



Johannes Bryde

Rechtfertigungsprüfung
in der Anwendung
von Art. 102 AEUV



Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
1. Teil: Grundlagen	23
A. Problemstellung	23
I. Fragestellung	23
1. Art. 102 AEUV	23
2. Diskussion um eine neue Interpretation	24
3. Wettbewerb in der politischen Diskussion	26
4. Ziel und These	27
II. Gang der Untersuchung	30
1. Verdrängungsmissbrauch als Schwerpunkt	30
2. Der Aufbau der Untersuchung	32
3. Mehrfach relevante Aspekte	34
B. Die Dogmatik des Art. 102 AEUV und die Möglichkeit einer zwei- stufigen Prüfung	35
I. Art. 102 AEUV als Regelung ohne geschriebene Ausnahmen	35
1. Ansätze für eine Unterteilung in Regeltatbestand und Rech- fertigung	35
a) Im deutschen Recht	35
b) Im europäischen Recht	36
2. Vergleich zwischen Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV	37
a) Der Unterschied	37
b) Eine hypothetische Umformulierung von Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV	38
c) Schlussfolgerung	41
3. Vorläufige Bewertung des vorgeschlagenen Ansatzes	41
II. Ziele der Wettbewerbsvorschriften	43
1. Die Bedeutung der Ziele für Tatbestand und Rechtfertigung ...	43
2. Die neuere Diskussion über die Ziele des Wettbewerbsrechts	45
a) Ideen der Kommission und der Literatur	45
b) Bewegung in der Rechtsprechung	46
3. Die klassischen Ziele des Wettbewerbsrechts	49
a) Wettbewerb als Sicherung der Freiheit	50
aa) Freiburger Schule und Ordoliberalismus	50

bb) Freiheitsgedanken bei der Entstehung der Anti-Trust Gesetze in den USA	51
cc) Aktuelle Bewertung	52
b) Das Prinzip der Fairness	53
c) Der Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen	55
d) Wettbewerb als Entdeckungsverfahren	57
e) Ökonomische Ziele	58
f) Schutz des Wettbewerbs als Institut	60
4. Effizienz, consumer welfare und more economic approach	62
a) Zusammenhang zwischen Ergebniskontrolle und Effizienzgewinnen	62
aa) Ergebniskontrolle	62
bb) Effizienz und Konsumentenwohlfahrt als Ziele	64
b) Berücksichtigung der ökonomischen Ergebnisse in verschiedenen Rechtssystemen	67
aa) USA	67
bb) Gemeinschaftsrecht	70
5. Die Ziele des Wettbewerbsrechts im Prozess der europäischen Integration	75
a) Gemeinsamer Markt und Binnenmarkt	75
b) Die Rolle des Wettbewerbs	76
c) Die heutige Situation der Integration	78
III. (Un-)Möglichkeit einer Hierarchie der Ziele	81
1. Allgemein	81
2. Hierarchie der Ziele in Art. 3 EUV	82
3. Hierarchie der Ziele aufgrund der Art. 101 ff AEUV	84
a) Wortlaut	84
b) Konsumenten als Adressaten von Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV	85
4. Hierarchie der Ziele und Gemeinsamer Markt	86
5. Hierarchie der Ziele und Institutsgarantie	87
6. Wertungswidersprüche bei einer Neuausrichtung	89
a) Widersprüche bei Gleichsetzung von Zweck und Mitteln ..	89
b) Neue innere Widersprüche	90
c) Vereinheitlichung des Wettbewerbsrechts kein Selbstzweck	90
aa) Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV	91
bb) US-amerikanisches und europäisches Wettbewerbsrecht	92
7. Praktische Schwierigkeiten und Eigenständigkeit des Rechts ..	93

