

Juristische Fakultät
Prof. Dr. Florian Bien, Prof. Dr. Ralf Schenke,
Prof. Dr. Frank Schuster, Prof. Dr. Olaf Sosnitzer,
Prof. Dr. Christoph Teichmann

Würzburger Arbeiten zum Wirtschaftsrecht

Julius-Maximilians-

**UNIVERSITÄT
WÜRZBURG**

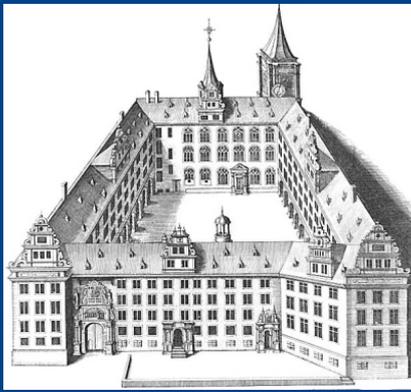


Band 2

Matthias Keller

**KampfpPreisstrategien –
Aktuelle Entwicklungen im Lichte
des More Economic Approach**

Von AKZO über Tetra Pak und Wanadoo
Interactive bis hin zur Prioritätenmitteilung



Würzburger Arbeiten zum Wirtschaftsrecht

Die Reihe stellt sehr gute Seminar-, Studien- und Magisterarbeiten der Fachöffentlichkeit vor. Den Arbeiten gemeinsam sind ihre Urheber, Studentinnen und Studenten der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg und ihr Gegenstand, das Wirtschaftsrecht. Dem Charakter des Wirtschaftsrechts als Querschnittsdisziplin entsprechend stehen gleichberechtigt nebeneinander die Perspektiven des Privatrechts, des Öffentlichen Rechts und des Strafrechts.

Die Würzburger Arbeiten zum Wirtschaftsrecht werden herausgegeben von
Prof. Dr. Florian Bien (Privatrecht),
Prof. Dr. Ralf Schenke (Öffentliches Recht),
Prof. Dr. Frank Schuster (Strafrecht),
Prof. Dr. Olaf Sosnitza (Privatrecht) und
Prof. Dr. Christoph Teichmann (Privatrecht).

© Prof. Dr. Florian Bien
(Geschäftsführender Herausgeber)
Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Juristische Fakultät
Domerschulstraße 16
97070 Würzburg
Tel.: +49 (0) 931 - 31-86096
Fax: +49 (0) 931 - 31-81484
<http://www.jura.uni-wuerzburg.de>
Alle Rechte vorbehalten.
Würzburg 2012.

Dieses Dokument wird bereitgestellt durch
den Publikationsservice der Universität
Würzburg.

Universitätsbibliothek Würzburg
Am Hubland
D-97074 Würzburg
Tel.: +49 (0) 931 - 31-85906
Fax: +49 (0) 931 - 31-85970
opus@bibliothek.uni-wuerzburg.de
<http://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de>
Titelblattgestaltung: Kristina Hanig

ISSN: 2193-5726

Zitation dieser Publikation:

Keller, Matthias (2012). Kampfpreisstrategien – Aktuelle Entwicklungen im Lichte des More Economic Approach. Würzburger Arbeiten zum Wirtschaftsrecht, Band 2. Würzburg: Universität Würzburg.
URN: urn:nbn:de:bvb:20-opus-70569

Kampfpreisstrategien



Aktuelle Entwicklungen im Lichte des More Economic Approach

Von AKZO über Tetra Pak und Wanadoo Interactive bis hin zur
Prioritätenmitteilung

von Matthias Keller

Dipl.-Kfm. Matthias Keller, LL.M. Eur. ist Doktorand und wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für globales Wirtschaftsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht bei Herrn Prof. Dr. Florian Bien, Maître en Droit (Aix-Marseille III) sowie Mitglied der Graduate School of Law, Economics and Society an der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

