

CHRISTIAN SCHÖNBERGER

Struktur und Grenzen des Missbrauchsbegriffs

Beiträge zum Kartellrecht

16

Mohr Siebeck

Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von
Michael Kling und Stefan Thomas

16



Christian Schönberger

Struktur und Grenzen des Missbrauchsbegriffs

Zur Frage der Heranziehung
außerkartellrechtlicher Rechtsverstöße zur Begründung
des Missbrauchsvorwurfs

Mohr Siebeck

Christian Schönberger, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaft in Heidelberg und Leicester; 2015 Erste juristische Staatsprüfung; Referendariat in Hamburg mit Stationen u.a. beim Bundeskartellamt und beim Bundeswirtschaftsministerium; 2018 Zweite juristische Staatsprüfung; seit 2019 Richter in Baden-Württemberg; 2021 Promotion (Tübingen).

D 21

ISBN 978-3-16-161076-9 / eISBN 978-3-16-161079-0

DOI 10.1628/978-3-16-161079-0

ISSN 2626-773X / eISSN 2626-7748 (Beiträge zum Kartellrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen. Sie ist im Wesentlichen zwischen Oktober 2018 und April 2020 entstanden. Neuere Rechtsprechung und Literatur sind bis Anfang Januar 2021 berücksichtigt.

Herzlich bedanken möchte ich mich in erster Linie bei meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Stefan Thomas, für die hervorragende Betreuung der Arbeit. Er hat die Anregung für das Thema der Arbeit gegeben und ihren Fortgang mit großem Wohlwollen sowie seinem stets kritischen und klaren Blick begleitet. Für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens gebührt mein Dank Herrn Professor Dr. Jens-Hinrich Binder, LL.M. Weiter bedanke ich mich bei den Herausgebern für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Beiträge zum Kartellrecht“.

Meinen Freunden und Kollegen, Frau Lisa Körner und Frau Dr. Bianca Beutel danke ich für ihre mühevollen und sorgsam Korrekturen. Mein größter Dank aber gilt meinen Eltern für ihr Vertrauen, den festen Rückhalt und ihre zu jeder Zeit bedingungslose Unterstützung. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Stuttgart, im Juli 2021

Christian Schönberger

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
<i>A. Einführung</i>	1
<i>B. Problemstellung</i>	2
<i>C. Gang der Untersuchung</i>	3
<i>D. Themenabgrenzung</i>	4
Kapitel 1: Grundlagen	5
<i>A. Der Wettbewerb</i>	5
<i>B. Idealer Markt und Marktversagen</i>	9
<i>C. Der rechtliche Rahmen</i>	21
<i>D. Consumer welfare standard als möglicher kartellrechtlicher Maßstab</i>	24
Kapitel 2: Wettbewerbsbezogener Ausbeutungsmissbrauch (Art. 102 S. 2 lit. a AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB)	45
<i>A. Voraussetzungen</i>	49
<i>B. Außerkartellrechtlicher Rechtsverstoß als Minderung der Konsumentenrente</i>	85

Kapitel 3: Normativer Ausbeutungsmisbrauch (Art. 102 S. 1 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB)	125
<i>A. Historische Entwicklung</i>	125
<i>B. Möglichkeit eines Rückgriffs auf die Generalklausel</i>	128
<i>C. Begründungsansätze für einen rein normativen Missbrauchsbegriff</i>	138
Kapitel 4: Behinderungsmisbrauch durch Verstöße gegen außerkartellrechtliche Vorschriften	179
<i>A. Verstoß gegen wettbewerberschützende Vorschriften</i>	181
<i>B. Verstoß gegen sonstige außerkartellrechtliche Vorschriften</i>	183
Kapitel 5: Die 10. GWB-Novelle	185
Zusammenfassung	189
<i>A. Ausbeutungsmisbräuche</i>	189
<i>B. Behinderungsmisbräuche</i>	190
Literaturverzeichnis	191
Sachregister	205

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
<i>A. Einführung</i>	1
<i>B. Problemstellung</i>	2
<i>C. Gang der Untersuchung</i>	3
<i>D. Themenabgrenzung</i>	4
Kapitel 1: Grundlagen	5
<i>A. Der Wettbewerb</i>	5
I. Der Begriff des Wettbewerbs	5
II. Funktionen des Wettbewerbs	6
1. Ökonomische Funktionen	6
2. Weitere Funktionen	7
<i>B. Idealer Markt und Marktversagen</i>	9
I. Marktmacht	12
II. Informationsdefizite	13
1. Qualitätsunkenntnis	14
2. Preisunkenntnis	16
3. Nutzenunkenntnis	16
4. Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers zur Minderung von Informationsasymmetrien	16
III. Rationalitätsdefizite	18
IV. Interdependenzen zwischen Marktmacht und anderen Ursachen von Marktversagen	20
<i>C. Der rechtliche Rahmen</i>	21

I.	Verhältnis zwischen europäischem und deutschem Missbrauchsverbot	21
II.	Marktbeherrschung	21
III.	Missbrauch	22
D.	<i>Consumer welfare standard als möglicher kartellrechtlicher Maßstab</i>	24
I.	Wohlfahrtsökonomie und Kartellrecht	25
II.	Grundzüge des consumer welfare standards	27
III.	Marktmachtmissbräuche nach dem consumer welfare standard	31
	1. Allgemein	31
	2. Verbraucherbegriff	33
	3. Vergleichsmaßstab	33
	4. Zusammenfassung	34
IV.	Abstrakte Bestandteile der Leistungsqualität	35
V.	Leistungsqualität als konkreter Wettbewerbsparameter	37
VI.	Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsparameter	40
VII.	Schwierigkeiten bei der Bewertung der Leistungsqualität	42
VIII.	Zusammenfassung	43
 Kapitel 2: Wettbewerbsbezogener Ausbeutungsmissbrauch (Art. 102 S. 2 lit. a AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB)		45
A.	<i>Voraussetzungen</i>	49
I.	Ausbeutung	49
	1. Wortlaut	49
	2. Schutzzweck	50
	a) Behinderungsmissbräuche	51
	b) Ausbeutungsmissbräuche	52
	3. Ergebnis	56
II.	Zusammenhang zwischen Marktmacht und Missbrauch	56
	1. Meinungsstand	57
	a) Literatur	57
	b) Deutsche Rechtsprechung	59
	aa) Ältere Rechtsprechung	59
	bb) Neuere Rechtsprechung	60
	cc) Hochzeitsrabatte-Entscheidung	63
	dd) VBL-Gegenwert-Entscheidungen	63
	ee) Facebook-Entscheidung	66
	c) Europäische Rechtspraxis	67
	2. Würdigung	70
	a) Wortlaut	70
	b) Historische Vorstellung des Gesetzgebers	71

