

## Wissenschaftliche Beiträge

### Kartellrecht unterrichten

Rupprecht Podszun\*

**Zusammenfassung:** Eine eigene Fachdidaktik für das Kartellrecht gibt es nicht, dabei stellt das Fach Lehrende vor Herausforderungen: Es ist durch stark ökonomisches Denken geprägt und durch einen Mix von Instrumenten aus Privatrecht, öffentlichem Recht und Ordnungswidrigkeitenrecht. Hinzu tritt, dass das wettbewerbliche, dynamische Denken, das für das Kartellrecht prägend ist, sich in der Unterrichtskonzeption spiegeln müsste. Kartellrecht zu unterrichten, ist daher ein „offenes Entdeckungsverfahren“.

#### A. Einführung

##### I. Der Jungbullenfall des Kartellrechts

Es ist einer der spektakulärsten Rechtsfälle des Jahres; für Kartellrechtler ist es sogar die „Mutter aller Schlachten“: Hat das Unternehmen *Alphabet* mit seinem Dienst *Google Shopping* eine marktbeherrschende Stellung missbraucht? Art. 102 AEUV verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Europäische Kommission hat einen Verstoß gegen diese Norm bejaht und dem US-Konzern eine Rekordgeldbuße in Höhe von 2,42 Milliarden € auferlegt, verbunden mit der Verpflichtung, das aus Sicht der Kommission rechtswidrige Verhalten innerhalb von 90 Tagen abzustellen.<sup>1</sup> Der Fall *Google Shopping* hat die Wettbewerbsbehörde sieben Jahre lang beschäftigt, bevor es im Juli 2017 zu einer Entscheidung kam.

Ob die EU-Kommission mit ihrer Entscheidung richtig liegt, ist unter Kartellrechtlern außerordentlich umstritten. Bezweifelt wird etwa, ob *Google* überhaupt marktbeherrschend ist. Die Kommission meint, *Google* habe einen Marktanteil von über 90 % in wichtigen EU-Mitgliedstaaten, der Markt wird abgegrenzt als Markt für allgemeine Suchanfragen. Aber besteht ein solcher Markt überhaupt? Und selbst wenn – ist das der für diesen Sachverhalt relevante Markt? Was ist überhaupt ein Markt? Von Ökonomen erfahren wir, der Markt sei der Ort, an dem sich Angebot und Nachfrage treffen – aber liegt auch ein Markt vor, wenn eine Leistung unentgeltlich erbracht wird, wie von *Google* an die Nutzer bei Suchanfragen?<sup>2</sup>

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

1 Europäische Kommission, 27.6.2017, Fall 39740 (Pressemitteilung) – *Google Search (Shopping)*.

2 Diese Frage hat der deutsche Gesetzgeber geklärt mit Einführung von § 18 Abs. 2 a GWB durch die 9. GWB-Novelle 2017: „Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.“

Erst recht heikel wird es bei der Frage, ob *Google* diese marktbeherrschende Stellung, wenn sie denn besteht, missbraucht hat. Der Begriff des Missbrauchs ist in allen Rechtsgebieten, in denen er eine Rolle spielt, außerordentlich schwierig, setzt er doch eine Definition des richtigen, des rechten Gebrauchs voraus, von dem abgewichen wird. Aber was ist in wirtschaftlichen Dimensionen, gerade in einer freien Marktwirtschaft, schon der richtige Gebrauch? Nur das, was sich seit Jahrzehnten eingeschliffen hat? Das kann es kaum sein, dann würde das Kartellrecht, das den Missbrauch von Marktmacht verbietet, Innovationen, neue Geschäftsmodelle, vorstoßenden Wettbewerb untersagen. Solche *chilling effects* wären das Ende des Wohlstands.

Diese Fragen, um nur zwei herauszugreifen, machen den Fall extrem schwierig. Da ist es fast schon leicht zu bestimmen, ob die Geldbuße in ihrer Höhe in einem angemessenen Verhältnis zur behaupteten Rechtsverletzung steht. In gewisser Weise ist *Google Shopping* so etwas wie der *Jungbullen*-Fall des Zivilrechts: in aller Munde, außerordentlich komplex (also spannend), und für das Verständnis des Rechtsgebiets wesentlich. Das „Problem“ des Kartellrechts ist: Alle Fälle sind so.

## II. Kartellrecht als ökonomisches Nischenfach

In den USA wird Kartellrecht („antitrust“) teilweise von Ökonomen unterrichtet. Die kartellrechtlichen Fachzeitschriften in Deutschland haben Ökonomen als Mitherausgeber.<sup>3</sup> Mir scheint, dass es kein Rechtsgebiet gibt, das derart eng mit ökonomischen Fragen verflochten ist, und in dem die ökonomische Analyse derart selbstverständlicher Bestandteil der Rechtsanwendung ist. Daraus ergeben sich für die Didaktik dieses Rechtsgebiets besondere Herausforderungen. Es sind nicht die Einzigen, wie in diesem Beitrag aufgezeigt werden soll.

Kartellrecht ist an deutschen Universitäten ein Nischenfach. Es wird in der Regel versteckt in einem Schwerpunktbereich zum Recht des geistigen Eigentums und dem Recht des Wettbewerbs, ist dabei eines von mehreren, durchweg anspruchsvollen, weil ungewöhnlichen und eigensinnigen Rechtsgebieten. Das ist umso erstaunlicher (und aus Sicht des Autors umso bedauerlicher), da das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), das zentrale Gesetz des Kartellrechts, häufig als „Grundgesetz der Marktwirtschaft“<sup>4</sup> apostrophiert wird. Und in der Tat regelt das Kartellrecht auf grundlegender Ebene, wie die Marktwirtschaft geordnet werden soll. Was trägt die Rechtsordnung dazu bei, dass der wesentliche Mechanismus der Marktwirtschaft, der Wettbewerb, funktioniert?

3 So *Justus Haucap* bei WuW (Wirtschaft und Wettbewerb) und *Ulrich Schwalbe* bei NZKart (Neue Zeitschrift für Kartellrecht).

4 Etwa die Abgeordneten *Matthias Berninger*, *Rainer Brüderle* und *Oskar Lafontaine* (allesamt in der Bundestagsdebatte vom 19.1.2006, Plenarprotokoll 16/11, 724 ff.); *Hubertus Heil*, *Hartmut Schauerte* und noch einmal *Rainer Brüderle* (allesamt am 11.3.2005, BT-Drucks. 15/164, 42 ff.); *Ernst Hinske* (am 15.6.2012, BT-Drucks. 17/185, 20). Die Formulierung geht wohl auf *Ludwig Erhard* zurück.

Da die meisten Juristinnen und Juristen später in wirtschaftlichen Kontexten arbeiten, sollte man meinen, dass die rechtliche Verfasstheit der Wirtschaft für alle Studierenden Pflichtfach sein müsste. Dem ist aber eben nicht so, das Kartellrecht bleibt den „Happy Few“ vorbehalten, die sich für den – aus leicht voreingenommener Sicht des Autors – richtigen Schwerpunktbereich entscheiden.<sup>5</sup> Dies ist eine Fehlstellung, die mindestens Symptom, wenn nicht Ursache der Problematik ist, dass Juristinnen und Juristen das unternehmerische, wirtschaftliche Denken fehlt.

Das Nachdenken über eine kartellrechtliche Didaktik ist ein „offenes Entdeckungsverfahren“.<sup>6</sup> Mir ist bislang keine deutschsprachige Literatur bekannt, die sich dezidiert der kartellrechtlichen Didaktik widmet.<sup>7</sup> Dieser Beitrag ist daher nur ein Versuch, einige Herausforderungen und mögliche Vorgehensweisen zu identifizieren.

### III. Lehre als „offenes Entdeckungsverfahren“

Wenn ich zu erklären versuche, was das Kartellrecht überhaupt schützen will, bemühe ich verschiedene Definitionen von „Wettbewerb“. Klassisch wird Wettbewerb definiert als das Ringen von Unternehmen um Geschäftsverbindungen mit Abnehmern, wobei der Erfolg des einen Unternehmens den Misserfolg des anderen bedingt (Rivalität).<sup>8</sup> Häufig wird von einem Leistungswettbewerb gesprochen, der geschützt wird. Damit wird der Wettbewerbsbegriff normativ aufgeladen, geschützt wird der „gute“ Wettbewerb, bei dem sich Unternehmen redlich durch Leistung um die Geschäftsverbindungen mühen.<sup>9</sup> Gelegentlich wird auf Definitionen von „Wettbewerb“ gänzlich verzichtet, um erst gar keine Einschränkung vorzunehmen, was Wettbewerb denn eventuell sein könnte. Ich halte es mit *Friedrich von Hayek*, dem Wirtschaftsnobelpreisträger, der Wettbewerb als ein offenes Verfahren zur Entdeckung von Tatsachen beschrieb, die ohne sein Bestehen unerkannt blieben.<sup>10</sup>

5 Das Bundeskartellamt beklagt die mangelnde ökonomische Bildung in Schulen und meint, wirtschaftliche Grundfragen könnten besonders gut mit Hilfe des Kartellrechts erklärt werden. Dazu hat das Amt Materialien für Schulen zur Verfügung gestellt, siehe [http://www.bundeskartellamt.de/DE/UEberUns/Schulmaterial/schulmaterial\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/UEberUns/Schulmaterial/schulmaterial_node.html) (20.10.2017).

