

B. Der more economic approach: Art. 102 AEUV und ökonomische Erkenntnisse

Im ersten Schritt auf dem Weg zur Beantwortung der Forschungsfrage wird die Rolle ökonomischer Erkenntnisse in der europäischen Rechtspraxis zu Art. 102 AEUV untersucht. Im Mittelpunkt steht der more economic approach, ein Reformprozess, mit dem sich die Europäische Kommission selbst eine stärkere ökonomische Ausrichtung als Ziel gesetzt hat. Es stellt sich die Frage, wie die Europäische Kommission im Zuge des more economic approach ökonomische Erkenntnisse umgesetzt hat. Anhand dessen wird bewertet, ob die Europäische Kommission damit die vor dem Reformprozess aufgeworfenen Probleme adressieren konnte und mit welchen neuen Problemen diese Umsetzung behaftet ist. Diese Frage betrifft sowohl die von ihr entwickelten Regeln in Form der Prioritätenmitteilung (dazu hier) als auch ihre Entscheidungspraxis (dazu C.). Nach einer kurzen historischen Einführung zur Missbrauchsaufsicht (hierzu I.), folgt die Darstellung des more economic approach in der Missbrauchsaufsicht (hierzu II.). Dem schließt sich eine Analyse dessen konzeptioneller Schwächen an (hierzu III.).

Die Darstellung der Prioritätenmitteilung und ihrer Entstehungsgeschichte dient einem doppelten Zweck. Zunächst kann schon anhand dieser bewertet werden, wie die Europäische Kommission ökonomische Erkenntnisse für Art 102 AEUV nutzbar gemacht hat. Die Inhalte des more economic approach bei Art. 102 AEUV und insbesondere der Prioritätenmitteilung dienen aber auch als Maßstab für die anschließende Entscheidungsanalyse (dazu C.). Im Rahmen der Entscheidungsanalyse wird untersucht, wie die Kommission den von ihr selbst entwickelten more economic approach umgesetzt hat. Dabei muss auf dessen Inhalte zurückgegriffen werden.

I. Missbrauchsaufsicht vor dem more economic approach

Die Missbrauchsaufsicht ist seit dem Abschluss der Römischen Verträge von 1957 im europäischen Primärrecht verankert. Ihre Entstehungsgeschichte und Entwicklung sind wesentlich für ein Verständnis des more

economic approach. Aus ihr ergeben sich die Defizite, die durch den more economic approach behoben werden sollten. Verdeutlicht wird dies anhand der Behandlung von Rabattsystemen.

1. Ursprung der europäischen Missbrauchsaufsicht

Art. 86 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) von 1957 enthielt die zu Art. 82 EGV und 102 AEUV wortgleiche Bestimmung zur Missbrauchsaufsicht. Wie es zu der konkret gewählten Formulierung kam, ist nicht eingehend erforscht.⁴⁰ Es werden verschiedene Einflüsse auf die Entstehung der Norm diskutiert. Die Regelung weist einen ähnlichen Wortlaut auf wie Art. 66 Abs. 7 des 1951 verfassten Vertrages von Paris zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS). Mangels vergleichbarer Regelungen in den europäischen Staaten diente diese Bestimmung als Vorbild.⁴¹ Allerdings kam Art. 66 Abs. 7 des EGKS-Vertrages nie zur Anwendung, sodass der Einfluss sich nicht über den Wortlaut hinaus auf die Anwendungspraxis erstrecken konnte.⁴² Die Diskussionen um den Spaak Report von 1956 legen nahe, dass Art. 86 EWG nur auf Ausbeutungsmissbräuche oder Diskriminierungen Anwendung finden sollte und Behinderungsmissbräuche nicht erfasst sein sollten.⁴³ Umstritten ist, wie stark die Einflüsse des ordoliberalen Denkens⁴⁴ oder des Sherman Acts waren.⁴⁵

In den Jahren nach den Römischen Verträgen wendete die Europäische Kommission Art. 86 EWG praktisch nicht an. Als Erklärung dafür dienen zum einen Schwierigkeiten bei der Definition des Missbrauchsbegriffes.⁴⁶ Zum anderen wird angeführt, dass die Kommission aus politischen Gründen zurückhaltend war. Der Prozess der europäischen wirtschaftlichen In-

40 O'Donoghue/Padilla, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 76; es finden sich jedoch Erkenntnisse dazu bei Akman, Oxford Journal of Legal Studies 2009, 267 ff.; Schweitzer in: European competition law annual, 2008, S. 119, 119 ff.

41 O'Donoghue/Padilla, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 80.

42 O'Donoghue/Padilla, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 84.

43 O'Donoghue/Padilla, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 81.

44 Hierzu Behrens, Wirtschaft und Wettbewerb 2018, 354 ff.; ders. in: Abusive practices in competition law, 2018, S. 5, 5 ff.

45 O'Donoghue/Padilla, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 77 ff., 81 ff.

46 O'Donoghue/Padilla, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 84.

tegration sei nur mit Hilfe nationaler Champions möglich gewesen, die ein Gegengewicht zu ausländischen Unternehmen darstellten.⁴⁷

2. Definition des Missbrauchsbegriffes: Hoffmann-La Roche

Erst 1966 veröffentlichte die Kommission mit dem „Memorandum on Concentration“ eine erste Stellungnahme zur Auslegung des Missbrauchsverbotes.⁴⁸ In der Folgezeit ergingen erste Entscheidungen der Europäischen Kommission und der Europäischen Gerichte, die den Missbrauchsbegriff erstmals konturieren konnten. In der Entscheidung Hoffmann-La Roche definierte der EuGH grundlegend den Missbrauchstatbestand.

„The concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.“⁴⁹

Ein beherrschendes Unternehmen verhält sich demnach missbräuchlich, wenn es Mittel einsetzt, die von denen des normalen Leistungswettbewerbs abweichen, und damit den Restwettbewerb einschränkt oder dessen Entwicklung behindert. Diese Definition findet sich auch in aktuelleren Entscheidungen der Europäischen Kommission und der europäischen Gerichte.⁵⁰ Zumindest für Behinderungsmisbräuche stellt diese Definition eine Konkretisierung der Generalklausel des Art. 102 AEUV dar. Für die Anwendung auf einzelne Verhaltensweisen stellen sich jedoch eine Reihe weiterer Fragen: Was ist normaler Leistungswettbewerb? Welchen Effekt muss das Verhalten nach sich ziehen? Welche Anforderungen sind an den Nachweis zu stellen?

47 *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 84.

48 *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 84.

49 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 91 – *Hoffmann-La Roche*.

50 Statt aller Europäische Kommission, 24.1.2018, Case AT.40220, Rz. 377 – *Qualcomm (Exclusivity payments)*; Europäische Kommission, 18.7.2018, Case AT.40099, Rz. 728 ff. – *Google Android*; EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz. 135 – *Intel*.

Der EuGH konkretisiert diese Definition zumindest im Hinblick auf die bedingten Treuerabatte, die Gegenstand der Entscheidung waren. Hoffmann-La Roche gewährte Abnehmern seiner Vitamine Rabatte auf die (halb)jährlichen Gesamtkäufe, wenn diese ihren Bedarf komplett oder größtenteils bei Hoffmann-La Roche bedienen. Derart gestaltete Treuerabatte stellen nach dem EuGH kein Mittel des normalen Leistungswettbewerbs dar, da sie im Gegensatz zu Mengenrabatten dazu dienen, dass die Abnehmer nicht die Produkte von Konkurrenten beziehen.⁵¹ Sie haben außerdem den Effekt, dass zwei Abnehmer für die gleiche Menge unterschiedliche Preise bezahlen, abhängig davon, ob sie damit ihren gesamten Bedarf bedienen.⁵² Diese Feststellungen trifft der EuGH in einer ähnlichen Kürze wie hier und ohne Bezug auf ökonomische Erkenntnisse. Der tatsächliche oder mögliche Effekt der Verhaltensweise auf den Wettbewerb wird nicht weiter untersucht. Stattdessen stellt sich nur die Frage, ob es sich auch tatsächlich um Treuerabatte und nicht um Mengenrabatte handelt.⁵³ Dieser Ansatz wird später als „form based approach“ beschrieben, da das Verhalten alleine deswegen als missbräuchlich angesehen wird, weil es einer bestimmten Fallgruppe angehört. Die tatsächlichen Auswirkungen spielen keine Rolle. Stattdessen geht der EuGH mit knapper Begründung davon aus, dass grundsätzlich alle Treuerabatte missbräuchlich sind.⁵⁴

3. Weitere Konkretisierungen

Die Folgezeit ist geprägt von Entscheidungen, die die Anforderungen für verschiedene Verhaltensweisen weiter konkretisieren.

In den Entscheidungen *Michelin I*⁵⁵, *II*⁵⁶ und *British Airways*⁵⁷ beschäftigte sich der EuGH ebenfalls mit Rabattsystemen. Eine klare Zuordnung zu den Kategorien der Treue- und Mengenrabatte, wie in *Hoffmann-La Roche* vorgenommen, war dabei nicht möglich. Nach dem EuGH ist des-

51 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 90 – *Hoffmann-La Roche*.

52 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 90 – *Hoffmann-La Roche*.

53 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 92 ff. – *Hoffmann-La Roche*.

54 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 89 ff. – *Hoffmann-La Roche*.

55 EuGH, 9.11.1983, Rs. 322/81, ECLI:EU:C:1983:313 – *Michelin I*.

56 EuGH, 30.7.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250 – *Michelin II*.

57 EuGH, 15.03.2007, Rs. C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166 – *British Airways/Kommission*.

wegen eine Würdigung der Gesamtumstände erforderlich, um zu bestimmen, ob es sich bei den Rabattsystemen um Treuerabatte handelt.⁵⁸

In der Entscheidung AKZO⁵⁹ entwickelte der EuGH die Maßstäbe für die Beurteilung von Kampfpreisen. Für die Missbräuchlichkeit von Preisen streitet dabei eine Vermutung, wenn diese unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen (average variable costs – AVC).⁶⁰ Auch Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (average total cost – ATC) liegen, können missbräuchlich sein, wenn sie Teil einer Strategie sind, um Wettbewerber zu verdrängen.⁶¹ In *British Sugar*⁶² übertrug der EuGH diese Rechtsprechung auch auf die Kosten-Preis-Schere, die später Gegenstand mehrerer Entscheidungen im Telekommunikationsbereich wurde.

Die Europäische Kommission etablierte außerdem eine Praxis zu Lieferverweigerungen. Der EuGH entwickelte hierzu in Bronner Kriterien, unter denen eine Lieferverweigerung als missbräuchlich anzusehen ist. In den Entscheidungen *Volvo*⁶³, *Magill*⁶⁴ und *IMS Health*⁶⁵ entwickelte der EuGH diese für Sachverhalte weiter, in denen Zugang zu Immaterialgüterrechten begehrt wird.

4. Anlass zur Reform

Die Anwendung des Missbrauchsverbots auf diese unterschiedlichen Sachverhalte offenbarte mehrere Probleme, die zur Reform im Zuge des more economic approach führten.

Es fehlte an einem einheitlichen Standard für die Beurteilung, welche Verhaltensweisen als missbräuchlich anzusehen sind. Die allgemeinen Definitionen waren zu abstrakt und nicht handhabbar. Die Konkretisierungen waren nur auf die jeweils entschiedenen Einzelfälle anwendbar. Allerdings gab es nur eine geringe Anzahl von Entscheidungen, aus denen sich kein

58 EuGH, 15.03.2007, Rs. C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166, Rz. 67 ff. – *British Airways/Kommission*.

59 EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286 – *AKZO*; dazu Anmerkung *Haucap*, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2021, 448, 448 ff.

