

**Internetrecht und Digitale Gesellschaft**

---

**Band 46**

**Eine Untersuchung  
des Verhältnisses von Demokratie und  
Kartellrecht mit besonderen Bezügen  
zum Marktmachtmissbrauch  
in der Digitalwirtschaft**

**Von**

**Miriam Stall**



**Duncker & Humblot · Berlin**

MIRIAM STALL

Eine Untersuchung  
des Verhältnisses von Demokratie und  
Kartellrecht mit besonderen Bezügen  
zum Marktmachtmissbrauch  
in der Digitalwirtschaft

# Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Herausgegeben von  
Dirk Heckmann

Band 46

Eine Untersuchung  
des Verhältnisses von Demokratie und  
Kartellrecht mit besonderen Bezügen  
zum Marktmachtmissbrauch  
in der Digitalwirtschaft

Von

Miriam Stall



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster hat diese Arbeit  
im Jahr 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D6

Alle Rechte vorbehalten  
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 2363-5479  
ISBN 978-3-428-18826-0 (Print)  
ISBN 978-3-428-58826-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

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

## Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Als externe Doktorandin habe ich sie zu einem großen Teil von Düsseldorf aus verfasst.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Fabian Wittreck, danke ich herzlich für seine Aufgeschlossenheit gegenüber meinem Forschungsthema und für seine wissenschaftliche Offenheit bei der Betreuung meiner Arbeit. Frau Prof. Pohlmann danke ich für die Übernahme des Zweitgutachtens. Mein Dank gilt ebenfalls Herrn Prof. Dirk Heckmann für die Aufnahme des Werkes in diese Schriftenreihe. Ich danke auch Frau Petra Fentner.

Meinen Eltern Ursula Stall und Ulrich Blotevogel danke ich von Herzen dafür, dass sie mich immer und in jeder Hinsicht unterstützt und auch dieses Projekt von Beginn an begrüßt haben. Ohne ihre Unterstützung hätte ich diese Arbeit weder begonnen, noch die Zeit des Schreibens – trotz aller Herausforderungen – als so schön und bereichernd empfunden, wie ich es durfte. Ausdrücklich möchte ich ihnen für ihr vieles Zuhören danken. Ihnen ist die Arbeit gewidmet.

Mein großer Dank gilt Moritz Wiechmann. Er hat meine Freude an diesem Projekt auch während der Zeit der Fertigstellung der Arbeit stets aufrechterhalten.

Düsseldorf, im Januar 2023

*Miriam Stall*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	17
A. Forschungsfrage	17
B. Gang der Untersuchung/Methode	17
<i>Erstes Kapitel</i>	
<b>Grundlagen des Verhältnisses von Demokratie und Kartellrecht</b>	19
A. Wettbewerbsschutz	19
I. Der Wettbewerb ist als solcher geschützt	19
II. Wettbewerbsschutz als politische Entscheidung oder als Vorgabe durch das Grundgesetz?	21
B. Das Verhältnis von Verfassung und Wirtschaftsverfassung (GWB) in Deutschland	22
I. Keine wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes	23
II. Wirtschafts- und wettbewerbsrelevante Grundrechte	25
1. Die Wettbewerbsfreiheit	26
2. Grundgesetzlicher Institutsschutz	27
III. Demokratieprinzip und Sozialstaatsprinzip	28
1. Erfordert das Demokratieprinzip – im ersten Zugriff – einen wettbewerblichen Markt/ein bestimmtes Wirtschaftssystem?	28
2. Das Sozialstaatsprinzip und das Wirtschaftssystem	30
IV. Weiterer Kartellrechtsbezug des Grundgesetzes	31
V. Verankerung des EU-Kartellrechts im Primärrecht	31
VI. Zwischenergebnis	32
VII. Weiterer Gang der Untersuchung	33
C. Die Ziele des Kartellrechts	35
I. Wohlfahrtsorientierung im ökonomischen Sinne als sogenanntes ökonomisches Ziel des Kartellrechts generell und des § 19 GWB speziell	35
II. Der <i>more economic approach</i> als Wegbereiter für ökonomische Wohlfahrtsziele	36
III. Weitere „ökonomische“ Ziele des Wettbewerbs	39
IV. Schutz des Wettbewerbs als solchem/Institution/Prozess	40
1. Die Verwirklichung von Freiheit	41
2. Konsumentenwahlfreiheit	41

