

JOHANNES MELCHIOR BLASCHCZOK

Freiheit und Fairness

Beiträge zum Kartellrecht

24

Mohr Siebeck

Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von

Michael Kling und Stefan Thomas

24



Johannes Melchior Blaschczok

Freiheit und Fairness

Kartellrechtliche Fairnessgebote im AEUV,
im Digital Markets Act und im GWB
im Licht des dynamischen Ordoliberalismus

Mohr Siebeck

Johannes Melchior Blaschczok, geboren 1994; Studium der Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School, Hamburg, und der Tel Aviv University, Israel; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht der Ludwig-Maximilians-Universität München; Rechtsreferendariat in Berlin/Brandenburg mit Stationen im Bundesministerium der Finanzen und bei der Europäischen Zentralbank; Akademischer Rat und Habilitand an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

ISBN 978-3-16-162213-7 / eISBN 978-3-16-162606-7

DOI 10.1628/978-3-16-162606-7

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

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <https://dnb.dnb.de> abrufbar. (Zugl. Diss., Ludwig-Maximilians-Universität München, 2022)

© 2023 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 sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier.

Printed in Germany.

Widmung

Dieses Buch widme ich meinen Eltern, Dr. Christine Blaschczok und Wolfgang Leidig, die meinen Weg bis zu dessen Fertigstellung erst ermöglicht haben.

Besonders möchte ich mich bei meinem Doktorvater, Prof. Dr. Thomas Ackermann, LL.M. (Cambridge), für die anregende akademische Atmosphäre bedanken, unter der dieses Buch entstehen durfte. Ich hätte mir keine bessere Promotionszeit vorstellen können.

Weiterhin danke ich dem Zweitgutachter dieser Dissertation, Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M. (Cambridge), für die so schnelle wie eingehende Auseinandersetzung mit meinen Gedanken.

Schließlich danke ich von ganzem Herzen Dr. Charlotte Schings für ihre liebevolle, zuverlässige und anregende Begleitung, mit der sie mich und meinen Werdegang jeden Tag aufs Neue auszeichnet.

Vorwort

Diese Arbeit trägt das Wort Ordoliberalismus in ihrem Titel. Das ist weder ein Zufall noch ein Versehen. Tatsächlich erhebt diese Arbeit den Anspruch, in ihrem wirtschaftstheoretischen Kern ordoliberales Gedankengut zu beherbergen.

In den Gesprächen im Vorfeld zur Veröffentlichung dieser Arbeit habe ich gelegentlich die Befürchtung gehört, dass sich die historischen Gründer des Ordoliberalismus angesichts der Rechtfertigung mancher Marktinterventionen unter der Fahne ihrer Theorie in ihrem Grabe umdrehen könnten. Von anderen wurde ich gefragt, warum ich denn gerade das geistige Erbe des Ordoliberalismus usurpieren wolle, anstatt die aufgetanen Forschungsergebnisse schlichtweg als eigenständige Theorie darzustellen.

Ich meine aber, dass diese Befürchtungen mehr mit dem gewandelten Verständnis des Ordoliberalismus in späteren Zeiten zu tun haben, als dass sie tatsächlich auf den historischen Schriften von *Walter Eucken* und *Franz Böhm* fußen könnten. Man muss sich vor Augen führen, dass Kartellrechtsinstrumente, die wie z. B. die Zerschlagung marktbeherrschender Unternehmen aus heutiger Sicht stark marktinterventionistisch erscheinen, historisch von *Walter Eucken* und *Franz Böhm* selbst erwogen und zum Teil befürwortet wurden. Dies hängt mit dem damaligen ordoliberalen Leitbild der vollkommenen Konkurrenz zusammen, welches heutigen Wettbewerbsrechtlerinnen und Wettbewerbsrechtlern fast schon fundamentalistisch erscheinen kann. Im ursprünglichen Ordoliberalismus spielte der Ordo-Gedanke (also die vielfach betonte Ablehnung einer Wirtschaftspolitik des *laissez-faire*) eine deutlich gewichtigere Rolle als er sie in späteren Fassungen dieser Theorie noch einzunehmen vermochte, in denen nunmehr fast ausschließlich der Liberalismus-Gedanke betont wurde. Es handelte sich hierbei zudem um eine ganz andere Art von Liberalismus als diejenige, welche der Ordoliberalismus anfangs zum Inhalt hatte.

Was aber soll am Ordoliberalismus denn liberal sein, wenn man Marktinterventionen im Grundsatz gar nicht ablehnt? Man muss den Ordoliberalismus vor dem Hintergrund seiner Zeit verstehen, um den politischen Pathos der Schriften *Walter Euckens* und *Franz Böhms* richtig einordnen zu können. Der Ordoliberalismus entstand während der Jahre des Nationalsozialismus sowie in der frühen Bundesrepublik in bewusster Opposition zu wirtschaftspolitischen Unterdrü-

ckungsbewegungen aller Art. Dies umfasste sowohl die Opposition zum nationalsozialistischen Zwangs- und Kriegskartellsystem als auch die Opposition zur kommunistisch/sozialistischen Planwirtschaft. Ersterem konnte nach 1945 mithilfe der USA in Deutschland wirksam abgeholfen werden; zumindest befand man sich auf dem Weg hin zur Auflösung der überkommenen Kartellorganisationen. Die sozialistische Planwirtschaft stand hingegen in der jungen Bundesrepublik noch als ein ernstzunehmender – wenn auch wohl letztlich wenig realistischer – Diskussionspunkt im Raum. Der sich mit der entstehenden Bundesrepublik entfaltende Ordoliberalismus war in dieser Gemengelage darauf ausgelegt, sowohl die verschiedentlich aufkommenden planwirtschaftlichen Tendenzen zu bekämpfen als auch einem drohenden Rückfall in das in Deutschland so traditionsreiche Kartellwesen vorzubeugen. Liberal ist am Ordoliberalismus daher v. a. der Gedanke freier Märkte, die sich über eine freie – aber wettbewerbliche – Preisbildung selbst regulieren, anstatt durch ein Kartell oder durch den Staat zentral gesteuert zu werden. Liberal ist am Ordoliberalismus folglich die Ablehnung einer geplanten Wirtschaft, ob nun die Planung von einem Kartell oder von einem Ministerium ausgeht. Daraus aber einen Ultraliberalismus herleiten zu wollen, dessen Konzeption dazu geeignet war, mit den damals tonangebenden Deregulierungsforderungen der *Chicago School* mithalten zu können, geht viel zu weit und beruht auf einem fehlgeleiteten Verständnis des ordoliberalen Konzepts allgemeiner Spielregeln für ansonsten freie Märkte. *Walter Eucken* ist nicht *Friedrich Hayek* und zwischen beiden Werken bestehen gravierende Meinungsverschiedenheiten. Dem Ordoliberalismus geht es richtigerweise nicht um die blinde Ablehnung beliebiger Marktinterventionen, sondern vielmehr um die zielgerichtete Ablehnung bestimmter Wirtschaftsmodelle, welche die Marktintervention bewusst oder unbewusst zu ihrer Maxime erheben.

Was ist dann aber unter dem besonderen Liberalismus des Ordoliberalismus zu verstehen, wenn man diesen nicht mit einer allgemeinen Deregulierungsforderung gleichsetzen darf, wie man sie beispielsweise von *Margaret Thatcher* her kennt? Ordoliberalismus ist, so meine ich, v. a. eine *Methode* über Fragen der Wirtschaftsverfassung sowie der normativen Bewertung des Marktgeschehens nachzudenken. Damit ist namentlich die Denkmethode gemeint, die *Walter Eucken* in den „Grundsätzen der Wirtschaftspolitik“ im ganz Großen vorführt, und welche auch *Franz Böhm* verschiedentlich erfolgreich zum Einsatz bringt. Jeder heutigen Leserin und jedem heutigen Leser wird schnell auffallen, dass sich sowohl in *Walter Euckens* „Grundsätzen der Wirtschaftspolitik“ als auch in *Franz Böhms* Schriften praktisch keine mathematischen Formeln finden lassen. Das liegt nicht etwa daran, dass die mathematische Ökonomik zur Zeit *Walter Euckens* unbekannt gewesen wäre oder dass *Franz Böhm* der Mathematik schlicht unfähig gewesen wäre. Vielmehr *bedarf* es in der Gedankenwelt des Ordolibera-

lismus mathematischer Modelle im Ansatz gar nicht. Denn der Ordoliberalismus geht nicht von der Betrachtung eines Marktergebnisses oder einer Marktorganisation aus, deren Entstehung er aus den marktwirtschaftlichen Zusammenhängen heraus gleichsam naturwissenschaftlich zu verstehen sucht. Der Ordoliberalismus setzt sich vielmehr eine *wirtschaftsverfassungsrechtliche* Frage zum Ausgangspunkt: Wie kann die Wirtschaft so organisiert werden, dass sie ein möglichst großes Maß an Freiheit gewährleistet?

