

Besprechung / Compte rendu

Effizienz und Wettbewerb

FLORIAN SCHUMACHER

Ein Modell zur Einbeziehung ökonomischer Ansätze in das Kartellrecht

Reihe Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 251

Stämpfli Verlag AG | Nomos Verlag | Manz Verlag, Bern | Baden-Baden | Wien 2011, 468 Seiten,
CHF 150.–, EUR 119.–, ISBN 978-3-7272-1487-5

Die vorliegende Monografie «Effizienz und Wettbewerb – Ein Modell zur Einbeziehung ökonomischer Ansätze in das Kartellrecht» von FLORIAN SCHUMACHER, die der Universität Wien im Jahr 2010 als Habilitationsschrift vorgelegen hat, nimmt sich einem Thema an, das gleichermassen aus wissenschaftlicher und aus praktischer Sicht von grundlegender Bedeutung ist. Die Diskussion über eine stärkere ökonomische Ausrichtung des europäischen und nationalen Wettbewerbs- und Kartellrechts an sich ist nicht neu. Der sogenannte *more economic approach* wird mittlerweile schon über zehn Jahre in der Praxis und Wissenschaft diskutiert. In dieser Zeit sind auch viele Entscheide der Wettbewerbsbehörden und Gerichte ergangen worden, die sich mit einer stärkeren Ausrichtung des Wettbewerbs- und Kartellrechts befassen. Aus wissenschaftlicher Sicht wird ein stärkerer ökonomischer Ansatz von Befürwortern und Gegnern kontrovers diskutiert und es sind – trotz der andauernden Diskussion – noch zahlreiche Fragen offen. In diesem Zusammenhang weist die vorliegende Abhandlung von FLORIAN SCHUMACHER eine hohe Aktualität auf. Wie beispielsweise die Rechtsprechung der Unionsgerichte der EU zeigt, ist die Frage nach einem Vorrang eines wirkungsbasierten oder eines formbasierten Ansatzes derzeit noch nicht beantwortet. Dies zeigen die erst jüngst ergangenen Urteile des EuGH: In der Rechtssache «Post Danmark», lehnt der EuGH ein *Per-se-Verbot* von selektiven Niedrigpreisen ab, während er in der Rechtssache «Tomra» von einem *Per-se-Verbot* für Treuerabatte ausgeht.

Ziel der vorliegenden Abhandlung ist es, wie FLORIAN SCHUMACHER in seinem Vorwort schreibt, ein Modell für die Einbeziehung ökonomischer Aussagen ausgehend von ökonomischen und wettbewerbstheoretischen Überlegungen zu entwickeln und das Spannungsverhältnis zwischen formbasiertem und wirkungsbasiertem Ansatz zu überbrücken. Im Rahmen des vorhandenen Schrifttums schliesst die vorliegende Abhandlung damit eine Lücke. Sie untersucht ausgehend von der gegenwärtigen Diskussion des *more economic approach* das massgebliche Wettbewerbsmodell. Ausgehend von einigen wettbewerbstheoretischen Theorien und Überlegungen stellt sie ein Zielmodell für das europäische Kartellrecht auf. Anhand dieses Modells zeigt sich die Möglichkeiten, aber auch die Grenzen der Einbeziehung von ökonomischen Analysen und Methoden auf.

Die Arbeit beschränkt sich nicht nur auf theoretische Ausführungen, sondern versucht, ökonomische Erkenntnisse in die Anwendung, Dogmatik und Auslegung des Kartellrechts zu übertragen. Basierend auf diesem Ansatz versucht die vorliegende Abhandlung das Spannungsverhältnis zwischen der freiheitsschützenden Funktion des Kartellrechts – ausgehend von dem Konzept der Wettbewerbsfreiheit – einerseits und der Anwendung ökonomischer Effizienzerwägungen bei Einzelfallbetrachtung andererseits zu lösen. Dadurch sollen die beiden Modelle des formbasierten Ansatzes, des *form-based approach*, und des wirkungsbasierten Ansatzes, des *effect-based approach*, miteinander in Einklang gebracht werden. Im Ergebnis zielt die vorliegende Abhandlung darauf ab, durch ein neues Modell zur Einbeziehung ökonomischer Ansätze zwei gegensätzliche Modelle miteinander zu vereinbaren.

