

Prof. Dr. Rupprecht Podszun, Universität Bayreuth

Thesenpapier:

„Neue Entwicklungen im Bereich des Art. 102 AEUV“

Vortrag beim Internationalen Forum EU-Kartellrecht,
Studienvereinigung Kartellrecht e.V., The Hotel, Brüssel, 10./11.3.2016

A. PROBLEM UND RELEVANZ

Das Prüfungsumfeld der behördlichen Missbrauchsaufsicht hat sich in den letzten zehn Jahren stark gewandelt:

- immer mehr Sachverhalte betreffen Branchen, die einem starken Wandel unterworfen sind (Digitalisierung u.a. wirtschaftspolitische Veränderungen);
- die Sachverhalte haben in der Regel eine internationale, ja globale Dimension;
- die Marktteilnehmer erwarten eine ökonomisch durchdrungene Definition des Missbrauchsrechts.

Zugleich gibt es rechtliche Veränderungen, die das Gesamtumfeld prägen:

- Zunahme privater Rechtsdurchsetzung auch im Missbrauchsrecht;
- Zurückhaltung der Gerichte bei der Anerkennung eines ökonomischen Ansatzes;
- Stärkung der grundrechtlichen Dimension im europäischen Recht.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie das – ohnehin schon immer umstrittene – Unwertkriterium des Missbrauchsrechts definiert werden kann und in welchen Fällen die Kommission überhaupt eingreifen sollte. Das Prioritätenpapier aus dem Jahr 2009¹ vermag diese Fragen nicht mehr gebührend zu beantworten: ihm liegen Markt- und Missbrauchs begriffe zugrunde, die von starren Wettbewerbsparametern ausgehen.

Die Beantwortung der Fragen ist von großer Relevanz, wenn man dem Missbrauchsrecht eine Prägefunktion für die marktwirtschaftliche Ordnung zuschreibt: Missbrauchsrecht definiert die äußeren Grenzen dessen, was gesellschaftlicher Konsens für Wettbewerb in der Marktwirtschaft ist. Diese

¹ KOM, 24.2.2009, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, C 45/7.

Grenzen sind gerade für eine Wirtschaft im Umbruch, die Verlierer produziert, und angesichts einer in Frage gestellten hoheitlichen Ordnung (Stichwort: „Krise der EU“, Handlungsunfähigkeit der traditionellen Institutionen) für den Diskurs wichtig. Für die Antwort auf diese Frage sind Marktdynamik, Innovationsförderung, moderne ökonomische Erkenntnisse, institutionelle Bedingtheiten und rechtliches Umfeld in Einklang zu bringen.

B. FORSCHUNGSFRAGEN

Das skizzierte Thema lässt sich in drei Fragen unterteilen:

1. Welche Parameter prägen die aktuelle Anwendung des Missbrauchsrechts durch die KOM (Bestandsaufnahme)?
2. Welche Tendenzen außerhalb der KOM-Praxis redefinieren die neuen Herausforderungen des Missbrauchsrechts (Tendenzen)?
3. Wie sollte die KOM auf diese Tendenzen reagieren (Empfehlungen)?

Etwas pointierter formuliert: Was läuft im Google Fair Search Verfahren eigentlich falsch – und wie könnte es besser laufen?

C. METHODIK

Zur Beantwortung der Fragen wird u.a. eine evolutive Entscheidungsanalyse zugrunde gelegt.

D. PRÜFUNGSPROGRAMM IN THESEN

I. Analyse

1. KOM verfolgt bei den Kriterien Marktbeherrschung und Missbrauch eine Preisfokussierung, die statische Effizienzen besonders stark in den Blick nimmt.

Die Industrieökonomik tendiert zu einem im Modell darstellbaren Preiswettbewerb. Dieses starre Wettbewerbsverständnis hat zur Folge, dass dynamische Effizienzen und der Innovationswettbewerb sowie der dynamische Marktprozess an sich nicht hinreichend abgebildet und berücksichtigt werden können. Dieses Problem spiegelt sich in der Anwendung des Missbrauchsrechts durch die KOM.

