

Wenn der Wechsel alleine das Beständige ist: Die EU-Wettbewerbspolitik und ihre Umsetzung

Barbara Widmer^{*}

Inhalt

A. Einleitung	296
B. Entwicklung der EU-Wettbewerbspolitik	296
I. Erste Zielsetzungen	297
II. Ansatz des „more economic approach“	297
1. Konzept	297
2. Rechtliche Würdigung	298
3. Auswirkungen	300
III. Ausblick: „more technological approach“	300
C. Umsetzungsinstrumente	302
I. Erlass neuer/Anpassung bestehender Regelungen	303
II. Verwaltungsmessen	304
III. Verwaltungsvorschriften	304
1. Als Umsetzungsinstrument	305
2. Exkurs: Im Gefüge des Europarechts	306
a) Verwaltungsvorschriften als Rechtsakte „sui generis“	306
b) Verwaltungsvorschriften und Rechtssicherheit	307
c) Nachprüfung durch den Gerichtshof	309
d) Exkurs – Fazit	309
D. Aktuelle Schwerpunkte der Kommission	310
I. Wirksame Rechtsdurchsetzung	310
1. Richtlinie über kartellrechtliche Schadenersatzklagen	310
2. Mitteilung der Kommission zum Funktionieren der Verordnung (EG) Nr. 1/2003	311
II. Digitaler Binnenmarkt	312

^{*} Dr. iur. Barbara Widmer LL.M., CIA (Certified Internal Auditor) ist Habilitandin an der Universität St. Gallen sowie wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Datenschutzbeauftragten des Kantons Basel-Stadt. Der Titel des vorliegenden Beitrags lehnt sich an das Zitat „Der Wechsel alleine ist das Beständige“ von Arthur Schopenhauer, deutscher Philosoph, Autor und Hochschullehrer (1788-1860) an. Der Beitrag basiert teilweise auf der Dissertation der Verfasserin zum Thema „Verwaltungsmessen im Recht der Europäischen Union – veranschaulicht anhand des europäischen Kartell- und Gemeinschaftsmarkenrechts“ erschienen 2014 in der Schriftenreihe „Information und Recht“ im C.H. Beck Verlag.

III. Globalisierungsherausforderungen	313
E. Fazit	313

A. Einleitung

Die Europäische Union ist kein starres, sondern ein dynamisches Gebilde. Sie befindet sich in Reaktion auf das Geschehen innerhalb und außerhalb ihrer Grenzen im steten Wandel. Betroffen von diesem steten Wandel ist in ausgeprägter Weise der Binnenmarkt. Sein unverfälschtes Funktionieren gehört daher zu einem der prioritären Ziele der EU.¹ Zu dieser Zielerreichung trägt mitunter das Wettbewerbsrecht in Verbindung mit der Wettbewerbspolitik bei. Während sich das Wettbewerbsrecht aus den Verträgen und den daraus abgeleiteten Sekundärerlassen ergibt, handelt es sich bei der Wettbewerbspolitik um ein Steuerungsinstrument der Verwaltung.² Ihre Festlegung liegt entsprechend in der Zuständigkeit der Europäischen Kommission und innerhalb derselben bei der Generaldirektion Wettbewerb.³ Die Kommission hat zur Aufgabe der Wettbewerbspolitik ausgeführt, diese diene dem Aufbau und dem Schutz des Binnenmarktes, leiste einen Beitrag zum Verbraucherwohl und unterstütze die in den Verträgen genannten Kernziele der Union. Diese Kernziele würden dabei insbesondere wettbewerbsfähige Märkte, den wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und territorialen Zusammenhalt sowie eine nachhaltige Entwicklung umfassen.⁴

Der vorliegende Beitrag befasst sich in einem ersten Schritt mit der Frage, wie sich die Wettbewerbspolitik der Union aufgrund der politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen über die Zeit verändert hat und wie sich diese Veränderungen im Rahmen des Wettbewerbsrechts⁵ auswirken. Anschließend finden die Umsetzungsinstrumente sowie die aktuellen Schwerpunkte der Kommission eine eingehendere Betrachtung. Abschließend wird ein Fazit gezogen.

B. Entwicklung der EU-Wettbewerbspolitik

Im Rahmen dieses Abschnittes findet sich einerseits eine Darlegung der ersten Zielsetzungen der EU-Wettbewerbspolitik sowie andererseits eine eingehendere Betrachtung des „*more economic approach*“ und dessen Auswirkungen. Im Sinne eines Ausblicks wird zudem die Idee eines „*more technological approach*“ beleuchtet.

- 1 Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV i.V.m. Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt, ABL C 326 v. 26.10.2012, S. 309.
- 2 Siehe zum Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Wettbewerbspolitik auch *Stoffel*, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), Kartellrechtspraxis, 2013, S. 26.
- 3 EuGH, Rs. C-56/12 P, *EFIM/Kommission u.a.*, ECLI:EU:C:2013:575, Rdnr. 72.
- 4 Europäische Kommission, Wettbewerbsbericht 2010, Rdnr. 9; siehe auch Europäische Kommission, Wettbewerbsbericht 2012, S. 1 f. Sämtliche Wettbewerbsberichte finden sich unter http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html (28.6.2015).
- 5 Der Fokus dieses Beitrags liegt auf dem Kartellrecht. Das Fusions- und Beihilfenrecht finden entsprechend keine Behandlung.

I. Erste Zielsetzungen

In den ersten, durch Aufbauarbeiten geprägten Jahrzehnten des Bestehens der Union, bestand das primäre Ziel der Wettbewerbspolitik darin, die durch staatliches Handeln errichteten Barrieren zwischen den Mitgliedstaaten mit Blick auf einen freien Binnenmarkt abzubauen.⁶ Die Wettbewerbs- und insbesondere die Kartellvorschriften sollten sicherstellen, dass die aufgehobenen staatlichen Schranken nicht durch ähnliche private Maßnahmen ersetzt wurden.⁷ Demzufolge waren diese vollumfänglich auf das Ziel der Errichtung des Binnenmarktes und innerhalb desselben auf den Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen ausgerichtet.⁸

Mit dem zunehmenden Voranschreiten der Binnenmarktterrichtung und entsprechend der Erreichung der angestrebten Ziele begann sich die Wettbewerbspolitik verstärkt am Verbrauchernutzen zu orientieren.⁹ Mit dieser Umorientierung einher ging die Notwendigkeit des regelmäßigen Einbezugs von wirtschaftlichen Analysen, die sich im Laufe der Zeit immer weiter verfeinerten¹⁰ und zu dem in der aktuellen Wettbewerbspolitik unter der Bezeichnung „*more economic approach*“ bekannten Ansatz führten.¹¹

II. Ansatz des „more economic approach“

Nachfolgend finden einerseits das Konzept des „*more economic approach*“ sowie andererseits dessen rechtliche Beurteilung und Auswirkungen eine eingehendere Betrachtung.

1. Konzept

Beim „*more economic approach*“ handelt es sich um einen wirtschaftlich orientierten Ansatz, den die Kommission seit Ende der neunziger Jahre bei der Anwendung des europäischen Kartellrechts (verstärkt bei der Missbrauchskontrolle nach Art. 102

6 Europäische Kommission, Wettbewerbsbericht 2010, Rdnr. 10.

7 Stoffel, Law, Control and Delegation, in: Sethe u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf H. Weber, 2011, S. 314.

8 Ehlermann, Zur Wettbewerbspolitik und zum Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte 35/1994, S. 32; Europäische Kommission, Wettbewerbsbericht 2010, Rdnr. 10.

9 Ehlermann, (Fn. 8), S. 32.

10 Europäische Kommission, Wettbewerbsbericht 2010, Rdnr. 12.

11 Siehe dazu auch Hildebrand, Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, WuW 2005, S. 513; Pace, European Antitrust Law, 2007, S. 37 ff.; Stoffel, (Fn. 7), S. 314 f.; siehe zur Geschichte, Entwicklung und Bedeutung der EU-Wettbewerbspolitik auch McGowan, The Antitrust Revolution in Europe, 2010, S. 93 ff.