6 So charakterisierte *Friedrich von Hayek* den Wettbewerb, das zentrale Schutzgut des Kartellrechts, vgl. *Hayek*, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren.

7 Aus dem englischen Sprachraum vgl. die Ausgabe von Competition Policy International, <https://www.competitionpolicyinternational.com/jun-151/> (20.10.2017) mit dem Schwerpunkt „Teaching Antitrust Effectively“, mit Beiträgen verschiedener Autoren; *Orland*, „Teaching Antitrust During Microsoft“, 31 Conn. L. Rev. 1375 (Summer 1999), als Video unter <https://www.youtube.com/watch?v=UwCq5tq3SMY> (20.10.2017); *Stucke*, „Teaching Antitrust After the Financial Crisis“, 8 Journal of Business & Technology Law (2013), S. 209; *Oberholzer-Geel/Yao*, „Strategy Frameworks and Teaching Antitrust to Business Students“, 21/1 Antitrust 13 (Fall 2006); Blog-Beiträge von *Wright*, <https://truthonthemarket.com/2008/09/06/teaching-antitrust/> (20.10.2017) sowie einzelne Beiträge im Blog von *Sokol*, etwa von *Picker*, [http://lawprofessors.typepad.com/antitrustprof\\_blog/2007/01/picker\\_on\\_teach.html](http://lawprofessors.typepad.com/antitrustprof_blog/2007/01/picker_on_teach.html) (20.10.2017).

8 *Borchardt/Fikentscher*, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, S. 15.

9 Vgl. *Klement*, Wettbewerbsfreiheit, S. 211 m.w.N.

10 *Hayek*, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren.

Mit *Hayek* wird zweierlei betont: zum einen das Prozesshafte, das Verfahren. Wettbewerb ist ein Mechanismus, ein nach bestimmten Vorgaben und Gesetzmäßigkeiten ablaufendes Kontinuum. Zum anderen betont er das Dynamische, Spontane, Offene, das dem Wettbewerb innewohnt. Seine innovative Kraft, seine stete Weiterentwicklung. Erst durch das immer neue Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage in einem offenen Wettbewerbsmechanismus erfahren wir, welche Wünsche und Bedürfnisse es gibt, und wer auf welche Weise in der Lage ist, diese zu befriedigen.

Lehre begreife ich genauso: Es handelt sich um ein Verfahren, das gewissen Gesetzmäßigkeiten folgt, immer weiter voranschreitet und durchaus Fixpunkte kennt, etwa die erste Stunde, die großen Lehrabschnitte und die Abschlussklausur. Kennzeichnend ist aber auch, dass in der Dynamik von Angebot des Lehrenden und Nachfrage der Studierenden sowie auch genau umgekehrt, erst Erkenntnisse, Vorgehensweisen, Wissen und Nichtwissen entdeckt werden. Eine Didaktik des Kartellrechts, die dem Fach gerecht werden will, muss also dieselbe Spontaneität, Anpassungsfähigkeit und Dynamik aufweisen wie der Schutzgegenstand.

## B. Ziele der Lehre

Für ein „Nischenfach“ im Schwerpunktbereich definiere ich fünf Ziele, die das Handeln im Unterricht anleiten. Dabei sind die institutionellen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen: Für den kartellrechtlichen Unterricht im Schwerpunktbereich stehen regelmäßig zwei Semesterwochenstunden (SWS) zur Verfügung. Nur wenige Universitäten, meine gehört glücklicherweise dazu, bieten weitergehende Veranstaltungen im Kartellrecht an, sodass sich die Gesamtzahl aus Studierendensicht auf bis zu acht SWS ausdehnen lässt. Der Unterricht wird zum Teil über Lehrbeauftragte aus der Praxis abgedeckt. Es handelt sich dann um eine Maximalbelegung, die längst nicht von allen Studentinnen und Studenten des Schwerpunktbereichs gewählt wird.<sup>11</sup> Die begrenzte Stundenzahl lässt es nicht zu, in einem Semester das komplette Kartellrecht in aller Tiefe auszuloten. Hinzu tritt, dass im selben Schwerpunktbereich meist noch weitere anspruchsvolle Fächer eine Rolle spielen, etwa die Immaterialgüterrechte, die ebenfalls hohe Anforderungen an die Studierenden stellen. Die folgenden Ausführungen gehen vom „Normalfall“ aus, dass Kartellrecht innerhalb von zwei SWS unterrichtet werden muss.

### I. Vermittlung von Grundkenntnissen

Primäres Ziel ist es, den Studierenden Grundkenntnisse des Kartellrechts beizubringen, ihnen das Ziel dieses Rechtsgebiets, die wesentlichen Tatbestände und die wichtigsten Parameter der Rechtsanwendung zu verdeutlichen.

11 An der Universität Düsseldorf werden folgende Vorlesungen gelehrt, die einen kartellrechtlichen Bezug haben: Wettbewerbsrecht (als Einführung in Kartellrecht und Lauterkeitsrecht), Kartellrecht, Fusionskontrolle, Ringvorlesung Kartellrecht (hier unterrichten Praktiker in Fallstudien). An der Universität Bayreuth wird differenziert in Deutsches Kartellrecht und Europäisches Kartellrecht (wobei das europäische Recht teilweise in englischer Sprache gelehrt wird).

Ich strukturiere die Kartellrechtseinheiten nach fünf großen Blöcken: eine Einführung, in der im Wesentlichen das Ziel der Regelungen, die historische Entwicklung, Arbeitsmittel und Rechtsgrundlagen kurz vorgestellt werden. Es folgen die drei großen Themengebiete des Kartellrechts als jeweils eigene Einheiten: das Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen, der Missbrauch von Marktmacht und die Zusammenschlusskontrolle. Eine eigene kleine Einheit ist sodann der Rechtsdurchsetzung gewidmet, insbesondere der privaten Rechtsdurchsetzung, die zunehmend eine Rolle spielt, in den anderen Einheiten aber traditionell zu kurz kommt. In einer abschließenden Einheit werden Randbereiche des Kartellrechts, insbesondere der Umgang mit staatlichen Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 106 AEUV und Vertiefungen, unterrichtet. Der Umfang hängt von den vorhandenen zeitlichen Möglichkeiten ab. Themen der Vertiefung sind Wettbewerbstheorie, Kartellrecht und Immaterialgüterrechte oder internationales Kartellrecht.

Eine erste Hürde bei der Vermittlung von Grundkenntnissen ist, das „Freiheitsparadox“ zu verstehen: der Gesetzgeber greift in Freiheitsrechte ein, um die Freiheit der Marktteilnehmer zu sichern.<sup>12</sup> Die Aktivitäten der Kartellbehörden und Gerichte bewegen sich dabei auf dem schmalen Grat, Freiheiten durch Freiheitsbeschneidungen ermöglichen zu müssen. Das Verständnis der einzelnen Tatbestände in rechtlicher Hinsicht ist bei der grundlegenden Kenntnisvermittlung weniger problematisch, wohl aber die ökonomische Einbettung. Dass den Studierenden ökonomisches und unternehmerisches Denken häufig zunächst fernliegt, erschwert die Kenntnisvermittlung.

Wesentlich ist, wie immer in Jura, die Vermittlung der zutreffenden Terminologie. Eine angemessene, in der Community akzeptierte Ausdrucksweise ist aus meiner Sicht der Einstieg in das komplette Rechtsgebiet. Wer nach einem Semester nicht sicher mit Begriffen wie Marktmacht, Zusammenschluss oder SIEC-Test hantieren kann, wird nicht in der Lage sein, das Rechtsgebiet wirklich zu verstehen.

## II. Praktisches Rüstzeug

Wer eine Kartellrechtsvorlesung bei mir durchlaufen hat, sollte im Referendariat bei einer auf Kartellrecht spezialisierten Kanzlei zumindest mit den wichtigsten praktischen Themen vertraut sein. Mein Lieblingsbeispiel dafür ist die Form CO.

Form CO ist ein Formblatt, das die Europäische Kommission von Unternehmen verlangt, die einen Zusammenschluss im Rahmen der Fusionskontrolle bei der Kommission anmelden müssen.<sup>13</sup> Für Anwältinnen und Anwälte, die Fusionskontrolle betreiben, ist die Form CO tägliches Arbeitsmittel (und zugleich Horrorszenerario, da das Formular geradezu überbordend viele Informationen abfragt). In vie-

12 *Fikentscher*, Die Freiheit und ihr Paradox.

13 Die Form CO findet sich im Anhang zur Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 7.4.2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

len Lehrbüchern zum Kartellrecht taucht der Begriff Form CO allerdings gar nicht auf.

