

Jochen Mohr

Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht

Domestizierung wirtschaftlicher Macht
durch Inhaltskontrolle der Folgeverträge

Mohr Siebeck

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII
Aufgabenstellung	1
Teil 1: Einleitung	7
A. Die Privatrechtsordnung zwischen dem Schutz der individuellen Selbstbestimmung und der Beförderung von Gemeinwohlinteressen	7
I. Individuelle Selbstbestimmung als Grundidee der Privatrechtsordnung	7
1. Das Prinzip der Selbstbestimmung	7
2. Privatautonomie als Ausprägung des Prinzips der Selbstbestimmung	14
II. Unterscheidung zwischen Vertragsfreiheit, Vertragsgerechtigkeit und Sozialmodellen	18
1. Formale und materiale Konzeptionen der Vertragsfreiheit .	18
2. Vertragsgerechtigkeit	19
3. „Sozialmodelle“ privater Macht und ihre rechtliche Rezeption	22
a) Zum Begriff des Sozialmodells	22
b) Gesellschaftswissenschaftliche Grundbegriffe privater Macht	23
aa) Kausale Machtbegriffe	23
bb) Modale Machtbegriffe	25
cc) Bewertende Einordnung	27
dd) Ambivalenz wirtschaftlicher Macht	28
4. Zwingendes Privatrecht als Ausdruck des jeweiligen Sozialmodells	29
a) Zwingende Regelungen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht	29

b) Unterschiedliche Ausprägungen zwingenden Vertragsrechts	32
III. Zum Verhältnis von Individualwohl und Gemeinwohl	36
1. Zur Begrifflichkeit	37
2. Gemeinwohl	38
a) Überpositive und normative Bedeutung	38
b) Überblick über das ökonomische Verständnis von „Gemeinwohl“	43
aa) Neoklassische Wettbewerbstheorie	43
bb) Wohlfahrtsökonomie	44
cc) Freiheitliches Verständnis von Gemeinwohl	47
dd) Neue Institutionenökonomik	48
ee) Vorläufiges Ergebnis	50
3. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	50
a) Legalausnahme von den Wettbewerbsvorschriften	51
b) Paradigma: Universaldienstleistungen	52
4. Leistungen der Daseinsvorsorge zwischen Wettbewerb und Gemeinwohl	53
a) Begriff	53
b) Historische Sicht	53
c) Privatisierung und Liberalisierung	54
IV. Zwischenergebnis	54
B. Wichtige Grundbegriffe	55
I. Individual- und Institutsschutz (Institutionenschutz)	56
II. Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) und Lauterkeitsrecht	58
III. Regulierungsrecht	59
1. Marktregulierung	60
2. Regulierung der Sektoren Energie, Telekommunikation und Eisenbahnen	61
3. Unterscheidung zwischen Wettbewerbsregulierung und sonstiger gemeinwohlorientierter Regulierung	63
IV. Wettbewerbsbeschränkung	66
V. „Public enforcement“ und „private enforcement“	66
VI. Verbraucher und Marktgegenseite	68
VII. Wettbewerbsbeschränkende Verträge und Folgeverträge	70
VIII. Formale und materiale Freiheit	74

C. Einwände gegen ein freiheitlich-materiales Verständnis des wirtschaftsrelevanten Privatrechts	74
I. Die wirtschaftswissenschaftliche Sicht („more economic approach“)	75
II. Juristische Kritik am Schutz materialer Selbstbestimmung . . .	77
D. Eingrenzungen der thematischen Reichweite	80
I. Kontrolle privater wirtschaftlicher Macht	80
II. Verstöße gegen die Kartell- und Missbrauchsverbote	81
III. Wettbewerbsfördernde Regulierung der Netzsektoren Energie, Telekommunikation und Eisenbahnen	82
IV. Preiskontrolle der (Folge-)Verträge	83
V. Untersuchung aus rechtswissenschaftlicher Perspektive	85
VI. Untersuchung aus unionsrechtlicher und nationaler Perspektive	85
 Teil 2: Die Wirtschaftsverfassung Deutschlands und der Europäischen Union	 87
A. Wirtschaftsverfassung und Sozialmodell des Privatrechts	87
B. Ökonomisches und rechtswissenschaftliches Verständnis von Wirtschaftsverfassung	89
C. Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union	91
I. Von der wirtschaftlichen zur sozialen Integration	92
II. Systementscheidung des früheren EG-Vertrages für eine freie Marktwirtschaft	93
III. Auswirkungen des Lissabon-Vertrages auf die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union	96
1. Errichtung einer in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft	96
2. Sicherung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs	99
3. Garantie einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb	101
4. Politische Stärkung sozialer Zwecke durch den Vertrag von Lissabon	102
D. Die Wirtschaftsverfassung Deutschlands	103
I. Relative wirtschaftspolitische Offenheit des Grundgesetzes . .	104
II. Soziale Marktwirtschaft	107