60 EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz. 71 – *AKZO*.

61 EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz. 72 – *AKZO*.

62 EuGH, 29.4.2004, Rs. C-359/01 P, ECLI:EU:C:2004:255 – *British Sugar*.

63 EuGH, 5.10.1988, Rs. 238/87, ECLI:EU:C:1988:477 – *Volvo*.

64 EuGH, 6.4.1995, Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, ECLI:EU:C:1995:98 – *Magill*.

65 EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257 – *IMS Health*.

allgemeiner Rechtsrahmen ableiten ließ oder die genügend unterschiedliche Verhaltensweisen erfassten.⁶⁶

Dies ist umso problematischer, als theoretisch jede unter anderen Umständen legale Verhaltensweise missbräuchlich sein kann, wenn sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen unternommen wird. Die Grenzen des Missbrauchsverbots waren damit nicht klar umrissen und die betroffenen Unternehmen konnten ihr Verhalten nicht entsprechend anpassen.⁶⁷ Es fehlte an Rechtssicherheit. Das zeigt die Rechtsprechung des EuGH zu Rabattsystemen. Die Differenzierung zwischen Treue- und Mengenrabatten in *Hoffmann-La Roche* half den Unternehmen nicht weiter, die Rabattsysteme einzusetzen, die sich diesen Kategorien nicht zuordnen ließen. Die darauf folgenden Urteile verwiesen wiederum auf eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls.

Hinzu kam die Kritik, dass die bisherige Praxis nicht klar zwischen Wettbewerberschutz und Wettbewerbsschutz differenzierte und damit zu höheren Preisen bei den Verbrauchern führe.⁶⁸ Dies galt insbesondere auch für die Praxis zu den Rabattsystemen. Hier fehlte es an einer Erklärung, warum den Verbrauchern die niedrigeren Preise, die durch die Rabatte möglich wären, durch ein Verbot vorenthalten werden. Von diesem Verbot profitierten nach dieser Kritik vor allem die Wettbewerber, die nicht in den Preiswettbewerb treten müssen.

Zuletzt offenbarte sich ein grundlegender Unterschied zum Kartellverbot und der Fusionskontrolle. Diese standen bereits unter dem Einfluss des more economic approach und räumten damit ökonomischen Erkenntnissen Raum ein, während ähnliche oder gleiche Ansätze bei der Missbrauchsaufsicht ignoriert wurden.⁶⁹ Dies führte zu einem uneinheitlichen Umgang mit ähnlichen Phänomenen. Als Beispiel können auch hier die Rabattsysteme dienen. Im Rahmen von Art. 101 AEUV war bereits anerkannt, dass Exklusivitätsbindungen sogar wettbewerbsfördernde Effekte haben, die in die Würdigung einbezogen werden müssen.⁷⁰ Währenddessen galt für Art. 102 AEUV ein per-se Verbot von Treuerabatten.

Die Kommission nahm diese Kritikpunkte zur Kenntnis. Im Zuge des more economic approach, mit dem sie zuvor auch die anderen Säulen

66 *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 87 f.

67 *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 88.

68 Vgl. *Fox*, World Competition 2003, 149 ff.

69 *Vickers*, Abuse of market power, Speech to the 31st conference of the European Association for Research in Industrial Economics, 2004.

70 *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 90.

des Kartellrechts reformierte, wollte sie diese grundlegenden Probleme beheben.

II. Der more economic approach in der Missbrauchsaufsicht

Der more economic approach als Antwort auf die Probleme der Missbrauchsaufsicht erreichte diese, nachdem er schon zu Reformen bei Art 101 AEUV und der Fusionskontrollverordnung (FKVO) geführt hatte. Der Reformprozess war bei Art. 102 AEUV aber von größeren Schwierigkeiten geprägt. Die Kommission konnte keine Leitlinien entwickeln. Die Bemühungen mündeten lediglich in der sog. Prioritätenmitteilung.

1. Die Entwicklung des more economic approach

Der more economic approach bezeichnet eine Zielsetzung und Verwaltungspraxis, ausgehend von der Europäischen Kommission, die eine stärkere Berücksichtigung ökonomischer Erkenntnisse bei der Kartellrechtsanwendung anstößt.⁷¹ Die Europäische Kommission entwickelte diesen Ansatz sukzessive für alle Teilgebiete des Kartellrechts.

Der more economic approach schlägt sich in verschiedenen Veröffentlichungen der Europäischen Kommission und Rechtsakten nieder. Im Jahr 1997 veröffentlichte die Europäische Kommission das sog. „Grünbuch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen“.⁷² Das Format des Grünbuchs verwendet die Europäische Kommission, um eine Diskussion zu den darin enthaltenen Vorschlägen auszulösen und um diese – je nach Ergebnis – in verbindliche Rechtsakte zu überführen.⁷³ So auch in diesem Fall als 1999 und 2000 die Gruppenfreistellungsverordnung⁷⁴ und die Leitlinien zu

71 Albers in: Marktmacht und Missbrauch, 2007, 11.

72 Europäische Kommission, Grünbuch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1997.

73 Vgl. die Definition im Glossary of summaries: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green_paper.html.

74 Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen.

vertikalen Beschränkungen⁷⁵ in Kraft traten.⁷⁶ 2001 folgten Leitlinien⁷⁷ zur horizontalen Zusammenarbeit.⁷⁸

Im gleichen Jahr stellte die Europäische Kommission das Grünbuch zu einer neuen Fusionskontrollverordnung vor.⁷⁹ Das Grünbuch mündete in der neuen Fusionskontrollverordnung.⁸⁰ Diese zeichnete sich durch die Neugestaltung des Eingriffstatbestandes nach Art. 2 Abs. 3 FKVO (sog. SIEC-Test) aus.⁸¹ Ebenfalls im Jahr 2004 veröffentlichte sie Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse⁸², eine GVO⁸³ und Leitlinien für den Technologietransfer⁸⁴ sowie Leitlinien zu Effizienzvorteilen bei Art. 81 Abs. 3 EGV.⁸⁵ Der more economic approach brachte unter anderem mit der neuen Funktion des Chief Economist 2003 auch institutionelle Veränderungen mit sich.⁸⁶

Als letzte Säule des Kartellrechts sollte der more economic approach auch auf die Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV erstreckt werden. Am 24.6.2005 zirkulierte die Europäische Kommission nach Einholung eines

75 *Europäische Kommission*, Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, 2000/C 291/01.

76 Vgl. *Wish*, *Common Market Law Review* 2000, 887 ff.

77 *Europäische Kommission*, Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, 2001/C 3/02.

78 *Wirtz/Möller*, *WuW* 2006, 226; *Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*, 2012, S. 201 f.

79 *Europäische Kommission*, Grünbuch über die Revision der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, 2001.

80 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

81 *Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*, 2012, S. 202; *Budzinski*, *European Competition Journal* 2006, 119 ff.

82 *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2004/C 31/03.

83 Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen.

84 *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, 2004/C 101/02.

85 *Europäische Kommission*, Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG-Vertrag, 2004/C 101/08.

86 *Witt*, *The more economic approach to EU antitrust law*, 2016, S. 47 ff.; *Roeller/Stehmann*, *Review of Industrial Organization* 2006, 81, 284; *Röller* in: *Modelling European mergers*, 2005, 14 ff.

Gutachtens der „Economic Advisory Group on Competition Policy“⁸⁷ (EAGCP) an die Mitgliedstaaten ein nicht öffentliches Diskussionspapier, welches in seiner endgültigen Form am 19.12.2005 auf der Webseite der Kommission veröffentlicht wurde.⁸⁸ Das Diskussionspapier beinhaltete Vorschläge der Kommission zur Anwendung von Art. 82 EG auf „exclusionary abuses“ – also auf Behinderungsmisbräuche. Das Diskussionspapier war ein Entwurf für Leitlinien zur Anwendung von Art. 82 EG, wurde jedoch nie in solche überführt. Stattdessen veröffentlichte die Europäische Kommission 2009 die „Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen“ (Prioritätenmitteilung).⁸⁹

2. Das Gutachten der EAGCP

Ausgangspunkt für die Entwicklung des more economic approach bei Behinderungsmisbräuchen war das Gutachten der EAGCP.

Die Europäische Kommission beauftragte sieben Industrieökonom⁹⁰ mit der Ausarbeitung von Vorschlägen für eine Reform von Art. 102 AEUV, die einen economic approach umsetzen soll. Das Gutachten definiert die grundlegenden Inhalte des more economic approach bei Behinderungsmisbräuchen und ist deswegen auch von besonderer Bedeutung für die Entscheidungsanalyse, da die später veröffentlichte Prioritätenmitteilung diese Grundsätze nicht in gleichem Maße definiert. Gleichzeitig lässt der Abgleich mit der Prioritätenmitteilung Rückschlüsse darauf zu, wie die europäische Kommission bei der Umsetzung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse verfahren ist.

Das Gutachten wurde 2005 veröffentlicht und umfasst 53 Seiten.⁹¹ Es ist in drei Teile untergliedert. Zunächst behandelt es die Grundlagen eines more economic approach (1.), stellt dann Theorien der Marktverschließung

87 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. III ff.

88 Europäische Kommission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005; Wirtz/Möller, WuW 2006, 226, 226 f.

89 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02.

90 Jordi Gual, Martin Hellwig, Anne Perrot, Michele Polo, Patrick Rey (Koordinator), Klaus Schmidt, Rune Stenbacka.

91 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005.

vor (2.), um diese im letzten Schritt auf einzelne Verhaltensweisen zu übertragen (3.).

a. Grundlagen des more economic approach

Als Grundlagen eines more economic approach identifiziert die EAGCP die Einführung eines effects based approach, die Verbraucherwohlfahrt als Maßstab des Missbrauchsrechts sowie eine Anpassung der Verfahrensregeln.

aa. Effects based approach

Der Übergang von einem form based approach zu einem effects based approach soll die faktenbasierte Kartellrechtsanwendung gewährleisten. Der form based approach stelle allein auf die Art eines unternehmerischen Verhaltens ab, um dessen Missbräuchlichkeit zu beurteilen, so dass bspw. bedingte Treuerabatte stets als missbräuchlich anzusehen sind.⁹² Im Gegensatz dazu verlange der effects based approach, dass in jedem Einzelfall die konkreten Folgen des potenziell missbräuchlichen Verhaltens ermittelt werden. Die Auswirkungen sollen dabei anhand von Fakten, verlässlicher ökonomischer Erkenntnisse und Empirie nachgewiesen werden.⁹³ Sowohl ein „underenforcement“ wie auch ein „overenforcement“ könnten laut Gutachten damit vermieden werden, da das Kartellrecht nur in den Fällen eingreifen würde, in denen tatsächlich die Verbraucherwohlfahrt betroffen sei.⁹⁴

bb. Verbraucherwohlfahrt

Laut Gutachten sollte der Schutzgegenstand des Missbrauchsverbots die Verbraucherwohlfahrt sein. Der Verbraucherschaden als Maßstab für die Beurteilung stelle sicher, dass das Missbrauchsverbot nicht die Wettbewerber schützt. Der Zweck des Wettbewerbs sei es, gerade der Marktgegenseite

92 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 5.

93 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 3.

94 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 5 ff.

und den Verbrauchern positive Ergebnisse zu liefern.⁹⁵ Es obliege der Wettbewerbsbehörde, den Verbraucherschaden im Sinne eines effects based approach zu ermitteln.⁹⁶

Bei Ermittlung der Verbraucherwohlfahrt solle sich eine Wettbewerbsbehörde jedoch nicht auf kurzfristige Effekte beschränken. Sie solle auch zukünftige Entwicklungen berücksichtigen, auch wenn sie unsicher und schwerer zu bestimmen sind.⁹⁷ Genauso müssten ambivalente Effekte berücksichtigt und aufgewogen werden.⁹⁸

Die EAGCP geht noch weiter und fordert einen grundsätzlich „non-dirigiste“ Ansatz. Danach sollen Eingriffe nur zurückhaltend erfolgen. Der Wettbewerb an sich solle nicht – oder nur in wenigen Ausnahmefällen – reguliert werden. Eingriffe im Rahmen der Missbrauchsaufsicht sollten sich nur auf Marktverschließungseffekte beziehen, also auf Fälle, in denen der Zugang zum Wettbewerb unterbunden wird.⁹⁹

cc. Verfahren

Die dargestellten Grundsätze wirken sich auch auf das Verfahren zur Bestimmung der Missbräuchlichkeit aus.

