gewinn- und Schadenspotential lässt sich aus dem tatbezogenen Umsatz ermitteln. Hier kommen dieselben Erwägungen zum Tragen, die bereits im Rahmen der EU-rechtlichen Bestimmung des tatbezogenen Umsatzes diskutiert wurden. Ein Unterschied besteht insofern, als nach deutschem Recht nicht der betreffende Jahresumsatz Bezugspunkt ist, sondern der Umsatz, der mit den relevanten Produkten im gesamten Tatzeitraum erzielt wurde. Somit findet bereits an dieser Stelle die Dauer der Zuwiderhandlung Berücksichtigung.

Dies führt zu einer etwas komplexeren Verknüpfung der Auswirkungen der geltungserhaltenden Reduktion bei der Bemessung des Bußgeldes als im EU-Recht. Denn anstatt der Dauer der Zuwiderhandlung einen Multiplikationsfaktor zuzuordnen, ist diese nach deutschem Recht unmittelbar mit der Berechnung des tatbezogenen Umsatzes verbunden. Für die Umsatzermittlung bedeutet dies, dass zunächst festzustellen ist, um welche Art von Verstoß es sich handelt. Liegt eine zeitlich überschießende Vereinbarung vor, ist für den tatbezogenen Umsatz nur der Teil zu

⁶⁰ Siehe dazu oben S. 225 f.

berücksichtigen, der während des überschießenden Zeitraums erzielt wurde.⁶¹ Der Zeitraum, der kartellrechtlich unbedenklich ist, findet bei der Umsatzermittlung hingegen keine Berücksichtigung.

Handelt es sich um überschießende Vereinbarungen in den anderen Dimensionen, also etwa sachlich und/oder räumlich zu weitgehende Abreden, ist zunächst der Gesamtumsatz des Unternehmens mit den von der Abrede betroffenen Produkten in den relevanten geografischen Märkten während der gesamten Laufzeit der Abrede zu bestimmen. Sodann ist in Bezug auf diesen Umsatz der Anteil zu berechnen, der auf den kartellrechtsneutralen Teil der Vereinbarung entfällt. Durch Abzug dieses Wertes vom Gesamtumsatz ist der reduzierte tatbezogene Umsatz zu ermitteln, der auf den kartellrechtswidrigen, weil überschießenden Teil entfällt.

Auch ist bei der Ermittlung des Gewinn- und Schadenspotentials eine Kombination von zeitlich, räumlich und sachlich unzulässigen Abreden denkbar. In diesem Fall sind die verschiedenen Berechnungsschritte des tatbezogenen Umsatzes zu verbinden.

Darüber hinaus kann sich nach deutschem Recht bereits im Rahmen der Berechnung des Gewinn- und Schadenspotentials die Frage einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Tatbegehung auswirken. Denn nur bei vorsätzlichen Handeln geht das Bundeskartellamt von einem Gewinn- und Schadenspotential in Höhe von 10 % des während der Dauer des Kartellverstoßes erzielten tatbezogenen Umsatzes des Unternehmens aus.⁶² Bei Fahrlässigkeit wird der Faktor hingegen auf 5 % reduziert (§ 17 Abs. 2 OWiG).⁶³ In den hier praktisch relevanten Konstellationen wird sich die geltungserhaltende Reduktion daher oftmals bereits bei der Bestimmung des Bemessungsspielraums pauschal auswirken.

bb) Tat- und täterbezogene Kriterien

Im Rahmen der individuellen tat- und täterbezogenen Kriterien spielt insbesondere die Schwere der Zuwiderhandlung eine Rolle. Auch hier können die bereits zum EU-Recht angestellten Erwägungen herangezogen werden. So wird es sich in den Fällen, die einer geltungserhaltenden Reduktion zugänglich sind, nur selten um besonders schwere Verstöße gegen das Kartellverbot handeln. Schließlich enthält die Vereinbarung einen kartellrechtlich unbedenklichen Kern – dies ist Voraussetzung, damit die Methodik überhaupt zur Anwendung kommt.

Die geringere Schwere des Verstoßes wäre demnach in die Gesamtabwägung mit einzubeziehen, die das Bundeskartellamt bei der individuellen Bußgeldzumessung vornimmt. So könnten die einer geltungserhaltenden Reduktion zugänglichen Fälle

⁶¹ Hier kommen die gleichen Erwägungen zum Tragen wie im EU-Recht, siehe dazu oben S. 224 f.

⁶² Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts, Rn. 10.

⁶³ Wagener/Oest, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 18, Rn. 151.

generell eher am unteren Ende des ermittelten Bemessungsspielraums angesiedelt werden; im Gegensatz zu den ausdrücklich vom Bundeskartellamt in Bezug genommenen *Hardcore*-Absprachen.⁶⁴

3. Ergebnis

Die geltungserhaltende Reduktion kann sich in den verschiedensten Zusammenhängen auf die Bußgeldbemessung auswirken, und zwar sowohl bei der Berechnung auf EU-rechtlicher Ebene als auch auf Grundlage der Vorschriften des deutschen Kartellverfahrens. Zu berücksichtigen ist stets, dass die Methodik zu einer Trennung des Kartellverstoßes vom zulässigen Rest der Abrede führt und der kartellrechtlich unbedenkliche Teil bei der Berechnung des Bußgeldes konsequenterweise nicht zugrunde gelegt werden kann.

Dies hat insbesondere Auswirkungen auf die Ermittlung des tatbezogenen Umsatzes, der zweistufig zu bestimmen ist: Von dem tatbezogenen Gesamtumsatz, der nach den allgemeinen Regeln des europarechtlichen bzw. deutschen Bußgeldverfahrens zu berechnen ist, wird der Umsatz abgezogen, der mit dem kartellrechtlich unbedenklichen Teil der Abrede erzielt wurde. Dabei folgt die Umsatzermittlung auf zweiter Stufe den Ergebnissen der Teilbarkeitsanalyse. Je nach dem, ob es sich um eine zeitlich, räumlich und/oder sachlich überschließende Abrede handelt, sind die Umsätze, die im wirksam vereinbarten Zeitraum, in den wirksam vereinbarten geografischen Gebieten oder im Hinblick auf die wirksam vereinbarten Produkte erzielt wurden, aus dem Gesamtbetrag herauszurechnen. Dabei erfolgt die Berücksichtigung der geltungserhaltenden Reduktion im deutschen Recht an anderer Stelle als im EU-Recht, da die Dauer der Zuwiderhandlung hier mit der Berechnung des tatbezogenen Umsatzes unmittelbar zusammenhängt, während ihr im EU-Recht ein Multiplikationsfaktor zugeordnet ist.

Die für eine geltungserhaltende Reduktion relevanten Konstellationen können sich schließlich auch bei der Berücksichtigung der Schwere der Zuwiderhandlung auswirken. Hier ist in die Abwägung mit einzubeziehen, dass die überschließende Abrede einen kartellrechtlich unbedenklichen Kern enthält und es sich demnach nicht um einen besonders schweren Verstoß gegen das Kartellverbot handeln kann. Dies gilt vorbehaltlich der zu berücksichtigenden Umstände des Einzelfalls.

4. Konflikt mit ökonomischen Erwägungen?

Fraglich ist, wie sich diese Feststellungen mit dem Ergebnis zur verhaltensökonomischen Analyse vertragen. Demnach wird die geltungserhaltende Reduktion die Entscheidung der Marktteilnehmer für oder gegen einen Kartellverstoß nur dann nicht beeinflussen, wenn das Bußgeld hoch genug ist, um abschreckende Wirkung zu

⁶⁴ Siehe dazu oben S. 223.

entfalten. Da die geltungserhaltende Reduktion aber den zu erwartenden Profit aus dem Kartellverstoß erhöht, erhöht sie auch den Mindestbetrag, bei dem das Bußgeld angesetzt werden muss, um diese Wirkung zu entfalten. Gleichzeitig wird in diesem Kapitel festgestellt, dass die Methodik auf diversen Ebenen der Bußgeldbemessung zu einer Absenkung des zu verhängenden Betrags führen kann. Insbesondere die potentielle Reduktion des tatbezogenen Umsatzes sowie die Berücksichtigung der geltungserhaltenden Reduktion bei der Schwere des Rechtsverstoßes können im Ergebnis zu einem niedrigeren Bußgeld führen.

Im Zusammenhang mit der modelltheoretischen Analyse der Auswirkungen einer geltungserhaltenden Reduktion ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich bei der in Gleichung (4) hergeleiteten Bußgeldhöhe⁶⁵ um einen Mindestbetrag handelt. Das Bußgeld muss also mindestens so hoch sein wie der Gewinn aus dem Kartellverstoß im entdeckten Szenario, minus dem Gewinn ohne Rechtsverstoß gewichtet mit der Entdeckungswahrscheinlichkeit. Wenn die geltungserhaltende Reduktion keinen Anreiz zu Verstößen gegen das Kartellverbot geben soll, darf dieser Betrag nicht unterschritten werden.

Dies sagt aber per se noch nichts über die konkrete Höhe der Bußgeldbemessung aus. Die soeben dargestellten Berechnungsmethoden können im Einzelfall durchaus zu einem Betrag führen, der bereits über dem dargestellten Wert in Gleichung (4) liegt. Ist dies jedoch nicht der Fall, gelangt also die Bußgeldberechnung im konkreten Einzelfall zu einem darunter liegenden Betrag, wäre eine Anhebung des Bußgeldes bis zu dem angestrebten Wert denkbar.

Dies könnte etwa im Rahmen der individuellen Anpassung des Grundbetrags im EU-Bußgeldverfahren bzw. bei der individuellen Zumessung im Einzelfall im deutschen Verfahren erfolgen. Durch eine Art *Abschreckungsaufschlag* wäre sichergestellt, dass die zu verhängende Sanktion auch im Falle einer geltungserhaltenden Reduktion die gewünschte Steuerungswirkung entfaltet.⁶⁶ Ein solcher Aufschlag mag auf den ersten Blick kontraintuitiv erscheinen, hält man sich vor Augen, dass die Vertragsparteien sich im Falle einer geltungserhaltenden Reduktion jedenfalls zum Teil im Rahmen des rechtlich Zulässigen gehalten haben. Dagegen scheinen auch die zuvor angestellten Erwägungen bezüglich einer möglichen Herabsenkung des Bußgeldbetrags bei geltungserhaltender Reduktion zu sprechen, etwa aufgrund eines gegebenenfalls fahrlässigen und leichten Verstoßes gegen das Kartellverbot.⁶⁷

⁶⁵ Siehe dazu unter E.II.2.c)aa) (S. 159).

⁶⁶ Diese Erwägungen sind den verhaltenssteuernden Elementen der *treble damages* nicht fremd, die im amerikanischen Kartellschadensersatzrecht gewährt werden, vgl. dazu z. B. *Breit/Elzinga*, The Journal of Law and Economics 17, Nr. 2, 1974, S. 329; *Posner*, Economic Analysis of Law, S. 420f. Auch die von der Europäischen Kommission für horizontale Hardcore-Kartelle verhängten Aufschläge sollen der Abschreckung dienen, vgl. dazu die Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, Rn. 25 und oben S. 219.

⁶⁷ Siehe oben S. 227 ff.

Zu betonen ist jedoch wiederum, dass ein solcher *Abschreckungsaufschlag* nur zum Tragen kommt, wenn der nach den allgemeinen Grundsätzen errechnete Bußgeldbetrag unter dem Wert in Gleichung (4) liegt. Liegt die errechnete Höhe hingegen über diesem Wert, sind keine Anpassungen vorzunehmen.