Diese vom Normativen ausgehende Denkweise, die von einem politischen Gestaltungswillen hin zu einer freien Gesellschaft bestimmt wird, ist es, die den besonderen Liberalismus des Ordoliberalismus ausmacht. Sie bestimmt die ganze Art und Weise, wie der Ordoliberalismus im Einzelnen operiert. So fragt der Ordoliberalismus auch in der konkreten Handhabung des Wettbewerbsrechts nicht danach, wie eine optimale Marktorganisation oder wie ein optimales Marktergebnis im jeweiligen Fall aussehen könnte. Der Ordoliberalismus fragt vielmehr danach, was Wettbewerbsfreiheit in der jeweiligen Konstellation bedeutet. Zur Beantwortung dieser Frage sind mathematische Formeln aber schon im Ausgangspunkt nur von beschränkter Aussagekraft.

Das Vorgesagte soll nicht zu dem Fehlschluss verleiten, dass der Ordoliberalismus (oder gar ich persönlich) der mathematischen Ökonomik ablehnend gegenüberstünde. Vielmehr kann die erforderliche ökonomische Klarsicht, welche die unerlässliche Voraussetzung ist, um die Frage, was Wettbewerbsfreiheit im Einzelnen bedeutet, mit einem hinreichenden Realitätsbezug beantworten zu können, nur mithilfe der mathematischen Ökonomik gewonnen werden. Der allein textbasierte (oder: „philosophische“) Ansatz ist in der Ökonomik nicht sonderlich hilfreich, wenn es darum geht, konkrete Funktionszusammenhänge in realen Märkten belastbar nachzuweisen. Insofern kann der Ordoliberalismus heutzutage ohne die mathematische Ökonomik gar nicht existieren. Sein Erkenntnisinteresse, das auf die wirtschaftliche Freiheit ausgerichtet ist, bleibt gleichwohl ein anderes.

Ich meine, dass auch die vorliegende Arbeit von dieser besonderen Denkweise geprägt wird, die das Wesen des Ordoliberalismus ausmacht. Auch sie gibt sich nicht damit zufrieden, unterschiedlichen Arten von Effizienzoptima nachzujagen, sondern versucht, normative Fragen der wirtschaftlichen Freiheit gleichfalls in der Wettbewerbspolitik zu berücksichtigen.

Freilich beschränkt sich diese Arbeit nicht darauf, ordoliberales Thesen und Positionen aus der Vergangenheit lediglich zu reproduzieren, ob diese nun aus der Forschungsperiode von vor 90 Jahren, von vor 50 Jahren oder von vor 30 Jahren bis heute stammen. Vielmehr geht es dieser Arbeit darum, dem ursprünglichen Anliegen von *Walter Eucken* und *Franz Böhm* unter den Bedingungen sich verändernder ökonomischer Erkenntnisse sowie auch einer sich verändernden

wirtschaftsorganisatorischen Ausgangslage zu einem zeitgemäßen Ausdruck zu verhelfen. Hierin liegt das Projekt des „dynamischen“ Ordoliberalismus, der im Titel der Arbeit angesprochen wird.

Dynamisch soll dieser Ordoliberalismus auf drei Ebenen sein: *Erstens* auf Ebene der allgemeinen Rechtstheorie, wenn es um die Einbeziehung ökonomischer Erkenntnisse in die Auslegung und Anwendung des Kartellrechts geht. *Zweitens* auf der Ebene der Theorie des Kartellrechts, wenn es um die Auslegung und die Konzeption nicht-wettbewerbsbezogener Eingriffe ins Marktgeschehen geht, wie dies insbesondere in Form des sog. Ausbeutungsmisbrauchs in der Missbrauchsaufsicht vorkommt. Dieses Instrument ist in seiner historischen Gestalt, die maßgeblich durch den Ordoliberalismus geprägt worden ist, heute nicht mehr zeitgemäß; es kann aber (auf immer noch ordoliberaler Basis) als ein flexibles kartellrechtliches Fairnessgebot neu konzipiert werden, das sich zudem sinnvoll in eine umfassende Smart-Regulation-Strategie einfügt. *Drittens* auf der Ebene der allgemeinen Wettbewerbspolitik, wenn es um das Verständnis des Verhältnisses von Markt und Staat geht, die sich heute sinnvollerweise nicht mehr als voneinander getrennte Antipoden begreifen lassen.

Ich meine, dass eine jede Theorieströmung entwicklungs offen sein muss – und mit der Sekunde irrelevant wird, in der sie es nicht mehr ist.

Johannes Blaschczok

Berlin, im Juni 2023

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XV
Erster Teil – Grundlagen	1
<i>Erstes Kapitel. Einleitung, Erkenntnisinteresse, Methode</i>	3
<i>Zweites Kapitel. Was ist der faire Preis? Ein historischer Überblick</i>	15
A. Die sog. reziproke oder auch: „ökonomische“ Gerechtigkeit bei <i>Aristoteles</i>	16
B. Die Lehre von der subjektiven Wertschätzung im Anschluss an <i>Augustinus</i>	24
C. Die <i>Aristoteles</i> -Rezeption bei <i>Thomas von Aquin</i> und die Unterscheidung nach göttlichem und menschlichem Recht	25
D. Die späte Scholastik und die frühe Vernunftrechtslehre – der Ursprung universeller Formen des Vertragsrechts?	28
E. Römisches Zivilrecht und Diokletianische Taxordnung	29
F. Gedankengut der merkantilistischen Taxordnungen	30
G. Die liberale Tradition des <i>Common Law of Restraint of Trade</i> sowie des <i>Sherman Act</i>	31
H. Die Periode der Klassischen Ökonomie in Europa	33
I. Das kommunistisch/kapitalistische Schisma des 20. Jahrhunderts	35
J. Erster Überblick über den aktuellen Theorienstand und Fazit	36
<i>Drittes Kapitel. Juristische Einführung</i>	39
A. Europäisches Recht	39
B. Deutsches Recht	83
C. Übergreifende Grundlinien des herkömmlichen Ansatzes	108
D. Zur wirtschaftspolitischen Kritik des herkömmlichen Ansatzes	110

Zweiter Teil – Theorie	119
<i>Viertes Kapitel. Diskurs und Kartellrecht. Zur Rechtstheorie im modernen Wirtschaftsrecht</i>	121
A. Die Schwierigkeiten eines ökonomisch-motivierten Vernunftrechts sowie einer allein dem Rechtspositivismus verhafteten Wertungsjurisprudenz im Wettbewerbsrecht	124
B. Die Anwendung der diskursiven Methodenlehre im Wettbewerbsrecht	153
C. Diskurs und Konkurrenz als Zwillingsphänomene des liberalen Rechtsstaats – die Diskurstheorie des Rechts im Verhältnis zu den unterschiedlichen Kartellrechtskonzeptionen, insbesondere zum Ordoliberalismus	162
<i>Fünftes Kapitel. Theorie des Ausbeutungsmisbrauchs</i>	171
A. Ökonomik und Ethik in der Kartellrechtstheorie	171
B. Der faire Preis und die freie Marktwirtschaft	174
<i>Sechstes Kapitel. Ansätze für einen dynamischen Ordoliberalismus im wettbewerbssubstituierenden Missbrauchsrecht</i>	241
A. Der Entfall der Wettbewerbsanalogie infolge dynamischer Betrachtungsweisen	242
B. Das Fortbestehen des dualen ordoliberalen Grundanliegens	245
C. Freiheit und Fairness als Reziprozität	251
D. Ergebnisanalyse	271
E. Eine Smart-Regulation-Strategie für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht	283
F. Fazit sowie erste rechtspolitische Konsequenzen	299
Dritter Teil – Anwendungsfragen	303
<i>Siebtens Kapitel. Die Auslegung der kartellrechtlichen Fairnessgebote</i>	305
A. Zur (Rest-)Funktion der Auslegungskanones in einem positiv nur schwach determinierten Rechtsgebiet	306
B. Gesetzliche Wertbegriffe als Bewertungsermächtigung für den Rechtsanwender?	311
C. Die reziproke Freiheitsordnung als Schutzgut des Missbrauchsbegriffs	313
D. Zur Frage der vollständigen teleologischen (oder praktischen) Reduktion nicht-wettbewerbsschützender Missbrauchsformen	348
E. Die fallgruppenmäßige Ausgestaltung der kartellrechtlichen Fairnessgebote in ihrer neuen Form	352

<i>Achtes Kapitel. Das Fairnesskonzept als Ausdruck einer Akzentverschiebung in der Wirtschaftsverfassung: Der Digital Markets Act</i> . . .	365
A. Die Hintergründe des <i>Digital Markets Acts</i>	366
B. Die Lösungsansätze des <i>Digital Market Act</i>	383
C. Jenseits von <i>Friedrich Hayek</i> vs. <i>Karl Marx</i> : Das Fairnessprinzip im Wettbewerbsrecht als Vorzeichen einer Akzentverschiebung in der Wirtschaftsverfassung	416
<i>Neuntes Kapitel. Ergebnisse als Thesen</i>	425
Literaturverzeichnis	435
Sachregister	453

