



Ilias Triantafyllakis, Berlin

Die Kosten-Preis-Schere im europäischen und deutschen Kartellrecht

Der vorliegende Beitrag behandelt das Verbot der Kosten-Preis-Schere im europäischen und deutschen Kartellrecht. Zunächst werden die Voraussetzungen untersucht, die für eine solche unternehmerische Strategie vorliegen müssen. Es bedarf allerdings eines normativen Maßstabs, um den missbräuchlichen Charakter einer Kosten-Preis-Schere festzustellen. Zur Erfüllung dieser schwierigen rechtlich-ökonomischen Aufgabe werden verschiedene Ansätze herangezogen. Die dritte und letzte grundlegende Frage bezieht sich auf die Subsumtion: Bedarf es eines neuen Tatbestands zur Erfassung einer KPS-Durchführung oder kann sie unter die bereits existierenden subsumiert werden?

S. 75

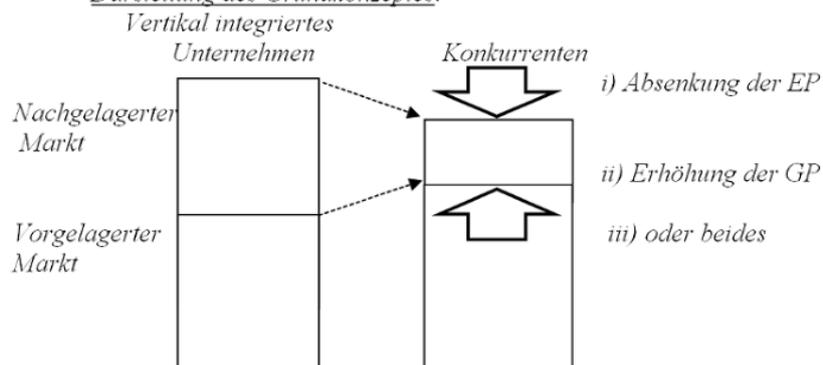
- HFR 07/2014 S. 1 -

1 A. Einleitung

Die Kosten-Preis-Schere (KPS) ist nirgendwo im deutschen Kartellrecht oder im EU-Recht geregelt. Trotzdem werden Geldbußen in Höhe von 151 Mill. € aufgrund der Durchführung einer solchen Strategie verhängt.¹ Es fehlt am Verständnis für den Unwert, den diese Doktrin in den Griff zu bekommen versucht. Die KPS (sog. *margin/price squeeze* oder *compression de marge*) steht am Schnittpunkt zwischen den verschiedenen Formen des potenziell wettbewerbswidrigen Verhaltens sowie zwischen Kartellrecht und Regulierungsrecht. Drei Viertel der Fälle in der EU betreffen den Bereich der Telekommunikation. Aber auch in anderen Märkten, die vor kurzem liberalisiert wurden, wie in der Energiewirtschaft, der Kraftstoffindustrie sowie dem Bahn- und dem Postsektor hat die KPS in letzter Zeit viel an Bedeutung gewonnen.

- 2 Nicht jedes Unternehmen kann eine Margenbescheidung vornehmen. Es handelt sich um ein bestimmtes preisbasiertes Verhalten vertikal integrierter Unternehmen, die auf einem vorgelagerten und einem nachgelagerten Markt tätig sind, und die ein Vorprodukt sowohl für die eigene Endproduktion im Einzelhandel als auch für Großhandelsverkäufe an nicht integrierte Wettbewerber herstellen. Ein *Margin Squeeze* wird also in den folgenden Erscheinungsformen durchgeführt: Das vertikal integrierte Unternehmen kann erstens die Großhandelspreise (GP) anheben, zweitens die Endverkaufspreise (EP) absenken oder drittens beides verbinden, nämlich die Abgabepreise erhöhen und gleichzeitig die Endkundenpreise absenken.

Darstellung des Grundkonzeptes:



¹ Kommission, Entscheidung vom 04.07.2007, *Wanadoo Espana / Telefonica*, COMP/38.784, abrufbar unter (20.6.2014): http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1011_de.htm.

- 3 Der Beitrag widmet sich der folgenden dreifachen Fragestellung: erstens (B.) welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit eine Kosten-Preis-Schere vorliegt; zweitens (C.) wann die Spanne zwischen den zwei Preisen als missbräuchlich einzustufen ist und drittens (D.) ob ein neuer Tatbestand im Kartellrecht erforderlich ist, um die KPS-Strategien zu erfassen, oder ob einer der bereits existierenden Tatbestände diese Aufgabe erfüllen kann.

S. 76

- HFR 07/2014 S. 2 -

4 **B. Voraussetzungen einer Kosten-Preis-Schere-Anwendung**

I. Vertikale Integration

Erforderlich ist eine unternehmerische Tätigkeit auf mindestens zwei eigenen trennbaren Produktionsstufen.² Ein Input, der von dem vertikal integrierten Unternehmen hergestellt wird, wird von den Konkurrierenden benutzt, um eine neue Leistung auf dem nachgelagerten (*downstream*) Markt anzubieten. Der Hersteller des Inputs, der Vorleistung, steht also in einem Wettbewerbsverhältnis mit den Marktteilnehmern bezüglich des Outputs, der Endleistung.

5 **II. Marktmacht im vorgelagerten Markt**

Das vertikal integrierte Unternehmen muss eine beträchtliche Marktmacht haben, um ein gewisses Maß an Kontrolle über die Kosten seiner Konkurrenten aufrechtzuerhalten.³ Es herrscht allerdings Unklarheit, welches Maß an Marktmacht erforderlich ist. Die Rechtsprechung⁴ fordert, dass grundsätzlich eine Marktanteilsschwelle zwischen 40% und 50% erreicht werden muss. Treten jedoch weitere Faktoren hinzu, kann auch eine niedrigere Anteilsschwelle ausreichen.

- 6 Allerdings zählen zu den Kernelementen der *Margin-Squeeze*-Strategien die Bindung an die konkrete Vorleistung des vertikal integrierten Unternehmens und das entsprechende Fehlen von Ausweichmöglichkeiten auf alternative Anbieter. Deshalb liegt die Schlussfolgerung nahe, dass ein hoher Grad an Marktbeherrschung, eine sog. *super-dominance*⁵, vorliegen muss.⁶ Ob eine kollektive Marktbeherrschung damit gleichzusetzen ist, wird angezweifelt.⁷

7 **III. Marktmacht im nachgelagerten Markt**

Im Gegensatz zur *upstream*-Marktmacht ist es sehr umstritten, ob eine Marktmacht im nachgelagerten Markt eine *conditio sine qua non* für das Zustandekommen eines *Margin Squeeze* darstellt. Die herrschende Meinung hält sie für erforderlich.⁸

- 8 Eine solche Auffassung missachtet aber, dass der *Leverage*-Effekt⁹ ein Hauptcharakteristikum für die Durchführung einer KPS darstellt. Dieser bezeichnet die Übertragung der Marktmacht auf eine in der Lieferkette verbundene Marktstufe.¹⁰

² O'Donoghue, Robert/Padilla, Jorge, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford 2006, S. 311.

³ Dagegen Hovenkamp, Erik/Hovenkamp, Herbert, *The Viability of Antitrust Price Squeeze Claims*, Ariz. L. R., 2009, S. 283.

⁴ U.a. EuGH, Urteil v. 14.02.1978, 27/76, *United Brands/Kommission*, Rn. 108.

⁵ "Dominance nearing monopoly" mit $\geq 80\%$ Marktanteil. So Whish, R./Bailey, D., *Competition Law*, Oxford 2012, S. 189-190; Van Bael/Bellis, *Competition Law of the European Community*, 2009, S. 184. So auch der GA Nial Fenelly im Sachverhalt *Campagnie Maritime Belge* (C-395, C-396/96P, 29.10.1998).

⁶ Petzold, Daniel, *Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht*, 2012, S. 31.

⁷ Im Hinblick auf die Markt- und Produktbesonderheiten, insbesondere wenn enge Oligopole zu monopolähnlichen Ergebnissen führen, könnte das angenommen werden.

⁸ O'Donoghue, Robert/Padilla, Jorge, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford 2006, S. 306-307; Geradin, Damien/O'Donoghue, Robert, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, J. of Comp. L. & E., 2005, S. 385 f.; Henk-Merten, Kathrin, *Die Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht*, 2004, S. 27; Bergmann, Bettina, *Maßstäbe für die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht*, WuW, 2001, S. 234.

⁹ Crocioni, Pietro, *Leveraging of Market Power in Emerging Markets*, J. of Comp. L. & E., 4/2007, S. 486 ff.

¹⁰ Crocioni, Pietro/Veljanovski, Cento, *Price Squeezes, Foreclosure and Comp. L.*, J. of Netw. Ind., 2003, S. 39.

Auch Kampfpreispraktiken auf sekundären Märkten, in denen kein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat, werden von der Kommission verfolgt.¹¹ Das Erfordernis der überragenden nachgelagerten Marktmacht basiert auf der früheren Entscheidungspraxis des EuGH (*Michelin I*¹²), die nach dessen neuerer Rechtsprechung (*Tetra Pak II*¹³) allerdings überholt ist.¹⁴

S. 77

- HFR 07/2014 S. 3 -

- 9 Diese marktübergreifenden Verhaltensweisen sind – im Falle eines *anticompetitive leverage* – als Monopolisierungsversuche einzustufen und daher aus kartellrechtlicher Perspektive besorgniserregend. Aus ökonomischer Sicht besteht ein solcher Konsens demgegenüber nicht. Die Kritik der *Chicago School* an der *leverage*-Theorie mit ihrer grundlegenden Annahme des *single monopoly profit* ist allgemein bekannt. Ihr zufolge ist es gleichgültig, ob das Unternehmen seinen Monopolgewinn auf dem Primär- oder dem Sekundärmarkt abschöpft, da der Gesamtbetrag immer gleich hoch sei. Oder anders gesagt: nur eine Monopolrente sei in der Lieferkette möglich.¹⁵ Werde eine Monopolstellung ausgedehnt, führe dies notwendigerweise zur Ausscheidung von Wettbewerbern. Daraus ergebe sich, dass ein Unternehmen mit Monopolstellung seine Endsumme durch Marktmachttransfer nicht erhöhen könne;¹⁶ eine *leverage*-Strategie sei irrational.
- 10 Hinter dem Charme des *single-monopoly-profit*-Theorems verbergen sich jedoch simplifizierende und unrealistische Annahmen, wie wichtige Erkenntnisse aus verschiedenen Gebieten der ökonomischen Literatur aufzeigen. Nur unter der Annahme eines vollständigen Wettbewerbs auf dem nachgeordneten Markt kann man den Schluss ziehen, dass ein zusätzlicher Monopolgewinn unmöglich ist.¹⁷ Davon kann angesichts der Merkmale einer KPS jedoch kaum ausgegangen werden. Zunächst ist die Preisbildung der Vorleistung des integrierten Unternehmen an das Preismissbrauchsaufsichtsregime (Art. 102 S. 2 lit. a AEUV, §19 GWB) gebunden, ganz abgesehen von den spezifischen Regelungen, die oft zusätzliche Anwendung bei marktbeherrschenden Unternehmen finden. Das widerspricht dem Theorem, wonach die ganze Verhandlungsmacht in den Händen des Monopolisten ist.
- 11 Das Post Chicago Paradigma, das auf Methoden der Spieltheorie zurückgreift, spricht dem *single-monopoly-profit*-Theorem die Allgemeingültigkeit ab, insbesondere wenn die grundlegenden Annahmen gelockert werden.¹⁸ Erkenntnissen der Verhaltensökonomik zufolge ist die Voraussetzung der Rationalität nicht haltbar. Dementsprechend wird durch Experimente versucht, das Theorem an die tatsächlichen Umstände anzupassen. Diese beweisen unter anderem, wie entscheidend ein Marktmachttransfer für den Aufbau der abschreckenden Reputation

¹¹ Kommission, Erläut. zu den Prioritäten der Kom. bei der Anwendung von Art. 82 des EGV (Art. 102 AEUV) auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009 C/45/02, S. 10, Rn. 62.

¹² EuG, Urteil v. 9.11.1983, 322/81, Rn. 70.

¹³ EuG, Urteil v. 14.11.1996, C-333/94, Rn. 27: „Handelt es sich [...] um verschiedene, aber verbundene Märkte, so können nur besondere Umstände eine Anwendung von Artikel 86 auf ein Verhalten rechtfertigen, das auf dem verbundenen, nicht beherrschten Markt festgestellt wurde und sich dort auswirkt“.