E. Schutz der Selbstbestimmung im deutschen und im europäischen Verfassungsrecht	109
I. Das Grundgesetz	109
II. Das Unionsrecht	113
F. Gewährleistungsverantwortung des Staates für die Versorgung mit Energie, Telekommunikation und Eisenbahnen	116
I. Grundrechtliche Gewährleistung der Versorgung mit Gütern der Daseinsvorsorge	116
II. Regulierungsverantwortung für die Netzebene	122
III. Rekommunalisierung	123
1. Wasserversorgung	123
2. Energieversorgung	125
3. Reichweite der Garantie kommunaler Selbstverwaltung	127
G. Zwischenergebnis – Sicherung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs	128
 Teil 3: Vertragstheorien	 129
A. Wechselseitiger Bezug von Vertragsrechtsordnung und Wettbewerbswirtschaft	130
I. Koordinierung individueller Freiheiten über den Preismechanismus des Marktes	131
II. Sicherung der Wettbewerbsprozesse durch privatrechtliche Institute	132
III. Begrenzung privatrechtlicher Institute durch die Wettbewerbsordnung	134
IV. Zwischenergebnis und Ausblick	135
B. Geltungsgründe des Vertrages zwischen formaler Selbstbestimmung und überindividuell-objektiven Zwecken	136
I. Das liberale Verständnis des Vertrages im Bürgerlichen Gesetzbuch des Jahres 1900	136
1. Primat rechtlich-formaler Freiheit und Gleichheit der Bürger	136
2. Überwiegen dispositiven Vertragsrechts	141
3. Defizite beim Schutz des wirtschaftlich Schwächeren	143
4. Zwischenfazit	145
II. Erste sondergesetzliche Regelungen zur Kompensation vertraglicher Ungleichgewichte	145

III. Historische Entwicklung der privatrechtlichen Behandlung wirtschaftlicher Macht	147
1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur „Kartellfrage“	148
a) Positive Bewertung wirtschaftlicher Macht	148
b) Die Entscheidung zum „Sächsischen Holzstoffkartell“	148
c) Verbot des „Monopolmissbrauchs“	153
d) Ökonomische und rechtspolitische Gründe für die positive Bewertung wirtschaftlicher Macht	154
2. Die Kartellverordnung des Jahres 1923 und ihre Rezeption in der Rechtsprechung	155
a) Statuierung einer Ex-post-Missbrauchskontrolle	155
b) Die „Benrather-Tankstellen-Entscheidung“ des Reichsgerichts	158
3. Die Kontrolle einseitiger Vertragsgestaltungsmacht über § 315 BGB	159
4. Die „Krise des Vertragsrechts“ – am Beispiel allgemeiner Geschäftsbedingungen	161
IV. Der Vertrag als Mittel einer gesellschaftlich richtigen Ordnung?	163
1. „Sozialautonomie“ statt „Privatautonomie“	163
2. Das wirtschaftspolitische Konzept der „mixed economy“	167
3. Schutz vor Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr	168
V. Von der „Krise des Vertragsrechts“ zur „Krise des Sozialschutzes“	169
VI. Ein Seitenblick auf das Europäische Privatrecht	170
VII. Zwischenergebnis und Bewertung	173
C. Der Vertrag als Mittel zur Erzielung überindividueller Gerechtigkeit	175
I. Problemstellung: Individual- oder Institutsschutz?	175
II. Das Konzept objektiver Richtigkeit des Vertrages (<i>Schmidt-Rimpler</i> 1941)	179
III. Subjektive Richtigkeitsgewähr des Vertragsschlusses (<i>Schmidt-Rimpler</i> 1974)	181
IV. Das Sozialstaatsprinzip als Quelle überindividueller Vertragsgerechtigkeit?	183
1. Die Bürgerschafts-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	183
2. Europäisches Privatrecht	189
D. Das zutreffende Verhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit	190

I.	Unterscheidung zwischen monistischen und dualistischen Ansätzen	190
II.	Unzulänglichkeit einer rein instrumental-formal verstandenen Vertragsfreiheit	192
III.	Keine Ausrichtung des Vertrages auf heteronome Gerechtigkeitsvorstellungen	193
	1. Verstoß gegen den Grundsatz der individuellen Selbstbestimmung	193
	2. Fehlen materieller Kriterien für eine Richtigkeitskontrolle im Einzelfall	194
IV.	Funktionaler Zusammenhang zwischen materialer Vertragsfreiheit und prozeduraler Vertragsgerechtigkeit	196
	1. Subjektive Richtigkeitschance des Vertragsmechanismus	196
	2. Der Vertrag als Institut eines selbstbestimmten Interessenausgleichs	197
V.	Wettbewerb als Voraussetzung materialer Vertragsfreiheit und prozeduraler Vertragsgerechtigkeit	198
E.	Schutz der Privatautonomie durch öffentliches Recht oder durch Privatrecht?	201
F.	Zwischenergebnis – Schutz chancengleicher Selbstbestimmung	204
Teil 4: Wettbewerbstheorien		206
A.	Schutz vor wirtschaftlicher Macht oder Herstellung gesamtgemeinschaftlicher Wohlfahrt?	206
B.	Grundbegriffe	207
I.	Wettbewerbsrecht als „praktizierte Wettbewerbspolitik“	207
	1. Wettbewerbspolitik	208
	2. Wettbewerbstheorie	210
	3. „Positive“ und „normative“ Theorie der Regulierung	211
II.	Marktversagen aus ökonomischer und juristischer Sicht	213
	1. Die ökonomische Sicht	213
	2. Die juristische Sicht	217
III.	Die Eigengesetzlichkeit des Rechts gegenüber der Wirtschaft	218
	1. Zielkonflikte zwischen einem rechtlichen und einem ökonomischen Verständnis des Wettbewerbsschutzes	218
	2. Rechtssicherheit, Justiziabilität und Vorhersehbarkeit	219
	3. Interpretation des Rechts mit Hilfe der Ökonomie	219