AEUV¹²⁾¹³ verfolgt.¹⁴ Nach diesem soll sich die Wettbewerbspolitik nicht mehr an der Schaffung und Sicherung der Voraussetzungen für das Funktionieren des Wettbewerbsprozesses (Schutzobjekt des wirksamen Wettbewerbs),¹⁵ sondern unmittelbar an der Konsumentenwohlfahrt und allfälligen dieser dienenden Effizienzgewinne orientieren.¹⁶ Als Folge dieses Ansatzes wird der Wettbewerb nicht mehr als gesellschaftspolitisches Ziel mit eigener Tragkraft, sondern lediglich als Mittel zum Zweck der Konsumentenwohlfahrts- und Effizienzsteigerung gesehen.¹⁷ Dieser soll nur noch insoweit Schutz genießen, als er der Erreichung dieser Zielvorgabe dient.¹⁸

2. Rechtliche Würdigung

Ein Vorgehen nach dem „*more economic approach*“ wirft die Frage nach dessen Vereinbarkeit mit den bestehenden Zielvorgaben auf, wie sie sich aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV¹⁹ und dem damit verbundenen Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt²⁰ ergeben. Diese sehen als Ziel des europäischen Wettbewerbsrechts den Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen und nicht die Konsumentenwohlfahrt und dieser dienende Effizienzgewinne vor.²¹ Entsprechend dürfte ein Vorgehen nach dem „*more economic approach*“ teilweise zu einer Uminterpretation der vertraglich vorgesehenen wettbewerbsrechtlichen Zielvorgaben führen. Dabei findet diese Uminterpretation nicht durch die gesetzgebende Instanz mittels Änderung der Verträge, sondern durch

12 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung), ABl. C 326 v. 26.10.2012, S. 47 ff.

13 Siehe dazu *Finell*, The Article 82 Reform: Increasing the Incentives to Comply?, *World Competition* 32 (2009), S. 285 ff.; *Hildebrand*, (Fn. 11), S. 517; *Weber*, Marktmissbrauchsdiskussion – ein Blick in die Zukunft, *EuZ* 2006, S. 105 f.

14 *Ackermann*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2010, § 21, Rdnr. 22; *Albers*, Der „*more economic approach*“ bei Verdrängungsmisbräuchen, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/albers.pdf> (28.6.2015), S. 1.

15 Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV i.V.m. Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl. C 326 v. 26.10.2012, S. 309.

16 *Albers*, (Fn. 14), S. 3; *Heitzer*, Fragwürdiger Kurswechsel in der Wettbewerbspolitik, Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 114/2007, S. 4; *Witt*, The Commission's Guidance Paper on Abusive Exclusionary Conduct – More radical than it appears?, *ELR* 35 (2010), S. 215 f.; *Zäch/Künzler*, Traditionelle europäische Wettbewerbspolitik versus „*more economic approach*“, *EuZ* 2009, S. 30 f.

17 *Albers*, (Fn. 14), S. 1 f.; *Basedow*, Konsumentenwohlfahrt und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik?, *WuW* 2007, S. 712; *Frenz/Ehlenz*, Defizitäre gerichtliche Wettbewerbskontrolle durch More-economic-Approach und Vermutungen?, *EuR* 2010, S. 490 f.

18 *Basedow*, (Fn. 17), S. 712; *Heitzer*, (Fn. 16), S. 4.

19 Vertrag über die Europäische Union (konsolidierte Fassung), ABl. C 326 v. 26.10.2012, S. 13 ff.

20 Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb v. 13.12.2007, ABl. C 326 v. 26.10.2012, S. 309.

21 Siehe dazu *EuG*, Rs. T-588/08, *Dole/Kommission*, ECLI:EU:T:2013:130, Rdnr. 65; *Drexel*, in: *Drexel/Kerber/Podszun* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach*, 2011, S. 324 ff.; *Ritter*, Der – unverfälschte – Wettbewerb, *WuW* 2007, S. 967.

die exekutiv tätige Europäische Kommission statt.²² Zwar ist die Kommission zur Änderung und Anpassung der europäischen Wettbewerbspolitik an die wirtschaftlichen, politischen und gesellschaftlichen Entwicklungen befugt. Sie hat dabei aber die sich aus den Verträgen ergebenden Grenzen und innerhalb derselben insbesondere die Zielvorgabe von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV (in Verbindung mit dem Protokoll Nr. 27) zu beachten.²³ In der Folge erscheint es zumindest fragwürdig, ob die Kommission bei einem Vorgehen nach dem „*more economic approach*“ nicht partiell ohne die vom Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung geforderte Rechtsgrundlage handelt und inwiefern die Anwendung des „*more economic approach*“ nicht einer Vertragsanpassung durch die rechtsetzende Instanz bedürfte.²⁴

Der Gerichtshof ist dem Ansatz des „*more economic approach*“ bislang eher zurückhaltend begegnet. Er hat zwar in einigen neueren Urteilen unter gewissen Umständen Effizienzgewinne als Rechtfertigung für kartellrechtlich bedeutsames Verhalten anerkannt.²⁵ Im Übrigen hielt er an den bisherigen Schutzziele des Wettbewerbsrechts, dem Schutz der Struktur des Marktes und damit des Wettbewerbs als solchem, fest.^{26, 27} In den Schlussanträgen zu einem Entscheid aus dem Jahr 2014 führte die zuständige Generalanwältin folgendes aus:

„In einer Union des Rechts, die sich zum Ziel gesetzt hat, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft zu verwirklichen (Art. 3 Abs. 3 EUV), sind funktionierende Märkte mit unverfälschtem Wettbewerb jenseits aller Kosten-Nutzen-Erwägungen ein Wert an sich.“²⁸

Mit dieser Aussage verdeutlicht sie zweierlei: Erstens, maßgebend ist das in den Verträgen festgelegte Schutzziel des unverfälschten Wettbewerbs und Kosten-Nutzen-Überlegungen sind höchstens sekundär bedeutsam und zulässig. Zweitens, Grenze

- 22 Siehe dazu auch Zimmer, Der rechtliche Rahmen für die Implementierung moderner ökonomischer Ansätze, WuW 2007, S. 1203 f.
- 23 Siehe dazu auch Kellerbauer, The Commission's new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies' exclusionary conduct, ECLR 31 (2010), S. 176; Zäch/Künzler, in: Zäch/Heinemann/Kellerhals (Hrsg.), The Development of Competition Law, 2010, S. 66 f.
- 24 Siehe dazu auch Immenga, Die Wettbewerbspolitik der Kommission und ihr Richter, EuZW 2010, S. 601; Zimmer, (Fn. 22), S. 1204.
- 25 EuGH, Rs. C-95/04 P, BA/Kommission, ECLI:EU:C:2007:166, Rdnr. 86; EuGH, Rs. C-52/09, Konkurrensverket/Telia u.a., ECLI:EU:C:2011:83, Rdnr. 76; EuGH, Rs. C-209/10, Post Danmark, ECLI:EU:C:2012:172, Rdnr. 41 f.
- 26 EuGH, verb. Rs. C-468/06, Lelos u.a./Glaxo, ECLI:EU:C:2008:504, Rdnr. 37; EuGH, Rs. C-8/08, T-Mobile u.a./Raad, ECLI:EU:C:2009:343, Rdnr. 38; EuGH, Rs. C-209/10, Post Danmark, ECLI:EU:C:2012:172, Rdnr. 44; EuGH, Rs. C-549/10 P, Tomra/Kommission, ECLI:EU:C:2012:221, Rdnr. 68 und 79; EuGH, Rs. C-68/12, Slowakei, ECLI:EU:C:2013:71, Rdnr. 18; EuG, Rs. T-201/04, Microsoft u.a./Kommission u.a., ECLI:EU:T:2007:289, Rdnr. 229.
- 27 Siehe zur Rechtsprechung des Gerichtshofs Frenz, Abschied vom more economic approach, wrp 2013, S. 428 ff.; Dittert, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung: Auf dem Weg zu einem „more economic approach“ in der Rechtsprechung des EuGH?, EuR 2012, S. 570 ff.
- 28 Schlussanträge GAin Kokott zu EuGH, Rs. C-557/12, Kone u.a., ECLI:EU:C:2014:45, Nr. 66.

der inhaltlichen Ausgestaltung der Wettbewerbspolitik bilden stets und zwingend die Zielvorgaben der Verträge.