a)	Grenzen eines ökonomischen Ansatzes	94
b)	Das Verhältnis von Ökonomie und Recht	97
8.	Bedeutung des Hintergrunds des Ziels consumer welfare	99
a)	Bedeutung des Hintergrunds	99
b)	Die unterschiedlichen Positionen	100
aa)	Grundsätzliche Ablehnung der Marktzutrittsschranken	100
bb)	Kritik an der Ablehnung	101
cc)	Die Bewertung von Marktzutrittsschranken im Euro- parecht	103
dd)	Bedeutung für das Verhältnis von Effizienz und Markt- struktur	105
9.	Fazit zum Verhältnis der Ziele	106
IV.	Tatbestand des Art. 102 AEUV	106
1.	Leitbild des Vertrages	106
2.	Bedeutung für den Tatbestand	107
3.	Die Bedeutung direkter Nachteile für die Konsumenten	108
a)	Bisherige Auffassung	108
b)	Erforderlichkeit eines Nachteils bei Art. 101 I AEUV (Glaxo/Kommission)	109
c)	Erforderlichkeit eines Nachteils bei Art. 102 AEUV	112
aa)	Syfait II	112
bb)	British Airways	113
cc)	Microsoft	115
dd)	France Télécom	117
d)	Fazit	118
4.	Folgen für die Rechtfertigung	119
a)	Regel und Ausnahme	119
b)	Beachtung der Auswirkungen auf alle Ziele	120
2. Teil:	Rechtfertigungsprüfung bei Art. 102 AEUV	121
A.	Anerkennung eines Rechtfertigungsbedarfs in der Rechtsprechung	121
I.	Zum Parallelhandel	121
1.	„Syfait I“	122
a)	Der Fall	122
b)	Das Gutachten von GA Jacobs	123
c)	Schlussfolgerungen aus Syfait I	124
2.	Glaxo/Kommission	126
3.	„Syfait II“	127
a)	Gutachten GA Colomer	128
b)	Entscheidung des EuGH	128

4. Glaxo/Kommission – Das Rechtsmittel	130
5. Vergleich GA Jacobs und EuG und Vergleich beider mit dem EuGH in A EVE	130
a) Vergleich Syfait I und Glaxo/Kommission	130
b) Vergleich zwischen Syfait I und A EVE (Syfait II)	131
II. Zu Rabatten	132
1. British Airways	133
2. Schutz der Marktstruktur als Kern von Art. 102 AEUV	134
3. Effizienzgewinne und Rabatte	134
4. Fazit	136
III. Geschäftsverweigerung: Microsoft	137
1. Der Fall	137
2. Das Urteil	139
a) Zweistufige Prüfung	139
b) Geschäftsverweigerung: Zur Verweigerung der Schnitt- stelleninformationen	139
c) Koppelung ebenfalls Microsoft	140
3. Bewertung des Urteils	142
IV. Kampfpreise France Télécom	143
1. Der Fall	144
2. Das Urteil	144
V. Ergebnis	145
B. Verteidigungen zwischen Tatbestandsausschluss und Rechtfertigung	147
I. Competition on the merits – Leistungswettbewerb	147
1. Herkunft und Versuche der Konkretisierung	147
2. Der Begriff im Diskussionspapier und in den Leitlinien	150
3. Systematik und Inhalt des Leistungswettbewerbs	151
a) Inhalt	151
b) Systematische Einordnung	153
5. Bewertung	154
6. Fazit	158
II. Rule of Reason	158
1. Entwicklung der rule of reason	158
a) Der Hintergrund	158
b) Die Prüfung der rule of reason	160
2. Bedeutung der rule of reason im Europarecht	164
a) Ansatzpunkt	164
b) Rechtsprechung	167
aa) Ansätze und grundsätzliche Ablehnung der rule of reason in der Rechtsprechung	167

bb) Cassis Ausnahmen als rule of reason	169
c) Vorläufiges Ergebnis für die rule of reason und Art. 101 AEUV	172
3. Möglichkeiten einer rule of reason bei Art. 102 AEUV	176
a) Vergleich zu Art. 101 I AEUV	176
b) Mögliche Ansätze einer Rule of reason bei Art. 102 AEUV	177
aa) Rechtsprechung	177
bb) Rule of reason als Weg zum more economic approach	177
cc) Effizienzeinrede und rule of reason	179
c) Mögliche Einschränkungen des Art. 102 AEUV auf der Tatbestandsebene	180
4. Fazit	181
C. Eingrenzung des Art. 102 AEUV auf der Rechtfertigungsebene – Echte Rechtfertigungen	182
I. Objective Justification - Ein vieldeutiger Begriff.....	182
II. Die Übertragbarkeit von Art. 101 III AEUV	183
1. Einleitung	183
2. Das Verhältnis von Art. 101 III AEUV zu Art. 102 AEUV	184
a) Problemstellung	184
b) Die unterschiedlichen Konstellationen	185
c) Die wesentlichen Argumente	186
3. Die Situation vor der VO 1/2003.....	188
a) Der Ausgangspunkt Hoffmann-La Roche	188
b) Vertrauensschutz und Widersprüchlichkeit Tetra Pak	189
aa) Schlussantrag GA Kirschner	189
bb) Urteil des EuG	190
cc) Bedeutung der „Beachtung der Feststellungen“	191
c) Argument der Normenhierarchie und der Kompetenz	193
4. Zwischenergebnis	194
5. Die Situation nach der VO 1/2003	196
III. Effizienzeinrede als Rechtfertigungsmöglichkeit	198
1. Effizienz als Maßstab	199
a) Die Arten der Effizienz	199
aa) Allokative Effizienz	200
bb) Produktive Effizienz	200
cc) Dynamische Effizienz	201
b) Das Verhältnis der Effizienzen zueinander	202
c) Berechnungsmethoden	203
d) Bestimmung der maßgeblichen Effizienz	204

