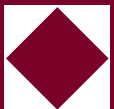


Kieler

Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF) – Band 72

Tobias Krohn

**Die methodengerechte Auflösung
marktmachtbedingter Interessenkonflikte
durch § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB**



Nomos

Kieler
Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF)

Herausgegeben von der Rechtswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Kiel

Band 72

Tobias Krohn

Die methodengerechte Auflösung
marktmachtbedingter Interessenkonflikte
durch § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zagl.: Kiel, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6320-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-0420-5 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für meine Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/16 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen und am 2.9.2019 verteidigt. Dankenswerterweise hat die „Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung“ sie mit einem großzügigen Druckkostenzuschuss bedacht. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Dezember 2018 berücksichtigt werden.

In Wesentlichen Teilen ist diese Arbeit entstanden, während ich mich in Elternzeit für meinen Sohn befand. Da beides zusammen nicht ohne das Landesgraduiertenstipendium der CAU Kiel möglich gewesen wäre, gilt besonderer Dank meinem Doktorvater, *Herrn Prof. Dr. Jickeli*. Seiner engagierten Unterstützung bei den Antragstellungen habe ich das Stipendium zu verdanken. Selbstverständlich danke ich ihm auch für die zuverlässigen Anregungen und – wie auch *Herrn Prof. Dr. Smid* – für die zügige Erstellung der Gutachten.

Nicht wirklich beschleunigend, sehr wohl aber bereichernd, wirkte sich der Beitrag meines Sohnes *Jonah* aus. Dafür konnte ich seine ersten beiden Lebensjahre „live und in Stereo“ miterleben. Das war es wert.

Viel wert war auch der Rückhalt meiner Lebensgefährtin *Claudia*. Als Mutter und seinerzeitige Jura-Studentin wusste sie um die Schwierigkeit, Familie und juristische Ausbildung unter einen Hut zu bringen, und zeigte stets Verständnis. Das half mir ungemein.

Eine besondere Stellung nahm schließlich auch der Rest meiner Familie ein, von welcher ich *Hubert* sowie meine Patentante *Kerstin* ausdrücklich hervorheben möchte. Ihre Unterstützung und ihren Zuspruch weiß ich zu schätzen. Der größte Dank gebührt aber meinen Eltern, *Doris* und *Fritz*. Ihnen danke ich von Herzen, dass sie mir diese Ausbildung ermöglicht und mich auf meinem bisherigen Lebensweg vorbehaltlos gefördert haben. Ohne sie wäre das alles nicht möglich gewesen. Ihnen widme ich daher diese Arbeit.

Flensburg, im November 2019

Tobias Krohn

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
A. Anlass der Untersuchung	17
B. Ziel der Untersuchung	20
C. Gang der Untersuchung	22
1. Teil Methodische Grundlagen zur Interessenabwägung	24
A. Interessenabwägungen im Justizsyllogismus	24
I. Einordnung der Interessenabwägung in den Justizsyllogismus	24
II. Verhältnis von Obersatz und Interessenabwägung	26
1. Konkretisierung von Abwägungsnormen	27
a) Abwägungsregeln: Antworten auf abwägungstypische Fragen	28
b) Fallgruppen: Abwägungsregeln niedriger Abstraktionsstufe	29
2. Funktionsbedingte Konkretisierungsgrenzen	30
III. Fazit: Abwägung und abwägungslenkende Obersätze	31
B. Methode der Interessenabwägung	32
I. Methodische Vorgaben der Interessenabwägung	32
1. Methode durch Abwägungsregeln	33
2. Methode durch Rationalität	35
3. Rationalität durch Struktur	38
II. Auslese begründungsrelevanter Interessen	39
1. Die Interessen als Gegenstand der Abwägung	39
a) Begriff und Charakteristika des Interesses	39
b) Abgrenzung vom Zweck	41
c) Abgrenzung vom öffentlichen Interesse	42
2. Maßstäbe der Interessenauslese	43
a) Gebot der Begründungstauglichkeit	43
b) Anforderungen an die Begründungstauglichkeit	44
c) Insbesondere: Wertungstransfers	45
aa) Rechts- und wertungswidrige Interessen	45

