

## Abschied vom *more economic approach*?\*

Peter Behrens

Wernhard Möschel, dem die folgenden Überlegungen zu seinem 70. Geburtstag gewidmet sind, hat stets zu den prononciertesten Kritikern eines „stärker wirtschaftlichen Ansatzes“ in der Europäischen Wettbewerbspolitik gehört – jedenfalls soweit damit die Einführung eines wohlfahrtsökonomisch definierten Marktergebnistests (insbesondere eines Konsumentenwohlfahrtstests) zur wettbewerblichen Beurteilung des Marktverhaltens von Unternehmen gemeint ist. Mit einem „stärker wirtschaftlichen Ansatz“ kann zwar Vieles gemeint sein, aber eben auch dies. Es ist hier nicht der Ort, die in der Literatur inzwischen ausgiebig diskutierte Gesamtproblematik einer Neuausrichtung der Wettbewerbspolitik an den ökonomischen Wohlfahrtseffekten des jeweils zu beurteilenden wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens nochmals aufzurollen.<sup>1</sup> Es soll vielmehr nur um die begrenzte Frage gehen, inwieweit ein vor allem an der Konsumentenwohlfahrt orientiertes Verständnis des „stärker wirtschaftlichen Ansatzes“ tatsächlich in den programmatischen Aussagen der diversen Leitlinien, die die Kommission veröffentlicht hat,<sup>2</sup> zum Ausdruck kommt und inwieweit einer solchen Konzeption durch das jüngste Urteil des EuGH im Rechtsstreit *GlaxoSmithKline/Kommission* über die Wettbewerbswidrigkeit von Parallelhandelsbeschränkungen im Arzneimittelbereich<sup>3</sup> die normative Grundlage entzogen worden ist. Im Folgenden soll zunächst die (auch) programmatische Bedeutung von Kommissionsleitlinien für sämtliche Rechtsanwender in der EU in Erinnerung gerufen werden (I). Anschließend soll der Inhalt des *more economic approach* im Spiegel der Kommissionsleitlinien bestimmt werden (II). Schließlich wird die Bedeutung des genannten Urteils des EuGH für einen „stärker wirtschaftlichen Ansatz“ angesprochen (III).

### I. Die programmatische Bedeutung von Kommissionsleitlinien

Die Folge des Weißbuchs der Kommission von 1999 über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag<sup>4</sup> [später: Art. 81 und 82 EG; jetzt: Art. 101 und 102 AEUV] war bekanntlich die Ablösung der VO 17/1962 durch die VO 1/2003, die zwei miteinander verbundene grundlegende Neuerungen brachte: Zum einen den Über-

---

\* Dieser Beitrag ist zur Veröffentlichung vorgesehen in: *Bechthold et al.*, Recht, Ordnung und Wettbewerb – Festschrift für Wernhard Möschel zum 70. Geburtstag, Nomos Baden-Baden, 2011.

<sup>1</sup> Siehe dazu zuletzt ausführlich *Fuchs* Effizienzorientierung im Wettbewerbs- und Kartellrecht? in: *Fleischer/Zimmer* (Hg.), „Effizienz“ als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht (2008), 69-89; *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: *Bogdandy/Bast* (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge (2. Aufl. 2009), 905-958; *Eilmansberger*, Verbraucherwohlfahrt, Effizienzen und ökonomische Analyse – Neue Paradigmen im europäischen Kartellrecht? *ZWeR* 2009, 437-471; *Schmidt/Wohlgemuth*, Das Wettbewerbskonzept der EU aus Sicht der Wirtschaftswissenschaften: Wie ökonomisch ist der „more economic approach“? in: *Blanke/Scherzberg/Wegner* (Hg.), Dimensionen des Wettbewerbs (2010), 51-107.

<sup>2</sup> Es handelt sich im Einzelnen um folgende Leitlinien: Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, *ABl.* 2001 C 3/2 (Horizontalleitlinien 2001), dazu: Entwurf einer revidierten Fassung, Kommissionsdokument SEK(2010) 528 (Horizontalleitlinien 2010); Leitlinien für vertikale Beschränkungen, *ABl.* 2000 C 291/1 (Vertikalleitlinien 1999), dazu: revidierte Fassung vom 10.5.2010, Kommissionsdokument SEK(2010) 411 endgültig (Vertikalleitlinien 2010); Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, *ABl.* 2004 C 101/97 (Freistellungsleitlinien 2004); Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, *ABl.* 2009 C 45/02 (Missbrauchsleitlinien 2009); Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse nach der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, *ABl.* 2004 C 31/03 (Fusionsleitlinien 2004).

<sup>3</sup> EuGH, Verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P (*GlaxoSmithKline/Kommission*), noch nicht in *Slg.* veröffentlicht.

<sup>4</sup> *ABl.* 1999 C 132/1.

gang vom Freistellungssystem gemäß Art. 81 Abs. 3 EG [jetzt: Art. 101 Abs. 3 AEUV] zum System der Legalausnahme, zum anderen die entsprechende Erstreckung der dezentralen Rechtsanwendung durch die mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte auf den Freistellungstatbestand („integrale Anwendung des Kartellverbots“). Die Aufgabe des Freistellungsmonopols der Kommission und die damit verbundene Abschaffung des Anmeldeverfahrens hatte aber insbesondere zur Folge, dass nun in erster Linie die Unternehmen selbst aufgerufen sind, die Wettbewerbskonformität ihres Marktverhaltens zu beurteilen. Seither bemüht sich die Kommission, den nationalen Behörden und Gerichten, aber vor allem den Unternehmen, mit ihren Leitlinien Auslegungshilfen an die Hand zu geben. In der jüngsten Neufassung der Vertikalleitlinien 2010 heißt es daher ausdrücklich:<sup>5</sup>

„Die Leitlinien sollen den Unternehmen Orientierungshilfen für die Selbstprüfung von vertikalen Vereinbarungen nach Maßgabe der EU-Wettbewerbsvorschriften an die Hand geben.“

Im Interesse der gleichmäßigen Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten sowie im Interesse der Rechtssicherheit auf Seiten der Unternehmen als Normadressaten muss man daher erwarten, dass die Kommission das zugrunde gelegte wettbewerbspolitische Konzept in ihren Leitlinien so klar und eindeutig wie möglich formuliert. Das gilt vor allem für die Kriterien, die für die wettbewerbliche Beurteilung des Marktverhaltens von Unternehmen zugrundegelegt werden. Wie im Folgenden gezeigt werden soll, wird diese Erwartung jedoch enttäuscht. Die Wortlautanalyse belegt, dass gerade die programmatischen Aussagen der diversen Kommissionsleitlinien kein kohärentes Konzept für die Auslegung und Anwendung der Wettbewerbsregeln erkennen lassen.