Der starke Fokus auf Praxisnähe findet seine Legitimation in drei Punkten: Erstens ist es – neben der Befähigung zur Rechtswissenschaft – natürlich auch ein Ziel, den Nachwuchs für die praktische Arbeit auszubilden. Zweitens wird das Kartellrecht in stärkerer Weise von der Praxis getrieben und geprägt als manch andere Rechtsgebiete. Das liegt m.E. an den sehr offen formulierten Tatbeständen, die ausfüllungsbedürftig sind – was nicht am Schreibtisch gelingen kann. Zudem sind inzwischen viele Fälle der von der Wissenschaft traditionell gut erfassten Gerichtspraxis entzogen.<sup>14</sup> Wer mit den aktuellen Auffassungen in Behörden und Unternehmen nicht vertraut ist, wird das Rechtsgebiet daher nur wie eine skelettierte Rumpfmaterie kennenlernen. Drittens beobachte ich immer wieder, dass Kartellrechtler aus der Praxis häufig einen hohen wissenschaftlichen Anspruch haben. Das gelegentlich an Universitäten gepflegte Bild der Anwaltschaft als windig, geldgierig oder skrupellos lässt sich für das Kartellrecht so nicht bestätigen. (Ob es für einen anderen Zweig der Anwaltschaft gilt, mag hier dahinstehen.) Die Dynamik des Rechtsgebiets führt dazu, dass auch Anwälte permanent gezwungen sind, sich fortzubilden. Dies passiert im Austausch mit den übrigen Kartellrechtlern aus Anwaltschaft, Unternehmen, Behörden und Wissenschaft. Es ist kein Zufall, dass die Vereinigung der Kartellrechtsanwälte in Deutschland „Studienvereinigung“ heißt.

Mir ist daher die Zusammenarbeit mit der Praxis wichtig, ebenso wie die Ausrichtung des Unterrichts an den praktischen Bedürfnissen. Mit einem Auge schaue ich also immer darauf, ob das, was wir tun, auch praxisnah ist und für eine spätere Tätigkeit in diesem Bereich ausbildet. Anders gesagt: Meine Studentinnen und Studenten sollen beim Praktikum wissen, was gemeint ist, wenn die Partnerin in der Kanzlei die Form CO erwähnt.

### III. Spaß

Jura kann auch Spaß machen. Diese Weisheit kann den Studierenden gar nicht oft genug anschaulich vermittelt werden. Im Schwerpunktbereich haben sich Studierende freiwillig für ein Fach entschieden, das sie nach ihren Neigungen wählen. Wo, wenn nicht hier, sollte es gelingen, Freude an der juristischen Tätigkeit und an rechtlichen Problemen zu vermitteln? Ein ganz wesentliches Ziel der Vorlesung zum Kartellrecht ist daher, Studentinnen und Studenten Lust auf Kartellrecht zu machen, die spannenden Seiten des Rechtsgebiets hervorzuheben und dafür zu werben, dieses Rechtsgebiet vertieft zu verfolgen.

14 Das liegt zum einen darin, dass durch Settlements und Verpflichtungszusagen bei behördlichen Verfahren der Weg zu Gerichten faktisch abgeschnitten wird, zum anderen daran, dass im Zuge der Reform des Kartellrechts durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 die sog. Selbstveranlagung von Unternehmen entscheidend geworden ist. Eine ganze Reihe von Verhaltensweisen, die bis dahin den Kartellbehörden angezeigt wurde, wird seither nur noch in Unternehmen und Kanzleien beurteilt (sog. System der Legal Ausnahme). Nur äußerst selten erreichen daher etwa Wettbewerbsbeschränkungen in vertikalen Vereinbarungen die Gerichte. Für die Selbsteinschätzung und die unternehmerische „Compliance“ bleibt die Beurteilung vertikaler Vereinbarungen aber essentiell.

#### IV. Wissenschaftlicher Ansatz

Im Schwerpunktbereich sind die Studierenden erstmals auf einem Studienstand, der es ihnen ermöglicht, übergreifend über das Recht nachzudenken. Sie bringen dafür auch, vor allem mit Blick auf die anzufertigende Hausarbeit, ein gewisses Interesse mit. Ein weiteres Ziel ist es daher, aktuelle wissenschaftliche Debatten zu vermitteln und bei den Studierenden ein Bewusstsein zu wecken, dass über juristische Fragen auch in wissenschaftlicher Weise, systematisch, mit dem Streben nach höherem Erkenntnisgewinn, nachgedacht werden kann.

#### V. Klausurtraining

Der Schwerpunktbereich wird auch abgeprüft. Studentinnen und Studenten treibt häufig die Sorge vor einer unberechenbaren Klausur, wenn ein Rechtsgebiet nicht mit der „Lehrbuchtreue“ unterrichtet wird, wie das zuweilen in grundständigen Fächern der Fall ist. Studierende äußern dann den Wunsch nach einem „großen Fall“ in der Klausur, obwohl sie erkennen, dass ein solcher extrem schwierig sein kann. Mir scheint, dass ihnen das schwierige Bekannte lieber ist als das Unbekannte, dessen Schwierigkeitsgrad sie vielleicht weniger einschätzen können. In der Klausur, die mehrere Fächer des Schwerpunktbereichs abdecken muss, stelle ich typischerweise einen Mix von kleineren Fällen, Wissens- und Essayfragen. Die Vorbereitung darauf spielt eine untergeordnete Rolle, ist aber selbstverständlich auch Ziel des Unterrichts.<sup>15</sup>

#### C. Herausforderungen des Kartellrechts

Im Kartellrecht stellen sich verschiedene Herausforderungen, die sich vielleicht in dieser Form oder ähnlich auch in anderen Rechtsgebieten stellen mögen, die für das Kartellrecht aber besonders prägend sind.

##### I. Ökonomischer Ansatz

Das inhaltliche wie didaktische Schlüsselthema des Kartellrechts ist seine Ökonomisierung. Mir scheint, dass kein anderes Rechtsgebiet in derart starker Weise ökonomisch durchdrungen wird und ökonomische Kenntnisse voraussetzt, wie das Kartellrecht. Dreh- und Angelpunkt ist die Frage, wie das Funktionieren von Märkten geschützt werden kann. In einer Wirtschaft, die als offene Marktwirtschaft ausgestaltet ist, ist genau das die Schlüsselfrage der Volkswirtschaftslehre. Jeder Volkswirt von Rang seit *Adam Smith* hat sich mit der Organisation der Wirtschaft als System zur Verteilung knapper Ressourcen befasst und dabei Prinzipien oder Ideen entwickelt, wie dieser Prozess am besten zu organisieren ist. Das Übersetzen dieser Organisation in die Praxis wird durch hoheitliche Regeln, auf fundamentaler Ebene das Kartellrecht, geleistet.

<sup>15</sup> Sie wird ggf. durch ergänzende Übungen geleistet.

## 1. Wettbewerbsleitbilder

Im Unterricht begegnete die Ökonomie den Studierenden früher zumeist in Form der „Wettbewerbsleitbilder“.<sup>16</sup> Die Vorstellungen der „Nationalökonomien“ haben sich in diesen Wettbewerbsleitbildern verdichtet, ihre prägenden Annahmen vom Funktionieren des Wettbewerbs wurden ausgestellt. Für das 1958 in Kraft getretene deutsche und europäische Kartellrecht war lange Zeit beispielsweise die „Freiburger Schule“ (Ordoliberalismus – *Walter Eucken, Franz Böhm*) prägend. Sie ging von einer starken Rahmensetzung des Staates für die Wirtschaft aus, sprach innerhalb dieses Rahmens aber den privaten Marktteilnehmern große Freiheit zu. *Franz Böhm* prägte in diesem Zusammenhang das Wort von der „Privatrechtsgesellschaft“.<sup>17</sup>

Wettbewerbsleitbilder gaben, ohne dass eine extrem intensive Befassung mit der Ökonomie erforderlich wurde, eine Vorstellung vom ökonomischen Rahmen der Rechtsetzung und -anwendung. Sie strahlten zudem Autorität aus, die in anderen Wissenschaften als Jura ja nicht aus einem Gesetz bezogen werden kann. Mit der Orientierung an einem Wettbewerbsleitbild positionierten sich Kartellrechtler also automatisch in einer wettbewerbspolitischen Denkschule und konnten sich auf diese berufen.

Der Einfluss der Ökonomie auf das Kartellrecht war damit eher mittelbar, da die Wettbewerbsleitbilder zwar bestimmte Vorgaben machten. Es wurde aber nicht der Anspruch erhoben, in besonderer Detailtiefe konkrete Einzelfallregelungen zu treffen. Im europäischen Kartellrecht etwa wurden unter dem Einfluss der Ordoliberalen sog. „per-se-Verbote“ und klare Muster entwickelt, die eine Vielzahl von Fällen ordneten. Andere einflussreiche Wettbewerbsleitbilder waren etwa die der *Harvard School* („workable competition“) oder der *Chicago School* („laissez faire“).