Vorwort

Hervorgegangen ist die vorliegende Arbeit zum einen aus einer Magisterarbeit mit dem Titel: „Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht nach Art. 82 EG [jetzt Art. 102 AEUV] und §§ 19, 20 GWB“, die im Rahmen des Aufbaustudiengangs „Europäisches Recht“ an der juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg entstanden ist und im Zeitraum vom 12. Oktober 2009 bis 12. April 2010 angefertigt wurde. Betreut und begutachtet wurde diese Arbeit von Herrn Professor Dr. Olaf Sosnitza, Ordinarius für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, dem ich für viele weiterführende Hinweise danke. Das zeitnahe Zweitgutachten erstellte Frau Professor Dr. Inge Scherer, Extraordinaria für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht. Zum anderen beruht die vorliegende Arbeit aber auch auf einer Studienleistung im Seminar „Das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) im Lichte des More Economic Approach – Aktuelle Entwicklungen im europäischen Kartellrecht“ während des Wintersemesters 2011/12. Ausgegeben wurde das Seminarthema „Kampfpreise in der jüngeren Entscheidungspraxis (Wanadoo Interactive) und nach der Prioritätenmitteilung (2009)“ von Herrn Professor Dr. Florian Bien, *Maitre en Droit* (Aix-Marseille III), Ordinarius für globales Wirtschaftsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht, zusammen mit Herrn Dr. Friedrich Wenzel Bulst, LL.M. (Yale), Juristischer Dienst der Europäischen Kommission, Brüssel. Für die umfassende Betreuung möchte ich Herrn Professor Bien ebenso danken wie für seine Unterstützung und Beratung bei der Überarbeitung bzw. Zusammenführung der beiden Ursprungstexte. Großen Einfluss auf die Fertigstellung der Arbeit hatten darüber hinaus die stets konstruktiven Anregungen und Diskussionen im Rahmen des Forschungsprojektes „Preisbezogene Behinderungsmissbräuche im ökonomisierten Unionskartellrecht“. Für die Möglichkeit zur Veröffentlichung in der neu eingerichteten Schriftenreihe „Würzburger Arbeiten zum Wirtschaftsrecht“ bin ich ebenfalls sehr dankbar.

Würzburg, im März 2012

Matthias Keller

Inhaltsverzeichnis

Kampfpreisstrategien – Aktuelle Entwicklungen im Lichte des More Economic Approach: Von AKZO über Tetra Pak und Wanadoo Interactive bis hin zur Prioritätenmitteilung.....	III
Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis.....	VI
A. Überblick.....	1
B. Kartellrechtliche Einordnung und Konzeption.....	3
I. Rechtliche Fundierung	3
II. Kampfpreismissbrauch als wettbewerbspolitisches Problem	3
III. Rahmenkonzept zur Bestimmung von Kampfpreisen	4
1. Allgemeine Ausgangslage	4
2. Aktuelle Entwicklungen im Lichte der der Prioritätenmitteilung	5
3. Fazit	7
C. Ökonomische Rationalität von Kampfpreisstrategien.....	7
I. Die Standard-Oil-Entscheidung von 1911	7
II. These der Irrationalität nach McGee.....	9
III. These der Rationalität.....	10
1. Preisbildungsstrategie zur Gewinnmaximierung.....	10
a. Preistheoretische Analyse.....	10
b. Experimentelle Ökonomik	11
c. Verhaltensökonomik	12
2. Preisbildungsstrategie zur Umsatzmaximierung.....	13
IV. Fazit.....	14
D. Erfassung und Bewertung von Kampfpreisstrategien.....	15
I. Einordnung der Kostenbegriffe.....	15
II. Areeda/Turner-Formel	17
1. Das Kriterium der Grenzkosten	17

2. Ersatzausrichtung.....	18
a. Erste Fallgruppe	18
b. Zweite Fallgruppe	19
c. Fazit	19
3. Subjektive Verdrängungsabsicht	19
a. Direkter Nachweis	20
b. Indirekter Nachweis	20
4. Kritik und wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe.....	21
III. Weiterentwicklung der Kostenkriterien.....	23
1. Durchschnittliche vermeidbare Kosten	23
2. Durchschnittliche inkrementelle Kosten.....	24
IV. Bewertung	26
E. Entwicklung in der Rechtsprechung.....	26
I. Entscheidung in der Sache AKZO	26
1. Fallgestaltung.....	26
2. Objektive Kostenermittlung.....	27
3. Subjektiver Nachweis der Verdrängungsabsicht	29
II. Entscheidung in der Sache Tetra Pak.....	31
1. Fallgestaltung.....	31
2. Objektive Kostenermittlung.....	32
3. Subjektiver Nachweis der Verdrängungsabsicht	33
III. Entscheidung in der Sache Wanadoo Interactive	35
1. Fallgestaltung.....	36
2. Objektive Kostenermittlung.....	36
3. Subjektiver Nachweis der Verdrängungsabsicht	39
IV. Fazit.....	41
F. Die Prioritätenmitteilung und ihre Auswirkung.....	42
G. Schlussbetrachtung.....	44
Literaturverzeichnis.....	i

A. Überblick

In einer Zeit, in der Unternehmenskonzentrationen und politisch geförderte “Nationale Champions”¹ einen immer größeren Stellenwert einnehmen, geraten marktbeherrschende Unternehmen verstärkt in das Blickfeld der Wettbewerbsbehörden. Dementsprechend gewinnt auch die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV beständig an Bedeutung.² Sie ist elementarer Bestandteil des europäischen Wettbewerbsrechts.