Kommissionsleitlinien können allerdings keine normative Verbindlichkeit für sich in Anspruch nehmen. Sie sind keine Rechtsakte, die das primäre oder das sekundäre Unionsrecht ändern können. Sie bringen zwar die von der Kommission für richtig gehaltene Interpretation der Wettbewerbsregeln zum Ausdruck, sie können aber die allein verbindliche Auslegung durch den EuGH nicht präjudizieren. Das erkennt selbstverständlich auch die Kommission an. So heißt es im jüngsten Entwurf der revidierten Horizontallinien 2010 ausdrücklich:<sup>6</sup>

„Diese Leitlinien lassen die Rechtsprechung des Gerichts und des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Anwendung von Artikel 101 auf horizontale Vereinbarungen unberührt.“

Dies bedeutet aber umgekehrt, dass die Rechtsprechung des Gerichts und des Gerichtshofs der Europäischen Union keineswegs die Kommissionsleitlinien „unberührt“ lassen. Es ist daher nicht ohne Bedeutung, dass der EuGH in letzter Zeit wiederholt seinen bereits im Fall *Continental Can* formulierten Standpunkt bekräftigt hat, die Wettbewerbsregeln seien nicht nur auf Verhaltensweisen zu beziehen,

„durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann, sondern auch auf solche, die ihnen durch einen Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs, von dem Art. 3 Buchst. f EWGV [jetzt: Art. 3 Abs. 3 UA I S. 1 EU i.V.m. Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb] handelt, Schaden zufügen“.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Vertikalleitlinien 2010 (oben Fn. 2), Rn. 3.

<sup>6</sup> Horizontalleitlinien 2010 (oben Fn. 2), Rn. 17.

<sup>7</sup> EuGH, Rs. 6/72 (*Europeemballage/Kommission*), Slg. 1973, 215, Rn. 26; ebenso in jüngster Zeit EuGH, Rs. C-95/04 P (*British Airways/Kommission*), Slg. 2007, I-2331, Rn. 106; EuG, Rs. T-340/03 (*France Télécom*), Slg. 2007, II-117, Rn. 266; EuG, Rs. T-201/04 (*Microsoft/Kommission*), Slg. 2007, II-3601, Rn. 664. Dabei hat der EuGH in den jüngeren Urteilen bemerkenswerter Weise den Begriff des „tatsächlichen Wettbewerbs“ durch den Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ ersetzt.

Soweit der EuGH an dieser Stelle Verhaltensweisen erwähnt, deren Wettbewerbswidrigkeit auf einer unmittelbaren Schädigung der Verbraucher beruht, handelt es sich ausschließlich um die Fälle des Ausbeutungsmissbrauchs marktbeherrschender Unternehmen im Sinne von Art. 102 AEUV. Daraus lässt sich also keineswegs verallgemeinernd der Schluss ziehen, auch in allen anderen von den Wettbewerbsregeln erfassten Fällen hinge die Wettbewerbswidrigkeit von einer Schädigung der Verbraucher (d.h. einer Minderung der Konsumentenwohlfahrt) ab. In den Missbrauchsleitlinien 2009 findet sich bemerkenswerter Weise folgende Formulierung, mit der die Kommission dies implizit selbst anerkennt:

„Unmittelbar verbraucherschädigendes Verhalten (z. B. unverhältnismäßig hohe Preise oder Verhaltensweisen, die die Bemühungen um einen integrierten Binnenmarkt untergraben) verstößt *ebenfalls* gegen Artikel 82.“<sup>8</sup>

Nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH geht es also im Europäischen Wettbewerbsrecht *in der Regel* gerade nicht um direkten Verbraucherschutz, sondern um den Schutz eines „wirksamen Wettbewerbs“ (d.h. des Wettbewerbsprozesses und einer wettbewerbliehen Marktstruktur). Die erwarteten positiven gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrtswirkungen sind hiernach das Ergebnis des Wettbewerbs und nicht das Ergebnis einzelner individualisierbarer unternehmerischer Handlungen, deren gesamtwirtschaftliche Wohlfahrtswirkungen erst durch den Wettbewerb vermittelt werden. Die Kommission hat in den letzten Jahren demgegenüber den Eindruck vermittelt, die von ihr beabsichtigte „Modernisierung“ der Wettbewerbsregeln bestehe gerade darin, dass das Vorliegen eines Wettbewerbsverstößes generell von negativen Effizienzwirkungen (insbesondere in Gestalt eines Verbraucherschadens) abhängig gemacht werden solle. Soweit der EuGH nunmehr im Fall *GlaxoSmithKline/Kommission* explizit Feststellungen getroffen hat, die mit der Interpretation des „stärker wirtschaftlichen Ansatzes“ im Sinne der Verwendung des Verbraucherschadens als Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsregeln nicht kompatibel sind, bedarf es daher einer entsprechenden Anpassung des so verstandenen „stärker wirtschaftlichen Ansatzes“. Ob dieser Ansatz allerdings in diesem Sinne zu verstehen ist, darüber geben die Kommissionsleitlinien bedauerlicherweise keine klare Auskunft.