Die Wettbewerbsleitbilder wurden erstmals deutlich erschüttert durch *Friedrich von Hayek*, der das Offene des Wettbewerbskonzepts betonte und davor warnte, das Entdeckungsverfahren vorschnell durch Festlegungen einzuschränken. Wirtschaftlicher Wettbewerb lebt eben nicht davon, dass Unternehmen sich in den vorgezeichneten Bahnen halten. Klare Muster, „per-se-Regelungen“ und Bestandschutz sind dem Wettbewerbsdenken fremd.

## 2. More economic approach

In den 1980er Jahren setzte sich, ausgehend vom US-amerikanischen antitrust law, die sehr liberale *Chicago School* immer stärker durch.<sup>18</sup> Nach Auffassung der Vertreter der *Chicago School* bedurften vor allem echte Kartelle, also Preisabsprachen zwischen Wettbewerbern, der Regulierung, während andere wettbewerbschädli-

16 Überblicke bei *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 10 ff.; *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, S. 67 ff.

17 *Böhm*, in: ORDO 17 (1966), S. 75 ff.

18 In deutscher Sprache zum „more economic approach“ siehe *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie; *Kerber/Schwalbe*, in: Münchener Kommentar, EU-Wettbewerbsrecht, Einleitung, Rn. 397 ff.; *Lademann*, in: FS Möschel, 2011, S. 381; *Böge*, in: WuW 2004, S. 726.

che Verhaltensweisen (etwa Missbräuche) keines Eingriffs bedurften. Ein Monopolist, der seine Marktmacht missbraucht, so die Argumentation, wird früher oder später ohnehin wegen der monopoltypischen Trägheit und Ineffizienz überholt.<sup>19</sup>

Diese Ansicht, die das Kartellrecht als Unterrichtsfach beinahe marginalisiert hätte, gilt inzwischen als zu defensiv. Durchgesetzt hat sich aber die starke Fokussierung der *Chicago School* auf die anzustrebende Steigerung der Konsumentenwohlfahrt, die Auswirkungen von Verhaltensweisen (die bei der *Chicago School* noch stark generalisiert wurden) sowie ein gewisses Diktat des Ökonomischen. Aktuell kann die herrschende Lehre der Wettbewerbstheorie als *post-Chicago School* eingeordnet werden.<sup>20</sup>

Mit der *post-Chicago School* hat sich die Erkenntnis Bahn gebrochen, dass wettbewerbsrechtliche Eingriffe der Analyse der konkreten Auswirkungen im Einzelfall bedürfen. Nur wenn sich dabei herausstellt, dass ein unternehmerisches Verhalten die Wohlfahrt (meist verstanden als Konsumentenwohlfahrt) mindert, ist ein Eingriff gerechtfertigt. Dieses Vorgehen wird als *effects-based approach* bezeichnet und einem *form-based approach*, der vor allem mit „per-se-Verboten“ und Generalisierungen arbeitet, gegenüber gestellt.

Im Kartellrecht hat sich dieses Denken vor allem in seiner neoklassischen Ausprägung seit 2001 sehr stark niedergeschlagen. Ausgerufen wurde seither ein *more economic approach*.<sup>21</sup> Rechtsetzung und Rechtsanwendung werden stark ökonomisch durchleuchtet. Dabei wird zunehmend auf die prognostizierten Effekte von wirtschaftlichen Verhaltensweisen im Einzelfall abgestellt. Bisherige Gewissheiten des Kartellrechts werden als formalistisch abqualifiziert. Der *more economic approach* hat das Kartellrecht seither komplett verändert.

So ist es inzwischen üblich, dass in den wichtigen kartellrechtlichen Rechtsstreitigkeiten neben die Riege der juristischen Berater ökonomische Beratungsagenturen treten, die ausführliche Gutachten erstellen. Die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt setzen sich als Verwaltungsbehörden im höheren Dienst etwa jeweils zu 50 % aus Juristen und Ökonomen zusammen. Gab es früher bei der Europäischen Kommission nur eine Kontrolle der Entscheidungen durch den *Legal Service* auf rechtliche Fehler hin, hat nun der sogenannte *Chief Economist*, ein Ökonomieprofessor, der für begrenzte Zeit in die Generaldirektion Wettbewerb integriert wird, entscheidenden Einfluss auf das Abfassen von Entscheidungen. Diese institutionellen Vorkehrungen dienen der ökonomischen Absicherung rechtlicher Aussagen.

19 Grundlegend war das Werk von Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978 (2. Aufl. 1993).

20 Prototypische Lehrbücher sind Motta, *Competition Policy*, 2004; Monti, *EC Competition Law*, 2007.

21 Das wohl wichtigste Dokument in dieser Hinsicht war der Bericht eines ökonomischen Beratungsgremiums an die Generaldirektion Wettbewerb, Report by the EAGCP, *An economic approach to Article 82*, July 2005, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf) (20.10.2017).

### 3. Beispiel Google Shopping

In einem Fall wie *Google Shopping* zeigt sich der ökonomische Ansatz auf jeder Stufe. Die Marktabgrenzung wird durch ausführliche Analyse von Daten, also auf empirischer Basis, durchgeführt. Zur Ermittlung des relevanten Marktes und zur Ermittlung der Konzentration auf den so abgegrenzten Märkten werden Methoden angewendet, die für die ökonomische Ausbildung typisch sind, im Jura-Studium aber keine Rolle spielen, etwa Befragungen, Datenanalyse und Berechnungen anhand von Formeln. So würde beispielsweise geprüft, ob Werbekunden von *Google* bei einer Preiserhöhung um 10 % auf einen anderen Anbieter von Werbeflächen ausweichen würden. Die Methodik ist als sog. SSNIP-Test etabliert.<sup>22</sup> Weichen die Werbekunden aus, etwa auf Werbung bei *Facebook* oder auf Werbung im Fernsehen, gehören diese Anbieter zum selben Markt wie *Google*.

Ist Marktmacht gegeben, ist eine *theory of harm* zu entwerfen: Darzulegen ist, welcher Schaden in der wirtschaftlichen Praxis durch die beanstandete unternehmerische Verhaltensweise entsteht (etwa durch die angebliche Bevorzugung eigener Dienste bei der Darstellung der Suchergebnisse auf der *Google*-Suchseite). Hat das Unternehmen tatsächlich Verbrauchern Schaden zugefügt, indem beispielsweise weniger Güter abgesetzt oder Preise erhöht wurden? Kam es durch das Verhalten zu einer nicht befriedigten Nachfrage? Kam es zu Verdrängungseffekten gegenüber anderen Preisvergleichsportalen, war diese Verdrängung kausal auf den Einsatz von Marktmacht zurückzuführen und ist dadurch eine Minderung der Wohlfahrt eingetreten? Kann eine Minderung der Wohlfahrt auch in einer Qualitätsbeschränkung gelegen haben, wenn nicht in einer Preisverteuerung? Wie hätte sich die Wettbewerbssituation entwickelt, wenn *Google* sich nicht so, sondern anders verhalten hätte?

Über solche Fragen denken Ökonomen professionell nach, während Juristen Mühe haben, ihre Modelle und Berechnungen nachzuvollziehen. Es handelt sich um Rechnungen mit zahlreichen Variablen, was für Juristen in der Entscheidungspraxis ohnehin eine außerordentlich große Schwierigkeit aufwirft, da zu ermesen ist, welche Variablen als realistisch eingeschätzt werden können und welche nicht.

### 4. Rolle der Juristen

Die Ökonomie übernimmt mit diesem Ansatz zunehmend die Ausfüllung von Rechtsbegriffen wie „Missbrauch“ oder „wettbewerbsbeschränkend“. Mangels letztgültiger Autoritäten in der Ökonomie lassen sich aber selbstverständlich verschiedene Auffassungen dazu vertreten, welche Auswirkungen eintreten oder eingetreten sind. Die Modelle müssen, um überhaupt handhabbar zu sein, bestimmte Annahmen machen. Empirische Messungen sind ungenau, die Interpretation von Ergebnissen ist offen. Welche Rolle fällt dann den Juristen noch zu? Eine an Rechtsmaßstäbe gebundene Behörde, die nichts als das Gesetz als Maßstab hat,

22 SSNIP steht für small but significant, non-transitory increase in price; siehe Europäische Kommission, Bekanntmachung zum relevanten Markt v. 9.12.1997, ABl. Nr. C 372/03, Rn. 15 ff.

muss eine Auswahl aus den ökonomischen Angeboten treffen. Wenn man sich auf den Pfad begibt, die ökonomischen Wirkungen einer Verhaltensweise zu betrachten, müssen sich Rechtsanwender auch auf die grundlegende Überprüfung der ökonomischen Standards einlassen. Die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde ist dann von Richtern gegebenenfalls zu überprüfen und von Dozenten im Unterricht darzustellen.