II. Schadensrechtliche Einordnung der geltungserhaltenden Reduktion

Neben bußgeldrechtlichen Konsequenzen kann die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen des Kartellverbots auch Auswirkungen auf die privatrechtliche Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzforderungen haben. Im Anschluss an einen knappen Überblick über die allgemeinen Grundlagen zum Anspruch auf kartellrechtlichen Schadensersatz (1.) werden mögliche Auswirkungen einer geltungserhaltenden Reduktion im schadensersatzrechtlichen Kontext dargestellt (2.). Im Ergebnis wird sich zeigen, dass ein Anspruch auf Schadensersatz in den hier relevanten Konstellationen ohnehin oftmals ausscheiden wird – allerdings beruht dies viel weniger auf der Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion als auf den allgemeinen Grundlagen des kartellrechtlichen Schadensersatzrechts. Eine Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse erfolgt am Schluss dieses Abschnitts (3.).

1. Grundlagen zum kartellrechtlichen Schadensersatz

Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen und Umfang möglicher Schadensersatzansprüche wegen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot waren und sind immer wieder Gegenstand normativer Novellierungen auf europäischer Ebene, die auf mitgliedstaatlicher Ebene der Umsetzung in nationales Recht bedürfen. So hat zuletzt die Verabschiedung der Richtlinie 2014/104/EU (*Schadensersatzrichtlinie*)⁶⁸ zu wesentlichen Neuerungen in diesem Bereich geführt, die im Rahmen der 9. GWB-Novelle in deutsches Recht umgesetzt wurden.⁶⁹

Ein Anspruch auf Ersatz des aus einem Verstoß gegen das Kartellverbot entstandenen Schadens folgt seither aus § 33a Abs. 1 GWB (a)). Auf Tatbestandsebene ist im vorliegenden Kontext insbesondere die neu eingeführte Schadensvermutung gemäß § 33a Abs. 2 GWB erwähnenswert (b)). Der Umfang des Schadensersatz-

⁶⁸ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zu widerhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014, Nr. L 349, S. 1.

⁶⁹ Zu der Debatte, ob sich das kartellrechtliche Schadensersatzrecht nach nationalem oder europäischem Recht richtet, siehe den Überblick unter C.II.1.a) (S. 56 ff.).

anspruchs richtet sich nach §33a Abs. 3 GWB und den allgemeinen Regeln der §§ 249 ff. BGB (c)).⁷⁰

a) Anspruch aus § 33a Abs. 1 GWB

Im folgenden Abschnitt wird ein knapper Blick auf die Voraussetzungen der Anspruchsentstehung (aa)) sowie insbesondere auf die Frage möglicher Anspruchsinhaber (bb)) geworfen. Die Einzelheiten zu Fragen der Passivlegitimation spielen im vorliegenden Kontext keine wesentliche Rolle, sodass auf eine umfassende Darstellung verzichtet wird.⁷¹

aa) Schuldhafter Verstoß gegen das Kartellverbot

Gemäß § 33a Abs. 1 GWB ist, wer vorsätzlich oder fahrlässig einen Verstoß nach § 33 Abs. 1 GWB begeht, zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. § 33 Abs. 1 GWB verweist seinerseits (unter anderem) auf die Vorschriften des ersten Teils des GWB sowie auf Art. 101, 102 AEUV. Damit führt ein schuldhafter Verstoß gegen das Kartellverbot (§ 1 GWB und Art. 101 AEUV) zum grundsätzlichen Entstehen eines Schadensersatzanspruchs. Voraussetzung der Anspruchsentstehung ist dabei jegliches schuldhaftes Verhalten. Auch fahrlässig rechtswidriges Handeln hindert die Entstehung eines Anspruchs auf Ersatz des daraus entstehenden Schadens daher grundsätzlich nicht.

bb) Mögliche Anspruchsinhaber

Bei der Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche sind grundsätzlich alle Personen aktivlegitimiert, die einen kausal auf einem schuldhaften Verstoß gegen das Kartellverbot beruhenden Schaden geltend machen.⁷² Diese weitreichende Auslegung der Anspruchsberechtigung geht im Wesentlichen auf die *Jedermann*-Rechtsprechung des EuGH zurück, die erstmals in Sachen Courage/Crehan⁷³ formuliert wurde. Demnach wäre die praktische Wirksamkeit des in Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgesprochenen Verbots „beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“⁷⁴

⁷⁰ Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 33a GWB, Rn. 71; Rehbinder, in: LMRKM Kartellrecht, § 33 GWB, Rn. 46 ff.

⁷¹ Ausführlich zu diesem Komplex: Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 33a GWB, Rn. 37 ff.

⁷² Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 33a GWB, Rn. 24.

⁷³ EuGH, Urteil vom 20.9.2001 – C-453/99 – Courage, ECLI:EU:C:2001:465.

⁷⁴ EuGH, Urteil vom 20.9.2001 – C-453/99 – Courage, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 26.

In der dortigen Auseinandersetzung ging es um eine kartellverbotswidrige vertikale Alleinbezugsverpflichtung. Der Abnehmer forderte vom Lieferanten vor dem Englischen Court of Appeal Schadensersatz mit der Begründung, dass er kartellbedingt überhöhte Preise für die bezogene Ware gezahlt habe. Mit seinem Urteil legte der EuGH fest, dass auch der Beteiligte einer Kartellabsprache Schadensersatz aufgrund eines Verstoßes gegen das Kartellverbot verlangen kann. Allerdings gilt dies nicht für die Vertragspartei, „die eine erhebliche Verantwortung für die Wettbewerbsverzerrung trägt.“⁷⁵ Dabei hat das Gericht „insbesondere den wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmen, in dem die Parteien sich befinden, sowie (...) die Stärke der Verhandlungsposition und das jeweilige Verhalten der beiden Vertragsparteien“⁷⁶ zu berücksichtigen.

Auf Grundlage der Courage-Rechtsprechung ist daher davon auszugehen, dass auch Beteiligte einer Kartellabsprache grundsätzlich Schadensatzansprüche gegeneinander geltend machen können. Allerdings kann hier der Einwand des Mitverschuldens (§ 254 BGB) eingreifen: Dabei richtet sich der Umfang der Anspruchskürzung insbesondere nach dem Grad der Beteiligung an der Absprache sowie nach den jeweiligen Verhandlungspositionen der Parteien.⁷⁷ Dies gilt sowohl für horizontale als auch für vertikale Vertragsbeziehungen, wobei der Einwand des Mitverschuldens in Horizontalverhältnissen in aller Regel zu einem vollkommenen Ausschluss des Anspruchs führt.⁷⁸ Dies ist nur anders, wenn auch im Horizontalverhältnis – was seltener der Fall sein wird⁷⁹ – ein Verhandlungsgefälle besteht, das eine abweichende Beurteilung der Mitverschuldensanteile zulässt. Von einem Bestehen schadensersatzrechtlicher Ansprüche zwischen den Kartellanten wird daher überwiegend im Vertikalverhältnis auszugehen sein.

Auch jeder Dritte, der nicht am Kartell beteiligt ist, sondern mit der kartellbefangenen Ware als Abnehmer in Berührung kommt, kann gegebenenfalls Schadensersatz von den Kartellanten verlangen, wie der EuGH in Sachen Manfredi⁸⁰ klarstellte. Demnach „kann jedermann Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen, wenn zwischen dem Schaden und einem nach Artikel 81 EG verbotenen Kartell oder Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht.“⁸¹ In der Sache ging es um schadensersatzrechtliche Klagen verschiedener Verbraucher auf Rückzahlung von Prämienanhöhung für Haftpflichtversicherungsprodukte, die von den Versi-

⁷⁵ EuGH, Urteil vom 20.9.2001 – C-453/99 – Courage, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 31.

⁷⁶ EuGH, Urteil vom 20.9.2001 – C-453/99 – Courage, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 32.

⁷⁷ Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 33a GWB, Rn. 23.

⁷⁸ Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 33a GWB, Rn. 23, 135.

⁷⁹ Auch Wurmnest, RIW 2003, 896, 898 geht davon aus, dass das Erfordernis eines Verhandlungsgefälles bei horizontalen Abreden in aller Regel nicht gegeben sein wird.

⁸⁰ EuGH, Urteil vom 13.7.2006 – C-295/04 bis C-298/04 – Manfredi, ECLI:EU:C:2006:461.

⁸¹ EuGH, Urteil vom 13.7.2006 – C-295/04 bis C-298/04 – Manfredi, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 61.

cherern im Rahmen eines Kartells beschlossen worden waren. Auch Endverbraucher können demnach anspruchsberechtigt sein.

Aktivlegitimiert sind darüber hinaus andere nicht-kartellbeteiligte Abnehmer, selbst wenn sie keine Verbraucher sind, wie der EuGH zunächst in Sachen Otis⁸² klarstellte. Geklagt hatte die Europäische Union gegen die vier wichtigsten europäischen Hersteller von Aufzügen und Fahrtreppen (die Otis-, Kone-, Schindler- und ThyssenKrupp-Gruppe), die auf verschiedenen europäischen Märkten ein Kartell gebildet hatten. Die Union hatte an die Kartellanten mehrere Aufträge für den Einbau, die Wartung und die Erneuerung von Aufzügen und Fahrtreppen in verschiedenen Amtsgebäuden vergeben. Sie verlangte nun Ersatz des ihr aufgrund des Kartells entstandenen Schadens.

Der EuGH stellte hinsichtlich der Aktivlegitimation fest, dass „sich jeder vor Gericht auf einen Verstoß gegen Art. 81 EG berufen und somit die Nichtigkeit eines nach dieser Bestimmung verbotenen Kartells oder Verhaltens geltend machen kann.“⁸³ Infolgedessen könne „jedermann Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen, wenn zwischen dem Schaden und einem nach Art. 81 EG verbotenen Kartell oder Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht.“⁸⁴ Dieses Recht stehe somit auch der Europäischen Union zu.⁸⁵

Ähnlich urteilte der EuGH in Sachen Donau-Chemie,⁸⁶ einem Verfahren, in dem die Unternehmensvereinigung Verband Druck & Medientechnik (VDMT) gegen die Donau Chemie AG geklagt hatte. Der VDMT wurde zur Wahrnehmung der Interessen seiner Mitglieder gegründet, zu denen insbesondere Unternehmen des Druckereisektors gehören. Der Verband stellte beim Oberlandesgericht Wien einen Antrag auf Akteneinsicht, um unter anderem die Zweckmäßigkeit einer kartellrechtlichen Schadensersatzklage gegen die Donau Chemie und andere Beteiligte des Kartells zu prüfen. Der EuGH stellte auch hier fest, dass jedermann Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, entstanden ist.⁸⁷ Auch ein Verband kann demnach aktivlegitimiert sein.

Insgesamt ist festzuhalten, dass sowohl die Beteiligten einer Kartellabsprache als auch Dritte das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs wegen schuldhaften Verstoßes gegen das Kartellverbot geltend machen können. Wenden sich die Parteien der rechtswidrigen Abrede gegeneinander, ist zu beachten, dass der Einwand des Mitverschuldens zu einem (vollkommenen oder teilweisen) Ausschluss des Anspruchs

⁸² EuGH, Urteil vom 6. 11. 2012 – C-199/11 – Otis, ECLI:EU:C:2012:684.

⁸³ EuGH, Urteil vom 6. 11. 2012 – C-199/11 – Otis, ECLI:EU:C:2012:684, Rn. 40.

⁸⁴ EuGH, Urteil vom 6. 11. 2012 – C-199/11 – Otis, ECLI:EU:C:2012:684, Rn. 43.

⁸⁵ EuGH, Urteil vom 6. 11. 2012 – C-199/11 – Otis, ECLI:EU:C:2012:684, Rn. 44.

⁸⁶ EuGH, Urteil vom 6. 6. 2013 – C-536/11 – Donau Chemie, ECLI:EU:C:2013:366. Näheres zu dem Verfahren unter C.II.2.b) (S. 67 ff.).