c)	Schutzzweck	72
aa)	Inhalt des Unwerturteils bei Ausbeutungsmisbräuchen	72
bb)	Schutz vor marktmachtbedingtem Marktversagen	74
d)	Konzept des Als-ob-Wettbewerbs	76
e)	Abgrenzung zu anderen Regelungsbereichen	77
f)	Eingriffsintensität der Ausbeutungskontrolle	79
g)	Vergleich mit den sektorspezifischen kartellrechtlichen Ausbeutungsverboten	82
h)	Einheitliche Voraussetzungen bei Preis- und Konditionenmisbräuchen	83
3.	Ergebnis	84
III.	Zusammenfassung	85
B.	<i>Außerkartellrechtlicher Rechtsverstoß als Minderung der Konsumentenrente</i>	85
I.	Gegenstand der außerkartellrechtlichen Norm als abstrakter Wettbewerbsparameter	86
1.	Allgemeine Geschäftsbedingungen	87
2.	Datenschutz und Datensicherheit	87
II.	Bedeutung der Minderung eines Leistungsqualitätsparameters	91
III.	Sinn und Zweck der Bestimmung des hypothetischen Wettbewerbszustands	92
IV.	Gesetzesrecht als Abbild eines realistischen Wettbewerbsniveaus	93
1.	Gesetzliches Schutzniveau als konkreter Wettbewerbsparameter	93
a)	AGB-Recht	94
b)	Datenschutzrecht	98
c)	Zusammenfassung	101
2.	Weitere Vorbedingungen	101
a)	Gesetzesrecht als Ausdruck der Nachfragerpräferenzen	102
b)	Zusammenhang zwischen Verbraucherpräferenzen und hypothetischem Marktergebnis	104
c)	Folgerung	104
3.	Wettbewerbsunabhängige Ursachen von Rechtsverstößen ...	105
4.	Ergebnis	107
V.	Gesetzesrecht als normativ festgelegtes wettbewerbsanaloges (Mindest-)Niveau	107
1.	Vorstellung des Ansatzes	107
2.	Stellungnahme	109
a)	Innere Widersprüche in der Argumentation	109

b)	Unvereinbarkeit der normativen Festlegung wettbewerbsanaloger Bedingungen mit dem wohlfahrtsökonomischen Hintergrund der Missbrauchsaufsicht	111
c)	Reichweite des verbraucherrechtlichen Schutzzwecks ...	112
d)	Erweiterung verbraucherrechtlicher Teleologie durch Orientierung am dispositiven Gesetzesrecht	115
e)	Einheit der Rechtsordnung	118
3.	Ergebnis	122
VI.	Ergänzende Überlegungen	122
Kapitel 3: Normativer Ausbeutungsmisbrauch (Art. 102 S. 1 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB)		125
A.	<i>Historische Entwicklung</i>	125
B.	<i>Möglichkeit eines Rückgriffs auf die Generalklausel</i>	128
I.	Ausgangsüberlegungen und Meinungsstand	129
II.	Gesetzesmaterialien	132
III.	Vergleich mit § 138 BGB	132
IV.	Stellungnahme	133
V.	Folgerungen für die Auslegung der Generalklausel	136
C.	<i>Begründungsansätze für einen rein normativen Missbrauchsbegriff</i>	138
I.	Unwerturteil nach Interessenabwägung	139
II.	Besonders schädliche Auswirkungen des Rechtsbruchs aufgrund der marktbeherrschenden Stellung	141
1.	Größere Breitenwirkung von Rechtsverstößen bei Marktbeherrschung	141
2.	Marktmacht als abstrakte Beeinträchtigung der Schutzwirkung außerkartellrechtlicher Normen	141
3.	Stellungnahme	143
a)	Hohe Anzahl an Rechtsverstößen	143
b)	Imitationsanreiz für Wettbewerber	145
c)	Eingeschränkte Rechtsdurchsetzung gegenüber Normadressaten	146
d)	Missbrauchsverbot kein ergänzendes Rechtsdurchsetzungsinstrument gegenüber Marktbeherrschern	148
4.	Ergebnis	153
III.	Ähnlichkeit von verletzter Norm und Missbrauchsverbot	153
1.	Übereinstimmender Kreis der Normadressaten zur Begründung strikter Kausalität	153

2. Übereinstimmender bzw. ähnlicher Schutzzweck von verletzter Norm und Missbrauchsverbot	156
a) Schutz des schwächeren Vertragsteils im Rahmen einer Anbieter-Nachfrager-Beziehung	156
b) Verbraucherschutz	159
c) Binnenmarkt	162
d) Übereinstimmende Prinzipien	162
e) Wettbewerbsbezug und Marktteilnehmerschutz	163
f) Regulierungsrecht	164
3. Ergebnis	165
IV. Schutzlücke für nicht quantifizierbare Interessen der Marktgegenseite und der Allgemeinheit	165
1. Begründungsansatz	165
2. Verfassungsrechtlicher Schutzauftrag	166
a) Schutzauftrag des Grundgesetzes	167
b) Schutzauftrag der EU-GRCh	172
3. Stellungnahme	172
4. Ergebnis	173
V. Einheit der Rechtsordnung	173
VI. Marktmachtbedingte Beeinträchtigung der Rechtsordnung	176
VII. Ergebnis	178
 Kapitel 4: Behinderungsmissbrauch durch Verstöße gegen außerkartellrechtliche Vorschriften	 179
A. <i>Verstoß gegen wettbewerberschützende Vorschriften</i>	181
B. <i>Verstoß gegen sonstige außerkartellrechtliche Vorschriften</i>	183
 Kapitel 5: Die 10. GWB-Novelle	 185
 Zusammenfassung	 189
A. <i>Ausbeutungsmissbräuche</i>	189
B. <i>Behinderungsmissbräuche</i>	190
 Literaturverzeichnis	 191
 Sachregister	 205