Marktbeherrschung: Schon im Bereich der Marktabgrenzung (Marktbeherrschung als Einstiegsschwelle zu Art. 102 AEUV) setzt die KOM vor allem auf preisfokussierte Instrumente (SSNIP-Test), die naturgemäß Ausdruck eines preisorientierten, auf statische Effizienzen setzenden Wettbewerbsverständnisses sind. Märkte, auf denen keine entgeltlichen Leistungen ausgetauscht werden, und mehrseitige Märkte (zB Plattformmärkte) sind mit den hergebrachten Instrumenten nicht mehr zu erfassen. Die Rasanz der Entwicklungen und die Vernetzung von Wertschöpfungsstufen führen jedoch ohnehin zu einer solchen Konvergenz der Märkte, dass Marktabgrenzungen eine immer geringere Halbwertszeit haben. Das Marktmacht-Verständnis geht von starren Wettbewerbsparametern aus, die sich in der Praxis in erster Linie am Faktor Preis orientieren.

Missbrauch: Die Missbrauchskategorien, die die KOM besonders klar und eindeutig bestimmen kann, sind solche, in denen preisbezogene Missbräuche beanstandet werden.

Effizienzeinwand: Die Kommission vertritt in ihrem Prioritätenpapier die Auffassung, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen auch ein zur Ausschließung von Wettbewerbern führendes Verhalten mit Effizienzvorteilen begründen kann, wenn dadurch "wahrscheinlich den Verbrauchern unter dem Strich kein Schaden entsteht".² Dazu muss das marktbeherrschende Unternehmen nachweisen, dass die Effizienzvorteile wahrscheinlich erzielt werden, dass das Verhalten zum Erzielen der Effizienzvorteile unverzichtbar ist, dass die Effizienzvorteile die

² Prioritätenpapier, Rn. 30.

negativen Auswirkungen aufwiegen und dass durch das Verhalten der wirksame Wettbewerb nicht ausgeschaltet wird.³ Eine Auswertung der Missbrauchsfälle zeigt, dass Effizienzen nur sehr selten von der Kommission akzeptiert werden. Dies ist u.a. auf institutionelle Pfadabhängigkeiten und ein Zusammentreffen von juristischen und ökonomischen Bewertungskategorien zurückzuführen. Darüber hinaus gehen die im Prioritätenpapier aufgestellten Kriterien zu Lasten dynamischer Effizienzen: Sie lassen sich im Vergleich zu starren Preiseffekten wesentlich schwieriger statistisch oder in einem Modell nachweisen und bleiben zu einem höheren Maße ungewiss. Zumeist ist es für das marktbeherrschende Unternehmen schwierig, dynamische Effizienzen mit den negativen wettbewerblichen Auswirkungen in Relation zu setzen: Wie viel Innovation ist notwendig, um Preissteigerungen aufzuwiegen? Damit bleibt ein auswirkungsorientierter Ansatz, der auch dynamische Effizienzgewinne berücksichtigt – zumindest im Rahmen der Effizienzeinrede – bloße Theorie.

2. KOM agiert als „repeat player“ und hat eindeutige Branchenfokussierungen.

Repeat Player: Als "repeat player" bezeichnet man Klageparteien, die häufiger vor Gericht stehen als andere. Ihnen werden üblicherweise bessere Erfolgsaussichten zugeschrieben. Die Durchsetzungspraxis der letzten Jahre zeigt, dass auch die KOM wie ein repeat player agiert: hat sie einmal einen Fall in einer Branche erfolgreich durchgespielt, folgen gewöhnlich weitere, ähnlich gelagerte Fälle, in denen sie das neu erlangte Handwerkszeug einsetzen kann. Siehe zum Beispiel Pharmasektor (Astra Zeneca 2005, Lundbeck 2013, Perindopril 2014), Luftfahrt (Air France + ALITALIA 2004, BA/AA/IB 2011, Continental 2013). So entsteht eine einseitige Handhabung des Missbrauchsrechts sowohl hinsichtlich der betroffenen Branchen als auch der Missbrauchskategorien.

Missbrauchsaufsicht in post-deregulierten Sektoren: Die KOM betont, dass sie im Rahmen der Missbrauchsaufsicht einen "case-by-case approach" verfolgt. Eine Auswertung des Fallmaterials zeigt, dass über Jahre ein Schwerpunkt der Missbrauchsaufsicht in post-deregulierten Branchen lag (Gas, Elektrizität, Telekommunikation etc.). Mit Hilfe des Missbrauchsrechts wird somit die Liberalisierung bzw. der Post-Regulierungs-Markt „in geordnete

³ Prioritätenpapier, Rn. 30.

Bahnen“ geleitet. Die Kommission tritt hier in Rolle eines unterstützenden „Überwachers“ auf. In den vergangenen Jahren ist die Branchenfokussierung aber aufgeweicht – die KOM besetzt also neue Betätigungsfelder.