3. Auswirkungen

Im Rahmen des Kartellverbots von Art. 101 AEUV bewirkte die Änderung der Wettbewerbspolitik in Richtung „*more economic approach*“, dass sich die Kommission primär auf die Bekämpfung der mit den größten Nachteilen verbundenen Unternehmensvereinbarungen, die keinerlei positive Auswirkungen auf den Wettbewerb und damit die Verbraucher haben (Hardcore-Kartelle), konzentrierte.²⁹ Im Umfeld dieser Wettbewerbspolitik gelten Konzentrationsprozesse und Kooperationen als unbedenklich, solange sie Effizienzen hervorbringen, die den Verbrauchern zugutekommen.³⁰ Mit dieser veränderten Wettbewerbspolitik und der damit verbundenen Konzentration auf Hardcore-Kartelle einher ging ein rasanter Anstieg der Geldbußenbeträge zwecks Abschreckung.³¹

Im Bereich des Missbrauchsverbots von Art. 102 AEUV führte die veränderte Wettbewerbspolitik dazu, dass marktbeherrschende Unternehmen, ohne das Tatbestandselement der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung zu erfüllen, einen harten und leistungsorientierten Konkurrenzkampf mit anderen Unternehmen führen können, selbst wenn dieser ein Ausscheiden ineffizienter oder weniger effizienter Wettbewerber zur Folge hat.³² Voraussetzung ist gemäß Kommission allerdings, dass das Ausscheiden ineffizienter oder weniger effizienter Konkurrenzunternehmen das Ergebnis eines leistungsorientierten Wettbewerbs ist, der zum Beispiel über die Qualität der Waren und Dienstleistungen geführt wird und so schlussendlich den Verbrauchern zugutekommt.³³

III. Ausblick: „*more technological approach*“

Die rasante Digitalisierung der vergangenen Jahre hat nicht nur zu gesellschaftlichen, sondern auch wirtschaftlichen Veränderungen geführt. Die Letzteren widerspiegeln sich mitunter in Form digitalisierter Märkte. Im Vergleich zu traditionellen Märkten weisen diese neue Phänomene wie mehrseitige Märkte, Plattformen, Datenpools (Big Data) sowie aber auch aufgeklärtere und dynamischere Konsumenten oder erhöhte

29 Europäische Kommission, Wettbewerbsbericht 2010, Rdnr. 14; siehe auch *van Rompuy*, *Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy?*, 2012, S. 190 f.; *Lowe*, in: Vives (Hrsg.), *Competition Policy in the EU*, 2009, S. 23.

30 *Weitbrecht/Mühle*, *Europäisches Kartellrecht 2003-2008*, EuZW 2008, S. 551.

31 Europäische Kommission, Wettbewerbsbericht 2010, Rdnr. 14; siehe dazu auch *Jenkins*, 2013: *What to expect on the European competition policy front*, ECLR 35 (2013), S. 332 f.

32 Europäische Kommission, Wettbewerbsbericht 2010, Rdnr. 17; siehe auch *Amstutz*, in: *Amstutz/Hochreutener/Stoffel*, (Fn. 2), S. 153 f.

33 Europäische Kommission, Wettbewerbsbericht 2010, Rdnr. 17; siehe auch *Amstutz*, (Fn. 32), S. 153 f.; *Kellerbauer*, (Fn. 23), S. 176.

Erneuerungsintervalle und entsprechend einen erhöhten Innovationsbedarf auf.³⁴ Daraus ergeben sich neue, bisher nur bedingt erkannte und erforschte Herausforderungen.

Befinden sich die realen Verhältnisse im Wandel, hinkt die Rechtswirklichkeit regelmäßig hinterher. Dieses Phänomen lässt sich bei digitalisierten Märkten auch in Bezug auf das Wettbewerbs- und innerhalb desselben auf das Kartellrecht feststellen. Dies zeigt sich mitunter dadurch, dass herkömmliche, auf ökonomischen Konzepten und Analysen basierende Instrumente wie zum Beispiel der „*more economic approach*“ nicht ohne Weiteres auf die veränderten Gegebenheiten digitalisierter Märkte übertragbar sind. Das führt entsprechend zur Frage, inwiefern neue Märkte neue, an ihre Besonderheiten angepasste, Konzepte erfordern.

Dieser Frage geht *Ruppert Podszun* nach.³⁵ Er zeigt in mehreren Publikationen auf, welche Besonderheiten digitalisierte Märkte aufweisen und wie diesen begegnet werden könnte. Dabei schlägt er mitunter vor, den „*more economic approach*“ in digitalisierten Märkten durch den „*more technological approach*“ zu ersetzen. Was meint er damit:

Beim „*more economic approach*“ findet eine vertiefte Analyse des Einzelfalls statt, wobei sich das Augenmerk auf die ökonomischen Auswirkungen und insbesondere die Konsumentenwohlfaht richtet. Im Vordergrund stehen die Produktivitäts- und insbesondere die Allokationseffizienz. Im Rahmen eines „*more technological approach*“ fände ebenfalls eine vertiefte Analyse des Einzelfalls statt, jedoch unter Fokussierung auf die technischen Auswirkungen und die Innovationseffizienz. Im Zusammenhang mit der Letzteren wäre unter Einbezug innovationsökonomischer Überlegungen zu klären, inwiefern hinsichtlich zukünftiger Innovationen die Gefahr von Innovationsschranken besteht. Innovationsschranken stellen je nach Sachlage Patente, Standards oder technische Schutzmaßnahmen dar.³⁶

Im Weiteren weist *Podszun* darauf hin, dass die Konsumenten in digitalisierten Märkten in der Regel unmittelbarer in die Abläufe und Prozesse involviert sind als in traditionellen Märkten und damit auf diese verstärkter Einfluss nehmen (z.B. mittels sozialer Netzwerke). Auch befinden sich die Bedürfnisse der Konsumenten digitalisierter Märkte im steten Wandel und bedingen entsprechend in kürzeren Zeitabständen Innovationen.³⁷

Es lässt sich kaum bestreiten, dass digitalisierte im Vergleich zu traditionellen Märkten erhebliche Unterschiede aufweisen und die aktuellen rechtlichen Regelungen und Instrumente diesen nur bedingt gerecht werden. Dabei trifft dies aber nicht nur

34 Siehe dazu auch *Podszun*, in: Surblyté (Hrsg.), *Competition on the Internet*, 2015, S. 106 und 108.

35 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Immaterialgüter- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bayreuth.

36 Siehe für diesen Abschnitt *Podszun*, (Fn. 34), S. 107 f.; sowie *Podszun*, *Kartellrecht in der Internet-Wirtschaft: Zeit für den more technological approach*, WuW 2014, S. 249; siehe im Weiteren auch den Gastkommentar desselben Autors in der Neuen Zürcher Zeitung v. 24.9.2014, www.nzz.ch/meinung/debatte/entmachtungsinstrument-wettbewerb-1.18389431 (28.6.2015).

37 *Podszun*, (Fn. 34), S. 108.

auf das Wettbewerbs-, sondern ebenso auf das Handels- sowie Datenschutz- oder Informationsrecht zu. Dies hat die Kommission erkannt. Sie gedenkt deshalb, die EU-Binnenmarktfreiheiten auf die digitale Welt auszudehnen und plant in diesem Zusammenhang eine Sektorenuntersuchung zum elektronischen Handel (vgl. unter D.II.).

In diesem Zuge erscheint es notwendig, dass die Kommission auch im Kartellrecht aktiv wird und die bestehenden Konzepte auf ihre Vereinbarkeit mit digitalisierten Märkten überprüft. Der von Podszun vorgeschlagene „*more technological approach*“ erscheint in diesem Zusammenhang ein zielführendes neues Konzept. Digitalisierte Märkte leben zweifelsohne von einer hohen Innovationsdichte, womit Innovationen das zentrale Element für das Funktionieren der Märkte darstellen. Da der „*more technological approach*“ bei der Innovationseffizienz ansetzt und auf die Verhinderung von Innovationsschranken abzielt, setzt er somit beim Herzstück digitaler Märkte an. Im Weiteren überzeugt er dadurch, dass er im Gegensatz zum „*more economic approach*“ mit den Wettbewerbszielen der Verträge vereinbar ist. In dem er die Innovationseffizienz und damit den unverfälschten Wettbewerb zum Ziel hat, entspricht er den Vorgaben von Art. 3 Abs. 3 EUV in Verbindung mit dem Protokoll Nr. 27.³⁸ Diese legen als maßgebliches Ziel den Schutz des binnenmarktlichen Wettbewerbs vor Verfälschungen fest.