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Antitrust Bull.	The Antitrust Bulletin
Antitrust Law J.	Antitrust Law Journal
BB	Betriebsberater
BeckRS	beck-online.Rechtsprechung
Bell J. Econ.	The Bell Journal of Economics
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
CMLR	Common Market Law Review
CPI	Competition Policy International
CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
Eur. Law Rev.	European Law Review
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
George Mason Law Rev.	George Mason Law Review
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
IDPL	International Data Privacy Law
J. Econ.	Journal of Economics
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
JA	Juristische Ausbildung
JAЕ	Journal of Antitrust Enforcement
JCLE	Journal of Competition Law & Practice
JECLAP	Journal of European Competition Law & Practice
JLE	Journal of Law and Economics
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation & Recht
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
Loyola Consum. Law Rev.	Loyola Consumer Law Review
MMR	Multimedia und Recht
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
Q. J. Econ.	The Quarterly Journal of Economics
Rev. Industr. Organization	Review of Industrial Organization
Stanf. Law Rev.	Stanford Law Review
Tex. Law Rev.	Texas Law Review
Va. Law Rev.	Virginia Law Review
William Mitchell Law Rev.	William Mitchell Law Review
WM	Wirtschafts- und Bankrecht
World compet. Law and econ. Rev.	World competition law and economic review
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E BGH	Wirtschaft und Wettbewerb Entscheidungssammlung Bundesgerichtshof
WuW/E BKartA	Wirtschaft und Wettbewerb Entscheidungssammlung Bundeskartellamt
Yale J. Law Technol.	Yale Journal of Law and Technology
Yale J. Regul.	Yale Journal on Regulation
Yearb. Eur. Law	Yearbook of European Law
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZUM	Zeitschrift für Urheber und Medienrecht
ZweR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Alle weiteren verwendeten Abkürzungen richten sich, soweit nicht gesondert vermerkt, nach Kirchner/Böttcher, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Aufl., Berlin 2018.

Einleitung

Im Zuge der Globalisierung und der Digitalisierung des Wirtschaftslebens sind vielfältige neue Geschäftsmodelle und – teils mit ihnen – neue globale Großkonzerne entstanden. Während verschiedentlich die Sorge geäußert wurde, dass Staaten bei der Regulierung dieser mächtigen wirtschaftlichen Akteure und ihrer Geschäftsmodelle überfordert sein könnten, sind gerade die Kartellbehörden wiederholt mit aufsehenerregenden Verfahren und Sanktionen gegen diese Konzerne vorgegangen. Nicht zuletzt deshalb genießt die Arbeit der Kartellbehörden – trotz oder gerade wegen ihrer Komplexität – großes Vertrauen sowohl in der Wirtschaftswelt als auch in der Öffentlichkeit. Vor diesem Hintergrund sind die aktuellen Rufe nach „mehr Kartellrecht“ im Ausgangspunkt nachvollziehbar. Als Allheilmittel für alle Probleme mit im weitesten Sinne wirtschaftlichem Antlitz kann jedoch auch ein noch so effektives Kartellrecht nicht dienen. Andernfalls wird es selbst Verwerfungen ausgesetzt und droht seine Verlässlichkeit zu verlieren. Die vorliegende Arbeit soll dazu beitragen, den Grenzen des Kartellrechts im Bereich des Missbrauchsverbots schärfere Konturen zu verleihen.

A. Einführung

Das Bundeskartellamt betrieb jüngst ein Verfahren gegen den Betreiber eines sozialen Netzwerks und warf dem Unternehmen vor, mit seinen Nutzungsbedingungen gegen Datenschutzrecht zu verstoßen und dadurch seine mögliche marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke zu missbrauchen.¹ Der Bundesgerichtshof hielt unlängst wiederholt ein Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens für kartellrechtlich missbräuchlich, weil es gegen das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen verstieß.² Die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung zwischen der Eisschnellläuferin Claudia Pechstein und der Internationalen Eislaufunion bewertete der Bundesgerichtshof ebenfalls am Maßstab des Missbrauchsver-

¹ BKartA, Beschl. v. 06.02.2019, B6-22/16, BeckRS 2019, 4895 – *Facebook*.

² BGH, Urt. v. 06.11.2013, KZR 58/11, juris – *VBL-Gegenwert I*; BGH, Urt. v. 24.01.2017, KZR 47/14, juris – *VBL-Gegenwert II*.

bots und nahm zur Beurteilung scheinbar in erster Linie eine Abwägung der beiderseitigen Grundrechtspositionen vor.³

Ausgehend von diesen aktuellen Beispielen könnte sich ein unvoreingenommener Betrachter die Frage stellen, was dies alles mit dem Kartellrecht zu tun habe. Kartellrechtler dürften hingegen zur Kenntnis nehmen, dass eine schleichende Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Missbrauchsverbots stattfindet. Zur Begründung des Missbrauchs wird zunehmend auf außerkartellrechtliche gesetzliche Wertungen, wie die des Datenschutzrechts, des AGB-Rechts oder sogar der Grundrechte, rekurriert. Dies lässt vermuten, dass im Schlepptau des Kartellrechts auch andere Regelungsinteressen „mitdurchgesetzt“ werden sollen.

B. Problemstellung

Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot bezweckt den Schutz des Wettbewerbs und der Konsumentenwohlfahrt vor missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen. Die Maßstäbe zur Beurteilung der kartellrechtlichen Missbräuchlichkeit eines Verhaltens sind nach herkömmlichem Verständnis den Ordnungsprinzipien einer Wettbewerbswirtschaft zu entnehmen. Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs oder der Marktteilnehmer durch wettbewerbswidriges Verhalten muss danach anhand einer ökonomisch plausiblen Schadenstheorie erklärt werden können. Sowohl die Wettbewerbsökonomie als auch die traditionelle kartellrechtlich-funktionale Dogmatik stellen auf die Parameter der Wettbewerbsfreiheit und der wirtschaftlichen Effizienz ab, um zu beurteilen, ob ein bestimmtes Verhalten kartellrechtlich missbräuchlich ist. Die Bewertung anhand dieser Parameter ist jedoch gerade im Hinblick auf Konditionenmissbräuche aufgrund verschiedener Bewertungsunsicherheiten schon seit jeher schwierig. Nicht zuletzt infolge der Entstehung neuer, oft internetbasierter, Geschäftsmodelle mit mehrseitigen Märkten, verschärften sich diese Bewertungsunsicherheiten auch bei anderen Missbrauchsformen. Dies veranlasste die Kartellrechtspraxis sowie die Kartellrechtswissenschaft mitunter dazu, abseits der etablierten ökonomischen Schadenstheorien nach Beurteilungsmaßstäben für missbräuchliche Verhaltensweisen zu suchen. Es verbreitete sich die These, dass die kartellrechtliche Missbräuchlichkeit auch anhand von Verstößen marktbeherrschender Unternehmen gegen außerkartellrechtliche, aber zumindest im weitesten Sinne marktrelevante Gesetzesvorschriften beurteilt werden kann. Die Verletzung außerkartellrechtlicher Normen soll einen kartellrechtlichen Unwert anzeigen. Diese Art der Betrachtung ist für den

³ BGH, Urt. v. 07.06.2016, KZR 6/15, juris – *Pechstein*.

