

**Schriften zum Wirtschaftsrecht**

---

**Band 168**

**Verhaltensbeschränkungen  
marktbeherrschender Unternehmen  
durch § 19 GWB unter Berücksichtigung  
von Besonderheiten gasversorgender  
Unternehmen**

**Von**

**Michael Kubiciel**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**MICHAEL KUBICIEL**

**Verhaltensbeschränkungen marktbeherrschender  
Unternehmen durch § 19 GWB unter Berücksichtigung  
von Besonderheiten gasversorgender Unternehmen**

**Schriften zum Wirtschaftsrecht**

**Band 168**

Verhaltensbeschränkungen  
marktbeherrschender Unternehmen  
durch § 19 GWB unter Berücksichtigung  
von Besonderheiten gasversorgender  
Unternehmen

Von

Michael Kubiciel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br. hat  
diese Arbeit im Jahre 2002 als Dissertation angenommen.

**Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek**

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

D 25

Alle Rechte vorbehalten  
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: WB-Druck GmbH & Co., Rieden im Allgäu  
Printed in Germany

ISSN 0582-026X  
ISBN 3-428-11192-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

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

*Meinen Eltern und Christoph*



„Freiheit, die nur gewährt wird, wenn im voraus bekannt ist, daß ihre Folgen günstig sein werden, ist nicht Freiheit.

Wir werden die Vorteile der Freiheit nie genießen, nie jene unvorhersehbaren Entwicklungen erreichen, für die sie die Gelegenheit bietet, wenn sie nicht auch dort gewährleistet ist, wo der Gebrauch den manche von ihr machen, nicht wünschenswert erscheint. Es ist daher kein Argument gegen die individuelle Freiheit, daß sie oft mißbraucht wird.

Unser Vertrauen in die Freiheit beruht nicht auf den voraussehbaren Ergebnissen in bestimmten Umständen, sondern auf den Glauben, daß sie im Ganzen mehr Kräfte zum Guten als zum Schlechten auslösen wird.“

*Friedrich August von Hayek*  
(Die Verfassung der Freiheit)





## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2002 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br. als Inaugural-Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung konnten Literatur und Rechtsprechung bis Januar 2003 berücksichtigt werden.

Herzlich danken möchte meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. *Uwe Blau-rock* für die wohlwollende Betreuung der Arbeit. Dank schulde ich außerdem Herrn Prof. Dr. *Christoph Ann* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Albin Eser*, MCJ für die lehrreiche und erfüllende Zeit als sein wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Stellvertretend für die Kollegen, die dort ein angenehmes und von einem offenen Geist geprägtes Klima geschaffen haben, möchte ich Herrn Wiss. Referenten *Helmut Gropengießer* erwähnen.

Dank schulde ich ferner der Landesgraduiertenförderung Baden-Württemberg, welche die Entstehung dieser Arbeit durch ein Stipendium gefördert hat.

Für ihre Hilfe, insbesondere bei der Last des Korrekturlesens, danke ich meinen Freunden Herrn Assessor Dr. *Bernd Köster*, Herrn Assessor *Jürgen Weigt*, LL.M. (London) sowie Herrn Rechtsreferendar *Christof Häfner*.

Doch wäre alles dies nichts ohne meine Eltern, die mir stets mit Rat und Tat zur Seite standen. Ihnen und meinem Bruder Christoph ist die Arbeit daher in Dankbarkeit gewidmet.