Die Wettbewerbsbehörde solle in dem Verfahren den wettbewerblichen Schaden auf Grundlage einer konsistenten und überprüfbaren Darstellung identifizieren (sog. „story“). Diese Darstellung solle auf Fakten und einer ökonomischen Analyse basieren. Effizienzgewinne müssten ebenso berücksichtigt werden.¹⁰⁰ Es solle auf in der ökonomischen Forschung etablierte Modelle zurückgegriffen und nur in Ausnahmefällen eigene entwickelt werden.¹⁰¹

Der separaten Bestimmung der Marktbeherrschung solle weniger Bedeutung als zuvor zukommen. Die Marktbeherrschung sei automatisch dann gegeben, wenn einem Unternehmen die Verursachung eines wettbewerblichen Schadens nachgewiesen werden kann.¹⁰² Eine solche Verursachung setze voraus, dass das Unternehmen die Marktmacht hat, die anderen

95 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 7 f.

96 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 8 f.

97 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 9 f.

98 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 10.

99 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 11 f.

100 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 13.

101 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 13.

102 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 14.

Marktteilnehmer den eigenen Verhaltensweisen auszusetzen. Die Bestimmung der Marktmacht solle aber nicht gänzlich wegfallen, sondern wäre weiterhin Teil der Darstellung des wettbewerblichen Schadens.

Das Gutachten regt auch einen flexiblen Umgang mit der Darlegungs- und Beweislast an. Diese solle grundsätzlich die Wettbewerbsbehörde tragen. Es genüge allerdings, wenn diese zunächst zeigt, dass Umstände vorliegen, nach denen nach bisheriger ökonomischer Theorie eine missbräuchliche Verhaltensweise vorliegt. Das betroffene Unternehmen müsste dann eine Gegendarstellung entwickeln und die eigenen unternehmensbezogenen Daten vorlegen.¹⁰³

b. Theorien der Marktverschließung

Bei der Bestimmung des wettbewerblichen Schadens soll nach dem Gutachten das Kartellrecht den Fokus auf die Verhinderung einer Marktverschließung („exclusion“) legen. Mit Marktverschließung sind Effekte gemeint, die tatsächliche oder potentielle Wettbewerber vom Markt ausschließen.¹⁰⁴ Dabei differenziert das Gutachten nicht nur zwischen verschiedenen Verhaltensweisen, sondern auch danach, in welchem Verhältnis das Unternehmen zu dem Markt steht, auf dem sich dessen Verhaltensweise auswirkt. Dabei soll das Gutachten auf Grundlage des aktuellen Stands der ökonomischen Forschung die allgemeinen Voraussetzungen darstellen, die zu einer Marktverschließung in der jeweiligen Konstellation führen können.¹⁰⁵

aa. Gleicher Markt

Eine Marktverschließung auf dem gleichen Markt finde immer in zwei Zeitabschnitten statt. Zu Beginn stehe eine sog. „sacrifice-period“, in der das Unternehmen zu Lasten der Wettbewerber Verluste hinnimmt. Darauf folge eine „recoupment-period“, in der das Unternehmen die Verluste mindestens ausgleichen kann, da die Wettbewerber vom Markt verdrängt

103 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 15 f.

104 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 17.

105 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 17 f.

wurden. Das Gutachten nennt mit „Reputation“, „Signal Jamming“ und „Financial Predation“ beispielhaft drei mögliche Szenarien.¹⁰⁶

bb. Benachbarter Markt

Benachbarte Märkte seien horizontal verknüpfte Märkte, die sich dadurch auszeichnen, dass die Wettbewerbsbedingungen auf dem einen Markt von denen auf dem anderen abhängen und die Produkte direkt an Konsumenten veräußert werden. Die Verbindung zwischen diesen Märkten könne auf verschiedene Arten hergestellt werden wie bspw. Kopplung, Bündelung, Rabattsysteme und technische Abhängigkeiten.¹⁰⁷ Das Gutachten identifiziert in der ökonomischen Theorie drei Fallgruppen für missbräuchliche Verhaltensweisen auf benachbarten Märkten:

Zunächst könne sich ein Unternehmen darauf festlegen, zwei Produkte auf unabhängigen Märkten nur zusammen anzubieten. Dadurch lege sich das Unternehmen zugleich auf eine aggressive Preisstrategie fest, da es bei Wettbewerb in einem der Märkte Umsätze in beiden einbüße. Dies senke die Anreize für einen Markteintritt von Wettbewerbern, setze aber voraus, dass das Unternehmen sich glaubhaft auf eine dauerhafte Bündelung festlegt. Bei substituierbaren Produkten, deren gemeinsamer Absatz vorteilhaft ist, könne eine Bündelung diese Vorteile Wettbewerbern vorenthalten. Zuletzt könne mit einer Bündelung komplementärer Produkte der Markteintritt verhindert werden, wenn die Produkte auf Angebotsseite und aus Kostengründen verknüpft sind.¹⁰⁸

cc. Vertikal verknüpfter Markt

Bei vertikal verknüpften Märkten sei der Ausschluss von Wettbewerbern dadurch möglich, dass das marktbeherrschende Unternehmen den Zugang zu dem nachgelagerten Markt kontrolliert. Grundsätzlich bestehe dafür jedoch kein Anreiz, da das marktbeherrschende Unternehmen die Profite (bei exklusivem Zugang die Monopolrendite) des nachgelagerten Marktes durch die Kontrolle des Zugangs zu diesem allein abschöpfen könne. Es

106 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 20 f.

107 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 23.

108 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 25.

müsse also zur Gewinnmaximierung gar nicht selbst auf diesem tätig werden und dort den Wettbewerb beeinträchtigen. Dennoch können nach der ökonomischen Theorie Anreize zum Ausschluss von Wettbewerbern vom nachgelagerten Markt bestehen. Das sei dann der Fall, wenn durch Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt die Position des Unternehmens auf dem beherrschten übergeordneten Markt gefährdet werden kann. Ein Ausschluss von Wettbewerbern könne auch dann lohnend sein, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nicht den Monopolgewinn des nachgelagerten Marktes abschöpfen kann. Das sei dann der Fall, wenn die Unternehmen, die Zugang begehren, nicht bereit sind, diesen maximalen Zugangspreis zu entrichten, weil sie befürchten müssen, dass das marktbeherrschende Unternehmen ihnen keinen exklusiven Zugang zusichern kann. Dann sei es für das marktbeherrschende Unternehmen rentabler, auf dem nachgelagerten Markt selbst tätig zu werden und dort Monopolpreise zu verlangen.¹⁰⁹

Bei Intervention durch eine Wettbewerbsbehörde müsse in diesen Fällen besonders berücksichtigt werden, dass durch eine Zugangsverpflichtung die Anreize des beherrschenden Unternehmens zu Investitionen und zur Innovation reduziert werden können.¹¹⁰

c. Besonderheiten für einzelne Verhaltensweisen

Zuletzt behandelt das Gutachten die Frage, wie der zuvor dargestellte allgemeine Analyserahmen und die Theorien der Marktverschließung auf die relevantesten Verhaltensweisen angewendet werden können.

aa. Preisdiskriminierung

Preisdiskriminierung betrifft Sachverhalte, in denen für verschiedene Einheiten oder von verschiedenen Abnehmern unterschiedliche Preise verlangt werden. Nach dem Gutachten gehen von einer Preisdiskriminierung oftmals positive Wettbewerbseffekte aus, von denen die Konsumenten profitieren. Preisdiskriminierungen können aber als Mittel eingesetzt werden, um Marktverschließungseffekte zu erleichtern. In der Kartellrechtsanwen-

109 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 27 f.

110 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 28.

dung solle dementsprechend nicht die Diskriminierung im Mittelpunkt stehen, sondern deren Auswirkungen in Form der Marktverschließung.¹¹¹

bb. Rabatte

Rabatte finden sich in verschiedenen Ausgestaltungen. Sie sind als Mengenrabatte denkbar, die ab einer gewissen Absatzmenge für weitere Einheiten oder rückwirkend für die gesamte Absatzmenge gewährt werden können. Rabatte könnten auch im Rahmen einer Bündelung eingesetzt werden. Außerdem können Treuerabatte gewährt werden, wenn der Abnehmer sich verpflichtet, die gesamte oder einen Großteil seiner Nachfrage bei dem Unternehmen zu bedienen.¹¹²

Für die wettbewerbswidrigen Effekte verweist das Gutachten auf die verschiedenen Konstellationen der Marktverschließung.¹¹³ Bei Beurteilung der Effizienzgewinne aus Rabatten solle darauf abgestellt werden, dass sich die Produktionsmenge oder Gesamtleistung des Unternehmens erhöht hat. Das sei insbesondere dann der Fall, wenn hohe Fixkosten existieren, die durch Rabatte leichter amortisiert werden können.¹¹⁴ Rabatte können außerdem Teil eines intensiven Preiswettbewerbes sein, in den nicht eingegriffen werden sollte. Gleiches gelte in vertikalen Fällen, in denen die Rabatte dazu führen, dass die Abnehmer in intensiveren Wettbewerb zueinander treten.¹¹⁵ Auch seien Effizienzgewinne bei dem marktbeherrschenden Unternehmen selbst in Form von Skaleneffekten und der Senkung von Transaktionskosten möglich, wenn Abnehmer allein bei dem marktbeherrschenden Unternehmen nachfragen. Generell könne die Aussage getroffen werden, dass reine Mengenrabatte eher von Effizienzgewinnen getragen werden als Treuerabatte. Allerdings sei es kaum möglich, allein anhand deren Form ihre Wirkung zu beurteilen.¹¹⁶

111 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 30 ff.

112 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 34 f.

113 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 34.

114 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 36.

115 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 36.

116 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 35 ff.

cc. Kopplung und Bündelung

Eine Kopplung ist gegeben, wenn der Bezug eines Produktes (des koppelnden Produktes) von dem Bezug eines anderen Produktes (des gekoppelten Produktes) abhängig ist. Bündelung betrifft Fälle, in denen zwei Produkte zusammen verkauft werden.¹¹⁷ Laut Gutachten gibt es nur wenige Fälle, in denen hieraus wettbewerbswidrige Effekte erwachsen, weswegen ein per se Verbot nicht nötig sei.¹¹⁸

Wettbewerbswidrige Effekte können auf dem Markt des gekoppelten Produktes auftreten, wenn Abnehmer dieses Produkt nur beziehen, weil sie auch das koppelnde Produkt beziehen. Außerdem könne das beherrschende Unternehmen die Stellung auf dem beherrschten Markt absichern, wenn ein Markteintritt auf diesem für Wettbewerber leichter ist, die auch auf dem gekoppelten Markt tätig sind. Die Kopplung schließe dann Wettbewerber nicht nur vom gekoppelten Markt, sondern auch vom beherrschten Markt aus.¹¹⁹

Auch hier seien Effizienzsteigerungen bei der Beurteilung zu beachten. Wie bei Rabatten können hohe Fixkosten amortisiert und Transaktionskosten gesenkt werden. Bei einer technisch bedingten Verbindung zweier Produkte seien Effizienzen in Form von Kostenersparnis, Qualitätsverbesserungen und Informationsgewinnung möglich.¹²⁰

dd. Lieferverweigerungen

Lieferverweigerungen betreffen typischerweise vertikal integrierte Märkte. Das marktbeherrschende Unternehmen kontrolliert dabei den Input, der für einen Markteintritt auf dem nachgeordneten Markt notwendig ist. Dies ist, wie bei der Marktverschließung in vertikal verknüpften Märkten bereits beschrieben, unwahrscheinlich, wenn das beherrschende Unternehmen ohnehin die Gewinne auf dem nachgelagerten Markt abschöpfen kann.¹²¹

Effizienzgewinne seien dann denkbar, wenn das beherrschende Unternehmen den nachgelagerten Markt aufgrund von Reputationsschutz, tech-

117 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 38.

