

Kerber, Markus C.

**Article — Published Version**

## Wettbewerbsfreiheit oder Effizienz?

Wirtschaftsdienst

*Suggested Citation:* Kerber, Markus C. (2016) : Wettbewerbsfreiheit oder Effizienz?, Wirtschaftsdienst, ISSN 1613-978X, Springer, Heidelberg, Vol. 96, Iss. 4, pp. 287-295, <https://doi.org/10.1007/s10273-016-1971-7>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/180764>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

Markus C. Kerber

# Wettbewerbsfreiheit oder Effizienz?

## Emanzipation der Wettbewerbspolitik von ihren normativen Grundlagen

**Kann eine Wettbewerbsbeschränkung Effizienzziele verfolgen? Diese Frage beantwortet der Autor mit einem deutlichen „Nein!“. Ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, eine marktbeherrschende Stellung missbraucht wird oder der Wettbewerb im Gemeinsamen Markt im Sinne der Fusionskontrollverordnung beschränkt wird, kann nicht davon abhängen, ob die Wettbewerbsbeschränkung als im wohlfahrtsökonomischen Sinne effizient anzusehen ist. Er befürchtet, dass die EU-Kommission Effizienzgewinnen bei der kartellrechtlichen Beurteilung zu großes Gewicht beimisst.**

Die Auseinandersetzung mit dem Spannungsverhältnis von Wettbewerbsfreiheit und Effizienz hat Tradition. So haben schon Mestmäcker und Schmidtchen vor einigen Jahren eine Debatte mit nahezu philosophischer Grundsätzlichkeit geführt.<sup>1</sup> Diese Debatte setzte sich aber nicht mit der Behördenpraxis auseinander. Anlass hierzu war die Kritik von André Schmidt und Stefan Voigt<sup>2</sup> am „more economic approach“. Auch die von André Schmidt weitergeführte Kritik<sup>3</sup> entzog sich der unmittelbaren Anschauung der Brüsseler Kartellrechtspraxis. Daher ersparte sie sich die Auseinandersetzung mit der Wirkung des „more economic approach“ und seinem methodischen Steckenpferd, der Effizienzbetrachtung in der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis. Dies soll im Folgenden nachgeholt werden: „Die Definition des Wettbewerbs ist weder möglich noch zweckmäßig, weil sie nicht alle seine Bedingungen, Wirkungsweisen, Folgen (performance) erfassen kann. Der wissenschaftstheoretische Grund besteht darin, dass man Freiheitspositionen aufhebt, wenn man ihre Inhalte vorwegbestimmt.“<sup>4</sup> Mit diesem Axiom hat Mestmäcker unlängst zum Generalangriff auf die wohlfahrtsökonomische Auslegung und Anwendung des europäischen Kartellrechts seit der Verordnung Nr. 1/2003 der Europä-

ischen Kommission<sup>5</sup> angesetzt. Die zurückhaltende Formulierung verdeckt die Radikalität der Kritik. Im Kern geht es Mestmäcker um den Nachweis, dass die Beantwortung der Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vorliegt, eine marktbeherrschende Stellung missbraucht wird oder der Wettbewerb im Gemeinsamen Markt im Sinne der Fusionskontrollverordnung beschränkt wird, eben nicht davon abhängen könne, ob die streitgegenständliche Wettbewerbsbeschränkung als im wohlfahrtsökonomischen Sinne effizient anzusehen sei.

Die Auseinandersetzung mit dem Antagonismus zwischen Wettbewerbsfreiheit und Effizienz kann und wird von kartellrechtlicher Seite nicht ohne eine Abhandlung dessen vorgenommen, was die wirtschaftswissenschaftliche Literatur unter Effizienz versteht. Zu unterscheiden ist zwischen allokativer, produktiver und dynamischer Effizienz. Jenseits dieser begrifflichen Unterscheidung<sup>6</sup> scheint der Topos der Anpassungseffizienz den Ungewissheiten und Risiken, mit denen Unternehmen im Wettbewerb umgehen müssen, am ehesten zu entsprechen: „Die Angreifbarkeit von Märkten muss gewährleistet und die wettbewerbstypischen Anpassungsprozesse müssen vor einer Beschränkung von Vereinbarungen, Missbrauch und von

1 D. Schmidtchen: Wettbewerbsfreiheit oder Effizienz? – Zur Zweisamkeit von Recht und Ökonomie im Bereich der Wettbewerbspolitik, ORDO-Jahrbuch, Bd. 59, Stuttgart 2008, S. 143-184; auf ihn erwidern E.-J. Mestmäcker: Wettbewerbsfreiheit und unternehmerische Effizienz. Eine Erwiderung auf Schmidtchen, Ordo-Jahrbuch a.a.o., S. 185-208; sowie erneut D. Schmidtchen: Zum Verhältnis von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik: Eine Erwiderung auf Mestmäcker, ORDO-Jahrbuch, Bd. 60, Stuttgart 2009, S. 153-168.  
2 A. Schmidt, S. Voigt: Bessere europäische Wettbewerbspolitik durch den „more economic approach“? Einige Fragezeichen nach den ersten Erfahrungen, ORDO-Jahrbuch, Bd. 58, Stuttgart 2007, S. 33-50.  
3 A. Schmidt: Ordnungsökonomische Wettbewerbskonzepte: Die Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Effizienz, ORDO-Jahrbuch, Bd. 59, Stuttgart 2008, S. 209-236.  
4 E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014, § 3 Rz. 1.

5 VO (EG) Nr. 1/2003 des Rats vom 16.12.2002 ABI. 2003, Nr. L 1/1, im Folgenden VO 1/30.

6 Vgl. E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer, a.a.O., § 3 Rz. 79 ff.

**Prof. Dr. Markus C. Kerber** lehrt am Institut für Volkswirtschaftslehre und Wirtschaftsrecht der TU Berlin sowie an der Universität Panthéon-Assas (Paris II).

Marktmacht ohne Zusammenschluss geschützt werden.<sup>47</sup> Geht man von diesem Effizienzbegriff aus, so ist die Realisierung einzelunternehmerischer Effizienzen durch Economies of scale oder durch Verbundvorteile (Economies of scope) nicht notwendigerweise mit dem Ausschluss von Wettbewerbsbeschränkungen verbunden. Daher hat die Bilanzierung derartiger betriebswirtschaftlicher Vor- und Nachteile – beispielsweise im Rahmen der Efficiency defence – nichts mit der Frage zu tun, ob der Wettbewerb beschränkt wird.