## II. Der *more economic approach* im Spiegel der Kommissionsleitlinien

### 1. Der programmatische Hintergrund

Die Kommission hatte bekanntlich bereits in ihrem Weißbuch von 1999<sup>9</sup> einen „stärker wirtschaftlichen Ansatz“ (*more economic approach*) bei der wettbewerbliehen Beurteilung unternehmerischen Verhaltens angekündigt, ohne zunächst näher zu erläutern, was genau damit gemeint war.<sup>10</sup> Befürworter und Kritiker eines „stärker ökonomischen Ansatzes“ tendieren aber häufig zu der Annahme, es gehe der Kommission um die Einführung eines an den Effizienzwirkungen (insbesondere an der Konsumentenwohlfahrt) orientierten Marktergebnistests. Dazu haben vor allem Äußerungen maßgebender Repräsentanten der Kommission Anlass gegeben. Rufen wir uns in Erinnerung:

*Mario Monti*, der damals für die Generaldirektion Wettbewerb zuständige Kommissar, kennzeichnete den neuen wettbewerbspolitischen Ansatz der Kommission im Jahre 2001 zunächst nur als „*a shift to a more economic approach based on the effects on the market*“.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Missbrauchsleitlinien 2009 (oben Fn. 2), Rn. 7 (Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>9</sup> Oben Fn. 4.

<sup>10</sup> Ebendort, Rn. 78.

<sup>11</sup> *Monti*, Perspectives of European Competition Law – A Survey, in: FIW, Zukunft der Wettbewerbsordnung und des Kartellrechts, Referate des XXXIII. FIW-Symposiums, FIW Schriftenreihe Heft 182 (2001) 9-13, 10.

Welche Auswirkungen auf den Markt damit gemeint waren, blieb zunächst noch im Ungefähren. Es konnte sich genauso gut um Auswirkungen auf die Marktstruktur bzw. den Wettbewerbsprozess handeln, wie sie nach der erwähnten Rechtsprechung des EuGH traditionell immer schon eine wesentliche Rolle bei der wettbewerblichen Beurteilung des Marktverhaltens von Unternehmen gespielt haben, wie um wohlfahrtsökonomisch definierte Effizienzwirkungen im Sinne der Gesamtwohlfahrt oder der Konsumentenwohlfahrt. In Amsterdam hielt *Monti* dann am 22. Oktober 2004 einen Vortrag über „*Competition for consumers' benefit*“,<sup>12</sup> in dem er deutlich die positiven Wirkungen des Wettbewerbs für die Verbraucher herausstellte. Aber auch in dieser These musste man noch nicht zwingend eine Abweichung vom traditionellen wettbewerbspolitischen Ansatz der Unionsorgane sehen, handelte es sich doch um eine These, der in dieser Abstraktheit niemand widersprechen würde. Dass es aber schon *Monti* um eine Abkehr vom bisherigen wettbewerbspolitischen Ansatz zur Beurteilung konkreter Wettbewerbsbeschränkungen ging, ergab sich aus einer bereits ein Jahr früher am 24. Oktober 2003 in New York gehaltenen Rede, in der er die Wende der Kommission so umschrieb:

„In making this revision, we have shifted from a legalistic based approach to an interpretation of the rules based on sound economic principles.“

Was hier mit einem „*legalistic based approach*“ und mit „*sound economics*“ gemeint war, ergab sich mit aller Deutlichkeit aus den Empfehlungen, die in einem ausführlichen Bericht mit dem Titel „*An economic approach to Article 82*“ enthalten waren, den die aus Ökonomen zusammengesetzte European Advisory Group on Competition Policy (EAGCP) im Juli 2005 vorlegte<sup>13</sup> und in dem es hieß:

„An economics-based approach to the application of article 82 implies that the assessment of each specific case will not be undertaken on the basis of the form that a particular business practice takes (for example, exclusive dealing, tying, etc.) but rather will be based on the assessment of the anti-competitive effects generated by business behaviour. This implies that competition authorities will need to identify a competitive harm, and assess the extent to which such a negative effect on consumers is potentially outweighed by efficiency gains. The identification of competitive harm requires spelling out a consistent business behaviour based on sound economics and supported by facts and empirical evidence. Similarly, efficiencies - and how they are passed on to consumers - should be properly justified on the basis of economic analysis and grounded on the facts of each case.“

*Monti*s Nachfolgerin im Amt, *Neelie Kroes*, übernahm diese Empfehlung, indem sie in ihrer Londoner Rede vom 15. September 2005<sup>14</sup> feststellte:

“Consumer welfare is now well established as the standard the Commission applies when assessing mergers and infringements of the Treaty rules on cartels and monopolies. Our aim is simple: to protect competition in the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources. An effects-based approach, grounded in solid economics, ensures that citizens enjoy the benefits of a competitive, dynamic market economy.“

Damit bestand nunmehr Klarheit: Es ging der Kommission nicht mehr bloß um die allgemein konsentiertere abstrakte Feststellung, dass der Wettbewerb die gesamtwirtschaftliche Effizienz und insbesondere die Wohlfahrt der Verbraucher fördert, sondern um die Verwendung der Konsumentenwohlfahrt als wettbewerbliches Beurteilungskriterium im konkreten Einzelfall.

---

<sup>12</sup> Siehe <http://ec.europa.eu/competition/speeches>.

<sup>13</sup> [http://ec.europa.eu/competition/publications/studies/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf).

<sup>14</sup> Siehe <http://ec.europa.eu/competition/speeches>.

Zwar konnte man auch die Formulierungen von *Kroes* noch so lesen, dass es um die Konsumentenwohl­fah­rt und die Allokationseffizienz *als Folge* des zu schützenden Wettbewerbs gehen und dass somit der Wettbewerb weiterhin als Schutzziel der unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln gelten sollte. Aber *gemeint* war augenscheinlich, dass die Wettbewerbswidrigkeit eines bestimmten unternehmerischen Marktverhaltens künftig von seinen wohlfahrtsökonomisch definierten Effizienzwirkungen, insbesondere vom Nachweis einer Minderung der Konsumentenwohl­fah­rt abhängig gemacht werden sollte. Der Verbraucherschaden sollte als Tatbestandsmerkmal in die unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln integriert und die Wettbewerbsregeln sollten als Instrumente des Verbraucherschutzes umgedeutet werden.