⁸⁷ EuGH, Urteil vom 6. 6. 2013 – C-536/11 – Donau Chemie, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 21.

führen kann. Insbesondere wird die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs im Horizontalverhältnis in aller Regel an diesem Einwand scheitern.

b) Schadensvermutung gemäß § 33a Abs. 2 GWB

Für die Frage des *Ob* der Schadensentstehung enthält § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB eine widerlegbare Vermutung, dass ein Kartell einen Schaden verursacht. Gemäß der in § 33a Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB enthaltenen Legaldefinition ist ein Kartell in diesem Sinne eine Absprache oder eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zwecks Abstimmung ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt oder Beeinflussung der relevanten Wettbewerbsparameter, wie beispielsweise die Festsetzung von Preisen, Markt- sowie Kundenaufteilungen. Damit erfasst die gesetzliche Schadensvermutung ausschließlich horizontale Verhaltensweisen, nicht hingegen vertikale Wettbewerbsverzerrungen.⁸⁸

Die widerlegbare Vermutung umfasst das Bestehen eines Schadens und dessen kausale Verursachung durch den Kartellrechtsverstoß.⁸⁹ Vermutet wird dabei nur ein plausibler Schaden.⁹⁰ Grundlage der Vermutung ist die allgemeine Lebenserfahrung, dass Kartellabsprachen typischerweise zu überhöhten Preisen und damit zu einem Schadenseintritt bei den Abnehmern führen.⁹¹ Diese haben daher nur noch zu beweisen, dass die Anspruchsgegner gegen das Kartellverbot verstößen haben und sie mit dem kartellbefangenen Produkt in Berührung gekommen sind.⁹² Wie aus § 33a Abs. 3 Satz 1 GWB hervorgeht, erstreckt sich die Vermutung allerdings gerade nicht auf den Umfang des eingetretenen Schadens:⁹³ Dieser ist nach § 287 ZPO richterlich zu schätzen.

§ 33a Abs. 2 Satz 1 GWB ist eine widerlegbare Vermutung im Sinne des § 292 ZPO.⁹⁴ Der oder die Beklagten müssen also entweder zeigen, dass die konkreten Voraussetzungen der Vermutung nicht vorliegen und diese daher nicht eingreift,⁹⁵ oder sie müssen den Beweis des Gegenteils führen.⁹⁶ Dies kann beispielsweise durch

⁸⁸ *Bechtold/Bosch*, § 81 GWB, Rn. 4.

⁸⁹ *Fritzsche*, NZKart 2017, 581; *Kersting/Podszun*, Kapitel 7, Rn. 46.

⁹⁰ *Bechtold/Bosch*, § 81 GWB, Rn. 6. Zur Frage, wie weit die Vermutung insbesondere im Hinblick auf indirekte Abnehmer und Lieferanten reicht: *Kersting/Podszun*, Kapitel 7, Rn. 47 f.

⁹¹ Umfassend: *Roth*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 4, § 33a GWB, Rn. 108 ff.

⁹² *Kersting/Podszun*, Kapitel 7, Rn. 46.

⁹³ Zum Schadensumfang siehe sogleich S. 310 ff.

⁹⁴ *Fritzsche*, NZKart 2017, 581, 583.

⁹⁵ *Kersting/Podszun*, Kapitel 7, Rn. 55.

⁹⁶ *MüKoZPO/Prütting*, § 292 ZPO, Rn. 5.

empirische Darlegung der Tatsache erfolgen, dass das Kartell jedenfalls bezogen auf den Kläger keinen messbaren Effekt gehabt hat.⁹⁷

c) *Schadensumfang gemäß § 33a Abs. 3 GWB*

Mangels spezifisch kartellrechtlicher Definition des Schadensbegriffs ist grundsätzlich auf die allgemeinen Vorschriften des BGB zurückzugreifen.⁹⁸ Demnach ist ein Schaden jede Beeinträchtigung eines vermögenswerten oder rein ideellen Interesses.⁹⁹ Nach § 249 Abs. 1 BGB geht es bei der Kompensation des Schadens um die Wiederherstellung des Zustands, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der Schaden ist somit die Differenz zwischen dem hypothetischen Zustand ohne schädigendes Ereignis und dem tatsächlichen Zustand.¹⁰⁰

Diese Vorgaben stehen im Einklang mit Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der Schadensersatzrichtlinie, der den kartellrechtlich zu ersetzenden Schaden dahingehend konkretisiert, dass die Person, die einen Schaden erlitten hat, in die Lage versetzt werden soll, in der sie sich befunden hätte, wenn die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht nicht begangen worden wäre. Dies bedeutet konkret gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der Schadensersatzrichtlinie, dass der zu ersetzende Schaden das Recht auf Ersatz der eingetretenen Vermögenseinbuße und des entgangenen Gewinns erfasst, zuzüglich der Zahlung von Zinsen.

Die praktische Schwierigkeit der Umsetzung dieser Differenzmethode liegt auf der Hand: Das kontrafaktische Szenario (*counterfactual scenario*), also die Frage, wie sich die Vermögenslage des Anspruchsstellers ohne Zuwiderhandlung darstellen würde, ist stets mit Unsicherheiten und Ungenauigkeiten behaftet, da es rein hypothetischer Natur ist.¹⁰¹ Darauf weist auch die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (*Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs*)¹⁰² hin: „Die auf Hypothesen gestützte Beurteilung der vermutlichen Entwicklung der Marktbedingungen und der Interaktionen der Marktteilnehmer ohne die Zuwider-

⁹⁷ *Fritzsche*, NZKart 2017, 581, 583; dort auch zu weiteren Anforderungen an die Widerlegung durch den Schädiger (S. 583 f.).

⁹⁸ Umfassend dazu: *Roth*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 33a GWB, Rn. 65 ff.

⁹⁹ MüKoBGB/*Oetker*, § 249 BGB, Rn. 16 m. w. N. zu weiterführender Literatur bezüglich des anhaltenden Streits um den Schadensbegriff im deutschen Zivilrecht.

¹⁰⁰ MüKoBGB/*Oetker*, § 249 BGB, Rn. 18.

¹⁰¹ *Roth*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 33a GWB, Rn. 70.

¹⁰² Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2013/C 167/07, ABI. 2013, Nr. C 167/19.

handlung wirft oftmals komplexe und spezifische wirtschaftliche und wettbewerbsrechtliche Fragen auf.“¹⁰³

Zur Erleichterung der Schadensermittlung hat die Europäische Kommission daher einen Praktischen Leitfaden als Begleitunterlage zur Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs veröffentlicht (*Praktischer Leitfaden*).¹⁰⁴ Ziel dieses Praktischen Leitfadens ist es, „den Gerichten und den Parteien von Schadensersatzklagen wirtschaftswissenschaftliche und praktische Erkenntnisse an die Hand zu geben, die bei der Anwendung mitgliedstaatlicher Vorschriften und Verfahren von Nutzen sein können.“¹⁰⁵

Darin sind zunächst zwei wesentliche Schadensformen, die ein Verstoß gegen das Kartellverbot nach sich ziehen kann, konkretisiert: Zum einen können Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV zu steigenden Preisen führen, die den Kellanten gezahlt werden; in ihrer Konsequenz kann diese Anhebung der Preise bei weiterverkaufenden Kunden auch zu einem Rückgang der Nachfrage und Gewinneinbußen führen.¹⁰⁶ Zum anderen können insbesondere illegale vertikale Ausschließlichkeitsvereinbarungen dazu führen, dass Wettbewerber von einem Markt verdrängt oder deren Marktanteil verringert wird; ihnen entgehen dadurch auf dem betroffenen Markt Geschäftsmöglichkeiten und Gewinne.¹⁰⁷ War die Verdrängung erfolgreich, werden in aller Regel auch die Kunden durch höhere Preise geschädigt, da der Wettbewerbsdruck im Markt nachlässt.¹⁰⁸

Methoden zur Ermittlung des kontrafaktischen Szenarios sind umfassend im Praktischen Leitfaden dargestellt. Demnach kommen insbesondere verschiedenste Vergleichsmethoden in Betracht, anhand derer der hypothetisch ohne das Kartell auf dem Markt gebildete Preis (oder jede andere ökonomische Variable, wie z.B. Marktanteile, Umsätze, Gewinnspannen und Kostenniveaus)¹⁰⁹ ermittelt werden soll. So kann etwa ein zeitlicher Vergleich auf demselben Markt angestellt werden, durch den der Preis in einem zuwiderhandlungsfreien Zeitpunkt vor dem Kartellverstoß und/oder danach zu dem Preis während des Kartells in Bezug gesetzt wird.¹¹⁰ Hier werden also die zu verschiedenen Zeitpunkten beobachteten Daten aus demselben räumlichen und sachlichen Markt verglichen. In Betracht kommt aber darüber hinaus

¹⁰³ Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs, Rn. 3.

¹⁰⁴ Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_de.pdf.

¹⁰⁵ Praktischer Leitfaden, Rn. 6.

¹⁰⁶ Praktischer Leitfaden, Rn. 21 a.

¹⁰⁷ Praktischer Leitfaden, Rn. 21 b.

¹⁰⁸ Praktischer Leitfaden, Rn. 21 b.

¹⁰⁹ Praktischer Leitfaden, Rn. 49.

¹¹⁰ Praktischer Leitfaden, Rn. 38 ff.

ein Vergleich mit Daten aus anderen räumlichen¹¹¹ oder sachlichen¹¹² Märkten. Zur Ermittlung des kontrafaktischen Szenarios werden hier Daten herangezogen, die auf einem zuwiderhandlungsfreien räumlich oder sachlich vergleichbaren Markt beobachtet werden. In beiden Fällen sollten die verglichenen Produkte mit Blick auf ihre Charakteristika, die Art und Weise, wie sie gehandelt werden, sowie die Marktmerkmale (z. B. Zahl der Wettbewerber, deren Kostenstruktur und die Kaufkraft der Kunden) jedenfalls hinreichend ähnlich sein.¹¹³ Auch ist eine Kombination der Methoden denkbar.¹¹⁴

2. Mögliche Auswirkungen der geltungserhaltenden Reduktion

Fraglich ist nun, ob überhaupt und, wenn ja, wie und an welcher Stelle sich die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion auf die Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche auswirken kann. Grundsätzlich berührt sie das Entstehen von Schadensersatzansprüchen zwischen Kartellbeteiligten untereinander sowie von nicht am Kartell beteiligten Dritten nicht. Denn gemäß § 33a Abs. 1 GWB ist, wer vorsätzlich oder fahrlässig einen Verstoß gegen das Kartellverbot (§ 1 GWB und Art. 101 AEUV) begeht, zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Die geltungserhaltende Reduktion beseitigt aber diesen Verstoß gerade nicht – sie wirkt sich ausschließlich auf die Reichweite der Nichtigkeit aus, führt damit allerdings zwangsläufig zu einer Teilung der daran anknüpfenden Rechtsfolgen (a)).

Denkbar wäre darüber hinaus, dass im Falle der Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion die gesetzliche Vermutung eines Schadenseintritts (§ 33a Abs. 2 Satz 1 GWB) nicht greift. Denn in der betreffenden Abrede steckt ein kartellrechtlich unbedenklicher Kern, auf den sie zurückgeführt wird. In diesem Umfang liegt ein Kartell im Sinne des § 33a Abs. 2 GWB aber gerade nicht vor. Dem Tatbestand des § 33a Abs. 1 GWB ist also *insoweit* die Grundlage entzogen, es handelt sich gewissermaßen um ein *teilweises Kartell*. In einem solch atypischen Fall könnte man durchaus hinterfragen, ob die Anwendung einer gesetzlichen Vermutung, die ja auf der Existenz typischer, besonders zuverlässiger Erfahrungssätze beruht, gerecht fertigt ist (b)).

Letztlich könnte die geltungserhaltende Reduktion jedenfalls den Anspruchs inhalt, also den Umfang des Schadens beeinflussen. Dabei könnte sie sich zunächst auf die Methodik auswirken, mit deren Hilfe die Höhe des Schadens anhand des kontrafaktischen Szenarios ermittelt wird (c)). Auch sind Auswirkungen auf den konkret geltend gemachten Schadensumfang denkbar (d)).

¹¹¹ Praktischer Leitfaden, Rn. 49 ff.

¹¹² Praktischer Leitfaden, Rn. 54 ff.