Allerdings erscheint es nicht ohne weiteres abschätzbar, ob sich der „*more technological approach*“ auch ausserhalb digitaler Märkte als zielführendes Instrument einsetzen ließe und den „*more economic approach*“ längerfristig ablösen könnte. Da Innovationen jedoch marktartunabhängig einen wesentlichen und dynamischen Bestandteil einer offenen und wettbewerbsfähigen Marktwirtschaft darstellen,³⁹ liegt ein entsprechendes Vorgehen durchaus im Bereich des Möglichen. Eine abschließende Antwort wird sich mitunter durch die konkrete Anwendung des „*more technological approach*“ in der Praxis sowie eine Analyse der damit verbundenen Erfahrungen erreichen. Jedenfalls denkbar ist, dass die beiden Konzepte nebeneinander bestehen und jeweils ausgehend vom betroffenen Markt zum Einsatz gelangen. Allerdings ändert dies nichts daran, dass die mit dem „*more economic approach*“ verfolgten Zielsetzungen (Steigerung der Konsumentenwohlfahrt und der Effizienzgewinne) mit den aktuellen wettbewerblichen Vertragszielen schwierig vereinbar sind (vgl. unter B.II.2.).

C. Umsetzungsinstrumente

Die Festlegung der Wettbewerbspolitik als solche verleiht dieser noch keine Wirkung. Vielmehr gilt es die je nach Sachlage festgelegte Wettbewerbspolitik mittels geeigneter Instrumente umzusetzen. Umsetzungsinstrumente bestehen dabei mehrere, wobei sich diese teilweise gegenseitig voraussetzen oder bedingen. Zu denken ist einerseits

38 Siehe Fn. 20.

39 Siehe Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. C 89 v. 28.3.2014, S. 3, Einleitungserwägungen, Ziffer 7; Podszun, (Fn. 34), S. 108.

an den Erlass neuer oder die Anpassung bestehender Rechtsregeln sowie andererseits an Verwaltungsermessen und den Erlass von Verwaltungsvorschriften. Nachfolgend werden diese Umsetzungsinstrumente eingehender erläutert.

I. Erlass neuer/Anpassung bestehender Regelungen

Dem Erlass neuer oder der Anpassung bestehender Rechtsregeln liegt jeweils ein demokratischer Rechtssetzungsprozess zugrunde. Dieser führt in der Umsetzung regelmäßig zu zeitlichen Verzögerungen und in der Folge dazu, dass das Recht der Realität hinterherhinkt. Mit diesem Vorgehen politische, wirtschaftliche oder gesellschaftliche Veränderungen zeitnah umsetzen zu wollen, erscheint entsprechend schwierig oder unmöglich. Mit Blick auf die Rechtssicherheit empfiehlt sich bei entsprechenden Absichten zudem Zurückhaltung.

Im Kartellrecht finden sich die zwei wichtigsten materiell-rechtlichen Normen in den Verträgen: Art. 101 und 102 AEUV. Änderungen der Verträge haben nach den Vertragsänderungsverfahren gemäß Art. 48 EUV⁴⁰ zu erfolgen. Da diese Verfahren eine Vielzahl an Beteiligten umfassen und oft Jahre dauern, stellen sie kein geeignetes Instrument zur Umsetzung veränderlicher Inhalte dar. Die Wettbewerbspolitik mittels Anpassung der Verträge umsetzen zu wollen, ist somit nicht zielführend.

Im Sekundärrecht finden sich die kartellrechtlichen Regelungen insbesondere auf Verordnungsstufe. Als Beispiele lassen sich die Kartellverfahrensverordnung⁴¹ oder die Gruppenfreistellungsverordnungen⁴² nennen. Da Verordnungen der Umsetzung des Primärrechts dienen⁴³ und die Unionsorgane diese in den bedeutend kürzeren Gesetzgebungsverfahren nach Art. 289 AEUV⁴⁴ erlassen können, eignen sich diese zur zeitnahen Umsetzung von Inhalten und damit der Wettbewerbspolitik besser. Aus Gründen der Rechtssicherheit erscheint jedoch auch hier eine gewisse Zurückhaltung angebracht. Insbesondere sollten die den Änderungen zugrundeliegenden Inhalte von minimaler Beständigkeit und grundlegender Bedeutung sein.

Der Erlass neuer oder die Anpassung bestehender Rechtsregeln eignet sich zur Umsetzung der Wettbewerbspolitik somit beschränkt. Zielführend kann ein entsprechendes Vorgehen sein, wenn es sich um Sekundärrecht sowie Inhalte mit gewisser Tragweite und Bestandkraft handelt.

40 Siehe dazu *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Aufl. 2014, Rdnr. 88 ff.

41 VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 v. 4.1.2003, S. 1.

42 Anstelle mehrerer: VO (EU) Nr. 316/2014 der Kommission v. 21.3.2014 über die Anwendung von Art. 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. L 93 v. 28.3.2014, S. 17.

43 Siehe dazu Art. 288 Abs. 1 AEUV.

44 Siehe zu den Gesetzgebungsverfahren *Herdegen*, Europarecht, 16. Aufl. 2014, Rdnr. 68 ff.

II. Verwaltungsermessen

Verwaltungsermessen als Umsetzungsinstrument ermöglicht der zuständigen Verwaltungseinheit, innerhalb des bestehenden Rechtsrahmens zeitnah auf wirtschaftliche, politische und/oder gesellschaftliche Veränderungen zu reagieren. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich, dass in der Unionsrechtsordnung Verwaltungsermessen im Rahmen jeder Art von behördlichem Entscheidungs-, Beurteilungs- oder Gestaltungsfreiraum denkbar ist. Entsprechend kommt dem Verwaltungsermessen je nach Rechtsgebiet und Sachlage eine erhebliche Bedeutung zu und die zuständige Verwaltungseinheit verfügt in dessen Rahmen im Einzelfall über umfangreiche Entscheidungs- und Gestaltungskompetenzen. Diese umfassen den Einbezug von außerrechtlichen Elementen in die Entscheidungsfindung wie insbesondere wirtschaftliche, politische und/oder gesellschaftliche sowie Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsüberlegungen.⁴⁵

Zur Rolle des Verwaltungsermessens im Kartellrecht und insbesondere bei der Umsetzung der Wettbewerbspolitik hat der Gerichtshof festgehalten, die Kommission verfüge im Rahmen des Wettbewerbsrechts über Verwaltungsermessen, um die Kontrolle über die Wettbewerbspolitik der Union zu behalten.⁴⁶ Demzufolge könne von dieser keine absolut konstante und unveränderliche Praxis bei der Anwendung der einschlägigen Normen erwartet werden. Vielmehr verfüge die Kommission über einen gewissen Freiraum bei der Wahl der ihr zu Gebote stehenden ökonomischen Instrumente sowie bei der Wahl eines richtigen Ansatzes für die Untersuchung eines Phänomens. Allerdings dürften die entsprechenden Entscheidungen nicht offensichtlich gegen anerkannte wirtschaftswissenschaftliche Grundsätze verstoßen und müssten jedenfalls auch folgerichtig durchgeführt werden.⁴⁷

Die Kommission hat zu dem ihr im Wettbewerbsrecht eingeräumten Verwaltungsermessen festgehalten, dieses erleichtere es ihr, den Rechtsrahmen so zu gestalten und anzupassen, dass dieser den wechselnden Herausforderungen beim Auf- und Umbau der Union Rechnung tragen könne.⁴⁸

III. Verwaltungsvorschriften

Die Verwaltungsvorschriften finden nachfolgend zuerst als Umsetzungsinstrument der Wettbewerbspolitik und anschließend in übergeordnetem Kontext eine eingehendere Betrachtung.

45 Siehe *Widmer*, Verwaltungsermessen im Recht der Europäischen Union – veranschaulicht anhand des europäischen Kartell- und Gemeinschaftsmarkenrechts, 2014, Rdnr. 86 und 88.

46 EuGH, Rs. C-425/07 P, *AEPI/Kommission*, ECLI:EU:C:2009:253, Rdnr. 14 und 31; EuGH, verb. Rs. C-189/02 P, *Dansk Rørindustri u.a./Kommission u.a.*, ECLI:EU:C:2005:408, Rdnr. 171 f.