Inhaltsverzeichnis

bb) Grundzüge der systematisch-teleologischen Auslegung	47
III. Methode der Interessengewichtung	49
1. Das „Gewicht“ eines Interesses	49
2. Maßstäbe der Interessengewichtung	51
a) Maßstäbe aus dem Sachverhalt	52
aa) Verhältnismäßigkeitserwägungen	52
(1) Eignung des eingesetzten Mittels	53
(2) Erforderlichkeit des eingesetzten Mittels	54
(3) Verhältnismäßigkeit i.e.S.	55
bb) Interessennähe	56
cc) Folgeüberlegungen	58
b) Maßstäbe aus den beteiligten Personen	58
c) Maßstäbe aus sonstigen rechtlichen Wertungen	59
d) Maßstäbe aus Interessen der Allgemeinheit	59
IV. Ermittlung des Abwägungsergebnisses	60
1. Abwägung i.e.S.	61
2. Abgleich mit dem Abwägungsmaß	62
C. Zusammenfassung: die Formale Abwägungsstruktur	63
I. Interessenauslese	64
1. Sondierung der tauglichen Interessenträger	65
2. Auslese der begründungstauglichen Interessen	65
II. Gewichtung der schutzwürdigen Interessen	66
III. Ermittlung des Abwägungsergebnisses	67
1. Abwägung i.e.S.	67
2. Abgleich mit Abwägungsmaß	67
2. Teil Marktmachtbedingte Interessenkonflikte	68
A. Das Phänomen „Marktmacht“	68
I. Soziale Macht	68
1. Interaktionsbezogenheit und Potentialität	69
2. Kausales oder modales Machtmoment	70
a) Kausales Machtverständnis	71
b) Modales Machtverständnis	71
II. Wirtschaftliche Macht und Marktmacht	73
1. Marktmacht als Unterfall wirtschaftlicher Macht	73
2. Marktmachtbedingte Interessenkollisionen	75
B. Marktmacht in der Wettbewerbsordnung	77
I. Begriff und Wesen des Wettbewerbs	77

II. Wettbewerbsfunktionen im Überblick	78
1. Ökonomische Funktion und Effizienzbegriffe	79
a) Allokationsfunktion	79
b) Antriebsfunktion	80
c) Verteilungsfunktion	81
2. Gesellschaftspolitische Funktion und Freiheitsbegriffe	82
III. Marktmacht und die Wettbewerbsfunktionen	83
1. Marktmacht und die ökonomische Wettbewerbsfunktion	84
a) Allokations- und Verteilungsfunktion	84
aa) Statische Perspektive	84
bb) Dynamische Perspektive	85
b) Antriebsfunktion	86
2. Marktmacht und die Freiheitsfunktion	87
a) Materiale Freiheiten als Funktionsbedingungen	87
b) Materiale Freiheiten als Funktionen mit Eigenwert	88
3. Fazit	90
C. Marktmacht in der Grund- und der Vertragsrechtsordnung	90
I. Grundrechtliche Verbürgung wirtschaftlicher Selbstbestimmung	90
1. Inhalt der Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit	91
2. Wirkrichtungen	92
a) Abwehrdimension	93
b) Schutzdimension(en)	93
II. Funktionen und Funktionsbedingungen des Vertrages	95
1. Materiale Vertragsfreiheit und Vertragsbindung	96
a) Materialisierung einer formalen Vertragsfreiheit	96
b) Spannungsverhältnis zwischen Materialisierung und Bindung	97
2. Prinzip der Vertragsgerechtigkeit	99
a) Erscheinungsformen der Gerechtigkeit	99
b) Vertragsgerechtigkeit bei subjektiver Äquivalenz	101
aa) Bekenntnis zu einer prozeduralen Vertragsgerechtigkeit	101
bb) Erforderlicher Grad an materialer Vertragsfreiheit	103
cc) Vertragstheoretische Bedeutung des Wettbewerbs	104
3. Marktmacht und die Vertragsfunktionen	105