Abgesehen von diesen ökonomietheoretischen Einwänden stellt sich im Rahmen des geltenden europäischen Primärrechts, aber auch im Rahmen der Fusionskontrollverordnung<sup>8</sup>, die Frage, ob eine Effektorientierung des Kartellrechts noch mit dem Postulat der Rechtssicherheit vereinbar ist. Die in Form von ökonomischen Darlegungen manifestierte Gewissheit der Generaldirektion Wettbewerb, die Effizienz von Wettbewerbsbeschränkungen messen zu können, mag in mancher Hinsicht als jene Anmaßung aufgefasst werden, die Hayek mehrfach und stets sehr grundsätzlich kritisiert hat.<sup>9</sup> De lege lata erweisen sich Effizienzbetrachtungen als ein außerordentlich problematisches Kriterium für die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen. Dies gilt nicht nur aus wirtschaftlicher, sondern auch aus rechtlicher Sicht. Mehr noch, eine Wettbewerbsbehörde, die Wettbewerbsbeschränkungen nach Effizienzkriterien beurteilen will, maßt sich das Wissen darüber an, wie Wettbewerbsprozesse ablaufen werden. Ihr Anspruch, Wettbewerbsbeschränkungen anhand von Effizienzkriterien beurteilen zu können, stellt das Wettbewerbsrecht und seine Ratio auf den Kopf: Wettbewerb als Entmachtungsinstrument wird rechtlich geschaffen und rechtlich verfasst garantiert, um ein Wissensproblem über den Markt einer Lösung zuzuführen. Jene Lösung ist ungewiss, weil jedweder Wettbewerbsprozess, so er denn jenseits von Wettbewerbsbeschränkungen, jenseits von Marktmissbrauch und jenseits der Marktbeherrschung durch Zusammenschlüsse stattfindet, grundsätzlich offen bleibt. Eine Wettbewerbsbehörde, die für sich gleichwohl in Anspruch nimmt, das Ergebnis eines solchen Prozesses anhand einer aktuellen Effizienzmessung beurteilen zu können, beseitigt mit diesem Anspruch ihre eigene Legitimationsgrundlage. Sie maßt sich Wissen an, über das sie nicht verfügt.

Trotz dieser Verirrung der Generaldirektion Wettbewerb bei der Anwendung und usurpatorischen Uminterpretation europäischen Kartellrechts hat sich der Ansatz ei-

ner wirkungsbasierten Auslegung des Kartellrechts unter wohlfahrtsökonomischen Gesichtspunkten bis hin zu einer Reduzierung des Kartellrechts auf Verbraucherschutz durchgesetzt.

### Wirkungsorientierte Auslegung des EU-Kartellrechts

Im Folgenden wird das wohlfahrtökonomische Eindringen von Effizienzkriterien anhand der verschiedenen wettbewerbsrechtlich relevanten Tatbestände des Europäischen Wettbewerbsrechts dargestellt. Dabei treten die juristischen Bedenken, die an anderer Stelle ausführlich dargelegt wurden,<sup>10</sup> in den Hintergrund, obwohl gerade die Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und der Absehbarkeit kartellrechtswidrigen Verhaltens für die Unternehmen den entscheidenden Einwand gegen die wirkungsbasierte Anwendung des Kartellrechts ausmachen.<sup>11</sup>

### Die Präzisierung von Effizienz durch Leitlinien

Mit der „Bekanntmachung der Kommission über Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag“<sup>12</sup> präzisierte die Kommission in administrativer Hinsicht die Konsequenz aus ihrer Umwertung des bisherigen Einzelfreistellungsvorbehalts in Art. 101 Abs. 3 AEUV in eine Legalausnahme. Obschon durch diese juristisch höchst problematische Uminterpretation von Primärrecht<sup>13</sup> die Grenzen zwischen Kartellverbot und Erlaubnis stark verschwommen sind, weil sich die Unternehmen sozusagen selbst veranlassen,<sup>14</sup> hielt es die Kommission für geboten, die einzelnen Tatbestände des von ihr nunmehr als Legalausnahme angesehenen Absatzes 3 zu präzisieren. Dies hat sie für Effizienzgewinne sehr differenzierend vorgenommen.<sup>15</sup> Sie bezieht sich auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach lediglich objektive Vorteile Berücksichtigung finden können. Daher seien sämtlich geltend gemachte Effizienzgewinne von den Unternehmen substantiiert und nachprüfbar vorzutragen nach der Art der Effizienzgewinne, der Verknüpfung zwischen der Vereinbarung und dem Effizienzgewinn und der Wahrscheinlichkeit und dem Ausmaß jedes geltend gemachten Effizienzgewinns sowie des Wie und Wann der Erreichung des Effizienzgewinns.

7 E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer, a.a.O., § 3 Rz. 82.

8 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rats vom 20.1.2004, ABl. 2004, Nr. L 24/1, im Folgenden FKVO.

9 F. A. von Hayek: Die Anmaßung von Wissen, Neue Freiburger Studien, Tübingen 1996, S. 3 ff.

10 Vgl. M. C. Kerber: Rezension zu: Mestmäcker/Schweitzer: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., in: Juristen Zeitung, Nr. 9-2015, S. 462-463.

11 Vgl. VO 1/30.

12 Vgl. Bekanntmachung der Kommission über Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, Amtsblatt der Europäischen Union vom 27.4.2004, C101/2

13 Vgl. hierzu den Streitstand bei E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer, a.a.O., § 14 Rz. 4-14.

14 Vgl. hierzu E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer, a.a.O., § 4 Rz. 2/15.

15 Vgl. Bekanntmachung der Kommission, a.a.O., Tz. 48 ff.

Darüber hinaus muss der Kausalzusammenhang zwischen den kartellrechtswidrigen Vereinbarungen und behaupteten Effizienzgewinnen hinreichend dargelegt werden. Eine besondere Form von Effizienzgewinnen sind Kosteneinsparungen.<sup>16</sup> Die Kommission nennt Synergieeffekte als eine wichtige Quelle von Effizienzgewinnen und unterscheidet bei letzteren zwischen Kosteneinsparungen durch Skalenvorteile und durch Verbundvorteile.<sup>17</sup> Bei vorgenannten Kosteneinsparungen muss der Wert der Einsparungen von den Unternehmen so genau wie möglich berechnet, geschätzt oder eingehend beschrieben werden.<sup>18</sup>

Unter Effizienzgewinnen versteht die Kommission technologische Fortentwicklungen qualitativer Art. Allerdings kann auch in der Zusammenlegung von Produktionsanlagen zur Herstellung höherwertiger Produkte oder Produkte mit neuen Merkmalen ein solcher qualitativer Effizienzgewinn gesehen werden.<sup>19</sup> Nicht zu vergessen sind die Präzisierungen zum Tatbestand der angemessenen Beteiligung der Verbraucher.<sup>20</sup> Diese tatbestandliche Erwähnung der Verbraucherbeteiligung hat in der Praxis dazu geführt, dass der Verbraucherschutz – im Unterschied zur angemessenen Beteiligung der Verbraucher an Vereinbarungen gemäß Art 101 Abs. 1 AEUV – sich zum Telos des Kartellrechts gemauert hat. Mestmäcker meint, dass die wirkungsbasierte Anwendung des Kartellrechts den Verbraucher zum Schutzbefohlenen der Art. 101 ff. AEUV habe werden lassen.<sup>21</sup>