Ein interessantes Schlaglicht auf den juristischen Umgang mit ökonomischen Kriterien für die Fallentscheidung wirft das 2017 getroffene Urteil des EuG in der Sache *UPS*.<sup>23</sup> Die Europäische Kommission hatte die Übernahme des Zustelldienstes TNT durch den Wettbewerber UPS untersagt. Die Untersagungsentscheidung wurde vom EuG mit der Begründung der Verletzung von Verteidigungsrechten aufgehoben, da die Kommission den Fusionsparteien nicht ihr letztes ökonometrisches Analysemodell vorgelegt hatte. Die Kommission hatte in der Entscheidung eine Variable des Modells geändert, mit dem die Auswirkungen auf Preise nach einem möglichen Zusammenschluss prognostiziert wurden (was nach Auffassung der Kommission für das Ergebnis nur einen sehr geringfügigen Effekt hatte). Statt einer kontinuierlichen wurde nun eine diskrete Variable zur Vorhersage der Preiseffekte verwendet. UPS und TNT konnten zu dieser Änderung keine Stellung nehmen, sodass aus Rechtsgründen die Entscheidung aufgehoben wurde.<sup>24</sup> Der Fall illustriert das Zusammenspiel von ökonomischer und juristischer Würdigung. Die ökonomische Analyse des Einzelfalls ist also selbstverständlicher Bestandteil der kartellrechtlichen Praxis, auch wenn sich dies aus den Normen nicht ohne weiteres ergibt.

Für das Kartellrecht bedeutet dies nicht nur die Herausforderung, ein fachfremdes Kriteriensystem unterrichten zu müssen, es wirft auch die Frage auf, in welchem Verhältnis Recht und Ökonomie stehen. Gerade der Europäische Gerichtshof, aber auch die deutsche Praxis beanspruchen letztlich eine normative Hoheit in der Entscheidung kartellrechtlicher Fragen. Eine Unterordnung des Rechts unter die Ökonomie wird verweigert. Für Studentinnen und Studenten ist damit auch zu begründen, was eigentlich der Regelungsanspruch des Rechts ist, wo seine normative Kraft beginnt, was Juristen entscheiden müssen und wie sie die Informationsgrundlagen ihrer Entscheidung bilden. In den meisten anderen juristischen Fächern ist es selbstverständlich, dass das Recht gilt und sich durchsetzt. Im Kartellrecht muss es interdisziplinär ausgefüllt werden und sich zugleich aus der Umklammerung durch die Ökonomie lösen.

Ich kann es nicht leisten, die ökonomischen Überlegungen im Unterricht abzubilden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die ökonomische Analyse des Rechts für deutsche Studierende – anders als in angelsächsischen Staaten – nicht selbstverständlich ist. Die methodisch doch eher traditionell dogmatisch aufgestellte deutsche Rechtswissenschaft hat eine Öffnung in diesem Bereich erfolgreich verhindert,

23 EuG T-194/13, 07.3.2017 (CURIA) – *UPS*.

24 EuG T-194/13, 07.3.2017, Rn. 198 ff. (CURIA) – *UPS*.

sodass selbst in kartellrechtlichen Lehrbüchern ökonomische Überlegungen nur am Rande eine Rolle spielen. Auch Lehrstühle oder Institute, die sich dezidiert der ökonomischen Analyse des Rechts widmen, sind noch selten. Diese Leerstelle ist im Kartellrecht eine klaffende Wunde, die im Unterricht vor unlösbare Probleme stellt.

## 5. Dynamik

Im Zeitalter der Digitalisierung der Wirtschaft prägt eine weitere Komponente den kartellrechtlichen Unterricht: neben die Ökonomisierung tritt die Notwendigkeit, neue Geschäftsmodelle zu verstehen, die vor allem technisch geprägt sind. Wer Fälle wie *Google Shopping* vernünftig lösen will, muss sich mit Algorithmen befassen, technische Lock-in-Effekte berücksichtigen und die Vernetzung immer weiterer Bereiche der Gesellschaft durchschauen. Ich habe insofern schon von einem *more technological approach* gesprochen, der für die Kartellrechtsanwendung erforderlich ist.<sup>25</sup>

Die Digitalisierung ist aber letztlich nur ein Beispiel: Kartellrecht beleuchtet aus Makroperspektive die Ordnung des Wettbewerbs. Der Wettbewerb ist der treibende Mechanismus der Marktwirtschaft, einem außerordentlich komplexen System, in dem alle Menschen partizipieren und das durch eine „unsichtbare Hand“ gesteuert wird. Die Aufgabe des Kartellrechts ist es, dass diese unsichtbare Hand ihr segensreiches Wirken fortsetzen kann. Kartellrecht muss immer den aktuellen Entwicklungen der Wirtschaft gewachsen sein. Da die Wirtschaft von enormer Dynamik geprägt ist, sich permanent erneuert, zahlreiche Beteiligte hat, unzählige Interessen aufeinander prallen und gleichzeitig eine rechtliche Durchdringung des gesamten Komplexes Wirtschaft nicht stattfinden kann, hat das Kartellrecht in jedem Einzelfall einen sehr umfangreichen Regelungsgegenstand, der überaus dynamisch ist. Wer sich vergegenwärtigt, dass der Fall *Google Shopping* die Europäische Kommission seit 2010 beschäftigt, sei daran erinnert, wie stark sich die Internetwelt allein seitdem verändert hat. Da wird der Regelungsgegenstand zum *moving target*.

## II. Komplexe und dauernd neue Sachverhalte

Die Sachverhalte in kartellrechtlichen Fällen sind meist sehr komplex, da es darum geht, einen wirtschaftlichen Gesamtzusammenhang zu schildern, der sich nicht auf das klassisch-zivilrechtliche Zwei-Personen-Verhältnis beschränkt, sondern die Allgemeinheit betrifft. Die Sachverhalte weisen also eher eine Nähe zu öffentlich-rechtlichen Sachverhalten auf. Aber auch bei diesen steht – zumindest in der Ausbildung – typischerweise ein relativ klar abgrenzbares Interesse einer Person (auf Genehmigung eines Baus, auf Unterlassung einer polizeilichen Maßnahme, auf Reduzierung eines Beitrags) im Spannungsfeld zu einem relativ klar definierten öffentlichen Interesse. Das Interesse am unverzerrten Wettbewerb hingegen ist ein öffent-

25 *Podszun*, in: WuW 2014, S. 249.

liches Interesse, das sich im Zusammenspiel Privater erst konstituiert. Eine Beurteilung, ob eine Vereinbarung den Wettbewerb beschränkt oder ein Zusammenschluss zu einer Minderung von Wettbewerb führt, ist erst möglich, wenn die Marktgegebenheiten erfasst sind und das Zusammenwirken vieler einzelner Angebots- und Nachfrageentscheidungen analysiert wird. Einen einfachen Kartellrechtsfall, der auf der Sachverhaltsebene in wenigen Strichen skizziert werden kann, gibt es schlicht nicht.

Dies bringt Herausforderungen für Lehre und Prüfung mit sich: Wie soll ein Fall wie *Google Shopping* Gegenstand einer Klausur sein? Ich kann selbst in einem solchen Fall, der auf einem Markt spielt, der Studierenden vertraut ist, den Sachverhalt kaum auf einer Seite schildern – ganz zu schweigen von anderen Leitentscheidungen, etwa der Zusammenschlussuntersagung *Deutsche Börse/London Stock Exchange* (192 Seiten Entscheidungstext) oder der Untersagungsentscheidung *Rundholzvermarktung* gegen das Land Baden-Württemberg (210 Seiten Beschluss-text).<sup>26</sup>

Bestenfalls wird durch eine Sachverhaltsschilderung ein erster Einblick vermittelt, worum es in einem Fall geht. Selbstverständlich sind alle juristischen Sachverhalte in Klausuren oder im Unterricht als Anschauungsmaterial verkürzt. Der Ausgleich der Interessen zahlreicher Parteien unter Würdigung der Makroperspektive Wirtschaft bleibt aber besonders komplex.

Kartellrecht ist ein Rechtsgebiet, das naturgemäß typischerweise die Handlungen großer Unternehmen oder jedenfalls starker Unternehmen betrifft. Wer sich zum Ziel setzt, praktisch relevante, wichtige, das Rechtsgebiet prägende Fälle abzubilden, muss sich mit den wirtschaftlichen Verhältnissen und Verhaltensweisen von Konzernen wie *Alphabet* oder den Autoherstellern auseinandersetzen. Diese Unternehmen sind typischerweise durch herausragende Anwälte vertreten; da es um hohe Bußgelder oder weitreichende Schadensersatzforderungen geht, wird das gesamte Arsenal tatsächlicher und rechtlicher Aspekte aufgefahren. Die Komplexität des Sachverhalts ist also auch Folge der wirtschaftlichen Bedeutung einzelner Fälle.

Da sich die Verhaltensweisen in der Wirtschaft permanent ändern, kommt hinzu, dass das Fallmaterial dauernd ausgetauscht werden muss. Die eingangs bemühte Analogie zum 1971 entschiedenen *Jungbullenfall* trägt insoweit nicht: Dozenten im Kartellrecht müssen permanent neue Fälle in ihre Vorlesung einbauen, da das Kartellrecht sich an aktuellen wirtschaftlichen Gegebenheiten und der aktuellen ökonomischen Lehre ausrichtet. Ein Fall wie der 1967 entschiedene BGH-Fall *Rinderbesamung II*<sup>27</sup> (um zeitlich und sachlich in der Nähe von Jungbullen zu bleiben) würde heute zumindest nicht mehr so entschieden. Ein Buch wie „Die 30 wichtigsten Fälle des Kartellrechts“ müsste zu großen Teilen dauernd aktualisiert werden.