Um in der freien Marktwirtschaft dauerhaft bestehen zu können, ist es für Unternehmen notwendig, ihr Angebot an den Bedürfnissen der Kunden auszurichten.³ Das zentrale Steuerungselement ist dabei der Wettbewerbsparameter Preis. Demzufolge versuchen sie mit einem besonders günstigen Preis möglichst viele Kunden anzusprechen. Auf diese Weise soll gleichzeitig der eigene Gewinn maximiert werden. Unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten ist ein solches Preissetzungsverhalten immer dann zulässig, wenn die niedrigen Preise auf einem funktionierenden Leistungswettbewerb beruhen.⁴ Davon abzugrenzen sind jedoch wettbewerbsschädliche, missbräuchliche Verhaltensweisen, die ausschließlich der Verdrängung von Konkurrenten dienen.⁵ In dieser Hinsicht befasst sich die vorliegende Arbeit mit dem sogenannten Kampfpreismissbrauch marktbeherrschender Unternehmen.

Der Kampfpreismissbrauch an sich ist schon einige Jahrzehnte als Missbrauchsform anerkannt und wurde im Schrifttum bereits mehrfach kontrovers diskutiert.⁶ Auch die Kartellbehörden und Gerichte mussten sich in regelmäßigen Abständen mit diversen Kampfpreisstrate-

¹ Siehe etwa die Ministererlaubnis für die Fusion E.ON/Ruhrgas, den Ausbau der Deutschen Post AG zu einem weltweit führenden Logistikkonzern oder den immer wiederkehrenden Ruf nach einer Fusion zur Schaffung einer starken deutschen Bank. Zur Falldarstellung der Ministererlaubnis im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens E.ON/Ruhrgas siehe insbesondere die Beschlüsse des BKartA vom 17.01.2002 – E.ON/Gelsenberg, WuW/E DE-V 511 und vom 26.02.2002 – E.ON/Bergemann, WuW/E DE-V 533 sowie das vom Bundeswirtschaftsministerium in Auftrag gegebene Sondergutachten der Monopolkommission vom 21.05.2002, WuW/E DE-V 543.

² Siehe nur die Kommissionsentscheidung gegen das US-Unternehmen Microsoft Corp. Auf dem Markt für PC-Betriebssysteme verfügte Microsoft mit dem Produkt “Windows“ über ein Quasi-Monopol, weigerte sich allerdings diesbezüglich ausreichend Schnittstelleninformationen freizugeben. Ziel war es, dem eigenen Verbundprodukt “Windows Media Player“ Wettbewerbsvorteile zu verschaffen, um dadurch die beherrschende Stellung auch auf diesen Markt zu übertragen. Darüber hinaus wurde das Produkt als kostenlose Zusatzleistung innerhalb des Gesamtpakets angeboten; Kommission, Entscheidung vom 24.05.2004, Fall COMP/C-3/37.792 – Microsoft, ABl. vom 06.02.2007, Nr. L 32/23.

³ Ausführlich hierzu Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, Teil II, Kapitel 4, S. 23 ff.

⁴ Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 1; Pries, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 1 A.II, S. 11; Eilmansberger, in: Münchner Kommentar zum europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, Band 1, Art. 82 EG, Rn. 519.

⁵ Bei marktbeherrschenden Unternehmen besteht beispielsweise die Gefahr, dass diese sich kartellrechtswidriger Instrumentarien wie Kampfpreisen, Preis-Kosten-Scheren, Produktkopplungen, Preisdiskriminierungen oder Treuerabatten bedienen; siehe hierzu exemplarisch Möschel, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“, JZ 2009, 1040, 1041 ff.

⁶ Siehe die Nachweise bei Hovenkamp, Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice, Teil II, Kapitel 8, S. 340; Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 167.

gien beschäftigen.⁷ Seit gut 10 Jahren hat es sich die Kommission zur Aufgabe gemacht, eine umfangreiche Reformpolitik durchzuführen und diese voranzutreiben.⁸ Die Neugliederung der Missbrauchsaufsicht stellt – nach Überarbeitung von Fusionskontrolle und allgemeinem Kartellverbot – den planmäßig letzten Schritt dar.⁹ Ihren Niederschlag findet sie in den “Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei Anwendung von Artikel 82 [jetzt Art. 102 AEUV] des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen”¹⁰, die im Februar 2009 erschienen sind. Hier ist u. a. der Tatbestand des Kampfpreismissbrauchs gesondert erfasst.

Mit den Reformbemühungen in der Wettbewerbspolitik hat ferner der Begriff des “More Economic Approach” Einzug erhalten.¹¹ Er steht für einen Ansatz, der zum einen auf einer ökonomischeren Interpretation des geltenden Rechts beruht,¹² in dessen Rahmen eine bessere Erfassung von Wettbewerbsprozessen und etwaigen Gefahrenpotentialen fehlgehender Aktionsparameter gewährleistet werden soll. Zum anderen impliziert er aber auch eine stärkere Ausrichtung der Wettbewerbspolitik am Effizienzziel. Damit einhergehend entsteht allerdings ein Spannungsfeld zwischen formaljuristischer Einordnung und ökonomischer Einzelfallanalyse.¹³