## 2. Die programmatische Vieldeutigkeit der Kommissionsleitlinien

Wenn man nun die diversen Kommissionsleitlinien daraufhin befragt, was die Kommission dort zum „stärker wirtschaftlichen Ansatz“ ausführt, so erhält man erstaunlicher Weise eine Reihe höchst unterschiedlicher und unscharfer Antworten. Die Leitlinien geben insbesondere keine klare Auskunft über die Frage, ob sich die Kommission die Empfehlungen der EAGCP und die zitierten Äußerungen der Wettbewerbskommissare auch offiziell als programmatische Richtlinien zu Eigen gemacht hat. Bei genauer Analyse des Wortlauts sieht man sich vielmehr mit einer Reihe höchst unterschiedlicher Formulierungen konfrontiert, die eine Vielfalt von Schutzzielen und Beurteilungsmaßstäben ansprechen. Im Wesentlichen lassen sich folgende Ansätze unterscheiden: ein Ansatz, der für die Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes in der Tat auf den „Verbraucherschaden“ abstellt (a), ein Ansatz, der auf „negative Marktwirkungen“ abstellt (b), ein Ansatz, der die „Marktmacht“ der beteiligten Unternehmen zum entscheidenden Kriterium erhebt (c), und schließlich ein Ansatz, der an der Beeinträchtigung des „Wettbewerbsprozesses“ festhält (d).

### a) „Verbraucherschaden“ als Tatbestandsmerkmal

Nach einer klaren programmatischen Aussage, die den Empfehlungen der EAGCP oder dem oben wiedergegebenen Statement von *Nelie Kroes* entsprechen würde, sucht man in den Kommissionsleitlinien vergeblich. Immerhin finden sich in den Fusionsleitlinien 2004 Ausführungen zu möglichen Effizienzgewinnen bzw. -nachteilen, die bei der Beurteilung von horizontalen Unternehmenszusammenschlüssen berücksichtigt werden sollen. Die Grundlage dafür ist bekanntlich die Neuformulierung des in Art. 2 Abs. 2 und 3 der Fusionskontrollverordnung 139/2004 (FKVO)<sup>15</sup> verwendeten Kontrollmaßstabs sowie der darauf bezogene Erwägungsgrund 29 der Verordnung. In den Fusionsleitlinien 2004 heißt es dementsprechend unter anderem:

„Die Kommission berücksichtigt bei ihrer Gesamtbewertung eines Zusammenschlusses alle nachgewiesenen Effizienzvorteile...“<sup>16</sup>

„Die Effizienzvorteile müssen den Verbrauchern zugute kommen, ...“<sup>17</sup>

„Behauptete Effizienzvorteile werden daran gemessen, dass die *Verbraucher* durch den Zusammenschluss *nicht benachteiligt* werden...“<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 20.1.2004, ABl. 2004 L 24/1.

<sup>16</sup> Fusionsleitlinie 2004 (oben Fn. 2), Rn. 77.

<sup>17</sup> Ebendort, Rn. 78.

<sup>18</sup> Ebendort, Rn. 79 (Hervorhebung vom Verfasser).

Hier wird also in der Tat der Verbrauchernachteil zum Tatbestandsmerkmal des Art. 2 Abs. 2 und 2 FKVO erhoben, allerdings nur im Gewand einer „Effizienzeinrede“. Von einer verallgemeinerungsfähigen programmatischen Aussage im Sinne eines für das gesamte Wettbewerbsrecht der EU maßgeblichen Kriteriums des Verbraucherschadens ist die Fusionsleitlinie 2004 aber weit entfernt. Eine allgemein verständliche Darlegung, dass die Kommission unter dem „stärker wirtschaftlichen Ansatz“ die Ausrichtung des Wettbewerbsrechts an der Konsumentenwohlfahrt versteht, sähe anders aus. Das gilt auch für folgende Passage aus den Missbrauchsleitlinien 2009:

„Bei der Anwendung von Artikel 82 auf Behinderungsmissbräuche von Unternehmen in marktbeherrschender Stellung wird sich die Kommission auf diejenigen missbräuchlichen Verhaltensweisen konzentrieren, die *den Verbrauchern am meisten schaden*. Wettbewerb kommt den Verbrauchern in Form niedrigerer Preise, höherer Qualität und eines größeren Angebots an neuen oder verbesserten Waren und Dienstleistungen zugute. Deshalb wird die Kommission bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts darauf achten, dass die Märkte reibungslos funktionieren und die Verbraucher von der Effizienz und Produktivität profitieren, die ein wirksamer Wettbewerb zwischen Unternehmen hervorbringt.“<sup>19</sup>

Der zunächst hervorgerufene Eindruck, ein Behinderungsmissbrauch hinge vom Nachweis eines Verbraucherschadens ab, wird also dadurch wieder korrigiert, dass die Verbrauchervorteile letztlich dann doch dem „wirksamen Wettbewerb“ zugeschrieben werden, dessen Funktionsfähigkeit die Kommission zu gewährleisten beabsichtigt.

#### **b) „Negative Marktauswirkungen“ als Beurteilungsmaßstab**

Die Leitlinien der Kommission sprechen überhaupt nur an zwei Stellen ausdrücklich von einem „ökonomischen Ansatz“. So heißt es in den Freistellungsleitlinien 2004:

„Die Leitlinien schaffen ein analytisches Gerüst für die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3. Sie verfolgen den Zweck, eine Methodik zur Anwendung der Vertragsvorschrift zu schaffen. Die Methodik beruht auf dem *ökonomischen Ansatz*, der bereits in den Leitlinien über vertikale Beschränkungen [und] Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ... eingeführt und entwickelt wurde.“<sup>20</sup>

Und die Kommission fährt fort:

„... Das Verbot von Artikel 81 Absatz 1 ist nicht anwendbar, wenn die festgestellten wettbewerbswidrigen Auswirkungen unbedeutend sind. *Hierin* kommt der von der Kommission verfolgte *wirtschaftliche Ansatz* zum Ausdruck.“<sup>21</sup>

Hier deutet sich der auch von Kommissar *Monti* betonte „Wirkungsansatz“ (*effects-based approach*) an, der allerdings so lange nichtssagend ist, wie nicht klargestellt wird, *welche* Auswirkungen *worauf* entscheidend sein sollen. Insofern konkreter hieß es bereits in den Vertikalleitlinien 1999:

„... Bei der Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln legt die Kommission wirtschaftliche Erwägungen zugrunde, bei denen die *Auswirkungen auf dem betreffenden Markt* im Vordergrund stehen; ...“<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Missbrauchsleitlinie 2009 (oben Fn. 2), Rn. 5.