26 KOM M.7995, 29.3.2017 – *Deutsche Börse/London Stock Exchange Group*; BKartA B1-72/12, 9.7.2015 (juris) – *Rundholzvermarktung*.

27 BGH KZR 5/66, 8.6.1967 (juris) – *Rinderbesamung II*.

### III. Funktionalität statt Dogmatik

So wie das Kartellrecht keine Kanonisierung von Fällen erreicht hat, fehlt ihm auch eine echte Dogmatik. Der kartellrechtliche Blick auf Sachverhalte folgt einem durch und durch funktionalem Ansatz. Der funktionale Ansatz bedeutet, dass sehr stark auf tatsächliche wirtschaftliche Verhältnisse, nicht jedoch auf rechtliche Muster oder Zuordnungen oder Prinzipien geachtet wird. Erforderlich ist dies, da das Kartellrecht als typisches Regelungsmittel unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, die ausfüllungsbedürftig sind.

Beispielhaft lässt sich der funktionale Ansatz am Begriff des Unternehmens illustrieren. Kartellrecht ist, wie andere Regelungsmaterien des Wirtschaftsrechts, nur anwendbar, wenn es um ein Unternehmen geht. Ein Unternehmen liegt nach kartellrechtlicher Auffassung vor, wenn eine selbstständige Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform oder der Art ihrer Finanzierung, Waren oder Dienstleistungen am Markt anbietet.<sup>28</sup> Die funktionale Betrachtungsweise bedeutet nun, dass diese Kriterien, die an sich schon wenig juristisch wirken, nur funktional betrachtet werden. Falls etwa bestimmt werden soll, ob ein Handelsvertreter, ein Verein oder eine Behörde, dem Kartellrecht unterfallen, wird allein auf das tatsächliche Verhalten am Markt abgestellt.

Der Konflikt zwischen juristischer Dogmatik und wirtschaftlich-funktionaler Betrachtung kulminierte im Gesetzgebungsverfahren zur 9. GWB-Novelle 2017. Der Gesetzgeber verfolgte das Ziel, die „Wurstlücke“ zu schließen, eine Lücke im Gesetz, die es Unternehmen ermöglichte, durch geschicktes Umstrukturieren des eigenen Unternehmens der kartellrechtlichen Bebußung den Rechtsträger zu entziehen. Dieses Verfahren hatte erstmals der Wurstfabrikant *Clemens Tönnies* angewendet, um einer Millionenstrafe wegen Kartellverstößes zu entgehen.<sup>29</sup>

Zur Schließung der „Wurstlücke“ formulierte der GWB-Gesetzgeber eine Haftungsnorm, die auf die wirtschaftliche Einheit, also einen Haftungsverband von Mutter- und Tochtergesellschaft im Konzern, abstellt. Die gesellschaftsrechtlichen Grenzen zwischen verschiedenen Einheiten im Konzern und die möglicherweise komplexe Zurechnung von Taten wurden dem Ziel der Bebußung gänzlich untergeordnet. Kritiker brandmarkten daher die Schließung der „Wurstlücke“ als Verstoß gegen Verfassungsrecht, wobei es wohl zutreffender wäre, hier einen Verstoß gegen grundlegende gesellschaftsrechtliche Prinzipien zu sehen.<sup>30</sup> Diese Einwände prallten kartellrechtlich ab – nicht zuletzt, weil damit nur für das deutsche Recht nachvollzogen wurde, was im europäischen Kartellrecht schon immer so gehandhabt wurde.

Eine echte Dogmatik, eine Bindung an bestimmte Prinzipien wird immer wieder funktionalen Überlegungen untergeordnet. Entscheidend ist, was an den Märkten

28 Statt aller EuGH C-41/90, 23.4.1991, Rn. 21 (CURIA) – *Höfner und Elser v. Macrotron*.

29 BKartA, Pressemitteilung vom 19.10.2016.

30 Vgl. *Podszun/Kreifels/Schmieder*, in: WuW 2017, 114 (115) m.w.N.

passiert und wie diese verfasst werden können. Das macht es schwierig, einen prinzipiengeleiteten Unterricht zu halten oder Grundsätze zu vermitteln.

#### IV. Mehrebenensystem

Das Kartellrecht ist durch ein Mehrebenensystem geprägt: Es gibt ein nationales Kartellrecht, das aus sich heraus selbstständig gilt, durchgesetzt wird vor Landgerichten und durch das Bundeskartellamt und das im GWB umfassend geregelt ist. Daneben tritt das europäische Kartellrecht, das eine eigene Verfahrensordnung auf europäischer Ebene kennt, das von der Europäischen Kommission und ebenso durch die Gerichte und Behörden in Deutschland durchgesetzt wird, Art. 3 VO 1/2003.

Im Kartellrecht hat die Europäische Kommission unmittelbare Eingriffsbefugnisse als Vollzugsbehörde gegen individuelle Unternehmen. Das europäische Regulationssystem ist nicht, wie sonst oft, eine Überformung des deutschen Rechts durch Richtlinien, sondern es besteht als eigenes, in der Praxis dominantes Regulationssystem neben dem deutschen Recht und ist mit diesem auf vielfältige Weise verzahnt. Es findet in der Regel parallel Anwendung. Inhaltlich kommt es weitgehend, aber nicht komplett zu einem Gleichlauf.

Studentinnen und Studenten müssen daher immer beide Rechtsregime lernen und das Verhältnis kennenlernen. Das europäische Kartellrecht ist noch weniger dogmatisch verfestigt als das deutsche Recht. Besonders stark ist hier auch eine Prägung durch europäisches *case law*. Das nimmt zuweilen beinahe die Dimensionen angelsächsischen Rechts an, wenn auch im europäischen Gewand.

Die starke Prägung durch das europäische Recht führt dazu, dass das deutsche Recht immer weiter dem europäischen Recht angenähert wird. Das ist ein für Studierende zwar kein selbstverständlicher, aber auch aus anderen Rechtsgebieten vertrauter Vorgang. Im Kartellrecht hat dies dazu geführt, dass auch die Terminologie sehr stark englischsprachig ist, gerade auch im ökonomischen Bereich (in dem ja auch in Deutschland das Englische durchgängig akzeptiert ist). Was für Kartellrechtler selbstverständlich ist, stellt sich im Unterricht gelegentlich als Hürde heraus. Wer länger Kartellrecht betreibt, spricht automatisch von „essential facility“, „leveraging“ oder dem „Chief Economist“. Das Vokabellernen setzt sich also über das juristische Vokabular hinaus ins ökonomische und englischsprachige fort.

#### V. Zivilrecht und öffentliches Recht

In der Lehre ist das Kartellrecht traditionell an zivilrechtlichen Lehrstühlen verortet. Es gibt nur wenige Lehrstühle in Deutschland, an denen es aus öffentlich-rechtlicher Perspektive betrieben wird. Das hat wohl historische Gründe: Die erste Generation von Professoren, die sich in Deutschland mit Kartellrecht befassten, kam aus dem Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht.<sup>31</sup>

31 Vgl. *Fikentscher*, in: WuW 1955, S. 205; *Mestmäcker*, in: WuW 2008, S. 6.

Dieser zivilrechtliche Zugriff hat sich bis heute fortgeerbt, obwohl – wenn man ehrlich ist – das Kartellrecht stärker öffentlich-rechtlich als zivilrechtlich geprägt ist. Es ist aber eine Materie an der Schnittstelle. Seine Zuordnung zum Zivilrecht verdankt sich auch der Tatsache, dass es in der Sachsubstanz immer darum geht, die Privatautonomie, die freie Entscheidung von Unternehmen, zu sichern. Hier besteht also von der Ausrichtung her eine sehr große Nähe zum Zivilrecht.

Die Instrumente werden jedoch in typisch öffentlich-rechtlicher Manier angewendet. Angewendet wird das Kartellrecht durch Verwaltungsbehörden und Verwaltungsakte, es gibt ein ausgefeiltes Verwaltungsverfahren. Die Zusammenschlusskontrolle, die in der Praxis einen Löwenanteil des Kartellrechts ausmacht, ist gänzlich öffentlich-rechtlich verfasst.

Daneben tritt seit einiger Zeit verstärkt die private Rechtsdurchsetzung von Kartellrecht, zuletzt gestärkt durch die auf eine Richtlinie<sup>32</sup> zurückgehende 9. GWB-Novelle. Das nationale Zivilrecht, hier v.a. das Sonderdeliktsrecht der §§ 33 ff. GWB, wird für den Bereich des Kartellrechts mit Hilfe des „effet utile“ umgestaltet. Hinzu treten im Bußgeldbereich Vorschriften und Grundsätze aus dem Ordnungswidrigkeitenrecht. Die dogmatisch scharfe Trennung zwischen Zivilrecht, öffentlichem Recht und Strafrecht ist in anderen Ländern längst nicht so ausgeprägt wie in Deutschland. Das international und interdisziplinär geprägte Kartellrecht stellt diese Differenzierung für das deutsche Recht massiv in Frage.