3. Entmachtungsfunktion . . . . .	42
4. Verbraucherschutz . . . . .	42
D. These: Demokratieschutz als Grund/Ziel des Kartellrechts/des Schutzes vor privater Macht . . . . .	43

### *Zweites Kapitel*

<b>Ordoliberalismus, Freiburger Schule und soziale Marktwirtschaft</b> . . . . .	45
A. Demokratiebezüge als Anhaltspunkte für die Ergiebigkeit der These . . . . .	45
I. Die Literatur des Ordoliberalismus enthält Bezüge zur Demokratie . . . . .	45
1. Keine Vereinbarkeit von Demokratie und Planwirtschaft . . . . .	46
2. Unvereinbarkeit von Demokratie und privater Macht im Wettbewerb . . . . .	47
II. Die Gesetzesbegründung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen enthält Bezüge zur Demokratie . . . . .	49
1. Einordnung der Stellungnahme der Bundesregierung . . . . .	51
2. Fazit . . . . .	52
B. Der Kontext der Entstehung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen . . . . .	53
I. Freiburger Schule . . . . .	53
II. Der wirtschaftsgeschichtliche Kontext der Freiburger Schule . . . . .	55
1. Staatliche Macht greift nach der Wirtschaft . . . . .	55
2. Private Macht in der Weimarer Zeit . . . . .	57
3. Kein unmittelbarer Einfluss von Kartellen/privaten Machtkonzentrationen auf die Machtergreifung . . . . .	57
4. Möglichkeit des mittelbaren Einflusses von Kartellen/privaten Machtkonzentrationen auf die Machtergreifung . . . . .	58
III. Zwischenergebnis . . . . .	59
1. Die Nachkriegszeit: der Kontext von Entflechtung und Dekartellisierung . . . . .	61
2. Fazit . . . . .	62
C. Die Entscheidung für die soziale Marktwirtschaft . . . . .	63
D. Wiederentdeckung der Wurzeln des Kartellrechts . . . . .	64
I. Amerikanisches <i>Antitrust</i> -Recht . . . . .	64
II. Aktuelle Debatte auch in Europa . . . . .	65
III. Empirische Untersuchungen . . . . .	67
E. Zusammenfassung . . . . .	67
F. Exkurs: Biographisches zu Eucken und Böhm . . . . .	68
I. Walter Eucken . . . . .	68
II. Franz Böhm . . . . .	69

*Drittes Kapitel*

**Wettbewerb und Wettbewerbsfreiheit** 71

A.	Fokus auf die Freiheit des Wettbewerbs als Ziel des Kartellrechts . . . . .	71
I.	Wettbewerb als Mittel zu einem höheren Zweck . . . . .	72
II.	Trennung in ökonomische und außerökonomische Mittel mit Blick auf die Verwirklichung einer freiheitlichen Demokratie. . . . .	73
III.	Inkurs: Ökonomische Vorteile als Mittel der gesellschaftlichen und politischen Stabilität und der Akzeptanz des Wirtschaftssystems . . . .	74
IV.	Wettbewerb als Instrument und Freiheit als Ziel beziehungsweise Wert der Wettbewerbspolitik und des Kartellrechts . . . . .	76
	1. Internationale Relevanz der Wettbewerbsfreiheit . . . . .	76
	2. Die Freiheit des Wettbewerbs: Unterschiedlicher Blick verschiedener Disziplinen auf die Freiheit . . . . .	77
	3. Rechtspolitische Ziele und Rechtsdogmatik. . . . .	79
	4. Die Wettbewerbsfreiheit in Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik . . . . .	79
	a) Die Ursprünge der Wettbewerbsfreiheit: Die Freiheit in der klassischen Nationalökonomie . . . . .	80
	b) Früher Ordoliberalismus – Das „Programm der Freiheit“ . . . .	82
	aa) Freiheit von privater Macht . . . . .	82
	bb) Die wirtschaftliche Freiheit als Teil einer übergreifenden Freiheit . . . . .	83
	cc) Fazit . . . . .	85
	c) Wettbewerbsfreiheit als bedeutendes Element im Denken v. Hayeks . . . . .	85
	d) Die Lehre von der Wettbewerbsfreiheit . . . . .	87
V.	Konsumentenwahlfreiheit . . . . .	89
VI.	Die zentrale Rolle der Freiheit in der „Sozialen Marktwirtschaft“ . . .	90
VII.	Fazit . . . . .	93
VIII.	Fortdauernde Relevanz des gesellschaftspolitischen Hintergrundes der Wettbewerbsfreiheit heute . . . . .	93
IX.	Gesellschaftspolitischer Hintergrund des § 19 GWB . . . . .	95
X.	Zwischenergebnis . . . . .	96
B.	„Die“ Freiheit als mögliches verbindendes Element von Wettbewerb und Demokratie? . . . . .	96