Berlin, im Februar 2003

*Michael Kubiciel*



# Inhaltsverzeichnis

## *Erster Teil*

### **Einführung in das Problem und in die gesellschaftspolitischen Bedingtheiten der Lösungsversuche** 17

|  |    |
|--|----|
| <b>§ 1 Problemaufriß und Gang der Untersuchung</b> .....   | 17 |
| I. Generalklauseln als Kristallisationspunkte systemendogener und systemexogener Spannungen.....                                   | 17 |
| II. Gegenstand der Abhandlung.....   | 19 |
| III. Einordnung der Thematik in den rechtlichen und gesamtgesellschaftlichen Kontext.....  | 22 |
| IV. Gang der Untersuchung.....   | 24 |
| <b>§ 2 Die tradierte Bewertung wirtschaftlicher Macht</b> .....  | 27 |
| I. Die gesellschaftspolitische Dimension und Funktion des Kartellrechts nach dem ordoliberalen Ansatz der „Freiburger Schule“..... | 28 |
| II. Die zeitlosen Folgen des Mißtrauens gegenüber wirtschaftlicher Macht.....  | 31 |

## *Zweiter Teil*

### **Die Grundlagen des Mißbrauchsverbots** 37

|   |    |
|---|----|
| <b>§ 3 Das Schutzobjekt des Mißbrauchsverbots und der kartellrechtliche Regelrahmen</b> .....                                 | 37 |
| I. Das Schutzobjekt des Mißbrauchsverbots.....  | 37 |
| 1. Diffusion der Schutzobjekte.....   | 37 |
| 2. Institutionenökonomische Analyse.....  | 40 |
| II. Der kartellrechtliche Regelrahmen und seine Auswirkungen auf die weitere Untersuchung.....                                | 43 |
| 1. Der außerkartellrechtliche Regelrahmen.....  | 44 |
| 2. Eigenständige kartellrechtliche Wertsetzungen für den Mißbrauchs begriff?.....   | 45 |
| 3. Zusammenfassung.....   | 47 |
| <b>§ 4 Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Auslegung des Mißbrauchsverbots</b> .....                                       | 48 |
| I. Zum materiellen Gehalt des Art. 74 Nr. 16 GG.....  | 48 |
| II. Die „wirtschaftspolitische Neutralität“ des Grundgesetzes als das Fehlen positiver wirtschaftstheoretischer Vorgaben..... | 49 |

|   |           |
|---|-----------|
| III. Die Grundrechte als Spiegelbild einer freiheitlichen Wirtschaftsverfassung.....                                  | 51        |
| IV. Inhaltsneutrale Freiheitsgewährleistung als verfassungsrechtliches Leitbild .....                                 | 52        |
| V. Schlußfolgerungen.....   | 56        |
| <b>§ 5 Das privatrechtliche Ordnungssystem .....</b>  | <b>57</b> |
| I. Das formal-prozedurale Vertragskonzept als Ausdruck einer ordnungspolitischen und ethischen Konzeption.....        | 57        |
| 1. Die prozedurale Rationalität des privatrechtlichen Vertragssystems   | 57        |
| 2. Der normative und ordnungspolitische Gehalt des Ordnungssystems .....  | 60        |
| 3. Individualschutz als Eingriffslegitimation .....   | 62        |
| II. Individueller Rationalismus als Antriebskraft des Ordnungssystems..   | 64        |
| III. Ursprüngliche Funktion und nachträgliche Funktionsvoraussetzungen  | 66        |
| 1. Das richtige Verständnis von der „Richtigkeitsgewähr“ privatrechtlicher Vereinbarungen .....                       | 66        |
| 2. Kräfteäquivalenz als Voraussetzung eines „gerechten“ Vertragsschlusses? .....                                      | 69        |
| <b>§ 6 Neue Grenzen oder „materielle Aufladung“ des Privatrechts? .....</b>   | <b>72</b> |
| I. Nachträgliche „Materialisierung“ des Privatrechts .....  | 72        |
| II. Vereinbarkeit materialer Erwägungen mit der Privatrechts- und Verfassungsordnung .....                            | 74        |
| <b>§ 7 Verfassungsrechtliche Notwendigkeiten zur Beschränkung der Privatautonomie .....</b>                           | <b>79</b> |
| I. Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatautonomie bei inäquivalenten Vertragspflichten.....                        | 80        |
| 1. Inäquivalente Vertragsinhalte als Verletzung der Freiheitsrechte ..  | 80        |
| 2. Egalisierung des Vertragsinhaltes durch das Sozialstaatsprinzip? ..  | 84        |
| a) Soziale Gerechtigkeit als Chancengerechtigkeit .....   | 85        |
| b) Egalitäres Verständnis des Sozialstaatsprinzips .....  | 86        |
| II. Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatautonomie bei der Zugangsverweigerung zu wesentlichen Einrichtungen ..... | 90        |
| 1. Kollidierende Grundrechte als verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt .....   | 90        |
| 2. Chancengleichheit und sozialstaatliches Ordnungsbedürfnis bei Infrastrukturmonopolen .....                         | 92        |
| a) Art. 3 Abs. 1 GG als Legitimationsgrundlage .....  | 92        |
| b) Das Sozialstaatsprinzip als Legitimationsgrundlage .....   | 92        |
| aa) Die Zugangsverweigerung als legitimierendes Element? ..   | 93        |
| bb) Soziale Ordnungsfunktion und staatliche Infrastrukturverantwortung .....  | 93        |
| <b>§ 8 Der Einfluß wettbewerbstheoretischer Modelle auf die Auslegung des Mißbrauchsverbots .....</b>                 | <b>96</b> |
| I. Die Freiburger Schule und die „vollkommene Konkurrenz“ .....   | 97        |