<sup>20</sup> Freistellungsleitlinien 2004 (oben Fn. 2), Rn. 5 (Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>21</sup> Ebendort, Rn. 24 (Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>22</sup> Vertikalleitlinien 1999 (oben Fn. 2), Rn. 7 (Hervorhebung vom Verfasser).

„Auswirkungen auf dem betreffenden Markt“ kann allerdings ebenfalls sehr Verschiedenes bedeuten. Es kann sich ebenso gut um Auswirkungen auf den wettbewerblichen Prozess des Rivalisierens der Konkurrenten oder auf die Marktstruktur handeln wie um Auswirkungen auf die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt, genauer: auf die Konsumentenwohlfahrt, die Produzentenwohlfahrt oder die Gesamtwohlfahrt. Erst in späteren Leitlinien wird deutlicher, worum es der Kommission geht. So erläutert sie in den Horizontalleitlinien 2001 genauer, wonach eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 81 EG [jetzt: Art. 101 AEUV] zu beurteilen sein soll:

„... Sie muss auch den Wettbewerb im betroffenen Markt in einem Maße beeinträchtigen können, dass negative *Auswirkungen hinsichtlich Preisen, Produktion, Innovation oder Vielfalt und Qualität der Waren und Dienstleistungen* zu erwarten sind.“<sup>23</sup>

Und in den Freistellungsleitlinien 2004 formuliert die Kommission:

„Vereinbarungen zwischen Unternehmen fallen unter das Verbot von Artikel 81 Absatz 1, wenn sie geeignet sind, spürbare negative *Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter im Markt* wie Preise, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt und Innovation zu haben. Vereinbarungen können diese Auswirkungen haben, *wenn der Wettbewerbsdruck* zwischen den Parteien einer Vereinbarung oder zwischen ihnen und Dritten *erheblich gemindert wird*.“<sup>24</sup>

„... *Derartige Beschränkungen* wie Preisabsprachen und Marktaufteilung führen zu einem Rückgang der Produktion und einem Anstieg der Preise, was eine *Fehlallokation der Ressourcen* zur Folge hat, weil die von den Verbrauchern nachgefragten Waren und Dienstleistungen nicht produziert bzw. erbracht werden. Sie *führen auch zu einem Rückgang des Wohlstands der Verbraucher*, weil diese höhere Preise für die betreffenden Waren und Dienstleistungen bezahlen müssen.“<sup>25</sup>

Aus diesen Formulierungen wird deutlich, dass die Kommission einen Wirkungszusammenhang sieht zwischen

- einer Verminderung des „Wettbewerbsdrucks“ (die nur aus einer Beeinträchtigung des Rivalisierens von Konkurrenten resultieren kann),
- den negativen Auswirkungen auf Preise, Mengen, Qualitäten, Vielfalt und Innovation als den wesentlichen Wettbewerbsparametern, sowie
- der Fehlallokation von Ressourcen, d.h. der Beeinträchtigung der Effizienz und des Wohlstands der Verbraucher (Konsumentenwohlfahrt).

Dass ein solcher Wirkungszusammenhang *in abstracto* besteht, gehört zu den gesicherten Erkenntnissen der Ökonomik, die niemand bestreitet. Ob sich dieser Zusammenhang allerdings auch *in concreto* derart nachweisen lässt, dass einem ganz bestimmten unternehmerischen Verhalten unmittelbar ganz bestimmte Wohlfahrtswirkungen zugeordnet werden können, steht auf einem ganz anderen Blatt. Das hängt entscheidend davon ab, welche Ökonomik man zugrundelegt. Wenngleich die Kommission darüber nirgends explizit Rechenschaft ablegt, ist doch offensichtlich, dass sie im Prinzip der neoklassisch-wohlfahrtsökonomischen Orthodoxie folgt, die aufgrund ihrer modellimmanenten Prämissen (Rationalitätsaxiom, Modell des *homo oeconomicus*) theoretisch stringent in der Lage ist, aus den einzelwirtschaftlichen (produktiven oder unproduktiven) Effizienzwirkungen eines bestimmten

---

<sup>23</sup> Horizontalleitlinien 2001 (oben Fn. 2), Rn. 19 (Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>24</sup> Freistellungsleitlinien 2004 (oben Fn. 2), Rn. 16 (Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>25</sup> Ebendort, Rn. 21 (Hervorhebung vom Verfasser).

unternehmerischen Verhaltens positive oder negative gesamtwirtschaftliche (allokative oder dynamische) Effizienzwirkungen abzuleiten.

Es ist aber erlaubt und angebracht, die Frage zu stellen, ob die neoklassische Wohlfahrtsökonomik eine der Anwendung von Wettbewerbsregeln auf konkrete wirtschaftliche Vorgänge in jeder Hinsicht angemessene ökonomische Theorie ist oder ob nicht ein realitätsnäherer Ansatz angemessener wäre. So hat beispielsweise die Neue Institutionenökonomik seit langem darauf hingewiesen, dass es für die Beurteilung des tatsächlichen Entscheidungsverhaltens von Unternehmen unzulässig ist, die Existenz von Transaktionskosten, die Unvollkommenheiten der zur Verfügung stehenden Informationen und die Unsicherheit bezüglich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigenen Marktverhalten auszublenden. Diese Phänomene legen jedenfalls die Annahme nahe, dass das Rationalitätsaxiom und das Modell des *homo oeconomicus* für die Zwecke der Wettbewerbspolitik durch das Konzept einer in der Realität beschränkten Rationalität (*bounded rationality*) ersetzt werden muss. Dann sind aber (Kurz-)Schlüsse vom einzelwirtschaftlichen Marktverhalten auf gesamtwirtschaftliche Wohlfahrteffekte nicht mehr ohne weiteres möglich. Vielmehr müssen Effizienz und Konsumentenwohlfahrt dann als Resultat des Wettbewerbsprozesses insgesamt begriffen werden, dessen Funktionsfähigkeit durch entsprechende institutionelle Arrangements der Rechtsordnung gewährleistet und durch die Wettbewerbsregeln geschützt wird.