3. KOM-Verfahren dauern lange und enden – bei Anwendung von Zusagenentscheidungen – immer wieder mit Zusagen, die kritisiert werden.

Die Missbrauchsverfahren der Kommission dauern zu lang. Es deutet sich an, dass das Negativbeispiel Microsoft (lange Verfahrensdauer, nicht hilfreiche remedies) im Google-Fall (Verfahrenseröffnung 2010) wiederholt wird.

Das von der KOM immer häufiger benutzte Instrument der Zusagenentscheidungen hat nicht die erhoffte Verfahrensverkürzung erbracht.

Zusagen, die die KOM entgegen nimmt, erweisen sich teilweise als unwirksam oder erzielen nicht die gewünschten Effekte, sind jedenfalls der Kritik ausgesetzt. Teilweise scheinen Verfahren sogar eher aus der Perspektive möglicher commitments als aus der Perspektive des Verstoßes gegen Wettbewerbsregeln geführt zu werden. Es kommt bei Zusagenentscheidungen in der Regel nicht mehr zu einer gerichtlichen Überprüfung, was die Konturierung des Missbrauchsrechts erschwert. Zudem besteht die Gefahr des anmaßenden Marktdesigns im Verhandlungsprozess bzw. des zu erheblichen Einflusses einer Behörde auf Firmenpolitik.

II. Tendenzen

1. Die Kartellrechtsanwendung „normalisiert“ sich durch private enforcement, Durchsetzung durch nationale Behörden mit unterschiedlichen Maßstäben und grundrechtliche Durchdringung.

Zunehmende Konturierung des Missbrauchsrechts durch private Rechtsdurchsetzung: Die private Durchsetzung vor einfachen Gerichten in den Mitgliedstaaten hat in den vergangenen Jahren zunehmend an Relevanz gewonnen.

Nationale Behörden setzen Missbrauchsrecht durch: Maßstäbe dafür differieren (Bsp für rechtliche Unterschiede: hohe Bedeutung relativer Marktmacht in der deutschen Gerichtspraxis; Bsp für faktische Unterschiede: Anwendungsdivergenzen zum europäischen Recht)

Grundrechte spielen verstärkt eine Rolle: EuGH verweist häufiger auf GRCh, die gem. Art. 51 GRCh auch für nationale Anwendung von Art. 102 AEUV relevant sind, Horizontalwirkung von Grundrechten ist noch in Entwicklung, aber nicht ausgeschlossen, mindestens als Argumentationstopos. Damit Öffnung des Rechtsgebiets für klassische Abwägungsvorgänge, die nicht mehr rein ökonomisch und möglicherweise sogar nicht mal mehr rein wettbewerblich ausgerichtet sind.

Folge: „Normalisierung“, d.h. Kartellrecht ist nicht länger Spezialgebiet einer ökonomisch geschulten Elite, sondern wird zu einer von einer Vielzahl von Institutionen geprägten Materie.

2. Die Ökonomisierung im Sinne des „klassischen“ more economic approach ist Zweifeln ausgesetzt.

Mit dem „more economic approach“ wurde ein Standard der ökonomischen Durchdringung von Fällen gesetzt. Allerdings hat die Rechtsprechung diesen Standard nicht vorbehaltlos akzeptiert, zudem ist die Kritik an der geringen Leistungsfähigkeit ökonomischer Gutachten nicht verstummt. Die begrenzte Aussagekraft ökonomischer Analyse (insbesondere für neuartig arbeitende Märkte) wird immer deutlicher, ebenso wie die Limitationen des klassischen industrieökonomischen Ansatzes in dynamischen Märkten.⁴ Inzwischen zeigt sogar die KOM erste Anzeichen für ein Abrücken von einer zu starken Ökonomisierung. Das Prioritätenpapier bedarf schon vor diesem Hintergrund einer erheblichen Nachjustierung.

3. Die aktuellen wirtschaftlichen Verteilungskonflikte werden durch die Digitalisierung ausgelöst, während post-deregulative Verteilungskonflikte abnehmen.

Missbrauchsrecht wird immer wieder eingesetzt, um wirtschaftliche Verteilungskonflikte zu entscheiden. Die Verteilungskämpfe der Gegenwart werden durch technischen Fortschritt ausgelöst (nachdem seit Mitte der 1990er Jahre die Folgen des rechtlichen Wandels (Deregu-

⁴ Vgl. Drexl/Kerber/Podszun, Competition Policy and the Economic Approach – Foundations and Limitations (2013).

lierung) besonders nachhaltige Veränderungen in der Wirtschaft hervorgerufen hatten. Ein modernes Missbrauchsrecht muss also gerade die Chancen und Risiken der Digitalisierung besonders in den Blick nehmen.