¹¹³ Praktischer Leitfaden, Rn. 50, 55.

¹¹⁴ Praktischer Leitfaden, Rn. 56 ff.

a) Teilung der Rechtsfolgen

Die Teilbarkeit der Abrede führt in ihrer Konsequenz zu einer Teilung der daran anknüpfenden Rechtsfolgen: Soweit die Parteien eine kartellrechtlich wirksame Abrede treffen konnten, sind privatrechtliche Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot ausgeschlossen (aa)). Soweit es sich hingegen um eine Zu widerhandlung gegen Art. 101 AEUV und § 1 GWB handelt, richten sich die Anforderungen nach den allgemeinen Grundsätzen (bb)).

aa) Erfüllung des zulässigen Teils

Durch die geltungserhaltende Reduktion wird der ursprünglich begangene Verstoß gegen das Kartellverbot nicht beseitigt, sie rettet lediglich die Vereinbarung vor ihrer vollständigen Nichtigkeit, indem der kartellrechtlich unzulässige Teil abgetrennt und der zulässige Rest aufrechterhalten wird. Dieser kartellrechtlich unbedenkliche Teil löst zwischen den Parteien einen Erfüllungsanspruch aus, da er rechtswirksam vereinbart werden konnte und daher auch wie von den Parteien intendiert durchzuführen ist.

Gleichzeitig kann dieser Teil der Abrede keine verfahrensrechtlichen Konsequenzen oder Sanktionen nach sich ziehen – auch nicht aus Sicht unbeteigter Dritter. Denn in diesem (näher zu bestimmenden) Umfang haben die Parteien nicht gegen das Kartellverbot verstößen. Eine Ahndung, auch auf privatrechtlichem Wege, scheidet daher aus.

bb) Schadensersatz im Hinblick auf unzulässigen Teil

Soweit die Parteien die Grenzen des kartellrechtlich Zulässigen hingegen überschritten haben, bleibt der Verstoß gegen das Kartellverbot von Anfang an tatbestandsmäßig mit allen daran anknüpfenden Konsequenzen, einschließlich der Möglichkeit Privater, einen durch die Zu widerhandlung entstandenen Schaden geltend zu machen.¹¹⁵ Die Anforderungen an die Geltendmachung dieses Anspruchs richten sich nach den bereits dargelegten allgemeinen Grundsätzen.

Voraussetzung ist demnach der Nachweis eines schuldhaf ten Verstoßes gegen das Kartellverbot sowie der Kartellbetroffenheit des Anspruchstellers. Sowohl die an dem Kartellverstoß beteiligte Partei als auch die Marktgegenseite, inklusive des Endverbrauchers, kann – trotz geltungserhaltender Reduktion – Inhaber eines Schadensersatzanspruchs sein, soweit der überschießende Teil der Abrede betroffen ist.

Allerdings kann insbesondere im Horizontalverhältnis der Einwand des Mitverschuldens zu einem Ausschluss des Anspruchs führen. In den für die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion besonders relevanten Fällen nachvertraglicher

¹¹⁵ Siehe dazu im Detail unter E.II.1. (S. 145 ff.).

Wettbewerbsverbote wird daher in den wenigsten Konstellationen ein Schadensersatzanspruch der einen gegen die andere Vertragspartei in Betracht kommen. Hier besteht in aller Regel kein (wesentliches) Verhandlungsgefälle, das eine besondere Verschiebung des jeweiligen Mitverschuldensanteils zu Gunsten der einen und zu Lasten der anderen Partei rechtfertigen würde. Dabei hängt der Ausschluss eines Schadensersatzanspruchs allerdings nicht mit der Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion, sondern mit den allgemeinen Grundsätzen des kartellrechtlichen Schadensersatzrechts zusammen.

Anders stellt sich die Situation im Falle vertikaler Absprachen dar, die für die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion ebenso relevant sind. Hier dürfte oftmals ein entsprechendes Verhandlungsgefälle bestehen, mit der Folge, dass der Mitverschuldensanteil des einen Vertragspartners voll oder jedenfalls teilweise hinter dem des anderen Vertragspartners zurücktreten kann.

b) Nichtanwendbarkeit der Schadensvermutung wegen teilweisen Kartells?

Die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion könnte allerdings dazu führen, dass die gesetzliche Vermutung gemäß § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB, nach der ein Kartell einen Schaden verursacht, nicht anwendbar ist. Denn selbst wenn es sich bei dem kartellrechtlich überschreitenden Teil der Abrede um ein Kartell im Sinne der Legaldefinition des § 33a Abs. 2 Satz 2 GWB handeln sollte, würde die Abrede in ihrer Gesamtheit nicht gegen Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB verstoßen. Allein in einem (näher zu bestimmenden) Umfang läge ein solcher Rechtsverstoß vor, sodass es sich bei der Abrede lediglich um ein *teilweises* Kartell handeln würde.

Aufgrund dieser besonderen, atypischen Konstellation könnte man die Frage aufwerfen, ob das Eingreifen der zwar widerlegbaren, dennoch in ihrer Konsequenz für die Beweislastverteilung¹¹⁶ folgenreichen gesetzlichen Vermutung im Falle einer geltungserhaltenden Reduktion gerechtfertigt ist. Denn die Existenzberechtigung gesetzlicher Vermutungen liegt in besonders zuverlässigen Erfahrungssätzen begründet.¹¹⁷ So legen die ökonomische Einsicht und allgemeine Lebenserfahrung die Vermutung nahe, dass Kartellabsprachen typischerweise zu Preisaufschlägen und damit zum Eintritt eines Schadens führen.¹¹⁸ Auch der BGH hat in Sachen Berliner Transportbeton ausgeführt, es liege nach der Lebenserfahrung nahe, „daß die im Rahmen des Kartells erzielten Preise höher liegen als die im Wettbewerb erreichbaren Marktpreise.“¹¹⁹ Die Bildung eines Kartells und seine Durchführung indizierten daher, „daß den Beteiligten hieraus auch jeweils ein Vorteil erwächst.“¹²⁰

¹¹⁶ Grundlegend dazu: MüKoZPO/Prütting, § 292 ZPO, Rn. 20 ff.

¹¹⁷ BeckOK ArbR/Roloff, § 22 AGG, Rn. 5.

¹¹⁸ Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, § 33a GWB, Rn. 108.

¹¹⁹ BGH NJW 2006, 163, 164 (dort zu Quotenkartellen).

¹²⁰ BGH NJW 2006, 163, 165.

Nach ökonomischen Grundsätzen werde „bei Kartellen regelmäßig eine Kartellrendite entstehen.“¹²¹

Fraglich ist, ob auch im Falle der Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion das Eingreifen dieser typischen Erfahrungssätze gerechtfertigt ist. Denn die für die Methodik in Betracht kommenden Vereinbarungen enthalten stets einen kartellrechtlich vollkommen unbedenklichen Kern, der nicht auf die Erzielung erhöhter Preise und einer damit verbundenen Kartellrendite gerichtet ist. Das Vorliegen eines Kartells ergibt sich hier allein aus dem überschießenden Teil der Abrede, mit dem die Parteien (möglicherweise sogar unbemerkt) gegen Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB verstößen.

Allerdings ist gleichzeitig festzustellen, dass die Qualität des Rechtsverstoßes durch die Anwendung der geltungserhaltenden Reduktion nicht berührt wird. Die Methodik beseitigt nicht den sachlichen Kartellvorwurf, sie betrifft lediglich die Reichweite der Nichtigkeitsfolge. Dies ist möglich, da die Abrede in ihrer konkreten Ausgestaltung zeitlich, räumlich und/oder sachlich teilbar ist. Der Verstoß gegen das Kartellverbot bleibt aber tatbestandsmäßig (in dem zu definierenden Umfang), sodass auch die daran anknüpfenden Rechtsfolgen keine abweichende Bewertung zulassen. Genauso wenig wie die geltungserhaltende Reduktion die bußgeldrechtliche Sanktionierung dem Grunde nach ausschließt,¹²² gibt sie Anlass zu der Vermutung, dass ein *teilweises Kartell* keinen Schaden verursacht.

Ganz im Gegenteil ist in den relevanten Konstellationen durchaus denkbar, dass allein mit dem überschießenden Teil der Abrede Abnehmer geschädigt werden. So sei beispielsweise an ein räumlich überschießendes Wettbewerbsverbot gedacht, durch das den Parteien in den unzulässig in das Verbot einbezogenen geografischen Gebieten eine nicht marktgerechte Preissetzung ermöglicht wird. In diesen Gebieten werden Kunden daher mit großer Wahrscheinlichkeit nicht gerechtfertigte, kartellbedingt überhöhte Preise zahlen. Für das Nichteingreifen der gesetzlichen Vermutung aufgrund der Tatsache, dass die Vereinbarung im Hinblick auf die rechtmäßig in das Verbot einbezogenen Gebiete wirksam ist, besteht daher kein überzeugender Grund.

c) Einfluss auf Vergleichsmethoden zur Ermittlung des Schadensumfangs

Die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion könnte die Methodik beeinflussen, mit deren Hilfe der konkrete Schadensumfang ermittelt werden soll. Wie eingangs dargestellt,¹²³ kommen dazu verschiedene Vergleichsmethoden in Betracht, die den Preis (oder andere Variablen) im Zuwiderhandlungsszenario dem Preis (oder anderen Variablen) in einem zuwiderhandlungsfreien Szenario gegenüberstellen. Dieses letzteren genannte kontrafaktische Szenario kann anhand von Daten ermittelt

¹²¹ BGH NJW 2006, 163, 165.

¹²² Siehe dazu oben unter E.II.1. (S. 145 ff.).

¹²³ Siehe oben S. 238 f.

werden, die entweder zu einem Zeitpunkt vor und/oder nach der Zu widerhandlung auf demselben Markt (zeitlicher Vergleich), auf einem anderen, aber ähnlichen räumlichen Markt (räumlicher Vergleich) oder auf einem anderen, aber ähnlichen sachlichen Markt (sachlicher Vergleich) beobachtet wurden.¹²⁴

Die geltungserhaltende Reduktion könnte sich nun auf die für diese Szenarien zu berücksichtigenden Vergleichsmärkte auswirken. Denn sie führt dazu, dass die kartellrechtliche Zu widerhandlung von einem darin enthaltenen zulässigen Rest abgetrennt wird. Dieser unbedenkliche Teil der Abrede ist als *ex tunc* rechtswirksam zu behandeln und zieht keine kartellverfahrensrechtlichen Konsequenzen nach sich. Da in diesem Teil der Abrede zu keinem Zeitpunkt ein Verstoß gegen das Kartellverbot gelegen hat, insoweit also intakter Wettbewerb herrschte, könnte er als zu widerhandlungsfreies Szenario im Sinne der Vergleichsmethoden zu behandeln sein.

Im Rahmen der zeitlichen Vergleichsmethode würde sich ein solcher Einfluss praktisch folgendermaßen auswirken: Beispielsweise sei von einem zeitlich überschließenden Wettbewerbsverbot zwischen zwei Parteien eines Unternehmenskaufvertrags ausgegangen, das für 10 Jahre vereinbart wird. Soweit das Wettbewerbsverbot nicht unmittelbar mit der Unternehmensübertragung verbunden und für diese notwendig ist, handelt es sich schlicht um eine Abrede zur Marktaufteilung, da die Vertragsparteien vereinbaren, sich für einen bestimmten Zeitraum keinen Wettbewerb zu machen. Nachlassender Wettbewerbsdruck kann zu steigenden Preisen für Kunden führen, da dem Veräußerer eine Preissetzung möglich ist, die bei funktionierendem Wettbewerb nicht durchzusetzen wäre. Verwendet ein Abnehmer das Produkt für seine eigene Geschäftstätigkeit, kann die Anhebung der Preise auch einen Rückgang der Nachfrage und damit Gewinneinbußen nach sich ziehen.¹²⁵

Bei dem vorliegenden zeitlich überschließenden Wettbewerbsverbot handelt es sich dem Grunde nach jedoch um eine zulässige Nebenabrede zum Unternehmenskaufvertrag. Ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV liegt allein in dem zeitlichen Teil der Abrede, der den für die Durchführung des Vorhabens notwendigen Zeitrahmen übersteigt. Dies betrifft die über 3 Jahre hinausgehende Zeitspanne von insgesamt 7 Jahren.¹²⁶ Die Vertragsparteien konnten das Wettbewerbsverbot daher wirksam für die ersten 3 Jahre vereinbaren, jedes darüber hinausgehende Jahr stellt hingegen einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV dar.