Gleich zu Beginn der Abhandlung weist FLORIAN SCHUMACHER auf die verschiedenen Bedeutungen und Elemente des *more economic approach* hin, wie er sich auf verschiedenen Ebenen feststellen lässt: Erstens beinhaltet der neue Ansatz eine ökonomische Analyse im Einzelfall bei der Anwen-

derung der Wettbewerbsregeln unter verstärkter Berücksichtigung der tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb und Heranziehung ökonomischer Beweismittel und Analyseverfahren. Zweitens sei damit auch die Berücksichtigung theoretischer Erkenntnisse der Ökonomie bei der inhaltlichen Gestaltung der Wettbewerbsregeln verbunden. Drittens weist der Verfasser auf die dritte Ebene des ökonomischen Ansatzes hin, auf der der neue Ansatz zu einer verstärkten Berücksichtigung von Effizienzgewinnen führen solle, wobei als Ziel der Wettbewerbsregeln auf effiziente Ressourcenverteilung und Verbraucherwohlfahrt abgestellt werden solle.

Ausgehend von diesen drei Ebenen des more economic approach entwickelt FLORIAN SCHUMACHER Ansätze für eine ökonomisch orientierte Anwendung und Auslegung der Wettbewerbsregeln. Hauptzielrichtung des Ansatzes einer stärker ökonomisch orientierten Anwendung der Wettbewerbsregeln sei dabei die Auslegung der Wettbewerbsregeln im Hinblick auf die Einbeziehung ökonomischer Effizienzkriterien. Gleichwohl zeigt FLORIAN SCHUMACHER gleich zu Beginn der vorliegenden Arbeit die Grundprämisse der nachfolgenden Betrachtung auf, wonach kartellrechtliche Vorschriften den Regeln juristischer Interpretation unterlägen, woran auch die allgemeine Fassung der Vorschriften nichts ändere. Damit zeigt er einer zu starken ökonomischen Ausrichtung klare Grenzen auf.

Basierend auf diesen Überlegungen gliedert sich die vorliegende Abhandlung in fünf grosse Abschnitte. In einem Einleitungsabschnitt (I.) wird u.a. zur Einführung die ökonomisch orientierte Anwendung der Wettbewerbsregeln aufgezeigt, in der u.a. auf die ökonomische Analyse im Einzelfall sowie auf die verschiedenen Zielmodelle, die allokative Effizienz, die produktive Effizienz, die dynamische Effizienz und Innovation sowie auf die Wohlfahrtsmassstäbe der Gesamtwohlfahrt und der Verbraucherwohlfahrt eingegangen wird.

Daraus leitet FLORIAN SCHUMACHER in einem zweiten Abschnitt das ökonomische Zielmodell (II.) ab. Er gibt hierzu zunächst einen dogmengeschichtlichen Überblick über die verschiedenen Wettbewerbskonzeptionen und überträgt daran anschliessend in einem dritten Abschnitt die ökonomischen Erkenntnisse in die Rechtsanwendung (III.). Hier geht er zunächst auf das Methodenproblem in der Ökonomie ein. Die Arbeit geht hier u.a. der Frage nach, welchen Gehalt und welche Aussagekraft ökonomische Theorien vor dem Hintergrund konkurrierender Wettbewerbskonzepte haben. Hieran anschliessend untersucht der Verfasser die Grundprobleme u.a. der Mustervorhersagen, der Quantifizierung sowie der Rolle des Marktes für die Effizienzbeurteilung.

Der nachfolgende vierte Abschnitt «Normative Entwicklungsebenen» (IV.) enthält das Kernstück der Arbeit. Hier stellt FLORIAN SCHUMACHER die Vertragsziele im Unionsrecht vor und untersucht die normative Ausgestaltung dieser Ziele im Einzelnen. Daran schliesst sich eine interessante Untersuchung der Auswirkungen auf den Wettbewerb an, in welchem auf das Auswirkungsprinzip hinsichtlich des Kartellverbots nach Art. 101 AEUV sowie in besonderem Masse auf das Auswirkungsprinzip im Rahmen des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV eingegangen wird. Hier widmet sich der Verfasser insbesondere dem Behinderungsmissbrauch, der Gegenstand des Diskussionspapiers der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission – dem «DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses» – aus dem Jahr 2005 war. Da bis heute ein entsprechendes Papier zum Ausbeutungsmissbrauch fehlt, fallen die Ausführungen hierzu in der vorliegenden Arbeit entsprechend knapp aus. Nach der Untersuchung der Ausgestaltung des Auswirkungsprinzips im Primärrecht (Art. 101 und 102 AEUV) geht der Verfasser auf das Auswirkungsprinzip im Sekundärrecht, im Rahmen der Fusionskontrollverordnung (FKVO) ein.