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	XI
Erster Teil – Grundlagen	1
<i>Kapitel 1. Einleitung, Erkenntnisinteresse, Methode</i>	<i>3</i>
<i>Kapitel 2. Was ist der faire Preis? Ein historischer Überblick</i>	<i>15</i>
A. Die sog. reziproke oder auch: „ökonomische“ Gerechtigkeit bei <i>Aristoteles</i>	16
B. Die Lehre von der subjektiven Wertschätzung im Anschluss an <i>Augustinus</i>	24
C. Die <i>Aristoteles</i> -Rezeption bei <i>Thomas von Aquin</i> und die Unterscheidung nach göttlichem und menschlichem Recht	25
D. Die späte Scholastik und die frühe Vernunftrechtslehre – der Ursprung universeller Formen des Vertragsrechts?	28
E. Römisches Zivilrecht und Diokletianische Taxordnung	29
F. Das Gedankengut der merkantilistischen Taxordnungen	30
G. Die liberale Tradition des <i>Common Law of Restraint of Trade</i> sowie des <i>Sherman Act</i>	31
H. Die Periode der Klassischen Ökonomie in Europa	33
I. Das kommunistisch/kapitalistische Schisma des 20. Jahrhunderts	35
J. Erster Überblick über den aktuellen Theorienstand und Fazit	36
<i>Kapitel 3. Juristische Einführung</i>	<i>39</i>
A. Europäisches Recht	39
I. Das Schutzgut des Missbrauchsverbots	42
II. Unfaire Preise und Konditionen im Verhältnis zu kartellierten Preisen und Konditionen	44
III. Die Anwendung auf vorgelagertes staatliches Handeln	45
IV. Voraussetzungen des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung	45

1. Aspekte der Marktabgrenzung und Marktbeherrschung	46
a) Die cellophane fallacy in der Marktabgrenzung	46
b) Die rechtliche Singularität der Prüfungsstufen beim Ausbeutungsmissbrauch	49
c) Marktmacht und Preiselastizität	50
2. Der Missbrauchsbegriff	52
a) Die kategorische Aufspaltung des Missbrauchsbegriffs	52
b) Der Behinderungsmissbrauch	56
c) Der Ausbeutungsmissbrauch und andere nicht-wettbewerbs- bezogene Formen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung	56
aa) Unfaire Preise	59
(1) Wirtschaftlicher Wert der Ware	59
(a) Kosten	59
(b) Exzessive Überschreitung	62
(c) Die Berücksichtigung nachfrageseitiger Umstände	63
(d) Probleme	64
(2) Die Vergleichsmarktmethode: Als-ob-Wettbewerb („Benchmarks“)	64
(3) Sekundärrechtliche Zielvorgaben	67
(4) Faire Vergütungen im Urheberrecht	68
(5) Internationale Standards	69
bb) Unfaire Konditionen	71
cc) Aspekte der kritischen Selbstreflexion durch die bisherige Praxis	74
(1) Konzeptionelle Verwerfungen im Fall United Brands	74
(2) Konzentration auf (Quasi-)Monopolfälle und Subsidiarität der Preiskontrolle	76
(3) Die Offenheit für neue Methoden „aus der wissenschaftlichen Theorie“	78
dd) Ausbeuterische Kopplungsgeschäfte	78
ee) Die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung	79
ff) Diskriminierungen	82
3. Rechtfertigung	82
B. Deutsches Recht	83
I. Das Schutzgut des Missbrauchsverbots	84
II. Aspekte der Marktabgrenzung und Marktbeherrschung	85
III. Kausalität	86
IV. Der Missbrauchsbegriff	88
1. Unfaire Preise	89

a) Hypothetisches Wettbewerbsniveau, § 19 II Nr. 2 GWB	89
aa) Der Vergleichspreis	89
bb) Das Aufschlagswesen	90
(1) Der Korrekturaufschlag	90
(a) Berücksichtigungsfähige Strukturunterschiede	91
(b) Die Ermittlung des konkreten Aufschlags	92
(2) Der Sicherheitsaufschlag	94
(3) Das Verbot des fiktiven Wettbewerbspreises	94
(4) Der Erheblichkeitsaufschlag	94
cc) Besonderheiten bei der Sockelpreismethode	96
dd) Das Kostenanalyseverfahren	96
b) Die Gewinnspannenbegrenzung	98
c) Sachliche Rechtfertigung unfairer Preise	98
d) Praktische Relevanz und Subsidiarität der Preiskontrolle	100
2. Die Preispaltung, § 19 II Nr. 3 GWB	101
a) Sinn und Zweck	101
b) Voraussetzungen	103
c) Sachliche Rechtfertigung	103
3. Unfaire Konditionen	104
4. Ausbeuterische Kopplungen	105
V. Rechtfertigung	106
VI. Zu den sog. Anzapfverboten nach §§ 19 II Nr. 5, 19a II 1 Nr. 7 GWB	107
C. Übergreifende Grundlinien des herkömmlichen Ansatzes	108
D. Zur wirtschaftspolitischen Kritik des herkömmlichen Ansatzes	110
I. Fehlendes Schutzgut	110
II. Wettbewerbsverfälschung	111
III. Ordnungspolitischer Bruch mit der freien Marktwirtschaft und Ineffizienz	115
IV. Umsetzungsschwierigkeiten	116
V. Verallgemeinerung der Kritik	117
 Zweiter Teil – Theorie	 119
 <i>Kapitel 4. Diskurs und Kartellrecht. Zur Rechtslehre im modernen Wirtschaftsrecht</i>	 <i>121</i>
A. Die Schwierigkeiten eines ökonomisch-motivierten Vernunftrechts sowie einer allein dem Rechtspositivismus verhafteten Wertungs- jurisprudenz im Wettbewerbsrecht	124
I. Ökonomik als modernes Vernunftrecht?	125
1. Normative Ökonomik ist subjektiv	125

2. Normative Ökonomik ist historisch kontingent	131
3. Normative Ökonomik überschreitet die hermeneutischen Methoden der praktischen Jurisprudenz und verwischt deren Unterscheidung von einer rationalen Rechtspolitik	133
4. Normative Ökonomik lässt sich als Rechtstheorie nur zirkulär begründen	135
5. Fazit	137
II. Die Schwierigkeiten einer allein dem Rechtspositivismus verhafteten Wertungsjurisprudenz	137
1. Das allgemeine Problem um die normative Bedeutsamkeit von Effizienz im Recht	138
2. Die besonderen kartellrechtlichen Methodenprobleme	139
III. Zum Wesen und der Kritik der Diskurstheorie des Rechts	143
1. Einführung des Diskursprinzips	144
2. Die Unterschiede zu einem vernunftrechtrechtlichen Ansatz	145
3. Zur Kritik an der Diskurstheorie des Rechts	149
B. Die Anwendung der diskursiven Methodenlehre im Wettbewerbsrecht	153
I. Die Unterscheidung der kartellrechtlichen Diskursdisziplinen	153
II. Die Ergänzung der Wertungsjurisprudenz um diskursive Elemente	156
1. Einführung der diskurstheoretischen Wertungsjurisprudenz	157
2. Vergleich mit einer strikt gesetzestextbezogenen Wertungs- jurisprudenz	159
3. Die Möglichkeiten einer methodischen Ausdifferenzierung nach Rechtsgebieten	160
4. Erste Konsequenzen	161
C. Diskurs und Konkurrenz als Zwillingsphänomene des liberalen Rechtsstaats – die Diskurstheorie des Rechts im Verhältnis zu den unterschiedlichen Kartellrechtskonzeptionen, insbesondere zum Ordoliberalismus	162
I. Reflektierte Berücksichtigung und notwendige Relativierung normativ-ökonomischer Argumente	163
II. Zur Komplementarität von Ordo und Diskurs	165
<i>Kapitel 5. Theorie des Ausbeutungsmissbrauchs</i>	<i>171</i>
A. Ökonomik und Ethik in der Kartellrechtstheorie	171
B. Der faire Preis und die freie Marktwirtschaft	174
I. Der pragmatische Diskurs um die kartellrechtlichen Ausbeutungs- verbote	175
1. Statische Effizienz und Leitbild des vollkommenen Wettbewerbs	177
a) Die Lehre von der Kostenrationalisierung	177
b) Die Theorie der Monopol-Prophylaxe	180