IV.	Wettbewerbsfunktionen	220
1.	Selbststeuerungseigenschaften wettbewerblich organisierter Märkte (ökonomische Wettbewerbsfunktionen)	221
2.	Schutz der material-chancengleichen Vertragsfreiheit gegen unangemessene oder unbillige Beeinträchtigungen (gesellschaftliche Wettbewerbsfunktionen)	224
3.	Zielkonflikte zwischen Freiheits- und Wohlfahrtsfunktionen („trade offs“)	226
V.	Aufgabenstellung: Auflösung des Zielkonflikts zwischen Ökonomie und Recht aus zivilistischer Sicht	227
C.	Ökonomische Sicht auf wirtschaftliche Macht	229
I.	Inhalt und Art der Darstellung	229
II.	Klassische dynamische Wettbewerbstheorie	231
1.	Historische Einordnung	231
2.	Das System der „natürlichen Freiheit“	233
3.	Die Bedeutung von Märkten für die Preisbildung (Preismechanismus)	234
4.	Vertragsfreiheit als Voraussetzung des wettbewerblichen Preismechanismus	236
5.	Bewertung	238
III.	Neoklassische Gleichgewichtstheorie und Wohlfahrtsökonomie	240
1.	Problem: Stellenwert wirtschaftlicher Freiheit	240
2.	Theoretische Grundstruktur der Neoklassik	242
a)	Knappheit der Ressourcen	244
b)	Präferenzautonomie	245
c)	Methodologischer und normativer Individualismus	247
d)	Verhaltensmodell des „homo oeconomicus“	249
aa)	Grundannahmen	249
bb)	Eigennutzentheorem (Konzept der Nutzenmaximierung)	251
cc)	Individuelle Rationalität	252
dd)	Nutzenfunktion	253
3.	Wohlfahrtsökonomie	254
a)	Problemstellung	254
b)	Utilitaristische Wohlfahrtsökonomie	256
c)	Pareto-Kriterium	256
aa)	Grundaussagen	256
bb)	Rechtfertigung idealer Austauschverträge aus dem Nutzen aller Vertragsparteien	257
cc)	Bewertung	259

d)	Kaldor-Hicks-Kompensationskriterium	261
aa)	Grundaussagen	261
bb)	Bewertung	263
e)	Wohlfahrtsstandard	266
aa)	Problemstellung	266
bb)	Gesamtwohlfahrtsstandard	267
cc)	Konsumentenwohlfahrtsstandard	268
dd)	Praktische Relevanz	269
ee)	Bewertung	270
4.	Effizienzkonzepte	271
a)	Unterscheidung zwischen positiver und normativer Effizienz	272
b)	Allokative (Pareto-)Effizienz	273
c)	Produktive Effizienz („economies of scale“ und „economies of scope“)	274
d)	Dynamische Effizienz (Innovationen)	276
aa)	Herausragende wettbewerbstheoretische Relevanz	276
bb)	Begrenzte modelltheoretische Erfassbarkeit	277
cc)	Dynamische Effizienz und Marktmacht	278
e)	„Längerfristige“ Betrachtung von Marktprozessen versus „kurzfristiger“ Schutz vor Ausbeutung	279
5.	Anwendung der Effizienzkonzepte auf die Analyse von Märkten (Neoklassische Preistheorie)	280
a)	Pareto-Effizienz und Marktwirtschaft	280
b)	Vollkommene Konkurrenz als Situation ohne Ausbeutungspotenzial	282
c)	Marktmacht als Aufgreifmaßbestand zur Kontrolle des Marktverhaltens von Unternehmen	284
6.	Zusammenfassung und Gesamtbewertung	284
IV.	Wirtschaftliche Macht als ambivalentes Phänomen – die Theorien der Workable Competition	288
1.	Die Vorläufermodelle der „monopolistischen“ bzw. „unvollkommenen“ Konkurrenz	288
2.	„Industrial Organization“ (Harvard School)	290
a)	Traditionelle Industrieökonomik	290
b)	Neue Industrieökonomik und Spieltheorie	293
3.	Workable Competition als Second-best-Lösung (Clark)	294
a)	Ablösung des neoklassischen Konzepts vollkommener Konkurrenz	294
b)	Theorie des Zweitbesten	298
4.	Theory der Effective Competition (wirksamer Wettbewerb)	298