Für die anzuwendende Vergleichsmethodik ist denkbare Konsequenz, dass die Preisentwicklung während des Zeitraums, für den das Wettbewerbsverbot zulässigerweise vereinbart werden konnte, ein möglicher Bezugspunkt für das zu widerhandlungsfreie Szenario ist. Für die Ermittlung des Preises im Zu widerhandlungsszenario, also während der Kartellabsprache, ist erst auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem diese 3 Jahre überschritten wurden. Die geltungserhaltende Reduktion könnte

¹²⁴ Praktischer Leitfaden, Rn. 33.

¹²⁵ Siehe dazu: Praktischer Leitfaden, Rn. 21 a und b.

¹²⁶ Zu den Einzelheiten siehe unter D.II.1. (S. 111 ff.).

also dazu führen, dass die vom Verstoß trennbare Zeit bis zum Beginn der Zu widerhandlung wie jeder andere Zustand intakten Wettbewerbs zu behandeln ist.

Dieser Gedankengang ist übertragbar auf die räumliche und sachliche Ver gleichsmethode. Haben die Parteien im eben analysierten Beispiel über den mit der Unternehmensübertragung verbundenen und für diese notwendigen Umfang hinaus geografische Gebiete oder Produktbereiche in das Wettbewerbsverbot mit einbezogen, die kartellrechtlich nicht wirksam Gegenstand der Abrede sein konnten, kommt eine geltungserhaltende Reduktion des Wettbewerbsverbots in Betracht. Die geografischen Gebiete und Produkte, für die das Wettbewerbsverbot wirksam ver einbart werden konnte, stellen geeignete Vergleichsmärkte zur Ermittlung des kontrafaktischen Szenarios dar.

Ist das Wettbewerbsverbot etwa wirksam für den Raum NRW vereinbart worden, verstößt es jedoch gegen Art. 101 AEUV und § 1 GWB, soweit es sich auf den Raum Schleswig-Holstein erstreckt, könnte die Preisentwicklung in beiden Bundesländern jeweils als Bezugspunkt für das zu widerhandlungsfreie (NRW) und das Zu widerhandlungsszenario (Schleswig-Holstein) gewählt werden. Gleiches gilt im Hinblick auf sachliche Produktbereiche, die zum Teil wirksam in das Wettbewerbsverbot einbezogen wurden, zum Teil hingegen als reine Kartellabsprache zu bewerten sind.

Diese möglichen Auswirkungen der geltungserhaltenden Reduktion gründen auf der konsequenten Berücksichtigung ihrer rechtlichen Folgen. Die Praktikabilität im Einzelfall wurde nicht erprobt – so kann es durchaus sein, dass die Ergebnisse bei konkreter Anwendung verfälscht, oder jedenfalls nicht hinreichend verlässlich sind. Andererseits handelt es sich bei der Ermittlung des kontrafaktischen Szenarios stets um einen hypothetischen Zustand. Schließlich ist es unmöglich, mit Sicherheit genau zu bestimmen, wie sich ein Markt ohne den Verstoß gegen Artikel 101 AEUV entwickelt hätte.¹²⁷ Die mit den Methoden zur Ermittlung des zu widerhandlungsfreien Szenarios einhergehenden Unsicherheiten sind ihnen also immanent. Dann sollte es aber auch möglich sein zu ermitteln, wie sich ein Markt ohne *teilweisen* Verstoß gegen Artikel 101 AEUV hypothetisch entwickelt hätte.

d) Einfluss auf konkrete Schadenshöhe

Die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion könnte sich schließlich unmittelbar auf den konkreten Umfang des geltend gemachten Schadens auswirken. Denn ein Anspruch kommt nur in Betracht, *soweit* gegen das Kartellverbot verstoßen wurde. Daher wird ein genauer Nachweis zu führen sein, in welcher Höhe ein Schaden durch den kartellrechtlich unzulässigen Teil der Abrede entstanden ist. Dabei sind denkbare Konstellationen zu unterscheiden, in denen die Parteien untereinander Ansprüche geltend machen (aa) und in denen potentieller Anspruchsinhaber ein dritter, an der Absprache nicht beteiligter Marktteilnehmer ist (bb)).

¹²⁷ Praktischer Leitfaden, Rn. 16.

aa) Ansprüche zwischen den Parteien

Bei einem Anspruch zwischen den Parteien der Abrede kommt ein Schaden offensichtlich nur insoweit in Betracht, als kein Erfüllungsanspruch besteht.¹²⁸ Die Höhe des Schadens kann sich daher nur an dem Teil der Abrede orientieren, der kartellrechtswidrig ist. Haben sich die Parteien einer Bezugspflichtvereinbarung also etwa auf eine Laufzeit von 10 Jahren geeinigt, von denen nur 5 Jahre kartellrechtlich zulässig waren, kann der abnehmende Vertragspartner nur für die letzten 5 Jahre der Vertragslaufzeit Schadensersatz wegen überhöhter Preise geltend machen. Die ersten 5 Jahre konnte der Lieferant hingegen wirksam die Durchführung des Vertrags verlangen.

Gleiches gilt für Ansprüche in Folge einer räumlich überschießenden Vereinbarung: Konnte eine Bezugspflicht etwa wirksam für den Raum NRW vereinbart werden, nicht hingegen für Schleswig-Holstein, kann der Abnehmer überhöhte Preise nur im Hinblick auf die Produkte geltend machen, die er in Schleswig-Holstein vom Lieferanten beziehen muss.

Auch bezüglich sachlich überschießender Vereinbarungen lässt sich dieser Gedankengang fortführen: Konnte die Bezugspflicht wirksam für Produkt X vereinbart werden, nicht hingegen für Produkt Y, kann der Abnehmer ausschließlich eine Preisüberhöhung im Hinblick auf Produkt Y geltend machen.

bb) Ansprüche Dritter

Auch im Hinblick auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen einer dritten, nicht an der Zuwiderhandlung beteiligten Partei ist zwischen dem kartellrechtswidrigen und -neutralen Teil der Abrede zu differenzieren. Auch hier kommt ein Schaden ausschließlich in Bezug auf den Teil in Betracht, mit dem gegen Art. 101 AEUV verstoßen wurde.

Für die unter aa) genannten Beispiele ergeben sich dieselben Konsequenzen wie bei einem Anspruch zwischen den Parteien. So sei zurückkommend auf das zu Beginn in Abschnitt B.¹²⁹ erwähnte Beispiel eines überschießenden Wettbewerbsverbot unterstellt, dass die Parteien eines Unternehmenskaufvertrags ein EU-weites Wettbewerbsverbot für 10 Jahre vereinbaren, das sich auf insgesamt 3 Produkte (X, Y und Z) bezieht. Nur in Bezug auf die Produkte X und Y bestehen jedoch wettbewerbliche Aktivitäten, wobei X ausschließlich in Deutschland vertrieben wird. Es handelt sich also um ein zeitlich (10 Jahre), räumlich (EU-weit im Hinblick auf Produkt X) und sachlich (Produkt Z) überschießendes Wettbewerbsverbot, das – die mangelnde Einzelfreistellungsfähigkeit unterstellt – gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt.

¹²⁸ Siehe dazu bereits oben S. 239 ff.

¹²⁹ Siehe unter B.II.2.a)aa) (S. 45 ff.).

Soweit das Wettbewerbsverbot nicht unmittelbar mit der Unternehmensübertragung verbunden und für diese notwendig ist, handelt es sich schlicht um eine Gebiets- und Kundenaufteilung, da die Vertragsparteien vereinbaren, sich für einen bestimmten Zeitraum im Hinblick auf bestimmte Produkte in bestimmten geografischen Gebieten keinen Wettbewerb zu machen. Ein Schadensersatzanspruch der Marktgegenseite kommt daher dem Grunde nach wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot in Betracht. Dies allerdings nur *insoweit*, als ein Verstoß auch tatsächlich vorliegt. Dies betrifft (i) in Bezug auf Produkte X und Y den Zeitraum, der 3 Jahre überschreitet, (ii) alle geografischen EU-Vertriebsgebiete von Produkt X außer Deutschland und (iii) das Verbot insgesamt für Produkt Z. Der Abnehmer könnte also eine etwaige Preisüberhöhung in diesem Rahmen geltend machen.

3. Ergebnis

Die geltungserhaltende Reduktion wirkt sich grundsätzlich nicht auf die Entstehung eines Schadensersatzanspruchs aus. Denn der ursprüngliche Verstoß gegen das Kartellverbot wird nicht beseitigt, sondern lediglich die Reichweite der Nichtigkeit beeinflusst. Dies führt zu einer Teilung der Rechtsfolgen im Hinblick auf den kartellrechtlich zulässigen und den überschießenden Teil.

Im Hinblick auf den überschießenden Teil kommen sowohl Ersatzansprüche zwischen den Parteien als auch Dritter in Betracht. Für die Frage der Anspruchsentstehung greifen die allgemeinen Regeln. Die geltungserhaltende Reduktion kann sich hingegen bei der Anspruchsausfüllung in verschiedenen Dimensionen auswirken, darunter insbesondere bei der Frage des Schadensumfangs.

So kann sie maßgeblichen Einfluss auf die Vergleichsmethoden haben, mit deren Hilfe ein hypothetisches zu widerhandlungsfreies Szenario ermittelt wird. Auch ist im Rahmen des konkret geltend gemachten Schadens der Teil der Abrede unberücksichtigt zu lassen, der kartellrechtlich wirksam vereinbart werden konnte. Denn in diesem zulässigen Teil der Vereinbarung lag zu keinem Zeitpunkt ein Kartellverstoß; einem darauf gegründeten Schadensersatzanspruch ist daher bereits die tatbestandliche Grundlage entzogen.

III. Mögliche Auswirkungen der geltungserhaltenden Reduktion aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive

Die gefundenen Ergebnisse geben Anlass zu weiteren theoretischen Fragestellungen aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive, die hier nur zur Diskussion gestellt werden sollen. So könnte sich die vermehrte Anwendung von geltungserhaltenden Reduktionen auf die Anzahl von Transaktionen und damit auch neuen Markteintritten auswirken, was wiederum unmittelbaren Einfluss auf das Wettbewerbsumfeld hätte (1.). Auch scheint die Annahme nicht abwegig, dass es aufgrund einer stei-

genden Tendenz hin zur Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion und damit gegebenenfalls hin zu steigenden Bußgeldern zu einer Abnahme von Verstößen gegen das Kartellverbot kommt (2.). Darüber hinaus kommt bei Aussicht auf gerichtliche Rückführung einer überschießenden Vereinbarung auf den kartellrechtlich zulässigen Teil im Konfliktfall ein Anstieg gerichtlicher Auseinandersetzungen in Betracht (3.). Schließlich kann sich die Aussicht auf Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion auf zukünftige Vertragsverhandlungen und letztlich auf die Höhe des ausgehandelten Kaufpreises auswirken (4.).

1. Mehr Transaktionen, mehr Markteintritte, mehr Wettbewerb?

Da die geltungserhaltende Reduktion zu einem höheren erwarteten Gewinn aus dem Kartellverstoß führt, könnte die vermehrte Anwendung der Methodik zu einer steigenden Anzahl an Transaktionen führen. Dies könnte konsequenterweise auch marktfremde Unternehmen anlocken, ihre Geschäftstätigkeiten auszuweiten und in Märkte einzutreten, in denen sie bis dato nicht tätig waren. Dadurch könnte ein neues Wettbewerbsumfeld entstehen, in dem mehr miteinander konkurrierende Anbieter tätig sind.