c) Dynamische Ineffizienz der Wettbewerbsanalogie	181
2. Dynamische Effizienzziele	183
3. Die Lehre vom langfristigen Gleichgewichtspreis	186
4. Das israelische Modell – Retrospektiver Missbrauchsvorwurf . . .	189
5. Das Unmöglichkeitstheorem	190
6. Die Lehre von den besonderen Umständen	193
II. Der ethische Diskurs um die kartellrechtlichen Ausbeutungsverbote .	199
1. Die Lehre vom wirtschaftlichen Wert	202
a) Wirtschaftlicher Wert als Relation zu den Herstellungskosten .	203
b) Wirtschaftlicher Wert als subjektive Wertschätzung	206
2. Die Lehre von der Verteilungsgerechtigkeit der Austauschgewinne	209
a) Die verhaltensökonomische Variante – Verteilungsgerechtigkeit	
und Kahneman-Fairness	210
b) Die preistheoretische Variante – Verteilungsgerechtigkeit und	
Konsumentenwohlfahrt	213
aa) Die monopsonistische Erklärungslücke	214
(1) Consumer Welfare – ein umstrittener Begriff	214
(2) Erklärungslücken und Wertungswidersprüche	217
(a) Grundlagen – Konsumentenwohlfahrt bei einseitiger	
und beidseitiger Marktbeherrschung	218
(b) Wertungswidersprüche bei geringer Preiselastizität	
des Angebots	220
(c) Wertungswidersprüche bei einseitiger Markt-	
beherrschung	221
(d) Redundanz aus Sicht des Verbraucherschutzes . . .	224
(e) Paradoxien bei dynamischer Betrachtungsweise . .	224
(f) Fazit	225
(3) Modifikationen des consumer welfare standard	226
(a) Pragmatische Bedenken	227
(b) Theoretische Schwierigkeiten	228
(aa) Ethische Verwerfungen	228
(bb) Gefahr von Paradoxien	229
(cc) Die Ambivalenz der Wertung des Verdienstes .	229
(dd) Verstoß gegen den Grundsatz der Zweck-	
Mittel-Trennung	232
3. Der Schutz der Freiheit – deutscher Ordoliberalismus und	
die ALCOA-Entscheidung	233
4. Michal Gals Herleitungen – Autonomie im Recht und	
Rawls-Fairness	236
a) Autonomie im Recht	236
b) Rawls-Fairness	238
5. Fazit	238

<i>Kapitel 6. Ansätze für einen dynamischen Ordoliberalismus im wettbewerbssubstituierenden Missbrauchsrecht</i>	241
A. Der Entfall der Wettbewerbsanalogie infolge dynamischer Betrachtungsweisen	242
B. Das Fortbestehen des dualen ordoliberalen Grundanliegens	245
I. Die Ausbeutungsverbote dienen dem Schutz der Freiheit	246
II. Der ordoliberale Freiheitsbegriff ist zu unbestimmt geblieben – er muss konkretisiert und aktualisiert werden	249
C. Freiheit und Fairness als Reziprozität	251
I. Die Begründung des Geltungsanspruchs – Fairness als Vorrang der Freiheit vor Effizienz	253
II. Die Inhaltsbestimmung – marktwirtschaftliche Freiheit als Reziprozität	256
1. Warum Reziprozität?	256
2. Was bedeutet Reziprozität?	259
a) Der vertragstheoretische Zugriff auf das Reziprozitätsprinzip	260
b) Der wirtschaftstheoretische Zugriff auf das Reziprozitätsprinzip	262
3. Reziprozität und Wettbewerb	266
III. Die Operationalisierung für Preise – das Monopolpreisverbot und der SSNIP-Test im Rahmen des Missbrauchsbegriffs	268
IV. Die Operationalisierung für Konditionen – der Schutz der Grundrechte	270
D. Ergebnisanalyse	271
I. Praktische Konzentration auf Konditionenmissbräuche	271
II. Zur Kritik am Modell eines qualitativen Konditionenmissbrauchs	272
1. Die These vom „starken Wettbewerbsbezug“ des Ausbeutungsmissbrauchs	272
2. Redundanz im Hinblick auf zivilrechtliche Schutzvorschriften?	275
3. Positive Analyse	276
a) Zur Zweck-Mittel-Trennung im Kartellrecht	276
b) Zur wettbewerbspolitischen Rechtfertigung der Vertragsinhaltskontrolle	278
c) Zur Einhaltung des ordnungspolitischen Leitbilds allgemeiner Spielregeln für ansonsten freie Märkte	280
E. Eine Smart-Regulation-Strategie für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht	283
I. Die Verwandtschaft des Regulierungs- mit dem Kartellrecht	283
II. Eckpunkte der Smart-Regulation-Theorie	286
III. Die Effizienz eines abgeschichteten Instrumentariums hoheitlicher Markeingriffe	289

IV. Die Ansätze zur Einführung abgeschichteter Eingriffs- instrumentarien im Digital Markets Act und bei § 19a GWB	295
F. Fazit sowie erste rechtspolitische Konsequenzen	299
Dritter Teil – Anwendungsfragen	303
<i>Kapitel 7. Die Auslegung der kartellrechtlichen Fairnessgebote</i>	<i>305</i>
A. Zur (Rest-)Funktion der Auslegungskanones in einem positiv nur schwach determinierten Rechtsgebiet	306
I. Die Abhängigkeit des Interventionskriteriums von der Wettbewerbstheorie	307
II. Daraus folgende Möglichkeiten der juristischen Argumentation	308
III. Der Maßstab der Vertretbarkeit – dogmatische Sätze, Präjudizien und methodengerechte Argumentation als stabilisierende Faktoren	309
B. Gesetzliche Wertbegriffe als Bewertungermächtigung für den Rechtsanwender?	311
C. Die reziproke Freiheitsordnung als Schutzgut des Missbrauchsbegriffs	313
I. Die methodischen Anforderungen an eine dogmatische Neukonzeption	314
II. Keine institutionellen Hindernisse	314
1. Europäisches Recht	316
a) Auslegung des Art. 102 AEUV im Sinne der Kanones	316
aa) Wortlaut	316
bb) Systematik	317
(1) Die unternehmerische Freiheit und der unverfälschte Wettbewerb	317
(2) Die monoaxiomatische Ausrichtung des Kartellrechts auf den Schutz des Wettbewerbs als ein per se vorrangiges Rechtsprinzip?	318
(3) Sonstige Beschränkungen der Charta-Wirkungen	320
(4) Fazit	321
cc) Historisch-teleologische Auslegung	322
(1) Die herkömmliche Telos-Debatte	322
(2) Das Projekt einer „objektiven“ Teleologie für das Kartellrecht	323
(a) Generelle Konflikte	325
(b) Spezifische Konflikte	328
(c) Fazit	330
(3) Die Bestimmung des Telos aus den Regelbeispielen	330
(4) Die Genese des Missbrauchsbegriffs	332

(a)	Zur Bedeutung der historischen Auslegung im Europarecht	332
(b)	Der EGKS-Vertrag als historischer Vorläufer des europäischen Wettbewerbsrechts	333
(c)	Die Genese der Europäischen Verträge	336
(aa)	Der Spaak-Bericht	337
(bb)	Die Regierungsverhandlungen	338
(cc)	Weitere Entwicklungen	342
(dd)	Fazit	343
b)	Vorhandene Ansätze in der Rechtsprechung des Gerichtshofs	343
2.	Deutsches Recht	344
III.	Gründe, die den Bruch mit der Tradition rechtfertigen	346
1.	Rechtsunsicherheit und mangelhafte Geltung unter dem herkömmlichen Ansatz	346
2.	Institutionelle Gründe sprechen für eine Neuauslegung	347
3.	Die praktischen Gründe, die für eine Neuauslegung sprechen, sind besonders gewichtiger Natur	347
D.	Zur Frage der vollständigen teleologischen (oder praktischen) Reduktion nicht-wettbewerbsschützender Missbrauchsformen	348
I.	Erdrückende ökonomische Evidenz?	349
II.	Die Zulässigkeit des Effizienzeinwands	349
III.	Die ethische Rechtfertigung des Rechtsinstituts	350
IV.	Ergebnis	351
E.	Die fallgruppenmäßige Ausgestaltung der kartellrechtlichen Fairnessgebote in ihrer neuen Form	352
I.	Archetypische Missbrauchstatbestände	352
1.	Ausbeutung	352
a)	Unfaire Preise	353
aa)	Das Monopol- bzw. Monopsonpreisverbot	353
bb)	Ausbeuterische Kopplungen	354
b)	Unfaire Konditionen (einschl. Facebook-Fall)	354
aa)	Im Allgemeinen	354
bb)	Facebook-Fall	355
2.	Diskriminierung (einschl. individual pricing)	356
3.	Vertrauensbruch	357
II.	Der Zusammenhang zwischen Missbrauch und Marktmacht – eine Frage der Kausalität?	360
III.	Die Rechtfertigung des Missbrauchs durch Effizienz	361
1.	Die Zulässigkeit des Effizienzeinwands	362
2.	Das Erfordernis hinreichender ökonomischer Evidenz	362
3.	Die Abwägung mit den beeinträchtigten Freiheitsinteressen	362