47 Siehe für gesamten Abschnitt EuG, Rs. T-351/03, *Schneider u.a./Kommission u.a.*, ECLI:EU:T:2007:212, Rdnr. 132.

48 Europäische Kommission, Wettbewerbsbericht 2010, Rdnr. 9.

1. Als Umsetzungsinstrument

Bei den Verwaltungsvorschriften⁴⁹ als Umsetzungsinstrument ist maßgebend, dass die Verwaltungseinheiten diese außerhalb der strengen Gesetzesbindung (und damit auch im Rahmen von Verwaltungsermessen) zur Erläuterung ihrer Vorgehensweisen erlassen und veröffentlichen. Ihr Inhalt reicht von der Vereinheitlichung der eigenen Verwaltungspraxis und der Verbesserung der Information über die eigene Verwaltungstätigkeit bis hin zur Absicht der politischen Steuerung. Verwaltungsvorschriften entfalten gegenüber Dritten in der Regel keine Rechtswirkungen und können daher jederzeit angepasst werden. Eine Ausnahme bildet in deren Zusammenhang allerdings das Rechtsinstitut der Selbstbindung der Verwaltung.⁵⁰ Dieses kann dazu führen, dass Verwaltungsvorschriften für die erlassene Verwaltungseinheit insofern Bindungswirkung entfalten, als sich die Betroffenen gestützt auf den Grundsatz der Rechtsgleichheit oder das Prinzip des Vertrauensschutzes auf deren Verbindlichkeit berufen können (vgl. unter C.III.2.b)).⁵¹

Im Kartellrecht findet sich eine Vielzahl der vorgenannten Verwaltungsvorschriften. Sie dienen in hohem Maße der Umsetzung der Wettbewerbspolitik der Kommission und resultieren in der Regel aus dem der Kommission im Kartellrecht verbreitet eingeräumtem Verwaltungsermessen.⁵² Der Gerichtshof hat dazu festgehalten, die Kommission habe zur Erhöhung der Transparenz und Objektivität ihrer Geldbußenentscheide mehrere Verwaltungsvorschriften in Form von Leitlinien und Mitteilungen erlassen. In diesen präzisiere sie unter Beachtung höherrangigen Rechts die Kriterien, die sie bei der Ausübung ihres Verwaltungsermessens anzuwenden gedenke.⁵³ Neben diesen im Rahmen von Verwaltungsermessen entstandenen Verwaltungsvorschriften gibt es im Kartellrecht aber auch Verwaltungsvorschriften, die primär der Festlegung von Abläufen dienen und nicht mit der aktuellen Wettbewerbspolitik in Verbindung stehen.⁵⁴

Grund für das im Kartellrecht verbreitet bestehende Verwaltungsermessen ist die offene Formulierung der einschlägigen Normen – insbesondere von Art. 101 und 102 AEUV sowie von Art. 23 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1/2003. Diese offenen Formulierungen sind nicht Zufall, sondern sachbedingt und gründen im Fall von Art. 101

49 Diese finden sich im Unionsrechtsalltag insbesondere unter dem Titel „Mitteilungen“, „Leitlinien“ oder „Bekanntmachungen“.

50 Siehe für weitere Ausführungen zum Rechtsinstitut der Selbstbindung der Verwaltung allgemein sowie im Kartellrecht im Besonderen *Widmer*, (Fn. 45), Rdnr. 115 ff. sowie Rdnr. 486 ff.

51 Siehe für diesen Abschnitt *ibid.*, Rdnr. 82.

52 Siehe als Beispiel: Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 AEUV den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), ABl. C 291 v. 30.8.2014, S. 1; siehe zur Bedeutung von Verwaltungsvorschriften im Kartellrecht auch *Stefan*, *Soft Law in Court*, 2013, S. 24 ff.

53 EuG, Rs. T-241/01, *Scandinavian Airlines/Kommission*, ECLI:EU:T:2005:296, Rdnr. 64; EuG, Rs. T-15/02, *BASF/Kommission*, ECLI:EU:T:2006:74, Rdnr. 119.

54 Als Beispiel lässt sich hier die Mitteilung der Kommission über die Regeln für die Einsicht in Kommissionsakten in Fällen einer Anwendung von Artikel 101 und 102 AEUV nennen, ABl. C 325 v. 22.12.2005, S. 7.

und 102 AEUV verstärkt auf der Notwendigkeit zur Konsensfindung im Rechtsetzungsprozess. In den Materialien zu diesen beiden Normen finden sich folgende Ausführungen:

„Bezüglich der Bekämpfung der auf dem privaten Sektor den Wettbewerb verfälschenden Praktiken, hält es die belgische Delegation für wenig zweckmäßig, in den Vertrag mehr als allgemeine Grundsätze aufzunehmen.

Die italienische Delegation möchte, dass neben den allgemeinen Grundsätzen in den Vertrag ein Verzeichnis aufgenommen würde, das Beispiele der gemeinten Praktiken aufzählen würde.

Die niederländische Delegation wünscht die Aufnahme sowohl von genau und konkret formulierten Grundsätzen, als auch einer allgemeinen Klausel, die unvorhergesehene Fälle berücksichtigen könnte. Sie würde außerdem die Definierung der betreffenden Praktiken einem Organ der Gemeinschaft anvertrauen.

Die deutsche Delegation hat ihren Standpunkt zu diesen Problemen anlässlich der Prüfung der in den Paragraphen 14i und 14j erwähnten Punkten dargelegt“.⁵⁵

Aus diesem Auszug ergibt sich ohne weiteres, wie schwierig die Konsensfindung im Rechtsetzungsprozess ausfallen kann. Bei dessen Resultat handelt es sich entsprechend regelmäßig um Kompromisslösungen, die mitunter auf offenen Formulierungen basieren.

2. Exkurs: Im Gefüge des Europarechts

Nachfolgend finden die Verwaltungsvorschriften unter einem allgemeinen Blickwinkel eine eingehendere Betrachtung. In diesem Zusammenhang gilt es zu klären, um welche Art von Rechtsakte es sich bei Verwaltungsvorschriften handelt, in welchem Verhältnis diese zur Rechtssicherheit stehen und inwiefern der Gerichtshof diese überprüfen kann. Abschließend folgt ein Zwischenfazit.

a) Verwaltungsvorschriften als Rechtsakte „sui generis“

Bei Verwaltungsvorschriften im oben genannten Sinne handelt es sich um Rechtsakte *sui generis*.⁵⁶ *Sui generis* deshalb, weil es sich nicht um Rechtsakte im Sinne von Art. 288 AEUV handelt. Nach Art. 288 AEUV nehmen die Organe für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse sowie Empfehlungen und Stellungnahmen an. Rechtsakte in Form von Verwaltungsvorschriften sind in Art. 288 AEUV nicht vorgesehen. Da Art. 288 AEUV jedoch keinen abschließenden Charakter hat⁵⁷ und damit auch anderweitige Handlungsformen denkbar sind, aner-

55 Hoeren/Schulze (Hrsg.), Dokumente zum Europäischen Recht, Bd. 1, Gründungsverträge, 1999, S. 106.

56 Geismann, in: Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 288 AEUV, Rdnr. 22; Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 288 AEUV, Rdnr. 98. Teilweise wird für diese Art von Regelungen auch die Bezeichnung „Soft Law“ verwendet.

57 Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV, Rdnr. 2.

kennen Lehre⁵⁸ und Rechtsprechung⁵⁹ Verwaltungsvorschriften als Handlungsformen eigener Art.

Verwaltungsvorschriften finden sich insbesondere unter dem Titel „Mitteilungen“, „Leitlinien“ oder „Bekanntmachungen“.⁶⁰ Ihre Bezeichnung ist somit uneinheitlich. Da jedoch nicht die Bezeichnung einer Rechtshandlung, sondern deren Inhalt für die rechtliche Qualifikation maßgebend ist,⁶¹ ergeben sich aus diesem Umstand keine bedeutenden Probleme.

b) Verwaltungsvorschriften und Rechtssicherheit

Wie unter C.III.1. angetönt, können Verwaltungsvorschriften je nach Rechtsgebiet eine enorme Bedeutung erlangen. Diese kann so weit gehen, dass sich das maßgebliche Vertrags- oder Ordnungsrecht ohne die Präzisierung durch Verwaltungsvorschriften kaum sinn- und sachgerecht anwenden lässt. In diesem Sinne wirken Verwaltungsvorschriften präzisierend und erhöhen die Rechtssicherheit hinsichtlich der Vertrags- und Ordnungsanwendung.⁶²

Gleichzeitig führt der Erlass von Verwaltungsvorschriften aber selbst zu Rechtsunsicherheit. Dies deshalb, weil Verwaltungsvorschriften nicht in einem von den Verträgen vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren entstehen, sondern durch die zuständige Verwaltungseinheit, allenfalls unter Einbezug der betroffenen Stakeholder im Rahmen von Vernehmlassungen, erarbeitet werden. In der Folge verfügen Verwaltungsvorschriften aus sich heraus über keine normative Wirkung und lassen sich durch die zuständige Verwaltungseinheit entsprechend jederzeit anpassen.⁶³ Damit fehlt es für die Rechtsbetroffenen erneut an Rechtssicherheit. Der Gerichtshof hat den Grundsatz der Rechtssicherheit früh als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts anerkannt und festgehalten, dieser verlange, dass die Rechtsvorschriften klar und bestimmt seien und die Voraussehbarkeit der darunter fallenden Tatbestände und Rechtsbeziehungen gewährleistet sei.⁶⁴

Verwaltungsvorschriften erscheinen unter dem Blickwinkel des Grundsatzes der Rechtssicherheit somit einerseits hilfreich andererseits aber gleichzeitig auch problematisch. Zu einer gewissen, wenn auch nicht vollständigen Entschärfung dieser Sach-

58 Geismann, (Fn. 56), Art. 288 AEUV, Rdnr. 23; Schroeder, (Fn. 57), Art. 288 AEUV, Rdnr. 29 und 33; Ruffert, (Fn. 56), Art. 288 AEUV, Rdnr. 100 und 102.