Rechtsanwender deshalb besonders verlockend, weil sich die Missachtung solcher Rechtsvorschriften häufig deutlich einfacher feststellen lässt als Wettbewerbsstörungen am Maßstab der Wettbewerbsfreiheit oder der Effizienz. Nicht zu verkennen ist jedoch die Gefahr, dass durch die Heranziehung dieser außerkartellrechtlichen Normen der Schutzzweck und die stringente Dogmatik des Kartellrechts aufgeweicht werden könnten.

Die Frage, ob und inwieweit normative Wertungen bei der Begründung des Missbrauchsvorwurfs unter der bisherigen Konzeption des Missbrauchsverbots fruchtbar gemacht werden können und ob vor dem Hintergrund neuer komplexer Märkte die bisherige Teleologie zu erweitern ist, soll Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

C. Gang der Untersuchung

In Kapitel 1 werden zunächst die grundlegenden Funktionen wirksamen Wettbewerbs dargestellt. Sodann wird darauf eingegangen, was einen idealen Markt auszeichnet und welche Ursachen von Marktfunktionsdefiziten neben dem Phänomen der Marktmacht in Frage kommen. Es folgt ein Überblick über den rechtlichen Rahmen, bevor der – zumindest für den ersten Teil der Arbeit allein maßgebliche – Bewertungsmaßstab, der *consumer welfare standard*, vorgestellt und für die hiesigen Untersuchungszwecke konkretisiert wird.

Die Kapitel 2 und 3 beschäftigen sich mit Rechtsverstößen im Zusammenhang mit Ausbeutungsmissbräuchen. Die Thematik der Heranziehung normativer Wertungen stellte sich in der Praxis bisher hauptsächlich in diesem Kontext. Zudem finden sich hier auch vielfältigere Anknüpfungsmöglichkeiten als im Bereich des Behinderungsmisbrauchs.

Kapitel 2 widmet sich der Frage, ob aus der Verletzung gesetzlicher Vorschriften durch ein marktbeherrschendes Unternehmen eine Ausbeutung der Marktgegenseite im Sinne der Beispielstatbestände des Art. 102 S. 2 lit. a AEUV und des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB gefolgert werden kann. Dazu werden zunächst die grundlegenden Charakteristika von Ausbeutungsmissbräuchen und die daraus abzuleitenden Tatbestandsvoraussetzungen derselben erarbeitet. Daran anschließend wird untersucht, ob das Gesetzesrecht als realistischer oder als zumindest normativ anzuerkennender hypothetischer Wettbewerbszustand in Betracht kommt, so dass ein Rechtsverstoß automatisch eine negative Abweichung vom hypothetischen Wettbewerbszustand darstellen würde.

In Kapitel 3 entfernt sich die Arbeit vom Maßstab des *consumer welfare standards* und wendet sich sogenannten normativen Ausbeutungsmissbräuchen im Rahmen der missbrauchsrechtlichen Generalklauseln (Art. 102 S. 1 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB) zu. Es wird ergründet, ob sich der Vorwurf des

Ausbeutungsmissbrauchs allein auf einen Rechtsverstoß als solchen stützen lässt und damit auf die Feststellung einer Abweichung vom wettbewerblichen *counterfactual* verzichtet werden kann. Zuerst wird dazu die historische Entwicklung des normativen Ausbeutungsmissbrauchs nachgezeichnet und gefragt, ob und unter welchen Voraussetzungen überhaupt ein Rückgriff auf die missbrauchsrechtliche Generalklausel erfolgen kann. Anschließend werden unterschiedliche Begründungsansätze für einen rein normativen Ansatz erarbeitet, auf die jeweils eine Bewertung folgt.

Kapitel 4 geht überblicksartig auf die Bedeutung von Rechtsverstößen zur Feststellung von Behinderungsmissbräuchen ein.

In Kapitel 5 folgt ein Ausblick. Die Arbeit endet mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

D. Themenabgrenzung

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit soll es ausschließlich um die Berücksichtigungsmöglichkeit von außerkartellrechtlichen Normverstößen zur Begründung des Missbrauchsvorwurfs gehen. Gegenstand der Betrachtung ist hingegen insbesondere nicht die Frage, inwieweit auf Ebene der Interessenabwägung oder Rechtfertigung außerwettbewerbliche Belange zum Tragen kommen können.⁴ In der letztgenannten Konstellation stellen die außerwettbewerblichen Interessen Abwägungsposten dar, die mit dem Schutz des Wettbewerbs oder seiner positiven Ergebnisse im Einzelfall in Ausgleich zu bringen sind. Dabei geht es nicht um die Frage, ob ihnen eine ähnliche Schutzrichtung wie dem Missbrauchsverbot zukommt oder ob sie sonst dessen Anwendung legitimieren können. Vielmehr wäre zu prüfen, ob sie der Anwendung des Missbrauchsverbots im Einzelfall entgegenstehen.

⁴ Dazu etwa *Weyer*, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann u.a., FK Kartellrecht, 97. EL 2020, § 19 GWB (Stand: März 2017) Rn. 73; *Eilmansberger/Bien*, in: Säcker/Bien/Meier-Beck u.a., MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Art. 102 AEUV Rn. 23; *Kubiciel*, WuW 2004, 162, 168 ff. S. a. BVerfG, Beschl. v. 11.07.2006, 1 BvL 4/00, juris, Rz. 108 ff. – *Berliner Vergabegesetz*.