<i>Kapitel 8. Das Fairnesskonzept als Ausdruck einer Akzentverschiebung in der Wirtschaftsverfassung: Der Digital Markets Act</i>	365
A. Die Hintergründe des <i>Digital Markets Acts</i>	366
I. Zur Einordnung des <i>Digital Markets Acts</i> als sekundäres Kartellrecht	366
II. Zur bloß künstlichen Notwendigkeit für ein sekundäres Kartellrecht neben den Generalklauseln	367
III. Zu den theoretischen Problemen des Wettbewerbsschutzes auf digitalen Plattformmärkten	370
1. Das Verschwimmen von Leistungswettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung infolge indirekter Netzwerkeffekte und des ansteigenden Grenznutzens von Daten	370
a) Die Problemstellung	370
b) Vorschlag für eine Neufassung des Begriffs des Leistungswettbewerbs bei Art. 102 AEUV, § 19 GWB	378
2. Inkonsistenzen im Begriff der Marktzutrittschranken	381
B. Die Lösungsansätze des <i>Digital Market Act</i>	383
I. Die regelungstechnischen Neuerungen des <i>Digital Markets Acts</i> : Zur Renaissance des formalen und regelbasierten Kartellrechtsmodells	383
1. Grundzüge verschiedener Regelungstechniken im Allgemeinen: Über die Verwendung von Regeln und Standards	384
2. Die erfolgte Akzentverschiebung und die Einführung diskretionärer Elemente in die Wettbewerbspolitik	388
II. Die materiellen Neuerungen des <i>Digital Markets Acts</i>	389
1. Die Aufgabe der Marktabgrenzung und des Marktbeherrschungskriteriums	390
a) Zur Debatte um das Marktbeherrschungskriterium bei Art. 102 AEUV und § 19 GWB	390
b) Zur Anknüpfung an die absolute ökonomische Größe im DMA	394
2. Das materielle Konzept der Fairness im <i>Digital Markets Act</i>	395
a) Überblick	396
b) Vorschriften des klassischen Wettbewerbsschutzes	399
aa) Verbotene Meistbegünstigungsstrategien	399
bb) Verbotene Kopplungen	400
cc) Verbotene Ausschließlichkeit bei der Kundeninteraktion	401
c) Hybride Vorschriften	401
aa) <i>Consumer-choice</i> -Prinzip	402
(1) Gemeinsames Prinzip	402
(2) Beschreibung der Verhaltensvorgaben im Einzelnen	403
(a) <i>Consumer choice</i> hinsichtlich der Wahl der Plattform-Umgebung	403

(b) Consumer choice hinsichtlich der über die Plattform vermittelten Dienste- bzw. Inhalte-Märkte	405
(3) Analyse und Synthese	406
bb) Digitale Teilhaberechte	408
(1) Gemeinsames Prinzip	408
(2) Beschreibung der Verhaltensvorgaben im Einzelnen . . .	408
(3) Die vorangegangene Debatte zu Entflechtungsoptionen	409
(4) Analyse und Synthese	411
cc) Vertrauensschutz	411
dd) Verbraucherschutz (mit Wettbewerbsbezug)	412
d) Vorschriften der Fairness ohne Wettbewerbsbezug	412
aa) Verbraucherschutz (ohne Wettbewerbsbezug)	412
bb) Transparenz	413
cc) Rule of law	414
e) Fazit	415
C. Jenseits von <i>Friedrich Hayek</i> vs. <i>Karl Marx</i> : Das Fairnessprinzip im Wettbewerbsrecht als Vorzeichen einer Akzentverschiebung in der Wirtschaftsverfassung	416
I. Zum Legitimationsproblem: Fairness als Transmissionsriemen gesellschaftlicher Akzeptabilität	417
II. Zum Problem des Klimawandels: Objektive Ziele als Aliud zur Agglomeration subjektiver Interessen	420
III. Fairnesskonzept und ordoliberaler Tradition	421
 <i>Kapitel 9. Ergebnisse als Thesen</i>	 425
 Literaturverzeichnis	 435
Sachregister	453

Erster Teil

Grundlagen

Kapitel 1

Einleitung, Erkenntnisinteresse, Methode

Welchen Stellenwert die großen Digitalkonzerne (z. B. *Apple, Alphabet, Amazon, Meta, Microsoft*) sowohl für den Wettbewerb auf Güter- und Dienstleistungsmärkten als auch für die Fundamente der heutigen Kultur einnehmen, verdeutlicht ein Blick in die Literatur.¹ Im Herbst 2011 löste das Erscheinen von *Walter Isaacsons* Steve-Jobs-Biographie eine derartige Welle der Begeisterung aus, dass ihr das *Wall Street Journal*² in manchen Kreisen den Status einer heiligen Schrift zusprach. Der charismatische Milliardär an der Spitze seines Konzerns als Prophet unserer Tage³ – dieser Gedanke lässt die bürgerlich-liberalen Losungen zu neuem Leben erwachen, welche die Einführung des *Sherman Act*, der ersten großen Kartellgesetzgebung der Welt, Ende des 19. Jahrhunderts begleitet hatten: „If we will not endure a king as a political power, we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessities of life. If we would not submit to an emperor, we should not submit to an autocrat of trade, with power to prevent competition and to fix the price of any commodity.“⁴ In Anbetracht der Datenökonomie stellt sich daher die Frage, wie mit den urtümlichen Kräften freier Märkte und den daraus resultierenden Agglomerationen privater wirtschaftlicher Macht umzugehen ist, heute mit erneuter Dringlichkeit.⁵

Soweit sich die herkömmliche Kartellrechtstheorie von ihren privatrechtlichen Verankerungen gelöst und ihren Gegenstand aus dem Blickwinkel staatlicher

¹ *Khan*, 126 Yale LJ 2017, 710, 766 ff.: *Amazons* Nachfragemacht im Buchhandel beschneidet die Marge der Verlage. Diese sehen sich gezwungen, ihre traditionelle Mischkalkulation aufzugeben und ihre Veröffentlichungsprojekte auf sichere Erfolge mit garantiert hohen Margen zu beschränken. Dies sind in erster Linie Bestseller-Romane und Autobiographien von Prominenten. „Readers are presented with fewer books that espouse unusual, quirky, offbeat, or politically risky ideas as well as books from new and unproven authors.“

² *The Wall Street Journal* v. 2. April 2012: „Bio as Bible: Managers Imitate Steve Jobs“ (online).

³ Literarisch findet sich eine solche Szene auch bei *Houellebecq*, Karte und Gebiet, S. 181 ff. beschrieben (*Prix Goncourt* 2010).

⁴ Dieses Zitat von Senator *Sherman* ist hier wiedergegeben nach *Khan*, 126 Yale LJ 2017, 710, 740.

⁵ *Lepsius*, WuW 2020, 566, 569. Siehe aber auch schon *Lyotard*, Das postmoderne Wissen, S. 33, 99 ff.

Souveränität betrachtet hat, ging sie davon aus, dem Problem der privaten wirtschaftlichen Macht auf dieselbe Weise beigegeben zu sein, die wohl auch *Machiavelli* seinem Fürsten angeraten hätte: Teile und herrsche.⁶ Wenn der Staat das koordinierte Zusammenwirken von Unternehmen unterbindet und auf diese Weise die „doppelseitige Konkurrenz der Vielen“⁷ auf allen Märkten sicherstellt, so werden die scheinbar übermächtigen Konzerne zu Preisnehmern, die ihre ökonomischen Handlungsspielräume im Leistungswettbewerb um den günstigsten Preis und das beste Produkt gegenseitig beschränken. Die wirtschaftliche Gestaltungsmacht der Unternehmen bleibt damit zugunsten politischer Souveränität begrenzt, ohne dass sich der Staat hierzu direkt in die Leitung der Betriebe einmischen oder den privaten Haushalten Art und Ausmaß des individuellen Konsums vorschreiben müsste.⁸ So fiel das gesellschaftspolitische Kalkül der Ordoliberalen in Deutschland, zuvor aber auch schon der Väter des *Sherman Acts* in den Vereinigten Staaten aus.⁹

Scheinbar in Ausführung dieses historischen Auftrags hat die international vorherrschende Meinung das Kartellrecht in späteren Jahrzehnten zunehmend als ein monofinales Sonderinstrument interpretiert, das *allein* auf die Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs auszurichten sei.¹⁰ Man ging davon aus, die grundlegende Gestaltungsentscheidung hierdurch abschließend zu verwirklichen, womit ein weiterer Rückgriff auf gesellschaftspolitische Wertungen zum Mindesten redundant, schlechtestenfalls aber sogar das eigentliche Ziel zu verwässern schien.¹¹ Die Annahme einer solchen Mono-Axiomatik¹² des Kartellrechts steht heute jedoch wieder zunehmend in Frage.¹³ Die neuere Forschung zeigt, dass zumindest die juristischen Auslegungsargumente, die hierfür vorge-

⁶ Vgl. *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 52 ff., 334 ff. In neuerer Zeit dahingehend auch *Säcker*, in: MüKo-WettbR (2. Aufl.), Einl. E (Bd. 1) Rn. 22: „Der demokratische Rechtsstaat verlangt, wenn er nicht in der Rechtswirklichkeit zur Verbändeoligarchie umgeformt werden soll, nach zwingenden institutionellen Regeln zur Begrenzung der Macht marktstarker Unternehmen zur Sicherung der Souveränität des Parlaments und der von ihm gewählten Regierung.“

⁷ *Böhm*, Süddeutsche Juristen-Zeitung I/6, 141, 148.