¹⁴ „im Rahmen des Artikels 82 ist nicht erforderlich nachzuweisen, dass Telefónica auf dem relevanten Endkundenmarkt eine beherrschende Stellung hat, um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Form einer Kosten-Preis-Schere festzustellen“, S. Kom., Entsch. v. 04.07.2007, *Wanadoo Espana/Telefonica*, COMP/38.784, Rn. 243.

¹⁵ Bork, Robert, *The Antitrust Paradox: A policy at war with itself*, New York 1993, S. 372 ff.; Posner, R., *Antitrust law: an economic perspective*, Chicago 1994, S. 197 ff.

¹⁶ Geradin, Damien/O'Donoghue, Robert, *The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, J. of Comp. L. & E., 2005, S. 364.

¹⁷ O'Donoghue Robert/Padilla, Jorge, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford 2006, S. 485.

¹⁸ „It is time to declare the death of the single monopoly profit theory“ in: Elhauge, E., Tying, Bundled Discounts and the Death of the Single Monopoly Profit Theory, Harv. L. R., 2009, S. 419; Lestari, Hesty Diyah, *Die Leverage-Theorie zu Kopplungsgeschäften im Rahmen des Art. 82 EG-Vertrag*, Tübingen 2006, S. 16-29.

eines aggressiven Wettbewerbers sein kann.¹⁹ Die Transaktionskostentheorie findet ihrerseits einen Mittelweg zwischen Effizienzbegründungen und strategischem Verhalten, das schlecht mit Konsumentenwohlfahrt im Einklang zu bringen ist.²⁰ Trotz dieser angedeuteten Schwäche des Theorems wurde es bis heute aufgrund seiner Prognosesicherheit nicht ersetzt, da die Gegenentwürfe nicht in einem solchen Maße verallgemeinerungsfähig sind.

- 12 Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass ein Leverage-Effekt im engeren Sinn nicht in jedem Fall einer KPS auftritt. Auch Kostenmanipulationen (sog. raising-rivals'-costs-Strategien)²¹ können die Preise der Wettbewerber beeinträchtigen. Das vertikal integrierte Unternehmen kann die eigene Nachfrage nach dem kaum substituierbaren Input künstlich steigern und dadurch dessen Marktpreis zulasten der desintegrierten Unternehmen erhöhen. Das wirkt sich auf die Kosten des integrierten Unternehmens und die seiner nachgeordneten Wettbewerber asymmetrisch aus;²² die nachgeordneten Unternehmen können diese Kosten aufgrund der Erhöhung der Preise und der Wettbewerbsbehinderung nicht tragen.²³ Dieser Hinweis widerlegt weder die bereits erörterten Behauptungen noch erkennt er der KPS den leverage-Charakter (die Hebelwirkung) ab. Er verneint nur einen absoluten Parallellauf der beiden Begriffe.

S. 78

- HFR 07/2014 S. 4 -

- 13 In Anbetracht der voranstehenden Erwägungen muss zwar die Marktbeherrschung im nachgelagerten Markt keine Voraussetzung sein. Das sollte allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass der nachgelagerte Markt nicht durch vollständige Konkurrenz gekennzeichnet sein darf. Entscheidend hierfür ist die konkrete Wettbewerbsstruktur.²⁴ Im Hinblick auf die rechtliche Unsicherheit rund um die KPS-Anschuldigungen sind einige Aspekte von enormer praxisrelevanter Bedeutung: der potenzielle Wettbewerb, die raschen technologischen Änderungen, die den Konkurrenten erlauben würden, ihre Angebote auf alternative Inputs zu stützen²⁵, die Wahrscheinlichkeit eines Marktverlassens seitens der Konkurrenten, die schnell wachsende Nachfrage, die Preiselastizität der angebotenen Produkte und die Entwicklung der Endverkaufspreise.²⁶

14 IV. Unentbehrlichkeit des Inputs²⁷

Der vom marktbeherrschenden Unternehmen gelieferte Input muss ferner unentbehrlich („essential“) für die nachgelagerten Wettbewerber sein, damit sie ihre Endleistung anbieten können²⁸. Wenn anderenfalls die Nachfrage nach dem Input elastisch ist, wird eine Steuerung der Gewinnspanne der Konkurrenten nicht realisiert.²⁹ Der Input muss ein komplementäres Produkt der Endleistung bzw.

¹⁹ *Armstrong*, Mark/Huck, Steffen, Behavioral Economics as Applied to Firms: A Primer, Comp. P. Int., 3/2010, S. 4 ff., 29 ff.

²⁰ *Williamson*, Oliver, The Economic Institutions of Capitalism, New York 1985, S. 26 ff.

²¹ Für den Ursprung dieses Begriffes s. *Salop*, Steven/Scheffman, David, Cost-raising Strategies, J. of Ind. E., 36/1987, S. 31 ff.

²² *Riordan*, Michael, Competitive Effects of Vertical Integration, Columbia U. 2005, abrufbar unter (20.6.2014): <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.183.9290>, S. 21 f.

²³ *Economides*, Nicholas, Vertical Leverage and the Sacrifice Principle: Why the Supreme Court got Trinko Wrong, NYU Annual Survey of Amer. L. 61/2005, S. 406 f.

²⁴ *Burnside*, Sebastian/Colley, Liam, Margin Squeeze Abuse, E. Comp. J., 2006, S. 205.

²⁵ *Geradin*, Damien/O'Donoghue, Robert, The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector, J. of Comp. L. & E., 2005, S. 386.

²⁶ Damit wird geprüft, ob das marktbeherrschende Unternehmen ein Preisführer (*price-leader*) oder ein Preisfolger (*price-follower*) ist. Vgl. *Kallaugher*, P., The "Margin Squeeze" under Article 82: Searching for Limiting Principles, CoE, S. 21.

²⁷ Unter Input versteht man Erzeugnisse, Dienstleistungen, Zugangsrechte usw.

²⁸ Weniger strengen Kriterien folgt die französische Wettbewerbsbehörde (*Autorité/Conseil de la Concurrence*, France Telecom/SFR Cegetel/Bouyues Telecom 04-D-48, 14.10.2004, Rn. 199): „les opérateurs alternatifs sur le fixe ne disposaient pas de moyens permettant de significativement échapper à l'obligation“.

²⁹ S. Kommission, Entsch. v. 21.05.2003, L 263/9, Deutsche Telekom AG, Rn. 83.

anderer Inputs sein und in einem fixen Verhältnis zu der Endleistung stehen.³⁰ Wenn die Vorleistung nicht derart unentbehrlich ist, weil Ersatz verfügbar ist, können die Wettbewerber ausweichen und sind somit nicht mehr auf den verlangten Vorleistungspreis angewiesen.

- 15 Die Vorleistung muss auch für den Wettbewerb im abgeleiteten Markt unerlässlich sein. Es ist also der Substituierbarkeitsgrad und die Bedeutung einer Herstellung der Endleistung zu berücksichtigen. Daher ist die Rechtsprechung des EuGH zur *essential-facilities*-Doktrin fruchtbar zu machen, mit dem Ziel genau diese Abhängigkeit und Unerlässlichkeit der Vorleistung an den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen messen zu können.³¹

16 V. Ausreichende Laufzeit

Der Entscheidung der Kommission in dem Sachverhalt *Napier Brown/British Sugar*³² zufolge muss eine KPS ausreichend lange gedauert haben, bevor sie als Behinderungsmisbrauch qualifiziert werden kann. Der Rechtsanwender muss sich vor der Skylla von *false positives*, wenn also kurze zeitliche Rahmen als Maßstab benutzt werden, und vor der Charybdis von *false negatives*, wenn also umgekehrt lange zeitliche Rahmen eine *Preis-Squeeze*-Strategie durch starke Preisschwankungen ermöglichen, in Acht nehmen.

S. 79

- HFR 07/2014 S. 5 -

17 C. Prüfungsmaßstab zur Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere

Die eben erörterten Voraussetzungen sind nicht ausreichend; sie bedürfen eines Maßstabes, um prüfen zu können, ob ein Missbrauch stattgefunden hat. Der Kern der folgenden Problematik liegt in der wichtigen rechtlich-ökonomische Aufgabe, eine klare Linie zwischen einem harten Konkurrenzkampf, der auch den Ausschluss von (ineffizienten) Konkurrenten beinhalten kann, und einem Missbrauch (einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung³³) zu ziehen. Darauf basiert der *Trade-off* zwischen der Förderung des effizienten Eintritts von Wettbewerbern und der Setzung von Anreizen für das integrierte Unternehmen innovativ zu sein und Gebrauch von der Internalisierung der Fertigungsstufen zu machen.

18 II. Sacrifice-Test und No-economic-sense-Test

Ein Missbrauch wird nach der Rechtsprechung des EuGH zunächst als Verhaltensweise bezeichnet, die vom normalen Wettbewerb abweicht.³⁴ Dem zugrunde liegt das in Deutschland entwickelte Konzept des Leistungswettbewerbs, da jede leistungsfremde Verhaltensweise als Missbrauch herausdestilliert wird. Diesem rechtlichen Erfordernis entspricht der *Sacrifice-Test*, der annimmt, dass sich ein rational handelndes und folglich gewinnmaximierendes Unternehmen grundsätzlich nicht an einem Behinderungsmisbrauch beteiligen würde. Etwas anderes gilt nur, wenn eine kurzfristige Verlustaufnahme niedriger als die zu erwartenden Gewinne wäre, die sich aus der Verdrängung oder Disziplinierung von Wettbewerbern ergeben.

- 19 Dieser Ansatz stellt genau auf die Kostendeckung des integrierten und marktbeherrschenden Unternehmens ab und bietet ein allgemeines Abgrenzungskriterium im Hinblick auf den freiwilligen Verzicht auf Gewinne (*profit sacrifice*).³⁵ Als analytisches Generalkriterium jedoch ist der *Sacrifice-Test* einerseits zu eng, da er ein Zwei-Phasen-Modell von erlittenen Einbußen und künftiger

³⁰ Vgl. *Stoyanova*, Milena, *Regulatory and Competition Law Approaches to Price Squeeze: Access Pricing in the Telecommunications Sector*, E. Comp. J., 2005, S. 351.

³¹ *Petzold*, Daniel, *Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht*, 2012, S. 28 ff.

³² Entscheidung vom 18.07.1988, IV/30.178, Rn. 66: „hätte BS diese Spanne auf die Dauer beibehalten“.

³³ Kommission, *Mitteil. — Erläuterungen*, Rn.19.

³⁴ U.a. EuGH, Urteil v. 6.12.2012, C-457/10, *AstraZeneca/Kommission*, Rn. 68.

³⁵ Das Konzept ist auf *Bork*, Robert, *The Antitrust Paradox*, 1993, S. 144 zurückführbar.

Gewinnansammlung voraussetzt³⁶ und andererseits zu weit, da er Verhaltensweisen erfasst, die überhaupt keinen wettbewerbsbeschränkenden Charakter aufweisen.³⁷ Die Gefahr ein legitimes Verhalten zu ahnden (*false positives*) wird dadurch deutlich verstärkt. So können beispielsweise Verhaltensweisen in aufstrebenden Märkten oder von wohlfahrtssteigernden Investitionen, denen während der Anfangsphase fast immer Verlustaufnahmen innewohnen, erfasst werden.³⁸

- 20 Diese Grundschwäche versucht der modifizierte Ansatz des betriebswirtschaftlich sinnlosen Verhaltens (*No-economic-sense-Test*), der auch mit dem Konzept des Leistungswettbewerbs übereinstimmt, abzumildern. Dieser fragt danach, ob eine bestimmte Strategie für das marktbeherrschende Unternehmen auch dann ökonomisch rational wäre, wenn der Wettbewerb nicht abgeschwächt oder ausgeschaltet wird.³⁹ Findet sich eine Erklärung für die untersuchte Geschäftspraxis, ist diese nicht kartellrechtswidrig.⁴⁰ Außerdem müssen sämtliche Kosten – auch die Opportunitätskosten – und Gewinne ermittelt werden. Damit werden auch *raising-rival's-costs*-Strategien erfasst, die nur betriebswirtschaftlich sinnvoll sind, weil sie Konkurrenten durch leistungsfremde Mittel abschwächen.⁴¹

S. 80

- HFR 07/2014 S. 6 -

- 21 Der den *No-economic-sense-Test* kennzeichnende Rationalitätsbegriff bedarf eines klaren *but-for*-Szenarios, um konkretisiert zu werden. Ein solches Szenario liegt dann vor, wenn die untersuchte Verhaltensweise ohne Verlustaufnahmen hinweggedacht werden kann. In manchen Fällen können allerdings die veränderten Marktbedingungen dazu führen, dass eine aus einer ex ante Perspektive betriebswirtschaftlich rationale Fortsetzung ex post irrational ist. Dann kann ein *but-for*-Prüfungskriterium zur Beurteilung einer KPS nicht beitragen. Als Allgemeinmaßstab ist also der *no-economic-sense-Test* ebenfalls nicht geeignet. Er kann nur in bestimmten Fällen von Bedeutung sein.