118 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 39.

119 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 39.

120 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 40.

121 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 43.

nologischen Besonderheiten oder free riding Problematiken kontrollieren muss.¹²²

Eine Lieferverweigerung könne – auch bei kurzfristig negativen Effekten – langfristig positive Effekte haben, wenn durch den Ausschluss von Wettbewerbern auf dem nachgelagerten Markt Investitionsanreize für das beherrschende Unternehmen gesetzt werden.¹²³

Bei IP-Rechten sei besondere Zurückhaltung geboten, da diese als Ausschließlichkeitsrechte hoheitlich eingeräumt wurden. Schon eine mögliche staatliche Intervention könne außerdem Lizenzverhandlungen maßgeblich beeinflussen.¹²⁴

ee. Ausschließlichkeitsbindungen

Ausschließlichkeitsbindungen betreffen alle Verhaltensweisen, die ein vertikal verknüpftes Unternehmen daran binden, nur mit dem marktbeherrschenden Unternehmen Geschäfte zu machen. Diese können Wettbewerber auf dem gleichen Markt ausschließen, wenn ein Großteil der Kunden Ausschließlichkeitsbindungen gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen eingehen. Allerdings würden die Abnehmer einer solchen Bindung nicht zustimmen, wenn sie das Produkt von einem gegebenenfalls effizienteren Wettbewerber beziehen könnten. Die Bindung müsse also auch für den Abnehmer einen Vorteil hervorbringen, der auch aus Effizienzen resultieren kann. Wettbewerbswidrige Effekte seien aber möglich, wenn die Ausschließlichkeitsbindung eine Externalität auf Wettbewerber abwälzt.¹²⁵

Effizienzen seien möglich, wenn die Bindung eingesetzt wird, um Investitionen in die eine spezielle Geschäftsbeziehung zu schützen und anzuregen. Die Bindung könne außerdem als Qualitätssicherung eingesetzt werden.¹²⁶

122 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 44.

123 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 44.

124 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 44.

125 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 47.

126 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 48.

ff. Kampfpreise

Bei der Behandlung von Kampfpreisen verweist das Gutachten auf die Ausführungen zur Marktverschließung auf dem gleichen Markt. Maßgeblich für deren Beurteilung sei, dass die Wettbewerbsbehörde einen niedrigen von einem zu niedrigen Preis abgrenzen kann und dafür alle Besonderheiten des jeweiligen Falles zugrunde legen muss.¹²⁷

3. Das Diskussionspapier der Generaldirektion Wettbewerb

Im Dezember 2005 veröffentlichte die Generaldirektion Wettbewerb ein „Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses“ (nachfolgend: Diskussionspapier).¹²⁸

Die Generaldirektion Wettbewerb formulierte das Diskussionspapier ähnlich wie Leitlinien. Es enthält neben Ausführungen zu der Frage, wie die marktbeherrschende Stellung zu bestimmen sei, vor allem Kriterien zur Bestimmung der missbräuchlichen Verhaltensweise an sich. Die Kommission greift dabei den Analyserahmen des Gutachtens der EAGCP auf und sieht die Marktverschließung und deren Nachweis als zentrale Voraussetzung des missbräuchlichen Verhaltens bei Behinderungsmisbräuchen an.¹²⁹ Dies gelte unabhängig von der jeweiligen konkreten Erscheinungsform des missbräuchlichen Verhaltens, auch wenn in einzelnen Fällen auf spezielle Instrumente zurückgegriffen werden könne, die ebenfalls im Diskussionspapier aufgeführt werden.¹³⁰ Außerdem müssten in jedem Fall tatsächliche oder sehr wahrscheinliche Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt nachgewiesen werden.¹³¹

Zuletzt solle den Unternehmen mit einer Effizienzeinrede die Möglichkeit gegeben werden, Effizienzvorteile als Rechtfertigung für das jeweilige

127 EAGCP, An economic approach to Article 82, 2005, S. 51.

128 Europäische Kommission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005.

129 Europäische Kommission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, Rn. 54.

130 Europäische Kommission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, Rn. 54 ff.

131 Europäische Kommission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, Rn. 56.

Verhalten anzuführen.¹³² Die Kommission identifiziert einige besonders relevante Arten des missbräuchlichen Verhaltens, für die jeweils ein spezieller Analysemaßstab vorgeschlagen wird. Diskutiert werden Kampfpreisstrategien, Markenbindung und Rabattsysteme, Bündelungsstrategien, Lieferverweigerungen und nachgelagerte Märkte. Es werden jeweils konkrete Vorschläge gemacht, wann in diesen Fällen eine marktverschließende Wirkung anzunehmen und das Verhalten demnach als missbräuchlich einzustufen sei. Dabei greift die Kommission immer wieder auf die oben genannten drei Merkmale der Verbraucherwohlfahrt, der Auswirkungsanalyse und der Effizienzeinrede zurück, die den Besonderheiten des jeweiligen Verhaltens angepasst werden.¹³³

Das Diskussionspapier sollte als Grundlage für spätere Leitlinien zur Anwendung von Art. 82 EG durch die Kommission dienen. Die Kommission holte Stellungnahmen dazu ein.¹³⁴ Der Inhalt sollte in einem späteren Stadium zumindest für die Kommission als Verwaltungsvorschrift verbindlich werden.¹³⁵ Zur Überführung in Leitlinien kam es jedoch nicht. Die Gründe hierfür sind nicht klar dokumentiert. Verwiesen wird teilweise auf Meinungsverschiedenheiten auch in der Generaldirektion Wettbewerb und innerhalb der Europäischen Kommission.¹³⁶ Auch die europäischen Gerichte zeigten in mehreren Entscheidungen nach Veröffentlichung des Diskussionspapiers, dass sie dessen Inhalt nicht in vollem Umfang mittragen würden.¹³⁷ Stattdessen veröffentlichte die Kommission am 24.2.2009 die Prioritätenmitteilung.¹³⁸

132 *Europäische Kommission*, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, S. 77 ff.

133 *Wirtz/Möller*, WuW 2006, 226 ff.

134 Bspw. *Bundeskartellamt*, Written Statement of the German Bundeskartellamt and the German Ministry of Economics and Technology on the DG Competition discussion paper on the Application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2006; *Competition Law Forum's Article 82 Review Group*, Comments on the DG-Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses, 2006.

135 *Europäische Kommission*, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, Rn. 1.

136 *Fuchs* in: *Immenga/Mestmäcker Band 1*: EU, 2019, Art. 102 AEUV Rn. 14.

137 EuGH, 15.03.2007, Rs. C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166 – *British Airways/Kommission*; EuG, 17.09.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 – *Microsoft/Kommission*; EuGH, 16.9.2008, Rs. C-468/06 bis C-478/06 (verbundene Verfahren), ECLI:EU:C:2008:504 – *Lélos/GlaxoSmithKline*; *Fuchs* in: *Immenga/Mestmäcker Band 1*: EU, 2019, Art. 102 AEUV Rn. 14.

Da das Diskussionspapier nie in Leitlinien umgesetzt wurde und dessen Inhalte deswegen nie eigenständige Bedeutung für die Rechtspraxis erhalten haben, ist eine vertiefte Darstellung nicht notwendig. Schwerpunkt der Darstellung ist die Prioritätenmitteilung, die die Europäische Kommission anstelle von Leitlinien veröffentlicht hat.

4. Die Prioritätenmitteilung der Kommission

Die Prioritätenmitteilung ist der letzte Schritt in der Entwicklung des more economic approach zu Art. 102 AEUV. Sie enthält die einzigen offiziellen und weiterhin gültigen Aussagen der Kommission zur Anwendung des more economic approach. Damit kommt ihr für die Fallpraxis und für die weitere Analyse eine zentrale Rolle zu.

Die Prioritätenmitteilung ist nach einer Einführung in einen allgemeinen Analyserahmen und Ausführungen zu spezifischen Formen des Missbrauchs aufgeteilt. Eine ausführliche Darstellung der enthaltenen Regelungen ist nötig, damit diese der folgenden Entscheidungsanalyse zugrunde gelegt werden können.

a. Zweck der Mitteilung

Die Prioritätenmitteilung erhebt nicht den Anspruch, eine Leitlinie zur Anwendung von Art. 82 EG zu sein. Vielmehr wird direkt zu Beginn klargestellt, dass die Mitteilung nur transparent machen solle, welche Fälle die Kommission prioritär verfolgen möchte.¹³⁹ Die Mitteilung solle gerade keine Aussage über die Rechtslage oder die Auslegung von Art. 82 EG treffen.¹⁴⁰ Die Mitteilung betreffe demnach das Aufgreifermessen der Kommission bei Behinderungsmisbräuchen.

138 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02.

139 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 2.

140 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Be-

b. Allgemeiner Analyserahmen

Die allgemeinen Ausführungen beginnen mit der Prüfung der Marktmacht, auf die im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen wird. Sodann folgen Anmerkungen zur Prüfung der Missbräuchlichkeit des Verhaltens. Dabei geht die Prioritätenmitteilung zunächst auf die wettbewerbswidrige Marktverschließung als allgemeines Kriterium ein. Außerdem stellt sie für preisbezogene Behinderungsmisbräuche den sog. „as efficient competitor test“ (nachfolgend AEC-Test) vor. Zuletzt werden die Voraussetzungen genannt, unter denen ein eigentlich missbräuchliches Verhalten gerechtfertigt sein kann.

aa. Wettbewerbswidrige Marktverschließung

Die Kommission definiert den Begriff der wettbewerbswidrigen Marktverschließung wie folgt:

„In dieser Mitteilung bezeichnet der Begriff wettbewerbswidrige Marktverschließung einen Sachverhalt, in dem das marktbeherrschende Unternehmen durch sein Verhalten vorhandenen oder potenziellen Wettbewerbern den Zugang zu Lieferquellen oder Märkten erschwert oder unmöglich macht und als Folge das marktbeherrschende Unternehmen aller Wahrscheinlichkeit nach in der Lage ist, die Preise zum Nachteil der Verbraucher gewinnbringend zu erhöhen.“¹⁴¹

Dabei werde ausdrücklich ein weites Verständnis von Preiserhöhungen zugrunde gelegt, welches auch die Veränderung anderer Wettbewerbsparameter wie bspw. Output, Innovation zu Gunsten des marktbeherrschenden Unternehmens und zu Lasten der Verbraucher umfasst.¹⁴²

hinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 3.

141 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 19.

142 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 11.