a)	Wettbewerb als Prozess der „Bahnbrecher“ und der „Nachahmer“ (<i>Arndt</i>)	299
b)	Wettbewerb als dynamischer Prozess	301
5.	Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität (<i>Kantzenbach</i>)	303
a)	Zielkonflikt zwischen Freiheitsschutz und wohlfahrts- ökonomischer Effizienzorientierung	303
b)	Wettbewerbspolitische Relevanz und Kritik	307
c)	Zu den Markttests	309
6.	Bewertung	312
V.	Vernachlässigung der negativen Wirkungen wirtschaftlicher Macht durch freiheitlich-formale Markt- und Wettbewerbstheorien	315
1.	Analyse dynamischer Markt- und Wettbewerbsprozesse	315
2.	Das Wissensproblem (<i>von Hayek</i>)	317
a)	Grundlagen	317
b)	Bewertung	321
3.	Das systemtheoretische Konzept der Wettbewerbsfreiheit (<i>Hoppmann</i>)	322
a)	Von einem materialen zu einem formalen Freiheitsverständnis	322
b)	Bewertung	327
VI.	Die Chicago School zwischen Wohlfahrtsökonomie und Laissez-faire	329
1.	Unterscheidung zwischen positiven und normativen Ansätzen	329
2.	Wettbewerbstheoretische Grundannahmen	332
3.	Wettbewerbspolitische Empfehlungen	334
4.	Zusammenfassung und Bewertung	336
a)	Positive Einschätzung wirtschaftlicher Macht	336
b)	Unvereinbarkeit mit der geltenden Wirtschafts- verfassung	336
c)	Formales Verständnis der Vertragsfreiheit	337
VII.	Trennung kompetitiver und antikompetitiver Macht durch die Post-Chicago-Economics	339
1.	„Post Chicago“ als Sammelbecken verschiedener Denkrichtungen	339
2.	Kritik an der Chicago School	341
a)	Vernachlässigung dynamischer Effizienz	342
b)	Realitätsferner Glaube an die Funktionsfähigkeit der Märkte	343
c)	Grenzen der Rationalitätsannahme	344

3. Bewertung von „Post Chicago“	344
D. Schutz individueller Freiheit vor antikompetitiver Macht durch eine staatliche Wettbewerbsordnung – Ordoliberalismus und Neue Institutionenökonomik	
I. Ordoliberalismus (Freiburger Schule)	347
1. Wirtschaftliche Macht als Ausgangsproblem	348
2. Die ordolibérale Theorie der vollständigen Konkurrenz	351
3. Zum Werk <i>Walter Euckens</i>	354
a) Begründung der Ordnungsökonomik	354
b) „Die Grundlagen der Nationalökonomie“	355
aa) Wirklichkeitsbasierte Modellbildung	355
bb) Marktformen und wirtschaftliche Macht	356
cc) Ordnung der Wirtschaft durch eine Wirtschaftsverfassung	357
c) „Grundsätze der Wirtschaftspolitik“	358
aa) Ordnung individueller Freiheiten durch ein Wettbewerbsrecht	359
bb) Schutz material-chancengleicher Wirtschaftsfreiheit	360
cc) Begründer der Ordnungsökonomik	361
dd) Prinzipien der Wettbewerbsordnung	362
ee) Als-ob-Wettbewerbsprinzip als Kontrollmaßstab	363
d) Objektives oder subjektives Freiheitskonzept?	364
4. Zum Werk <i>Franz Böhm</i> s	367
a) Unterscheidung zwischen dem frühen und dem späten <i>Böhm</i>	367
b) „Wettbewerb und Monopolkampf“	370
aa) Zielsetzung	370
bb) Ambivalenz wirtschaftlicher Macht	371
cc) Wettbewerbsschutz zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht	374
c) Vorrang einer „Ordnung der Wirtschaft“ (1937) vor individuellen Freiheitsrechten	376
d) Zwischenergebnis	378
e) Schriften von 1945 bis 1950: zwischen Individual- und Institutsschutz	381
f) Das rechtliche Konzept der „Privatrechtsgesellschaft“ als Ausdruck eines material-chancengleichen Freiheits- verständnisses	383
5. Institutionelles Verständnis des Wettbewerbs und Schutz	

material-chancengleicher Selbstbestimmung – am Beispiel subjektiver Anspruchsberechtigungen	388
6. Zur Begrifflichkeit: Paläoliberal – Neoliberal – Ordoliberal	393
II. Die Neue Institutionenökonomik als privatrechtskonforme Theorie zur Abwägung komplementärer Freiheitsbereiche? . .	396
1. Einführung	397
2. Modifizierung der Modellannahmen der Neoklassik	400
a) Realitätsnähere Beurteilung menschlichen Verhaltens . .	400
b) Begrenzte Informationen und begrenzte Kapazitäten zur Informationsverarbeitung („bounded rationality“) .	401
c) Eigennutzentheorem: Nutzenbefriedigung statt Nutzenmaximierung	403
3. Insbesondere: Das Problem opportunistischen Verhaltens von Vertragspartnern	404
4. Konsensbasierte Erklärung des Wettbewerbsrechts	406
III. Die Verhaltensökonomik als Verfeinerung oder als Widerlegung der Neuen Institutionenökonomik?	408
1. Grundlagen	408
2. Verhaltensanomalien	410
3. Bewertung der verschiedenen Verhaltensmodelle	412
E. Zwischenergebnis – Vorzugswürdigkeit eines modernen Ordoliberalismus	415
 Teil 5: Schutzzwecke des Wettbewerbsrechts und ihre Operationalisierung	418
A. Problemstellung	418
B. Der „more economic approach“ zum europäischen Wettbewerbsrecht	420
I. Einführung	420
II. Grundlinien des „more economic approach“	422
1. Änderung des wettbewerbspolitischen Leitbilds	422
2. Leitlinien der Kommission	426
a) Negative Auswirkungen auf den Markt als Beurteilungsmaßstab	426
b) Verbraucherschaden als Tatbestandsmerkmal?	428
c) Marktstruktur als Wettbewerbskriterium – zur Relevanz wirtschaftlicher Macht	430
III. Systematisierung und Kritik	433