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die vom EuGH entwickelten Rechtsgrundsätze im Bereich des Kampfpreismissbrauchs darzustellen und zu bewerten. Dabei gilt es vor allem die ökonomischen Aspekte des “More Economic Approach” herauszustellen, auf systematische Grenzen einzugehen und etwaige Umsetzungsprobleme zu diskutieren. So soll insbesondere den Fragen nachgegangen werden, inwieweit sich potentielle Kampfpreisstrategien von gewünschten Preissenkungen im Rahmen des zulässigen Leistungswettbewerbs plausibel ab-

⁷ Siehe dazu *Standard Oil Company of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911); EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – *AKZO/Kommission*, Slg. 1991, I-3359; EuGH vom 02.04.2009, Rs. C-202/07 P – *France Télécom/Kommission*, Slg. 2009, I-2369.

⁸ DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses (im Folgenden als „Diskussionspapier“ bezeichnet); siehe dazu auch das zuvor in Auftrag gegebene Gutachten der „European Advisory Group on Competition Policy (EAGCP)“, Report by the EAGCP: „An Economic Approach to Article 82“ („EAGCP-Bericht“); siehe auch Mäger, *Europäisches Kartellrecht*, Kapitel 1, S. 75, Rn. 128.

⁹ Schmidt/Voigt, *Der „more economic approach“ in der Missbrauchsaufsicht*, WuW 2006, 1097, 1097 f.; Möschel, *Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“*, JZ 2009, 1040, 1040 f.

¹⁰ Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, S. 7-20.

¹¹ So u. a. Möschel, *Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“*, JZ 2009, 1040, 1040 f.; Schmidt/Voigt, *Der „more economic approach“ in der Missbrauchsaufsicht*, WuW 2006, 1097, 1097 f.; Albers, „More economic approach“ bei der Anwendung von Artikel 82 EGV, WuW 2006, 3, 3.

¹² Kennzeichnend hierfür ist vor allem die verstärkte Berücksichtigung gesicherter ökonomischer Erkenntnisse und Modelle bei der Entscheidungsfindung.

¹³ Möschel, *Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“*, JZ 2009, 1040, 1040 f.; Schmidt/Voigt, *Der „more economic approach“ in der Missbrauchsaufsicht*, WuW 2006, 1097, 1098 f.

grenzen lassen und welche Kriterien zu einer entsprechenden Unterscheidung heranzuziehen sind. Neben den ökonomischen Auslegungen sind dabei stets auch die rechtlichen Ansprüche an Rechtssicherheit und Nachweisbarkeit ins Kalkül miteinzubeziehen.

B. Kartellrechtliche Einordnung und Konzeption

Im Hinblick auf die Einordnung und Bewertung missbräuchlich angesetzter Kampfpreise ist es zunächst erforderlich, die allgemeinen Rahmenbedingungen darzustellen. Unterschieden wird dabei zwischen den kartellrechtlichen Grundlagen und der konzeptionellen Ausgestaltung. Ausgehend von der rechtlichen Einordnung soll im Folgenden auf die wettbewerbspolitische Relevanz sowie auf die grundlegende Methodik zur Missbrauchsbestimmung eingegangen werden.

I. Rechtliche Fundierung

Seinen rechtlichen Niederschlag findet der Kampfpreismissbrauch in Art. 102 AEUV. Dieser Artikel stellt die einzige Primärvorschrift dar, nach der auf europäischer Ebene ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung erfasst werden kann. Als Zentralaspekt wird in Art. 102 S. 1 AEUV aufgeführt, dass *“die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen [verboten ist], soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen”*.¹⁴ Eine allgemeingültige Definition dieser Verhaltensweise findet sich jedoch nicht.¹⁵ Es ist aber gemeinhin anerkannt, dass die Fallgruppe des Kampfpreismissbrauchs unter dem Generaltatbestand des Art. 102 S. 1 AEUV subsumiert wird. Eine konkrete Einordnung unter die Regelbeispiele des Art. 102 S. 2 AEUV ist daher entbehrlich.

II. Kampfpreismissbrauch als wettbewerbspolitisches Problem

Aus kartellrechtlicher Sicht beschreibt der Tatbestand des Kampfpreismissbrauchs grundsätzlich eine systematische Behinderungsstrategie. Ein marktbeherrschendes Unternehmen versucht seine Mitwettbewerber gezielt zu disziplinieren bzw. vom Markt zu verdrängen, indem es seine Produkte zu einem besonders niedrigen Preisniveau, das meistens sogar unterhalb der

¹⁴ Ondrejka, Deutsches und europäisches Kartellrecht unter Berücksichtigung des "more economic approach", Kapitel VI.A.3, S. 32 f.; eingehend dazu auch Schulz, Wettbewerbspolitik, Kapitel VII.1, S. 161.