#### „Effizienzgewinne“ bei horizontaler Zusammenarbeit

In der Mitteilung der Kommission über Leitlinien zur Anwendung von Art. 101 des AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (Horizontalleitlinien)<sup>22</sup> setzt sich die Fokussierung der Europäischen Kommission auf die Bemessung von Effizienzgewinnen als zentralem Kriterium der kartellrechtlichen Beurteilung fort. So ist nach Meinung der Kommission der Informationsaustausch zwischen Unternehmen grundsätzlich geeignet, Effizienzgewinne zu realisieren. Dies treffe auch für den Austausch von Verbraucherdaten zwischen Unternehmen auf Märkten mit asymmetrischen Informationen zu.<sup>23</sup> Bei Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen begnügt

sich die Kommission mit der banalen Feststellung, dass solche Vereinbarungen mit oder ohne gemeinsame Verwertung möglicher Ergebnisse allein durch die Bündelung komplementärer Fähigkeiten und Vermögenswerte zu Effizienzgewinnen und damit zu einer schnelleren Entwicklung und Vermarktung verbesserter und neuer Produkte und Technologien führen könnten.<sup>24</sup> Nirgends deutlicher als in diesem Zusammenhang hat die Kommission damit die kartellrechtliche Würdigung von Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen dadurch ersetzt, dass sie die betriebswirtschaftliche Herleitung einer solchen Zusammenarbeit nur noch billigend nachvollzieht. Die Effizienzüberlegungen von Unternehmen, die eine Forschungs- und Entwicklungszusammenarbeit vereinbaren und auf entsprechende Effizienzen hoffen, haben aber bereits konzeptionell nichts mit dem Telos des Art. 101 AEUV zu tun, Märkte grundsätzlich offen zu halten und den Wettbewerbsprozess um dessen Freiheit willen zu schützen. Die Würdigung von Effizienzgewinnen im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV übernehmen die simplen Gedankengänge der Leitlinien.<sup>25</sup>

Eine besondere Bedeutung bei der Horizontalrichtlinie nimmt das sogenannte „Kollusionsergebnis“ ein.<sup>26</sup> Ohne eine Verbindung zwischen dem Tatbestand der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung herzustellen, hat die Kommission anhand dieses Kriteriums qualifiziert, was eine Wettbewerbsbeschränkung sei bzw. nicht sei. So heißt es: „Die Wahrscheinlichkeit eines Kollusionsergebnisses hängt von der Marktmacht der Parteien und den Merkmalen des relevanten Marktes ab. Ein Kollusionsergebnis kann insbesondere, aber nicht nur dann entstehen, wenn die Produktionsvereinbarung zu einer Kostenangleichung führt oder einen Informationsaustausch zur Folge hat.“<sup>27</sup>

Die nachfolgende Präzisierung der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen von Produktionsvereinbarungen wirken apodiktisch: „Eine Produktionsvereinbarung zwischen Parteien mit Marktmacht kann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn die Angleichung ihrer Kosten (d.h. der Anteil der variablen Kosten, die den Parteien gemein sind) ein Niveau erreicht, das ihnen eine Kollusion ermöglicht. Maßgebend sind die variablen Kosten des Produkts, mit denen die Parteien der Produktionsvereinbarung miteinander im Wettbewerb stehen.“<sup>28</sup>

16 Vgl. hierzu ebenda, Tz. 64 ff.

17 Vgl. ebenda, Tz. 66 und 67.

18 Vgl. ebenda, Tz. 56.

19 Vgl. ebenda, Tz. 69-71.

20 Vgl. ebenda, Rz. 83 ff.

21 E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer, a.a.O., § 3 Rz. 89.

22 Europäische Kommission: Mitteilung über Leitlinien zur Anwendung von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über die horizontale Zusammenarbeit, Amtsblatt der Europäischen Union vom 14.1.2011, C11/1.

23 Vgl. Europäische Kommission: Horizontalleitlinie 2011, Tz. 95-97.

24 Ebenda, Tz. 141.

25 Vgl. ebenda, Tz. 183 ff.

26 Vgl. hierzu ebenda, Tz. 175-182.

27 Vgl. ebenda, Tz. 175. Darüber hinaus sei „ein Kollusionsergebnis in Folge einer Produktionsvereinbarung“ wahrscheinlich, „wenn den Parteien bereits vor Abschluss der Vereinbarung ein hoher Anteil der variablen Kosten gemein ist, so dass der weitere Zuwachs den Ausschlag für das Vorliegen eines Kollusionsergebnisses geben könne.“

28 Ebenda, Tz 176.

### Marktmissbrauch und „as efficient competitor“-Doktrin

In der Prioritätenmitteilung zum Behinderungsmisbrauch gemäß Art. 102 AEUV<sup>29</sup> hat sich die Kommission von der Auslegung des europäischen Rechts durch die Unionsgerichte weniger als in anderen Bekanntmachungen entfernt. Dennoch fährt sie fort, mit Effizienz kategorien der Wohlfahrtsökonomie Wettbewerbsbehinderungen – selbst in gravierenden Fällen – zu relativieren. So will sich die Kommission auf diejenigen missbräuchlichen Verhaltensweisen konzentrieren, die den Verbrauchern am meisten schaden.<sup>30</sup> Bei der Verhinderung von wettbewerbswidrigen Marktverschließungen stellt sie darauf ab, ob im Wege eines „as efficient competitor“-Ansatzes das angegriffene Verhalten andere genauso effiziente Wettbewerber wie das marktbeherrschende Unternehmen daran hindern würde, am Wettbewerb teilzunehmen.<sup>31</sup> Ferner kann sie sich bei Fragen der Vergleichbarkeit der Unternehmen nicht von der Betrachtung von Kostenstrukturen lösen.<sup>32</sup>

Wozu sich die Kommission in ihrer Prioritätenmitteilung versteift, wird bei Studium ihres Wortlauts deutlich: „Die Kommission vertritt die Auffassung, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen auch ein zur Ausschließung von Wettbewerbern führendes Verhalten mit Effizienzvorteilen begründen kann, die ausreichend sind, um zu gewährleisten, dass dadurch wahrscheinlich den Verbrauchern unter dem Strich kein Schaden entsteht.“<sup>33</sup> Um sich als marktbeherrschendes Unternehmen das kartellbehördliche Privileg einer Ausschließung von Wettbewerb ermöglichenden Verhaltens zu verdienen, muss das marktbeherrschende Unternehmen allerdings kumulativ nachweisen und belegen, worin die Effizienzvorteile durch technische Verbesserungen und Kostensenkungen bei Herstellung oder Vertrieb bestehen und die Notwendigkeit des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens zur Erreichung der Effizienzvorteile als unverzichtbar darlegen. Auch müssen die herbeigeführten Effizienzvorteile stärker wiegen als die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb, und letztere dürfen den Restwettbewerb auf absehbare Zeit nicht vollständig beseitigen.

