

## **Kontinuität versus Zeitgeist: Zur Auslegung des Missbrauchs begriffs des Artikels 102 AEUV im Licht der Interpretationsgeschichte (Editorial: EuZW 2016, 41)**

Die kürzlich im Fall *Post Danmark II* (Rs. C-23/14) ergangene Vorabentscheidung des EuGH (ECLI:EU:C:2015:651) hat über die Beurteilung rückwirkender Rabatte unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) im konkreten Fall hinaus grundsätzliche Bedeutung. Der Gerichtshof war aufgefordert, im Rahmen der Anwendung des Missbrauchs begriffs zunächst einmal das Verhältnis seines traditionellen auf die wettbewerbswidrige Verdrängungswirkung abstellenden Ansatzes zum „modernen“ stärker wirtschaftlichen Ansatz (*more economic approach*) zu klären, der die im Vergleich zu seinen Wettbewerbern relative Effizienz des Marktbeherrschers gemessen in Preisen und Kosten („*as efficient competitor*“-Test) für maßgeblich hält. Generalanwältin Kokott hatte es auf den Punkt gebracht, indem sie in ihren Schlussanträgen (ECLI:EU:C:2015:343, Rn. 4) dem Gerichtshof nahelegte, er möge „sich nicht so sehr vom Zeitgeist oder vergänglichen Modeerscheinungen beeinflussen lassen, sondern sich vielmehr auf die rechtlichen Grundlagen zurückbesinnen, auf denen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden im Unionsrecht fußt“.

Eine Rückbesinnung auf die „rechtlichen Grundlagen“ des Missbrauchsverbots führt bekanntermaßen zurück auf das EuGH-Urteil im Fall *Hoffman-La Roche* (Rs. 85/76), in dem für die Beurteilung von Rabatten auf deren wettbewerbswidrige Verdrängungswirkung abgestellt wurde (ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 90), d.h. auf deren markstrukturelle Auswirkung, und weiter auf das EuGH-Urteil im Fall *Continental Can* (Rs. 6/72), in dem der EuGH zum ersten Mal mit der Auslegung des Missbrauchs begriffs befasst war und sich auf dessen markstrukturelle Dimension festgelegt hat (ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 26). Die Rückbesinnung muss aber nicht bei diesen Leitentscheidungen des EuGH stehen bleiben. Es lohnt, gerade im Hinblick auf die aktuelle Auseinandersetzung mit dem „Zeitgeist“ in Gestalt des *more economic approach*, die Entstehungsgeschichte dieser Rechtsprechung selbst in Erinnerung zu rufen.

Im Zentrum der gewissermaßen vor-judiziellen Interpretationsgeschichte des Missbrauchsverbots stand nämlich eine wissenschaftliche Kontroverse zwischen René Joliet, dem späteren belgischen Richter am EuGH, und Ernst-Joachim Mestmäcker, der in 1960iger Jahren als Sonderberater der Kommission in der Generaldirektion IV (Wettbewerbspolitik und Rechtsangleichung) fungierte. Beide waren damals aufgrund gründlicher vergleichender Analysen des US-amerikanischen Monopolisierungsverbots (s. 2 Sherman Act) und des europäischen Missbrauchsverbots (damals Art. 86 EWGV) zu völlig entgegengesetzten Schlussfolgerungen gelangt.

Joliet ging in einer monographischen Untersuchung (Zusammenfassung in Revue trimestrielle de droit européen 1969, 645-696) davon aus, dass s. 2 Sherman Act und Art. 86 EWGV angesichts ihres unterschiedlichen Wortlauts eine ganz unterschiedliche Bedeutung haben müssten. Während das Monopolisierungsverbot des Sherman Act nach der damaligen Lesart der amerikanischen Rechtsprechung auf Verdrängungsstrategien zur Absicherung marktbeherrschender Stellungen (also auf einen Schutz wettbewerblicher Marktstrukturen) ausgerichtet war, sei das Missbrauchsverbot des EWGV gerade nicht an der Erhaltung wettbewerblicher Marktstrukturen orientiert, sondern lediglich an der missbräuchlichen Ausnutzung der Marktbeherrschung. Während also auf der Grundlage von Art. 2 Sherman Act weder das Preis- noch das Mengenverhalten von Marktbeherrschern hätten kontrolliert werden können, die ihre Marktposition rechtmäßig erlangt und aufrechterhalten hatten, liege ein Verstoß gegen Art. 86 EWGV gerade in einer derartigen missbräuchlichen Ausbeutung des Marktes durch unverhältnismäßig hohe Preise oder durch eine Einschränkung des outputs. Das europäische Missbrauchsverbot diene damit primär, wenn nicht ausschließlich, dem

Schutz der Abnehmer bzw. der Lieferanten und nicht der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs durch die Abwehr von Verdrängungsstrategien, die der Erhaltung oder dem Ausbau der marktbeherrschenden Stellung als solcher dienen.

Ganz anders dagegen Mestmäcker (*Journal of World Trade Law*, 1972, 615-647 und 1973, 36-63), der die Teleologie des Missbrauchsverbots aus dem systematischen Zusammenhang mit der damaligen Zielbestimmung des Art. 3 lit. f EWGV, nämlich der Errichtung eines „Systems unverfälschten Wettbewerbs“, ableitete. Die marktstrukturellen Implikationen dieses Ansatzes wurden konkret durch Art. 85 Abs. 3 EWGV [jetzt: Art. 101 Abs. 3 AEUV] bestätigt, der den Effizienzeinwand im Rahmen des Kartellverbots nur gelten lässt, wenn hinreichender „Restwettbewerb“ erhalten bleibt. Und dieser grundlegende Gedanke ließ sich ohne weiteres auf Art. 86 EWGV [jetzt Art. 102 AEUV] übertragen. Mestmäcker betonte vor allem, dass zwischen dem von Joliet hervorgehobenen Verbraucherschutz und dem Schutz eines wirksamen (Rest-)Wettbewerbs kein Gegensatz bestehe, sondern dass es vielmehr der Wettbewerbsprozess als solcher sei, der die Vorteile für den Verbraucher garantiere.

Diesen – offensichtlich ordoliberalen – Ansatz hat sich der EuGH dann im *Continental Can*-Urteil zu eigen gemacht. Auf der Basis der Überlegungen von Joliet hätte der Gerichtshof in dem fraglichen marktmachtverstärkenden Unternehmenserwerb keinen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot annehmen können. Indem der Gerichtshof dieses Verbot aber in den systematischen Zusammenhang mit dem damaligen Art. 3 lit. f EWGV stellte, folgte er der Linie Mestmäckers und hielt fest, dass die Verbraucher auch durch „einen Eingriff in die tatsächliche Struktur des Wettbewerbs“ geschädigt werden können (ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 26). Ohne den „*as efficient competitor*“-Test ganz und gar auszuschließen, hat sich der EuGH im Fall *Post Danmark II* entsprechend der Anregung der Generalanwältin im Grundsatz erneut auf diese von ihm selbst geschaffenen rechtlichen Grundlagen besonnen und auf die Verdrängungswirkung des fraglichen Verhaltens abgestellt.

*Prof. Dr. Peter Behrens, Hamburg*