Kapitel I

Grundlagen

A. Der Wettbewerb

Eine Grundvoraussetzung für ein funktionierendes marktwirtschaftliches System ist der Wettbewerb zwischen Anbietern und zwischen Nachfragern auf allen Märkten einer Volkswirtschaft.¹ Nur mit Wettbewerb können Märkte ihre zentralen Aufgaben der Koordination von Angebot und Nachfrage sowie der effizienten Verwendung von Ressourcen erfüllen. Zudem gibt Wettbewerb Anreize zur Entwicklung neuer Produkte und Produktionsverfahren und somit zu technischem Fortschritt.

I. Der Begriff des Wettbewerbs

Wettbewerb ist ein dynamischer Prozess.² Er entsteht, wenn Rechtssubjekte im Wirtschaftsverkehr von ihrer Handlungsfreiheit Gebrauch machen.³ *Friedrich von Hayek* charakterisierte Wettbewerb als „spontane Ordnung“⁴ beziehungsweise als „Such- und Entdeckungsverfahren“⁵, das heißt als dynamischen Prozess mit offenem Ergebnis. Darin kommt prägnant zum Ausdruck, dass weder der Begriff abschließend definiert noch das Ergebnis von Wettbewerb exakt und mit Sicherheit vorhergesagt werden können.⁶ Es lassen sich allenfalls mit Hilfe moderner ökonomischer Modelle Muster-Voraussagen über Wirkungszusammenhänge machen, das heißt darüber, wie das Marktergebnis von alternativen Rahmenbedingungen der Tendenz nach beeinflusst werden könnte.⁷

¹ *Kerber/Schwalbe*, in: Säcker/Bien/Meier-Beck u.a., MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 34.

² *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 42; *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 13.

³ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 3 Rn. 4; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 2 Rn. 2.

⁴ *Z.B. Hayek*, in: Streit/Hayek, Rechtsordnung und Handelsordnung, 2003, S. 35, 42.

⁵ *Ders.*, in: Streit/Hayek, Rechtsordnung und Handelsordnung, 2003, S. 132 ff.

⁶ Vgl. nur *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 42 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 3 Rn. 1; *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 14.

⁷ *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 14.

Das wettbewerbliche Marktgeschehen stellt sich zumindest phänomenologisch typischerweise als ein vor allem vom Gewinninteresse motivierter Rivalitätsprozess dar.⁸ Hierbei versuchen Unternehmen ihre Produkte und Dienstleistungen zu verbessern oder zu niedrigeren Preisen anzubieten, um die Nachfrager zum Abschluss von Kaufverträgen zu animieren.⁹ Die Nachfrager entscheiden darüber, welche der angebotenen Leistungen ihren Präferenzen am ehesten entsprechen beziehungsweise ihre Bedürfnisse am besten befriedigen.¹⁰ Durch diese Kaufentscheidungen wird für die Anbieter zugleich ihr Erfolg im Wettbewerb abgebildet, der letztlich in der Höhe ihrer Gewinne oder Verluste zum Ausdruck kommt.¹¹

II. Funktionen des Wettbewerbs

Während eine Definition von Wettbewerb kaum zu leisten ist¹², treten die ökonomischen und nichtökonomischen Funktionen des (freien, funktionierenden beziehungsweise wirksamen) Wettbewerbs zunehmend deutlich hervor. Dies ist zum einen den Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften zu verdanken, zum anderen dem Prozess der Rechtsanwendung, weil Beschränkungen des Wettbewerbs auch dessen Funktionen veranschaulichen können.¹³ Über die im Folgenden betrachteten Wirkungen, die man von einem sogenannten wettbewerblichen Marktgeschehen erwartet, herrscht in der Ökonomie ein Grundkonsens.¹⁴

1. Ökonomische Funktionen

Dem Wettbewerb kommt erstens eine ökonomische Steuerungs- und Ordnungsfunktion zu.¹⁵ Wettbewerb führt zu einer optimalen Faktorallokation und damit zum effizientesten Einsatz knapper Ressourcen. Er passt die Pro-

⁸ Kerber/Schwalbe, in: Säcker/Bien/Meier-Beck u.a., MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 35.

⁹ Dies., in: Säcker/Bien/Meier-Beck u.a., MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 35.

¹⁰ Dies., in: Säcker/Bien/Meier-Beck u.a., MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 35.

¹¹ Dies., in: Säcker/Bien/Meier-Beck u.a., MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 35.

¹² Herdzina, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl. 1999, S. 11.

¹³ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 3 Rn. 2; Herdzina, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl. 1999, S. 10.

¹⁴ Herdzina, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl. 1999, S. 31; Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 15.

¹⁵ Säcker, in: Säcker/Bien/Meier-Beck u.a., MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 4.

duktionskapazitäten flexibel dem technischen Fortschritt und den Nachfragestrukturen an und richtet das Waren- und Dienstleistungsangebot unter Integration der Märkte auf die Käuferpräferenzen aus (Anpassungs- und Allokationsfunktion).¹⁶

Zweitens sorgt Wettbewerb für die Entwicklung neuer und besserer Güter und Produktionsverfahren. Er fördert so eine größere Kosten- und Ressourceneffizienz. Dies zieht letztlich Wirtschaftswachstum bei relativer Preisniveaustabilität nach sich (Fortschritts- und Kostensenkungsfunktion).¹⁷

Drittens wird dem Wettbewerb eine Verteilungsfunktion im Sinne einer leistungsgerechten Primärverteilung von Einkommen zugeschrieben. Er verteilt die Einkommen nach der Marktleistung durch Entlohnung nach der Grenzproduktivität und verhindert damit nicht leistungsbezogene Einkommen oder baut diese rasch ab.¹⁸

Diese Funktionen entsprechen dem Wettbewerbsverständnis der Kommission und des deutschen Gesetzgebers. Die Kommission ist der Auffassung, dass Wettbewerb den Verbrauchern in Form niedriger Preise, höherer Qualität und eines größeren Angebots an neuen oder verbesserten Waren oder Dienstleistungen zugutekomme.¹⁹ Auch der historische GWB-Gesetzgeber sah im Wettbewerb keinen Selbstzweck, sondern ein Mittel zur Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung.²⁰

2. Weitere Funktionen

Funktionierender Wettbewerb erschöpft sich allerdings nicht in ökonomischen Funktionen. Insbesondere im deutschsprachigen Schrifttum werden nach wie vor die gesellschaftspolitischen Funktionen des Wettbewerbs herausgestellt, insbesondere seine Freiheitsfunktion.²¹ Mit den Worten des GWB-Gesetzgebers stellt die Wettbewerbsordnung die wirtschaftlichen „Grundrechte“ der Freiheit der Arbeit und der Verbrauchswahl sicher.²²

¹⁶ *Ders.*, in: Säcker/Bien/Meier-Beck u.a., MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 4.