29 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, Amtsblatt der Europäischen Union vom 24.2.2009, C45/7.

30 Vgl. Europäische Kommission: Prioritätenmitteilung, Tz. 5: „Dabei geht es der Kommission vor allem darum, den Wettbewerbsprozess und nicht einfach die Wettbewerber zu schützen“.

31 Vgl. ebenda, Rz. 23.

32 Vgl. ebenda, Rz. 25.

33 Mittels eines solchen Tests soll der Preis ermittelt werden, zu dem ein ebenso effizienter Wettbewerber wie das Unternehmen in marktbeherrschender Stellung seine Produkte hätte anbieten müssen, um den Kunden für den Verlust des vom Unternehmen in beherrschender Stellung gewährten Rabatts zu entschädigen. Ebenda, Rz. 30.

Der „as efficient competitor“-Ansatz restringiert den Anwendungsbereich des Behinderungsmisbrauchs contra legem. Denn abgesehen von der Schwierigkeit der Effizienzmessung von Unternehmen (hierüber entscheidet in aller Regel der Wettbewerb) steht das Recht auf Teilnahme am Wettbewerb gerade auf vermachteten Märkten eben nicht nur „effizienten“ Unternehmen zu.<sup>34</sup>

### „Wirkungsorientierte“ Anwendung der Fusionskontrolle

Besondere Ausstrahlung entfaltet die „effect based application“-Anwendung des Kartellrechts im Bereich der Fusionskontrolle. Vorauszuschicken ist, dass durch die Neufassung der bis zum 30.4.2004 geltenden Fusionskontrollverordnung der Untersagungstatbestand in Art. 2 Abs. 3 FKVO neu orientiert und damit der Unterschied zwischen Fusionskontrolle und Kartellverbot verwischt wurde. So heißt es in Art. 2 Abs. 3 FKVO: „Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder im wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, sind mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären.“ Ob mit dieser Neuformulierung die Erfassung von Zusammenschlüssen in Oligopolmärkten, die den Wettbewerbsdruck aus dem Markt nehmen, ohne dass die Mitglieder des Oligopols ihr Marktverhalten organisieren, gelungen ist, kann an dieser Stelle nicht beantwortet werden.

Hinsichtlich der Eignung von Effizienzvorteilen als Beurteilungskriterium gemäß Art. 2 Abs. 3 FKVO bleibt sich die Kommission jedoch treu.<sup>35</sup> Diese Ausführungen über das Verhältnis von Effizienzvorteilen und marktbeherrschender Stellung setzen voraus, dass entgegen der hergebrachten Definition einer marktbeherrschenden Stellung – Fehlen wesentlichen Wettbewerbs auf dem betroffenen und relevanten Markt – Effizienzvorteile auch ohne Wettbewerb denkbar sind.<sup>36</sup>

So hat die Europäische Kommission entsprechend der Efficiency defense in der US-amerikanischen Fusionskontrolle und den zugrunde liegenden Merger Guidelines einen sogenannten Efficiency-Test entwickelt. Diese Methoden der Marktbeurteilung sind im Wesentlichen in den bereits erörterten Leitlinien über horizontale Zusammenschlüsse sowie für nicht horizontale Zusammenschlüsse enthalten und gehen von der Annahme aus, dass die mit einem Zusammenschluss verbundenen Effizienzvorteile potenzielle

34 Mestmäcker hat hierfür die griffige Formel verwandt, dass die Effizienz als Kriterium für das Recht an der Teilnahme des Wettbewerbs zu einem Marktordnungsanspruch von Marktbeherrschern führe, die sich für effizienter halten als ihre Rivalen.

35 Vgl. dazu insbesondere Erwägungsgrund 29 der FKVO.

36 So auch E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer, a.a.O., § 26 Rz. 8 ff.

Nachteile auszugleichen vermögen. Wie bereits dargelegt, müssen diese Vorteile allerdings sowohl nachprüfbar als auch fusionsspezifisch und mit erheblichen Vorteilen für die Verbraucher verbunden sein. Die Unionsgerichte beschränken sich bislang darauf, die Entscheidungen der Kommission<sup>37</sup> darauf zu überprüfen, ob die Kommission die Leitlinie in den Einzelfällen auch angewandt hat.

Die Effizienzbetrachtung wird sogar bei Spezialfragen des selektiven Vertriebs angewendet. So hat das Europäische Gericht bei der Beurteilung von Treuerabatten, die ein Unternehmen mit 70% Marktanteil gewährte, deren Wettbewerbswidrigkeit im Rahmen des Behinderungsmissbrauchs bejaht, ohne im Unterschied zur Europäischen Kommission den Vergleich mit einem gleichermaßen effizienten Wettbewerber vorzunehmen. Das Gericht führt in diesem Zusammenhang aus, dass eben nicht mittels des sogenannten „as efficient competitor“-Tests geprüft zu werden brauchte, ob die Kommission die Geeignetheit der Rabatte, einen ebenso effizienten Wettbewerber wie Intel zu verdrängen, richtig beurteilt habe. Das EuG wies darauf hin, dass der von einem Unternehmen in marktbeherrschender Stellung gewährte Exklusivrabatt bereits seiner Art nach geeignet sei, den Wettbewerb zu beschränken.<sup>38</sup>

### Kritik und Würdigung des „Effizienztopos“ im Europäischen Wettbewerbsrecht

Im Folgenden geht es um die Frage, ob man die Anwendung des Kartellrechts zwecks Aufhebung von Freiheitsbeschränkungen und ihrer eventuellen Sanktionierung davon abhängig macht, welche Ergebnisse (Performance) das kartellrechtsrelevante Verhalten bislang gezeigt habe. Da man schlechthin nicht weiß und auch nicht wissen kann, welche Performance bzw. welches Marktverhalten entstanden wäre, wenn die Freiheitsoptionen ohne jene privatautonomen Einschränkungen, die kartellrechtsrelevant sind, ausgeübt worden wären, ist jedwede Konditionierung der Kartellrechtsanwendung durch eine ökonomische Wirkungsanalyse außerhalb der Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV ein ökonomietheoretisch begründeter Verzicht auf Freiheitsspielräume. Dies ist im Kern der Vorwurf, der sowohl an die Vertreter der US-amerikanischen Kartellrechtsökonomik als auch an ihre Brüsseler „Evangelisten“ zu richten ist.