Wie dem auch sei: nach den bisher wiedergegebenen programmatischen Formulierungen der Kommission ist ohnehin völlig offen, welchen Aspekt des abstrakten Zusammenhangs zwischen Wettbewerb, Wettbewerbsparametern und Wohlfahrtswirkungen sie letztlich als wettbewerbsrechtlichen Maßstab für die Beurteilung eines konkreten unternehmerischen Marktverhaltens für relevant hält. Ist es die Minderung des „Wettbewerbsdrucks“ unter den Marktteilnehmern? Sind es die negativen Auswirkungen auf Preise, Mengen, Qualitäten etc.? Oder sind es die Effizienzwirkungen, insbesondere die Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt? Die Kommission legt sich in keiner Weise fest. Jedenfalls ist den Kommissionsleitlinien nicht zu entnehmen, dass der „stärker ökonomische Ansatz“, soweit er sich an den „Marktwirkungen“ des jeweils zu beurteilenden Verhaltens orientieren soll, eindeutig und maßgeblich auf die Konsumentenwohlfahrt (den Verbraucherschaden) als Beurteilungskriterium abstellt.

### c) „Marktmacht“ als Wettbewerbskriterium

In einer Reihe von Leitlinien erläutert die Kommission, dass es ihr bei der Beurteilung der „Marktwirkungen“ eines bestimmten unternehmerischen Verhaltens um marktstrukturelle Erwägungen geht. Das sagt sie teils ausdrücklich, teils lässt es sich daraus ableiten, dass die Kommission dem Kriterium der Marktmacht entscheidende Bedeutung beimisst. So heißt es in den Horizontalleitlinien 2001:

„... Wirtschaftliche Kriterien wie die *Marktmacht* der Beteiligten und *andere Merkmale der Marktstruktur* sind ein wesentlicher Bestandteil bei der Ermittlung der von einer Zusammenarbeit zu erwartenden Auswirkungen und damit für eine Bewertung gemäß Artikel 81.“<sup>26</sup>

„Ob eine Vereinbarung nachteilige Marktwirkungen zeitigen kann, hängt von dem jeweiligen wirtschaftlichen Umfeld ab, wobei sowohl auf die Art der Vereinbarung als auch auf die gemeinsame *Marktmacht* der Vertragspartner abzustellen ist, die - *zusammen mit anderen strukturellen Faktoren* - darüber entscheiden, ob und inwieweit eine Zusammenarbeit den Wettbewerb insgesamt in einem erheblichen Maße beeinträchtigen kann.“<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Horizontalleitlinien (oben Fn. 2), Rn. 7 (Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>27</sup> Ebendort, Rn. 20 (Hervorhebung vom Verfasser).



„... *Marktmacht* ... [ist] ... die Möglichkeit ..., den Markt hinsichtlich Preisen, Produktion, Innovation oder Vielfalt sowie Qualität der Waren und Dienstleistungen negativ zu beeinflussen. ...“<sup>28</sup>

Ähnlich heißt es in den Freistellungsleitlinien 2004:

„Negative *Auswirkungen auf den Wettbewerb* im relevanten Markt entstehen häufig, wenn die Parteien einzeln oder gemeinsam ein gewisses Maß an *Marktmacht* haben oder erlangen und die Vereinbarung zur Begründung, Erhaltung oder Stärkung dieser *Marktmacht* beiträgt, oder es den Parteien ermöglicht, diese *Marktmacht* auszunutzen...“<sup>29</sup>

Hier charakterisiert die Kommission Wettbewerbsbeschränkungen immerhin auch einmal dadurch, dass sie „negative Auswirkungen auf den Wettbewerb“ haben. Allerdings konkretisiert sie diese negativen Auswirkungen durch den Aspekt der *Marktmacht*. Es ist hiernach die durch eine Beschränkung des Wettbewerbs erlangte oder verstärkte *Marktmacht*, welche die negativen Auswirkungen auf Preise, Mengen, Qualitäten etc. zur Folge hat. Es ist keineswegs unerheblich, dass diese Auswirkungen also nicht mehr direkt an das zu beurteilende unternehmerische Verhalten angeknüpft werden, sondern an die aus diesem Verhalten resultierende Marktposition. *Marktmacht* ist stets ein Indikator für die Verengung der Marktstruktur. Die genannten Auswirkungen sind also vermittelt durch die Marktstruktur, deren Verengung das Ergebnis des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ist. Die marktstrukturellen Wirkungen sind hiernach also das eigentlich maßgebliche Kriterium für die wettbewerbliche Beurteilung eines konkreten Verhaltens von Unternehmen. Das ergibt sich auch aus den Fusionsleitlinien 2004, wo die Kommission folgendermaßen formuliert:

„Ein *wirksamer Wettbewerb* erbringt den Verbrauchern Vorteile, zum Beispiel in Form niedriger Preise, hochwertiger Produkte, einer großen Auswahl an Waren und Dienstleistungen und Innovation. Mit der Fusionskontrolle verhindert die Kommission Zusammenschlüsse, die geeignet wären, den Verbrauchern diese Vorteile vorzuenthalten, indem die *Marktmacht* der Unternehmen spürbar erhöht würde. Erhöhte *Marktmacht* bezeichnet die Fähigkeit eines oder mehrerer Unternehmen, Gewinn bringend ihre Preise zu erhöhen, den Absatz, die Auswahl oder Qualität der Waren oder Dienstleistungen zu verringern, die Innovation einzuschränken oder die Wettbewerbsparameter auf andere Weise zu beeinflussen.“<sup>30</sup>

Bemerkenswert an dieser Passage ist zunächst, dass die Kommission die wohlfahrtsökonomischen Vorteile der Verbraucher *als Folge wirksamen Wettbewerbs* betrachtet. Daraus muss man den Schluss ziehen, dass eine Wettbewerbsbeschränkung immer dann vorliegt, wenn das zu beurteilende unternehmerische Verhalten *den Wettbewerb* beeinträchtigt. Hingegen besagt der Text nicht, dass dieses Verhalten daran zu messen sei, ob es unmittelbar positive oder negative Wohlfahrtswirkungen für die Verbraucher hat. Allerdings greift die Kommission zum Zweck der Konkretisierung dessen, was sie unter wirksamem Wettbewerb versteht, wieder auf den Gesichtspunkt der Marktstruktur zurück, indem sie die Begründung oder Verstärkung der *Marktmacht* der beteiligten Unternehmen zum entscheidenden Maßstab erhebt. Es bedarf keiner Betonung, dass dies etwas anderes ist als eine klare und direkte Orientierung am Kriterium der Konsumentenwohlfahrt. Es geht an dieser Stelle vielmehr um die Aufrechterhaltung einer für die Wirksamkeit des Wettbewerbs hinreichend offenen Marktstruktur.