22 **III. As-efficient- und Reasonable-efficient-competitor-Test**

Die Zulässigkeit der Ausschlusswirkung, die jede Verdrängung aufweist, ist abhängig von der Effizienz der Wettbewerber. Diese Erkenntnis wird vom *as-efficient-competitor-Test* berücksichtigt. Sie hat zusammen mit der wohlfahrtsökonomischen Grundüberlegung, dass die ineffizienten Wettbewerber im Hinblick auf den Preisdruck nicht schutzbedürftig sind, einen Prüfungsmaßstab gebildet.⁴² Die Auswirkung des Verhaltens auf einen hypothetisch ebenso effizienten Wettbewerber dient also als Abgrenzungsmaßstab. Dieser Ansatz wurde von der Kommission – anders als von der Rechtsprechung des EuGH⁴³ – als maßgeblich für jede preisbezogene Behinderung erklärt.⁴⁴

- 23 Da angesichts der Komplexität der Kostenstrukturen allerdings auch eine Behörde mit umfangreichen Ermittlungsbefugnissen kaum beurteilen kann, inwieweit ein Wettbewerber ebenso effizient wie das marktbeherrschende Unternehmen ist,

³⁶ *Wurmnest*, Wolfgang, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*, Tübingen 2010, S. 361 f. Ein solches Erfordernis lässt die verlustfreien Verdrängungsstrategien, wie die *Raising rival's costs*, außer Betracht.

³⁷ *O'Donoghue*, Robert/*Padilla*, Jorge, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford 2006, S. 186 f.

³⁸ *Palmigiano*, Paolo, *The Abuse of "Margin Squeeze" under Article 82 of the EC Treaty And Its Application to New And Emerging Markets*, 2007.

³⁹ *Werden*, Gregory, *The "No Economic Sense" Test for Exclusionary Conduct*, *J. of Corp. L.* 2006, S. 298.

⁴⁰ Deswegen wird dieser Test auch als „*but for*“ Test bezeichnet.

⁴¹ *Werden*, Gregory, *The "No Economic Sense" Test for Exclusionary Conduct*, *J. of Corp. L.* 2006, S. 301; *Petzold*, Daniel, *Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht*, 2012, S. 104.

⁴² Auf *Posner*, Richard, *Antitrust law: an economic perspective*, Chicago 1994, S. 194 zurückzuführen: „*the plaintiff must prove [...] that [...] the challenged practice is likely in the circumstances to exclude from the defendant's market an equally or more efficient competitor*“.

⁴³ Eine nachteilige Divergenz nach *Fuchs*, Andreas, *Der "ebenso effiziente Wettbewerber" als Maßstab für die Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen – eine kritische Würdigung*, S. 252.

⁴⁴ *Com.*, DG Comp. disc. paper, Rn. 63 ff.; *Kom.*, Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten, Rn. 23 ff.; *Kom.*, Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich, 98/C265/02, Rn. 117-119.

wird auf die eigenen Kosten des integrierten marktbeherrschenden Unternehmens abgestellt.⁴⁵ Die Kernfrage lautet also: Wäre die nachgelagerte Geschäftseinheit des vertikal integrierten Unternehmens „effizient genug gewesen, um seine Endkundendienste anzubieten, ohne dabei Verluste hinnehmen zu müssen, wenn es vorher seine eigenen Vorleistungspreise für die Vorleistungen hätte zahlen müssen?“⁴⁶ ($EP - VP \geq EK$).⁴⁷

- 24 Dadurch werden die erstrebenswerte Rechtssicherheit und die Vorhersehbarkeit, als Elemente der Rechtsstaatlichkeit, erreicht, denn das Gesetz muss einen präzisen Test bereitstellen, bevor eine bestimmte Preispolitik eingeschlagen wird. Anderenfalls besteht die zusätzliche Gefahr, dass Anreize gesetzt werden, Informationen über die Kostenstrukturen der Konkurrenten zu erlangen, was unvereinbar mit kartellrechtlichen Vorschriften wäre⁴⁸. Umgekehrt stellt sich auch die Gefahr, dass Konkurrenten falsche Informationen verbreiten.⁴⁹
- 25 Unter bestimmten Umständen müssen auch die Auswirkungen auf weniger leistungsfähige Wettbewerber – im Rahmen einer dynamischen Sichtweise – berücksichtigt werden, insbesondere wenn sie einen disziplinierenden Wettbewerbsdruck auf das marktbeherrschende Unternehmen ausüben.⁵⁰ Ein Wettbewerber kann beispielsweise nachfragebezogene Vorteile wie Netz- und Lerneffekte ausnutzen, um seine Leistungsfähigkeit zu verbessern und effizienter als das marktbeherrschende Unternehmen aufgestellt zu werden. Daran knüpft der *reasonably-efficient-competitor*-Test an. Dieser betrachtet die Spanne zwischen dem Zugangspreis, der dem Wettbewerber berechnet wird, und dem Preis, der vom Netzbetreiber im nachgeordneten Markt berechnet wird. Ermöglicht diese nicht die Erzielung eines normalen Gewinns von einem hinreichend effizienten Dienstleister, kann sie kartellrechtswidrig sein ($EP - VP \geq KH$)⁵¹.⁵²

S. 81

- HFR 07/2014 S. 7 -

- 26 Obwohl dieser Prüfungsmaßstab keine Anwendung in der Rechtsprechung des EuGH gefunden hat,⁵³ versucht die Kommission sich das Recht vorzubehalten, vom *equally-efficient-competitor*-Test abzuweichen, um in manchen Bereichen aktiv eingreifen zu können. Tatsächlich kann ein *reasonably-efficient-competitor*-Test den Eintritt neuer Wettbewerber fördern oder eine Chancengleichheit⁵⁴ zwischen den Marktteilnehmern gewährleisten. Dies gilt besonders in jüngst liberalisierten Markt Bereichen, in denen die neuen Wettbewerber sich in einer nachteiligen Wettbewerbsposition gegenüber dem ehemaligen staatlichen Monopol befinden⁵⁵. Daher ziehen die Regulierungsbehörden oft

⁴⁵ Fuchs, Andreas, Der „ebenso effiziente Wettbewerber“ als Maßstab für die Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen – eine kritische Würdigung, S. 258.

⁴⁶ EuGH, Urteil v. 17.02.2011, C-52/09, *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige*, Rn. 42; EuGH, Urteil v. 14.10.2010, C-280/08, *Deutsche Telekom AG/Kommission*, Rn. 201.

⁴⁷ EP: Endleistungspreis, VP: Vorleistungspreis, EK: Eigene Endleistungskosten des vertikal integrierten Unternehmens.

⁴⁸ Vgl. *Geradin, Damien/O'Donoghue, Robert*, The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector, J. of Comp. L. & E., 2005, S. 392; *Faella, Gianluca/Pardolesi, Roberto*, Squeezing Price Squeeze under EC Antitrust Law, EU As. of L. and E. (EALE), Rome 2009, S. 20.

⁴⁹ *Grout, Paul*, Defining a price squeeze in competition law, in: *Hope, The Pros and Cons of Low Prices*, Stockholm, 2003, S. 84.

⁵⁰ Kom., Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten, Rn. 24.

⁵¹ KH: Kosten eines hypothetischen hinreichend effizienten Wettbewerbs.

⁵² Kom., Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten, Rn. 23 ff.

⁵³ EuGH, Urteil v. 14.10.2010, C-280/08 *Deutsche Telekom AG/Kommission*, Rn. 192: „Hinzuzufügen ist, dass man mit jedem anderen Ansatz Gefahr liefe, gegen den allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit zu verstoßen“. Gegen einer expliziten Ablehnung vom EuGH: *Clerckx, Serge / De Muyter, Laurent*, Price Squeeze Abuses in the EU Telecommunications Sector: A Reasonably or Equally Efficient Test?, GCP 4. 1/2009, S. 6.

⁵⁴ *Bay, Matteo/De Stefano, Gianni*, ECJ Rules on Margin Squeeze Appeal, J. of E. Com. L. & P., 2011, S. 129.

⁵⁵ Aufgrund von Skalen- und Synergieeffekten und auch *first mover advantages* im nachgeordneten Markt, vgl. Bundesnetzagentur, Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG, 2007, S. 16.

diesen Test vor.⁵⁶ Charakteristisch hierfür ist auf deutscher Ebene das Telekommunikationsgesetz (TKG), das in § 2 Nr. 2 die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte als Regulierungsziel festsetzt.⁵⁷

- 27 Die zwei Prüfungskriterien stehen nur dann in einem starken Gegensatz zueinander, wenn die nachgelagerte Geschäftseinheit des integrierten Unternehmens und die der Konkurrenten unterschiedlich leistungsfähig sind. Die Divergenz zwischen beiden Prüfungskriterien zeigt den weiterhin bestehenden Konflikt zwischen *ex ante* Regulierungsrecht und *ex post* Kartellrecht auf. Eine Ausweitung der Zielsetzung der regulatorischen Rahmenbedingungen zur traditionellen *ex post* Wettbewerbspolitik erscheint höchst bedenklich. Das Konzept des Leistungswettbewerbs ist für die Verantwortlichkeit eines marktbeherrschenden Unternehmens maßgeblich. Der Ausschluss von weniger leistungsfähigen Konkurrenten ist in diesem Konzept eingeschlossen. Damit hält – trotz seiner Schwäche – der *as-efficient-competitor*-Test Schritt.
- 28 An dieser Stelle wird die Frage aufgeworfen, ob es erforderlich ist, beide Prüfungskriterien einander ergänzend, also kumulativ, heranzuziehen um eine KPS zu bejahen. Es muss daran erinnert werden, dass die KPS-Theorie sich hauptsächlich auf einen einheitlichen und klar identifizierbaren Input und eine entsprechende Endleistung im festen anteiligen Verhältnis zu den Gesamtkosten bezieht.⁵⁸ Diese simplifizierende Annahme widerspricht allerdings oft der Praxis. Denn angesichts der gesetzlichen Vorgaben, die den Handlungs- oder den Tätigkeitsbereich des integrierten Unternehmens beschränken, können die nachgelagerten Konkurrenten eine größere Flexibilität aufweisen. Darüber hinaus ist auch der Differenzierungsgrad zwischen den Erzeugnissen des integrierten Unternehmens und der desintegrierten Konkurrenten bezüglich all ihrer Merkmale (z.B. Qualität) zu berücksichtigen.⁵⁹ Dann ist nicht auszuschließen, dass die Konkurrenten profitabel und mit größerer Gewinnspanne wirtschaften können, obwohl der *as-efficient-competitor*-Test erfüllt ist. Dies spricht für das Heranziehen beider Ansätze.
- 29 Es bleibt noch festzuhalten, dass die zusätzlichen Kosten, die sich aus der Lieferung des Inputs zu den Wettbewerbern, aus der Zusammenschaltung der Netzwerke oder aus der Anpassung des Inputs an eine zu den technischen Bedürfnissen der Konkurrenten kompatible Technologie ergeben, auch in dem Test berechnet werden müssen.⁶⁰ Werden solche zusätzlichen Kosten nicht berücksichtigt, muss einerseits das dominante Unternehmen so agieren, als ob es weniger effizient wäre. Andererseits besteht die Gefahr, dass eine KPS festgestellt wird, die nur die Vorteile vertikaler Integration widerspiegelt (*false positives*) $[EP - VP \geq x \leq KH]$.⁶¹ Diese Kosten müssen von den gesamten nachgelagerten Kosten des integrierten Unternehmens

⁵⁶ U.a. die niederländische Telekommunikationsbehörde OPTA (*Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit*) und die Wettbewerbsbehörde (*Nederlandse Mededingingsautoriteit*) in: OPTA and NMa, Price Squeeze Guidelines, 28.2.2001, Rn. 28.; Im Gegensatz dazu wenden die englische Behörde Oftel (*Office of Telecommunications*, heutige Ofcom) und die französische Wettbewerbsbehörde (*Conseil de la Concurrence*) die erste Form an, s. *Oftel*, The Application of the Competition Act in the Telecommunications Sector, 1.2000, Rn. 7.26 und *Conseil de la concurrence*, Entsch. 04-D-48 v. 14.10.2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom, Rn. 222 ff.