aa) Bestimmung nach dem AEUV	204
bb) Aus dem Verhältnis zur consumer welfare	205
2. Die für eine Effizienzeinrede relevante Interpretation von consumer welfare	207
a) Übersicht	207
b) Die Diskussion in den USA	208
aa) Die Ausgangslage	208
bb) Bewertung der Ansätze	210
c) Vereinbarkeit der verschiedenen Varianten der „Konsumentenwohlfahrt“ mit dem Wettbewerbsrecht der EU	211
aa) Verbraucher nach Art. 101 III AEUV	212
bb) Vereinbarkeit der consumer welfare Ansätze mit Art. 101 III AEUV	212
cc) Die Interpretation im Diskussionspapier	213
3. Die maßgebliche Effizienz einer möglichen Effizienzeinrede ..	214
a) consumer welfare	214
b) Effizienz	214
4. Die mögliche Ausgestaltung der Effizienzeinrede	215
a) Diskussionspapier und Guidance on Enforcement (Leitlinien)	215
b) Die Effizienzeinrede	217
aa) Inhalt der Effizienzeinrede	217
bb) Anwendungsmöglichkeiten der Effizienzeinrede	221
cc) Unterschiede zwischen dem Vorschlag der Kommission und Art. 101 III AEUV	222
d) Umsetzung der Effizienzeinrede	224
aa) Praktische Probleme der Effizienzeinrede	224
bb) Zeitlicher Faktor	227
cc) Problem der enttäuschten Erwartungen	227
e) Sonderproblem Art. Art. 101 III lit. b AEUV und Art. 102 AEUV	228
5. Fazit zur Berücksichtigung von Effizienzgewinnen für die Konsumentenwohlfahrt	231
IV. Meeting Competition Defence	233
1. Allgemein	233
2. Vorschläge der Kommission	234
3. Bewertung	235
V. Objective Necessity Defence	237
1. Inhalt	237
2. Die objective necessity defence in der Praxis	237

3. Die objective necessity defence nach Ansicht der Kommission	239
4. Bewertung der objective necessity defence	240
VI. Anwendung der Cassis de Dijon Formel	242
1. Verhältnis von Warenverkehrsfreiheit und Wettbewerbsrecht	242
2. Bewertung von Wouters	242
3. Übertragbarkeit der Cassis Rechtsprechung ins Wettbewerbsrecht	244
a) Möglichkeit eines Cassis ähnlichen Tatbestandsausschlusses	244
b) Übertragung der originären Cassis Rechtsprechung als Rechtfertigung	245
aa) Vergleich der Struktur	245
bb) Verschiedene Schwerpunkte	246
cc) Rechtliche Grundlage	247
4. Fazit	248
D. Rechtfertigung aufgrund besonderer Interessenlage	248
I. Das Bedürfnis einer Rechtfertigungsmöglichkeit und deren Umsetzung	248
1. Defizite der bisherigen Ansätze	248
2. Interessenabwägung	249
II. Interessen, die rechtfertigen können	251
1. Interessen des Marktbeherrschers	251
a) Keine Strafe für Größe	252
b) Wahrung geschäftlicher Interessen	253
c) Besondere Verantwortung	254
d) Erlaubter Interessenschutz	256
aa) Erlaubter Interessenschutz bei direkten Angriffen	256
bb) Sonstige Fälle der Interessenwahrung	264
e) Fazit	267
aa) Die bisherige Praxis	267
bb) Folgerungen über die bisherige Praxis hinaus	268
2. Interessen der Konsumenten	269
a) Grund der Berücksichtigung	269
b) Differenzierung der Konsumenteninteressen	270
aa) Inhaltliche Ausdifferenzierung	270
bb) Verschiedene Konsumentengruppen	271
cc) Die spezielle Situation marktbeherrschender Konsumenten	274
c) Berücksichtigung der Konsumenteninteressen	274