Für Studentinnen und Studenten stellt sich die Schwierigkeit, dass sie sich in der Wahl ihres Schwerpunktbereichs nicht einseitig auf ein zivilrechtliches, strafrechtliches oder öffentlich-rechtliches Thema festlegen können, das zudem eine hohe Nähe zum Examenspflichtstoff aufweisen würde.

In der Lehre bedeutet der hybride Charakter zudem, dass materielles Recht und Verwaltungsverfahren notwendig gemeinsam unterrichtet werden müssen.

Für die Lehre macht mir diese Thematik an zwei Punkten zu schaffen: Erstens stellt sich die Frage, wie ausführlich die private Rechtsdurchsetzung in der Vorlesung behandelt werden sollte. Sie wird immer wichtiger im Kartellrecht, die großen, entscheidenden Fälle sind aber in der Regel Fälle, die die Kartellbehörden entscheiden, zumal die Schadensersatzklagen dann häufig als „follow-on-Klagen“ verfolgt werden, bei denen eine Bindung der Gerichte an die Entscheidung der Behörde besteht (§ 33 b GWB).

Die zweite Herausforderung besteht beim Unterrichten der Fusionskontrolle. Fusionskontrolle ist die präventive Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen in einem geregelten Verwaltungsverfahren. Das Bundeskartellamt entscheidet jährlich etwa 1200 derartiger Fälle, die Europäische Kommission weitere 300 bis 400. In der ganzen Vorgehensweise weicht die Fusionskontrolle als dritte Säule des Kartellrechts stark vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und vom

32 Richtlinie 2014/104/EU (sog. Kartellschadensersatzrichtlinie).

Missbrauchsverbot ab. Die Behörden treffen komplexe Prognoseentscheidungen. Das ist in der Vorlesung schwierig abzubilden und verlangt ein Umdenken vom bis dahin Erlernten. Sollte ein Großteil des Unterrichts auf das sehr eigene Verfahrensrecht der Fusionskontrolle entfallen? Oder widme ich mich doch eher den substantiellen Wettbewerbserwägungen?

Hier gilt es schlicht, wie in jeder Lehrveranstaltung, eine Auswahl aus dem Stoff zu treffen. Das gehört dazu, einfach ist es aber nicht.

## D. Mittel im Unterricht

Die Möglichkeiten der juristischen Ausbildung sind bekanntlich begrenzt – schon zeitlich. Im Wesentlichen setze ich in der kartellrechtlichen Didaktik stärker als beim Unterrichten anderer Fächer auf drei Mittel.

### I. Aktuelle Fälle

Da das Fach derart getrieben ist von aktueller Fallpraxis, bemühe ich mich, diese in den Vorlesungen zu besprechen. Es bringt nichts, auf sogenannte Leitentscheidungen aus den 1990er Jahren zu rekurrieren. Diese sind sachverhaltlich in einer anderen Zeit verortet, die Wirtschaft hat sich seither extrem weiterentwickelt, ebenso dementsprechend die wettbewerbsökonomische und juristische Beurteilung. Das Fallmaterial tausche ich also regelmäßig aus. Aktuelle Entscheidungen oder Entwicklungen werden in den „Aktuellen 5 Minuten“ (die auch mal 15 werden können) zu Beginn der Stunde diskutiert. Damit versuche ich, auch die tagesaktuelle Beschäftigung mit dem Schwerpunktfach zu fördern, oder, anders gewendet, die Studierenden zur Lektüre des Wirtschaftsteils einer Qualitätszeitung zu ermuntern. Die „Blitzlichter“ beschränken sich dabei nicht auf kartellrechtliche Entwicklungen, sondern beziehen wirtschaftspolitische Themen ein, die für die Kartellrechtsanwendung den Hintergrund bilden.

Der Unterricht ist stark geprägt durch die Analyse von Fällen. Es gibt kaum Definitionen und Fallgruppen, die unterrichtet werden können. Das Fallmaterial dient also dazu, die schwer in Worte zu fassenden, wenigen Grundideen des Kartellrechts anschaulich einzuprägen. Die Diskussion der Fälle ist dabei häufig sehr offen, da die generalklauselartigen Tatbestände des Kartellrechts reichlich Spielraum lassen. Häufig ist die Fallanalyse auch für erfahrene Kartellrechtler ein Suchprozess. Mit dieser Verunsicherung (was gibt das Recht vor?) versuche ich bewusst im Unterricht zu spielen, indem ich immer wieder Auffassungen in Frage stelle und zur adversarialen Diskussion auffordere.

### II. Involvierung

Die Studierenden werden von mir veranlasst, sich aktiv im Unterricht einzubringen. Das vermittelt ihnen einerseits Spaß an der Materie, zum anderen ist es nur durch die engagierte eigene Mitarbeit überhaupt möglich, in der begrenzten Zeit

ein Verständnis zu erlangen, das über die im Kartellrecht rasch veraltenden Lehrbücher hinaus prägend ist. Ich entwickle für jeden Kurs daher ein Programm, das die Interaktion und die Aktivität der Studierenden außerhalb der Vorlesung fördert (etwas ironisch gebe ich diesen Programmen Titel wie „antitrust interactive“).

Selbstverständlicher Bestandteil ist es, dass die Studierenden einzelne Fälle erarbeiten, um sie im Rahmen des Kurses zu präsentieren (teilweise in Gruppenarbeit). Dazu gebe ich in der Regel bestimmte Analysefragen an die Hand, damit die entscheidenden Punkte herausgearbeitet werden können.

Weitere Elemente der Involvierung sind:

- Peer-teaching-Einheiten in Kleingruppen: ein studentischer Dozent unterrichtet vier Studierende zu einem speziellen Thema (z.B. Ausbeutungsmisbrauch); die Vorbereitung erfolgt mit meiner Hilfe oder der meiner Assistenten;
- Gemeinsame Erarbeitung von Folien: ein übergreifendes Thema wird durch Auswertung der Kommentarliteratur von Gruppen auf Folien gefasst, dabei erarbeitet jede Gruppe einen Teilabschnitt und erstellt dazu eine Power-Point-Folie, etwa zum Zusammenschlussbegriff in der deutschen Fusionskontrolle (Gruppe 1: Vermögenserwerb; Gruppe 2: Kontrollerwerb; Gruppe 3: Anteilserwerb; Gruppe 4: Erwerb sonstigen erheblichen Einflusses; Gruppe 5: Gründung von Gemeinschaftsunternehmen);
- Moderation der „Aktuellen 5 Minuten“ durch Studierende;
- Einreichen kleinerer schriftlicher Hausaufgaben, z.B. Fall-Skizze.

Die genannten Elemente sollen neben der Fachkompetenz auch die Vermittlung und andere Soft Skills trainieren.

Für die Identitätsstiftung im Schwerpunktbereich gibt es zudem gelegentliche, mehr oder weniger fachbezogene soziale Aktivitäten, etwa den gemeinsamen Besuch einer Verhandlung des Kartellsenats des OLG Düsseldorf, ein Gespräch mit Praktikern (Richter/Rechtsanwälte/Behördenvertreter) oder auch mal ein Grillfest. Das Grillfest hat zugegebenermaßen einen geringen kartellrechtlichen Mehrwert, es steigert aber die Identifikation der Studierenden mit ihrem Fach und den Austausch mit Dozenten, was in Jura meiner Erfahrung nach zu kurz kommt, gerade auch im Vergleich zu anderen Fächern.

Darüber hinaus gebe ich den Studierenden immer wieder Einblicke in meine aktuelle Forschung und diskutiere diese mit ihnen. Hier bieten unser Blog [www.d-kart.de](http://www.d-kart.de) und eine auf das studentische Zielpublikum ausgerichtete Facebook-Seite immer wieder Anknüpfungspunkte zu Diskussionen, die in den Seminarraum getragen werden. Ich ermutige Studierende auch dazu, eigene wissenschaftliche Arbeiten zu produzieren und unterstütze bei der Veröffentlichung (was allerdings dann typischerweise eher bei Seminaren als im Rahmen der Vorlesung funktioniert).

Involvierende Aktivitäten kosten häufig viel Zeit im Unterricht, was ein dauernder Spagat ist. Bislang habe ich daher keinen kursinternen „Moot Court“ veranstaltet

oder ökonomische Planspiele zur Steigerung des unternehmerischen Verständnisses durchgeführt. Das wären Aktivitäten, die ich als nächste Schritte einbeziehen würde.

### III. Grundlagendiskussionen

Den spannendsten Kartellrechtskurs, den ich je unterrichtet habe, hielt ich in Bukarest. Dort war ich eingesetzt als Dozent für europäisches Kartellrecht in einem Programm der EU-Kommission, die die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der dortigen Kartellbehörde nach dem Beitritt zur EU schulen wollte. Der erste Vormittag verlief desaströs. Es gab eine konsekutive Übersetzung aus meinem Englisch ins Rumänische, was die Kursdynamik hemmte. Vor mir saßen fünfzig gestandene Herrschaften, die sich auch bei Aufbietung all meiner Fähigkeiten keine Reaktion entlocken ließen. Ich stellte mir die ewigen Fragen des Dozenten: Ist es zu banal, was ich sage? Ist es zu schwierig? Verstehen die mich akustisch und sprachlich? Habe ich etwas Falsches gesagt?