⁵⁷ Arndt, Hans-Wolfgang/*Ellinghaus*, Ulrich, TKG Kommentar, 2008, § 2 Rn. 2 ff.

⁵⁸ Geradin, Damien/*O'Donoghue*, Robert, The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector, *J. of Comp. L. & E.*, 2005, S. 393.

⁵⁹ Crocioni, Pietro/*Veljanovski*, Cento, Price Squeezes, Foreclosure and Comp. Law, *J. of Net. In.*, 2003, S. 51.

⁶⁰ S. Polo, Michele, Price Squeeze: Lessons from the Telecom Italia Case, *J. of Comp. L. & E.*, 2007, S. 455 ff., der im Hinblick auf die Entscheidung der italienischen Wettbewerbsbehörde (*Autorità garante della concorrenza e del mercato*) im Sachverhalt *Telecom Italia A351* v. 16.11.2004 einen modifizierten *as-efficient-competitor*-Test vorschlägt. Dafür auch Crocioni, Pietro/*Veljanovski*, Cento, Price Squeezes, Foreclosure and Competition Law, *J. of Net. In.*, 2003, S. 52; Faella, Gianluca/*Pardolesi*, Roberto, Squeezing Price Squeeze under EC Antitrust Law, *EU As. of L. and E. (EALE)*, Rome 2009, S. 22 f.

⁶¹ x: falsche Feststellung eines *margin squeeze*.

abgezogen werden $[EP - VP \geq EK - ZK]$.⁶² Dies erfordert eine höhere Effizienz der nachgelagerten Wettbewerber.

S. 82

- HFR 07/2014 S. 8 -

- 30 Die Kommission hat letzters allerdings eine Anwendung dieses modifizierten Tests für Konkurrenten mit höheren vorgelagerten Kosten implizit verneint, damit sie beim „Erklimmen der Investitionsleiter“ geschützt werden.⁶³ Mit dieser Frage sah sich auch die europäische Rechtsprechung konfrontiert. Sie ist zu dem Ergebnis gekommen, dass das marktbeherrschende Unternehmen die Möglichkeit hat, die produktionsspezifischen Zusatzkosten auf seinen Verkaufspreis umzulegen.⁶⁴ Die zurückhaltende Rechtsprechung des Gerichts und die Entscheidungspraxis der Kommission sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Unternehmen die Möglichkeit haben, diese Kosten zu manipulieren, um eine kartellrechtliche Haftung zu vermeiden.⁶⁵
- 31 All diese Erkenntnisse müssen in den Prüfungsmaßstab einfließen. Der *as-efficient-competitor*-Test stellt – auch in seiner modifizierten Form – immer noch das verlässlichste Kriterium dar⁶⁶. Allerdings ist angesichts der Produktdifferenzierung und der unterschiedlichen Kostenstrukturen bei einer umfassenden Bewertungsanalyse kumulativ auf die Kosten der Wettbewerber abzustellen; auch wenn dies zu Lasten der Einfachheit des Prüfungsmaßstabs gehen kann.⁶⁷
- 32 **IV. Consumer-welfare-Test**
- Der dritte Versuch, einen umfassenden Beurteilungstest zu entwerfen, um kartellrechtswidrige einseitige Verhaltensweisen zu identifizieren, ist nicht von der Rechtsprechung, sondern von der Kommission⁶⁸ und der Literatur unternommen worden. Es wird gefordert, dass nur solche unternehmerische Verhaltensweisen zu verbieten seien, die einen quantifizierbaren nachteiligen Effekt auf die Verbraucher ausüben können (*consumer harm*).⁶⁹
- 33 Tatsächlich wird im europäischen Recht Bezug auf die Verbraucherschäden genommen (Art. 102 S. 2 lit. b AEUV). Diese genießen jedoch keinesfalls einen Vorrang vor anderen Tatbestandsmerkmalen. Der von ordoliberalen Grundsätzen ausgehende EuGH hat die Annahme zurückgewiesen, dass nur die für Verbraucher nachteiligen Verhaltensweisen einen wettbewerbswidrigen Zweck haben können, und sich für einen Schutz des Wettbewerbs als solchen ausgesprochen.⁷⁰
- 34 Hinzu tritt die entscheidende Rolle der Rechtssicherheit. Denn ein Verzicht auf die *ex ante* Zugrundelegung der Auswirkungen kann die Konsumenten letztlich sogar schlechter dastehen lassen. Gleiches gilt für den Ersatz von Prognosen in dem dynamischen Wettbewerbsprozess, wenn das Marktgeschehen so unvorhersehbar ist. Außerdem stellt eine Abwägung zwischen kurzfristig messbaren

⁶² Kz: zusätzliche Kosten.

⁶³ Kom., Entsch. v. 2.7.2007, COMP/38.784, *Wanadoo Espana/Telefonica*, Rn. 392; EuG, Urteil v. 29.3.2012, T-336/07, *Telefónica und Telefónica de España/Kommission*, Rn. 290.

⁶⁴ EuG, Urteil v. 30.11.2000 – T-5/97, *Industrie des Poudres Spheriques SA/Kommission*, Rn. 166.

⁶⁵ S. *Areeda*, Phillip/*Turner*, Donald, *Predatory Pricing and Practices under Section 2 of the Sherman Act*, Harv. L. Rev 88/1975, S. 728 ff.; *Faella*, Gianluca/*Pardolesi*, Roberto, *Squeezing Price Squeeze under EC Antitrust Law*, EU As. of L. and E. (EALE), Rome 2009, S. 257.

⁶⁶ Kom., Entsch. v. 21.5.2003, – L 263/9, *Deutsche Telekom AG*, Rn. 113; EuG, Urteil. v. 10.4.2008, T-271/03, *Deutsche Telekom/Kommission*, Rn. 124; Kom., Entsch. v. 4.7.2007, COMP/38.784, *Wanadoo Espana/Telefónica*, Rn 278 ff.; EuGH, Urteil v. 14.10.2010, C-280/08, *Deutsche Telekom/Kommission*, Rn. 164 ff.; BKartA, Beschl. v. 6.8.2009, *MABEZ-Dienste*, B7-11/09 - WuW DE-V, S. 1769, Rn. 49.

⁶⁷ *Faella*, Gianluca/*Pardolesi*, Roberto, *Squeezing Price Squeeze under EC Antitrust Law*, EU As. of L. and E. (EALE), Rome 2009, S. 276.

⁶⁸ Kom., Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten, Rn. 19 ff.

⁶⁹ *Wurmnest*, Wolfgang, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*, Tübingen 2010, S. 351.

⁷⁰ EuGH, Urteil v. 15.03.2007 – C-95/04, *British Airways/Kommission*, Rn. 107; EuGH, Urteil v. 2.4.2009, C-202/07, *France Telecom/Kommission*, Rn. 39; EuGH, Urteil v. 6.10.2009, C-501-513-515-519/06, *GlaxoSmithKline/Kommission*, Rn. 63. Gleicher Meinung ist das Bundeskartellamt, DP v. 27.9.2004, *Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden* S. 19 ff.

und langfristigen Auswirkungen ein verknüpftes Problem dar.⁷¹ All diese Gründe deuten darauf hin, dass der *Consumer-welfare*-Test nicht bestimmend für das europäische und das deutsche Wettbewerbsparadigma sein kann.

S. 83

- HFR 07/2014 S. 9 -

35 V. Keine objektive Rechtfertigung

Negative Voraussetzung eines Behinderungsmisbrauchs ist nach ständiger Rechtsprechung⁷² und dem Diskussionspapier der Kommission⁷³ das Vorliegen einer objektiven Rechtfertigung, obwohl Art. 102 AEUV keine Freistellung – wie im Falle des Art. 101 III AEUV – vorsieht. Die Kommission erkannte hauptsächlich zwei Arten von Rechtfertigungseinwänden an, erstens wenn das behindernde Verhalten aufgrund externer objektiver Gründe erforderlich ist (*objective necessity defense*) und zweitens wenn die behindernde Maßnahme nur eine verlustminimierende Reaktion auf den Wettbewerb von anderen Unternehmen darstellt (*meeting competition defense*).⁷⁴

36 Es erstaunt, dass der Begriff der objektiven Rechtfertigung in dem späteren Prioritätenpapier überhaupt nicht erwähnt wird, obwohl er fest in der Rechtsprechung verankert ist und als Oberbegriff der zwei eben erwähnten Rechtfertigungseinwände bezeichnet wurde.⁷⁵ Die *objective necessity defense* scheint wenig gewinnbringend, da keine Beispiele, in denen sie geltend gemacht werden könnte, erwähnt werden und keine Präzedenzfälle bekannt sind, während die *meeting competition defense* ohne konkrete Erwähnung bleibt.

37 Die Erstellung eines soliden Rahmens für die Bewertung von Effizienz ist von großer Bedeutung, damit das Risiko der Abschreckung vor einem wettbewerbsfördernden Verhalten eingegrenzt wird.⁷⁶ Ein Effizienzeinwand (*efficiency defense*) – als notwendiges Korrelat der effizienzorientierten angewendeten *Imputation*-Tests – wird infolge der verstärkten Ökonomisierung des europäischen Kartellrechts in dem Prioritätenpapier als Rechtfertigungsgrund vorgesehen.⁷⁷ Die zu hohen Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen, ähneln stark den Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 III AEUV.

38 Wegen der hohen Anforderungen und der Beweislastumkehr, die eine extrem große Hürde für Unternehmen darstellen, ist bislang kein unternehmerisches Verhalten aufgrund der Effizienz in der Entscheidungspraxis gerechtfertigt worden.⁷⁸ Zwar strebt das Prioritätenpapier der Kommission Effizienzerwägungen an. Diese lassen allerdings aufgrund konzeptioneller Systemwidrigkeiten nur einen knappen Anwendungsraum für effizienzbezogene Rechtfertigungsgründe.

39 Nach der Entscheidungspraxis der Kommission⁷⁹ hängt die Weitergabe von Effizienzvorteilen an die Verbraucher davon ab, ob der Restwettbewerb

⁷¹ Bloch, Robert/Kamann, Hans-Georg/Brown, Jay/Schmidt, Jens-Peter, A Comparative Analysis of Art. 82 of the EC Treaty and Sec. 2 of the Sherman Act, ZWeR, 4/2005, S. 355.

⁷² EuGH, Urteile v. 18.02.1971, *Sirena/Eda*, 40/70, Rn. 17; v. 08.06.1971, *Deutsche Grammophon/Metro SB*, 78/70, Rn. 19; v. 06.10.1994, *Tetra Pak/Kommission*, T-83/91, Rn. 115, 136, 207; v. 15.03.2007, *British Airways/Kommission*, C-95/04, Rn. 69; v. 17.2.2011, *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige*, C-52/09, Rn. 75

⁷³ Com., DG Comp. disc. paper on the appl. of Art. 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, Rn. 77-92.

⁷⁴ Dieser Rechtfertigungsgrund ist eng mit der Behauptung verknüpft, dass die Preise unter den durchschnittlichen vermeidbaren Kosten (AVC) unzulässig sind

⁷⁵ Gravengaard, M.A./Kjaersgaard, N., The EU Commission guidance on exclusionary abuse of dominance - and its consequences in practice, Eur. Comp. L. R., 7/2010, S. 291.

⁷⁶ Faella, G./Pardolesi, R., Squeezing Price Squeeze under EC Antitrust Law, EU As. of L. and E. (EALE), Rome 2009, S. 24.

⁷⁷ S. auch Kom., Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009, C 45/7, Rn. 28 ff., wo der eigenständige Charakter von Effizienzvorteilen betont wird.

⁷⁸ Vgl. Petzold, Daniel, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, 2012, S. 113.

⁷⁹ Kom., Entsch. v. 04.07.2007, COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, Rn. 655-657.

einen gewissen Druck auf das marktbeherrschende Unternehmen ausübt. Die Voraussetzung einer Nicht-Ausschaltung des wirksamen Wettbewerbs und die *Super-Dominance* als Anforderung einer KPS-Strategie verraten, dass der Schutz des Wettbewerbsprozesses auf europäischer Ebene fundamental ist und dementsprechend die Anwendbarkeit von *Efficiency Defenses* eher begrenzt ist.