|  |            |
|--|------------|
| II. Die Theorie vom „funktionsfähigen Wettbewerb“ .....  | 100        |
| III. Das neoklassische Konzept der Wettbewerbsfreiheit .....   | 102        |
| IV. Bewertung .....  | 105        |
| 1. Konzeptionelle Grundunterschiede .....  | 105        |
| 2. Das Konzept der Wettbewerbsfreiheit als Absage an das funktional-kollektivistische Wettbewerbsverständnis ..... | 108        |
| <b>§ 9 Zusammenfassung der Vorgaben des kartellrechtlichen Regelrahmens</b> .....                                  | <b>110</b> |

*Dritter Teil*

**Energierrechtliche Grundlagen und Anwendungsleitlinien  
des Mißbrauchsverbots für marktbeherrschende  
Gasversorgungsunternehmen**

113

|   |            |
|---|------------|
| <b>§ 10 Die Regulierung der Energiewirtschaft als Paradigma des funktionalen Wettbewerbsverständnisses</b> .....                      | <b>114</b> |
| I. Überblick über die Regulierungsentwicklung der Energiewirtschaft ..  | 114        |
| II. Begründung des Wettbewerbsausschlusses .....  | 118        |
| 1. Die „technisch-wirtschaftlichen Besonderheiten“ der Energieversorgung .....  | 118        |
| 2. Funktionelles Wettbewerbsverständnis als wahrer Grund von Wettbewerbsausschluß und Regulierung .....                               | 121        |
| 3. Die Folgen des Wettbewerbsausschlusses .....   | 123        |
| <b>§ 11 Der Preisniveaumißbrauch im alten Energiekartellrecht</b> .....   | <b>125</b> |
| I. Von der allgemeinen Mißbrauchsregelung des § 104 GWB a.F. zum Monopolpreisvergleich .....  | 126        |
| II. Das Konzept und die Anwendung des § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB a.F. ....   | 128        |
| 1. Der normative Vergleichsmaßstab .....  | 128        |
| 2. Eigenständigkeit des Mißbrauchsbegriffs .....  | 129        |
| 3. Die praktische Umsetzung des Monopolpreisvergleichs .....  | 130        |
| 4. Die Rechtfertigung von Preisunterschieden .....  | 131        |
| <b>§ 12 Die Durchleitungsverweigerung nach § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 4 GWB a.F.</b> .....   | <b>133</b> |
| I. Zum Begriff der Durchleitung .....   | 134        |
| II. Die Absage an eine wettbewerbsbegründende Durchleitung durch die 4. GWB-Novelle .....   | 134        |
| 1. Das energiepolitische Vorpreschen des Bundesrates in der 4. GWB-Novelle .....  | 134        |
| 2. Die Einwände gegen Wettbewerb mittels Durchleitung .....   | 135        |
| III. Der fehlgeschlagene justizielle Versuch der Durchsetzung einer „wettbewerbsbegründenden“ Durchleitung nach der 5. GWB-Novelle .. | 140        |
| 1. Die Entscheidung des Bundeskartellamtes .....  | 141        |
| 2. Die Gemeinsamkeiten in den Entscheidungen des KG und des BGH ..  | 142        |
| 3. Leistungswettbewerb vs. Energiepolitisches Saldo .....   | 143        |
| 4. Bewertung .....  | 145        |