59 Siehe anstelle vieler EuGH, Rs. C-501/11 P, *Schindler/Kommission und Rat*, ECLI:EU:C:2013:522, Rdnr. 67; EuGH, Rs. C-439/11 P, *Ziegler/Kommission*, ECLI:EU:C:2013:513, Rdnr. 60.

60 Siehe auch Schroeder, (Fn. 57), Art. 288 AEUV, Rdnr. 33.

61 Siehe von Graevenitz, *Mitteilungen, Leitlinien, Stellungnahmen – Soft Law der EU mit Lenkungswirkung*, EuZW 2013, S. 170; Walzel, *Bindungswirkungen unregelter Vollzugsinstrumente der EU-Kommission*, 2008, S. 230.

62 Knauff, in: Iliopoulos-Strangas/Flauss (Hrsg.), *Das soft law der europäischen Organisationen*, 2012, S. 385; siehe auch Ruffert, (Fn. 56), Art. 288 AEUV, Rdnr. 103.

63 Geismann, (Fn. 56), Art. 288 AEUV, Rdnr. 23.

64 EuGH, Rs. 42/59, *SNUPAT/EGKS*, ECLI:EU:C:1961:5, 172; EuGH, Rs. C-63/93, *Duff u.a./Ministerium für Landwirtschaft*, ECLI:EU:C:1996:51, Rdnr. 19 f.

lage führt die Selbstbindung der Verwaltung, welche der Gerichtshof als Rechtsinstitut des Unionsrechts anerkannt hat.⁶⁵

Merkmal des Rechtsinstituts der Selbstbindung der Verwaltung ist ein einseitiges aus exekutiver Tätigkeit stammendes Handeln außerhalb der strengen Gesetzesbindung,⁶⁶ das in Verbindung mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu einer Selbstbindung der handelnden Verwaltungseinheit führt.⁶⁷ Die Bindung kann sich dabei entweder gegenüber dem gesamten Verwaltungspublikum (generell-abstrakt) oder gegenüber einzelnen Verwaltungsteilnehmern (individuell-konkret) ergeben.⁶⁸ Bindungsgrundlage stellt bei einer generell-abstrakten Bindung der Grundsatz der Rechtsgleichheit und bei einer individuell-konkreten Bindung das Prinzip des Vertrauensschutzes dar.

Im Rahmen von Verwaltungsvorschriften ist insbesondere die generell-abstrakte Bindung gestützt auf den Grundsatz der Rechtsgleichheit von Bedeutung. Bezugspunkt der Bindung bildet dabei nicht eine konkret abgegebene Verwaltungserklärung oder ein einzelnes Verwaltungshandeln, sondern eine unabhängig vom Einzelfall geübte Verwaltungspraxis.⁶⁹ Diese kann in ungeschriebener Form oder in Form von Verwaltungsvorschriften bestehen.⁷⁰ Der Grundsatz der Rechtsgleichheit führt dabei dazu, dass die handelnde Verwaltungseinheit ihre Verwaltungspraxis oder die von ihr erlassenen Verwaltungsvorschriften in allen davon erfassten Fällen mit vergleichbaren Sachverhalten gleichermaßen anwenden muss. Damit findet indirekt eine Bindung der zuständigen Verwaltungseinheit an ihr bisheriges Handeln statt. Für die Rechtsbetroffenen ergibt sich in der Folge eine Art minimale Rechtssicherheit.⁷¹

Eine entsprechende Bindung entsteht jedoch nur im Rahmen rechtmäßiger (nicht fehlerhafter) Verwaltungshandlungen. Grund dafür ist, dass der Grundsatz der Rechtsgleichheit keine Gleichheit im Unrecht gewährt.⁷² Im Weiteren gilt dieser auch nicht absolut. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs kann die zuständige Ver-

65 EuG, Rs. T-214/95, *Gewest/Kommission*, ECLI:EU:T:1998:77, Rdnr. 89; EuG, Rs. T-322/01, *Roquette/Kommission*, ECLI:EU:T:2006:267, Rdnr. 223; EuG, Rs. T-73/04, *Le Carbone/Kommission*, ECLI:EU:T:2008:416, Rdnr. 192; EuG, Rs. T-461/07, *Visa/Kommission*, ECLI:EU:T:2011:181, Rdnr. 246.

66 Z.B. im Rahmen von Ermessensfreiräumen oder der Definierung und/oder Konkretisierung von Verwaltungsabläufen und Verwaltungshandlungen mit Außenwirkung.

67 *Crones*, Selbstbindung der Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996, S. 13 und 19.

68 *Ibid.*, S. 102; *Ossenbühl*, Selbstbindungen der Verwaltung, DVBl. 1981, S. 859 ff.

69 *Crones*, (Fn. 67), S. 52.

70 Allgemeine Verwaltungspraxis: EuGH, Rs. 268/84, *Valsabbia/Kommission*, ECLI:EU:C:1987:19, Rdnr. 14 f.; Erlass von Verwaltungsvorschriften: EuGH, Rs. C-288/96, *Deutschland/Kommission*, ECLI:EU:C:2000:537, Rdnr. 62; EuGH, verb. Rs. C-189/02 P, *Dansk Rørindustri u.a./Kommission*, ECLI:EU:C:2005:408, Rdnr. 209; EuG, Rs. T-59/02, *Midland/Kommission*, ECLI:EU:T:2006:272, Rdnr. 43; *Crones*, (Fn. 67), S. 13; *von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 355.

71 Siehe für weitergehende Ausführung zum Rechtsinstitut der Selbstbindung der Verwaltung *Widmer*, (Fn. 45), Rdnr. 114 ff.

72 EuGH, Rs. 112/77, *Töpfer/Kommission*, ECLI:EU:C:1978:94, Rdnr. 20; EuGH, Rs. 188/83, *Witte/Parlament*, ECLI:EU:C:1984:309, Rdnr. 15; EuGH, Rs. 134/84, *Williams/Rechnungshof*, ECLI:EU:C:1985:297, Rdnr. 14; EuG, Rs. T-13/99, *Pfizer/Rat*, ECLI:EU:T:2002:209, Rdnr. 479; EuG, Rs. T-289/02, *Telepharmacy/HABM*, ECLI:EU:T:2004:227, Rdnr. 59.