---

<sup>28</sup> Ebendrot, Rn. 27 (Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>29</sup> Freistellungsleitlinien 2004 (oben Fn. 2), Rn. 25 (Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>30</sup> Fusionsleitlinien 2004 (oben Fn. 2), Rn. 8 (Hervorhebung vom Verfasser).

#### d) Der „Wettbewerbsprozess“ als Schutzziel

Am weitesten entfernt sich die Kommission vom Kriterium der Konsumentenwohl­fahrt dort, wo sie ausdrücklich davon spricht, dass es ihr um den Schutz des Wettbewerbs bzw. des Wettbewerbsprozesses als solchen geht. So formuliert sie in den Freistellungsleitlinien 2004:

„Artikel 81 soll den *Wettbewerb im Markt* schützen, um den Wohlstand der Verbraucher zu fördern und eine effiziente Ressourcenallokation zu gewährleisten. Wettbewerb und Marktintegration dienen diesen Zielen, da die Schaffung und Erhaltung eines offenen Binnenmarktes zu einer effizienten Ressourcenallokation in der gesamten Gemeinschaft zum Wohle der Verbraucher fördert.“<sup>31</sup>

An dieser Stelle setzt die Kommission den Wettbewerb im Markt einerseits und die Konsumentenwohl­fahrt sowie die Allokationseffizienz andererseits derart zueinander in Bezug, dass die Wohl­fahrts- bzw. Effizienzwirkungen eindeutig *als Folgen* des Wettbewerbs erscheinen. Diese Wirkungen werden also dadurch gewährleistet, dass der Wettbewerb geschützt wird, und nicht dadurch, dass ineffizientes Verhalten von Unternehmen untersagt wird. Deutlich wird dies auch aus den Missbrauchsleitlinien 2009, wo es heißt:

„Mit ihrem Vorgehen im Falle von Behinderungsmissbrauch will die Kommission *in erster Linie den Wettbewerbsprozess im Binnenmarkt* schützen und sicherstellen, dass Unternehmen in marktbeherrschender Stellung ihre Wettbewerber nicht durch andere Mittel als die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Produkte bzw. Dienstleistungen vom Markt ausschließen. Dabei geht es der Kommission vor allem darum, den *Wettbewerbsprozess und nicht einfach die Wettbewerber* zu schützen....“<sup>32</sup>

Bei dieser Wortwahl muss sich die Kommission darüber im Klaren gewesen sein, dass sich mit dem Begriff „Wettbewerbsprozess“ eindeutig die Vorstellung verbindet, der Wettbewerb sei ein Entdeckungsverfahren, dessen konkrete Ergebnisse sich weder vorhersagen, noch einzelnen unternehmerischen Handlungen zurechnen lassen. Diese Konzeption steht aber in dia­metralem Gegensatz zu einem „stärker wirtschaftlichen Ansatz“ im Sinne der eingangs wiedergegebenen Empfehlungen der EAGCP.<sup>33</sup> Dass der Schutz des Wettbewerbsprozesses im Sinne der Aufrechterhaltung einer hinreichend offenen Marktstruktur *indirekt* auch die Wettbewerber in ihren Marktchancen schützt, versteht sich von selbst. Es gibt keinen Wettbewerb ohne Wettbewerber. Daraus einen Gegensatz zu konstruieren ist verfehlt. Im „System unverfälschten Wettbewerbs“ sind alle Wettbewerber, die dem Leistungswettbewerb standhalten, „systemrelevant“.

### III. Das Urteil des EuGH im Fall *GlaxoSmithKline/Kommission*

Der Ausgang des Rechtsstreits *GlaxoSmithKline/Kommission* über die wettbewerbliche Beurteilung von Parallelhandelsbeschränkungen im Arzneimittelsektor hing von der Frage ab, ob es darauf ankommen sollte, dass die Beschränkung des Re-Exports von Arzneimitteln den Verbrauchern im Zielland zum Nachteil gereichen würde oder nicht. Dazu hatte sich das Gericht Erster Instanz in seinem Urteil vom 27. September 2006<sup>34</sup> folgendermaßen geäußert:

„Das Ziel, das in Artikel 81 Absatz 1 EG [jetzt: Artikel 101 Absatz 1 AEUV], einer grundlegenden Bestimmung, die für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft und insbesondere für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich ist, aufgestellt wird, besteht darin, zu verhindern, dass Unter-

<sup>31</sup> Freistellungsleitlinien 2004 (oben Fn. 2), Rn. 13 (Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>32</sup> Missbrauchsleitlinien 2009 (oben Fn. 2), Rn. 6 (Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>33</sup> Siehe oben bei Fn. 13.

<sup>34</sup> EuG, Rs. T-168/01 (*GlaxoSmithKline/Kommission*), Slg. 2006, II-2981.

nehmen durch eine Einschränkung des Wettbewerbs untereinander oder mit anderen das Wohlergehen des Endverbrauchers der fraglichen Waren mindern.

Folglich kann die Anwendung von Artikel 81 Absatz 1 EG auf den vorliegenden Fall nicht allein davon abhängen, dass die in Rede stehende Vereinbarung auf eine Begrenzung des Parallelhandels ... abzielt ..., sondern erfordert überdies eine Analyse zur Klärung der Frage, ob die Vereinbarungen eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs auf dem fraglichen Markt *zum Nachteil des Endverbrauchers* bezweckt oder bewirkt.“<sup>35</sup>

Im Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH hat dazu die Generalanwältin Trstenjak in ihren Schlussanträgen vom 30. Juni 2009<sup>36</sup> ausgeführt:

„Zunächst ist festzustellen, dass Art. 81 Abs. 1 EG von seinem Wortlaut her lediglich verlangt, dass die Vereinbarung eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs, also eine Wettbewerbsbeschränkung, bezweckt oder bewirkt. Im Wortlaut findet sich somit keine Stütze dafür, dass über das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung hinaus analysiert werden muss, ob die Vereinbarung einen Nachteil für die Endverbraucher bezweckt oder bewirkt.