- 40 Für eine Prämisse, dass Unternehmen mit über 75% Marktanteil die Verbraucherwohlfahrt nicht verbessern können, sind keine Gründe ersichtlich. Vielmehr wäre es richtiger gewesen, bestimmte Verhaltensweisen der marktbeherrschenden Unternehmen von vornherein von dem Begriff des Missbrauchs auszuschließen.⁸⁰

S. 84

- HFR 07/2014 S. 10 -

- 41 **D. Kosten-Preis-Schere als eigenständiger Tatbestand oder Unterfall anderer Tatbestände?**

Die europäische Rechtsprechung hat gegensätzliche Wege bei der rechtlichen Bewertung der KPS eingeschlagen. Das EuG hat bei dem Sachverhalt *Industrie des poudres sphériques (IPS) /Kommission* Zweifel darüber aufkommen lassen, ob der *margin squeeze* eine eigenständige Fallgruppe des Art. 102 AEUV darstellt.⁸¹ Im krassen Gegensatz dazu hat der EuGH im Sachverhalt *Deutsche Telekom/Kommission* die KPS als eigenständigen Tatbestand missbräuchlichen Verhaltens behandelt, der von Art. 102 S. 2 lit. a AEUV erfasst werden kann.⁸²

- 42 Durch die Anerkennung der KPS als kartellrechtswidrigen Missbrauch werden zahlreichen Abgrenzungsfragen aufgeworfen. Einerseits aufgrund der erstrebenswerten Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit des Kartellrechts und andererseits angesichts der deutlichen Ähnlichkeiten der KPS zu anderen Missbrauchsformen sollte die Schaffung eines neuen Tatbestandes eine *Ultima Ratio* sein. Dies stellt die normative Prämisse der folgenden Untersuchung dar.

- 43 **I. Verhältnis zum Ausbeutungsmissbrauch**

Es ist nun zu untersuchen, inwieweit eine KPS vom Ausbeutungsmissbrauchsverbot nach Art. 102 S. 2 lit. a AEUV und §19 II Nr. 2 GWB erfasst werden kann. Die Kommission hat die KPS im Verfahren *Deutsche Telekom* als Erzwingung von unangemessenen Preisen betrachtet⁸³. Dieser falschen Betrachtungsweise ist auch der EuGH gefolgt.⁸⁴ Er wählte auch einen sehr formalistischen Ansatz,⁸⁵ als das Gericht einen Behinderungsmissbrauch mit der Begründung annahm,⁸⁶ dass die Unangemessenheit der Preispolitik allein an die Beschneidung der Margen als eigenständigen Unwert zu knüpfen sei und nicht an die genaue Gewinnspanne.⁸⁷

- 44 Im KPS-Szenario liegt jedoch der Schwerpunkt nicht auf der Preisunangemessenheit, sondern auf den Auswirkungen des Zusammenwirkens von Großhandels- und Endverkaufspreisen auf Wettbewerb und Konsumenten.⁸⁸

⁸⁰ Faella, G./Pardolesi, R., Squeezing Price Squeeze under EC Antitrust Law, EU As. of L. and E. (EALE), Rome 2009, S. 282; Fuchs, Andreas, Der "ebenso effiziente Wettbewerber" als Maßstab für die Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen – eine kritische Würdigung, in Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, FS zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, S. 264.

⁸¹ EuG, Urteil v. 30.11.2000 - T-5/97, *Industrie des poudres sphériques/Kommission*, Rn. 179; Dunne, Niahm, Margin Squeeze: Theory, Practice, Policy, EUSA Conf. 3-5 March 2011, S. 11; Hou, Liyang, Some Aspects of Price Squeeze within the EU: a case-law analysis, 2011, S. 6 f.

⁸² EuG, Urteil v. 10.4.2008 - T-271/03, *Deutsche Telekom/Kommission*, Rn. 167; EuGH, v. 14.10.2010 - C-280/08, *Deutsche Telekom/Kommission*, Rn. 183.

⁸³ Kommission, Entscheidung v. 21.5.2003 - L 263/9, *Deutsche Telekom AG*, Rn. 199: „Dieser Missbrauch besteht in der Festsetzung unangemessener Preise“.

⁸⁴ EuGH, v. 14.10.2010 - C-280/08, *Deutsche Telekom/Kommission*, Rn. 167.

⁸⁵ Jones, Alison/Sufrin, Brenda, EU Competition Law, Oxford 2010, S. 418.

⁸⁶ EuG, v. 10.4.2008 - T-271/03, *Deutsche Telekom/Kommission*, Rn. 237.

⁸⁷ EuGH, v. 14.10.2010 - C-280/08, *Deutsche Telekom/Kommission*, Rn. 148.

⁸⁸ Vgl. Kallaugher, John, "Margin Squeeze" under Article 82: Searching for Limiting Principles, CoE, S. 13.

Ein abgesunkener Endverkaufspreis kann keinesfalls als unangemessen betrachtet und unter den Ausbeutungsmisbrauch subsumiert werden. Auf der anderen Seite kann ein Großhandelspreis tatsächlich unangemessen sein.

S. 85

- HFR 07/2014 S. 11 -

45 Abgesehen von der Tatsache, dass die Vorleistungspreise bei KPS-Konstellationen oft einer Regulierungsaufsicht unterliegen, kann auch ein angemessener Vorleistungspreis zu einer KPS führen und umgekehrt ein unangemessener Preis allein nicht eine KPS ermöglichen.⁸⁹ Dies deutet darauf hin, dass ein Ausbeutungsmisbrauch in Bezug auf den Input nicht mit einer Behinderungswirkung im nachgelagerten Markt gleichzusetzen ist. Es kann folglich angezweifelt werden, ob eine von der KPS abgeleitete Wettbewerbsabschottung durch Art. 102 S. 2 lit. a AEUV bzw. §19 II Nr. 2 GWB verhindert werden kann.⁹⁰

46 II. Verhältnis zur Preisdiskriminierung

Das in Art. 102 S. 2 lit. c AEUV⁹¹ und § 19 II Nr. 1 V. 2 GWB verankerte Diskriminierungsverbot zielt darauf ab, dass die Handelspartner bzw. andere Unternehmen von marktbeherrschenden Unternehmen nicht durch einseitige wettbewerblich ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen beeinträchtigt werden.⁹² Bei der Erfassung von diskriminierendem Verhalten auf europäischer und deutscher Ebene gibt es viele Unterschiede. Dennoch setzt die Anwendung des Verbots in beiden Rechtsordnungen eine Diskriminierung von anderen Unternehmen voraus, die in einem Wettbewerbsverhältnis mit dem marktbeherrschenden Unternehmen stehen⁹³ und auf einer vor- oder nachgelagerten Marktstufe tätig sind.⁹⁴

47 Nun wird in Bezug auf die KPS die Frage aufgeworfen, inwieweit ein Diskriminierungsverbot die Bevorzugung der nachgeordneten Geschäftseinheit gegenüber den Wettbewerbern erfassen kann. Konkret ist zu klären, ob die nachgeordnete Geschäftseinheit ein „anderes Unternehmen“ nach dem oben erörterten Erfordernis darstellt. Dies lenkt den Fokus auf den kartellrechtlichen, nach ständiger Rechtsprechung funktionalen Unternehmensbegriff.⁹⁵

48 Daraus ergibt sich, dass ein auf beiden Marktstufen tätiges Unternehmen *a priori* als Normadressat des Diskriminierungsverbotes ausgeschlossen wird, da der nachgelagerten Einheit kein selbständiger unternehmerischer Charakter zugeschrieben werden kann.⁹⁶ Es ist allerdings in Erinnerung zu rufen, dass antidiskriminierendes Verhalten – besonders in *margin-squeeze*-Konstellationen – grundsätzlich von sektorspezifischen Vorschriften gewährleistet wird.⁹⁷

S. 86

- HFR 07/2014 S. 12 -

49 In der Literatur ist umstritten, ob das auf unternehmerische Absprachen angewandte Konzernprivileg, als Ausnahme vom Kartellverbot (Art. 101 I AEUV bzw. § 1 GWB),

⁸⁹ Geradin, Damien/O'Donoghue, Robert, The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector, J. of Comp. L. & E., 2005, S. 368.

⁹⁰ Zu diesem Ergebnis auch Kallaughner, John, The "Margin Squeeze" under Article 82: Searching for Limiting Principles, CoE, S. 13; Geradin, Damien/O'Donoghue, Robert, The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector, J. of Comp. L. & E., 2005, S. 368.

⁹¹ Und in der Generalklausel des Abs. 1 für die Diskriminierungen, die nicht unter lit. c subsumiert werden können.

⁹² Möschel in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 102, Rn. 257.

⁹³ umstritten im deutschen Kartellrecht.

⁹⁴ Möschel in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 102, Rn. 257.

⁹⁵ „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“. U.a. EuGH, Urteil v. 21.9.1999, C-67/96, Albany, Rn. 81; EuGH, Urteil v. 11.12.1997, C-55/96, Job centre coop, Rn. 21; BGH WuW DE-R 17, Europapokalheimspiele, 18 f.; BGH WuW DE-R 289, Lottospielgemeinschaft, 291.

⁹⁶ Petzold, Daniel, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, 2012, S. 164.

⁹⁷ Für den Telekommunikationsbereich: Antidiskriminierungsverbot in Europa nach Art. 5 I b, Anhang der Richtlinie 2002/19/EG und in Deutschland nach § 19 TKG.

auch auf das Missbrauchsverbot übertragen werden kann.⁹⁸ Wäre dies der Fall, sollte die Begünstigung von konzerninternen gegenüber konzernexternen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht zur Feststellung eines Missbrauchs führen.

50 Auf europäischer Ebene ist ein solches Privileg in der Rechtsprechung nicht anerkannt⁹⁹ und die Kommission hält angesichts des Leitgedankens der europäischen Integration eine noch strengere Kontrolle gegen solche Begünstigungen für nötig.¹⁰⁰ In der deutschen Rechtsprechung wird das Konzernprivileg nicht einheitlich gehandhabt. Entweder werden Konzernunternehmen im Hinblick auf ihre wirtschaftliche Einheit und im Rahmen der Prüfung der Unbilligkeit nicht als gleichartige Unternehmen behandelt¹⁰¹ oder das Konzernprivileg wird bloß im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt.¹⁰² Im ersten Fall fehlt es an der Voraussetzung des § 19 II Nr. 1 V. 2 GWB.

51 Zieht man nun die Praxisschwierigkeiten in Betracht, den zur Begünstigung des nachgelagerten Unternehmensteils internen Preis zu ermitteln, dann wird das Diskriminierungsverbot noch untauglicher für die Erfassung der KPS. Daraus lässt sich schließen, dass das Diskriminierungsverbot nicht nutzbar gemacht werden kann.

52 III. Verhältnis zur Lieferverweigerung

Eine weitere Ungleichbehandlung, die im europäischen Kartellrecht unter die Generalklausel¹⁰³ fällt¹⁰⁴, wird in der Weigerung des marktbeherrschenden Unternehmens gesehen, eine neue Geschäftsbeziehung mit einem potentiellen Marktteilnehmer einzugehen.¹⁰⁵ Demgegenüber werden der Ausbeutungs- und der Behinderungsmisbrauch¹⁰⁶ als zweite Kategorie (*refusal to supply*) unter das Regelbeispiel des Art. 102 lit. b AEUV subsumiert.¹⁰⁷ Im deutschen Kartellrecht wird die Lieferverweigerung grundsätzlich von § 19 II Nr. 1 GWB erfasst. Eine Ausnahme stellt das im § 19 II Nr. 4 GWB verankerte Verbot der Nichtgewährung des Zugangs zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen dar.¹⁰⁸

53 Zweifellos besteht zwischen KPS und Lieferverweigerung ein enger Zusammenhang. Als Verweigerung der Lieferung bzw. Leistungserbringung wird nicht ausschließlich eine völlige Verweigerung angesehen. Auch Sachlagen, in denen das marktbeherrschende Unternehmen die Lieferung von objektiv unangemessenen Bedingungen abhängig macht, zählen hierzu.¹⁰⁹ Das Konzept einer Lieferverweigerung kann auf verschiedene Konstellationen ausgeweitet werden: von der Weigerung Produkte an vorhandene oder neue Abnehmer zu liefern¹¹⁰ bis zur Zugangsverweigerung zu einer wesentlichen Einrichtung oder zu einem Netz (*essential facilities*).¹¹¹

⁹⁸ Ostendorf, Patrick/Grün, Anselm, Geltung des Konzernprivilegs im Rahmen des Missbrauchsverbots im Europäischen und Deutschen. Kartellrecht, WuW 9/2008, S. 951.