¹⁵ Ondrejka, Deutsches und europäisches Kartellrecht unter Berücksichtigung des "more economic approach", Kapitel VI.A.3, S. 32 f.

eigenen Produktionskosten¹⁶ liegt, anbietet.¹⁷ Diesem Preiskampf können Konkurrenzunternehmen im Allgemeinen nur eine sehr begrenzte Zeit standhalten. Entsprechend bleibt das marktbeherrschende Unternehmen allein am Markt zurück. Dadurch ist es keinem Wettbewerb mehr ausgesetzt und kann die Preise von nun an so gestalten, dass nicht nur die während des Verdrängungskampfes entstandenen Verluste kompensiert, sondern auch Gewinne generiert werden (*“Recouperment“*).¹⁸ Darüber hinaus sind Kampfpreise auch dazu geeignet, um potentielle Wettbewerber von einem möglichen Markteintritt abzuschrecken. So kann beispielsweise signalisiert werden, dass die Nachfrage im Markt sehr schwach ist und daher keine nennenswerten Ertragsaussichten vorhanden sind.¹⁹

III. Rahmenkonzept zur Bestimmung von Kampfpreisen

Um einen unverfälschten Wettbewerb sowie die Chancengleichheit von Konkurrenten gewährleisten zu können, hat die Kommission einen einheitlichen Bewertungsrahmen zugrunde gelegt, der sämtliche Formen des Kampfpreismissbrauchs erfasst und ordnungsgemäß identifiziert. Dieser einheitliche Bewertungsrahmen soll nun in seinen Grundzügen dargestellt werden. Ausgehend vom ursprünglichen Ansatz wird dabei vor allem auch auf die von der Kommission durchgeführten Änderungen bezüglich des *“More Economic Approach“* eingegangen.

1. Allgemeine Ausgangslage

In der Vergangenheit wurde als Leitbild der Missbrauchsaufsicht insbesondere der Schutz von Wettbewerbsstrukturen aufgeführt. Hauptziel war dabei die Gewährleistung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs.²⁰ Dieses sollte prinzipiell die Interessen der potentiellen Verbraucher schützen, nicht aber – zumindest im Regelfall – die Interessen der einzelnen Wettbewerber.²¹ Effizienzüberlegungen spielten in diesem Zusammenhang lediglich eine untergeordnete Rolle. Entsprechend erfuhren auch mögliche Rechtfertigungsgründe sowohl in der

¹⁶ Zu den Kostenmaßstäben ausführlich unten Kapitel D.I., S. 15 ff.

¹⁷ Gruber, *Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht*, MR-Int 2006, 167, 167; Wurmnest, *Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch*, 5. Teil § 13 A.I, S. 389 f.

¹⁸ Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice*, Teil II, Kapitel 8, S. 339 ff.; Gruber, *Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht*, MR-Int 2006, 167, 167; Ondrejka, *Deutsches und europäisches Kartellrecht unter Berücksichtigung des "more economic approach"*, Kapitel VI.B.2.b, S. 32 f.; Pries, *Kampfpreismisbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht*, Kapitel 1 A.II, S. 10.

¹⁹ Riordan, *Imperfect Information and Dynamic Conjectural Variations*, RJE 1985, 41, 41 ff.; Fudenberg/Tirole, A *„Signal-Jamming“ Theory of Predation*, RJE 1986, 366, 366 ff.

²⁰ Rittner, *Der – unverfälschte – Wettbewerb: Grundlage und Ziel der EG*, WuW 2007, 967, 967; siehe dazu auch Bloch/Kamann/Brown/Schmidt, *A Comparative Analysis of Art. 82 of the EC Treaty and Sec. 2 of the Sherman Act*, ZWeR 2005, 325, 329.

²¹ EuGH vom 11.04.2002, Rs. C-481/01 – NDC Health/IMS Health/Kommission, Slg. 2002, I-3401, Tz. 80 ff.

Rechtsprechung als auch im Schrifttum nur wenig Beachtung.²² Sofern Verteidigungsmittel allerdings anerkannt wurden, geschah dies immanently als Teil des Missbrauchstatbestandes.²³ Etwaige Notstandsfälle oder objektive Notwendigkeiten wurden im Grundsatz zwar vereinzelt gebilligt,²⁴ sie durften aber keinesfalls eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung sowie deren Missbrauch bezwecken.