III. Empfehlungen

1. Die Kartellrechtsanwendung braucht einen „more technological approach“.

Aus dem Gesagten ergibt sich der Bedarf, die Ökonomisierung des Kartellrechts auf neue Grundlagen zu stellen, die Digitalisierung als neues Paradigma der Wirtschaft wahrzunehmen und ein handhabbares, rechtssicheres Missbrauchsrecht zu definieren. Wir schlagen dazu einen „more technological approach“ vor, der als Oberbegriff dienen soll, um diese Herausforderungen auf einen Punkt zu bringen.⁵

Kernaspekte eines solchen m.t.a. sind:

- Überwindung der Grenzen der Industrieökonomik durch Impulse aus Disziplinen wie der Innovationsforschung, der Institutionenökonomik und den behavioural economics;
- Beurteilung neuer Technologien und Geschäftsmodelle anhand ihrer ökonomischen und technologischen Wirkungen;
- stärkere Ausrichtung auf dynamische Effizienzen, Abbau von Innovationsschranken.

Praktisch kann dies bedeuten:

Geänderter Marktbegriff, geänderter Marktmachtbegriff: Abkehr von Marktanteilen als Einfallstor für Missbrauchsrecht, stattdessen stärkere Berücksichtigung von Marktzutrittschranken, Netzwerkeffekten und Feedbackeffekten, technologischen Absicherungen, Datenzugriff, inhärenten Konzentrationstendenzen, Marktdynamik. Offener, evolutiver Marktbegriff als Annäherung statt enge Marktabgrenzung.⁶

⁵ Vgl. Podszun, WuW 2014, 249.

⁶ Vgl. Podszun, 61 Antitrust Bull. (March 2016) 121-132.

Stärkere Fokussierung von Marktmachtmissbräuchen nicht-monetärer Art, insbesondere solche, die mit IP, Vertragsgestaltung oder Datenakkumulation erreicht werden, technologische, rechtliche oder soziale Lock-ins; Aufbrechen von Pfadabhängigkeiten, Koppelungen, Switching Costs. Stärkere Ausrichtung der Missbrauchskontrolle auf die Bestreitbarkeit von Märkten statt auf die konkrete Verhaltenskontrolle im Markt.

2. KOM sollte Maßnahmen ergreifen, um zügiger und weniger einschneidend in Märkte zu intervenieren.

Das digitale Umfeld ändert sich schnell und bedarf schneller Verfahren. Stärkung von *interim measures*. Fokus auf Untersagung statt Marktdesign; Abkehr von Zusagenentscheidungen; Anerkennung von Prognoseunsicherheiten und Anmaßungen des Marktdesigns in einem sich wandelnden Umfeld als Parameter der Entscheidungsfindung, Flexibilisierung und Optionalisierung von Entscheidungen.

3. Die Rolle der KOM als Vorbild für die Kartellrechtsanwendung in Europa verlangt ein geändertes Rollenverständnis.

KOM sollte sich stärker als *Modellbehörde* für Europa verstehen, weniger als *primus inter pares* für die besonders interessanten Fälle. KOM sollte schneller und (bei Bedarf) auch häufiger entscheiden, um Signalfunktion für nationale Institutionen zu entwickeln. Dazu zählt Aufbereitung der Fallpraxis für nationale Institutionen, Aufgreifen von Musterverfahren, Hilfestellung bei der Handhabarmachung ökonomischer und technologischer Tests, Entwicklung moderner Missbrauchskategorien, Stärkung der *amicus curiae* Funktion, evtl. Stärkung der Bindung, neues Prioritätenpapier mit nachvollziehbaren Missbrauchskategorien.

Epilog: Was ist das Unwertkriterium des Missbrauchsrechts?

Es kann keine zentrale, dauerhafte Definition des Missbrauchskriteriums geben. Dieses Kriterium unterliegt immer wieder dem wirtschaftspolitischen Diskurs, da es die fundamentale Frage stellt, welche marktwirtschaftliche Ordnung sich die Gesellschaft wünscht. Wesentlich ist dabei nur die Erkenntnis: Art. 102 AEUV setzt die äußeren Grenzen für Wettbewerbshandlungen von Unternehmen mit Marktmacht, soweit deren Agieren das Funktionieren der Marktwirtschaft gefährdet. Eine Definition der Nicht-Missbräuchlichkeit ist weder erforderlich noch sinnvoll.