Weiter ist ... in systematischer Hinsicht die Struktur von Art. 81 EG zu berücksichtigen. Nach Art. 81 Abs. 1 EG sind Vereinbarungen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, grundsätzlich verboten. Nach Art. 81 Abs. 3 EG können solche Vereinbarungen von dem Verbot nach Art. 81 Abs. 1 EG nur dann freigestellt werden, wenn vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind. Zu diesen Voraussetzungen gehört *erstens*, dass durch die Vereinbarung ein Gewinn zur Verbesserung der Warenverteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entsteht, *zweitens*, dass Verbraucher an diesem Gewinn angemessen beteiligt werden, *drittens*, dass den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, und *viertens*, dass keine Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Nach dem Gesamtkonzept von Art. 81 EG ist die Beteiligung der Verbraucher am Gewinn einer Vereinbarung somit eine Voraussetzung, die nach Art. 81 Abs. 3 EG zu berücksichtigen ist. Weiter ergibt sich aus Art. 81 Abs. 3 EG, dass selbst Vereinbarungen, die Verbraucher angemessen am Gewinn einer Vereinbarung beteiligen, nur dann freigestellt werden, wenn auch die weiteren Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EG vorliegen. Vor diesem Hintergrund scheint es mir nicht mit der Normsystematik von Art. 81 EG vereinbar zu sein, das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung vom Nachweis der Verbraucherschädlichkeit abhängig zu machen.“<sup>37</sup>

Vor diesem Hintergrund stellte sodann der EuGH in seinem Urteil vom 6. Oktober 2009<sup>38</sup> im Hinblick auf Art. 81 EG [jetzt: Art. 101 AEUV] Folgendes eindeutig klar:

„Zum einen geht aus dieser Vorschrift nicht hervor, dass nur Vereinbarungen, die den Verbrauchern bestimmte Vorteile entziehen, einen wettbewerbswidrigen Zweck haben könnten. Zum anderen hat der Gerichtshof entschieden, dass Art. 81 EG, wie auch die übrigen Wettbewerbsregeln des Vertrags, nicht nur dazu bestimmt ist, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen. Daher setzt die Feststellung, dass mit einer Vereinbarung ein wettbewerbswidriger Zweck verfolgt wird, nicht voraus, dass dadurch den Endverbrauchern die Vorteile eines wirksamen Wettbewerbs hinsichtlich der Bezugsquellen oder der Preise vorenthalten werden.“<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> EuG ebendort, Rn. 118 f. (Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>36</sup> GA, Verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P (*GlaxoSmithKline/Kommission*), noch nicht in Slg. veröffentlicht.

<sup>37</sup> Ebendort, Rn. 104-106.

<sup>38</sup> Oben Fn. 3.

<sup>39</sup> EuGH, ebendort, Rn. 63.

Damit steht fest, dass das Kriterium des Verbrauchernachteils keine normative Verbindlichkeit im Sinne eines Tatbestandsmerkmals des Kartellverbots besitzt. Und was für das Kartellverbot gemäß Art. 101 AEUV gilt, gilt gleichermaßen für das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 102 AEUV und für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen gemäß Art. 3 FKVO. Denn die Ausrichtung des unionsrechtlichen Wettbewerbsschutzes kann für alle drei Dimensionen des Wettbewerbsrechts nur eine einheitliche sein. Soweit die Kommission ihren *more economic approach* auf die Berücksichtigung der Konsumentenwohlfaht als einem maßgeblichen wettbewerblichen Beurteilungskriterium ausgerichtet hat, wird sie also ihre Position korrigieren müssen.

#### IV. Fazit

Die Kommission hat dem „*more economic approach*“ bisher kein wirklich klares Profil gegeben. Jedenfalls dort, wo man es erwarten würde: nämlich in ihren Leitlinien, sucht man vergeblich nach einem konsistenten Ansatz. Vielmehr schwanken die diversen programmatischen Aussagen in den Kommissionsleitlinien zwischen wohlfahrtsökonomischen Effizienzermägungen, marktstrukturellen Gesichtspunkten und dem Wettbewerbsprozess als Schutzziel. Das ist in höchstem Maße unbefriedigend. Immerhin hat der EuGH mit seinem Urteil im Fall *GlaxoSmithKline/Kommission* nunmehr eine mögliche Bedeutungsvariante des „*more economic approach*“ für das Wettbewerbsrecht ausgeschlossen: Das wohlfahrtsökonomische Kriterium der Konsumentenwohlfaht bzw. des Verbraucherschadens hat als Tatbestandsmerkmal in den geltenden Wettbewerbsregeln der EU keine normative Grundlage. In der Konsequenz bedeutet dies, dass die Kommission wie bisher verpflichtet bleibt, primär den Wettbewerbsprozess und die hinreichende Offenheit der Marktstrukturen zu schützen. Die Förderung der Konsumentenwohlfaht ist dann die natürliche Folge dieses Wettbewerbschutzes.

Damit ist der Kommission nicht die Möglichkeit genommen, bei der Analyse konkreter Einzelfälle quantitative Methoden der modernen Industrieökonomik und Ökonometrie zu verwenden.<sup>40</sup> Gegen einer derartigen „*more economic approach*“ ist nichts einzuwenden, solange darunter nicht die Justitiabilität der Maßstäbe und damit die Rechtssicherheit für die Unternehmen als Adressaten der Wettbewerbsregeln leidet.<sup>41</sup> Von einem „stärker wirtschaftlichen Ansatz“, der die unmittelbaren Effizienzwirkungen unternehmerischen Handelns, insbesondere dessen Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfaht (genauer: den Verbraucher-schaden), zum maßgeblichen wettbewerblichen Beurteilungskriterium erhebt, muss sich die Kommission allerdings verabschieden.

---

<sup>40</sup> Siehe dazu *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie – Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle (2006).

<sup>41</sup> Siehe dazu die kritische ökonomische (!) Bewertung von Nutzen (im Sinne einer Verbesserung der Entscheidungsqualität) und Kosten (im Sinne verminderter Rechtssicherheit) eines so verstandenen „stärker wirtschaftlichen Ansatzes“ von *Schmidt/Wohlgemuth* (oben Fn. 1), 63 ff. und 68 ff.