*Viertes Kapitel*

**Demokratie** 98

A.	Demokratiebegriff . . . . .	98
I.	Annäherung an den Demokratiebegriff. . . . .	98
II.	Wortbedeutung – Demokratie ist Volksherrschaft. . . . .	99

III.	Konturierung des Demokratiebegriffes – Demokratie im Grundgesetz	100
1.	Rückführbarkeit staatlicher Gewalt auf das Volk durch den Wahlakt	100
2.	Demokratische Repräsentation und der Volkswille	102
3.	Fazit	103
4.	Die Möglichkeit zur Teilhabe am Prozess der politischen Willens- und Meinungsbildung in der Gesellschaft als Bestandteil der freiheitlichen Demokratie	104
5.	Gestalt des Prozesses der politischen Meinungs- und Willensbildung	105
6.	Fazit	106
7.	Die bedeutende Rolle der Kommunikationsfreiheiten für den Prozess der Meinungsbildung	106
8.	Fazit	107
B.	Demokratie und Freiheit	107
I.	Die Demokratievorstellung des Grundgesetzes – Demokratiebegründung und die Wertebasis der Demokratie	107
1.	Die grundsätzliche Offenheit und Freiheit der demokratischen Willensbildung	107
2.	Die Grenzen der demokratischen Freiheit	108
3.	Demokratiebegründung – Wertebasis von Demokratie	110
4.	Fazit	111
5.	Gleiche Freiheit der Menschen	112
6.	Fazit	112
7.	Das Individuum als Ausgangspunkt der Demokratie	113
8.	Zusammenfassung	114
II.	Die freiheitliche Demokratie und die freiheitlich demokratische Grundordnung	114
III.	Wertebasis von Demokratie: (individuelle) Freiheit als gemeinsame Wurzel von Demokratie und Liberalismus	115
IV.	Fazit/Zusammenschau: Unterscheidung und Zusammenspiel verschiedener Freiheiten mit Demokratierelevanz	118
V.	Exkurs: Volkssouveränität und Repräsentation	118
C.	Demokratie als Instrument zur Verwirklichung von gleicher Freiheit als Parallele zum Wettbewerb als Verwirklichung von Freiheit	119
D.	Zwischenergebnis und Ausblick	121

### *Fünftes Kapitel*

## **Der Zusammenhang von Demokratie und Wettbewerb (Zusammenführung)** 123

A.	Aspekte der Zusammenhänge zwischen Demokratie und Wettbewerb	123
I.	Kategorisierung von Ansätzen zum Zusammenhang von Demokratie und Wettbewerbsschutz anhand des frühen Ordoliberalismus	124

1.	Kein Antidemokratismus bei Eucken beziehungsweise im Ordoliberalismus . . . . .	124
2.	Dimensionen des Verhältnisses von Demokratie und Wettbewerbsordnung . . . . .	125
II.	Die Verbindung der privaten Macht mit dem Staat beziehungsweise mit der Politik . . . . .	126
B.	Private Macht und Demokratie . . . . .	128
I.	Private Macht als direkte Gefahr für die Freiheit beziehungsweise die Selbstbestimmung des einzelnen Menschen . . . . .	128
1.	Parallelen von wettbewerbsbasiertem Marktgeschehen und demokratischem Prozess . . . . .	128
a)	Die Ähnlichkeit von politischen Wahlen und Abstimmungen und der „Konsumentensouveränität“/„Konsumentenwahlfreiheit“	128
b)	Konsumentensouveränität . . . . .	130
c)	Ähnlichkeit mit dem Prozess der Meinungsbildung – Die Entscheidungsfindung auf Basis von Marktinformationen . . . . .	131
2.	Die Strukturähnlichkeiten als (bloße) Analogien . . . . .	133
II.	Die Freiheit von Macht – die Selbstbestimmung des Individuums in verschiedenen Sphären (privat-wirtschaftlich und politisch-gesellschaftliche Sphäre) . . . . .	134
1.	Die Privatrechtsgesellschaft, die Vertragsfreiheit und der Wettbewerbsmarkt . . . . .	138
a)	Vertragsfreiheit und Wettbewerb . . . . .	138
b)	Die Privatrechtsgesellschaft . . . . .	140
c)	Der Schutz vor privater Macht in der Privatrechtsgesellschaft	141
d)	Die democratiespezifische Seite der Gefahr privater Macht in der Privatrechtsgesellschaft . . . . .	143
2.	Das verbindende Element: Die individuelle Freiheit des Menschen als Daseinsgrund der Demokratie und als Daseinsgrund des Wettbewerbsmarktes . . . . .	146
3.	Fazit . . . . .	148
4.	Aspekt der Freiheit als „Voraussetzung“ von Demokratie . . . . .	150
III.	Die Freiheit des Individuums von Macht – die Konsumentenwahlfreiheit und das Ob und Wie der Kaufentscheidung als Ausübung individueller Freiheit . . . . .	152
1.	Hintergrund der Strukturähnlichkeiten zwischen den demokratischen Vorgängen und den Marktvorgängen . . . . .	152
2.	Die Idee der Konsumentenwahlfreiheit/-souveränität und die Verwirklichung individueller Freiheit . . . . .	153
3.	Fazit . . . . .	155
4.	„Meinungs“bildung am Markt und individuelle Freiheit . . . . .	155
IV.	Abgrenzung zum Begriff der „Wirtschaftsdemokratie“ . . . . .	156
C.	Zusammenfassung . . . . .	156