Aufschlussreich ist, diesen Gedankengang anhand der geschichtlichen Entwicklung von Wettbewerbs- und Preistheorie zu verfolgen. So landet man bei einer Auseinandersetzung mit der Chicago School of Antitrust Analysis sowie ihren verschiedenen Vertretern schnell bei den

wohlfahrtsökonomischen Effizienzüberlegungen, die sich im Rahmen der wenig reflektierten Übernahme der US-amerikanischen Analyse in der Brüsseler Praxis festgesetzt haben. Was von Kritikern der Brüsseler Politik den Post-Chicago-Vertretern für die wettbewerbsrechtliche Entscheidung als irrelevant vorgeworfen wird<sup>39</sup>, hat sich gleichwohl in der Brüsseler Praxis unter dem Begriff des wirkungsbasierten Ansatzes der Kartellrechtsanwendung (Effects-based-Ansatz) durchgesetzt.<sup>40</sup> Diese Fachkritik verbleibt im vermeintlich Unpolitischen. Denn in der Sache geht es der Europäischen Kommission nicht um einen Theorienstreit oder um eine sachgerechte Anwendung des Kartellrechts. Bereits mit der VO (EU) Nr. 1/2003 hatte sie deutlich gemacht, dass sie sich als Herrin des Primärrechts ansieht und sich nicht scheut, im Wege des Sekundärrechts die primärrechtlichen Weichenstellungen des Kartellrechts zu ändern. Daran hat der heftige akademische Widerspruch<sup>41</sup> nichts geändert. Der „More economic approach“<sup>42</sup> ist somit nur vordergründig ein Streit um Methoden. Im Ergebnis geht es um zwei Aspekte, die in der rechtlichen Kommentierung nicht immer beim Namen genannt werden:

- Zum einen ist die Ökonomisierung in der Sache eine Ökonometrisierung der Entscheidungsbegründung. Woher die Daten hierfür stammen, ist intransparent. Die Ökonometrisierung ist daher als Objektivierung der Entscheidung fraglich, denn die benutzten Modelle stehen untereinander im Wettbewerb. Diesem „methodischen Ansatz“ liegt das sichtbare Bestreben der Kommission zugrunde, sich von jedweder Rechtsbindung zu emanzipieren.<sup>43</sup>
- Zum anderen geht es der Kommission erkennbar um das Marketing für ihre Wettbewerbspolitik.<sup>44</sup> Das Abstellen auf wohlfahrtsökonomische Wirkungen bei der Anwendung von zentralen kartellrechtlichen Normen suggeriert Bürgernähe bzw. Verbraucherorientiertheit und erleichtert es der Europäischen Kommission, unter den Bedingungen der Mediengesellschaft die Akzeptanz für ihre Entscheidungen zu organisieren.

39 E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer, 2014, a.a.O., § 3 Rz. 42.

40 Ebenda, § 3 Rz. 43 ff.

41 Vgl. E.-J. Mestmäcker: Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Bd. 17, 1999, S. 523 ff.; ferner E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer, 2004, a.a.O., § 13 Rz. 9-15.

42 Umfassend D. Schmidtchen, M. Albert, S. Voigt: The More Economic Approach to European Competition Law, Tübingen 2007.

43 Schüller (2011, S. 632 ff.): Schüller hat in diesem Zusammenhang von „punktuellistischer Rule of Reason“ gesprochen und vorgeschlagen, den More Economic Approach in More Political Approach umzubenennen.

44 Vgl. hierzu Europolis: Disziplinierende Kartellaufsicht?, 2015, <http://www.europolis-online.org/allgemein/disziplinierende-kartellaufsicht/>.

37 So beispielsweise EuG, 6.7.2010 – T-342/07, Ryanair.

38 Vgl. hierzu EuG, 12.6.2010 – T-286/09, Intel.

Der entscheidende Einwand gegen die Anwendung des Europäischen Kartellrechts unter Bezug auf die wohlfahrtsökonomischen Wirkungen hängt damit zusammen, dass „eine Norm, die wohlfahrtsminderndes Verhalten im Wettbewerb verbietet und wohlfahrtssteigerndes Verhalten erlaubt“, mit den rechtsstaatlichen Anforderungen an Klarheit und Transparenz von Normen unvereinbar ist.<sup>45</sup> Unter Hinweis auf Dirlam/Kahn<sup>46</sup> lässt sich diese Beobachtung im Zusammenhang mit dem sogenannten Performance-Test präzisieren. Der Test – so Dirlam/Kahn – betrachte den Wettbewerbsprozess vom falschen Ende her. Die wesentliche Aufgabe der Wettbewerbspolitik in einem Wettbewerbssystem bestehe darin, den Rahmen für faire Marktverhältnisse zu erhalten, was immer die Marktergebnisse sein mögen.<sup>47</sup>

Auf der Grundlage dieser kritischen Betrachtung ist es verwunderlich, dass die Berücksichtigung von Effizienzen im Wettbewerbsprozess, insbesondere im Wege eines sogenannten Effect-Balances-Tests, von der Generaldirektion Wettbewerb als unproblematisches kartellrechtlich geeignetes Kriterium angenommen wurde.<sup>48</sup> Der Hieb, den Mestmäcker gegen die US-amerikanische Kartellrechtsanalyse und gegen Teile der neuen Institutionenökonomik führt, ist elegant und treffend zugleich. Fraglich ist indessen, ob sich die mittlerweile eingeschliffenen und in Brüssel aus unterschiedlichen Motiven etablierten Methoden allein durch die elegante Prosa werden revidieren lassen. Denn die Autonomisierungstendenz der Kommission, abgesegnet durch die Verwerfungsrestriktion des Art. 293 AEUV<sup>49</sup>, hat dazu geführt, dass die Kommission zur Steigerung ihrer Autorität die Auslegung von Vertragsvorschriften in Leitlinien festgelegt hat. Diesen können sich die rechtsunterworfenen Unternehmen faktisch kaum entziehen, obwohl keine dieser Leitlinien formal als Verordnung von den zuständigen Organen der Europäischen Union verabschiedet worden ist. „Hier wird das Bestreben deutlich, mithilfe von Leitlinien ein Regelwerk durchzusetzen, das in den Wirkungen einer Verordnung gleichkommt, ohne aber deren Zuständigkeits- oder Verfahrensregelungen zu unterliegen.“<sup>50</sup> Zu kritisieren ist diese Praxis für den Fall, dass sich die Leitlinien der Kommission im Wider-

spruch zu der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte befinden.<sup>51</sup>