*Vierter Teil*

|  |  |     |
|--|--|-----|
| <b>Der Mißbrauch im Sinne des § 19 GWB am Beispiel<br/>der Gasversorgungsunternehmen</b>                                     |  | 147 |
| <b>§ 13 Allgemeine Vorgaben des Mißbrauchsbegriffs im § 19 GWB</b>   |  | 147 |
| I. Die Notwendigkeit normativer Maßstäbe   |  | 148 |
| II. Die Grundlagen eines normativen Mißbrauchskonzepts   |  | 150 |
| 1. Verhaltens- und Erfolgsunrecht des Machtmißbrauchs  |  | 150 |
| 2. Das GWB als normativer Bezugspunkt für die Bestimmung des<br>Mißbrauchsunrechts   |  | 152 |
| a) Verfehlung eines normativen Zieles  |  | 152 |
| b) Verfehlung positiver Wertungen des GWB  |  | 153 |
| aa) Die Wettbewerbsfreiheit  |  | 153 |
| bb) Die Ordnungsprinzipien der Wettbewerbswirtschaft   |  | 155 |
| cc) Der Leistungswettbewerb  |  | 155 |
| 3. Der kartellrechtliche Regelrahmen als normübergreifender Be-<br>zugspunkt   |  | 156 |
| III. Der Vergleich als Mittel zur Bestimmung des Mißbrauchsunrechts  |  | 158 |
| 1. Der Vergleich als Grundlage des § 19 GWB  |  | 159 |
| 2. Der Vergleichsmaßstab als Voraussetzung eines zweckmäßigen<br>Vergleichs  |  | 159 |
| 3. Der für § 19 GWB relevante Vergleichsmaßstab  |  | 160 |
| <b>§ 14 Der Ausbeutungsmißbrauch am Beispiel des Preishöhenmißbrauchs</b>  |  | 163 |
| I. Die Entwicklung der Preishöhenkontrolle und die fortdauernde Kritik   |  | 163 |
| 1. Legislative Entwicklung der Preishöhenkontrolle   |  | 163 |
| 2. Die Preishöhenkontrolle in der ökonomischen und rechtlichen<br>Kritik   |  | 164 |
| a) Geeignetheit der Preishöhenkontrolle  |  | 164 |
| b) Die Erforderlichkeit der Preishöhenkontrolle  |  | 166 |
| c) Die Verhältnismäßigkeit der Preishöhenkontrolle   |  | 167 |
| d) Bewertung   |  | 167 |
| II. Die Verfahren zur Feststellung eines mißbräuchlichen Preises   |  | 168 |
| 1. Das Als-ob-Konzept als fiktiver Wettbewerbspreis  |  | 168 |
| 2. Die Vergleichsverfahren   |  | 170 |
| 3. Das Gewinnbegrenzungskonzept  |  | 173 |
| 4. Der Preishöhenmißbrauch im System des Art. 82 EGV   |  | 174 |
| 5. Der Monopolpreisvergleich   |  | 177 |
| III. Übertragbarkeit der Anwendungsleitlinien zu § 103 Abs. 5 S. 2<br>Nr. 2 GWB a.F. in das Regime des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB |  | 181 |
| 1. Die einheitliche normative Grundlage des Mißbrauchsbegriffs   |  | 181 |
| 2. Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung   |  | 182 |
| 3. Die Breite der Vergleichsgrundlage  |  | 183 |
| 4. Die Vergleichbarkeit der Märkte   |  | 183 |