⁹⁹ EuG, Urteil v. 21.10. 1997, T-229/94, *Deutsche Bahn AG/Kommission*, Rn. 94.

¹⁰⁰ Kom., Entsch. v. 23.10.2001 – L 120/19, *La Poste/Postvorbereiter*, Rn. 63.

¹⁰¹ Loewenheim, Ulrich in: Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl/Riesenkampf, Alexander, Kartellrecht: Kommentar, Europäisches und Deutsches Recht, 2006, § 20, Rn. 62; BGH, Urteil v. 24.9.2002, WuW DE-R Kommunalen Schilderprägebetrieb, 1003/1005. Kritisch dazu Ostendorf, Patrick/Grün, Anselm, Geltung des Konzernprivilegs im Rahmen des Missbrauchsverbots im Europäischen und Deutschen. Kartellrecht, WuW 9/2008, S. 959 f.

¹⁰² BGH WuW, Aktionbeträge, 2755/2759.

¹⁰³ Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2000, Art. 82, Rn. 167.

¹⁰⁴ Lübbig, Thomas in: Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl/Riesenkampf, Alexander, Kartellrecht, 2006, Art. 82, Rn. 167.

¹⁰⁵ Möschel in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim, EU-Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 102, S. 759 f.

¹⁰⁶ Jones, Alison/Sufrin, Brenda, EU Competition Law, Oxford 2010, S. 529.

¹⁰⁷ O'Donoghue, Robert/Padilla, Jorge, The Law and Economics of Article 82 EC, Oxford 2006, S. 408.

¹⁰⁸ Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2000, Art. 82, § 19 Rn. 157.

¹⁰⁹ Kom., Entsch. v. 25.7.2001, L 331/40, *Deutsche Post AG*, Rn. 141.

¹¹⁰ S. u.a. EuGH, v. 6.3.1974, C-6-7/73, *Commercial Solvents/Kommission*.

S. 87

- HFR 07/2014 S. 13 -

- 54 Im Prioritätenpapier der Kommission wird die KPS als Unterform einer Lieferverweigerung betrachtet.¹¹² Im Sachverhalt *Telefónica* hat das marktbeherrschende Unternehmen die Meinung vertreten, die untersuchte Verhaltensweise stelle eine Geschäftsverweigerung dar, welche allerdings nicht die von der Rechtsprechung festgelegten Voraussetzungen erfülle und deswegen nicht missbräuchlich sei.¹¹³
- 55 Die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit ein *margin squeeze* als Missbrauch zu qualifizieren ist,¹¹⁴ spiegeln sich in den Kriterien des früheren Urteils des EuG *Oscar Bronner* wider. Diese legen fest, unter welchen Bedingungen ein Unternehmen verpflichtet ist, Zugang zu seinen Einrichtungen zu gewähren. Danach muss erstens die Nutzung der wesentlichen Einrichtung für das Zugang begehrende Unternehmen unentbehrlich sein, zweitens muss die Verweigerung geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf dem nachgeordneten Markt auszuschalten und drittens darf die Verweigerung nicht objektiv gerechtfertigt sein.¹¹⁵
- 56 Trotz dieser Rechtsprechung hat die Kommission sich auf die *besonderen Umstände*¹¹⁶ dieses Falles berufen und es infolgedessen abgelehnt, die KPS als konstruktive Geschäftsverweigerung zu werten. Dabei spielten zwei Besonderheiten eine Rolle: einerseits die *ex ante* Abwägung der Investitions- und Innovationsanreize des Unternehmens durch die Regulierungsbehörden, die die Nachteile der Lieferungspflicht schon berücksichtigen, und andererseits die Gewährung von Sonderrechten durch den Staat. Daher hat die Kommission implizit festgestellt, dass ein regulatorischer Kontrahierungszwang zu einer Vermutung der Unerlässlichkeit des Inputs führt. Aus diesem Grund hat sie die strengen Voraussetzungen der *Bronner*-Rechtsprechung abgelehnt.
- 57 Dies hat heftige Kritik in der Literatur hervorgerufen:¹¹⁷ zunächst, weil das EU-Kartellrecht und die nationalen Rechtsvorschriften ohne Rücksicht darauf, ob die Letzteren im Einklang mit dem sekundären europäischen Recht sind, unterschiedliche Ziele verfolgen. Die Frage der Unentbehrlichkeit des Inputs nach dem *Bronner*-Muster betrifft hingegen eine ganz andere Untersuchung, nämlich die rein regulatorische Frage, ob eine Lieferungspflicht sich nachteilig auf die *ex ante* Investitionsanreize auswirkt.¹¹⁸ Auch wenn man annähme, dass eine regulatorische Lieferungs- oder Zugangspflicht mit der Unentbehrlichkeit gleichzusetzen ist, sollte man deshalb nicht die zwei zusätzlichen Voraussetzungen vernachlässigen.

S. 88

- HFR 07/2014 S. 14 -

- 58 Der EuGH hatte sich mit dieser Frage – diesmal allerdings ohne, dass eine regulierungsrechtlichen Verpflichtung zur Leistungserbringung bestand – in der Rechtssache *TeliaSonera*, dem schwedischen Telefonnetzbetreiber, zu befassen.¹¹⁹ Es war zu klären, ob der *Bronner*-Test erfüllt sein muss oder ob eine nicht ausreichende Spanne zwischen Vor- und Endleistungspreisen an sich

¹¹¹ S. u.a. EuGH, Urteile v. 26.11.1998, C-7/97, *Oscar Bronner/Mediaprint*; EuGH, v. 29.4.2004 – C-418/01, *IMS Health/NDC Health*; EuG, Urteil v. 17.9.2007 – T-201/04, *Microsoft/Kommission*.

¹¹² Ein vom Wortlaut ableitendes Argument wirft allerdings Licht auf die Aussage „statt einer Lieferverweigerung“, S. Kommission, Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten, Rn. 80.

¹¹³ Kom., Entscheidung v. 4.7.2007 – COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, Rn. 299 ff.

¹¹⁴ Kom., Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten, Rn. 80-82.

¹¹⁵ EuG, v. 26.11.1998, C-7/97 *Oscar Bronner / Mediaprint*, Rn. 40 ff.

¹¹⁶ Kom., Entsch. v. 4.7.2007, COMP/38.784 *Wanadoo España/Telefónica*, Rn. 302 f.

¹¹⁷ *Geradin*, Damien, Refusal to supply and margin squeeze: A discussion of why the “Telefonica exceptions” are wrong, 2010, S. 7 ff.; *Diez Estella*, Fernando, Jurisprudence of the EUJC on margin squeeze: from DT to TeliaSonera and beyond to Telefonica!, 2011, S. 16 ff.

¹¹⁸ Hauptsächlich warden nach dem *Bronner*-Muster die *ex post* Investitionsanreize auf dem Markt untersucht, S. *Hay*, George/McMahon, Kathryn, The Diverging Approach to Price Squeezes in the United States and Europe, J. of Comp. L. & E. 8(2) 2012, S. 281.

¹¹⁹ EuGH, Urteil v. 17.2.2011, C-52/09, *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige*.

den Kern der Untersuchung bildet, um eine KPS zu bejahen. Der Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass das Bestehen einer regulatorischen oder kartellrechtlichen Lieferungs- oder Zugangspflicht der Vorleistung nach dem *Bronner*-Test keine Rolle für einen Missbrauch der KPS spielt.¹²⁰

- 59 Wenn ein Unternehmen, das Handlungsspielraum ausschließlich bezüglich der Lieferung zu den Kunden verfügt, eine KPS anwenden kann, dann kann das *a fortiori* auch ein Unternehmen, das keinen solchen Vorgaben unterliegt.¹²¹ Daher wurde der dogmatische Parallelauf von Lieferverweigerung und *margin squeeze* abgekoppelt. Die KPS stellt einen eigenständigen Tatbestand dar und wird unter Art. 102 S. 2 lit. a AEUV eingeordnet.¹²²
- 60 Das Ergebnis, zu dem der EuGH gekommen ist, ist dem zugrundeliegenden amerikanischen Konzept diametral entgegengesetzt. Es ist keineswegs übertrieben zu sagen, dass das US- und das EU-Kartellrecht zurzeit in keinem Punkt so sehr voneinander abweichen wie in der Behandlung des *margin squeeze*.¹²³ Die Einschätzung der KPS-Doktrin nach der *Linkline*-Entscheidung des US-Supreme Courts kontrastiert mit dem neu entwickelten europäischen Konzept.
- 61 In seiner *Trinko*-Entscheidung¹²⁴, die allerdings keine KPS zum Gegenstand hatte, wies der Supreme Court darauf hin, dass das Kartellrecht die Besonderheiten der jeweiligen sektorspezifischen Regelungen berücksichtigen müsse. Ein marktbeherrschendes Unternehmen sei nicht verpflichtet, seinen Wettbewerbern ein auskömmliches Wirtschaften zu ermöglichen, es sei denn, es bestehe ein Kontrahierungszwang.¹²⁵ Diese Begründung wurde auf den Fall *Linkline* übertragen: Da *Pacific Bell* keiner kartellrechtlichen Pflicht zur Lieferung auf dem vorgelagerten Markt unterlag, war sie auch nicht dazu verpflichtet, für die Konkurrenten vorteilhaften Bedingungen zu kontrahieren.¹²⁶

S. 89

- HFR 07/2014 S. 15 -

- 62 Wenn ein integriertes Unternehmen keiner kartellrechtlichen Lieferpflicht unterliegt, bleibt der Weg der Verweigerung des unentbehrlichen Inputs offen, um Konkurrenten auszuschließen. Deswegen braucht es nicht von der KPS Gebrauch zu machen.¹²⁷ Anders formuliert, scheint die Ahndung einer KPS unlogisch, wenn das Unternehmen das Input verweigern könnte. In diesem Falle bestünde nämlich die Gefahr einer Verzerrung der Kontrahierungs- bzw. Innovationsanreize.¹²⁸
- 63 Dies wirft die Frage nach der Abgrenzung von Kartell- und Regulierungsrecht auf, nämlich ob ein regulatorischer Kontrahierungszwang einer Anwendung des Kartellrechts zwingend entgegensteht. In den *TeliaSonera*- und *Telefonica*-Entscheidungen hat der EuGH nicht das Kriterium der Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbsausschaltung – wie im Falle einer Lieferverweigerung – angewendet.

¹²⁰ EuGH, Urteil v. 17.2.2011, C-52/09, *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige*, Rn. 59.

¹²¹ EuGH, Urteil v. 17.2.2011, C-52/09, *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige*, Rn. 47 ff.

¹²² Dies war nach der Ansicht des Gerichtshofes erforderlich, um eine ungebührliche Einschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 102 AEUV zu vermeiden, Rn. 58.

¹²³ Vgl. *Rudaz*, Caroline Cavaleri, Did Trinko really kill antitrust price squeeze claims?, *Vanderbilt J. of Transn. L.*, 43/2010, S. 1118; *Zöttl*, Johannes, Kein Verbot der Kosten-Preis-Schere im US-amerikanischen Kartellrecht, *Recht der Int. Wirtsch.*, 2009, S. 445.

¹²⁴ *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, Supreme Court 2004, 540 U.S. 124, 872.

¹²⁵ *Pacific Bell Telephone Co., dba AT&T California, et al. v. linkLine Communications, Inc., et al.*, Supreme Court 2009, 555 U.S. 438, 129, S. 1115.

¹²⁶ *Pacific Bell v. linkLine*, S. 1119.

¹²⁷ *Hovenkamp*, Erik/*Hovenkamp*, Herbert, The Viability of Antitrust Price Squeeze Claims, *Arizona Law Review*, 2009, Appendix B. 3; *Salop*, Steven, Refusals to Deal and Price Squeezes by an Unregulated, Vertically Integrated Monopolist, *Ant. L. J.*, 2010, S. 711 ff.; *Sidak*, Gregory, Abolishing the Price Squeeze As a Theory of Antitrust Liability, *J. of Comp. L. & E.*, 2008, S. 282.

¹²⁸ *O'Donoghue*, Robert/*Padilla*, Jorge, The Law and Economics of Article 82 EC, Oxford 2006, S. 326 f.; *Sidak*, Gregory, Abolishing the Price Squeeze As a Theory of Antitrust Liability, *J. of Comp. L. & E.*, 2008, S. 282.

Um die KPS zu bejahen, hat er es stattdessen für ausreichend gehalten, dass der Eintritt von Wettbewerbern in dem betroffenen Markt erschwert wird. In den noch problematischeren Fällen einer positiven Marge könne sogar die geringere Rentabilität der Wettbewerber ausreichend sein.