Bei der Prüfung der Marktverschließung legt die Kommission die folgenden Kriterien zugrunde: Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens, Bedingungen auf dem relevanten Markt, Stellung der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens, Stellung der Abnehmer bzw. Anbieter von Inputs, Ausmaß des mutmaßlichen missbräuchlichen Verhaltens, mögliche Beweise für eine tatsächliche Marktverschließung, unmittelbare Beweise einer Behinderungsstrategie. Bei der Beurteilung will die Kommission die Marktsituation mit einer geeigneten kontrafaktischen Fallkonstellation ohne die untersuchte Verhaltensweise vergleichen. Im Übrigen äußert sich die Kommission nur knapp, welche Beweise angeführt werden können. Sie bekräftigt, soweit möglich, neben qualitativen auch quantitative Beweismittel anzuführen. Zum Beweis einer tatsächlichen Marktverschließung möchte sie die Entwicklung der Marktanteile und zum Beweis einer Behinderungsstrategie interne Unterlagen oder Äußerungen des marktbeherrschenden Unternehmens vorlegen.¹⁴³

Trotz dieser Anforderungen stellt die Kommission klar, dass sie in manchen Fällen auch ohne eingehende Untersuchung zu dem Schluss kommen kann, dass das Verhalten wahrscheinlich den Verbrauchern schaden wird. Dies ist dann der Fall, wenn das Verhalten im Grunde nur den Wettbewerb schädigen kann und keine Effizienzvorteile denkbar sind.¹⁴⁴

bb. Preisbezogene Behinderungsmissbräuche

Bei preisbezogenen Behinderungsmissbräuchen will die Kommission den AEC-Test anwenden, um einen intensiven Preiswettbewerb, der Verbrauchern zugutekommt, von missbräuchlichen Verhaltensweisen abzugrenzen. Dieser soll ermitteln, ob das preisbezogene Verhalten dazu geführt hat, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber an der Teilnahme am Wettbewerb ge-

143 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 20.

144 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 22.

hindert wurde.¹⁴⁵ Wenn das nicht der Fall ist, sei von nachteiligen Auswirkungen auf die Verbraucher nicht auszugehen und die Kommission werde voraussichtlich nicht tätig. Wenn der Test zu dem Ergebnis kommt, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber dem Verhalten nicht hätte standhalten können, dann solle dies als ein Kriterium in die Beurteilung einfließen, ob es sich um eine wettbewerbswidrige Marktverschließung handelt.¹⁴⁶

Mit dem AEC-Test werde ermittelt, ob das Unternehmen kostendeckende Preise verlangt. Dafür seien Daten zu Kosten und Verkaufspreisen des Unternehmens oder zumindest vergleichbare Daten notwendig.¹⁴⁷ Für die Kommission sind die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten (average avoidable costs, nachfolgend: AAC) und die langfristigen durchschnittlichen Grenzkosten (long-run average incremental cost, nachfolgend: LRAIC) maßgeblich. Bei Preisen unter den AAC könne ein ebenso effizienter Wettbewerber selbst nur unter Verlusten im Markt tätig sein. Die LRAIC fallen im Regelfall höher als die AAC aus, da sie auch produktspezifische Fixkosten berücksichtigen, die vor dem untersuchten Verhalten angefallen sind. Wenn also der Preis unter diesen liegt, sei dies ein Anzeichen dafür, dass das Unternehmen nicht alle Fixkosten decke und ebenso effiziente Wettbewerber vom Markt ausgeschlossen werden können.¹⁴⁸

cc. Rechtfertigung

Zuletzt führt die Kommission aus, dass gegen den Vorwurf einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung eingewendet werden kann, dass das

145 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 23 ff.

146 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 27.

147 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 25.

148 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 26.

Verhalten objektiv notwendig war und/oder Effizienzvorteile mit sich brachte, die den Verbraucherschaden aufwiegen können.¹⁴⁹ Die Kommission möchte das Vorliegen von Effizienzvorteilen anhand von vier Merkmalen prüfen, die sich an die Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 anlehnen und kumulativ erfüllt sein müssen:¹⁵⁰

- Die Effizienzvorteile müssen Folge des Verhaltens sein.
- Es darf keine weniger wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen geben, die dieselben Effizienzvorteile erreichen können.
- Die Effizienzvorteile müssen die negativen Auswirkungen des Verhaltens auf Wettbewerb und Verbraucher aufwiegen.
- Das Verhalten darf den wirksamen Wettbewerb nicht ausschließen.

c. Spezielle Formen der Marktverschließung

Nach dem allgemeinen Analyserahmen äußert sich die Kommission zu ihrem Vorgehen bei speziellen Erscheinungsformen des Missbrauchs und geht dabei auf Ausschließlichkeitsbindungen (Alleinbezug/bedingte Rabatte), Kopplung und Bündelung, Kampfpreise sowie auf Lieferverweigerung und die Kosten-Preis-Schere ein.

aa. Alleinbezugsbindungen und bedingte Rabatte

Bei Alleinbezugsbindungen ist für die Kommission bei Bestimmung des Verbraucherschadens maßgeblich, ob ohne die Bindung von aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern erheblicher Wettbewerbsdruck ausgehen könnte. Das sei insbesondere dann der Fall, wenn die gebundenen Abnehmer ihren gesamten Bedarf nicht bei Wettbewerbern des marktbeherrschenden Unternehmens decken – beispielsweise wegen fehlender Kapazitäten, sog. „Must Stock Items“ oder weil die Wettbewerber noch nicht in

149 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 28.

150 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 30.

den Markt eingetreten sind. Unabhängig davon können auch lange Alleinbezugsbindungen marktverschließende Wirkungen haben, wobei die Dauer in negativer Relation zur Marktstärke des Unternehmens stehe.¹⁵¹

Bedingte Rabatte werden in ihren Wirkungen mit Alleinbezugsbindungen gleichgesetzt und in zwei Untergruppen aufgeteilt. „Rückwirkende Rabatte“ betreffen die gesamte Bezugsmenge, während „stufenweise Rabatte“ erst für den Absatz ab einer gewissen Menge gewährt werden.¹⁵² Die Kommission sieht das grundsätzliche Problem, dass Abnehmer ihren Bedarf bis zu einer bestimmten Menge auf jeden Fall bei dem marktbeherrschenden Unternehmen decken müssen, da dessen Wettbewerber nicht die gesamte Nachfrage abdecken können. Bedingte Rabatte könnten nun dazu führen, dass diese gesicherte Abnahmemenge als Hebel eingesetzt wird, um sich auch den Rest der Nachfrage zu sichern. Bei rückwirkenden Rabatten sieht die Kommission eine generelle Gefahr und eine höhere Wahrscheinlichkeit einer Marktverschließung, je höher der Preisnachlass ausfällt und je höher die Rabattschwelle gesetzt ist.¹⁵³ Im Rahmen der Gesamtwürdigung möchte die Kommission vor allem auch den angesprochenen AEC-Test anwenden.¹⁵⁴

151 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 36.

152 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 37.

153 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 39 ff.

154 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 45.

bb. Kopplung und Bündelung

Solange es sich bei Kopplung und Bündelung tatsächlich um separate Produkte handelt, befürchtet die Kommission eine Marktverschließung sowohl auf dem Kopplungs- als auch auf dem gekoppelten Markt.¹⁵⁵

Bei der Prüfung sollen die Dauer und der Umfang der Kopplung/Bündelung einbezogen werden. Eine Kopplung könne insbesondere für Abnehmer zu höheren Preisen führen, die nur das gekoppelte Produkt kaufen wollen, aber für dieses weniger Anbieter finden. Problematisch sei es auch, wenn das marktbeherrschende Unternehmen zwei substituierbare Produkte koppelt und damit der Substitution bei Preiserhöhungen vorbeugt.¹⁵⁶

Wenn die Bündelung über Rabatte erzielt werden soll, will die Kommission zur Ermittlung der Wirkung wiederum eine Art des AEC-Tests anwenden.¹⁵⁷

cc. Kampfpreise

Kampfpreise sind nach Meinung der Kommission dann problematisch, wenn das marktbeherrschende Unternehmen kurzfristige Verluste hinnimmt, um dadurch Wettbewerber vom Markt auszuschließen.

Diese sog. vermeidbaren Verluste will die Kommission anhand eines Abgleichs mit den AAC oder eines kurzfristig niedrigen Nettobetrages ermitteln oder aber auf konkrete Beweise für die Kampfpreisstrategie abstellen.¹⁵⁸

155 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 47 ff.

156 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 52 ff.

157 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 59 ff.

158 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 64 ff.

Außerdem will die Kommission den schon beschriebenen AEC-Test anwenden, um eine Marktverschließung nachzuweisen. Zusätzlich solle einfließen, ob das marktbeherrschende Unternehmen einen Informationsvorsprung ausnutzt oder die Erwartungshaltung hinsichtlich der Gewinne der Konkurrenten verzerren kann, um dadurch (mehrfach) Markteintritte zu verhindern oder die Finanzierung der Wettbewerber durch Fremdkapital zu unterbinden.¹⁵⁹

Ein tatsächlich erfolgter Marktaustritt sei indes nicht nötig, um die Marktverschließung nachzuweisen, da es für den Marktbeherrscher vorteilhaft sein kann, dass die Aktiva eines ausgeschiedenen Unternehmens nicht von einem anderen/neuen Konkurrenten aufgekauft werden können. Oftmals würde es ihm deswegen eher auf eine Disziplinierungswirkung der Kampfpreise ankommen.¹⁶⁰

Beim Nachweis des Verbraucherschadens verlangt die Kommission keine Preiserhöhung auf ein höheres Niveau als vor den Kampfpreisen. Vielmehr solle jeder Marktmachtzuwachs und auch ausbleibende oder verzögerte Preissenkungen genügen, was durch Betrachtung verschiedener Faktoren (bspw. Marktzutrittsschranken) ermittelt werden soll.¹⁶¹

dd. Lieferverweigerung und Kosten-Preis-Schere

Lieferverweigerungen behandelt die Kommission in der Prioritätenmitteilung nur, wenn das marktbeherrschende Unternehmen auf dem belieferten (nachgelagerten) Markt selbst auftritt und der verweigerte Input dort zur Produktion einer Ware benötigt wird.¹⁶² Hierfür würde auch ein potentiell-

159 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 67 ff.

160 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 69.

161 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 71.

162 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Be-

ler Markt für den Input genügen. Konstruktive Verweigerungen in Form einer Lieferverzögerung oder anderer Beeinträchtigungen fallen ebenfalls unter diese Fallgruppe. Die Kosten-Preis-Schere bezeichne ähnliche Sachverhalte, in denen das marktbeherrschende Unternehmen die Lieferung zwar nicht verweigert, aber die Kosten für den Input auf dem vorgelagerten Markt und die Preise für die Ware auf dem nachgelagerten Markt in ein solches Verhältnis setzt, dass selbst ein AEC nicht langfristig rentabel bleiben könne. Hier will die Kommission wiederum den AEC-Test anhand von LRAIC anwenden.¹⁶³

In beiden Konstellationen möchte die Kommission nur dann tätig werden, wenn alle folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:¹⁶⁴

- Die Maßnahme bezieht sich auf ein Produkt, das objektiv notwendig ist, um auf dem nachgelagerten Markt Erfolg zu haben.
- Die Maßnahme schließt auf dem nachgelagerten Markt den Wettbewerb aus.
- Es kommt wahrscheinlich zu einem Verbraucherschaden.

Unabhängig von diesen Voraussetzungen könne eine Marktverschließung auch dann eintreten, wenn das marktbeherrschende Unternehmen aus anderen Gründen zur Lieferung verpflichtet ist.¹⁶⁵

Bei einer möglichen Effizienzeinrede will die Kommission insbesondere berücksichtigen, dass dem marktbeherrschenden Unternehmen ohne Lieferverweigerung genügend Investitions- und Innovationsanreize verbleiben.¹⁶⁶

hinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 76.

163 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 80.

164 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 81.

165 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 82.

166 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Be-

d. Bindungswirkung der Prioritätenmitteilung

Es stellt sich die Frage, welche Bedeutung die Prioritätenmitteilung für die Anwendung von Art. 102 AEUV hat. In Struktur und Inhalt folgt die Prioritätenmitteilung dem Diskussionspapier, gibt aber gleichzeitig dessen Zielrichtung als Auslegung von Art. 102 AEUV ausdrücklich auf. Ergebnis ist ein Dokument, welches nicht die Auslegung von Art. 102 AEUV betrifft, sondern allein das Ermessen der Kommission konturieren soll, sich aber zu den wesentlichen Punkten einer materiellen Prüfung von Art. 102 AEUV äußert. Es bleibt deswegen unklar, ob und in welchem Umfang die Kommission durch die Prioritätenmitteilung an deren Inhalt gebunden ist.