waltungseinheit von ihrer bisherigen Verwaltungspraxis bzw. von Verwaltungsvorschriften abweichen, wenn sie entweder für die Zukunft eine generelle Praxisänderung anstrebt⁷³ oder wenn es sich um einen Entscheid in einem atypischen Fall handelt.⁷⁴

c) Nachprüfung durch den Gerichtshof

Der Gerichtshof erachtet sich im Rahmen von Entscheidungen, die mitunter auf Verwaltungsvorschriften basieren, für befugt, diese Verwaltungsvorschriften auf ihre Rechtmäßigkeit und ihre korrekte Anwendung hin zu überprüfen.⁷⁵ Soweit diese allerdings Resultat der Ermessenstätigkeit der zuständigen Verwaltungseinheit darstellen, kann der Gerichtshof einbezogene außerrechtliche Gesichtspunkte wie zum Beispiel wirtschaftliche, politische und soziale Zielsetzungen oder Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsüberlegungen, nur eingeschränkt nachprüfen. Eine entsprechende Nachprüfung ist gestützt auf Art. 261 AEUV insbesondere dann möglich, wenn eine Verordnung hinsichtlich der von ihr vorgesehenen Zwangsmaßnahmen dem Gerichtshof die Befugnisse zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung und zur Änderung oder Verhängung solcher Maßnahmen einräumt. Beispiel für eine solche Kompetenzeräumung stellt Art. 31 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 dar.⁷⁶

d) Exkurs – Fazit

Verwaltungsvorschriften und der Grundsatz der Rechtssicherheit stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander. Auf der einen Seite beheben Verwaltungsvorschriften Rechtsunsicherheit und auf der anderen Seite verursachen sie wiederum solche. Immerhin lässt sich diese Rechtsunsicherheit aber bis zu einem gewissen Grad durch das Rechtsinstitut der Selbstbindung der Verwaltung sowie die Möglichkeit des Gerichtshofs, Verwaltungsvorschriften auf ihre Rechtmäßigkeit und korrekte Anwendung hin zu überprüfen, entschärfen. Insofern lassen sich Verwaltungsvorschriften trotz diesem (wohl unauflösbaren) Spannungsverhältnis als zielführendes Instru-

73 EuG, Rs. T-16/99, *Lögstör Rör/Kommission*, ECLI:EU:T:2002:72, Rdnr. 248 f.; EuG, Rs. T-279/02, *Degussa/Kommission*, ECLI:EU:T:2006:103, Rdnr. 81; *von Danwitz*, (Fn. 70), S. 355 f.

74 EuGH, Rs. 81/72, *Kommission/Rat*, ECLI:EU:C:1973:60, Rdnr. 11; EuGH, Rs. C-167/04 P, *JCB Service/Kommission*, ECLI:EU:C:2006:594, Rdnr. 207; *Adam*, Die Mitteilungen der Kommission: Verwaltungsvorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1998, S. 121; *von Danwitz*, (Fn. 70), S. 355 f.

75 Siehe anstelle vieler EuGH, Rs. C-288/96, *Deutschland/Kommission*, ECLI:EU:C:2000:537, Rdnr. 62; EuGH, Rs. C-439/11 P, *Ziegler/Kommission*, ECLI:EU:C:2013:513, Rdnr. 59; EuGH, Rs. C-286/13 P, *Dole Food/Kommission*, ECLI:EU:C:2015:184, Rdnr. 147 f.; EuGH, Rs. C-227/14 P, *LG Display/Kommission*, ECLI:EU:C:2015:258, Rdnr. 57.

76 Siehe für vertiefte Ausführungen zu den Nachprüfungsbefugnissen des Gerichtshofs allgemein sowie im Rahmen des Europäischen Kartell- und Gemeinschaftsmarkenrechts *Widmer*, (Fn. 45), Rdnr. 289 ff., 672 ff. und 995 ff.

ment für eine verlässlichere Rechtsanwendung qualifizieren. – Manchmal ist eine Lösung mit verkraftbaren Mängeln besser als keine Lösung.

D. Aktuelle Schwerpunkte der Kommission

Tendenzen, wie sich die EU-Wettbewerbspolitik in näherer Zukunft weiterentwickeln wird, ergeben sich einerseits aus den jährlichen Berichten der Kommission zur Wettbewerbspolitik sowie andererseits aus weiteren über die Homepages der Generaldirektion Wettbewerb⁷⁷ und der EU verfügbaren Dokumente wie Pressemitteilungen, Vorträge oder Leitfäden. Gemäß den Wettbewerbsberichten der Kommission zur Wettbewerbspolitik 2013 und 2014 sowie weiterführender Dokumente stellen zurzeit im Rahmen des Kartellrechts insbesondere die wirksame Rechtsdurchsetzung, der digitalisierte Binnenmarkt sowie die internationale Zusammenarbeit zur Bewältigung der Globalisierungsherausforderungen wichtige und aktuell oder mit Blick in die Zukunft zu bearbeitende wettbewerbspolitische Themenbereiche dar.

I. Wirksame Rechtsdurchsetzung

Mit Blick auf die wirksame Rechtsdurchsetzung sind zurzeit die Richtlinie über kartellrechtliche Schadenersatzklagen sowie die Mitteilung der Kommission zum Funktionieren der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 von Bedeutung. Nachfolgend findet sich zu diesen beiden Dokumenten daher eine kurze Erläuterung.

1. Richtlinie über kartellrechtliche Schadenersatzklagen

Im Rahmen der wirksamen Rechtsdurchsetzung stellt die Ende 2014 definitiv verabschiedete Richtlinie über kartellrechtliche Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht⁷⁸ ein wichtiges Instrument dar. Diese enthält materiell- und verfahrensrechtliche Vorschriften zu entscheidenden Aspekten kartellrechtlicher Schadenersatzklagen und verfolgt zwei einander ergänzende Ziele: Erstens, soll das Recht auf Schadenersatz in allen Mitgliedstaaten tatsächlich und gleichermaßen umgesetzt und zweitens, zur Sicherstellung der allgemeinen Durchsetzung das Zusammenwirken privater Schadenersatzersatzklagen und behördlicher Durchsetzungsmaßnahmen verbessert werden.⁷⁹ Die Kommission beabsichtigt, die Mitgliedstaaten aktiv bei der Umsetzung der Richtlinie zu unterstützen. Zur Unterstützung der nationalen Gerichte sowie der Parteien von Schadenersatzklagen gedenkt sie

77 Zu finden unter http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_de.htm (28.6.2015).

78 RL 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlung gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349 v. 5.12.2014, S. 1.

79 Siehe RL 2014/104/EU, Einleitungserwägungen, Ziffer 4 ff.

im Weiteren eine Leitlinie zur Abwälzung von Preisaufschlägen auszuarbeiten.⁸⁰ Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, diese Richtlinie bis Ende Dezember 2016 umzusetzen.⁸¹

2. Mitteilung der Kommission zum Funktionieren der Verordnung (EG) Nr. 1/2003

Im Weiteren ist im Zusammenhang mit der effektiven Rechtsdurchsetzung das zehnjährige Jubiläum der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 von Interesse. Die Kommission hat in dessen Zusammenhang eine Mitteilung mit dem Titel „Zehn Jahre Kartellrechtsdurchsetzung auf der Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 – Ergebnisse und Ausblick“⁸² veröffentlicht. Diese zeigt die Bestandesaufnahme der Rechtsdurchsetzung durch die Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden auf.

Mit Blick auf die inhaltliche Arbeit der Kommission kommt die Mitteilung zum Schluss, dass sich die Kommission (sowie auch die nationalen Wettbewerbsbehörden) auf jene wettbewerbswidrigen Praktiken, die besonders schwerwiegend sind und den größten Schaden verursachen, konzentrierte. Dabei ging es beim Großteil der Untersuchungen um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf liberalisierten Märkten wie Energie, Telekommunikation und Verkehr. Der Schwerpunkt lag auf Praktiken, mit denen Wettbewerber vom Markt verdrängt werden sollten.⁸³

Mit Blick auf die Bedeutung der nationalen Wettbewerbsbehörden hält die Mitteilung fest, dass sich diese zur tragenden Säule des EU-Wettbewerbsrechts entwickelt haben. Entsprechend wichtig gestalten sich für die Beteiligten auch die Arbeiten im ECN (*European Competition Network*). Diese zielen auf eine kohärentere Rechtsdurchsetzung sowie die Schaffung einheitlicher Rahmenbedingungen ab.⁸⁴

Mit Blick in die Zukunft kommt die Mitteilung zum Schluss, dass die weiteren Arbeiten auf die Verbesserung der Unabhängigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu richten sind, eine Notwendigkeit besteht, die Wettbewerbsbehörden mit umfassenden und wirksamen Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnissen auszustatten sowie in den nationalen Rechtsordnungen wirksame und angemessene Geldbußen sowie gut konzipierte Kronzeugenregelungen einzuführen.⁸⁵

80 Siehe Europäische Kommission, Kartellrecht: Kommission begrüßt endgültige Annahme durch den EU Ministerrat der Richtlinie über Schadensersatzklagen bei Verstößen gegen das Kartellrecht, Pressemitteilung IP/14/1580 v. 10.11.2014.

81 Art. 21 Abs. 1 RL 2014/104/EU.

82 Mitteilung der Kommission, Zehn Jahre Kartellrechtsdurchsetzung auf der Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 – Ergebnisse und Ausblick, COM (2014) 453 final v. 9.7.2014.