1. Unterscheidung zwischen anwendungsbezogener und normativer Sichtweise	433
2. Ermittlung einer Wettbewerbsbeschränkung durch Abwägung marktbezogener Freiheiten	435
a) Offenhaltung der Märkte und Schutz der materialchancengleichen Selbstbestimmung	435
b) Notwendigkeit eines wertenden Ausgleichs gegenläufiger Freiheitsrechte	438
c) Vorrang rechtlicher Wertungen	439
d) Ausgleich wirtschaftlicher Freiheitsrechte durch funktionsfähige Märkte	440
e) Zum Abwägungsmaßstab	446
C. Schutzrichtung der Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen	449
I. Sicherung gegenseitiger Unabhängigkeit und Wahlfreiheit der Marktteilnehmer	450
1. Vorrang der individuellen Freiheit vor der allgemeinen Wohlfahrt	450
2. Bestätigung der drittschützenden Intention der Wettbewerbsregeln durch § 33 GWB	454
II. Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen gem. Art. 101 AEUV	455
1. Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV	455
a) Zur Begrifflichkeit	456
b) Unwertgehalt und Ausrichtung auf den Grundsatz des Als-ob-Wettbewerbs	457
c) Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung	461
d) Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung	464
e) Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung	466
2. Rechtfertigung einer Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV	470
3. Die „ <i>Courage</i> -Rechtsprechung“ als „materiale Folgevertragskonstellation“	475
a) Indizien für ein materiales Freiheitsverständnis – die Entscheidung „ <i>Courage</i> “ (Teil 1)	475
b) Kein Nachweis eines Verbraucherschadens bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen	477
4. Rechtsprechung des BGH – die Entscheidung „ <i>ORWI</i> “ (Teil 1)	478
III. Das Verbot von Ausbeutungsmisbräuchen	479
1. Abgrenzung vom Verbot von Behinderungsmisbräuchen	481
a) Das Verbot von Behinderungsmisbräuchen als	

abstrakter Gefährdungstatbestand zum Schutz der material-chancengleichen Selbstbestimmung der Marktteilnehmer	481
b) Anwendungsbereich	483
c) Zur Rechtsprechung des EuGH	484
d) Zwischenergebnis	485
2. Zweck des Verbots von Ausbeutungsmissbräuchen: Schutz der material-chancengleichen Vertragsfreiheit der Marktgegenseite	486
3. Kontrollmaßstab: Hypothetischer Wettbewerbspreis	487
a) Grundsatz des Als-ob-Wettbewerbs	487
b) Juristisches Kontrollkonzept zum Schutz vor unangemessener Ausbeutung	488
c) Inhaltliche Konkretisierung	490
4. Methodenpluralität	492
a) Vergleichsmarktmethode („Benchmarking“)	492
b) Kosten- und Gewinnkontrolle	493
c) Kumulative Anwendung der Methoden	494
5. Wertungsgleichklang mit der regulierungsrechtlichen Entgeltkontrolle – zur Entbehrlichkeit eines Erheblichkeitszuschlags	494
a) Vermeidung einer unzulässigen Preisregulierung?	494
b) Übertragbarkeit der normativen Wertungen des Regulierungsrechts	495
c) Vergleich mit dem Kartellverbot	496
d) Behebung rechtstatsächlicher Unsicherheiten („Unsicherheitsfaktor“)	497
IV. Wettbewerbstheoretische Einwände gegen eine kompetitive Ausbeutungskontrolle – am Beispiel des § 29 GWB	498
V. Das Wettbewerbsrecht zwischen Individual- und Institutsschutz	502
D. Der von den Wettbewerbsregeln geschützte Personenkreis	502
I. Unterscheidung zwischen „primären“ und „sekundären“ subjektiven Rechten	502
II. Das subjektive Recht als elementarer Bestandteil einer freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung	506
III. Zusammenhang zwischen objektiver Schutzebene und subjektiver Sanktionsebene	509
IV. Rückschluss von der Sanktionsebene auf den objektiven Schutzbereich – § 33 GWB als Beispiel	512
V. Folgerungen	513

E. Zwischenergebnis – „Personalistischer Schutzzweck“ des Wettbewerbsrechts	513
Teil 6: Technische, ökonomische und rechtliche Grundlagen der Regulierung der Netzsektoren	515
A. Technische Grundlagen der Netzindustrien	515
I. Energie	515
II. Telekommunikation	517
III. Eisenbahnen	520
B. Ökonomische Regulierungsgründe	521
I. Problemstellung	521
II. Wettbewerbstheoretische Begründungsansätze	522
1. Neoklassische Wohlfahrtsökonomie	523
2. Workable Competition	524
3. Systemtheorie	524
4. Chicago School of Economics	525
5. Ordoliberalismus und Ordnungsökonomik	525
6. Neue Institutionenökonomik	526
III. Insbesondere: Natürliche Monopole	526
1. Größen- und Verbundvorteile	527
2. Irreversibilität als Voraussetzung des natürlichen Monopols?	529
3. Negative Wohlfahrtswirkungen eines natürlichen Monopols	529
4. Statische versus dynamische Effizienz	530
IV. Weitere Regulierungsgründe	532
1. Sonstige qualifizierte Marktzutrittsschranken	532
2. Vertikale Integration	533
3. Externe Effekte	533
4. Netzwerkeffekte	534
5. Opportunistisches Verhalten und Hold-up-Problematik	535
6. Asymmetrische Information	537
C. Normative Regulierungsgründe	539
I. Sicherung des Gemeinwohls	539
II. Sicherung der material-chancengleichen Selbstbestimmung	540
D. Auflösung von Zielkonflikten	543