2. Aktuelle Entwicklungen im Lichte der der Prioritätenmitteilung

In ihren bisherigen Ausführungen zum Ansatz des „More Economic Approach“ hat die Kommission bereits mehrfach deutlich gemacht, welche Prinzipien sie bei einer anstehenden Beurteilung zukünftig anwenden möchte. Speziell zeichnet sich dabei ein Übergang hin zu Effizienzerwägungen ab. Während die Wettbewerbsfreiheit als solche zunehmend an Relevanz verliert, gewinnen die Argumente der Ressourcenallokation und der Konsumentenwohl- fahrt beständig an Bedeutung. Im Fokus des Interesses steht dabei aber weiterhin der *Schutz des Wettbewerbs*.²⁵ Demnach sollen Verhaltensweisen verhindert werden, die den Wettbewerb schwächen und somit letzten Endes auch dem Verbraucher schaden.²⁶

Zur Bestimmung missbräuchlicher Verhaltensweisen beschreibt die Kommission einen hypothetischen Referenzpunkt in Form eines sogenannten „*equally efficient competitors*“.²⁷ Danach liegt ein Missbrauch immer dann vor, wenn ein ebenso effizienter Wettbewerber, aufgrund des praktizierten Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen, aus dem Markt verdrängt bzw. von einem möglichen Markteintritt abgehalten werden kann. Hierbei wird unterstellt, dass der „*equally efficient competitor*“ über dieselben Kostenstrukturen verfügt wie das marktbeherrschende Unternehmen. Infolgedessen werden bei preisgebundenen Verhaltensweisen vor allem diejenigen Fälle erfasst, in denen Unternehmen ihre Preise auf einem Niveau ansetzen, das *unterhalb* der eigenen Kosten liegt.²⁸ Der korrekten Ermittlung zugrunde liegender Produktionskosten kommt daher große Bedeutung zu. Vor diesem Hintergrund hielt die Kommission an den zuvor ermittelten Bezugsgrößen²⁹ fest, mit deren Hilfe sich die Be-

²² Siehe etwa Lübbig, in: Loewenheim/Meesseen/Riesenkampff, Kartellrecht, Art. 82 EGV, Rn. 221 f.

²³ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 134 und 156.

²⁴ Siehe dazu EuG vom 01.04.1993, Rs. T-65/89 – BPB Industries and British Gypsum/Kommission, Slg. 1993, II-389, Tz. 69.

²⁵ Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 19; Diskussionspapier, Tz. 54.

²⁶ Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 19; Diskussionspapier, Tz. 56.

²⁷ Eingehend hierzu Schmidt/Voigt, Der „more economic approach“ in der Missbrauchsaufsicht, WuW 2006, 1097, 1099 f.; Albers, „More economic approach“ bei der Anwendung von Artikel 82 EGV, WuW 2006, 3, 3; Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 23; Diskussionspapier, Tz. 63.

²⁸ Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 25; Diskussionspapier, Tz. 63.

²⁹ Siehe etwa EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 7, 71 f.

stimmung des “equally efficient competitor” durchführen lässt.³⁰ Konkret nennt sie die *Grenzkosten*, die *durchschnittlichen vermeidbaren Kosten*, die *durchschnittlichen variablen Kosten*, die *langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten* sowie die *durchschnittlichen Gesamtkosten*.³¹

In den weitergehenden Darstellungen werden mögliche *Rechtfertigungsgründe* stärker gewichtet. Sie sollen nach Auffassung der Kommission dadurch in Zukunft vermehrt an Relevanz gewinnen. In Betracht kommt diesbezüglich neben dem Einwand der objektiven Notwendigkeit³² und dem Argument, dass ein bestimmtes Verhalten lediglich eine Anpassung an Konkurrenzverhalten³³ bedeute, insbesondere auch der sogenannte Effizienzeinwand³⁴. Demnach soll ein an sich missbräuchliches Verhalten immer dann gerechtfertigt sein, wenn es bei gesamtheitlicher Betrachtung dem Wettbewerb mehr Vorteile als Nachteile bringt. Dazu müssen allerdings *vier Kriterien* kumulativ erfüllt sein.³⁵ So ist in einem ersten Schritt mit hinreichender Sicherheit nachzuweisen, dass sich im Rahmen des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen Effizienzgewinne einstellen werden. Anschließend fordert eine zweite Voraussetzung die Unerlässlichkeit dieser Maßnahme, d. h. es dürfen keine milderen Mittel existieren, die zur Generierung derselben Effizienzen führen. Drittens müssen die Effizienzsteigerungen zu wesentlichen Teilen den Verbrauchern zugutekommen und viertens und letztens darf der Wettbewerb nicht komplett ausgeschaltet werden. Es muss also ein gewisser Restwettbewerb in nicht unerheblichem Umfang weiterhin bestehen bleiben.

Im Ergebnis orientiert sich die Kommission in besonders starkem Maße am dritten Kriterium. Dementsprechend soll ein Verhalten, das für sich genommen einen missbräuchlichen Charakter aufweist, nur dann erlaubt sein, wenn es zur Steigerung der Konsumentenwohlfahrt und der Ressourcenallokation beiträgt.³⁶ Außerdem müssen sich Effizienzen zeitnah positiv auswirken und dürfen nicht etwa von den negativen Folgen für den Wettbewerb in langfristiger Sicht überkompensiert werden.³⁷ Die Beweislast für das Vorliegen eines rechtfertigenden Umstandes obliegt jeweils dem betreffenden Unternehmen.³⁸

³⁰ Schmidt/Voigt, Der „more economic approach“ in der Missbrauchsaufsicht, WuW 2006, 1097, 1099 f.; Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 26 inklusive Fn. 18; Diskussionspapier, Tz. 63.