2. Weniger Verstöße gegen das Kartellverbot wegen steigender Bußgelder?

Wie aus der verhaltensökonomischen Analyse hervorgeht, entfaltet das Kartellverbot im Falle steigender Tendenzen hin zu einer geltungserhaltenden Reduktion nur dann die gewünschte Steuerungswirkung, wenn mit dem Rechtsverstoß ein hinreichend hohes Bußgeldrisiko einhergeht. Die konkrete Bemessung ist eine Frage des Einzelfalls. Zu erwägen ist jedoch ein *Abschreckungsaufschlag*, durch den der erwünschten Steuerungswirkung des Kartellverbots Rechnung getragen werden könnte.¹³⁰

Geht mit einem Verstoß gegen das Kartellverbot auch bei Aussicht der Parteien auf Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion ein hinreichend hohes Bußgeld einher, könnten sich die Marktteilnehmer ermutigt sehen, sich im Ergebnis lieber innerhalb der *safe harbour* Regelungen zu halten und das Risiko einer kartellrechtlich überschießenden Vereinbarung nicht einzugehen. Damit könnte die vermehrte Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion im Ergebnis zu einer sinkenden Anzahl an Rechtsverstößen gegen das Kartellverbot führen.

¹³⁰ Siehe oben S. 231.

3. Steigende Anzahl von Gerichtsverfahren?

Die Aussicht auf eine richterliche Rückführung überschießender Vereinbarungen könnte hingegen zu einem Anstieg gerichtlicher Auseinandersetzungen führen. Denn die Vertragsparteien könnten sich ermutigt sehen, sich im Streitfall über den Umfang des kartellrechtlich Zulässigen an die Gerichte zu wenden, von denen sie sich Schlichtung und letztlich den Erhalt der Abrede in einem bestimmten Umfang versprechen.

4. Einfluss auf Verhandlungspositionen und Unternehmenskaufpreise?

Auch ist zu berücksichtigen, dass die Aussicht auf Anwendung einer geltungs-erhaltenden Reduktion gegebenenfalls zu einer Verschiebung der Verhandlungspositionen führen kann. Dies könnte etwa in Fällen transaktionsbezogener Wettbewerbsverbote zum Tragen kommen: Führt ein kartellrechtswidriges Wettbewerbsverbot nicht zu seiner Nichtigkeit, sondern wird ein Teil aufrechterhalten, profitiert die von dem Verbot belastete Partei nicht in dem Maße, wie sie es bei Nichtigkeit getan hätte. Sie erhält nicht das *Geschenk* der Nichtigkeit, sondern muss sich mit einem teilweise wirksamen Wettbewerbsverbot abfinden.¹³¹

Sah die durch ein kartellrechtlich überschießendes Wettbewerbsverbot verpflichtete Partei dem Verstoß also zuvor verhältnismäßig gelassen entgegen – im Zweifel war aus ihrer Perspektive mit der Nichtigkeit des Wettbewerbsverbots zu rechnen – könnte die Aussicht auf eine geltungserhaltende Reduktion die Verhandlungspositionen zukünftig mit beeinflussen. Im Ergebnis könnte die Methodik zu mehr Gleichberechtigung bei den Verhandlungen unter den Parteien führen, was sich wiederum auf den Gang der Verhandlungen insgesamt, unter Umständen sogar auf die Höhe des Kaufpreises auswirken kann.

Nimmt man beispielsweise an, die Parteien eines Unternehmenskaufvertrags hätten ein zehnjähriges Wettbewerbsverbot vereinbart, würde die von dem Verbot begünstigte Partei das Risiko der Nichtigkeit der Klausel in das Kaufpreisangebot mit einpreisen. Sie müsste damit rechnen, im Zweifel ohne Wettbewerbsverbot dazustehen, was zu einem tendenziell niedrigeren Angebot führen wird. Können die Parteien aber mit Sicherheit davon ausgehen, dass das Wettbewerbsverbot zumindest in einem bestimmten Umfang wirksam bleibt, wird sich die durch das Verbot verpflichtete Partei diesen *Abkauf* von Wettbewerb im Gegenzug entsprechend vergüten lassen. So sind im Ergebnis kaufpreissteigernde Effekte der geltungserhaltenden Reduktion denkbar.

¹³¹ Siehe zu ungerechtfertigten „Vertragsgeschenken“ im Falle totalnichtiger sittenwidriger Abreden: *Pauly*, JR 1997, Heft 9, S. 357, 361.

IV. Zusammenfassung und Ergebnis

Die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen kartellrechtlich überschießender Abreden kann sich in den verschiedensten Dimensionen auswirken.

Im Rahmen der Bußgeldbemessung kommt auf Grundlage der geltungserhaltenden Reduktion zunächst eine Anpassung des tatbezogenen Umsatzes in Betracht, da die Methodik zu einer Trennung des Kartellverstoßes vom zulässigen Rest der Abrede führt. Somit kann der kartellrechtlich unbedenkliche Teil der Berechnung des Bußgeldes nicht zugrunde gelegt werden. Praktische Auswirkungen kommen auch bei der Berücksichtigung der Schwere der Zu widerhandlung in Betracht: Hier könnte in die Abwägung mit einfließen, dass die überschießende Abrede einen kartellrechtlich unbedenklichen Kern enthält und es sich demnach nicht um einen besonders schweren Verstoß gegen das Kartellverbot handeln kann.

Auch im Zusammenhang mit der privaten Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzforderungen führt die geltungserhaltende Reduktion zu einer Teilung der Rechtsfolgen. Dabei wirkt sich die Methodik insbesondere bei der Frage des Schadensumfangs aus, da der Teil der Abrede unberücksichtigt zu lassen ist, der kartellrechtlich wirksam vereinbart werden konnte. Auch kann die geltungserhaltende Reduktion maßgeblichen Einfluss auf die Vergleichsmethoden haben, mit deren Hilfe ein hypothetisches zu widerhandlungsfreies Szenario ermittelt wird.

Aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive kann die Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen des Kartellverbots verschiedenste Konsequenzen haben. Denkbar sind hier etwa eine steigende Anzahl von Transaktionen und neuen Markteintritten, eine Abnahme von Verstößen gegen das Kartellverbot sowie ein Anstieg gerichtlicher Auseinandersetzungen. Auch könnte die geltungserhaltende Reduktion zu einer Verschiebung von Verhandlungspositionen in privatrechtlichen Vertragsverhandlungen führen und im Ergebnis kaufpreissteigernde Effekte haben.

H. Fazit

So umstritten die zivilrechtlichen Einzelheiten rund um das Instrument der geltungserhaltenden Reduktion auch sein mögen: Gegen ihre Anwendung im Rahmen des Kartellverbots bestehen weder methodische noch rechtliche Bedenken.

1. Die geltungserhaltende Reduktion berührt die Reichweite der kartellrechtlichen Nichtigkeit in ihrem Kern. Gleichzeitig sind die mit der Methodik zusammenhängenden Fragen europarechtlich nicht harmonisiert. Die geltungserhaltende Reduktion nimmt daher eine *Zwitterstellung* zwischen nationalem und EU-Recht ein.¹
2. Da nur die Teile einer Vereinbarung, die gegen das Kartellverbot verstößen, von der Nichtigkeit erfasst werden, könnte ein *Recht auf geltungserhaltende Reduktion* unmittelbar aus Art. 101 AEUV resultieren. Auch kommt in Betracht, ein solches Recht aus dem *effet utile* herzuleiten.²
3. Ebenso vertretbar erscheint, das Bestehen eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, nach dem die nationalen Gerichte zur Anwendung einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen des Kartellverbots verpflichtet sind, aus dem Recht der Mitgliedstaaten rechtsvergleichend herzuleiten.³
4. Zentral für die Anwendung der geltungserhaltenden Reduktion ist der Begriff der Teilbarkeit. Teilbar ist eine Abrede, wenn in ihr eigenständige, kartellrechtlich zulässige Elemente identifiziert werden können, die zwar gegebenenfalls eine Umformulierung der Vereinbarung nötig machen, in ihrem Sinngehalt jedoch eindeutig von ihrem überschließenden und daher kartellverbotswidrigen Teil abzutrennen sind. Dabei ist nicht die Form, sondern der Inhalt der Abrede entscheidend.⁴
5. Teilbar sind sowohl zeitliche, geografische als auch sachliche Inhalte.⁵
6. Für die Bestimmung des kartellrechtlich zulässigen Teils, der an die Stelle der unwirksamen Abrede tritt, existieren im kartellrechtlichen Kontext allem voran normative Anhaltspunkte. Stehen mehrere Lösungsmöglichkeiten zur Verfügung, hat das Gericht mit Hilfe aller Möglichkeiten der zivilprozessualen Tat-

¹ Siehe dazu unter C.I. (S. 50 ff.).

² Siehe dazu unter C.II. (S. 54 ff.).

³ Siehe dazu unter C.III. (S. 72 ff.).

⁴ Siehe dazu unter D.I. (S. 101 ff.).

⁵ Siehe dazu unter D.II. (S. 111 ff.).

sachenfeststellung den hypothetischen Parteiwillen zu ermitteln. Gelingt dies nicht, ist eine geltungserhaltende Reduktion ausgeschlossen.⁶

7. Weder Wortlaut, Systematik, Historie noch Telos von Art. 101 Abs. 2 AEUV sprechen gegen eine Vereinbarkeit der geltungserhaltenden Reduktion mit der kartellrechtlichen Nichtigkeitsfolge. Insbesondere kommt der Nichtigkeit keine eigenständige Sanktionsfunktion zu.⁷
8. Auch der *effet utile* steht einer geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen des Kartellverbots nicht entgegen: Die mit einem Verstoß verknüpften Verfahrensrechte werden durch die Methodik dem Grunde nach nicht beeinträchtigt. Auch die Präventionsfunktion des Kartellverbots bleibt unberührt, da sich die Marktteilnehmer auch bei Aussicht auf geltungserhaltende Reduktion nicht für einen Verstoß gegen das Kartellverbot entscheiden werden, solange die damit einhergehenden Sanktionen abschreckend genug wirken.⁸
9. Die geltungserhaltende Reduktion ist auch dann mit der kartellrechtlichen Nichtigkeitsfolge vereinbar, wenn sie im Rahmen einer Gruppenfreistellungsverordnung zur Anwendung kommt.⁹
10. Einer geltungserhaltenden Reduktion steht auch die Nichtigkeitsfolge aus § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB nicht im Wege.¹⁰ Ein Alles-oder-Nichts-Prinzip ist hier ebenso wenig vorgesehen wie im Europarecht.
11. § 138 BGB schließt eine geltungserhaltende Reduktion jedenfalls im Bereich kartellverbotswidriger nachvertraglicher Wettbewerbsverbote nicht aus, so lange dem Schutzzweck der Norm im Einzelfall Genüge getan ist. Eine geltungserhaltende Reduktion kartellverbotswidriger Allgemeiner Geschäftsbedingungen kommt nur außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 93/13/EWG in Betracht. Hier kann der Schutzzweck der Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB gegen eine geltungserhaltende Reduktion sprechen, wenn der Kartellverstoß Ausdruck eines bestehenden Informations- und Motivationsgefälles zwischen Verwender und Kunde ist.¹¹
12. Bei der Bußgeldbemessung führt die geltungserhaltende Reduktion zu einer zweistufigen Ermittlung des tatbezogenen Umsatzes. Auch kann sie sich bei der Berücksichtigung der Schwere der Zuwiderhandlung auswirken.¹²
13. Bei der Berechnung des Schadensumfangs im Rahmen kartellrechtlicher Schadensersatzverfahren kann die geltungserhaltende Reduktion maßgeblichen

⁶ Siehe dazu unter D.III. (S. 129 ff.).

⁷ Siehe dazu unter E.I. (S. 135 ff.).