Beim Mittagessen wandte ich mich verzweifelt an meine „Betreuerin“ aus der Bukarester Kartellbehörde, was das denn für Leute seien. Sie erklärte mir fröhlich, sie kenne auch niemanden. Das Auditorium setzte sich nämlich zusammen aus Vertretern der regionalen Kartellbehörden, derer es in Rumänien sehr viele gebe, weil man all die Mitarbeiter der staatlichen Preisregulierungs- und Planwirtschaftsbehörden habe unterbringen müssen... kurzum: vor mir saßen Menschen, die bis zum EU-Beitritt ihres Landes das Gegenteil von freiem Wettbewerb verantwortet hatten. Es war verfehlt gewesen, diese Personen mit Feinheiten des europäischen Kartellrechts zu behelligen. Nach der Pause eröffnete ich den Unterricht mit der Frage, ob es eigentlich besser ist, wenn der Preis für Brot vom Staat festgelegt wird, wenn er vom Bäcker festgelegt wird oder wenn er in Verhandlungen zwischen Bäcker und Kunde festgelegt wird. Mit dieser Frage entluden sich aufgestauter Ärger und Zweifel, es brachen sich Diskussionen über die Wirtschaftspolitik Bahn, und ich fühlte mich kurzzeitig erinnert an Erzählungen meines akademischen „Großvaters“ *Wolfgang Fikentscher* aus seiner Zeit als marktwirtschaftlich orientierter Professor in Tübingen 1968. *Fikentscher* nahm die marxistischen Auffassungen seiner Studentinnen und Studenten ernst, versuchte sie zu widerlegen und von der offenen, demokratischen Gesellschaft zu überzeugen.<sup>33</sup> Die Erfahrung in Bukarest lehrte mich, dass Kartellrecht ohne einen marktwirtschaftlichen Grundkompass kaum zu unterrichten ist.

Hinter all dem, was Kartellrecht ausmacht, steht letztlich die Frage, welche Wirtschaft wir wollen. In älteren kartellrechtlichen Lehrbüchern ist häufig das Bemühen zu bemerken, die Marktwirtschaft als das überlegene System gegenüber der Planwirtschaft zu verteidigen. Kartellrecht dient dabei der Absicherung, dass das

33 *Fikentscher* verfasste damals in Auseinandersetzung mit seinen marxistischen Studierenden die Schrift „Zur politischen Kritik an Marxismus und Neomarxismus als ideologischen Grundlagen der Studentenunruhen 1965/69“, Tübingen 1971.

marktwirtschaftliche System nicht in Freiheitsexzessen implodiert, ohne dass durch übermäßige Regulierung die Vorteile aus der freien Koordination der Einzelpläne verloren gingen. Mit dem Wegfall des Feindbilds der Planwirtschaft ist dem Kartellrecht der Gegner in gewisser Weise abhandengekommen, und es wird komplexer, innerhalb dieses Rechtsgebiet die Frage nach dem Ordnen der Wirtschaft zu beantworten.

So abstrakt und „esoterisch“ es klingen mag, so sehr versuche ich meine Studierenden für die grundlegende Frage zu interessieren, welche wirtschaftliche Ordnung der Welt sie herbeisehnen. Es gibt also regelmäßig auch Fenster im Kursprogramm zur Diskussion des Zustands der globalen Wirtschaft. Nur wer sich darüber Gedanken macht, so meine Überzeugung, kann auch die rechtlichen Regeln verstehen, mit denen wir die Wirtschaft ordnen – und diese ggf. hinterfragen.

Wenn ich solche Diskussionen anstoße, erlebe ich drei Überraschungen: Erstens ist das Vorwissen über wirtschaftliche Zusammenhänge erstaunlich gering. Zweitens wird die Marktwirtschaft samt ihrer Auswüchse überwiegend konformistisch akzeptiert. Das macht es mir zwar leichter als in Bukarest, Kartellrecht zu unterrichten. Es fehlt aber auch jeder kritische Impuls, der für das Überleben der Marktwirtschaft ebenso wichtig ist wie die grundlegende Bejahung ihrer Mechanismen. Drittens scheint mir trotz dieser Akzeptanz der Marktwirtschaft wiederum unternehmerisches Denken, also die individuell-profitmaximierende Nutzung dieses Systems, für Jura-Studentinnen und -Studenten eher fernliegend zu sein. „Entrepreneurial spirit“, unternehmerisches oder sog. ökonomisches Denken sind kaum vorhanden.

Vor diesem Hintergrund ist erklärlich, warum in diesem Abschnitt ein eigener Gliederungspunkt zu ökonomischen Erkenntnissen fehlt. Der Beitrag der Wettbewerbsökonomik bleibt im Unterricht unterbelichtet. Er kommt en passant vor, wobei mein Ziel ausschließlich ist, einige tragende Gedanken zu vermitteln, nicht aber Modelle vorzurechnen oder Formeln zu erläutern. Das ist nicht meine Stärke als Dozent, es fiele aber auch nicht auf besonders fruchtbaren Boden. Die Ökonomie kommt dauernd vor – aber kaum als eigener Bestandteil.

Die Kartellrechtsvorlesung dient nicht dazu, aus jungen Juristen Ökonomen zu machen, und sie dient auch nicht dazu, das sei zur Beruhigung nachgetragen, aus Freunden der Marktwirtschaft Revolutionäre zu machen.

Auf den Punkt gebracht versuche ich aber, mit der Vorlesung Kartellrecht den juristischen Nachwuchs anzureizen, darüber nachzudenken, was das Recht in materieller, prozeduraler und institutioneller Hinsicht leisten muss, um die Verteilung knapper Ressourcen in der Gesellschaft zu organisieren und zu verbessern. Wer sich diese Frage ernsthaft stellt, wird am Kartellrecht Freude haben und reüssieren.

Wenn ich die letzten Zeilen lese, scheint es mir allerdings doch sehr sinnvoll, Kartellrecht ab dem ersten Semester im Pflichtcurriculum zu unterrichten. Vier Semesterwochenstunden lang. Mindestens.

## Literaturverzeichnis

- Böge, Ulf*, Der „more economic approach“ und die deutsche Wettbewerbspolitik, in: WuW 2004, S. 726-733.
- Böhm, Franz*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, in: ORDO 17 (1966), S. 75-151.
- Borchardt, Knut/Fikentscher, Wolfgang*, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957.
- Bork, Robert*, The Antitrust Paradox, New York, Free Press, 1978 (2. Auflage 1993).
- Fikentscher, Wolfgang*, Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945-1954, in: WuW 1955, S. 205-229.
- Fikentscher, Wolfgang*, Die Freiheit und ihr Paradox, Gräfelting 1997.
- Fikentscher, Wolfgang*, Zur politischen Kritik an Marxismus und Neomarxismus als ideologischen Grundlagen der Studentenunruhen 1965/69“, Tübingen 1971.
- Hayek, Friedrich August*, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kiel 1968.
- Kerber, Wolfgang/Schwalbe, Ulrich*, in: Münchener Kommentar, EU-Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 2015.
- Klement, Jan Henrik*, Wettbewerbsfreiheit, Tübingen 2015.
- Knieps, Günter*, Wettbewerbsökonomie, 3. Auflage, Berlin 2008.
- Lademann, Rainer*, in: Bechtold, Stefan/Jickeli, Joachim/Rohe, Mathias (Hrsg.), FS Möschel, 2011, S. 381-394.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, 50 Jahre GWB: Die Erfolgsgeschichte eines unvollkommenen Gesetzes, in: WuW 2008, S. 6-22.
- Monti, Giorgio*, EC Competition Law, Cambridge 2007.
- Motta, Massimo*, Competition Policy, Cambridge 2004.
- Oberholzer-Gee, Felix/Yao, Dennis*, „Strategy Frameworks and Teaching Antitrust to Business Students.“ Antitrust (American Bar Association) 21, no. 1 (Fall 2006), S. 13-15.
- Orland, Leonard*, „Teaching Antitrust During Microsoft“, 31 Conn. L Rev. 1375 (Summer 1999).
- Podszun, Rupprecht*, Kartellrecht in der Internet-Wirtschaft: Zeit für den more technological approach, in: WuW 2014, S. 249-250.
- Podszun, Rupprecht/Kreifels, Stephan/Schmieder, Gregor*, Streitpunkte der 9. GWB-Novelle, in: WuW 2017, S. 114-120.
- Schmidt, Ingo/Haucap, Justus*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 10. Auflage, Berlin 2013.
- Schwalbe, Ulrich/Zimmer, Daniel*, Kartellrecht und Ökonomie, 2. Auflage, Frankfurt a.M. 2011.
- Stucke, Maurice*, „Teaching Antitrust After the Financial Crisis“, 8 Journal of Business & Technology Law 209 (2013), S. 209-212.