E. Zwischenergebnis: Primat der Wettbewerbsförderung	545
 Teil 7: Schutzzwecke des Regulierungsrechts und ihre Operationalisierung	 547
A. Stand der Marktöffnung	548
I. Problemstellung	548
II. Energie	550
III. Telekommunikation	556
IV. Eisenbahnen	561
 B. Wege einer sektorspezifischen Regulierung	 569
I. Domestizierung von Marktmacht durch potenziellen Wettbewerb	 570
1. Theorie der Contestable Markets	570
2. Bedeutung für die allgemeine Wettbewerbstheorie	572
3. Bedeutung für die Regulierungstheorie – disaggregierte Regulierung der Netze	 573
II. Domestizierung von Marktmacht durch intermodalen Wettbewerb	 574
III. Formen der Wettbewerbsförderung auf Netz- und Diensteebene	 575
1. Netzettbewerb	575
a) Infrastrukturwettbewerb der Netze	575
b) Ausschreibungswettbewerb	576
2. Wettbewerb in Netzen	579
3. Beispiel: Die Ladder-of-Investment-Theorie des Telekommunikationsrechts	 580
 C. Grundlagen des Zugangskonzepts	 584
I. Wettbewerbsförderung in wettbewerbsfähigen Marktstufen („Contestable Markets“)	 585
II. Zum Begriff des Zugangs	585
1. Zugang als Anspruch auf Netznutzung	585
2. Anspruch auf physischen Netzanschluss	587
III. Identifizierung und Regulierung unerlässlicher Infrastrukturen/Marktsegmente	 587
1. „Disaggregierter Regulierungsansatz“	587
2. Ermittlung der zu regulierenden Infrastrukturen/ Marktsegmente	 590
3. Symmetrische oder asymmetrische Regulierung	593

	4. Beseitigung der antikompetitiven Effekte unerlässlicher Infrastrukturen durch Regulierung	595
IV.	Zu regulierende Märkte	596
	1. Energie	596
	2. Telekommunikation	598
	3. Eisenbahnen	599
V.	Netzzugang durch zivilrechtlichen Vertrag	603
	1. Energiewirtschaftsrecht	603
	2. Telekommunikationsrecht	605
	3. Eisenbahnregulierungsrecht	606
D.	Regulierungsinstrumente	607
I.	Regulierung als sektorspezifisches Wettbewerbsrecht	608
II.	Gemeinwohlorientierte Regulierungsinstrumente	608
III.	Wettbewerbsfördernde Regulierungsinstrumente	611
	1. Zugangsregulierung	611
	a) Zweck: Sicherung der material-chancengleichen Vertragsfreiheit	611
	b) Zugangsverpflichtete	613
	c) Schutz der Endkunden durch abstrakte Gefährdungstatbestände	613
	d) Einschränkungen des Zugangsanspruchs	614
	e) Inhalt des Zugangsanspruchs	615
	2. Entgeltregulierung	615
	a) Kontrollmaßstäbe und Kontrollmethoden	616
	b) Effiziente Kosten und angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals	618
	c) Kostenkontrolle und preis- bzw. anreizbasierte Regulierung	622
	aa) Kostenregulierung	623
	bb) Anreizregulierung	624
	cc) Bewertung	626
	d) Zeitpunkt der Entgeltkontrolle	627
	aa) Ex-ante- und Ex-post-Kontrolle	628
	bb) Kein Erheblichkeitszuschlag bei der Ex-post-Kontrolle	630
	cc) Unterschiedliche Ausgestaltung der Regulierungsgesetze	629
	3. Entflechtungsregulierung	631
IV.	Zivilrechtliche Rechtsbehelfe	632
	1. Energiewirtschaftsrecht	632
	2. Telekommunikationsrecht	634

3. Eisenbahnregulierungsrecht	635
E. Zwischenergebnis – Multifunktionalität des Regulierungsrechts . . .	636
 Teil 8: Schutz vor Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht	
A. Problemstellung	637
B. Theorien der Abgrenzung	639
1. Subjektstheorie	640
2. Modifizierte Subjektstheorie	641
3. Subjektions-/Subordinationstheorie	642
4. Interessentheorie	643
C. Zur Einordnung des Wettbewerbsrechts	644
I. Schutz materialer Selbstbestimmung versus überindividuelle Gemeinwohlziele	644
II. Die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand als Beispiel . . .	647
D. Zur Einordnung des Regulierungsrechts	649
E. Unterscheidung zwischen materiellen Tatbeständen und Rechtsbehelfen	651
F. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht als Kollisionsregelung am Beispiel der „Flucht ins Gebührenrecht“	653
G. Zwischenergebnis – Wettbewerbsrecht und wettbewerbsfördernde Regulierung als Mischgesetze mit privatrechtlichem Kern	655
 Teil 9: Schutz- und Verbotsgesetze des Wettbewerbs- und Regulierungsrechts	
A. Problemstellung	656
B. Die „Privatisierung“ des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen	658
I. „Public enforcement“ und „private enforcement“	658
II. Entwicklung des „private enforcement“	662
1. Das Kartellverbot	662