⁸ Siehe beispielsweise *Böhm*, Süddeutsche Juristen-Zeitung I/6, 141, 141 ff.

⁹ *The Economist* v. 15. Januar 2022, Special Report: „Business and the State“, S. 7: „Bork’s work was itself a reaction to an earlier approach linked to Louis Brandeis, a former US Supreme Court Justice. Brandeis believed that size was nefarious in itself. Curbing market power was a tool to fight other ills, such as mistreatment of workers, the stiffing of suppliers, or even threats to democracy.“ Siehe eingehend das Kapitel 2, G.

¹⁰ Siehe etwa *Rubinfield*, 43 Antitrust Bulletin 1998, 859, 881. Vgl. auch *Ezrachi*, 5 Journal of Antitrust Enforcement 2017, 49 ff.; *Emmerich/Lange*, KartellR, § 2 Rn. 2 f.

¹¹ Vgl. *Podszun*, GRUR 2020, 1268, 1274.

¹² Vgl. zum Rechtsdenken in Axiomen *Seelmann/Demko*, Rechtsphilosophie, § 2 Rn. 96 ff.

¹³ *Podszun*, GRUR 2020, 1268, 1274 ff.; *The Economist* v. 15. Januar 2022, Special Report:

bracht werden, in der Systematik der Europäischen Verträge kaum überzeugen können.¹⁴ Das Wettbewerbsrecht nimmt darin keinen methodischen Sonderstatus ein, sondern bewegt sich, wie alle anderen Unionspolitiken auch, in einem multipolaren „Kraftfeld der Unionsziele“.¹⁵

Unter dem Vorzeichen dieser begrüßenswerten Auflösungstendenzen übermäßiger dogmatischer Strenge darf nicht übersehen werden, dass der Satz von der Monofinalität des Kartellrechts historisch einen bedeutenden Beitrag zu dessen Rationalisierung und damit auch zu seiner Legitimierung geleistet hat. Dies war dringend nötig, denn die Grundbegriffe des Kartellrechts, „Wettbewerb“ und „Wettbewerbsbeschränkung“, sind trotz eines Reichtums dahingehender Versuche nicht nur undefiniert geblieben.¹⁶ Sie haben sich vielmehr als dauerhaft undefinierbar herausgestellt.¹⁷ Jede den unvorhersehbaren Wechselfällen des Marktgeschehens vorgreifliche Beschreibung der Wettbewerbsfreiheit müsste sie abstrakt umgrenzen und würde sie daher von vornherein verkürzen.¹⁸ Vor dem Hintergrund dieser für das positive Recht ungewöhnlichen Vagheit bedurfte es zumindest auf der teleologischen Ebene einer durchgreifenden Reduktion von Komplexität, um die alltägliche Durchsetzungspraxis vor der Beliebigkeit auf der einen und der Lähmung auf der anderen Seite zu bewahren. Dies ist so gut gelungen, dass das Wettbewerbsrecht heute trotz der noch immer andauernden¹⁹ Grundsatzdiskussion um seine ökonomische Sinnhaftigkeit und trotz der immer

„Business and the State“, S. 7 f.: „White House staff look on antitrust as a ‚Swiss-army knife‘: a tool to fix lots of different problems“.

¹⁴ Breuer, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, S. 826 ff. (834): „Die Forderung der ‚Entpolitisierung‘ des EU-Kartellrechts zielt auf eine vollständige Isolation des Art. 101 AEUV von allen anderen Gemeinschaftspolitiken und deren nichtwettbewerblichen Zielsetzungen. Dies käme nicht nur einer Kehrtwende gegenüber der bisherigen Praxis gleich, sondern verstieße auch eklatant gegen die primärrechtlichen Vorgaben der Querschnittsklauseln.“ In diese Richtung bereits auch Roth/Ackermann, in: FK-KartellR (Vorauslage), Grundfragen des Art. 81 I EG Rn. 25.

¹⁵ So der Titel bei Breuer, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele (2013).

¹⁶ Vgl. Weiß, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 101 AEUV Rn. 77.

¹⁷ Erstmals bei Mestmäcker, Europ. WettbR (1974), S. 52.

¹⁸ So Mestmäcker/Schweitzer, Europ. WettbR, § 3 Rn. 1; Mestmäcker, Europ. WettbR (1974), S. 52. Vgl. auch Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Art. 101 AEUV Rn. 107. Siehe zur Undefinierbarkeit des Wettbewerbsbegriffs auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, S. 333 und Ackermann, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 21 Rn. 19.

¹⁹ In neuerer Zeit hat etwa Garello, in FS Schäfer, S. 525 ff. die ökonomische Daseinsberechtigung des Wettbewerbsrechts grundlegend in Zweifel gezogen. Kerber/Schwalbe, in: MüKo-WettbR, GrdI. (Bd. 1) B.III. Rn. 128 ff. konstatieren dagegen trotz zahlreicher Streitfragen im Einzelnen einen „neuen Konsens“ in Form der *post-Chicago economics*.

wiederkehrenden politischen Brisanz seiner Anwendungsfragen als eine der Erfolgsgeschichten²⁰ schlechthin in der Kultivierung kapitalistischer Märkte gilt.

Nun kann sich der bürgerliche Rechtsstaat allerdings nicht damit zufriedengeben, lediglich die eigene Souveränität zu verteidigen; Gestaltungsmacht ist in der Demokratie kein letzter Zweck in sich.²¹ Er muss sich daher weitergehend die Frage stellen, unter welchen Vorzeichen die alltägliche Kalibrierung²² des Wettbewerbsrechts erfolgen soll. Wessen ökonomischen Interessen sollen die durch Konkurrenz entmachteten Unternehmen letztlich unterworfen werden? In der Demokratie liegt es nahe, den Blick dafür in Richtung der Bürgerinnen und Bürger zu lenken.²³ Ökonomisch gesprochen mag man diese mit der Gesamtheit aller Verbraucherinnen und Verbraucher assoziieren. So hat sich denn der ursprünglich von der *Chicago School* beeinflusste *consumer welfare standard*²⁴ nicht zufällig als eine der weltweit erfolgreichsten Konkretisierungsmethoden durchgesetzt, um die undefinierbaren Rechtsbegriffe des Wettbewerbsrechts auch praktisch zu operationalisieren.

Die europäischen und deutschen Rechtsordnungen haben sich demgegenüber nie auf einen einzigen Standard zur Operationalisierung des Wettbewerbsrechts festgelegt. Insbesondere in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs²⁵ dominiert noch heute der Topos einer auf die „Freiheit des Wettbewerbs“ ausgerichteten Zielsetzung des GWB. Es scheint fast so, als habe sich der deutsche Staat damit weniger zum Sachwalter einer nur als Modellannahme existierenden Gesamtheit der Verbraucherinnen und Verbraucher gemacht, sondern sich stattdessen instinktiv auf den Schutz der realen kleinen und mittleren Unternehmen verlegt.²⁶ Das europäische Recht hat wiederum einen anderen Weg beschritten. Es hat sich in Form des *more economic approach* stärker der Berücksichtigung ökonomischer Modelle geöffnet, die häufig an Preis-Mengen-Kalküle à la *Chicago School* erinnern. Hierdurch ist es allerdings auf der teleologischen Ebene zu einem unklaren Nebeneinander der alten kontinentaleuropäischen und der neuen *Chicago School*-inspirierten Ansätze gekommen.²⁷ „Es besteht noch erheblicher interdisziplinärer Forschungsbedarf, wie das (vor allem in der rechtswissenschaftlichen Diskussion stark betonte) Ziel wirtschaftlicher Freiheit in adäquater

²⁰ So *Dörr/Haus*, JuS 2001, 313, 319.

²¹ *Habermas*, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, S. 63–65.

²² Siehe *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 502 f.

²³ Vgl. auch *Habermas*, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, S. 54 ff.

²⁴ Grundlegend *Bork*, *The Antitrust Paradox* (1978). Eine eingehende Untersuchung des Begriffs findet sich in Kapitel 5, B.II.2.b).aa).(1).

²⁵ Z. B. BGHZ 210, 292 – *Pechstein*, Rn. 47.

²⁶ Vgl. etwa § 20 GWB und dazu *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, § 20 GWB Rn. 1.

²⁷ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europ. WettbR, § 3 Rn. 21.