Bei der Lektüre der sogenannten Horizontalleitlinien<sup>52</sup> ist Kritik am Brüsseler Gewaltkonglomerat, bestehend aus Kommission, Rat und Parlament, angebracht. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Brüsseler Gewaltenteilung gerade aufgrund des legislativen Mitwirkungsrechts des Parlaments und des Initiativmonopols der Kommission sowie der Voreingenommenheit des Europäischen Gerichtshofs gegenüber den rechtssetzenden und rechtsanwendenden Organen der Union ein abgehobener, pseudonormativ geprägter Machtkomplex geworden ist. Die Ungeniertheit, mit der die Kommission sich zum Interpretieren von Primärrecht bei der Schaffung der VO (EU) Nr. 1/2003 gemacht hat, und die Kühnheit der Leitlinienpolitik der Kommission in Gestalt von horizontalen Leitlinien sowie der Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3 EGV (heute Art. 101 Abs. 3 AEUV) von 2004 belegen diese Autonomisierungstendenz genauso wie die Mitteilung zum Behinderungsmisbrauch.<sup>53</sup> Diese institutionellen Maßstäbe des Brüsseler Gewaltkonglomerats werden jenseits der Kartellrechtsanwendung im Staatsrecht seit geraumer Zeit kritisch unter die Lupe genommen.<sup>54</sup>

Die Kritik an der Europäischen Wettbewerbspolitik könnte deutlicher ausfallen. Dies gilt umso mehr, als im Rahmen der Mitteilung zum Behinderungsmisbrauch die Kommission wettbewerbswidrige Marktverschließungen bekämpfen will, wenn „das fragliche Verhalten anderer, genauso effizienter Mitbewerber wie das marktbeherrschende Unternehmen eine Teilnahme am Wettbewerb hindert“. Mit Recht darf einmal mehr darauf hingewiesen werden, dass das Effizienzkriterium wettbewerbs- oder ordnungsökonomisch fraglich und rechtsstaatlich unvertretbar ist.<sup>55</sup>

### Die effizienzökonomischen Betrachtungen in der Entscheidungspraxis

Durch die Kartellverordnung 1/2003 hat die Europäische Kommission nicht nur das Primärrecht grundlegend geändert, sondern auch die verfahrensrechtliche Position zu ihren Gunsten beeinflusst.<sup>56</sup> Denn gemäß Art. 7/9 der

45 E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer, a.a.O., § 3 Rz. 60.

46 J. B. Dirlam, A. E. Kahn: Fair Competition: The Law and Economics of Antitrust Policy, Greenwood 1954, S. 39.

47 E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer, a.a.O., § 3 Rz. 68, in den USA findet ein solcher Test nicht statt, ebenda, § 8 Rz. 31.

48 Ebenda, § 3 Rz. 85 ff.

49 Hiermit ist das monopolistische legislative Vorschlagsrecht der Kommission, das seit Gründung der EWG trotz mannigfacher Änderungen nie modifiziert wurde, gemeint. Abgesehen vom Mitentscheidungsverfahren (vgl. Art. 293 Abs. 4, 5 AEUV) kann der Rat nur einstimmig eine legislative Initiative der Kommission verwerfen. Vgl. J. Schwarze: EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2008, Art. 250 Rz. 3 ff.

50 E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer, a.a.O., § 4 Rz. 77 ff.

51 Ebenda, § 4 Rz. 84.

52 Ebenda, § 4 Rz. 86 ff.

53 E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer, a.a.O., § 4 Rz. 112 sowie § 4 Rz. 115 ff.

54 Vgl. C. Möllers: Die drei Gewalten: Legitimation der Gewaltenteilung im Verfassungsstaat Europäischer Integration und Internationalisierung, Weilerswist 2008, S. 172 ff.

55 E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer, a.a.O., § 4 Rz. 122, Denn „die Effizienz der Unternehmen entscheidet nicht über ihr Recht auf Teilnahme am Wettbewerb. Die gegenteilige Auffassung würde zu einem Marktordnungsanspruch von Marktbeherrschern, die sich für effizienter halten als ihre Rivalen, führen.“

56 Vgl. ausführlich ebenda, § 21 Rz. 29 ff, bes. 40 und 47.

besagten Verordnung ist sie befugt, zur Abwendung eines kartellrechtlichen Verfahrens gegen das betroffene Unternehmen von diesem Zusagen entgegenzunehmen, die die Fortsetzung des Verfahrens hinfällig machen. Es ist semantisch aufschlussreich, dass sich Sachbearbeiter innerhalb der Kommission mittlerweile als Case-Handler bezeichnen. Soweit durch die kontrovers diskutierte Zusagenpraxis Fälle an die Öffentlichkeit dringen, wird deutlich, in welchem Umfang sich effizienzökonomische Argumente in der Kommissionspraxis breit gemacht haben. Die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen gemäß Art. 101 und 102 AEUV geschieht weniger anhand der dort genannten, nicht zur Disposition der Europäischen Kommission stehenden Tatbestände, sondern in Gestalt einer Bilanzierung der Vor- und Nachteile der vermeintlichen Wettbewerbsbeschränkung.

### Essential Facility Doctrine

Im Rahmen der Anwendung des Art. 102 AEUV zum Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung hat dies dazu geführt, dass sich unter Billigung der Gerichte die sogenannte Essential Facility Doctrine entwickeln konnte. In der Magill-Entscheidung<sup>57</sup> hat das Europäische Gericht entschieden, dass sich der Inhaber eines Urheberrechts durch die Art und Weise der Wahrnehmung seines Rechts in Widerspruch zu den in Art. 102 AEUV geschützten Zielen setzen kann. Wird hierdurch der Wettbewerb im Binnenmarkt schwerwiegend eingeschränkt, so kann das Interesse an der effektiven Durchsetzung des in Art. 102 AEUV geregelten Missbrauchstatbestands das Interesse am Schutz des Urheberrechts überwiegen. Das Folgeurteil, die Entscheidung Bronner<sup>58</sup>, versuchte die Konturen der Essential Facility Doctrine weiter zu schärfen. Ähnliches geschah durch das Urteil des Gerichtshofs vom 29.4.2004, mit der die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Magill die Missbräuchlichkeit der Verweigerung einer Lizenz für die Nutzung eines Immaterialgüterrechts festgelegt hatte.<sup>59</sup>

Die unterschiedlichen Fälle der Essential Facility Doctrine betreffen stets den kartellbehördlich angeordneten Kontrahierungszwang als Antwort auf eine Geschäftsverweigerung. Sie sind eine europarechtliche Ableitung aus dem US-amerikanischen Antitrust-Recht.<sup>60</sup> Dort wurden sie sowohl als eine Abhilfe (remedy) sowie als Sanktion des durch den Sherman-Act begründeten Verbots der Monopolisierung entwickelt. Die einzelnen von der Kommission aufgegriffenen und bearbeiteten Fälle sind von

57 EuG, 10.7.1991 – T-70/89.

58 EuGH, 26.11.1998 – C-7/97.

59 EuGH, 29.4.2004 – C-418/01, IMS Health; vgl. zum Sachverhalt im Einzelnen E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer, a.a.O., § 19 Rz. 82.