Inhaltsverzeichnis

3. Teil Auflösung marktmachtbedingter Interessenkonflikte	107
A. Ziel der Konfliktlösung durch § 19 GWB	107
I. Wirtschaftsverfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	108
II. Wettbewerblicher Bezugsrahmen des GWB	110
1. Freiheit und Effizienz	110
a) Primat der materialen Freiheitsfunktion	111
b) Verhältnis zur ökonomischen Funktion	113
2. Individual- und Allgemeininteresse am Wettbewerb	115
III. Einbettung des § 19 GWB in den wettbewerblichen Rahmen	117
1. Kontrollbedürftigkeit marktmächtiger Unternehmen	117
2. Gesetzliche Reaktion auf kontrollbedürftige Marktmacht	118
a) Wettbewerbsbezug des § 19 GWB	118
b) Schutzrichtungen im Einzelnen	120
aa) Verbot von Ausbeutungsmisbräuchen	121
bb) Verbot von Behinderungsmisbräuchen	122
c) Marktmachtkontrolle als Instrument des Privatrechts	124
B. Notwendigkeit der Interessenabwägung bei der Konfliktlösung	125
I. „Unbillige Behinderung“ als Tatbestandsmerkmal	126
II. Vorteile generalisierter Missbrauchskonzepte	128
1. Vorteile einer Generalisierung im Kartellrecht	128
2. Exkurs: Konzept des Nichtleistungswettbewerbs	130
III. Nachteile generalisierter Missbrauchskonzepte	133
IV. Die Interessenabwägung als Ausweg	135
1. Notwendigkeit und Kritik an der Interessenabwägung	135
2. Chancen weiterer Konkretisierungsbemühungen	138
C. Abwägungsmaßstäbe bei Behinderungsmisbräuchen	139
I. Vorüberlegungen zur Abwägungsfrage	139
II. Abwägungsmaßstäbe zur Interessenauslese	140
1. Sondierung der Interessenträger	141
a) Voraussetzungen der Beteiligung	141
b) Beteiligungsformen im Einzelnen	144
aa) Unmittelbare Beteiligung	144
bb) Mittelbare Beteiligung	146
(1) Gesetzliche oder vertragliche Verpflichtung	147
(2) Wirtschaftliche Eigenmotivation	148
2. Auslese der begründungstauglichen Interessen	149
a) Voraussetzungen der Begründungstauglichkeit	150
aa) Tatsächlicher Berührungspunkt	150

bb) Normativer Berührungspunkt	151
cc) Fazit	153
b) Ausgelesene Global- und Teilinteressen: Bestand	153
aa) Wirtschaftliche Globalinteressen	153
bb) Teilaspekte der Globalinteressen	155
(1) Interessen am „Ob“ der Marktteilnahme	155
(2) Interessen am „Wie“ der Marktteilnahme	157
cc) Fazit: Rationale Interessenauslese	159
III. Abwägungsmaßstäbe zur abstrakten Gewichtung	160
1. Bewertung der herbeigeführten Auswirkungen	161
a) Offenheit von Märkten (Abschottungskriterium)	161
aa) Bestandsaufnahme zur Abwägungsrelevanz	161
bb) Stellungnahme	164
b) Intensität des Wettbewerbs (Verdrängungskriterium)	166
aa) Bestandsaufnahme zur Abwägungsrelevanz	166
bb) Stellungnahme	169
c) Eigenständige Geschäftsentscheidungen (Lenkungskriterium)	171
aa) Bestandsaufnahme: Abwägungsrelevanz	171
(1) Lenkung der Geschäftsentscheidungen Dritter	171
(2) Lenkung der Geschäftsentscheidungen des Normadressaten	172
bb) Stellungnahme	174
d) Verbraucherinteressen (Effizienzkriterium)	176
aa) Abwägungsrelevanz	176
bb) Stellungnahme	178
2. Bewertung des eingesetzten Mittels	180
a) Leistungswettbewerb	180
aa) Abwägungsrelevanz in der Literatur	180
bb) Abwägungsrelevanz in der BGH-Rechtsprechung	181
(1) Verhaltenselemente mit Leistungsbezug	182
(2) Leistungsfremde Verhaltenselemente	184
(3) Zusammenfassung	186
cc) Stellungnahme	187
b) Kausalitätsdichte zwischen Marktmacht und Missbrauch	188
aa) Exkurs: Kausalität als Tatbestandsmerkmal	189
bb) Abwägungsrelevanz	190
cc) Stellungnahme	191