⁸ Siehe dazu unter E.II. (S. 144 ff.).

⁹ Siehe dazu unter E.III. (S. 163 ff.).

¹⁰ Siehe dazu unter F.I. (S. 178 ff.).

¹¹ Siehe dazu unter F.II. (S. 184 ff.).

¹² Siehe dazu unter G.I. (S. 217 ff.).

Einfluss auf die Vergleichsmethoden haben, mit deren Hilfe ein hypothetisches zuwiderhandlungsfreies Szenario ermittelt wird. Auch bei der konkret geltend gemachten Höhe des Schadens ist eine Auswirkung der geltungserhaltenden Reduktion denkbar.¹³

14. Aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive könnte die zunehmende Anwendung von geltungserhaltenden Reduktionen im Rahmen des Kartellverbots nicht nur zu einer steigenden Anzahl von Transaktionen und neuen Markteintritten führen, sondern auch zu einer Abnahme von Verstößen gegen das Kartellverbot sowie zu einem Anstieg gerichtlicher Auseinandersetzungen. Schließlich ist denkbar, dass sich die Verhandlungspositionen in privatrechtlichen Vertragsverhandlungen verschieben, womit unter Umständen sogar Auswirkungen auf die Höhe des Kaufpreises, im Sinne von kaufpreisseigernden Effekten, eintreten können.¹⁴

¹³ Siehe dazu unter G.II. (S. 233 ff.).

¹⁴ Siehe dazu unter G.III. (S. 247 ff.).

Literaturverzeichnis

- Basedow*, Jürgen, Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht – Über Unsicherheiten, Allgemeine Grundsätze und die europäische Justizarchitektur, AcP 210 (2010), 157.
- Baumann*, Wolfgang, Ökonomie und Recht – Ökonomische Effizienzjurisprudenz, RNotZ 2007, 297.
- Bechtold, Rainer/Bosch*, Wolfgang, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB §§ 1 – 96, 185, 186, 9. Aufl., München 2018 (zit.: *Bechtold/Bosch*).
- Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang/Brinker, Ingo*, EU Kartellrecht, 3. Aufl., München 2014 (zit.: *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU Kartellrecht).
- Bechtold*, Stefan, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, Tübingen 2010.
- Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter (Hrsg.), 54. Edition, Stand: 1.12.2019, München 2019 (zit.: BeckOK ArbR/Bearbeiter).
- Ben Soussen*, Monique, La clause de non-concurrence doit être proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur, 19.11.2014, abrufbar unter: <https://www.bsm-avocats.com/arret-du-23-juin-2014-la-cour-dappel-a-annule-la-clause-de-non-concurrence-inseree-par-la-societe-ucar/>.
- Berg*, Werner/Mäsch, Gerald, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 3. Aufl., München 2018.
- Bernhard*, Jochen, Grenzen vertraglicher Wettbewerbsverbote zwischen Unternehmen, NJW 2013, 2785.
- Bertolá Navarro*, Iciar La cláusula penal: la facultad moderadora del Juez, 22.1.2014, abrufbar unter: <https://blog.sepin.es/2014/01/la-clausula-penal-la-facultad-moderadora-del-juez/>.
- Beurskens*, Michael, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl., Stuttgart 2018.
- Bleckmann*, Moritz, Nationale Grundrechte im Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union, Tübingen 2011.
- Bork*, Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Tübingen 2016 (zit.: *Reinhard Bork*, Rn.).
- Bork*, Robert H., The Antitrust Paradox: A Policy at war with itself, 2. Aufl., New York 1993 (zit.: *Robert H. Bork*, S.).
- Breit*, William/Elzinga, Kenneth G., Antitrust Enforcement and Economic Efficiency: The Uneasy Case for Treble Damages, The Journal of Law and Economics 17, Nr. 2, 1974, S. 329.
- Brox*, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, Allgemeiner Teil des BGB, 44. Aufl., München 2020.
- Bülow*, Peter/Artz, Markus, Verbraucherkreditrecht, 10. Aufl., München 2019.

- Busche, Jan/Röhling, Andreas* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 1, §§ 1–34a GWB, 1. Aufl., Köln 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 1).
- Busche, Jan/Röhling, Andreas* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Art. 101–106 AEUV (ex-Artt. 81–86 EGV), Gruppenfreistellungsverordnungen, 1. Aufl., Köln 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3).
- Busche, Jan/Röhling, Andreas* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4, VO 1/2003, FKVO (VO 139/2004), Besondere Wirtschaftszweige: Landverkehr (VO 169/2009), Luftverkehr, Seeverkehr, Postwesen, Telekommunikation, Kreditwirtschaft, Versicherungswirtschaft, 1. Aufl., Köln 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 4).
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, in: Baur, Jürgen F./Hopt, Klaus J./Mailänder, K. Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 1990 (zit.: *Canaris*, FS Steindorff, 519).
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Nachträgliche Gesetzeswidrigkeit von Verträgen, geltungserhaltende Reduktion und salvatorische Klauseln im deutschen und europäischen Kartellrecht, Der Betrieb 2002, Heft 18, S. 930.
- Coase, Ronald H.*, The Nature of the Firm, *Economica*, Vol. 4, Nr. 13–16, S. 386.
- Coase, Ronald H.*, The problem of social cost, *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, Oktober 1960, S. 1.
- Cohen, Mark A./Scheffman, David T.*, The Antitrust Sentencing Guideline: Is the Punishment worth the Costs?, *American Criminal Law Review* 27, Nr. 2 (1989), S. 331.
- Craswell, Richard/Calfee, John E.*, Deterrence and uncertain legal standards, *The Journal of Law, Economics & Organization*, 2/1986, 279.
- Danwitz, Thomas von*, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, Tübingen 1996.
- Dauses, Manfred A. (Begr.)/Ludwigs, Markus* (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Loseblattsammlung, Werksstand: Juli 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Dauses/Ludwigs, EU-WirtschaftsR-HdB).
- Dedual, Alessia*, Geltungserhaltende Reduktion, Tübingen 2017.
- Engel, Christoph/Englerth, Markus/Lüdemann, Jörn/Spiecker gen. Döhmann, Indra* (Hrsg.), Recht und Verhalten, Tübingen 2007 (zit.: *Bearbeiter*, Titel, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmann).
- Erman, Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Aufl., Köln 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Erman).
- Fischer, Michael Th./Iliopoulos, Konstantin*, Die Sicherung der Vertraulichkeit der Anwaltskorrespondenz im kartellrechtlichen Nachprüfungsverfahren – Zur Bedeutung des AM&S-Urturts des EuGH, *NJW* 1983, 1031.
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin 1992.
- Fritzsche, Alexander*, Die Schadensvermutung – Auslegungsfragen zum Kartellzivilrecht nach der 9. GWB-Novelle, *NZKart* 2017, 581.

- Gobet, Marie-Noelle, L'article 8 LCD et les clauses insolites – Le point sur les conditions générales, ST 8/2013, 539.*
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Loseblattsammlung, Werksstand: Oktober 2019, München (zit.: Bearbeiter, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim).*
- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015 (zit.: Bearbeiter, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje).*
- Hager, Johannes, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, München 1983 (zit.: Hager, Auslegung).*
- Hager, Johannes, Der lange Abschied vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, JZ 1996, 175.*
- Hager, Johannes, Die gesetzeskonforme Aufrechterhaltung übermäßiger Vertragspflichten – BGHZ 89, 316 und 90, 69, JuS 1985, 264.*
- Heidel, Thomas/Hüftge, Rainer/Mansel, Heinz-Peter/Noack, Ulrich (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil, §§ 1–240, EGBGB: Bd. 1, 3. Aufl., Baden-Baden 2016 (zit.: Bearbeiter, in: Nomos Kommentar).*
- Herzberg, Rolf D., Die ratio legis als Schlüssel zum Gesetzesverständnis? – Eine Skizze und Kritik der überkommenen Auslegungsmethodik, JuS 2005, 1.*
- Hirsch, Christoph, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Baden-Baden 2018.*
- Hirte, Heribert, Wettbewerbsverbote bei Unternehmensveräußerungen, ZHR 154 (1990), S. 443.*
- Holzweber, Stefan/Winner, Martin, Wettbewerbsverbote bei Entflechtungen im Kartellrecht, wbl 2018, 297.*
- Honsell, Heinrich, Die zivilrechtliche Sanktion der Sittenwidrigkeit, JA 1986, 573.*
- Iglesias, Gil Carlos Rodríguez, Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung, NJW 1999, 1.*
- ILP Abogados, Tiene el Juez facultad para moderar una indemnización pactada por las partes?, 6.8.2018, abrufbar unter: <https://www.ilpbogados.com/puede-el-juez-moderar-una-indemnizacion-pactada-por-las-partes-en-un-contrato/>.*
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Begr./Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, 6. Aufl., München 2020 (zit.: Bearbeiter, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht).*
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Begr.)/Körber, Torsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1, EU Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl., München 2019 (zit.: Bearbeiter, in: Immenga/Mestmäcker, EU Wettbewerbsrecht).*
- Jaeger, Wolfgang/Kokott, Juliane/Pohlmann, Petra/Schroeder, Dirk (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Loseblattsammlung, Werksstand: Januar 2020, Köln (zit.: Bearbeiter, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd.).*
- Kamanabrou, Sudabeh, Teilverbindlichkeit überschießender nachvertraglicher Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer, ZGR 2002, 898.*

- Kamann, Hans-Georg/Horstkotte, Christian, Kommission versus nationale Gerichte – Kooperation oder Konfrontation im Kartellverfahren – Das Masterfoods-Urteil des EuGH im Licht der geplanten Kartellverfahrensverordnung, WuW 2001, 458.*
- Kamann, Hans-Georg/Ohlhoff, Stefan/Völcker, Sven, Kartellverfahren und Kartellprozess Handbuch, 1. Aufl., München 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker).*
- Kersting, Christian, Kartellrechtliche Haftung des Unternehmens nach Art. 101 AEUV – Folgerungen aus EuGH, Urt. v. 14.03.2019, C-724/17 – Skanska –, WuW 2019, 290.*
- Kersting, Christian/Podszun, Rupprecht, Die 9. GWB-Novelle, Kartellschadensersatz – Digitale Ökonomie – Fusionskontrolle – Bußgeldrecht – Verbraucherschutz, 1. Aufl., München 2017.*
- Kirchgässner, Gebhard, Homo oeconomicus, 4. Aufl., Tübingen 2013.*
- Kirchhoff, Wolfgang, Möglichkeiten und Grenzen markenrechtlicher Abgrenzungsvereinbarungen aus Sicht des Kartellrechts, GRUR 2017, 248.*
- Kletecka, Andreas/Schauer, Martin (Hrsg.), ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Wien, Stand: August 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kletecka/Schauer, ABGB-ON).*
- Kling, Michael/Thomas, Stefan, Kartellrecht, 2. Aufl., München 2016.*
- Köhler, Helmut, Einschränkungen der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, JuS 2010, 665.*
- Kötz, Hein, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, 209.*
- Kutscher, Hans, Über den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1981, 392.*
- Landes, William M., Optimal Sanctions for Antitrust Violations, The University of Chicago Law Review, Ed. 50 (1983), 652.*
- Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Kartellrecht Kommentar, Bd. 1: Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl., München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, Bd. 1).*
- Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Kartellrecht Kommentar, Bd. 2: Europäisches Kartellrecht, 13. Aufl., München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, Bd. 2).*
- Lecheler, Helmut, Der Beitrag der allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Europäischen Integration – Rückblick und Ausblick, ZEuS 2003, Heft 3, S. 337.*
- Lecheler, Helmut, Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, Berlin 1971.*
- Leipold, Dieter, BGB I Einführung und Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Tübingen 2015.*
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans Jürgen (Hrsg.), Kartellrecht, 3. Aufl., München 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: LMRKM Kartellrecht).*
- Marín García, Ignacio, Cláusula penal: la facultad moderadora del juez, InDret, Comentario a la STS, 1^a, 17. 10. 2007, abrufbar unter: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/513_es.pdf.*