¹⁷ *Ders.*, in: Säcker/Bien/Meier-Beck u.a., MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 4; *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl. 1999, S. 19, 24 ff.

¹⁸ *Säcker*, in: Säcker/Bien/Meier-Beck u.a., MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 4; *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl. 1999, S. 19, 28 ff.

¹⁹ S. etwa EU-Kommission, Mitteilung der Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, (im Folgenden: Prioritätenmitteilung), Abl. Nr. C 45 v. 24.02.2009, S. 7 Rn. 5.

²⁰ Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 22.01.1955, (im Folgenden: RegE GWB 1955), BT-Drs. 2/1158, 22.

²¹ *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 16.

²² RegE GWB 1955, BT-Drs. 2/1158, 22.

Wettbewerb gewährleistet dezentrale Entscheidungsprozesse und damit individuelle Freiheiten der Wettbewerber und der Marktgegenseite.²³ Wettbewerb ist untrennbar mit individueller Freiheit, das heißt der Abwesenheit von Zwang, verbunden.²⁴ Diese ist zugleich Voraussetzung und Folge wirksamen Wettbewerbs. Wettbewerb setzt das Vorhandensein von Handlungsalternativen, also von Freiheitsspielräumen voraus.²⁵ Die Freiheit der Marktteilnehmer zeigt sich dabei zum einen als Wettbewerbsfreiheit, nämlich der Freiheit der Wettbewerber zum Einsatz ihrer wettbewerbliehen Aktionsparameter, und zum anderen als Wahlfreiheit, das heißt der Freiheit der Marktgegenseite zwischen mehreren Alternativen wählen zu können.²⁶ Da es absolute Handlungsfreiheit für alle Wirtschaftsteilnehmer nie geben kann, ist Freiheit dabei als relative Freiheit zu verstehen – also als System, das allen etwa gleiche Handlungs- und Wahlmöglichkeiten gewährleistet. Vor diesem Hintergrund können nur *unangemessene* oder *unbillige* Beschränkungen des Handlungsspielraums beziehungsweise der Wahlmöglichkeiten von Wirtschaftssubjekten sinnvollerweise als Freiheitsbeschränkungen charakterisiert werden.²⁷

In engem Zusammenhang mit dem Schutz individueller Freiheitsräume steht die Rolle des Wettbewerbs als „das großartigste und genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte“.²⁸ Die Entmachtungsfunktion, die dem Wettbewerb zugeschrieben wird, bietet Schutz vor den vielfältigen negativen Folgen wirtschaftlicher Macht. Solange (potenzieller) Wettbewerb und damit Marktgegenmacht besteht, müssen auch marktmächtige Akteure jederzeit um ihre wirtschaftliche Stellung fürchten.²⁹ Somit ist Wettbewerb gleichzeitig auch ein Mittel zur Verhinderung wirtschaftlicher Macht³⁰, welche sowohl die Freiheiten des Einzelnen als auch die Unabhängigkeit und Neu-

²³ Säcker, in: Säcker/Bien/Meier-Beck u.a., MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 5; näher zum Begriff der wirtschaftlichen Freiheit und ihren Ausprägungen Herdzina, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl. 1999, S. 12 f.; Di Fabio, ZWeR 2007, 266, 270. Letzterer sieht den Wettbewerb nicht nur als Nützlichkeitsprinzip, mit dem eine Gesellschaft ihre Leistungsfähigkeit und ihren Reichtum zu steigern vermag, sondern mit seinen beiden Säulen der Eigentumsgarantie und der Privatautonomie auch als eine rationale Einrichtung, die individuelle Freiheit gegen die Macht aller Kollektive, auch die politischer Verbände wie dem Staat, überhaupt erst ermöglicht.

²⁴ Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 14.

²⁵ Ders., Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 14.

²⁶ Herdzina, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl. 1999, S. 13.

²⁷ Ders., Wettbewerbspolitik, 5. Aufl. 1999, S. 13.

²⁸ So die bekannt gewordene Formulierung von Böhm, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, S. 1, 22. Ähnlich Canaris, AcP 200 (2000), 273, 293, der Wettbewerb als „Instrument zur Zähmung oder Neutralisierung der Macht von Privatrechtssubjekten“ versteht.

²⁹ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 2 Rn. 27.

³⁰ Biedenkopf, in: FS Mestmäcker zum 80. Geburtstag, 2006, S. 83, 91.

tralität des Staates und damit dessen Funktionsfähigkeit beeinträchtigen kann.³¹ Dem Nachfrager kommt im Rahmen der Entmachtungsfunktion eine entscheidende Rolle zu. Das Leistungsprinzip ist davon abhängig, dass der Nachfrager die „Aufgabe des Schiedsrichters im Wettbewerb“³² wahrnimmt und seine Präferenzentscheidungen souverän entsprechend der Leistungen der Anbieter fällt beziehungsweise fällen kann.

Im weiteren Kontext der freiheitsgewährleistenden Funktion wird häufig auf die privatrechtssichernde Funktion des Wettbewerbs hingewiesen.³³ In einer freiheitlichen Privatrechtsordnung kommt der Interessenausgleich zwischen den einzelnen Rechtssubjekten durch frei ausgehandelte Austauschverträge zustande. Die Wertrelationen zwischen den einzelnen Gütern werden durch Angebot und Nachfrage über den Preis determiniert. Für eine solche Privatrechtsordnung ist der Wettbewerb das entscheidende Instrument, welches die gegenseitige Unabhängigkeit – verstanden als relative Machtlosigkeit – und Wahlfreiheit der Vertragspartner institutionell verbürgt.³⁴ Wettbewerb ist somit auch unerlässliche Voraussetzung für eine funktionierende Privatautonomie.³⁵

B. Idealer Markt und Marktversagen

In der Wohlfahrtsökonomik, die versucht die Bedingungen für die Maximierung gesellschaftlicher Wohlfahrt zu ergründen, dient das Modell vollkommener Konkurrenz (*perfect competition*) nach wie vor als Referenzmaßstab eines idealen Marktes.³⁶ Der Wettbewerb ist in diesem Modell dann vollkom-

³¹ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 3 Rn. 77; *Säcker*, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck u.a.*, MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 5.