³¹ Siehe dazu ausführlich Kapitel D.I., S. 15 ff.

³² Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 28; Diskussionspapier, Tz. 80.

³³ Siehe dazu in ausführlicher Form Diskussionspapier, Tz. 81 ff.

³⁴ Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 28; Diskussionspapier, Tz. 84 ff.; Schmidt/Voigt, Der „more economic approach“ in der Missbrauchsaufsicht, WuW 2006, 1097, 1103 ff.; siehe dazu auch Art. 101 III AEUV.

³⁵ Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 30; Diskussionspapier, Tz. 84.

³⁶ Eingehend hierzu vor allem Diskussionspapier, Tz. 88.

³⁷ Diskussionspapier, Tz. 89.

³⁸ Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 31; Diskussionspapier, Tz. 77.

3. Fazit

Wie angedeutet versucht die Kommission die Auslegungsgrundsätze der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht dahingehend zu reformieren, dass Freiheitsaspekte der Wettbewerbsstrukturen zusehends in den Hintergrund gedrängt werden und stattdessen mehr und mehr durch Effizienzabwägungen ersetzt werden. Zu begrüßen ist dies immer dann, wenn die Kommission diese Kenntnisse als Ergänzung zu den bewährten Methoden ansieht, etwa durch die Berücksichtigung ökonomischer Strukturen in verschiedenen Ansätzen, oder auch im Rahmen einer kritischen Überprüfung der eigenen Anwendungspraxis. Bedenklich wird es allerdings, wenn sie verallgemeinert werden und als alleiniges Kriterium dazu dienen sollen, an sich missbräuchliche Gegebenheiten zu rechtfertigen. Dies stößt auch in der Literatur auf erhebliche Kritik.³⁹ Insbesondere aus diesem Grund hat sich eine Rechtfertigung von missbräuchlichem Verhalten durch den Effizienzeinwand – im Gegensatz zu anderen möglichen Verteidigungsmitteln – bisher auch nicht durchsetzen können.

C. Ökonomische Rationalität von Kampfpreisstrategien

Insbesondere seit der Standard-Oil-Entscheidung aus dem Jahre 1911 sind Kampfpreisstrategien als kartellrechtlich relevantes Phänomen bekannt. Dementsprechend waren sie auch immer wieder Gegenstand kontroverser Diskussionen.⁴⁰ Auch wenn die grundsätzliche Theorie dabei auf einem einleuchtenden Zusammenhang basiert, ist ihre Rationalität für die Praxis ausgesprochen schwierig nachzuweisen. So wird selbst heute noch ab und an die Frage aufgeworfen, ob Verdrängungswettbewerb in der beschriebenen Form tatsächlich funktioniert oder nicht.⁴¹

I. Die Standard-Oil-Entscheidung von 1911

Die Diskussion um die Rationalität von Kampfpreisstrategien fand ihren Ursprung vor allem im Fall der *Standard Oil Company*⁴² des John D. Rockefeller aus dem Jahre 1911, in dem der US-amerikanische Supreme Court konkret über die Niedrigpreispolitik einer Unternehmensvereinigung zu urteilen hatte.⁴³ Dabei stand im Raum, diese habe Ende des 19. Jahrhunderts ihre Mitbewerber durch den Ansatz von Verlustpreisen gezielt aus dem Markt gedrängt.

³⁹ Siehe etwa die ausführliche Darstellung der Problematik bei Schmidt/Voigt, Der „more economic approach“ in der Missbrauchsaufsicht, WuW 2006, 1097, 1103 ff.

⁴⁰ Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 167; Hovenkamp, Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice, Teil II, Kapitel 8, S. 340.

⁴¹ Hovenkamp, Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice, Teil II, Kapitel 8, S. 340.

⁴² Standard Oil Company of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

⁴³ So etwa Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 167; Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 5. Teil § 13 A.I, S. 390.

Die Standard Oil Company war bis dato das größte Erdöl-Raffinerie-Unternehmen der Welt. Schwerpunkte wurden zunächst auf die Verarbeitung und den globalen Export von Ölprodukten gelegt, später dann auch auf die Ölförderung an sich. Ihre Geschäftsstrategie war dabei stets ausgerichtet auf die Erweiterung der Marktmacht.⁴⁴

Seine überragende Marktposition konnte Rockefeller erreichen, indem er einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmen aus dem Erdölsektor propagierte und aktiv förderte. Nach außen trat die Allianz unter der *South Improvement Company* auf, einem übernommenen Unternehmen, bei der die Standard Oil Company Hauptanteilseigner war.⁴⁵ Auf diese Weise konnten u. a. Treuerabatte der Eisenbahnen für Verbundunternehmen ausgehandelt und gleichzeitig Preiserhöhungen für die Konkurrenz durchgesetzt werden. Im Jahre 1882 wurden die ca. 40 beteiligten Unternehmen im sogenannten *Standard Oil Trust* vereinigt.