- Markert*, Kurt, Die Thyssengas/STAWAG-Entscheidung des OLG Düsseldorf – ein Fehlurteil, WuW 2002, 578.
- Martens*, Sebastian A. E., Methodenlehre des Unionsrechts, Tübingen 2013.
- Mäsch*, Gerald, Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot – „Courage“ und die Folgen, EuR 2003, 825.
- Mederer*, Wolfgang, Richtlinievorschlag über Schadensersatzklagen im Bereich des Wettbewerbsrechts, EuZW 2013, 847.
- Medicus*, Dieter/*Petersen*, Jens (Hrsg.), Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., Heidelberg 2016.
- Mestmäcker*, Ernst-Joachim/*Schweitzer*, Heike, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014.
- Metzger*, Axel, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, Tübingen 2009.
- Michalski*, Lutz, Funktion, Arten und Rechtswirkungen von Ersetzungsklauseln, NZG 1998, 7.
- Müller-Glöge*, Rudi/*Preis*, Ulrich/*Schmidt*, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht).
- Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht: Bd. 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, Bornkamm, Joachim/Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), 2. Aufl., München 2015 (zit.: MüKoEuWettbR/*Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Bd. 1, Allgemeiner Teil, Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), 8. Aufl., München 2018 (zit.: MüKoBGB/*Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Bd. 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), 8. Aufl., München 2019 (zit.: MüKoBGB/*Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht: Bd. 2, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) §§ 1–96, 185, 186, Verfahren vor den Europäischen Gerichten, Säcker, Franz Jürgen/Meier-Beck, Peter (Hrsg.), 3. Aufl., München 2020 (zit.: MüKoGWB/*Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung: Bd. 1, §§ 1–354, Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.), 5. Aufl., München 2016 (zit.: MüKoZPO/*Bearbeiter*).
- Nassall*, Wendt, Reduzierte Geltungserhaltung kartellrechtswidriger Klauseln?, BB 1988, 1265.
- Neuner*, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., München 2020.
- North*, Douglass C., Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge 1990.
- Nowak*, Carsten, EuGH: Verhältnis von Art. 85 EGV zu englischem Wettbewerbsrecht, EuZW 2001, 715 (Anmerkung zum Urteil).
- Palandt*, Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Palandt*).
- Pauly*, Holger, Die geltungserhaltende Reduktion: Dogmatische Bedenken und vorhandene Wertungswidersprüche, JR 1997, Heft 9, S. 357.

- Pfeiffer*, Thomas, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 14. 6. 2012 (C-618/10; EuZW 2012, 753) – Zur Frage des Verbots geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung nach der EU-Klauselrichtlinie, LMK 2012, 339740.
- Posner*, Richard A., Antitrust Law, 2. Aufl., Chicago 2001 (zit.: *Posner*, Antitrust Law).
- Posner*, Richard A., Economic Analysis of Law, 8. Aufl., Austin 2011 (zit.: *Posner*, Economic Analysis of Law).
- Potacs*, Michael, Auslegung im öffentlichen Recht, Baden-Baden 1994.
- Potacs*, Michael, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, 465.
- Riesenhuber*, Karl, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., Berlin 2015.
- Ritter*, Lennart, Langfristige Gasbezugsvrträge: Zulässigkeit, Teilnichtigkeit oder Gesamtnichtigkeit? Anmerkung zu dem Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 7. 11. 2001 – U (Kart.) 31/00, WuW 2002, 362.
- Roth*, Herbert, Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht, JZ 1989, 411.
- Roth*, Wulf-Henning, Effet utile im europäischen Kartellrecht, WRP 2013, 257.
- Schäfer*, Hans-Bernd/*Ott*, Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin 2012.
- Schira*, Josef, Statistische Methoden der VWL und BWL: Theorie und Praxis, 5. Aufl., München 2016.
- Schlachter*, Monika, Folgen der Unwirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen für den Restvertrag, JuS 1989, 811.
- Schnichels*, Dominik, Marktabschottung durch langfristige Gaslieferverträge, EuZW 2003, 171.
- Schröter*, Helmuth/*Jakob*, *Thinam/Klotz*, Robert/*Mederer*, Wolfgang (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer*).
- Schultze*, Jörg-Martin/*Pautke*, Stephanie/*Wagner*, Dominique S., Vertikal-GVO Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2019.
- Schwiertet*, Anja, Der effet utile und das Kartellzivilrecht, Baden-Baden 2018.
- Soergel*, Hans-Theodor (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Bd. 2: Allgemeiner Teil 2, §§ 104–240, 13. Aufl., Stuttgart 1999 (zit.: *Soergel/Bearbeiter*).
- Soergel*, Hans-Theodor (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Bd. 4: Schuldrecht 2, §§ 305–310, 13. Aufl., Stuttgart 2018 (zit.: *Soergel/Bearbeiter*).
- Staudinger*, Julius von (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil 4a, §§ 134–138. ProstG, Berlin 2017 (zit.: *Staudinger/Bearbeiter*).
- Staudinger*, Julius von (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305–310; UKlaG, Berlin 2019 (zit.: *Staudinger/Bearbeiter*).

- Streinz*, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Streinz*).
- Thomas*, Stefan, Grundsätze zur Beurteilung vertikaler Wettbewerbsverbote – Die Neubestimmung durch das Subunternehmer II-Urteil des BGH, *WuW* 2010, 177.
- Thomas*, Stefan, Wettbewerb in der digital economy: Verbraucherschutz durch AGB-Kontrolle im Kartellrecht?, *NZKart* 2017, 92.
- Uffmann*, Katharina, Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, *Tübingen* 2010.
- Ulmer*, Peter, Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln? Zum Verhältnis von geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung, *NJW* 1981, 2025.
- Verger*, Marine/*Pierrard*, Louis-Emmanuel, La sanction des clauses de non-concurrence illégales: réduction ou nullité?, *La Revue* vom 7.2.2017.
- Wagener*, Dominique/*Schultze*, Jörg-Martin, Zwei Jahre sind genug! Ein Beitrag zu Laufzeiten von Wettbewerbsverboten in Unternehmenskaufverträgen, *NZG* 2001, 157.
- Wagner*, Gerhard, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe, *AcP* 206 (2006), 352.
- Weidenbach*, Georg/*Mühle*, Jan, Wettbewerbsverbote im Kartellrecht: Unternehmenskaufverträge, *EWS* 9/2010, S. 353.
- Westphalen*, Friedrich Graf von/*Thüsing*, Gregor (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: v. *Westphalen/Thüsing*, *VertrR/AGB-Klauselwerke*).
- Weyer*, Hartmut, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 20.9.2001 – C-453/99 – *Courage/Crehan*, *GRUR Int* 2002, 54.
- Wiedemann*, Gerhard (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Wiedemann*).
- Williamson*, Oliver E., The economic institutions of capitalism: Firms, markets, relational contracting, New York 1985.
- Wurmnest*, Wolfgang, Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche von Kartellbeteiligten bei Verstößen gegen das EG-Kartellverbot, *RIW* 2003, 896.
- Zimmermann*, Reinhard, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Die rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge, Berlin 1979.

Stichwortverzeichnis

- Abschreckungsfunktion 168, 171, 189 f., 217
Ahndungsrisiko 159, 162
Allgemeine Geschäftsbedingungen 89, 93, 97, 103, 204, 206, 212 f.
Allgemeine Rechtsgrundsätze 73 ff.
Anreiz 18, 38, 130, 146 f., 152, 156, 162, 231

Bußgeldbemessung 216 f., 224 f., 230 f., 249, 251
Bußgeldrahmen 220 ff., 228

Daten 44, 238 f., 242
Doppelverwertungsverbot 223

Effet utile 16, 18, 55, 65 ff., 69 ff., 82, 98, 135, 144 f., 163, 175, 250 f.
Effizienz 109, 142, 149
Einzelfreistellung 47, 107, 109, 129, 164 ff., 170, 173

Formularverträge 20, 196, 198 ff., 202, 204, 206
Frankreich 82 f., 86, 141, 208, 225
Freistellung 60, 109, 138, 142, 144, 165, 174
Fusionskontrollrecht 86, 91

Gewinn- und Schadenspotential 222, 228 f.
Grundbetrag 218 f., 224, 227
Gruppenfreistellungsverordnung 18, 49, 110, 135, 163 ff., 175, 177, 209, 251
GWB-Novelle 44, 140, 142, 176 f., 181 f., 212, 220

Hardcore 43, 101, 108 ff., 134, 172, 219, 225, 230
Homo oeconomicus 148, 150

Inhaltskontrolle 19, 96, 196, 200 ff., 204 ff., 210 ff., 251
Interessenabwägung 37, 69, 131, 184 ff., 188 ff., 194 f.

Kernbeschränkung 43, 49, 101, 108 ff., 134, 165 f., 170 ff., 225
Kontrafaktische Szenario 237, 242

Missbrauch 89 f., 164, 189, 197 ff., 209 ff., 214
Mitgliedstaat 16, 46, 50, 55 ff., 66 ff., 82 f., 98, 119, 141, 165, 177, 197 f., 200, 209 f., 232, 238, 250

Österreich 68, 82, 92 ff., 96 ff., 212

Parteiarede 31 f., 34, 37, 129 f., 216
Präventionswirkung 40, 42, 140, 180
Prinzip der Selbsteinschätzung 43 f., 142, 144

Quantitative Teilbarkeit 104 f.

Rationaltheorie 148, 150 f.
Rechtsvergleichung 72, 74 f., 80, 82
Reduktionsmaß 36, 38, 205
Regelungslücke 24, 35, 73, 76, 78

Salvatorische Klauseln 29 f.
Sanktionscharakter/Sanktionsfunktion 40, 42, 139, 142, 144, 147, 174 f., 180, 184, 188 ff., 251
Schadensersatz 20, 52, 55 ff., 66 ff., 72, 99, 146, 156, 190, 216, 231 ff., 245 f., 249, 251
Schadensumfang 236 ff., 242, 246, 249, 251
Schadensvermutung 232, 236, 241
Schutzrichtung 184, 195
Schutzzweckvorbehalt 193 ff., 211, 213
Sittenverstoß 189 ff.

- Sittenwidrig 24, 35, 39, 42, 80, 93 f., 96 f., 101, 106, 112, 118, 125, 183 ff., 212, 214, 248
- Spanien 82, 88, 97
- Spürbarkeitserfordernis 186, 195
- Strukturprinzip 72, 76, 80 f., 98
- Tatbezogener Umsatz 224, 228
- Teilbarkeit 16 f., 27, 29, 31, 40 ff., 48, 51 f., 54, 58, 60, 65, 86, 95 ff., 110 ff., 114 ff., 120 ff., 125, 128 f., 131, 133 f., 171, 173, 175, 183, 190 f., 193 ff., 214, 225, 230, 240, 250
- Räumliche 116
 - Sachliche 48, 121, 128
 - Zeitliche 60, 111
- Transaktionskosten 148 f., 205
- Übermaß 24, 28, 35, 56, 63, 67, 92, 97, 101, 105, 107, 117, 120, 125, 144, 191, 193 f., 212
- Verbotsgrenzen 43
- Verbotsprinzip 137, 139, 144
- Verbrauchervertrag 20, 88, 183, 201, 208, 213
- Vergleichsmethode 238, 242 ff., 246, 249, 252
- Verhältnismäßigkeit 90, 140, 143
- Vertikalvereinbarung 45, 48, 173
- Vorsitzendenschreiben 44
- Wettbewerbsverbot 15 ff., 24, 30, 35, 38 f., 41, 45 ff., 55, 59, 60 ff., 71 f., 82 ff., 91 f., 94, 96 f., 101 f., 105 ff., 111, 113 ff., 124 ff., 128, 132 f., 183 ff., 190 ff., 214, 224 f., 241 ff., 248, 251
- Zuständigkeit 68, 79
- Zwitterstellung 16, 50, 81, 98, 250