³² *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 2 Rn. 26 m.w.N.

³³ *Säcker*, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck u.a.*, MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 15 f., 22.

³⁴ *Ders.*, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck u.a.*, MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 15 m.w.N.

³⁵ *Säcker*, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck u.a.*, MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 22; *Säcker*, in: *Hauer/Rudkowski/Gooren u.a.*, Macht im Zivilrecht, 2013, S. 9, 9 ff. Eingehend *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, 2015.

³⁶ Näher zum Modell des vollständigen Wettbewerbs und der Kritik daran *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 21; *Höft*, Die Kontrolle des Ausbeutungsmissbrauchs im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 2013, S. 57; *Whish/Bailey*, Competition law, 9. Aufl. 2018, S. 8 ff.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Säcker/Bien/Meier-Beck u.a.*, MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 69 ff.; *van den Bergh/Camesascal Giannaccari*, Comparative competition law and economics, 2017, S. 27 f.

men, wenn mangels Marktmacht kein Marktteilnehmer Einfluss auf den Marktpreis ausüben kann. Dann sind alle Marktteilnehmer Preisnehmer, das heißt, sie sehen den Marktpreis als gegeben an und passen nur ihre Angebotsbeziehungsweise Nachfragemenge an.³⁷ Gewinnorientierte Unternehmen bemessen ihre Angebotsmenge so, dass der Marktpreis ihren Grenzkosten entspricht.³⁸ Die Annahmen des Modells der vollkommenen Konkurrenz führen zu einem Marktgleichgewicht aus Angebot und Nachfrage, was eine optimale Allokation von Produktionsfaktoren und Gütern gewährleistet und die maximale Gesamtwohlfahrt mit sich bringt.³⁹ In diesem Zustand werden genauso viele Güter angeboten wie nachgefragt, und es treten weder Überschussangebot noch Überschussnachfrage auf.⁴⁰ Dieser Gleichgewichtszustand mit optimaler Allokation wird auch als pareto-effizient bezeichnet, denn durch weiteren Tausch oder durch die Andersverwendung von Ressourcen kann kein Individuum in der Gesellschaft besser gestellt werden, ohne dass zumindest ein anderes Individuum schlechter gestellt wird.⁴¹ Es wird zudem teilweise vertreten, dass nicht nur die statischen Effizienzen (allokative und produktive Effizienz) bei vollständigem Wettbewerb am größten sind, sondern auch die Innovationstätigkeit (dynamische Effizienz).⁴²

Der Zustand vollkommener Konkurrenz bildet ein Ideal und findet sich auf realen Märkten grundsätzlich nicht. Die Modellannahmen liegen dort fast nie vor.⁴³ Zu diesen Modellannahmen gehört, dass sich auf dem Markt unendlich viele Anbieter und Nachfrager ohne jede Marktmacht gegenüberstehen, es zu keinen externen Effekten kommt, alle Produktionsfaktoren und Güter unbegrenzt teilbar sind, Anpassungsprozesse keinerlei Zeit in Anspruch nehmen, die Marktteilnehmer eine unbegrenzte Reaktionsgeschwindigkeit aufweisen und alle Marktteilnehmer rational sowie formal frei handeln.⁴⁴ Weiter wird in dem Modell unterstellt, dass jeder Anbieter seine An-

³⁷ Kerber/Schwalbe, in: Säcker/Bien/Meier-Beck u.a., MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 70; Höft, Die Kontrolle des Ausbeutungsmisbrauchs im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 2013, S. 57.

³⁸ Kerber/Schwalbe, in: Säcker/Bien/Meier-Beck u.a., MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 69.

³⁹ Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 21; Whish/Bailey, Competition law, 9. Aufl. 2018, p. 5; Kerber/Schwalbe, in: Säcker/Bien/Meier-Beck u.a., MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 71; Orbach, JCLE 7 (2011), 133, 141.

⁴⁰ Hertfelder, Die consumer welfare im europäischen Wettbewerbsrecht, 2010, S. 23.

⁴¹ Kerber/Schwalbe, in: Säcker/Bien/Meier-Beck u.a., MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 71. Näher dazu etwa Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 23 ff.

⁴² Whish/Bailey, Competition law, 9. Aufl. 2018, S. 5 ff.

⁴³ Kerber/Schwalbe, in: Säcker/Bien/Meier-Beck u.a., MüKo EUWettbR, 3. Aufl. 2020, Grundlagen Rn. 76.

⁴⁴ Mausel/Müller, in: Mause/Müller/Schubert, Politik und Wirtschaft, 2018, Bd. 84, S. 1, 5; Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 25 ff.

Sachregister

- Allgemeine Geschäftsbedingungen
 - (AGB) 87, 94
 - AGB-Qualität 94 ff.
- Allokationseffekt 53 f.
- Allokationsfunktion 7
- Als-ob-Wettbewerb 46, 69 f., 76 f., 92
- Anbieter-Nachfrager-Beziehung 12, 156
- Äquivalenzverhältnis 36, 49, 53
- Auffangfunktion der Generalklausel 130 f.
- Ausbeutung 49
 - Zeitpunkt der Vollendung 54
- Ausbeutungsmissbrauch 23, 45, 73
 - qualitativer 125 ff.
 - quantitativer 46
 - sektorspezifischer 82 f., 165
- Ausnutzung, missbräuchliche 70
- Ausweichmöglichkeiten, fehlende 146
- Auswirkungsprinzip, kartellrechtliches 152

- Behinderungsmissbrauch 23, 51, 56, 73, 179 ff.
- Beispielstatbestände 129
- Bestimmtheitsgebot 80
- Beurteilungsmaßstäbe, herkömmliche 2
- Binnenmarkt 162
- Breitenwirkung 141, 143 f.

- Consumer welfare standard 24, 27 ff.