In einem fünften Abschnitt nimmt FLORIAN SCHUMACHER dann eine Umsetzung des Modells und eine Einbeziehung der ökonomischen Analyse (V.) vor. Hier schlägt er eine Abkehr von der Ansicht vor, die Wettbewerbsbeschränkung und die darauf beruhenden Tatbestände ohne Bezug auf ökonomische Effizienz zu definieren, und schlägt stattdessen eine Einbeziehung ökonomischer Effizienzkriterien vor. Ansatzpunkte sieht FLORIAN SCHUMACHER bereits auf normativer Ebene in der ausdrücklichen «Verankerung gesamtwirtschaftlicher Vorteile in Form der Kriterien ökonomischer Effizienz» in Art. 101 Abs. 3 AEUV, Art. 102 lit. b AEUV und in der Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle.

Im Hinblick auf das Spannungsverhältnis zum Konzept der Wettbewerbsfreiheit weist FLORIAN SCHUMACHER darauf hin, dass bezüglich des neuen Modells das Konzept der Wettbewerbsfreiheit eines Abwägungskriteriums bedürfe, um den Inhalt der Wettbewerbsvorschriften im Hinblick auf den Schutz des Wettbewerbs zu konkretisieren, da das Kriterium der Wettbewerbsfreiheit diese Aufgabe

nicht aus sich heraus leisten könne. Interessant sind hier auch die Ausführungen zu der Frage der Per-se-Verbote oder eines Rule-of-reason-Ansatzes. Hier plädiert der Verfasser dafür, den formbasierten und den wirkungsbasierten Ansatz miteinander zu verbinden. So habe der grundsätzlich allgemeine Aussagegehalt ökonomischer Aussagen auch Konsequenzen für die Berücksichtigung im Einzelfall. Fragen der Marktabgrenzung oder Simulationsmodelle könnten zwar, so FLORIAN SCHUMACHER, die Grundlage der normativen Bewertung bilden, allerdings könnten sie diese nicht ersetzen. Im Gegensatz zur Tatbestandsbildung seien sie der Sachverhaltsfeststellung zuzuordnen und unterlägen damit auch der Beweiswürdigung.

Der abschliessende Abschnitt «Zusammenfassung der zentralen Ergebnisse» (V.) fasst die Ergebnisse auf wettbewerbstheoretischer Ebene und die Ergebnisse in der normativen Umsetzung zusammen. Hier weist der Verfasser nochmals darauf hin, dass die Gegenüberstellung zwischen Rule-of-reason- und Per-se-Verboten zu kurz greife und eine unstrukturierte Rule-of-reason-Analyse im Einzelfall bereits aus wettbewerbstheoretischer Sicht, aber auch aufgrund normativer Vorgaben ausscheide.

FLORIAN SCHUMACHER sieht die Lösung – und dies stellt das zentrale Ergebnis der vorliegenden Untersuchung dar – in der Entwicklung des Modells eines «informierten systemtheoretischen Ansatzes», der auch als «dogmatische Basis der Tatbestandsbildung innerhalb der Wettbewerbsregeln» erscheine. Dass dies eine Möglichkeit darstellt, steht ausser Frage. Es bleibt hier jedoch bei der Frage der Rechtsauslegung und der Rechtsanwendung zur Erlangung dieser Tatbestandsbildung. Auf die Fragen der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit von Entscheidungen bis zur Erreichung dieser Tatbestandsbildung und eines «systemtheoretischen Ansatzes» geht die vorliegende Arbeit nicht ein, da sie nicht Gegenstand der Herausbildung des genannten Modells sind.

Angesichts der gegenwärtigen Fallpraxis der Europäischen Kommission und der jüngsten Judikatur der Unionsgerichte, die derzeit tatsächlich einen unstrukturierten Per-se-Ansatz verfolgt, scheint der Weg zu einem «informierten systemtheoretischen Ansatz» ein gangbarer, aber noch ein weiter Weg zu sein. Ein möglicher Wegweiser und eine Orientierungshilfe kann jedoch die vorliegende Abhandlung von FLORIAN SCHUMACHER bieten.

Dr. Claudia Seitz, Dr. iur., M.A. (London), Rechtsanwältin, Basel