aa) Interessen der Konsumenten, die der Marktbeherrscher nutzen kann	274
bb) Interessen der Konsumenten, die für die Wettbewerber sprechen	275
d) Fazit	275
3. Interessen der europäischen Einigung	276
4. Allgemeinwohlintereessen	276
a) Begriff und Bedeutung von Allgemeinwohlintereessen	277
b) Unternehmer als Adressaten von Allgemeinwohlintereessen	279
c) Mögliche Fallkonstellationen	282
d) Praxis zu Allgemeinwohlintereessen und Wettbewerbsrecht	283
aa) Fallübersicht der Europäischen Gerichte	284
bb) Der Kommission	285
cc) Der Waschmaschinenfall	290
dd) Fazit	292
e) Möglichkeiten der Berücksichtigung und Kriterien der Auswahl	293
aa) Bisher erörterte Möglichkeiten	293
bb) Art. 3 EUV als Kriterium der Auswahl der Allgemeinwohlintereessen	293
cc) Querschnittsklauseln	295
f) Die Anwendung von Querschnittsklauseln auf das Wettbewerbsrecht	297
aa) Die Bedeutung von Querschnittsklauseln	297
bb) Wichtige Querschnittsklauseln	297
cc) Die Querschnittsklauseln in Entscheidungen der Europäischen Gerichte	301
dd) Die Bedeutung der Querschnittsklauseln für das Wettbewerbsrecht	303
ee) Querschnittsklauseln in der Kommissionspraxis, der Waschmaschinenfall	306
ff) Fazit	307
g) Neuere Entwicklungen	307
aa) Allgemeinwohlintereessen in neueren Veröffentlichungen der Kommission	308
bb) Veränderte Situation durch ex post Kontrolle und Zentralisierung?	310
cc) Fazit	315
h) Übertragbarkeit der Schlüsse auf Art. 102 AEUV	315

aa) Merkmale des Art. 101 III AEUV, auf die die Querschnittsklauseln Einfluss haben	315
bb) Art und Weise der Berücksichtigung bei Art. 102 AEUV	317
i) Generelle Schwierigkeiten mit der Berücksichtigung von Allgemeinwohlintereessen	319
aa) Quantifizierung von Allgemeinwohlintereessen	319
bb) Einschätzungsprärogative (Beurteilungsspielraum)	321
cc) Steuerung von positiven Folgen	322
dd) Begrenzung der Kausalitätskette (durch Querschnittsklauseln)	323
ee) Fazit	323
j) Fazit zu Allgemeinwohlintereessen	324
III. Interessen, die einer Rechtfertigung im Wege stehen / Gegenpositionen	324
1. Interessen der Wettbewerber	325
a) Schutz des Wettbewerbs nicht Schutz der Wettbewerber ...	325
b) Schutz der Wettbewerber zum Schutz des Wettbewerbs ...	326
aa) Wettbewerb und Wettbewerber – Gewinner und Verlierer	326
bb) Bedeutung der Effizienz der Wettbewerber	328
c) Fazit	331
2. Interessen der Europäischen Einigung	331
3. Interessen der Konsumenten, die gegen eine Rechtfertigung sprechen	332
4. Allgemeinwohlintereessen, die gegen eine Rechtfertigung sprechen	333
IV. Die Umsetzung der Interessenabwägung	335
1. Die Durchführung der Interessenabwägung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip	335
a) Verhältnismäßigkeitsprüfung als Instrument zur Interessenabwägung	335
b) Legitimes Interesse	337
c) Geeignetheit und Erforderlichkeit	337
d) Überwiegen der Vorteile – Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	338
e) Kein Ausschluss des Restwettbewerbs	339
f) Ergebnis	339
2. Konsequenzen für die Beweislast	339
a) Beweislastverteilung nach Diskussionspapier und Guidance	340

b) Regel des Art. 2 VO 1/2003	341
c) Beweislastverteilung bei einer Interessenabwägung	342
aa) Beweislast nach allgemeinen Gesichtspunkten	342
bb) Differenzierung der Beweislast nach Verfahrenstyp	344
cc) Fazit	347
E. Schlussbetrachtungen	347
Literaturverzeichnis	351