2.	Marktmachtmissbrauch als gesetzliches Verbot	663
3.	Die Durchführungs-Verordnung (EG) Nr. 1/2003	663
	a) System der Legalausnahme vom Kartellverbot	664
	b) Dezentrale Durchsetzung des Wettbewerbsrechts	665
	c) Vorrang des Unionsrechts bei wettbewerbs- beschränkenden Vereinbarungen	666
4.	Regelungsvorschläge der Kommission für eine Verstärkung des „private enforcement“	667
	a) <i>Asburst</i> -Studie aus dem Jahr 2004	667
	b) Grünbuch der Kommission aus dem Jahr 2005	669
	c) Weißbuch der Kommission aus dem Jahr 2008	669
	d) Richtlinienvorschlag für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen nebst Mitteilung und Arbeitsunterlage aus dem Jahr 2013	670
	e) Empfehlung der Kommission zu Kollektivklagen aus dem Jahr 2013	673
5.	Angleichung des deutschen an das europäische Wettbewerbsrecht	674
III.	Rechtsprechung des EuGH zum „private enforcement“	676
1.	Die Entscheidung „ <i>Courage</i> “ (Teil 2)	676
	a) Problemstellung	676
	b) Berechtigung zur Geltendmachung der Vertragsnichtigkeit	677
	c) Berechtigung zur Geltendmachung von Schadensersatz	679
	d) „passing-on defense“	680
	e) Individualschutz durch Prävention?	682
	f) Private Durchsetzung des Regulierungsrechts	683
2.	Die Entscheidung „ <i>Manfredi</i> “ (Teil 1)	684
	a) Sachverhalt	684
	b) Wettbewerbsrecht als Bestandteil der öffentlichen Ordnung der Union	685
	c) Berechtigung zur Geltendmachung von Schadensersatz	685
	d) Nichtigkeit wettbewerbsbeschränkender (Folge-)Verträge	687
	e) Zusammenfassende Bewertung	691
3.	Die Entscheidung „ <i>T-Mobile-Netherlands</i> “	692
4.	Die Entscheidung „ <i>Otis</i> “	693
IV.	Zielkonflikte zwischen „private enforcement“ und „public enforcement“ – am Beispiel der Akteneinsicht in Kronzeugenunterlagen	696
	1. Problemstellung	696
	2. „Public enforcement“ durch Geldbußen	697

a) Zwecke von Geldbußen	698
b) Reduzierung/Erlass von Geldbußen bei Kronzeugen	700
3. Einsicht in Kronzeugenunterlagen der nationalen Kartellbehörden – die Entscheidungen „Pfleiderer“ und „Donau Chemie“	702
a) Die Entscheidung „Pfleiderer“	702
b) Folgeentscheidungen	706
c) Die Entscheidung „Donau Chemie“	708
4. Einsicht in Unterlagen der Kommission	710
a) Problemstellung	710
b) Entscheidung des EuG „CDC Hydrogen Peroxide“	713
c) Entscheidung des EuG „EnBW“	715
5. Primat des „private enforcement“	718
6. Dogmatische Folgerungen	721
a) Verhängung von „multiple damages“	721
b) Gesamtschuldnerinnenausgleich	723
V. Sicherung der materialen Selbstbestimmung durch „public enforcement“	725
 C. Vorschriften des Wettbewerbs- und Regulierungsrechts als deliktsrechtliche Schutzgesetze	727
I. Ermittlung des Schutzzwecks wettbewerbsrechtlicher Vorschriften als „Problem interdisziplinärer Wissenschaft“	728
II. Vorschriften des Wettbewerbsrechts	730
1. Meinungsstand vor der 7. GWB-Novelle	730
a) Restriktive Interpretation des Schutzgesetz- erfordernisses	730
b) Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen	733
c) Missbrauch von Marktmacht	735
d) Besondere Missbrauchstatbestände	736
2. Aktuelle Rechtslage	737
a) „Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht“ gem. § 33 GWB 2005	737
b) Die ORWI-Entscheidung des BGH (Teil 2)	737
aa) Reichweite des „Betroffenheitsmerkmals“	737
bb) Klagebefugnis mittelbar Kartellbetroffener	738
cc) Klagebefugnis und „passing-on defense“	739
dd) Das Betroffenheitskriterium als Konkretisierung des Schutzgesetzserfordernisses	742
c) § 33 GWB als subjektiv-rechtliche Entsprechung des Tatbestands wettbewerbsschützender Normen	744
III. Vorschriften des Regulierungsrechts	744