83 Ibid., Rdnr. 9.

84 Ibid., Rdnr. 23.

85 Ibid., Rdnr. 46.

II. Digitaler Binnenmarkt

Die Kommission beabsichtigt, die EU-Binnenmarktfreiheiten auf die digitale Welt auszudehnen, um damit Wachstum und Beschäftigung in Europa zu fördern. Sie will sich dabei insbesondere auf die folgenden drei Bereiche konzentrieren:⁸⁶

- verbesserter Zugang zu digitalen Gütern und Dienstleistungen für Verbraucher und Unternehmen,
- Schaffung von Rahmenbedingungen zur erfolgreichen Förderung digitaler Netze und Dienstleistungen,
- Förderung einer europäischen digitalen Wirtschaft mit langfristigem Wachstumspotential.

Zur Umsetzung des digitalen Binnenmarktes plant die Kommission eine Sektorenuntersuchung zum elektronischen Handel. Obwohl der Verkauf von Waren und Dienstleistungen immer mehr im Internet stattfindet, nimmt der grenzüberschreitende Online-Handel innerhalb der EU nur langsam zu. Einerseits ist dies auf Sprachbarrieren sowie unterschiedliche Verbraucherpräferenzen und Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten zurückzuführen. Andererseits gibt es konkrete Hinweise, dass gewisse Unternehmen versuchen, den grenzüberschreitenden elektronischen Handel zum Beispiel durch vertragliche Schranken oder Geoblocking-Techniken⁸⁷ zu steuern. Das wichtigste Ziel der geplanten Sektorenuntersuchung ist es deshalb, diese Maßnahmen zu erkennen und dagegen vorzugehen. Die Kommission geht davon aus, dass die aus der Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse nicht nur zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts im elektronischen Handel dienen, sondern auch verschiedene andere von ihr geplante Rechtssetzungsinitiativen zur Förderung des digitalen Binnenmarkts voranbringen werden.⁸⁸

Wettbewerbsrechtliche Sektorenuntersuchungen führt die Kommission jeweils dann durch, wenn sie über Hinweise verfügt, dass der Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig nicht reibungslos funktioniert. Mittels der entsprechend gewonnenen Informationen erhält die Kommission wichtige Erkenntnisse über den Wettbewerb auf den betreffenden Märkten und stellt fest, wodurch der Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt wird.⁸⁹

Im Weiteren hat die Kommission zur Verbreitung von Innovation und damit von geistigem Eigentum und Wissen in der digitalen Branche neue Kartellrechtsvorschriften für Technologietransfervereinbarungen erlassen. Es handelt sich dabei einerseits

86 Siehe dazu Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A Digital Single Market Strategy for Europe, COM (2015) 192 final v. 6.5.2015.

87 Technik, die gestützt auf IP-Adressen oder Kreditkartendaten, Verbrauchern außerhalb eines festgelegten geographischen Raums (z.B. Länder oder Regionen), den Zugang zu bestimmten Websites verwehrt.

88 Pressemitteilung der Kommission, Strategie für den digitalen Binnenmarkt: Europäische Kommission vereinbart Tätigkeitsbereiche, IP/15/4653 v. 25.3.2015; Pressemitteilung der Kommission, Wettbewerb: EU-Kommissarin Vestager kündigt Vorschlag für eine Sektorenuntersuchung zum elektronischen Handel an, IP/15/4701 v. 26.3.2015.

89 Ibid.

um die überarbeitete Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung,⁹⁰ die bestimmte Lizenzvereinbarungen von der Anwendung des Art. 101 AEUV freistellt sowie andererseits die Technologietransfer-Leitlinien,⁹¹ die Erläuterungen zur Anwendung der Vorschriften enthalten. Die Letzteren enthalten insofern Orientierungshilfen zuhanden der Unternehmen, als sie darlegen, inwiefern Lizenzen in einer Weise gewährt werden können, dass sie die Innovationstätigkeit fördern und gleiche Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt für alle wahren.⁹²

III. Globalisierungsherausforderungen

Im Zusammenhang mit der Bewältigung von Globalisierungsherausforderungen ist die Kommission der Ansicht, dass die internationale Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden einen wichtigen Beitrag leistet und die weltweite Annäherung hinsichtlich der Grundlagen und Praktiken der Wettbewerbspolitik fördert. Sie will daher sowohl bei den materiell- als auch den verfahrensrechtlichen Vorschriften ihre Teilnahme an multinationalen und bilateralen politischen Dialogen mit den Behörden einer Reihe anderer Rechtsräume fortsetzen.⁹³ Eine wichtige Zusammenarbeit stellt dabei auch jene mit den chinesischen Wettbewerbsbehörden dar. Diese wird im Rahmen des laufenden Kooperationsprogramms EUCTP II⁹⁴ fortgeführt. Ferner fand 2014 die Einführung eines umfassenden Programms für die technische Zusammenarbeit mit den indischen Wettbewerbsbehörden statt. Dieses läuft voraussichtlich bis 2018.⁹⁵

E. Fazit

Der Wettbewerbspolitik kommt im Rahmen des EU-Wettbewerbsrechts eine in jeder Hinsicht entscheidende Bedeutung zu. Ohne sie ließen sich die primär- und sekundärrechtlichen Wettbewerbsregeln nicht zielführend und in Übereinstimmung mit den aktuellen Entwicklungen inner- und außerhalb der Union anwenden. Eine wichtige Rolle bei deren Umsetzung spielen das Verwaltungsmessen sowie die in dessen Rahmen erlassenen Verwaltungsvorschriften. Den Letzteren kommt dabei die Aufgabe zu, Rechtssicherheit zu schaffen. Da Verwaltungsvorschriften jedoch nicht in einem von den Verträgen vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren erlassen und damit von den zuständigen Verwaltungseinheiten jederzeit geändert werden können, führen

90 Für den vollständigen Titel und die Fundstelle siehe Fn. 41 sowie für weiterführende Anmerkungen zu derselben „Kurznachrichten Wettbewerbsrecht“, EuZ 2014, S. 91 f.

91 Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. C 89 v. 28.3.2014, S. 3.

92 Siehe mitunter *ibid.*, Einleitungserwägungen, Ziffer 7.

93 Europäische Kommission, Wettbewerbsbericht 2013, S. 20 ff.; sowie im Weiteren *Almunia*, Trends and milestones in competition policy since 2012, Vortrag v. 14.10.2014; sowie Competition policy and the global economy, Vortrag v. 7.3.2014, http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_theme_22.html (28.6.2015).

94 Abkürzung für *EU-China Trade Project II*.

95 Europäische Kommission, Wettbewerbsbericht 2014, S. 20 f.

sie ihrerseits zu Rechtsunsicherheit. Durch die Anwendung des Rechtsinstituts der Selbstbindung der Verwaltung lässt sich diese allerdings auf ein vertretbares Maß reduzieren.

Der Inhalt der Wettbewerbspolitik ist aufgrund der Geschehnisse und Veränderungen auf den Weltmärkten in stetem Fluss. Aktuell führen insbesondere die Digitalisierung der Märkte und damit verbundene neue Phänomene zum Bedarf neuer Konzepte und inhaltlichen Anpassungen. In Anlehnung an den Titel dieses Beitrags ist im Umfeld der Wettbewerbspolitik daher der Wechsel alleine das Beständige. Daraus zu schließen, die Wettbewerbspolitik befinde sich im rechtsfreien Raum, ist aber verfehlt. Vielmehr ist diese in jeder Hinsicht an die sich aus den Verträgen ergebenden Vorgaben gebunden. Während neu diskutierte Konzepte wie der „*more technological approach*“ unter diesem Blickwinkel begrüßenswert sind, weisen bestehende Konzepte wie der „*more economic approach*“ diesbezüglich Mängel auf. Dieser Umstand ist aus rechtsstaatlichen bzw. im Rahmen der Union rechtsstaatsähnlichen Überlegungen problematisch und schadet dem Vertrauen der Rechtsbetroffenen in die Institutionen. Eine Union, deren Werte auf der Achtung der Menschenrechte, der Freiheit, Demokratie, Gleichheit und *Rechtsstaatlichkeit* gründen (Art. 2 Abs. 1 EUV), sollte alles daran setzen, ihre Handlungen stets vertragskonform auszugestalten. Nur so wird es ihr gelingen, das notwendige Vertrauen der Rechtsbetroffenen längerfristig zu gewinnen und diesen einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des *Rechts* zu bieten (siehe Art. 3 Abs. 2 EUV).