Weise mit einer wirtschaftswissenschaftlichen Analyse von Wettbewerbsbeschränkungen verknüpft werden kann bzw. wie mit etwaigen Zielkonflikten zwischen wirtschaftlicher Freiheit und Effizienz umzugehen ist.“²⁸

In der neuesten Diskussion wird der *consumer welfare standard* nunmehr auch in seinem Ursprungsland zunehmend als unzureichend kritisiert. Infolge der nur auf dem Papier unbestechlichen Logik einfacher Preis-Mengen-Diagramme, durch die Neigung, den Fragen produktiver Effizienz stets ein hohes Gewicht beizumessen und durch eine mehr oder minder weitgehende Relativierung der Lehre von den Marktzutrittsschranken – kurz als Folge des kompromisslosen Marktoptimismus der *Chicago School* – hat der *consumer welfare standard* marktübergreifenden Konzentrationstendenzen Vorschub geleistet, durch welche die gesellschaftspolitische Aufgabe des Kartellrechts – die Begrenzung privater wirtschaftlicher Macht – als gefährdet wahrgenommen wird.²⁹ Mit einer solchen Analyse des *status quo* ist in den Vereinigten Staaten insbesondere die *New Brandeis School*³⁰ zu medialer Aufmerksamkeit gelangt, die eine Rückbesinnung auf die vielseitigere Kartellrechtstheorie des 1941 verstorbenen Supreme-Court-Richters *Louis Brandeis* propagiert. Nicht nur von dieser Seite aus wird darüber nachgedacht, das überkommene Gedankengut der *Chicago School* zugunsten eines umfassenderen Konzepts der Fairness aufzugeben,³¹ wodurch sich das Kartellrecht wieder einem breiteren Katalog gesellschaftspolitischer Wertungen öffnen könne.

Ein konkreter Ansatzpunkt für eine Reflexion dieser bisher in der Theorie eher marginalisierten Aspekte des Wettbewerbsrechts sind die in den Missbrauchstatbeständen vorhandenen Ausbeutungsverbote. Ihr Vorhandensein kann von einer streng mono-axiomatischen Kartellrechtstheorie, die nur den Wettbewerb als

²⁸ *Kerber/Schwalbe*, in: MüKo-WettbR, Einl. (Bd. 1) Rn. 140. Der Versuch einer ökonomisch wie juristisch begründeten Zusammenführung beider Konzepte findet sich bei Schuhmacher, *Effizienz und Wettbewerb* (2011). Siehe zu den Problemen eingehend Kapitel 7, C.II.1.a). cc).(2).

²⁹ Vgl. *Mohr*, *Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht*, S. 834.

³⁰ Siehe monographisch *Wu*, *The Curse of Bigness – Antitrust in The New Gilded Age* (2018). Siehe einführend *Khan*, 9 *Journal of European Competition Law and Practice* 2018, 131 f.; *Khan*, 126 *Yale LJ* 2017, 710 ff.; *de Stree*, *Concurrences* 2020, 2, 2.

³¹ Siehe mit einem kurzen Problemaufriss *Kerber/Schwalbe*, in: MüKo-WettbR, Einl. A (Bd. 1) Rn. 141; *Kalimo/Majcher*, *European Law Review* 2017, 210 ff.; *Kokott/Dittert*, in: FS Schroeder, S. 407 ff. Siehe aktiv in diesem Sinne etwa *Ezrachi*, *Journal of Antitrust Enforcement* 2017, 49 ff.; *Stucke*, 62 *Emory Law Journal* 2013, 1509 ff.; vorsichtig aber auch schon *Roth*, in: Schmidtchen/Albert/Voigt, *The More Economic Approach to European Competition Law*, S. 37, 55. Vgl. aus der politischen Ökonomie für einen umfassenderen Ansatz im Wettbewerbsrecht *Lorch*, *Freiheit für Alle*, S. 205 f.

Schutzziel gelten lassen will, nicht erklärt werden.³² Die Ausbeutungsverbote und einige verwandte Fallgruppen des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung schützen den Wettbewerb nicht, sondern substituieren ihn.³³ Aus welchen Gründen kommt es aber zu einer solchen Substitution? Mit einem Verweis auf den *consumer welfare standard* lässt sich das nicht erklären.³⁴ Schon *Robert Bork* selbst,³⁵ einer seiner Schöpfer, hatte eindringlich vor einer solchen Interpretation gewarnt. Die nicht wettbewerbsschützenden Begrenzungen der Handlungsfreiheit marktbeherrschender Unternehmen sind daher für die heute herrschenden Kartellrechtskonzeptionen ein blinder Fleck im Gesetz. Zugleich sind die Ausbeutungsverbote das Einfallstor ins Wettbewerbsrecht schlechthin für leicht als „systemfremd“ oder gar „populistisch“³⁶ abgetane Anliegen. Das hat gerade die vieldiskutierte *Facebook*-Entscheidung³⁷ des Bundeskartellamtes gezeigt, die – vor Einführung des neuen § 19a GWB – noch auf § 19 I GWB in der Fassung vor der 10. GWB-Novelle gestützt worden war.

In der Rechtswirklichkeit traditionell wenig in Erscheinung getreten, haben die kartellrechtlichen Ausbeutungsverbote gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen in der Wissenschaft durchaus Interesse erregt. Im europäischen und deutschen Recht gibt es sie in dreierlei Ausführungen.³⁸ Art. 102 S. 2 lit. a) AEUV ordnet an, dass marktbeherrschende Unternehmen nur solche Preise und Konditionen fordern dürfen, die angemessen sind. § 19 II Nr. 2 GWB fordert im Wortlaut konkreter, dass marktbeherrschende Unternehmen nur solche Preise und Konditionen verlangen, die jenen entsprechen, welche sich bei wirksamem Wettbewerb ergeben hätten. Zu einer Durchsetzung dieses Maßstabs ist es in der Praxis allerdings selten gekommen.³⁹ Über den Behinderungsmisbrauch hinausgehende Preis- und Konditionenkontrollen haben im deutschen Recht in erster

³² *Faull/Nikpay*, The EU Law of Competition, Rn. 4.852; *Schröter/Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europ. UnionsR, Art. 102 AEUV Rn. 22; *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europ. WettbR, Art. 102 AEUV Rn. 22; *Baum*, Staatlich administrierte Preise als Mittel der Wirtschaftspolitik, S. 50 f.; grundlegend bereits *Mestmäcker*, DB 1968, 1800, 1804.

³³ *Mörsdorf*, ZIP 2020, 2259, 2268.

³⁴ Siehe ausführlich Kapitel 5, B.II.2.b).

³⁵ *Bork*, The Antitrust Paradox, S. 110 ff., 196 f.

³⁶ *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law, Bd. I, § 100b f.

³⁷ BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, B6-22/16 – *Facebook*, Rn. 914.

³⁸ Die sektorspezifische Missbrauchsaufsicht, § 29 GWB, bleibt außer Betracht. Die Diskussion hierzu verläuft allerdings weitgehend parallel, siehe: *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, S. 498 ff.

³⁹ Eine tabellarische Übersicht (der Jahre 1968–1979) über die dahingehenden Verfahren findet sich bei *Baum*, Staatlich administrierte Preise als Mittel der Wirtschaftspolitik, S. 58 ff. Sie sind in den allermeisten Fällen gescheitert oder haben sich erledigt. Vgl. auch *Möschel*, JZ 1975, 393, 393.

Linie über § 19 I, II Nr. 3 GWB stattgefunden.⁴⁰ Ähnlich des europäischen Rechts wurde hierbei ein flexibler Wertungsmaßstab zugrunde gelegt. Neben der klassischen Preis- und Konditionenausbeutung, die gleichsam der Prototyp derjenigen Missbrauchsverbote ist, die den Wettbewerb nicht schützen, sondern ihn ersetzen, gibt es im europäischen und deutschen Recht eine Reihe verwandter Fallgruppen, welche etwa die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, die Einschränkung des technischen Fortschritts oder allgemein die Maßregelung der Marktgegenseite durch einseitige Bestimmungsrechte, undurchsichtige Klauselwerke und Ähnliches mehr verbieten. Auch diese verwandten Fallgruppen sollen hier berücksichtigt werden.

Das Wort „unangemessen“, das im deutschsprachigen Wortlaut des Art. 102 S. 2 lit. a) AEUV verwendet wird, ist im rechtlichen Gebrauch eine Leerformel. „Angemessenheit“ besagt nichts weiter, als dass etwas einem bestimmten Maßstab zu entsprechen habe. Aussagen darüber, worin dieser Maßstab gesehen werden könnte, enthält das Wort jedoch nicht. Inhaltskräftiger sind dagegen die französisch- und englischsprachigen Fassungen der Verträge gehalten, die mit den Wendungen „non-equitable“ und „unfair“ konkret auf die Billigkeit und Fairness als Maßstäbe verweisen. In Anlehnung an die englischsprachige Fassung und begrifflich ins Affirmative gewendet, werden die kartellrechtlichen Ausbeutungsverbote sowie die damit verwandten Fallgruppen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Folgenden daher als Fairnessgebote bezeichnet.⁴¹

Im Zentrum des Interesses steht Art. 102 AEUV, denn dieser stellt den unionsweit einheitlichen Mindeststandard dar. Das deutsche Recht ist darüber hinaus nicht ungeachtet des europäischen Rechts zu verstehen, sondern befindet sich in einem Verhältnis der Angleichung zu diesem.⁴² Das GWB und die Römischen Verträge traten am selben Tag in Kraft. Der EGKS-Vertrag, der eine Reihe aussagekräftiger Vergleichsaspekte bietet,⁴³ hatte zu diesem Zeitpunkt bereits seit einigen Jahren Bestand.