1. Energiewirtschaftsrecht	745
2. Telekommunikationsrecht	746
3. Eisenbahnregulierungsrecht	746
IV. Folgevertragspartner als deliktsrechtlich „Betroffene“	748
1. Anspruchsberechtigung	748
2. Wechselwirkungen zwischen Delikts- und Vertragshaftung	749
3. Kein allgemeiner Anspruch auf Vertragsauflösung	751
V. Zwischenergebnis	752
D. Inhaltskontrolle von Folgeverträgen	752
I. Die Folgevertragsdiskussion als Ausdruck eines veralteten Vertragsverständnisses	752
II. Unterschiede zwischen einer vertragsrechtlichen und einer deliktsrechtlichen Anpassungslösung	755
III. Idealkonkurrenz zwischen deliktischen und vertraglichen Rechtsbehelfen	756
IV. Rechtslage und Meinungsspektrum zum Wettbewerbsrecht	760
1. Tatbestände gegen Marktmissbräuche	760
a) Unionsrechtliches Missbrauchsverbot gem. Art. 102 AEUV	760
b) Deutsche Missbrauchsverbote gem. den §§ 19, 29 GWB	762
2. Tatbestände gegen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen	763
a) Unionsrechtliches Kartellverbot gem. Art. 101 AEUV	763
bb) Deutsches Kartellverbot gem. den §§ 1, 2 GWB	765
V. Inhaltskontrolle von Kartell-Folgeverträgen nach Unionsrecht	767
1. Problemstellung	767
2. Erstreckung der Verbotswirkung auf Folgeverträge – die Entscheidung „Manfredi“ (Teil 2)	768
VI. Inhaltskontrolle von Kartell-Folgeverträgen nach deutschem Recht	773
1. Unionsrechtskonforme Interpretation	773
2. Missbilligung von Folgeverträgen gem. § 134 BGB	773
a) Voraussetzungen eines Verbotsgesetzes	773
b) Verbot von Folgeverträgen	775
aa) Reichweite des Tatbestands gegen wettbewerbs- beschränkende Vereinbarungen	775
bb) Die <i>Courage</i> -Rechtsprechung des EuGH	776
cc) Nichtigkeit der Folgeverträge als Spiegelbild der deliktischen Anspruchsberechtigung	777

dd) Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und Justiziabilität	777
c) Bestätigung des Verbots antikompetitiver Folgeverträge durch Straf- und Bußgeldtatbestände	779
3. Zwischenergebnis	782
VII. Rechtsfolgen wettbewerbsbeschränkender Folgeverträge	782
1. Normzweckvorbehalt	783
2. Teilnichtigkeit der Folgeverträge als Regelfall	786
a) Relevante Interessen	786
b) Interessen der Folgevertragspartner	787
c) Einwände gegen eine Teilnichtigkeitslösung	788
aa) Fehlende Praktikabilität?	788
bb) Unzureichende Abschreckung?	788
cc) Unzumutbare Beeinträchtigung der Rechtssicherheit?	789
3. „Absolute“ Teilnichtigkeit und „relative“ Anfechtbarkeit	789
4. Geltungserhaltende Reduktion oder ergänzende Vertragsauslegung?	790
VIII. Tatbestände des Regulierungsrechts als Verbotsgesetze	793
1. Energiewirtschaftsrecht	793
a) Ex-ante-Regulierung von Netzzugang und Netzentgelten gem. den §§ 17 ff., 20 ff. EnWG	793
b) Ex-post-Missbrauchsverbot gem. § 30 EnWG	795
2. Telekommunikationsrecht	797
a) Ex-ante-Entgeltregulierung gem. den §§ 31 ff. TKG	797
b) Ex-post-Missbrauchsverbote gem. den §§ 28, 42 TKG	799
aa) Anwendungsbereich	799
bb) Allgemeines Missbrauchsverbot des § 42 TKG	800
cc) Besonderes Missbrauchsverbot des § 28 TKG	801
3. Eisenbahnregulierungsrecht	802
IX. Zwischenergebnis	803
E. Harmonisierung vertraglicher und deliktischer Rechtsbehelfe	804
I. Kumulation vertraglicher und deliktischer Ansprüche	804
II. Innenausgleich zwischen den Anspruchsberechtigten verschiedener Marktstufen	806
III. Einwände gegen eine Gesamtgläubigerschaft	808

Teil 10: Wertungsharmonisierende Interpretation zivilistischer Preiskontrollvorschriften	811
A. Von der Kapitulation gegenüber wirtschaftlicher Macht zu einem kompetitiven Vertragsrecht	811
I. Die „Leiden des Privatrechts“	811
II. Harmonisierende Interpretation des Wettbewerbs- und Regulierungsrechts mit dem Vertragsrecht	815
B. Sittenwidrigkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen	816
I. Verweis auf Wertungen des Wettbewerbs- und Regulierungsrechts	816
II. Schutz des wirtschaftlichen ordre public als Ausprägung der guten Sitten	818
III. Tatbestand des Verbots sittenwidriger Rechtsgeschäfte	821
IV. Rechtsfolgen	822
C. Kontrolle einseitiger Gestaltungsmacht gem. § 315 Abs. 3 BGB am Beispiel von Energiepreisen	823
I. Billigkeitskontrolle von Energiepreisen	824
1. Problemstellung	824
2. Preiskontrolle direkt/analog § 315 Abs. 3 BGB	825
3. AGB-Kontrolle von Preisanpassungsklauseln in Sonderverträgen	826
II. Gleichklang der Kontrollmaßstäbe und -methoden	827
1. Monopolpreiskontrolle	827
2. Kontrolle rechtlicher Bestimmungsmacht	828
3. Keine Unterscheidung zwischen Anfangspreis und Preiserhöhungen	829
4. Kontrollmethoden	830
5. Darlegungs- und Beweislast	830
Teil 11: Wesentliche Ergebnisse	832
Literaturverzeichnis	841
Sachverzeichnis	929