60 Vgl. hierzu ebenda, § 19 Rz. 55 ff.

der Rechtsprechung des EuGH in den tatbestandlichen Voraussetzungen durchweg geschärft worden. So muss zwischen dem Inhaber der Einrichtung und dem Zugang suchenden Unternehmen ein Wettbewerbsverhältnis auf dem Markt bestehen, auf dem sich die Zugangsverweigerung wettbewerbsbehindernd auswirkt. Insofern knüpft die Kommissionspraxis an die Rechtsprechung des EuGH zu missbräuchlichen Geschäftsverweigerungen an. In der Rechtssache Bronner<sup>61</sup> stellte der EuGH für die Anwendung der Essential Facility Doctrine klar, dass es keinen tatsächlich zumutbaren Ersatz für die Einrichtung geben dürfe, die Zugangsverweigerung zur Einrichtung geeignet sein müsste, jeglichen Wettbewerb auf dem nachgeordneten Markt durch diejenigen, die die Dienstleistung begehren, auszuschalten und letztlich die Verweigerung objektiv nicht gerechtfertigt werden könne.

Spätestens bei der objektiven Verweigerung stellt sich die Frage, ob die Innovationsanreize des Marktbeherrschers durch den kartellbehördlich veranlassten Zugang zu seiner Einrichtung beseitigt werden. Insofern hat die Europäische Kommission mit der Essential Facility Doctrine gerade bei der Öffnung von Netzen im Wege der Marktbeherrschungsaufsicht das Feld der Regulierung betreten.

### Abgrenzung zwischen Regulierung und Missbrauchsaufsicht

Wie schwierig die Abgrenzung zwischen Regulierung und Marktmissbrauchsaufsicht ist, wird aus der Handhabung des Microsoft-Falles deutlich.<sup>62</sup> Angesichts von Marktanteilen bei bestimmten Betriebssystemen in Höhe von 90% bzw. 60% sowie aus einer leichtthin festgestellten Unerlässlichkeit der Interoperationalitätsoptionen für die Tätigkeit der Anbieter von Betriebssystemen sind die Ausführungen des EuG zur Ausschaltung wirksamen Wettbewerbs wie zur objektiven Rechtfertigung von besonderem Interesse. Hiernach sei für einen Verstoß nach Art. 102 AEUV nicht die Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs erforderlich. Andernfalls könne Art. 102 AEUV erst angewandt werden, wenn auf dem betreffenden Markt kein oder praktisch kein Wettbewerb mehr bestände. Im Hinblick auf die Netzwerkeffekte von Märkten, also der Irreversibilität des Wettbewerbsrückgangs, sei eine solche tatbestandliche Anforderung nicht gerechtfertigt. Die in den Vorurteilen geforderte Einschränkung der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher (Art. 102 b AEUV) war im Microsoft-Fall von der Kommission dergestalt geltend gemacht worden, dass sie darauf hinwies, in welchem Maße Konkurrenten von Microsoft zwar ständig verbesserte Produkte betrieben und sich eben nicht darauf beschränkten, Microsoft

61 EuGH, 26.11.1998 – C-7/97, Rz. 1.

62 Vgl. hierzu EuG, 17.9.2007 – T-201/04.

zu kopieren. Das EuG hatte dem im Ergebnis folgend bestätigt, dass Microsoft die Konkurrenten dann in der Entwicklung hinreichend kooperativer Arbeitsgruppenserver behindere, wenn die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher eingeschränkt würden.

Indessen weist Mestmäcker darauf hin, dass das EuG nicht alleine auf Verbraucherentschädigung abstelle. Vielmehr betone es, dass Microsoft in die „Struktur des wirksamen Wettbewerbes“ auf dem Markt der Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver eingegriffen und dort einen erheblichen Marktanteil erworben habe.<sup>63</sup> Dies legt die Folgerung nahe, das EuG lasse bei Art. 102 AEUV die Efficiency Defense im Sinne einer Gesamtbilanzierung der aus dem Verhalten des Marktbeherrschers folgenden Wohlfahrtswirkungen nicht zu.

### Zusammenschlusskontrolle

Bei der Zusammenschlusskontrolle spielt die Effizienzökonomie eine besonders wichtige Rolle. Obwohl Art. 2 Abs. 3 FKVO (Fusionskontrollverordnung) ausschließlich auf eine erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt durch den zu untersuchenden Zusammenschluss abstellt, fordert die FKVO<sup>64</sup> die Kommission auf, die durch den Zusammenschluss veranlassten Effizienzvorteile genau zu untersuchen. Denn es sei möglich, dass „die durch einen Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile, die Auswirkungen der Vorteile auf den Wettbewerb, insbesondere den möglichen Schaden für die Verbraucher ausgleichen“. In solchen Fällen würde der Wettbewerb im Gemeinsamen Markt insbesondere nicht durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung erheblich behindert.

Der Leser stutzt angesichts dieser Argumentation. Wie soll wirksamer Wettbewerb trotz der Existenz einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens fortbestehen und aufgrund seiner Wirkung rechtfertigend wirken? Denn die marktbeherrschende Stellung wird als das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs definiert. Es scheint also nach Auffassung der Kommission die Möglichkeit zu bestehen, dass trotz marktbeherrschender Stellung eines oder mehrerer Unternehmen wirksamer Wettbewerb besteht und dieser erhebliche Effizienzvorteile mit sich bringe. Damit wird auf Seiten der Kommission unterstellt, dass man auch auf hochkonzentrierten Märkten durch die weitere Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung Effizienzvorteile erwirtschaften könne.

63 Vgl. E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer, a.a.O., § 19 Rz. 92.

64 Vgl. Erwägungsgrund 29 der EG-Fusionskontrollverordnung, Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Amtsblatt der Europäischen Union vom 29.1.2004, L 24/1.

Wie die Europäische Kommission derartige Effizienzvorteile messen will, lässt sie jedenfalls in den Erwägungsgründen zur FKVO offen. In der Praxis werden ökonomische Untersuchungen der Kommission vorgelegt.<sup>65</sup> Gerichte haben gegenüber derart mathematisierten Methoden kaum Nachprüfungsmöglichkeiten. Man wird wohl ernüchternd feststellen müssen, dass sich mit dieser Relativierung von Marktmacht die Fusionskontrolle von wettbewerblichen Überlegungen definitiv verabschiedet hat.