- 64 All das deutet darauf hin, dass der EuGH von der für eine Regulierungsbehörde charakteristischen Ansicht der Chancengleichheit beeinflusst wurde.¹²⁹ Auch ein *regulatory margin squeeze*¹³⁰ kann infolgedessen unter Art. 102 AEUV subsumiert werden, obwohl dies eine Konsequenz der Regulierung sein kann. Insofern wird einseitig Stellung zugunsten der Wettbewerber bei dem grundlegenden ökonomischen *trade-off* zwischen der Belegung des Wettbewerbs und der Setzung von Innovationsanreizen für das integrierte Unternehmen bezogen. Es muss darauf hingewiesen werden, dass die Forderung nach dem Eintritt von Wettbewerbern nicht mit einer Verbesserung des Wettbewerbs gleichzusetzen ist.¹³¹ Eine solche Ausweitung der Margenhaftung ist daher nicht zu begrüßen.
- 65 Allerdings kann diese Betrachtungsweise des EU-Kartellrechts durch viele Besonderheiten hinreichend begründet werden. Diese Besonderheiten sind auf die Normenhierarchie der europäischen Rechtsordnung, auf den Mangel an detaillierten sekundären sektorspezifischen Vorschriften und das administrative System der Wettbewerbskontrolle zurückzuführen.¹³² Das vermag die Verkennung der Ähnlichkeiten zwischen KPS und Lieferverweigerung nicht zu rechtfertigen, sondern lediglich zu erklären.

S. 90

- HFR 07/2014 S. 16 -

- 66 Aufgrund der spezifischen Merkmale des EU-Kartellrechts kann eine unzulässige Lieferverweigerung nicht dazu beitragen, die *margin-squeeze*-Strategien zu erfassen. Andererseits scheint der Ansatz der *Trinko*-Entscheidung absolutistisch, wenn ohne Rücksicht auf die jeweilige Regulierungsbehörde, die Effizienz des Rechtsmittels und eine gegensätzliche Vereinbarung der Parteien eine parallele Anwendung des Kartellrechts unter allen Umständen ausgeschlossen wird.¹³³ Problematisch sind schließlich das Erfordernis einer Lieferverweigerung im vorgelagerten Markt und das einer Kampfpreisunterbietung im nachgelagerten Markt im Rahmen einer zersplitterten Untersuchung. Diese erfassen nicht die Durchführung eines *margin squeeze* in Form von *raising-rivals-costs*-Strategien.
- 67 An dieser Stelle ist allerdings zu betonen, dass dem Rechtsanwender ein Korrektiv an die Hand gegeben werden kann. Wenn ein Kontrahierungszwang besteht, könnten Abhilfemaßnahmen mit bestimmten Kontrahierungskonditionen eine Prüfung der KPS-Voraussetzungen überflüssig machen.¹³⁴ Auf diese Weise würde die Praktikabilität des *margin squeeze* erschwert werden, auch wenn es sachgerechter erscheint dies durch Regulierungsmaßnahmen zu erreichen.
- 68 **IV. Verhältnis zur Kampfpreisunterbietung**

Ziel einer Kampfpreisunterbietung (Vernichtungspreise, *predatory pricing*) ist, die verbleibenden Wettbewerber auch unter Inkaufnahme von Verlusten bzw. Gewinneinbußen mit Niedrigpreisen aus dem Markt zu treiben, um danach ungehindert

¹²⁹ Hay, George/McMahon, Kathryn, The Diverging Approach to Price Squeezes in the United States and Europe, J. of Comp. L. & E. 8(2) 2012, S. 285.

¹³⁰ Wenn Groß- und Einzelhandelspreise reguliert werden, Bouckaert, Jan/Verboven, Frank, Price Squeezes in a Regulatory Environment, J. of Reg. E., 2004, S. 334 ff.

¹³¹ Vgl. Geradin, Damien/O'Donoghue, Robert, The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector, J. of Comp. L. & E., 2005, S. 398.

¹³² Geradin, Damien, Refusal to supply and margin squeeze: A discussion of why the "Telefonica exceptions" are wrong, 2010, S. 1545.

¹³³ Grimes, Warren, US Supreme Court Rejects Price Squeeze Claim: A High Point for Divergence Between US and European Law?, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 2009, S. 346.

¹³⁴ Petzold, Daniel, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, 2012, S. 180.

die Preise über das wettbewerbliche Niveau anheben zu können.¹³⁵ Der Nachweis eines nachträglichen Verlustausgleiches (*recoupment*), als Hauptunterscheidungsmerkmal zwischen wettbewerbswidrigen und wettbewerbsfördernden Verhalten – wie im US-Antitrustrecht¹³⁶ – ist nicht erforderlich, wird allerdings bei der Prüfung des Verdrängungsplans berücksichtigt.¹³⁷ Auf deutscher Ebene wird das Anbieten von Waren und gewerblichen Leistungen unter dem Einstandspreis von §§19 II Nr. 1, 20 III Nr. 2 GWB erfasst.¹³⁸

- 69 In der *AKZO*-Entscheidung hat der EuGH einen zweistufigen Test zur Beurteilung von Kampfpreisstrategien entworfen.¹³⁹ Danach sind erstens Preise unter den durchschnittlichen variablen Kosten (*AVC*) per se missbräuchlich. Zweitens sind Preise über den *AVC* aber unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (*ATC*)¹⁴⁰ missbräuchlich, wenn sie „im Rahmen eines Plans festgesetzt wurden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat“.¹⁴¹ Das Abstellen auf das Kosten-Preis-Verhältnis des marktbeherrschenden Unternehmens folgt dem Grundkonzept der *Areeda-Turner*-Formel¹⁴², die die amerikanische Behandlung des *predatory pricing* geprägt hat.

S. 91

- HFR 07/2014 S. 17 -

- 70 Dieser Test wurde aufgrund seiner statischen Annahme und wesentlichen Defizite (wie im Fall von Mehrproduktunternehmen) von der Kommission in ihrem Prioritätenpapier weiterentwickelt. Mit dem Ausgangspunkt des *as-efficient-competitor*-Tests stellt die modifizierte Sichtweise zunächst darauf ab, ob das marktbeherrschende Unternehmen Preise ober- oder unterhalb seiner produktspezifisch anfallenden, langfristig durchschnittlichen Zusatzkosten (*LRAIC*)¹⁴³ festlegt. In einem zweiten Schritt wird gefragt, ob diese Preise genügen, um dessen durchschnittliche vermeidbare Kosten (*AAC*)¹⁴⁴ zu decken.¹⁴⁵
- 71 Werden letztere nicht gedeckt, dann erleidet das Unternehmen einen vermeidbaren Verlust, der von der Kommission als „Opfer“ betrachtet wird (*Sacrifice-Test*). Die *LRAIC*-Kosten liegen in der Regel über den *AAC*, da sie im Gegensatz zu den *AAC* nicht auf den Missbrauchszeitraum begrenzt sind.¹⁴⁶ Der *LRAIC*-Standard tritt also an die Stelle der *ATC*-Kosten der *AKZO*-Formel und wird in das allgemeine Konzept der wettbewerbswidrigen Marktverschließung eingebettet.¹⁴⁷

¹³⁵ Vgl. *Areeda, Phillip/Turner, Donald, Predatory Pricing and Practices under Section 2 of the Sherman Act*, Harv. L. Rev 88/1975, S. 703 ff.; *Möschel/Fuchs* in: *Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim, EU-Wettbewerbsrecht*, 2012, Art. 102, Rn. 232 f.; *Lübbig, Thomas* in: *Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl/Riesenkampf, Alexander, Kartellrecht*, 2006, Art. 82, Rn. 172 ff.

¹³⁶ U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act, 2008, S. 53. S. u.a. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 2009, S. 209.

¹³⁷ EuGH, Urteil v. 14.11.1996, C-333/94, *Tetra Pak/Kommission*, Rn. 44.; EuGH, Urteil v. 2.4.2009, C-202/07, *France Telecom/Kommission*, Rn. 36, 113.

¹³⁸ *Emmerich, Volker, Kartellrecht*, 2012, S. 334; *Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 2000, Art. 82, § 20, Rn. 142.

¹³⁹ EuGH, Urteil v. 3.7.1991, C-62/86, *AKZO/Kommission*, Rn. 71-72.

¹⁴⁰ $ATC = AVC + FC$ (Fixkosten).

¹⁴¹ S. auch EuGH, Urteil v. 14.11.1996, C-333/94, *Tetra Pak/Kommission*, Rn. 41 f.; EuGH, v. 2.4.2009, C-202/07 *France Telecom/Kommission*, Rn. 36, 108 f.

¹⁴² *Areeda, Phillip/Turner, Donald, Predatory Pricing and Practices under Section 2 of the Sherman Act*, Harv. L. Rev 88/1975, S. 704 ff.

¹⁴³ „Bei langfristigen durchschnittlichen Grenzkosten (*LRAIC*) handelt es sich um das Mittel aller (variablen und fixen) Kosten, die einem Unternehmen bei der Herstellung eines bestimmten Produkts entstehen“. S.u. Prioritätenpapier.

¹⁴⁴ „Kosten, die ein Unternehmen hätte vermeiden können, wenn es darauf verzichtet hätte, eine abgesonderte Menge an (zusätzlichem) Output zu produzieren“, S. Prioritätenpapier.

¹⁴⁵ Kom., Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten, Rn. 64.

¹⁴⁶ Kom., Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten, Rn. 26.

¹⁴⁷ *Möschel / Fuchs* in: *Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim, EU-Wettbewerbsrecht*, 2012, Art. 102, Rn. 239 f.

- 72 Übertragt man diese Überlegungen auf die KPS-Problematik, ergeben sich verschiedene Behandlungsmöglichkeiten, je nachdem, ob die AKZO-Formel oder der von der Kommission vorgeschlagene Maßstab angewendet wird. In der ersten Variante ist keine Kostenunterschreitung indiziert¹⁴⁸; auch bei einer negativen Spanne zwischen Groß- und Einzelhandelspreis bzw. einer KPS-Anwendung nicht. Die Tatsache, dass nur die Kosten- und nicht die Gewinnopfer in dem Test einbezogen werden, hat zur Folge, dass die KPS eines eigenen Anwendungsbereichs bedarf.
- 73 Nach dem Kostenmaßstab der Kommission (*Sacrifice-Test*) werden hingegen auch die entgangenen Gewinne berücksichtigt, die auch bei mangelnden realen Kosten vorliegen können. Dieser Befund kann die Einwände der Literatur gegen eine Betrachtung des *margin squeeze* als Kampfpreisunterbietung teilweise überwinden. Es wird insbesondere behauptet, dass eine KPS im Gegensatz zu einer Kampfpreisunterbietung auch ohne Verlustaufnahme angewendet werden könne (*costless predation*). Das soll den Kernunterschied zur Kampfpreisunterbietung darstellen. Wäre dies der Fall, könnte eine Verdrängung der Konkurrenten durch eine solche kostendeckende Preissetzung nicht von Art. 102 AEUV bzw. §§19 II Nr. 1, 20 III 1, 2 GWB erfasst werden.
- 74 Eine solche ungenaue Betrachtungsweise verkennt jedoch die Rolle der Opportunitätskosten, die dadurch entstehen, dass Möglichkeiten zur maximalen Nutzung von Ressourcen nicht wahrgenommen wurden.¹⁴⁹ Der theoretische Ansatz für die Berücksichtigung der Opportunitätskosten im Zusammenhang mit der vertikalen Integration ist auf *Bork* zurückzuführen.¹⁵⁰

S. 92

- HFR 07/2014 S. 18 -

- 75 Hierzu muss man sich die Natur des *margin squeeze* vor Augen führen: Die nachgelagerten Wettbewerber, die aufgrund der Preissetzung des marktbeherrschenden Unternehmens aus dem Markt getrieben werden, sind gleichzeitig Nachfrager des integrierten Unternehmens. Das heißt, dass der Ausschluss der Konkurrenten einen entsprechenden Verlust an der Nachfrage nach dem Input zur Folge hat, wobei das vertikal integrierte Unternehmen beabsichtigt die Preise nach der Marktverschließung anzuheben. Hätte also das dominante Unternehmen höhere Gewinne erzielen können und hat es dabei Verluste in Kauf genommen, um ebenso effiziente Konkurrenten zu verdrängen, ist eine Kampfpreisunterbietung anzunehmen.
- 76 Eine Inkaufnahme von Verlusten ist folglich nicht nur bei Absenkung des Endverkaufspreises, sondern auch bei Erhöhung des Inputpreises möglich.¹⁵¹ Wird nämlich der Inputpreis erhöht und der Endverkaufspreis nicht oder nicht entsprechend angepasst, dann handelt es sich um eine nicht die *LRAIC*-Kosten deckende Preispolitik. So kann der interne Transferpreis im Sinne einer Begünstigung der nachgelagerten Geschäftseinheit als entgangener Gewinn betrachtet werden, wenn er dem optimal erzielbaren Inputpreis gegenübergestellt wird. Der Abzug des Transferpreises (Quersubventionierung) vom Inputpreis ist mit den Opportunitätskosten gleichzusetzen.¹⁵²
- 77 Gegen die Erfassung eines *margin squeeze* von der Kampfpreisunterbietung wird vor allem die angebliche Möglichkeit des integrierten Unternehmens vorgebracht,

¹⁴⁸ Vgl. *Lommler*, Hans, Das Verhältnis des kartellrechtlichen Verbots der Kosten-Preis-Schere zum Verbot der Kampfpreisunterbietung, WuW 2011, S. 248.