|   |            |
|---|------------|
| 5. Die Rechtfertigung von Preisüberhöhungen .....   | 185        |
| a) Rechtfertigung durch Unterschiede im Abnehmerkreis .....   | 185        |
| b) Die Kostensituation als Rechtfertigung .....   | 186        |
| c) Betriebsindividuelle und strukturelle Besonderheiten im Vergleich .....  | 187        |
| 6. Zusammenfassung .....  | 191        |
| <b>§ 15 Der Behinderungsmissbrauch .....</b>  | <b>191</b> |
| I. Die Schutzrichtung des Verbots mißbräuchlicher Behinderung .....   | 192        |
| II. Marktstrukturverantwortung vs. Verhaltensunrecht .....  | 193        |
| III. Die positive Beschreibung des Verhaltensunrechts .....   | 195        |
| IV. Die Betrachtung der Handlungsmotivation .....   | 196        |
| <b>§ 16 Der „Third-Party-Access“ gem. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB .....</b>   | <b>199</b> |
| I. Öffnung des „bottlenecks“ als Voraussetzung von Wettbewerb auf abhängigen Märkten .....                                      | 200        |
| 1. Wettbewerb auf von „wesentlichen Einrichtungen“ abhängigen Märkten .....   | 200        |
| 2. Liberalisierung der leitungsgebundenen Energieversorgung durch Regulierung des Netzzugangs .....                             | 201        |
| II. Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen („essential facilities“) in der amerikanischen und europäischen Rechtspraxis ..... | 202        |
| 1. Die „essential-facilities-doctrine“ im System des amerikanischen Sherman Act .....   | 203        |
| a) Das amerikanische Monopolisierungsverbot .....   | 203        |
| b) Die „essential facilities“-Doktrin im Antitrustrecht .....   | 206        |
| 2. Die „essential facilities“-Doktrin in der Systematik des europäischen Mißbrauchsverbots .....                                | 211        |
| a) Der Mißbrauchsbegriff des Art. 82 EGV .....  | 211        |
| b) Die „essential facilities“-Doktrin innerhalb des Art. 82 EGV .....   | 213        |
| aa) Refusal to deal .....   | 213        |
| bb) Marktöffnung durch die „essential facilities“-Doktrin .....   | 215        |
| cc) Bewertung .....   | 218        |
| III. Der Zugang zu fremder Infrastruktur nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB .....   | 222        |
| 1. Einordnung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB in die Mißbrauchssystematik .....   | 222        |
| a) Zivilrechtliche Erfassung der Zugangsgewährung .....   | 222        |
| b) Bisherige kartellrechtliche Erfassung der Zugangsverweigerung .....  | 223        |
| c) Der eigenständige Normgehalt des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB .....   | 225        |
| d) Einordnung dieses Normgehalts in die Mißbrauchssystematik .....  | 228        |
| 2. Folgen des Regelungszwecks für die Auslegung .....   | 229        |
| a) Wettbewerbsbegründende Durchleitung .....  | 230        |
| b) Der (Netz-)Nutzungsmarkt .....   | 230        |
| c) Normatives Durchleitungs- bzw. Nutzungsverständnis .....   | 231        |
| d) Das Nutzungsobjekt .....   | 232        |
| e) Kartellrechtliche Karenzzeit der Marktöffnung .....  | 234        |
| f) Unabhängigkeit des Tatbestandsmerkmals der Marktbeherrschung .....   | 236        |