- Daten
 - ideelle Bedeutung 88 f., 99
 - ökonomische Bedeutung 87
- Datenschutz
 - als Wettbewerbsparameter 89 f.
 - Niveau 91 f.
- Datenschutzbestimmungen 87, 98
 - Informationsdefizite 98 ff.
- deadweight loss* 13
- Diskriminierung 151
 - effects-based approach* 25
- Effizienz, wirtschaftliche 2, 25, 31, 111
 - allokativer 10
 - dynamische 10, 31, 53
 - produktive 10
- Eingriffsverwaltung 79
- Einheit der Rechtsordnung 118 ff., 173 f.
- Entdeckungswahrscheinlichkeit 105
- Entmachtungsfunktion 8, 177
- Entscheidungsdivergenzen 152
- Entscheidungsfreiheit 73 f.
- Ergebniskausalität, *siehe* Kausalität, normative
- Erzwingung 69, 71

- Facebook*-Entscheidung 66
- Fairness, Prinzip der 162
- Favorit*-Beschluss 59, 126
- free effect* 100
- Freiheitsfunktion 7

- Gefahrenabwehrrecht, allgemeines 149
- Generalklauseln
 - Auffangfunktion 130 f., 169
 - zivilrechtliche 168, 175
- Gesamtwohlfahrt, maximale 10, 31
- Gesamtwohlfahrtsstandard, *siehe* total welfare standard
- Gesamtwohlfahrtsverlust 13
- Gesetzesrecht
 - dispositives 103, 115
 - zwingendes 103, 107
- Grundrechte 167
 - *siehe auch* verfassungsrechtlicher Schutzauftrag
- GWB-Digitalisierungsgesetz 185

- Individualismus, methodologischer 18
- Informationsasymmetrien 14 f.
 - transaktionskostenbedingte 75, 96 f.
- Informationspflichten 17
- Inhaltskontrolle
 - AGB-rechtliche 75, 82, 95
 - vertragliche 74
- Interessenabwägung 139 ff.
- Interessenasymmetrie 147

- Kausalität 56 ff.
 – normative 58 f.
 Kompetenzkonflikte 152
 Kompetenzüberschreitung 77
 Kompetenzverschiebungen 152
 Konditionenmissbrauch 45
 Konkurrenz, vollkommene 9
 Konsumentenrente 27
 Konsumentensouveränität 160
 Konsumentenwohlfahrt 27, 31
 Konsumentenwohlfahrtsstandard,
 siehe consumer welfare standard
 Kopplungsverbot 154
- Leistungsqualität 35 f., 78, 91
 Leitbildfunktion 130 f., 134
- Marktbezug 163
 Märkte, mehrseitige 39 f.
 Marktergebnis 55
 Marktinformationsmechanismen 101
 Marktverhalten 55
 Marktverhaltensregelung 163 f.
 Marktversagen 11
 – informationelles 75
 – marktmachtbedingtes 74
 Marktverschließung 51, 180
 Mindeststandards, gesetzliche 17, 102
 Missbrauchsverbot 21
 Monopol-Modell 12
- Nachahmungsgefahr 145
 Nachfrager, *siehe* Verbraucher
 Nachfragerpräferenzen 102 ff., 111
 Netzwerkeffekte 106
 Normadressaten, übereinstimmende
 153 ff.
- Ordnungswidrigkeitenrecht 80
- Pechstein*-Urteil 60, 170 f.
 Präjudizwirkung 142
 Preisargument 42
 Preiseffekt 53 f.
 Preiskenntnis 122
 – *siehe auch* Informationsasymmetrien
privacy paradox 89, 100
 Privatrechtssichernde Funktion 9
 Produzentenrente 28
- Qualitätskenntnis 14 f.
 – *siehe auch* Informationsasymmetrien
- Rationalität
 – objektive 18
 – subjektive 19
 – Zweckrationalität 18
 Recht auf informationelle Selbstbestimmung 99, 158, 160
 Rechtsbruchtatbestand, lauterkeitsrechtlicher 164, 181
 Rechtsdurchsetzungsdefizite 106, 146 ff.
 Rechtsordnung 72, 162
 – *siehe auch* Einheit der Rechtsordnung
 – Privatrechtsordnung 9, 168
 – Schutz durch Missbrauchsverbot 143, 150, 176 f.
 Rechtsstaatsprinzip 134 f.
 Regelbeispiele 129
 Regulierungsrecht 82, 164 f.
- Sanktionierung 142, 145
 Sanktionswahrscheinlichkeit 105
 Schadenstheorie, ökonomische 2
 Schutzauftrag, verfassungsrechtlicher 80, 139, 166 ff.
 Schutzzweckkongruenz 156
 Sittenwidrigkeit 81, 175
 Strafrecht 80
- total welfare standard* 27 f.
 Transaktionskosten
 – Ungleichgewicht, *siehe* Informationsasymmetrien
 – Unterschiede 42
- umbrella effect* 143, 145
 Unbestimmter Rechtsbegriff 129, 139
 Ungleichgewichtslagen 154 f., 156 f.
 Untermaßverbot 169
 Unwerturteil 72 f., 136
- VBL-Gegenwert*-Entscheidungen 63 ff., 127
 Verantwortung, besondere 150 f.
 Verbraucher 33
 – immaterielle Interessen 160
 – Schutz 78
 Verbraucherschutzrecht 112 ff., 159 ff.
 Verbrauchersouveränität, *siehe* Konsumentensouveränität
 Verbraucherwohlfahrt, *siehe* Konsumentenwohlfahrt
 Vergleichsmarktkonzept 46 f., 69
 Verhältnismäßigkeitsprinzip 139, 162

- Vertragsbruch 148
- Vertragsparität, gestörte 169
- Vertragsrechtliche Schutzmechanismen 80

- Wahlfreiheit 8, 49
- Wettbewerb 5
- wettbewerbliches counterfactual, *siehe*
 - Wettbewerbszustand, hypothetischer
- Wettbewerbsbezug, spezifischer 72, 78
- Wettbewerbsfreiheit 2, 8, 50, 72
- Wettbewerbsparameter 36
 - abstrakter 36, 86
 - konkreter 38f., 93f.
 - Gesamtbetrachtung 91, 122

- Wettbewerbsschaden
 - Nachweis 55
 - wettbewerbsschädliche Wirkungen 73, 179ff.
- Wettbewerbswirtschaft 2, 72
- Wettbewerbszustand, hypothetischer 33f., 46, 92
- Wohlfahrt 25, 111
- Wucherverbot 73, 132f.

- x-inefficiency* 13

- Zielkongruenz 162