Inhaltsverzeichnis

c)	Verhältnismäßigkeitserwägungen	192
aa)	Geeignetheit der Maßnahme	192
bb)	Erforderlichkeit: sog. Grundsatz des mildesten Mittels	194
(1)	Inhalt	194
(2)	Abwägungsrelevanz	195
(3)	Stellungnahme: Grundsatz des „milderen“ Mittels	197
cc)	Angemessenheit der Maßnahme	199
3.	Faktoren in der Person eines Beteiligten	201
a)	Subjektive Merkmale	201
b)	Verantwortungsbereiche	203
c)	Abwehr- oder Angriffsverhalten	204
4.	Gesetzliche Wertungen außerhalb von § 19 GWB	205
a)	Verfassungsrechtliche Wertungen	206
aa)	Abwägungsrelevanz	206
bb)	Stellungnahme	207
b)	Einfach-gesetzliche Wertungen	209
aa)	Abwägungsrelevanz in der Rechtsprechung des BGH	209
bb)	Abwägungsrelevanz in der Literatur	211
cc)	Stellungnahme	213
(1)	§ 19 GWB im System der privatrechtlichen Machtkontrolle	214
(2)	Konsequenzen für die teleologisch-systematische Auslegung	216
5.	Öffentliche Interessen	219
a)	Abwägungsrelevanz	219
b)	Stellungnahme	221
6.	Sonstige Wertungstendenzen	222
a)	Grad von Marktmacht	222
aa)	Gruppe 1: Keine Abwägungsrelevanz	223
bb)	Gruppe 2: Absolute Abwägungsrelevanz	223
cc)	Gruppe 3: Indizierende Abwägungsrelevanz	224
dd)	Fazit	226
b)	Verdiente und unverdiente Macht	227
c)	Nemo-tenetur-Grundsatz	228
IV.	Abwägungsmaßstäbe zum Wertungsmaß	230
1.	Abwägungsrelevanz	230
2.	Stellungnahme	232

D. Formale Struktur der Missbrauchsprüfung	234
I. Auslese der konfliktrelevanten Interessen	234
1. Sondierung der tauglichen Interessenträger	234
2. Sachliche Auslese ihrer Interessen	235
a) Tatsächliche Dimension	235
b) Normative Dimension	236
II. Gewichtung der schutzwürdigen Interessen	237
1. Konkreter Gewichtungsvorgang	238
2. Abstrakter Gewichtungsvorgang	240
a) Dogmatische Vorüberlegungen zur Gewichtung	240
b) Basisbewertung gemäß der Freiheitsannahme	241
aa) Hypothetische Eingriffsintensität beim Normadressaten	242
bb) Tatsächliche bewirkte wettbewerbliche Negativselektion	243
c) Atypische Gewichtung bei widerlegter Freiheitsannahme	244
aa) Atypische Gewichtung der Verbotsinteressen	245
bb) Atypische Gewichtung der Bestandsinteressen	246
III. Ermittlung des Abwägungsergebnisses	248
1. Dogmatische Vorüberlegungen	248
2. Ermittlung des vorläufigen Abwägungsergebnisses	249
3. Überprüfung anhand von Drittwertungen	250
4. Teil Zusammenfassung: die Missbrauchsprüfung in Thesen	252
Prämissen einer methodengerechten Abwägungsstruktur	252
Umsetzung der Prämissen in eine rationale Missbrauchsprüfung	253
Schritt 1: Auslese der Interessen	254
Schritt 2: Gewichtung der schutzwürdigen Interessen	256
Schritt 3: Ermittlung eines vorläufigen Abwägungsergebnisses	260
Schritt 4: Überprüfung des vorläufigen Abwägungsergebnisses	262
Literaturverzeichnis	265