|  |            |
|--|------------|
| g) Die Beherrschung des abhängigen Marktes .....   | 237        |
| h) Die nicht-wettbewerbsbegründende Durchleitung .....   | 239        |
| i) Die Rechtfertigung der Nutzungsverweigerung .....   | 240        |
| aa) Grundlagen .....   | 240        |
| bb) Der energiewirtschaftliche Saldo als Rechtfertigung? .....   | 241        |
| cc) Fehlende Einrichtungskapazitäten .....   | 242        |
| dd) „Take-or-pay“ .....  | 247        |
| <b>§ 17 Berücksichtigungsfähigkeit außerwettbewerblicher Gesichtspunkte bei der Auslegung des Mißbrauchsbegriffs</b> ..... | <b>248</b> |
| I. Friktionen beim Einbruch systemfremder Erwägungen in ein Ordnungssystem .....   | 249        |
| 1. Reiz und Gefahr der Berücksichtigung systemfremder Erwägungen .....   | 249        |
| 2. Der Auflösungsversuch des BVerfG .....  | 251        |
| II. Ordnungsfunktion und Ordnungsvoraussetzungen des Privatrechts als übergreifender Lösungsansatz .....                   | 252        |
| 1. Normativität außerwettbewerblicher Ziele vs. Funktionsbezug des Mißbrauchsbegriffs .....                                | 252        |
| 2. Privatrechtsdogmatischer Erklärungsansatz: Ordnungsfunktion und öffentliche Interessen .....                            | 255        |
| a) Privatrechtsdogmatische Notwendigkeit der Relevanz außerwettbewerblicher Ziele .....                                    | 256        |
| b) Voraussetzungen für die Begründung eines Mißbrauchs aufgrund außerwettbewerblicher Ziele .....                          | 257        |
| c) Außerwettbewerbliche Ziele als Rechtfertigung eines Mißbrauchs .....  | 258        |
| III. Die Relevanz des Energiewirtschaftsrechts im Rahmen des § 19 GWB .....  | 260        |
| 1. Mögliche Einbrüche energierechtlicher Aspekte in das Mißbrauchsverbot .....   | 261        |
| 2. Normkonkurrenz zwischen kartellrechtlichen Normen des EnWG und des GWB .....  | 263        |
| a) Normatives Nebeneinander von Energierecht- und Kartellrecht .....   | 263        |
| b) Einfluß des § 1 EnWG bei der Auslegung des § 19 GWB .....   | 264        |
| 3. Der Einfluß energierechtlicher Netzzugangsregelungen auf § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB .....                                    | 267        |
| a) Wettbewerblicher Normgehalt .....   | 267        |
| b) Außerwettbewerblicher Normgehalt .....  | 268        |
| aa) § 1 EnWG als Verweigerungsgrund .....  | 268        |
| bb) § 1 EnWG als Begründung für eine Durchleitungspflicht .....  | 269        |
| 4. Zusammenfassung .....   | 270        |
| <b>§ 18 Zusammenfassung der Ergebnisse</b> .....   | <b>271</b> |
| <b>Literaturverzeichnis</b> .....  | <b>283</b> |
| <b>Sachwortverzeichnis</b> .....   | <b>305</b> |

*Erster Teil*

**Einführung in das Problem  
und in die gesellschaftspolitischen Bedingtheiten  
der Lösungsversuche**

**§ 1 Problemaufriß und Gang der Untersuchung**

**I. Generalklauseln als Kristallisationspunkte systemendogener  
und systemexogener Spannungen**

Recht und Wirtschaft, ethische Gebote und rationales Handeln markieren die Spannungsfelder zwischen verschiedenen gesellschaftlichen Systemen und divergierenden Ordnungsprinzipien. Gleichwohl existiert eine wechselseitige Beeinflussung und Abhängigkeit beider Systeme und der sie kennzeichnenden Axiome und Systemlogiken: Weder vermögen Wirtschaft und Wettbewerb allein die Voraussetzungen zu garantieren, auf welchen sie ihre Existenz gründen, noch können Regeln und normative Vorgaben die Produktion und Verteilung gesellschaftlich relevanter Güter übernehmen. Aber auch die tieferliegenden Ordnungskräfte beider Sphären – ethische Gebote hier und rationaler Eigensinn dort – können nicht je für sich stehen. Denn ethisch wünschenswerte Ergebnisse lassen sich optimal nur dann erreichen, wenn sie nicht der Oktroyierung durch eine Zentralinstanz entspringen, sondern der Erkenntnis und der rationalen Motivation der handelnden Individuen, was zugleich die Notwendigkeit hervorhebt, die Durchsetzung eigener Interessen ethisch zu fundieren und für den Interaktionspartner sozialverträglich abzufedern<sup>1</sup>.