*Sechstes Kapitel*

**Anwendung der Ergebnisse auf den Marktmachtmissbrauch  
in der Digitalwirtschaft** 158

A.	(Wie) spiegeln sich die vorausgegangenen Überlegungen in aktuellen Entwicklungen/Entscheidungen zum Marktmachtmissbrauch im Online-Sektor?	158
I.	Überleitung	158
II.	Die Plattformwirtschaft als besonders geeignetes Referenzgebiet für die Ermittlung der rechtspraktischen Relevanz des Verhältnisses von Demokratie und Kartellrecht	159
B.	Die <i>Facebook</i> -Entscheidung des Bundesgerichtshofs	161
I.	Nähere Untersuchung einiger Aspekte der <i>Facebook</i> -Entscheidung (BGH KVR 69/19) und jüngerer Überlegungen aus dem Kontext der Digitalwirtschaft/der Online-Plattformen	161
1.	Hintergrund des <i>Facebook</i> -Verfahrens	161
2.	Gründe für die Beleuchtung des <i>Facebook</i> -Verfahrens	163
II.	Das gegenständliche Geschäftsverhalten	164
III.	Der Missbrauch von Marktmacht und die Wahlmöglichkeit des Nutzers	165
IV.	Weitere Aspekte der Argumentation des Bundesgerichtshofs	166
1.	Die Wettbewerbsschädlichkeit der Leistungsaufdrängung und die Kausalität	166
2.	Fazit	168
V.	Weitere Analyse von Aspekten der <i>Facebook</i> -Entscheidung	168
1.	Die Gegenleistung als Stein des Anstoßes bei der fehlenden Wahlmöglichkeit	168
2.	Die Wahlmöglichkeit in der Interessenabwägung	169
3.	Fazit	170
C.	Die <i>Facebook</i> -Entscheidung im Kontext der Konsumentensouveränität/wahlfreiheit – Bezug zum Hintergrund des Kartellrechts	170
I.	Der <i>Facebook</i> -Fall als Erscheinungsform eines um sich greifenden Geschäftsmodells	170
1.	Das Sammeln und Analysieren von Daten als Quelle massiver finanzieller Gewinne	171
2.	Verkauf von „Vorhersageprodukte[n]“	172
II.	Die Einschränkung der Wahlfreiheit widerspricht der Idee, mit Hilfe des Wettbewerbsmarkts die Freiheit von privater Macht zu verwirklichen	174
III.	Die Einschränkung der Wahlfreiheit auf erster Stufe und zweiter Stufe	176
1.	Die Einschränkung der Wahlfreiheit zwischen der Produktnutzung mit und ohne eine intensive Datenverarbeitung als „erste Stufe“ des Geschäftsmodells	176