Der EuGH hat entschieden, dass sich auf europäischer Ebene eine Behörde durch die Adoption von „soft law“ einer Selbstbindung unterwerfen kann:

„The Court has already held [...] that although those measures may not be regarded as rules of law which the administration is always bound to observe, they nevertheless form rules of practice from which the administration may not depart in an individual case without giving reasons that are compatible with the principle of equal treatment. [...]

That case-law applies a fortiori to rules of conduct designed to produce external effects, as is the case of the Guidelines, which are aimed at traders.

In adopting such rules of conduct and announcing by publishing them that they will henceforth apply to the cases to which they relate, the institution in question imposes a limit on the exercise of its discretion and cannot depart from those rules under pain of being found, where appropriate, to be in breach of the general principles of law, such as equal treatment or the protection of legitimate expectations. [...].“¹⁶⁷

Der EuGH führt aus, dass auch Leitlinien, die keine Gesetze sind, eine Bindungswirkung entfalten und begründet dies mit dem Gleichheitssatz und dem Vertrauensschutz. Die im Kartellrecht relevanten veröffentlichten Leitlinien sind also keine Außenrechtsnormen, aber die Kommission kann von

hinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 89.

167 EuGH, 28.06.2005, Rs. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P (verbundene Verfahren), ECLI:EU:C:2005:408, Rz. 209–211 – *Dansk Rørindustri*.

der darin angekündigten Verwaltungspraxis nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Vertrauensschutzes und der Gleichbehandlung nicht ohne Weiteres abweichen.¹⁶⁸ Für die europäischen Gerichte, aber auch für die nationalen Gerichte und Kartellbehörden, sind diese nicht verbindlich.¹⁶⁹

Voraussetzungen für die beschriebene Selbstbindung sind die Verabschiedung der Regeln und die Veröffentlichung verbunden mit dem Hinweis, diese anzuwenden. Anforderungen an deren Inhalt werden nicht ausdrücklich gestellt. Die Prioritätenmitteilung erfüllt diese Voraussetzungen. Die Kommission hat die Prioritätenmitteilung verabschiedet und im Amtsblatt der EU veröffentlicht. Sie findet sich aktuell auf der Webseite der Kommission unter „Antitrust and Cartels Legislation“ und „Antitrust Legislation Notices“ und zuvor unter dem Punkt „Legislation in force“.¹⁷⁰ Daraus geht hervor, dass die Kommission die Prioritätenmitteilung (weiterhin) als verbindlich ansieht. Angesichts dieser sehr formalen Kriterien ist die Schwelle sehr niedrig, um eine Selbstbindung zu bejahen. Deswegen muss in einem zweiten Schritt ein größeres Augenmerk auf die Frage gelegt werden, hinsichtlich welchen Inhaltes diese Selbstbindung gilt. Für die Prioritätenmitteilung sind hier zwei Ansätze denkbar. Die Prioritätenmitteilung könnte allein eine Bindung der Kommission bei Ausübung des Aufgreifermessens bewirken. Darüber hinaus ist es auch denkbar, dass die Prioritätenmitteilung die Kommission auch bei Auslegung der materiellen Voraussetzungen von Art. 102 AEUV bindet.

Ausgangspunkt für diese Überlegungen ist der Wortlaut der Mitteilung. Danach ist sie für die Auslegung von Art. 102 AEUV nicht verbindlich und betrifft allein das Aufgreifermessen der Kommission.¹⁷¹ Zwar ist die Bezeichnung durch die Behörde nicht entscheidend für die Einordnung der

168 EuGH, 28.06.2005, Rs. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P (verbundene Verfahren), ECLI:EU:C:2005:408, Rz. 211 – *Dansk Rørindustri*.

169 *Petit*, Rebates and Article 102 TFEU: The European Commission's Duty to Apply the Guidance Paper, 2015, S. 9; *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker Band 1: EU, 2019, Art. 102 AEUV Rn. 17; *Ellger/Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker Band 2: GWB, 2020, GWB § 2 Freigestellte Vereinbarungen Rn. 38.

170 Aktuell: https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/legislation_de; *Petit*, Rebates and Article 102 TFEU: The European Commission's Duty to Apply the Guidance Paper, 2015, S. 9.

171 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 2 ff.

Mitteilung¹⁷², dennoch ist diese ein starkes Indiz. Hinzu kommt die Entstehungsgeschichte, die zeigt, dass gerade davon abgerückt wurde, das Diskussionspapier in Leitlinien zu überführen.

Demgegenüber steht der Inhalt der Mitteilung, welcher gerade die Voraussetzungen des Art. 102 AEUV betrifft und diese auslegt. Die Bezeichnung kann nicht allein die Rechtsfolgen bestimmen. Der Inhalt hat Vorrang vor einer fehlerhaften Bezeichnung, ansonsten kann eine Behörde durch die geschickte Wahl der Bezeichnung eine Bindung verhindern.¹⁷³

Allerdings steht der Inhalt der Prioritätenmitteilung nicht zwangsläufig im Widerspruch dazu, dass sie allein das Aufgreifermessen der Kommission begrenzen soll. Der Inhalt der Mitteilung betrifft zwar die Auslegung von Art. 102 AEUV, es ist aber theoretisch denkbar, dass die Kommission bei Ausübung ihres Aufgreifermessens eine vorgeschaltete Prüfung von Art. 102 AEUV nach ihren eigenen Kriterien durchführt. Nur wenn diese Prüfung positiv ausfällt, greift sie den Fall auf und entscheidet ihn dann nach anderen bspw. von den Gerichten entwickelten Kriterien.

Eine solche Interpretation erscheint aber widersinnig. Danach würde die Kommission sich zu ökonomischen Tests bei den einzelnen Missbrauchsformen im Detail äußern, nur um ihr Aufgreifermessen zu konturieren. Im Ergebnis könnte dies dazu führen, dass die Kommission strengere und komplexere Tests im Rahmen des Aufgreifermessens durchführt als bei der eigentlichen rechtlichen Würdigung des Falles. Der Inhalt spricht deswegen dafür, dass es sich trotz der Bezeichnung um eine Art Leitlinie zur Anwendung von Art. 102 AEUV handelt.

Gegen eine Bindung bei der Auslegung und Anwendung der Voraussetzungen von Art. 102 AEUV wird teilweise angeführt, dass der Kommission bei der Auslegung kein Ermessensspielraum zukommt, den sie über die Prioritätenmitteilung begrenzen könnte. Verbindlich ist allein die Auslegung durch die europäischen Gerichte, von der die Kommission nicht abweichen darf.¹⁷⁴ Dem ist zu entgegnen, dass der EuGH in Bezug auf die Deminimis-Bekanntmachung bereits die Bindungswirkung bejaht hat, auch

172 *Petit*, Rebates and Article 102 TFEU: The European Commission's Duty to Apply the Guidance Paper, 2015, S. 8 f.

173 EuGH, 13.12.1989, Rs. C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646, Rz. 14 – *Salvatore Grimaldi v Fonds des maladies professionnelles*; EuGH, 29.1.1985, Rs. C-147/83, ECLI:EU:C:1985:26, Rz. 11 – *Binderer v Commission*; *Petit*, Rebates and Article 102 TFEU: The European Commission's Duty to Apply the Guidance Paper, 2015, S. 8 f.

174 *Lamadrid*, Is the Guidance Paper on Article 102 binding on the European Commission?, 2018.

wenn es hier ebenfalls um die Auslegung eines Merkmals ging, das nicht dem Ermessen der Kommission unterfällt.¹⁷⁵

Dieser Streit lässt sich nicht unabhängig von der Entscheidungspraxis auflösen, die erst im Rahmen von D. ausführlich untersucht wird. Ohne dieser Analyse vorgreifen zu wollen, lässt sich festhalten, dass zumindest in den ersten Entscheidungen nach Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung die Kommission mehrfach in den Entscheidungen betonte, dass diese im Einklang mit der Prioritätenmitteilung stehen. Damit zeigt sie, dass sie der Prioritätenmitteilung auch für den Inhalt der Entscheidung eine Bedeutung beimisst. Ansonsten würde sich ein Hinweis im Rahmen der rechtlichen Würdigung erübrigen.

Selbst wenn man trotz allem auf dem Standpunkt beharrt, dass die Prioritätenmitteilung nur das Aufgreifermessen betrifft, so ändert dies nichts an der faktischen Wirkung und an der Bedeutung, die ihr im Rahmen des more economic approach zukommt.¹⁷⁶ Die Kommission kann durch die Ausübung ihres Aufgreifermessens diktieren, welche Fälle überhaupt von ihr und den Gerichten entschieden werden können. Deswegen kann sie faktisch auch die materiellen Voraussetzungen durch Ausübung des Aufgreifermessens bestimmen. Dies ergibt sich daraus, dass die in der Prioritätenmitteilung genannten Voraussetzungen im Regelfall enger sind als die der Gerichte.¹⁷⁷ Sind die Voraussetzungen der Kommission aus der Prioritätenmitteilung für ein Einschreiten erfüllt, sind die Voraussetzungen der Gerichte deswegen ebenfalls erfüllt. Problematisch wird es im umgekehrten Fall. Sind die Voraussetzungen der Kommission nicht erfüllt, kann es sein, dass das Verhalten im Lichte der Rechtsprechung trotzdem als missbräuchlich zu beurteilen wäre. Zu einer Verfolgung durch die Kommission wird es jedoch nicht kommen. Die Kommission kann praktisch nicht gezwungen werden, diese Fälle zu verfolgen. Es gibt theoretisch eine Beschwerdemöglichkeit nach Art. 5 ff. VO 773/2004 und im Anschluss eine Klagemöglichkeit nach Art. 263 AEUV, die nicht zwangsläufig dazu führt, dass ein Fall aufgegriffen wird.¹⁷⁸ Lediglich nationale Wettbewerbsbehörden oder Privata-

175 EuGH, 13.12.2012, Rs. C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, Rz. 28 – *Expedia*.

176 *Möschel*, JZ 2009, 1040, 1045.

177 *Gormsen*, Why the European Commission's Enforcement Priorities on Article 82 EC Should Be Withdrawn, 2010, S. 2; *Geradin*, Is the Guidance Paper on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?, 2010, S. 14.

178 *Kreifels*, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 53.

te können die Verstöße dann noch ahnden. Diese Möglichkeit kann aber nicht gänzlich ein Nicht-Tätigwerden der Kommission ersetzen, zumal behördliche Entscheidungen die private Rechtsdurchsetzung befördern sollten.¹⁷⁹ Wenn die Kommission mit ihren Anforderungen an die Ausübung des Aufgreifermessens aus der Prioritätenmitteilung über die materiellen Anforderungen der Gerichte hinausschießt, werden faktisch nur Sachverhalte entschieden, die diese strengeren Anforderungen auch erfüllen.

Letztlich ist für diese Untersuchung unerheblich, ob die Prioritätenmitteilung nur das Aufgreifermessen oder auch die inhaltliche Auslegung betrifft, da selbst die entsprechende Ausübung des Aufgreifermessens zu einer faktischen inhaltlichen Relevanz führt.