Die Aufgabe eines beide Systeme tangierenden Objekts, wie das Kartellrecht, kann also nicht in der puristischen Trennung und systemtheoretischen Sonderung liegen, sondern hat die „strukturelle Koppelung“<sup>2</sup> der Sphären

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu aus ordnungsökonomischer Sicht *Vanberg*, Zur Interessenbegründung von Moral, S. 579 ff., der darlegt, daß die Setzung und Befolgung ethischer Maximen durchaus der Rationalität des homo oeconomicus entspricht; sowie aus philosophischer Sicht *Obermeier*, der blaue reiter 1996, S. 8 ff., der vor einer Separierung der jeweiligen Systemlogiken – Trieb und Rationalität hier, Ethik da – warnt und den einzelnen Sphären nur bei der Zusammenführung ihrer Maximen eine Überlebenschance einräumt.

<sup>2</sup> *Roelleke*, Rechtstheorie Bd. 31 (2000), S. 7.

zu beachten und auf einen Ausgleich hinzuwirken, ohne die jeweiligen Funktionen und ihre Funktionsmechanismen zu übergehen oder zu verwischen.

Erscheint die Austarierung der Spannungen zwischen verschiedenen Systemen schon schwierig, so erhöht sich die Komplexität dieses Verhältnisses noch durch die Ambiguität der einzelnen Elemente. So geben das Recht, die Regeln und die Ethik nicht immer konsistente Antworten, sondern scheinen sich bisweilen zu widersprechen, etwa wenn Leistungsgerechtigkeit und egalitäre Ergebnisgerechtigkeit widerstreiten oder die rechtsfehlerfreie Anwendung abstrakter Regeln zu Ergebnissen führt, die im Einzelfall dem Billigkeitsempfinden, möglicherweise der Ethik, zuwiderlaufen.

Auf der anderen Seite erhöhen auch Wirtschaft und Wettbewerb nicht immer die gesellschaftliche Wohlfahrt und erweitern die Freiheit, sondern führen in einem zyklischen Lauf gleichfalls zu gesellschaftlich als untragbar empfundenen Phänomenen wie Marktmacht und Wettbewerbsbeschränkungen. Spannungen ergeben sich also nicht nur aus exogenen Einflüssen divergierender Systeme, sondern auch systemendogen.

Gegenüber diesen gesellschaftskonditionierten Spannungen nehmen sich die Wertungswidersprüche, die von modernen Gesetzeswerken in die Rechtsordnung getragen werden, vergleichsweise trivial aus, sind sie doch nicht dem Menschen und seiner Sozialisation gleichsam unabänderlich in die Wiege gelegt, sondern kennzeichnen vielmehr die Ergebnisse demokratisch institutionalisierter Willensbildung. Dennoch sind auch sie systemendogene Spannungen des Rechts, die von der Rechtswissenschaft aufzulösen sind.