2. Die Wahlfreiheit hinsichtlich der Datenintensität gehört zur subjektiven Seite des Ob und des Wie der Entscheidung des Marktteilnehmers .....	176
3. Hinausdenken über den <i>Facebook</i> -Fall – die „zweite Stufe“ des Geschäftsmodells: Wiederbegegnung mit den analysierten Daten und erneute Einschränkung der Wahlfreiheit .....	179
a) Das „Entgegentreten“ von Verhaltensdaten als Begegnung mit personalisierter Werbung mit Blick auf den Marktmechanismus auf weiteren Märkten .....	181
b) Beeinträchtigung der Freiheit des individuellen Marktteilnehmers auch auf der zweiten Stufe .....	182
4. Fazit .....	182
5. Wahlfreiheit am Markt und Demokratiezusammenhang im Bereich der Plattformökonomie .....	183
6. Ausblick auf eine weitere mögliche Ausgestaltung des Entgegentretens – der digitale Assistent .....	185
7. Exkurs: das Entgegentreten von Inhalten mit (direkter) Relevanz für die politische Meinungsbildung .....	186
IV. Fazit: Das Kartellrecht als geeignetes Rechtsgebiet zur Eindämmung datenintensiver Geschäftsmodelle .....	187
V. Die zehnte GWB Novelle mit Blick auf die Wahlfreiheit der Marktteilnehmer .....	188
D. Zusammenfassung .....	189
<b>Schlussbetrachtung/Schluss/Ergebnisse im Überblick</b> .....	<b>191</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>192</b>
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	<b>213</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABIDA	Assessing Big Data
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
ACCC	Australian Competition & Consumer Commission
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Artt.	Artikel (plural)
Aufl.	Auflage
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BEUC	Bureau Européen des Unions de Consommateurs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
d. h.	das heißt
ders.	derselbe
dies.	dieselben
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt
e. V.	eingetragener Verein
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung

etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWIR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende(r)
fdGO	freiheitlich demokratische Grundordnung
ff.	folgende
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e. V.
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
grds.	grundsätzlich
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. L.	herrschende Lehre
Halbbd.	Halbband
Hon.	Honourable
Hrsg.	Herausgeber
HStR	Handbuch des Staatsrechts
i. d. S.	in dem Sinne
i. S. d.	im Sinne des/der
i. V. m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
JUS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
Kommission	Europäische Kommission
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
lit.	littera
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen, mit weiterem Nachweis
MA	Massachusetts
NF	neue Folge
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
No.	Number

NPD	Nationaldemokratische Partei Deutschlands
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OECD	Organisation of Economic Cooperation and Development
OLG	Oberlandesgericht
P2B	Platform to Business
RegE	Regierungsentwurf
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer(n)
RW	Rechtswissenschaftliche Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
S.	Seite
s.	siehe
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
sog.	sogenannte(r)
SRP	Sozialistische Reichspartei
u. a.	und andere, unter anderem
USA	United States of America
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung(en)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechts- lehrer
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZfW	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

# Einleitung

## A. Forschungsfrage

Die Frage nach dem Zusammenhang zwischen Demokratie und Kartellrecht geht mit der Vorstellung Hand in Hand, die Existenz des Wettbewerbs könne die Demokratie fördern oder zumindest mit der Demokratie in Beziehung stehen und auf sie Einfluss nehmen.

Für die hier gestellte Frage der Auswirkung des Phänomens Wettbewerb auf die Demokratie beziehungsweise des Zusammenhanges beider ist demnach auf den Wettbewerb „als solchen“ abzustellen. Thema dieser Arbeit sind aus diesem Grunde die Auswirkungen des – durch das Kartellrecht – vor „Beschränkungen“ geschützten Wettbewerbs (namensgebend für das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [„GWB“]) auf die Demokratie.

Die Idee des Wettbewerbsschutzes basiert auf der zweiseitigen Annahme, dass der Mechanismus des Wettbewerbs sich einerseits ungestört entfalten soll, man sich das Walten des Wettbewerbs auf der anderen Seite aber auch zu Nutzen machen möchte. Anhand der Worte von Franz Böhm, „daß Wettbewerb und Wettbewerb verschiedene Dinge sind“<sup>1</sup>, nämlich je nachdem, ob er in modifizierender Weise oder als hauptsächliche Kraft in Erscheinung tritt<sup>2</sup>, kann man sich verdeutlichen, dass unser Untersuchungsobjekt der Wettbewerb ist, der als hauptsächliche Kraft und Grundprinzip<sup>3</sup> in Erscheinung tritt.

## B. Gang der Untersuchung/Methode

Erste Station ist eine kurze Untersuchung der Beziehung zwischen Grundgesetz und Kartellrecht; dies erfolgt zum Einstieg um eine Vorstellung von

---

<sup>1</sup> *F. Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung, 1933, Nachdruck, E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), 2010, S. 117.