In den vergangenen Jahrzehnten wurde in erster Linie argumentiert, dass die kartellbehördliche Regulierung von Marktergebnissen mit dem westlichen Verständnis einer freien Marktwirtschaft und den darauf aufbauenden Kartellrechtssystemen in Konflikt stehe.⁴⁴ Widerspricht der direkte Steuerungsdurchgriff des

⁴⁰ Vgl. *Möschel*, JZ 1975, 393, 393.

⁴¹ Siehe auch *Ackermann*, in: *Riesenhuber*, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, S. 9: „Angemessenheitsfragen sind Fragen nach der Gerechtigkeit oder Fairness der Güterverteilungen.“

⁴² BGHZ 199, 1 – *VBL Gegenwert I*, Rn. 51; BT-Drs. IV/2564, S. 15 f.; *Wolf*, in: *MüKo-WettbR*, § 19 GWB Rn. 8 Fn. 45 mwN.

⁴³ *Emmerich*, *KartellR* (2014), S. 130 ging gar von einer Auslegungskontinuität aus.

⁴⁴ *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *WettbR*, Art. 102 AEUV Rn. 168 ff.; *Areeda/Hovenkamp*, *Antitrust Law*, Bd. IIIA, § 720 ff.; abwägend dagegen *O'Donoghue/Padilla*, *The Law*

Staates auf den Preis und die Konditionen eines marktbeherrschenden Unternehmens nicht gerade der Grundidee einer gegenseitigen Disziplinierung der Unternehmen durch ständige Konkurrenz *untereinander*? Unabhängig von diesen Hintergrundverwerfungen ist auch bei isolierter Betrachtung nie deutlich geworden, worin der Sinn und Zweck der kartellrechtlichen Fairnessgebote gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen liegen soll. Die hierzu ergangene Praxis scheint erratisch und lässt kaum ein übergreifendes Konzept erkennen. Allerdings sind die kartellrechtlichen Fairnessgebote seit fast 70 Jahren ein kontinuierlicher Bestandteil der europäischen und deutschen⁴⁵ Wettbewerbsordnung.

Ausgangspunkt der theoretischen Untersuchung muss als Forschungsintuition daher die volle Akzeptanz der nicht-wettbewerbsbezogenen Fairnessgebote als legitimen Bestandteilen der Wettbewerbsordnung sein. Dieser vom Gesetz ausgehende, methodisch unumgängliche Ansatzpunkt entbehrt auch nicht der faktischen Plausibilität. Der europäische Primärrechtsgeber hat sein Festhalten an diesem Instrumentarium erst 2009 durch die Übernahme in den Vertrag von Lisabon bekräftigt. Beinahe wären die Fairnessgebote gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen Bestandteile einer europäischen Verfassung geworden. Nach dem historischen Willen der Vertragsparteien sollten sie zudem die Hauptausrichtung des Missbrauchsverbots ausmachen.⁴⁶ Auch die große Mehrheit der OECD-Staaten sieht ein äquivalentes Instrument in ihren Rechtsordnungen vor.⁴⁷ Das ist keine Selbstverständlichkeit. Noch im Jahre 1970 standen die Bundesrepublik Deutschland und das Vereinigte Königreich auf nationaler Ebene allein mit ihrem Versuch da, die Preispolitik marktbeherrschender Unternehmen zu regulieren.⁴⁸ Daraus lässt sich eine erste durchaus überraschende Schlussfolgerung ableiten: Ungeachtet ihrer schwierigen Geschichte in akademischen Kreisen, haben die kartellrechtlichen Fairnessgebote gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen seit der Mitte des 20. Jahrhunderts eine erhebliche Konjunktur bei den Gesetzgebern der Welt durchlebt. Auch der deutsche Gesetzgeber hat sich im

and Economics of Art. 102 TFEU, S. 735 f. Mit einem neuen Ansatz *Akman*, The Concept of Abuse in EU Competition Law, S. 149 ff.

⁴⁵ Siehe bereits § 22 III GWB 1957.

⁴⁶ *Eilmansberger/Bien*, in: MüKo-WettbR, Art. 102 AEUV Rn. 6; *Akman*, 11 The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2008/2009, 165, 168.

⁴⁷ OECD Policy Roundtables on Competition Law & Policy 2011, *Excessive Prices* (DAF/COMP(2011)18), S. 203 ff.: Chile, Tschechien, Dänemark, Finnland, Deutschland, Griechenland, Ungarn, Israel, Südkorea, Schweiz, Türkei, Großbritannien, Brasilien, Bulgarien, Indien, Litauen, Russland, Südafrika, Taiwan (die Mitgliedstaaten der EU jeweils in ihrem nationalen Recht); nicht dagegen: Australien, Mexiko, USA, Indonesien.

⁴⁸ *Mestmäcker*, Europ. WettbR (1974), S. 397: Damals war ebenfalls eine entsprechende OECD-Studie durchgeführt worden. Freilich fand sich ein entsprechendes Verbot auch schon in Art. 86 EGV und bereits vorab in Art. 60 EGKSV.

Sachregister

- ALCOA-Entscheidung 235
Antidumping-Verordnung 267
Anzapfverbot 107
Aristoteles 16 ff., 130 ff., 256 ff.
Augustinus 24
Ausschließlichkeitsbindungen 377, 401 ff.
Autonomie, Autonomiebegriffe 236 ff.
- Bestpreisklauseln 377, 399 ff.
- Cellophane Fallacy 47 ff.
Chicago School 6 ff., 173, 197, 325 ff., 378, 380
Consumer welfare standard 7 ff., 122, 139 ff., 214 ff., 220 ff., 221 ff., 225 ff., 384 ff.
Consumer-choice-Prinzip 402 ff.
- Darcy v. Allen (The Case of Monopolies) 31
Digital Services Act 275, 321
Diokletian, Diokletianische Taxordnung 29
Diskriminierungen 82 ff., 356 ff.
Diskursprinzip 144
Dual Entitlement (s. – Kahnemann-Fairness)
- Efficiency offence 371
Entflechtung 409 ff.
Eskalationspyramide 292
Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl 333 ff.
- First mover advantage 374
- Gewerbeordnung von 1869 33
Gewinnspannenbegrenzung 59 ff., 98
Greenfield-Ansatz s. – Kostenanalyseverfahren
- Hard Cases 157 ff.
Historischer Materialismus 141
- Kahnemann-Fairness 210 ff.
Kaldor/Hicks-Kriterium 127 ff., 255 ff.
Kartellrechtstheorie 171 ff.
Kausalität 40 ff., 86, 360 ff.
Konditionalschema 384
Kopplungen 78 ff., 105 ff., 354, 377, 400 ff.
Kostenanalyseverfahren 96 ff.
- Langfristiger Gleichgewichtspreis 186 ff.
Leitbild des vollkommenen Wettbewerbs 177 ff. (s. auch – Ordoliberales Kartellrechtsprogramm)
Lerner-Index 50
Long Run Average Incremental Costs (LRAIC) 60
- Marktversagen 194 ff.
Marktzutrittsschranken 196 ff., 230, 381 ff.
Marxismus 35 ff. (s. auch – Historischer Materialismus)
Monopolisierungsverbot 391 ff. (s. auch – Spaak-Bericht)
More economic approach 6, 106, 122
Münchhausen-Trilemma (Agrippa's Dilemma) 136, 148
- Neo-Ordoliberalismus 247, 419
New Brandeis School 7, 247, 264, 365 ff., 389
Nikomachische Ethik s. – Aristoteles
- Operating leverage 203 ff.
Ophelimität 126
Ordo 165 ff.
Ordoliberales Kartellrechtsprogramm 243

- Polizeitaxen 30 ff., 33 ff.
Post-entry price cut benchmark 189 ff.
Preiselastizität 51, 220, 269
Preisspaltung 101 ff.
Privacy paradox 207
Prozeßmodell der vernünftigen politischen Willensbildung 155
- Radbruch'sche Formel 146
Rechtspositivismus 137 ff.
Regulierungsrecht (sektorspezifisches) 283 ff.
Responsive Regulation (s. – Smart Regulation)
Reziprozität 20 ff., 256 ff., 259 ff., 266 ff.
- Scholastik 28
Semi-collusion 371
Shrouding 207 ff.
- Smart Regulation 286 ff., 289 ff.
Sockelpreismethode 65, 96
Spaak-Bericht 337 ff.
Spielregeln 280 ff.
SSNDP-Test 48
SSNIP-Test 46 ff., 268 ff., 271
Stare decisis 158
- Theory of Justice 253 ff.
Thomas von Aquin 25 ff., 132
Total welfare standard 223 (s. auch – Williamson-Tradeoffs)
Urheberrecht 68 ff., 203
- Verhaltensökonomie 206 ff., 210 ff.
Vernunftrecht 125 ff.
- Williamson-Tradeoffs 140 ff., 216
Wohlfahrtsökonomik 124 ff.