Kristallisationspunkte der skizzierten Spannungen finden sich namentlich im Bereich solcher Normen, die nicht nur einen Ausgleich zwischen wirtschaftlicher Rationalität und rechtsethischen Prinzipien schaffen sollen, sondern zudem auch die Individualinteressen und die – von politischen Partikularinteressen verzerrten – Allgemeinwohlbelange zusammenzuführen haben. Handelt es sich bei der in Rede stehenden Norm zudem um eine höchst auslegungsbedürftige Generalklausel, die hoheitliche Eingriffe in den Rechtsverkehr der Privaten zuläßt, ist damit dem Rechtsanwender ein verführerisches Instrument an die Hand gegeben. Das Normpotential versetzt den Interpreten grundsätzlich in die Lage, die Ergebnisse eines formalen Prozesses nachträglich anhand seiner Billigkeitsempfindungen zu messen, ein Vorgehen, das nicht ohne Rückwirkungen auf die der prozeduralen Rationalität zugrunde liegende Regelordnung bleiben kann.

## II. Gegenstand der Abhandlung

Gegenstand dieser Abhandlung ist ein solcher Kristallisationspunkt, eine Norm, die in nachgerade klassischer Weise die skizzierten Spannungen und Wechselwirkungen in sich aufnimmt: Die Rede ist von § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), dessen Verbot marktbeherrschenden Unternehmen im allgemeinen und damit auch der gasversorgenden Industrie im besonderen gewisse Verhaltensbeschränkungen auferlegt.

Wenn hier von der Beschränkung der Spielräume *der* Marktbeherrscher die Rede ist, so soll dies zwar nicht verschleiern, daß *ratio legis* eigentlich die Verhinderung der Freiheitsbeschränkungen *durch* solche Unternehmen ist, dennoch dient dies der Nuancierung des gewählten Blickwinkels: Ziel der Untersuchung ist die Offenlegung solcher Fälle, in denen der intendierte Freiheitsschutz zum Ausgangspunkt unverhältnismäßiger und ungerechtfertigter Freiheitsverkürzung wird. Ziel der Untersuchung ist zugleich aber auch die Offenlegung wettbewerblicher Situationen, in welchen ein schneidiger Einsatz des Kartellrechts zwar Verhaltensspielräume marktbeherrschender Unternehmen einschränkt, durch den Einsatz hoheitlicher Macht aber zugleich dem staatsfreien Ordnungsprinzip „Wettbewerb“ eine neue oder eine erste Chance verschafft wird.

Aktueller Anlaß der Arbeit sind die Änderungen des GWB und des Energiewirtschaftsgesetzes, mit welchen der Ausnahmereich für Energieversorger aufgehoben, das Energierecht grundlegend liberalisiert und die besondere Mißbrauchsaufsicht des § 103 Abs. 5 GWB a.F. eliminiert wurden<sup>3</sup>. Darüber hinaus wurde die aus dem amerikanischen Antitrust-Recht stammende und von der europäischen Rechtspraxis rezipierte „essential facilities“-Doktrin in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB gesetzlich fixiert, eine in dieser Reichweite und praktischen Relevanz neuartige und viel diskutierte Norm<sup>4</sup>, die auch bei der Frage des Zugangs Dritter zu Erdgasversorgungsnetzen Bedeutung erlangen wird<sup>5</sup>. Das am 1.1.1999 in Kraft getretene Mißbrauchsverbot des § 19 GWB, welches aus dem Aufsichtsrecht der Kartellbehörden (§ 22 GWB a.F.) her-

---

<sup>3</sup> Gesetz zur Neuregelung der Energiewirtschaft vom 29.4.1998 (BGBl. I S. 730), vor allem das darin enthaltene Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung – Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) und das Sechste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.6.1998 (BGBl. I S. 2521), verbunden mit einer nachfolgenden Neubekanntgabe des GWB v. 26.8.1998 (BGBl. I S. 2546).

<sup>4</sup> Einführend dazu *Schwintowski*, WuW 1999, 842 ff.

<sup>5</sup> Daß Gedanke, Begründung und Form auch im deutschen Energie- bzw. Kartellrecht nicht völlig neu sind, sondern bereits 1980 Gegenstand rechtspolitischer Vorschläge war, ist leider im Laufe der Debatte völlig untergegangen, soll aber hier (siehe unten § 12 I 2) die erforderliche Aufmerksamkeit bekommen.