5. Umsetzung des Gutachtens

Der Vergleich des Gutachtens der EAGCP mit der Prioritätenmitteilung zeigt, inwieweit die Kommission die ökonomischen Erkenntnisse umsetzen konnte.

a. Form der Umsetzung

Relevant ist zunächst die Umsetzung der ökonomischen Erkenntnisse in Form einer Mitteilung der Kommission und nicht in Form von Leitlinien. Die Prioritätenmitteilung bietet aufgrund ihrer unklaren Bindungswirkung keine Rechtssicherheit und bleibt deswegen in ihrem Wert hinter den ursprünglich angestrebten Leitlinien zurück.¹⁸⁰ Wenn durch die Umsetzung ökonomischer Erkenntnisse in Regeln keine Rechtssicherheit hergestellt werden kann, verfehlen die Regeln ihren Zweck. Wie dargestellt, ist die Bindungswirkung der Prioritätenmitteilung unklar.

Die Kommission kann sich angesichts der ausdrücklichen Positionierung in der Prioritätenmitteilung immer darauf zurückziehen, dass diese lediglich das Aufgreifermessen betrifft. Wenn dies wiederum der einzige Anwendungsbereich der Prioritätenmitteilung ist, ist sie für die Kommission in der Fallbearbeitung und für betroffene Unternehmen praktisch

179 *Hempel*, WuW 2005, 137, 142.

180 *Geradin*, Is the Guidance Paper on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?, 2010, S. 7 ff.

wertlos.¹⁸¹ Zwar gibt die Kommission an, dass sie nur solche Fälle aufgreifen wird, die die niedergelegten Kriterien erfüllen. Die betroffenen Unternehmen sind diesbezüglich aber nicht abgesichert und können dies nur eingeschränkt überprüfen lassen.¹⁸² Die Prioritätenmitteilung stellt höhere Anforderungen an das Einschreiten der Kommission als die bisherige Rechtsprechung. Wenn die Kommission in Abweichung von der Prioritätenmitteilung einen Fall aufgreift, kann sich das Unternehmen nicht auf die Prioritätenmitteilung berufen, solange sich die Kommission dabei innerhalb der bisherigen Rechtsprechung bewegt. Dies wäre nur anders, wenn die Gerichte ihre Rechtsprechung in diesem Punkt ändern und selbst beginnen, einen strengeren Prüfungsmaßstab anzulegen.¹⁸³ Einen Zugewinn an Rechtssicherheit gibt es in beiden Fällen nicht. Verstärkt wird dies dadurch, dass die Prioritätenmitteilung wie dargestellt selbst viele Ausnahmen enthält und mit der stärker propagierten Auswirkungsanalyse keine klaren Tatbestandsmerkmale nennt, an denen sich die Unternehmen orientieren könnten.¹⁸⁴

Die Prioritätenmitteilung ist insofern ein selbst gestecktes Ziel der Kommission. Aber selbst diese kann von den Regeln aus der Prioritätenmitteilung intern nicht profitieren. Diese könnten als Anleitung für die Fallbearbeitung dienen. Es wird jedoch zurecht angemerkt, dass es gerade für die Case Teams und den Legal Service der Kommission oftmals einfacher sein dürfte, die bisherige Rechtsprechung der europäischen Gerichte als Maßstab heranzuziehen, gerade wenn es darum geht, dass die eigenen Fälle vor Gericht Bestand haben.¹⁸⁵ Eine Anwendung der Prioritätenmitteilung lediglich im Rahmen der Prioritätensetzung wäre insofern mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden, wenn die Kommission in jedem Fall eine doppelte Prüfung durchführen würde.

181 *Geradin*, Is the Guidance Paper on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?, 2010, S. 14.

182 *Kreifels*, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 53.

183 *Kreifels*, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 40; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, § 3, Rn. 48; *Bulst* in: Bunte (Hrsg.) Kartellrecht Band 2: Europäisches Kartellrecht, 2018, Art. 102 AEUV Rn. 27.

184 *Akman*, The Modern Law Review 2010, 605, 629.

185 *Geradin*, Is the Guidance Paper on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?, 2010, S. 14.

b. Marktverschließung und Verbraucherwohlfahrt

Die Europäische Kommission versäumte es, die ökonomische Kategorisierung der Verhaltensweisen aus dem Gutachten umzusetzen und hielt stattdessen an den hergebrachten Fallgruppen fest.

Der allgemeine Analyserahmen der Prioritätenmitteilung konzentriert sich auf den Begriff der wettbewerbswidrigen Marktverschließung.¹⁸⁶ Damit wird zumindest begrifflich Bezug genommen auf die Marktverschließungseffekte, die auch das Gutachten bei der Kartellrechtsdurchsetzung in den Fokus nehmen will. Die Kommission verwendet aber eine andere Definition als die zunächst sehr offene Definition aus dem Gutachten. Während das Gutachten den Ausschluss von Wettbewerbern vom Markt genügen lässt, verlangt die Kommission zusätzlich eine wahrscheinliche Preiserhöhung zu Lasten der Verbraucher.¹⁸⁷ Die Verbraucherwohlfahrt spielt zwar auch im Gutachten eine zentrale Rolle, allerdings bleibt es dort unklar, inwieweit die Verbraucherschädigung im Einzelfall nachgewiesen werden muss. Die Prioritätenmitteilung wiederum sieht die Verbraucherschädigung als separaten Prüfungspunkt an. Diese ist ausdrücklich zusätzlich als Bestandteil der Marktverschließung zu prüfen und nachzuweisen.¹⁸⁸

Trotz dieser zusätzlichen Voraussetzung bleibt die Prioritätenmitteilung aber hinter dem Konkretisierungsgrad des Gutachtens zurück. Für das Gutachten spielt die allgemeine Definition der Marktverschließungseffekte eine untergeordnete Rolle; stattdessen werden vertieft die Konstellationen betrachtet, in denen eine Marktverschließung auftreten kann. Dabei wird gerade nicht nach Verhaltensweisen differenziert, sondern nach den verschiedenen Marktkonstellationen. Im Gutachten werden die Theorien der Marktverschließung danach gruppiert, auf welchem Markt/welchen Märkten sie Wirkung zeigen: auf dem gleichen, einem benachbarten oder einem

186 *Petit*, From Formalism to Effects? – The Commission’s Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC, 2009, S. 4 ff.; *Botteman/Ewing*, Guidance on Enforcement Priorities Regarding Exclusionary Abuses: A Comparative Overview, 2009, S. 5.

187 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 19.

188 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 19.

vertikal verknüpfen.¹⁸⁹ Laut Gutachten findet sich die gleiche Schadens-
theorie bei verschiedenen Verhaltensweisen, sodass eine Typisierung nach
der Schadenstheorie zweckmäßiger ist. Das Gutachten behandelt zwar
auch die einzelnen Verhaltensweisen, entwickelt hierzu aber keine neuen
Schadenstheorien, sondern verweist auf Schadenstheorien der Marktver-
schließung und geht stattdessen verstärkt auf die generierten Effizienzen
ein.¹⁹⁰

Dieser Ansatz wird in der Prioritätenmitteilung nicht aufgegriffen. Grund
hierfür könnte sein, dass sich die europäische Rechtspraxis stark an ty-
pisierten Verhaltensweisen orientiert.¹⁹¹ Eine Abkehr davon hätte die bis-
herigen Fallgruppen überflüssig und eine komplette Neuordnung nötig
gemacht. Entsprechend unwahrscheinlich wäre es gewesen, dass eine solch
tiefgreifende Änderung von den europäischen Gerichten akzeptiert wird.
Stattdessen könnte sich die Kommission stärker auf die Schadenstheorien
auch innerhalb der bestehenden Fallgruppen fokussieren.

Allerdings ergibt auch ein Abgleich der Schadenstheorien aus dem Gut-
achten mit den Voraussetzungen in den Fallgruppen, dass die Kommission
diese dort nicht oder nur teilweise übernommen hat. Insbesondere bei
der Beurteilung von Kampfpreisen, Rabatten und Lieferverweigerungen ist
das Gutachten viel zurückhaltender. Es identifiziert nur wenige Fälle, in
denen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen auftreten können. Die Priori-
tätenmitteilung führt diese zwar teilweise dann auch auf, beschränkt die
mögliche Missbräuchlichkeit aber nicht auf diese und ermöglicht damit das
Eingreifen auch in anderen Konstellationen.

c. Auswirkungsanalyse und Nachweise

Die Prioritätenmitteilung enthält ein grundsätzliches Bekenntnis zu einem
effects based approach, den auch das Gutachten gefordert hat.¹⁹² Nach
diesem sollen die Auswirkungen in jedem Einzelfall überprüft werden.
Allerdings lässt die Prioritätenmitteilung einige Ausnahmen hiervon zu, die
vom Gutachten nicht umfasst sind.

189 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 18 ff.

190 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 29 ff.

191 *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker Band 1: EU, 2019, Art. 102 AEUV Rn. 134.

192 *Ezrachi*, The European Commission Guidance on Article 82 EC - The Way in
Which Institutional Realities Limit the Potential for Reform, 2009, S. 11 ff.

Das Gutachten gibt auch eine kurze Anleitung mit, wie im Einzelfall der Nachweis hierzu zu führen ist. Dabei soll eine „story“ entwickelt werden, die auf Fakten und ökonomische Modelle gestützt werden kann. Die Prioritätenmitteilung bleibt hierbei noch knapper und beschränkt sich darauf, den Nachweis mit Hilfe verfügbarer quantitativer und qualitativer Beweismittel und einer kontrafaktischen Fallkonstellation zu führen.¹⁹³ Es fehlt jedoch an Hinweisen dazu, welche konkreten Beweismittel aus Sicht der Kommission geeignet sind.¹⁹⁴ Hier werden beispielhaft Aussagen der Unternehmen und interne Dokumente genannt, die aber nur qualitative Beweismittel darstellen und deren Aussagekraft im Lichte einer Auswirkungsanalyse gering ist.¹⁹⁵ Angaben dazu, welche quantitativen Beweismittel als aussagekräftig angesehen werden, fehlen. Auch fehlen jegliche Angaben zur Beweiswürdigung. Die Kommission erklärt auch nicht, wie die genannte kontrafaktische Fallkonstellation ermittelt und wie mit dem Ergebnis des Vergleiches umgegangen werden soll.¹⁹⁶ Soll jede negative Abweichung von der kontrafaktischen Fallkonstellation zum Nachweis einen Schadens genügen? Ist eine Erheblichkeitsschwelle anzulegen?

Während Aussagen zu solchen prozessualen Fragen in einem ökonomischen Gutachten nicht zu erwarten sind, wären diese in der Prioritätenmitteilung angebracht. Die Aussagen zu dem Maßstab und dem Mehrwert einer Auswirkungsanalyse stehen und fallen mit den Anforderungen an die Konkretisierung der Auswirkungen und an deren Nachweis. Eine Auswirkungsanalyse ist beispielsweise wertlos, wenn man es zum Nachweis der Auswirkungen genügen lässt, dass eine Preiserhöhung festgestellt werden kann, ohne die Ursachen aufzuzeigen. Ohne diese Aussagen können auch die betroffenen Unternehmen nicht ihr eigenes Verhalten überprüfen und an der Prioritätenmitteilung ausrichten.

Eine Ausnahme von dieser Kritik stellt der AEC-Test dar. Dieser macht konkretere Vorgaben und kann eher nachvollzogen werden. Allerdings findet sich dieser nicht im Gutachten wieder. Vielmehr zeigt das Gutachten, dass bei Bestimmung der Missbräuchlichkeit weitere Voraussetzungen hinzukommen müssen. Diese werden in der Prioritätenmitteilung aber

193 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 19.

194 Vgl. *Akman*, *The Modern Law Review* 2010, 605, 614 f.

195 *Akman*, *Antitrust Law Journal* 2016, 145, 156.