¹⁴⁹ Vgl. *Burnside*, Sebastian/*Colley*, Liam, Margin Squeeze Abuse, E. Comp. J., 2006, S. 187 f.; *King*, Stephen/*Maddock*, Rodney, Imputation Rules and a Vertical Price Squeeze, Austr. Busin. L. R., 2002, S. 54; *Petzold*, Daniel, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, 2012, S. 132.

¹⁵⁰ *Bork*, Robert, The Antitrust Paradox, 1993, S. 228.

¹⁵¹ *Burnside*, Sebastian/*Colley*, Liam, Margin Squeeze Abuse, E. Comp. J., 2006, S. 188.

¹⁵² Vgl. *Bravo*, Laura-Ferrari/*Siciliani*, Paolo, Exclusionary Pricing and Consumers Harm: The European Commission's Practice in the DSL Market, J. of Comp. L. & E., 2007, S. 251; *Faella*, Gianluca/*Pardolesi*, Roberto, Squeezing Price Squeeze under EC Antitrust Law, EU As. of L. and E. (EALE), Rome 2009, S. 257; *Geradin*, Damien/*O'Donoghue*, Robert, The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector, J. of Comp. L. & E., 2005, S. 369; *Hovenkamp*, Erik/*Hovenkamp*, Herbert, The Viability of Antitrust Price Squeeze Claims, Ariz. L. R., 2009, S. 291.

bei einer KPS-Durchführung seine entgangenen Gewinne im vorgelagerten Markt durch suprakompetitive Gewinne im nachgelagerten Markt simultan auszugleichen¹⁵³. Unter der Grundannahme, dass die Lieferung bzw. Leistung des nachgelagerten Teils und der Wettbewerber zu gleichen Kosten erfolgt,¹⁵⁴ kann dies widerlegt werden. Denn ein kartellrechtswidriger *margin squeeze* könnte als eine Überschreitung des entgangenen Gewinns im nachgelagerten Markt vom Gewinn im vorgelagerten Markt bezeichnet werden.¹⁵⁵ Wenn $EP = VK + EK + EG$ und $VP = VK + VG$ dann darf nach dem Verbot nicht $EG < VG$, da $EG = EP - VK - EK$ und $VG = VP - VK$, oder anders $EG < VP + EK$ bzw. $VG > EP - EK$.¹⁵⁶ Ein gleichzeitiges *recoupment* ist dann ausgeschlossen und eine mit entgangenen Gewinnen verbundene KPS liegt vor.

- 78 Angesichts der Merkmale einer KPS-Strategie und der entsprechenden Marktbedingungen ist jedoch eine solche Annahme¹⁵⁷ kaum realistisch. Aus der Verflechtung entlang der Lieferkette und der Unentbehrlichkeit des Inputs ergeben sich Kostendifferenzierungen zwischen den nachgeordneten Wettbewerbern, die vom *Sacrifice-Test* nicht hinzugerechnet werden können. Eine KPS ohne Inkaufnahme von Verlusten ist folglich möglich, denn die Preissetzung des integrierten Unternehmens kann kostendeckend sein und trotzdem ebenso effiziente Wettbewerber aus dem Markt verdrängen.¹⁵⁸

S. 93

- HFR 07/2014 S. 19 -

- 79 Die rechtliche Behandlung solcher KPS stellt eine Weggabelung für den Rechtsanwender dar: Einerseits kann man die von den Kostendifferenzierungen abgeleiteten Opportunitätskosten zurechnen, was tatsächlich konsequent zum Konzept der Opportunitätskosten ist.¹⁵⁹ Insbesondere werden mit der *Imputation* des Inputpreises in dem relevanten Test auch Verluste durch Transferpreise, die nicht kostendeckend sind, im Rahmen einer eher regulatorischen Ansicht erfasst. Dafür wird die *efficient-component-pricing*-Regel vorgeschlagen,¹⁶⁰ welche mit Fokus auf die nachgelagerte Stufe für den Wettbewerb einen effizienten Eintritt in den Markt fordert.¹⁶¹
- 80 Die Anwendung eines solchen Kostenmaßstabes kann erhebliche Effizienzverluste verursachen. Dadurch wird jeder Vorteil des integrierten Unternehmens zugunsten einer regulierungsspezifischen und kartellrechtsfremden Zielsetzung abgeschöpft. Darüber hinaus sind die Praxischwierigkeiten einer treffgenauen Preisermittlung des Transferpreises angesichts der Manipulationsmöglichkeit des integrierten Unternehmens zur Haftungsvermeidung nicht zu unterschätzen.¹⁶²

¹⁵³ Geradin, Damien/O'Donoghue, Robert, The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector, J. of Comp. L. & E., 2005, S. 369.

¹⁵⁴ Ebenso hohe Vorleistungskosten (VK).

¹⁵⁵ Lommler, Hans, Das Verhältnis des kartellrechtlichen Verbots der Kosten-Preis-Schere zum Verbot der Kampfpreisunterbietung, WuW 2011, S. 250.

¹⁵⁶ VP: Vorleistungspreis, EP: Endleistungspreis, VK: Vorleistungskosten, EK: Endleistungskosten, VG: Vorleistungsgewinn, EG: Endleistungsgewinn; Vgl. Lommler, Hans, Das Verhältnis des kartellrechtlichen Verbots der Kosten-Preis-Schere zum Verbot der Kampfpreisunterbietung, WuW 2011, S. 250.

¹⁵⁷ Wie bei *Imputation Tests* King, Stephen/Maddock, Rodney, Imputation Rules and a Vertical Price Squeeze, Austr. Busin. L. R., S. 57 f.

¹⁵⁸ Nach dem *as-efficient-competitor*-Test ($EP - VP \geq EK$) und nicht den modifizierten, der die zusätzlichen Kosten des integrierten Unternehmens berücksichtigt ($EP - VP \geq EK - ZK$).

¹⁵⁹ Diesem Weg folgt Petzold, Daniel, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, 2012, S. 138 ff.

¹⁶⁰ Economides, Nicholas / White, Lawrence, Access and interconnection pricing: how efficient is the "efficient component pricing rule"? The Antitrust Bulletin, 1995, S. 557 ff., Economides, Nicholas / White, Lawrence, The inefficiency of the ECPR yet again: a reply to Larson, The Antitrust Bulletin, 1998, S. 430 ff.

¹⁶¹ Vgl. Crocioni, Pietro/Veljanovski, Cento, Price Squeezes, Foreclosure and Comp. Law, J. of Net. Ind., 2003, S. 59; Geradin, Damien/Kerf, Michel, Controlling Market Power in Telecommunications, Oxf. 2003, S. 39 ff.

¹⁶² S. King, Stephen/Maddock, Rodney, Imputation Rules and a Vertical Price Squeeze, Aus. Bus. L. R., S. 74.

Die Kommission teilt diese Meinung, da sie nur vernünftige und praktikable gewinnbringende Alternativen berücksichtigt.¹⁶³

- 81 Es handelt sich um einen komplexen und schwerfälligen Prozess mit ständiger Überwachung der Kosten und Gewinne des marktbeherrschenden Unternehmens, welche keine kartellrechtliche Aufgabe sein sollte.¹⁶⁴ Es ist die Aussage des Supreme Courts im Verfahren *Trinko* in Erinnerung zu rufen: "*requires antitrust courts to act as central planners, identifying the proper price, quantity and other terms of dealing – a role for which they are ill suited*"¹⁶⁵.
- 82 Andererseits kann man davon ausgehen, dass die Kostendifferenzierungen vom KPS-Test einfach ausgeblendet werden.¹⁶⁶ Demnach muss eine von den Kostenvorteilen der vertikalen Integration abgeleitete KPS nicht geahndet werden. Ein solcher Ansatz ist viel unproblematischer aus einer kartellrechtlicheren Perspektive als der bereits oben erklärte. Auf der normativen Ebene wird dadurch zunächst ein Verstoß gegen das grundlegende Wettbewerbskonzept vermieden, da der Wettbewerb als Such- und Entdeckungsverfahren verstanden wird, dessen "*Ergebnisse unvoraussagbar und im ganzen verschieden von jenen sind, die irgendjemand hätte bewusst anstreben können*".¹⁶⁷
- 83 Weiterhin kann ein integriertes Unternehmen nicht dazu verpflichtet werden, so zu agieren, als ob seine Lieferungs-, Leistungs- oder Zugangsgewährungskosten ebenso hoch wie die der desintegrierten Unternehmen wären. Es kann auch ökonomisch nicht erstrebenswert sein, dass die Kostenvorteile einer vertikalen Integration nicht an die Verbraucher weitergegeben werden. Zur ökonomischen Bekräftigung kann die modifizierte Form des *as-efficient-competitor*-Tests herangezogen werden.

S. 94

- HFR 07/2014 S. 20 -

84 E. Fazit

Der Beitrag hat sich bemüht Antworten auf die dreifache Fragestellung zu liefern: Eine KPS-Durchführung setzt eine vertikale Integration, eine *super-dominance* im vorgelagerten Markt, einen unentbehrlichen Input und eine ausreichende Laufzeit voraus. Bei fehlender objektiver Rechtfertigung ist der *as-efficient-competitor*-Test, insbesondere in seiner modifizierten Form, als Maßstab heranzuziehen, um zu prüfen, ob eine solche Strategie missbräuchlich ist.

- 85 Die KPS-Konstellationen sind sehr komplex. Eine Betrachtung des Einzelfalls scheint demzufolge die einzige Möglichkeit zu sein, um die Vorteile der vertikalen Integration im Rahmen der Effizienzeinwände berücksichtigen zu können.¹⁶⁸ In aufstrebenden Märkten beispielsweise müssen die Wettbewerbsbehörden von einer weiten Fehlermarge ausgehen.¹⁶⁹ In Anbetracht dessen ist ein eigenständiger Tatbestand als redundant anzusehen. Die KPS kann vom Kampfpreisunterbietungsverbot und den dadurch entwickelten Kriterien erfasst werden. Die Deckung der nachgelagerten Kosten bietet den Unternehmen einen *Safe Harbor* an, wobei die Vermengung einer kartellrechtlichen *ex post*- mit einer regulierungsrechtlichen *ex ante*-Kontrolle vermieden wird.

Zitierempfehlung: Ilias Triantafyllakis, HFR 2014, S. 75 ff.

¹⁶³ Kommission, Mitteilung — Erläuterungen zu den Prioritäten, Rn. 65.

¹⁶⁴ *Geradin, Damien/Kerf, Michel, Controlling Market Power in Telecommunications*, Oxford 2003, S. 41.

¹⁶⁵ *Verizon v. Trinko*, S. 882.

¹⁶⁶ Dafür *Lommler, Hans, Das Verhältnis des kartellrechtlichen Verbots der Kosten-Preis-Schere zum Verbot der Kampfpreisunterbietung*, WuW 2011, S. 250, der allerdings zu einem anderen Ergebnis kommt.

¹⁶⁷ *Hayek, Friedrich, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, Kiel 1968., S. 250.

¹⁶⁸ *Lommler, Hans, Das Verhältnis des kartellrechtlichen Verbots der Kosten-Preis-Schere zum Verbot der Kampfpreisunterbietung*, WuW 2011, S. 252, der eine widerlegliche Vermutung fordert.

¹⁶⁹ *Burnside, Sebastian/Colley, Liam, Margin Squeeze Abuse*, E. Comp. J., 2006, S. 207.