Daran ändert die Entschiedenheit der Kommission nichts, die Auswirkungen eines Zusammenschlusses, der in wettbewerblicher Hinsicht durch den Vergleich der Wettbewerbsbedingungen mit und ohne Zusammenschluss zu würdigen (sogenanntes Counterfactual).<sup>66</sup> Entscheidungen in der Zusammenschlusskontrolle sind indessen immer Prognoseentscheidungen, die ausschließlich evaluieren, welche Wirkung der Zusammenschluss in der Zukunft haben wird. Die Frage, wie sich der Markt ohne Zusammenschluss entwickelt hätte, kann bestenfalls dann relevant sein, wenn das am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen ohne den Zusammenschluss (Sanierungsfusion) aus dem Markt ausgeschieden wäre. Die Bemühungen der Europäischen Kommission, die effizienzökonomischen Bewertungen aus dem Reich der Willkür auf die Ebene einer wissenschaftlich transparenten nachvollziehenden Bewertung zu tragen, haben sich im SICT-Test niedergeschlagen. Es ist nicht zu viel vermutet, dass hierzu drei zurückweisende Urteile des EuG in Fusionskontrollfällen beigetragen haben. Dabei handelt es sich um die Entscheidung des EuG in Sachen Air-Tours<sup>67</sup>, Schneider Electric<sup>68</sup> und Tetra Laval<sup>69</sup>. Die Bemühungen der Europäischen Kommission, ihre effizienzökonomischen Überlegungen zu professionalisieren, haben indessen bislang nur Niederschlag in den Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse gefunden. Diese fordern, dass die genannten Effizienzen in engem Zusammenhang mit dem Zusammenschluss stehen (Kausalität), den Verbrauchern zugutekommen und im Übrigen nachprüfbar sind.

So wird der Verhandlung zwischen Europäischer Kommission und Unternehmen Tür und Tor geöffnet. Die Forderung nach einer präzisen Darlegung fusionspezifischer Vorteile, die für Verbraucher nutzbar sind, kann – abgesehen von ihrer rechtlichen Relevanz – zwar Gegenstand eines industriepolitischen Bargain zwischen Kommission und Unterneh-

65 Ihre Modelle sind intransparent und umstritten. Die Datenquelle ist oft obskur.

66 Vgl. Kommission: Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Amtsblatt der Europäischen Union vom 5.2.2004, C 31/5, Rz. 9.

67 EuG, 6.6.2002 – T-342/99.

68 EuG, 22.10.2002 – T-310/01.

69 EuG, 25.10.2002 – T-80/02.

men sein, dürfte indessen wenig geeignet sein, im Rahmen eines gerichtlichen Überprüfungsverfahrens kritisch revidiert zu werden. Dennoch wird von den geistigen Anstiftern der Effizienzökonomie bislang keinerlei Selbstkritik geübt.<sup>70</sup>

Es ist gewiss nicht Skepsis gegenüber der Wirtschaftswissenschaft und ihren mathematischen Modellmethoden, wenn das forcierte Bemühen der Europäischen Kommission, effizienzökonomische Vorteile ökonomisch herzuleiten, kartelljuristischen Bedenken begegnet. Entscheidungen in der Zusammenschlusskontrolle sind und bleiben Prognoseentscheidungen. Ließe sich die Zukunft modellieren, wären Wettbewerbsprozesse, so auch die strukturelle Wirkung von Zusammenschlüssen, exakt berechenbar. Dies widerspricht nicht nur der Komplexität von Wettbewerbsprozessen, sondern schlichtweg der Realität. Die Kommission hat sich durch ihren politischen Machtwillen verleiten lassen, sich ein Wissen anzumaßen, über das sie nicht verfügen kann. Das Ergebnis ist eine Verflachung der Fusionskontrolle im Sinne einer industriepolitischen Rule of Reason.

Diese Feststellung kann nicht ohne einen Seitenhieb auf den Anstifter des More Economic Approach und Wohlfahrtsökonom Rölller geschehen, der in seiner Funktion als Chefökonom der Europäischen Kommission kartelljuristische Betrachtungen als formalistisch herabgewürdigt hat. Er meinte, dass im Zuge der Verwirklichung des Binnenmarktes auf eine legalistische Betrachtung verzichtet werden könne und stattdessen Effizienz, Verbrauchernutzen und Wettbewerbsfähigkeit im Vordergrund stehen müssten.<sup>71</sup> Nie wurde das Missverständnis, um nicht zu sagen das Erkenntnisdefizit, von Wohlfahrtsökonom

70 Vgl. so L.-H. Rölller: Efficiencies in EU Merger Control: Do They Matter?, in: P. Lowe, M. Maquis (Hrsg.): European Competition Law Annual 2010, Merger Control in European and Global Perspective, Oxford 2013, S. 61-68.

71 L.-H. Rölller, O. Stehmann: The Year 2005 at DG Competition: The Trend towards a More Effect-Based Approach, in: Review of Industrial Organisation, 29. Jg. (2006), Nr. 4, S. 281-282.

wie Rölller über die Funktion der Art. 101, 102, 106 AEUV sowie FKVO deutlicher formuliert. Denn unabhängig von den Fortschritten der Verwirklichung des Binnenmarktes bleibt die Aufgabe, im Wege der vorgenannten Wettbewerbsregeln ein System unverfälschten Wettbewerbs herzustellen bzw. zu schützen, dauernd bestehen. Die Wettbewerbspolitik ist insofern ein Mittel, um nicht nur permanent die Verwirklichung des Binnenmarktes sicherzustellen, sondern auch das System offener Marktwirtschaft durch eine kontinuierliche Anwendung des Kartellrechts zu gewährleisten.

### Ruf nach institutioneller Gegenmacht zur Kommission

Dies führt zu der Frage nach den institutionen-ökonomischen Gründen für die im Ergebnis fest zementierte Methode einer punktualistischen ökonomisch-industriellen Rule of Reason bei allen wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen in Brüssel. Der Befund liegt auf der Hand: Die Kommission als Inhaberin des legislativen Initiativmonopols und als faktische Gesamtinterpretin des Primärrechts wird weder vom Rat noch vom Europäischen Parlament kritisch begleitet. Die drei Gewalten ziehen am gleichen Strang und stets in dieselbe Richtung.

Da die Europäischen Gerichte, von Ausnahmefällen abgesehen, keine Gegengewalt darstellen, kann die Kommission im Bewusstsein handeln, ein freies Feld vor sich zu haben. Dementsprechend groß ist auch die Verhandlungsbereitschaft der Unternehmen. Dort wo im Lichte der Entscheidungspraxis seit gut zehn Jahren die normative Einhegung des Entscheidungsregimes der Kommission misslungen ist und das Europäische Wettbewerbsrecht als Rechtsgebiet Gefahr läuft, verloren zu gehen, ist der Ruf nach institutioneller Gegenmacht zur Kommission angebracht. Denn die gerichtliche Kontrolle durch EuG und EuGH ist zu selten und zu weitmaschig, um den betroffenen Unternehmen rechtsstaatliche Minimalia zu garantieren.

#### Title: *Competitive Freedom or Economic Efficiency?*

**Abstract:** *Further to the philosophical debate between Mestmäcker and Schmidtchen on the relationship between competitive freedom and economic efficiency, this article depicts the impact of an effect-based application of antitrust law in the decision practice of the European Commission. Methodological criticism of that practice is explicitly presented and reinforced by a hint at the problems of legal security for the corporations concerned. The author argues that the economic methods for measuring efficiency could mainly serve the purpose of giving discretionary powers to the European Commission/Directorate General of Competition to conduct industrial policy.*

**JEL Classification:** A12, L40, L50