196 Vgl. *Akman*, *The Modern Law Review* 2010, 605, 614 f.

nur vereinzelt aufgegriffen. Stattdessen zieht sich die Kommission darauf zurück, den AEC-Test als Teil einer Gesamtwürdigung anzusehen. Der Mehrwert des AEC-Tests erschließt sich in diesem Zusammenhang nicht. Wenn der AEC-Test ergibt, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber konkurrieren kann, gibt das dem Unternehmen eine gewisse Sicherheit, da die Kommission „wahrscheinlich“ nicht einschreiten wird.¹⁹⁷ Allerdings ergibt sich dies in vergleichbarem Maße schon aus der damals aktuellen Rechtsprechung.¹⁹⁸ Interessanter wären insofern die Fälle, in denen der Test zu dem Ergebnis kommt, dass ein ebenso effizientes Unternehmen nicht konkurrieren kann. Hier bleibt die Kommission aber weiterhin vage und verweist lediglich auf die allgemeinen Kriterien.¹⁹⁹ Ein Zugewinn an Rechtssicherheit ist damit nicht verbunden.

Die Prioritätenmitteilung geht auch bei der Berücksichtigung von Effizienzen einen anderen Weg als noch das Gutachten. Das Gutachten sieht die Ermittlung von Effizienzen als wichtigen Bestandteil der Auswirkungsanalyse an.²⁰⁰ Die Prioritätenmitteilung trennt die Ermittlung von Effizienzen von der Ermittlung der Marktverschließung und prüft diese stattdessen im Rahmen einer Rechtfertigung. Auffällig ist die unterschiedliche Verteilung der Beweislast. Das Gutachten geht davon aus, dass die Effizienzen auch von der Kommission zu berücksichtigen sind und sieht die Beweislast erst bei dem betroffenen Unternehmen, wenn es sich um unternehmensbezogene Daten handelt, die von diesem leichter beizubringen sind.²⁰¹ Die Kommission sieht in der Prioritätenmitteilung die Darlegungs- und Beweislast für die Rechtfertigung allein bei dem betroffenen Unternehmen.²⁰²

197 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 27.

198 *Akman*, *The Modern Law Review* 2010, 605, 616.

199 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 27.

200 *EAGCP*, *An economic approach to Article 82*, 2005, S. 18.

201 *EAGCP*, *An economic approach to Article 82*, 2005, S. 13 ff.

202 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 31.

III. Die Schwächen der Prioritätenmitteilung

Der Abgleich des Gutachtens mit der Prioritätenmitteilung offenbart die Schwierigkeiten bei der Umsetzung und zeigt, dass die Kommission die Probleme der Missbrauchsaufsicht durch die Reform und den *more economic approach* nicht beseitigen konnte. Das ergibt sich daraus, dass die Prioritätenmitteilung eine unklare Auswahl bei den Erkenntnissen trifft, die sie aus dem Gutachten berücksichtigt, die Rolle der Verbraucherwohlfaht für die Anwendung nicht hinreichend konkretisiert, und die Regeln zu offen und zu abstrakt bleiben, um einen Mehrwert für die Rechtssicherheit zu haben.

1. Auswahlentscheidung

Die Kommission setzte in der Prioritätenmitteilung Teile der Erkenntnisse aus dem Gutachten um, ignorierte andere jedoch. Dies führte dazu, dass die Prioritätenmitteilung keinem homogenen Konzept folgt, sondern eine Mischform zwischen dem Gutachten und der bisherigen Fallpraxis darstellt. Dies ist isoliert betrachtet auch nicht problematisch. Eine graduelle Weiterentwicklung basierend auf der bisherigen Fallpraxis berücksichtigt besser den Vertrauensschutz und die Rechtssicherheit und stößt eher auf Akzeptanz als eine „Revolution“. Allerdings konnte die Kommission damit das anfangs aufgeworfene Problem nicht beseitigen, dass im Rahmen von Art. 102 AEUV die Rolle der Ökonomie unklar war. Dies war auch nach Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung der Fall. Eine konsequente Umsetzung der ökonomischen Erkenntnisse fehlte.

Hinzu kommen inhaltliche Probleme, die eine solche Teilumsetzung mit sich bringt. Das Gutachten entwickelte ein Gesamtkonzept zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht. Eine Umsetzung nur einiger Aspekte des Gutachtens verfälschte oder kehrte deren Inhalt geradezu um. Als Beispiel seien hier Auswirkungsanalyse und Effizienzen genannt. Das Gutachten sah die Ermittlung von Effizienzen als wichtigen Bestandteil der Auswirkungsanalyse und räumte diesem viel Raum ein.²⁰³ Die Prioritätenmitteilung übernahm zwar die Auswirkungsanalyse, doch die Ermittlung

203 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 6, 13 ff.

von Effizienzen wurde allein den betroffenen Unternehmen auferlegt.²⁰⁴ Es blieb fraglich, ob das Gutachten unter diesen Umständen ebenfalls eine Auswirkungsanalyse empfohlen hätte.

Das Problem lässt sich darauf zurückführen, dass das Gutachten ein Gesamtkonzept für eine umfassende Reform enthielt. In einem solchen Fall sollten nicht einzelne Aspekte umgesetzt werden, während andere ignoriert werden. Vielmehr sollte vor Einholung ökonomischer Expertise geklärt werden, in welchen Bereichen Änderungen für möglich gehalten werden und welche Parameter nicht verändert werden dürfen. Dies verhindert, dass an die Gutachter Fragen gestellt werden, deren Antworten nicht umgesetzt werden können. Stattdessen sollten die Fragen zielgerichtet gestellt werden, um sicherzustellen, dass die Antworten dann auch verwertet werden können. Es sollten Kriterien gefunden werden, welche Fragen an die Ökonomie delegiert werden können.

2. Bedeutung der Verbraucherwohlfahrt

Ein weiteres Problem der Missbrauchsaufsicht war die unklare Abgrenzung zwischen Wettbewerbsschutz und Schutz der Wettbewerber in der bisherigen Praxis. Dem sollte durch den Maßstab der Verbraucherwohlfahrt begegnet werden. Allerdings blieb nach der Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung die Bedeutung der Verbraucherwohlfahrt bei der Beurteilung von missbräuchlichen Verhaltensweisen unklar. Im Gutachten wurde die Verbraucherwohlfahrt als Schutzgegenstand der Missbrauchsaufsicht herausgestellt.²⁰⁵ Die Prioritätenmitteilung setzte dies um, indem sie die Marktverschließung um das Merkmal der wahrscheinlichen Preiserhöhung zu Lasten der Verbraucher ergänzte. Unklar blieb aber, wie dieses Merkmal in der jeweiligen Prüfung umgesetzt werden kann.²⁰⁶ Das war angesichts der hervorgehobenen Bedeutung der Verbraucherwohlfahrt sowohl in dem Gutachten als auch in der Prioritätenmitteilung ein Versäumnis. Es wäre gerade die Aufgabe der Kommission gewesen, in Umsetzung des Gutachtens klar Stellung dazu zu beziehen, wie die Berücksichtigung der

204 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 31.

205 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 7 ff.

206 Vgl. *Federico*, *Journal of European Competition Law & Practice* 2011, 277.

Verbraucherwohlfahrt im Einzelfall zu erfolgen hat. Die Prioritätenmitteilung sprach lediglich davon, dass der Nachweis auf Grundlage qualitativer und quantitativer Beweismittel erfolgen kann.²⁰⁷ Es blieb unklar, ob die im Gutachten dargestellten Schadenstheorien hierfür genügen sollten oder ob, wie der Wortlaut es vermuten ließ, weitergehende Feststellungen zu treffen wären. Wie diese sodann zu treffen wären, insbesondere welche Nachweise hierfür überhaupt in Frage kommen, blieb offen. Auch das Verhältnis zu den erzeugten Effizienzen wurde aus dem Gutachten nicht konsequent übernommen. Wenn die Kommission von sich selbst den Nachweis eines Verbraucherschadens verlangte, dann dürfte sie hierbei die Augen vor möglichen Effizienzen auch nicht verschließen. Im Gutachten war die Berücksichtigung der erzeugten Effizienzen gerade wesentlicher Bestandteil, wenn es darum ging, die Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt zu ermitteln. Stattdessen oblag die Ermittlung der Effizienzen laut Prioritätenmitteilung den betroffenen Unternehmen. Es stellte sich die Frage, welchen Inhalt dann die eigenständige Ermittlung der Verbraucherschädigung durch die Kommission noch hatte. Auf Grundlage der Prioritätenmitteilung war der Maßstab der Verbraucherwohlfahrt somit für den konkreten Fall schwer handhabbar.

3. Rechtssicherheit

Das grundlegende und mit den anderen Punkten verknüpfte Problem der Missbrauchsaufsicht war die fehlende klare Konturierung und damit die fehlende Rechtssicherheit. Die Prioritätenmitteilung konnte dieses Problem nicht lösen und vermittelte selbst kaum Rechtssicherheit. Dies galt wie soeben dargestellt nicht nur in Bezug auf die Berücksichtigung der Verbraucherwohlfahrt, sondern zog sich durch die gesamte Prioritätenmitteilung.²⁰⁸

Die Problematik zeigte sich schon bei der Form der Umsetzung, aber auch in den vielen Ausnahmen, offenen Tatbeständen und unklaren An-

207 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EGV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 19.

208 *Schmidt/Voigt*, WuW 2006, 1097, 1105 f.; *Temple Lang*, Article 82 EC - The Problems and the Solution, 2009, S. 31.

forderungen an Nachweise.²⁰⁹ Die Prioritätenmitteilung scheiterte daran, die Vorgaben aus dem Gutachten in klare und rechtssicher handhabbare Tatbestände umzusetzen. Dies zeigt sich beispielsweise an den sehr offenen Kriterien unter denen eine Lieferverweigerung als missbräuchlich anzusehen ist.²¹⁰ Auch der AEC-Test für preisbezogene Missbräuche vermittelt keine Rechtsicherheit, da er nur anhand von Informationen der Kunden oder Wettbewerber durchgeführt werden kann, die dem marktbeherrschenden Unternehmen nicht zur Verfügung stehen dürften.²¹¹

Sicherlich stellte die Formulierung rechtssicherer Regeln auf Grundlage ökonomischer Erkenntnisse eine nicht einfach zu bewältigende Herausforderung dar. Schließlich können die Schadenstheorien aus dem Gutachten nicht blind als Tatbestände übernommen werden. Diese waren oftmals Beispiele, und das Gutachten zeigt selbst, dass der ökonomischen Forschung ein Wandel innewohnt, indem dort auch auf die Entwicklung der Forschung in Reaktion auf die kritische Chicago School eingegangen wurde.²¹² Es wäre also zu kurz gedacht gewesen, von der Kommission zu fordern, die vorgelegten Forschungsergebnisse als einzig mögliche Fälle des Missbrauchs zu übernehmen. Dennoch wäre es gerade die Aufgabe der Kommission gewesen, ein Regelwerk zu schaffen, das einen Mehrwert in der Form bietet, dass klare Regeln formuliert werden, an denen sich die Unternehmen besser orientieren konnten und sich die Kommission selbst messen lassen muss. Dadurch, dass die Prioritätenmitteilung in vielen Punkten offen formuliert wurde, blieb dieser Mehrwert auf der Strecke. Die Prioritätenmitteilung scheiterte bei der Umsetzung der ökonomischen Erkenntnisse in Regeln und zog sich stattdessen auf offene Tatbestände zurück, die zwar auch die Berücksichtigung der Erkenntnisse aus dem Gutachten ermöglichten, aber letztlich keine Grenzen zogen. Diese Flexibilität mag Vorteile mit sich gebracht haben, minderte aber den Mehrwert der Prioritätenmitteilung als Konkretisierung der Missbrauchsaufsicht erheblich.

209 Vgl. *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 101 f.

210 *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 102.

211 *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of article 102 TFEU, 2020, S. 102.

212 *EAGCP*, An economic approach to Article 82, 2005, S. 24 ff.