<sup>2</sup> So *Böhm*, Wettbewerb (Fn. 1), S. 117.

<sup>3</sup> Grundlegend zum Wettbewerb als Grundprinzip z.B. *F. Böhm/W. Eucken/H. Großmann-Doerth*, Unsere Aufgabe, 1936, wiederabgedruckt in: N. Goldschmidt/M. Wohlgemuth (Hrsg.), Grundtexte zur Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik, 2008, S. (27) 36.

etwaigen verfassungsrechtlichen Implikationen zu gewinnen. An zweiter Stelle sollen die Ziele und Wurzeln des Kartellrechts untersucht werden, dies erfolgt stets im Hinblick auf eine mögliche Demokratierelevanz. Im Anschluss wird die Idee der Demokratie auf ihren grundlegenden Aussagegehalt überprüft, insbesondere daraufhin, ob sie über das Erfordernis eines demokratischen Wahlverfahrens hinausgeht. Hierbei wird besonders auf ein „wertebezogenes“ Demokratieverständnis eingegangen. Zum Abschluss der Arbeit wird untersucht, ob sich die Befunde in aktuellen kartellrechtlichen Entwicklungen beziehungsweise Entscheidungen zum Marktmachtmissbrauch spiegeln. Dem Tatbestand des Marktmachtmissbrauchs wird in dieser Arbeit deshalb besondere Aufmerksamkeit zuteil, weil ein Zusammenhang zur Demokratie hier im ersten Zugriff naheliegender ist als bei anderen Tatbeständen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

## *Erstes Kapitel*

# **Grundlagen des Verhältnisses von Demokratie und Kartellrecht**

## **A. Wettbewerbsschutz**

### **I. Der Wettbewerb ist als solcher geschützt**

Regelmäßig wird im kartellrechtlichen Kontext die Schwierigkeit einer gelungenen Definition des Wettbewerbsbegriffes thematisiert<sup>4</sup>. Für die Zwecke der folgenden Untersuchung genügt es, Wettbewerb als einen Prozess zu verstehen, bei dem der Erfolg eines Teilnehmers vom Erfolg mit ihm rivalisierender anderer Teilnehmer (Wettbewerber) beeinflusst wird<sup>5</sup>.

Für die Untersuchung der Frage, wie sich der Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch das Kartellrecht im Hinblick auf das Demokratieprinzip verhält, muss eine Annäherung daran erfolgen, worauf das Kartellrecht derzeit mit dem Wettbewerbsschutz abzielt beziehungsweise worauf es abzielen sollte.

Wichtig ist es vorab, dass der zu Grunde liegende Gedanke des Schutzes des Wettbewerbs<sup>6</sup> von dem Bild einer Einhegung des Wettbewerbs getrennt

---

<sup>4</sup> Siehe beispielhaft. *V. Emmerich/K. W. Lange*, Kartellrecht, 15. Aufl., 2021, S. 1; *I. Schmidt/J. Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 10. Auflage, 2013, S. 3.

<sup>5</sup> *A. Suchanek*, Wettbewerb, in: W. Heun/M. Honecker u. a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon. Neuausgabe 2006, S. 2697 (2697): „W. [Wettbewerb, Anmerkung der Verfasserin, M.S.] stellt eine grundlegende gesellschaftliche Interaktionssituation dar, in der zwei oder mehr Akteure um die Erlangung von Ressourcen, Positionen, Aufträgen [...] rivalisieren. Beispiele lassen sich in allen Bereichen finden: [...] Unternehmen [konkurrieren] um Marktanteile“; aus ökonomischer Perspektive: *N. G. Man-kiw/M. P. Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 8. Aufl. 2021, S. 64: „Wettbewerb existiert, wenn zwei oder mehr Unternehmen um Konsumenten rivalisieren“; siehe auch die Darstellung bei *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik (Fn. 4), S. 3 f., die für den wirtschaftlichen Bereich die „Existenz von Märkten mit [...] mindestens zwei Anbietern oder Nachfragern, [...] die sich antagonistisch [...] verhalten, d.h., [...] ihren Zielerreichungsgrad zu Lasten anderer Wirtschaftssubjekte verbessern wollen“ für maßgeblich halten.

<sup>6</sup> Z. B. *J. Busche*, in: J. Busche/A. Röhling (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. I, 2017, §§ 1–34a, § 19 Rn. 4.