Im Ergebnis gelang es dem Trust, ein *komplexes Spionage- und Meldesystem* zu installieren, anhand dessen er ziemlich exakt die Kosten für Herstellung und Transport der Konkurrenzprodukte ermitteln konnte.⁴⁶ Die diesbezüglich gewonnenen Erkenntnisse machte sich Standard Oil umgehend zunutze, um in sämtlichen Verkaufsregionen Preise anzusetzen, die jeweils knapp *unterhalb* der entsprechenden Konkurrenzpreise lagen. Die angesetzten Preise wurden darüber hinaus ständig überprüft und gegebenenfalls den örtlichen Wettbewerbsverhältnissen neu angepasst. Daraus ließ sich eine Gesamtstrategie ableiten, die insbesondere darauf ausgerichtet war, etwaige Wettbewerber – durch unangemessen niedrige Preise – aus dem Markt für Erdölprodukte zu drängen. Eine zusätzliche Begünstigung erfuhr diese Strategie durch den Umstand, dass Standard Oil im Rahmen von Direktlieferungen an Endverbraucher die Märkte auch gebietsmäßig aufspalten konnte.⁴⁷

Aus dem vom Standard Oil Trust praktizierten Ansatz lokaler Verlustpreise, der sich ausschließlich an der Widerstandskraft einzelner Wettbewerber orientierte, schlussfolgerte der Supreme Court eine eindeutige *Verdrängungsabsicht*.⁴⁸ Diese begründete er im Wesentlichen damit, dass die eingesetzten Methoden dem Prinzip des Leistungswettbewerbs entgegenstünden. 1911 endete das fünf Jahre zuvor von der Regierung unter Theodore Roosevelt eingelei-

⁴⁴ Siehe *Standard Oil Company of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 70 ff.; so auch Mestmäcker, *Der verwaltete Wettbewerb*, 2. Teil § 9 III.3, S. 198 ff.

⁴⁵ *Standard Oil Company of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 70 ff.; eingehend dazu Tarbell, *The History of the Standard Oil Company*, Kapitel 2, S. 22 ff.

⁴⁶ Zusammenfassend Mestmäcker, *Der verwaltete Wettbewerb*, 2. Teil § 9 III.3, S. 198 ff.; siehe auch Wurmnest, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*, 5. Teil § 13 A.I, S. 390.

⁴⁷ *Standard Oil Company of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 76 f.; dazu auch Wurmnest, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*, 5. Teil § 13 A.I, S. 390; Mestmäcker, *Der verwaltete Wettbewerb*, 2. Teil § 9 III.3, S. 198 ff.

⁴⁸ *Standard Oil Company of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 76; Wurmnest, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*, 5. Teil § 13 A.I, S. 390.

tete Verfahren daher mit der *Zerschlagung des Konzerns* aufgrund eines Verstoßes gegen den Sherman Antitrust Act.⁴⁹

II. These der Irrationalität nach McGee

Die Anhänger der Irrationalitätsthese stützen sich im Wesentlichen auf die Aussagen von *John McGee*⁵⁰, der bereits 1958 einige Gründe herausgestellt hatte, die gegen eine niedrigpreisorientierte Behinderungsstrategie sprechen.⁵¹ In seiner Argumentation bezieht er sich vor allem darauf, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen in einem derartigen Preiskampf prinzipiell mehr Schaden nimmt als das potentielle Verdrängungsoffer.⁵² Aufgrund seines höheren Marktanteils würde es durch den selbst gewählten Preis *unterhalb der Stückkosten* zwangsläufig einen größeren Verlust erleiden als ein entsprechend kleinerer Konkurrent.⁵³ Daher sei von vornherein absehbar, dass ein dominantes Unternehmen die niedrigen Preise nicht lange aufrechterhalten kann. Das potentielle Verdrängungsoffer werde sich demnach nicht durch niedrige Preise abschrecken lassen, es werde viel eher angemessen darauf reagieren, beispielsweise durch befristete Betriebsstilllegungen oder mit Hilfe von Kapitalgebern.⁵⁴

Weiterhin, so die Argumentation von *McGee*, ist es für ein marktbeherrschendes Unternehmen ohnehin wesentlich günstiger, einen Konkurrenten direkt aufzukaufen, als sich auf einen mitunter sehr langen und kräftezehrenden Preiskampf einzulassen.⁵⁵ Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn die sich einstellenden Verluste den Marktwert des Konkurrenzunternehmens übersteigen.

Folgt man der Argumentationskette um die *McGee*-Position, so gelangt man zu dem Ergebnis, dass eine Behinderung durch Kampfpreise wettbewerbsrechtlich schlichtweg nicht relevant ist. Sie lässt sich lediglich politisch gut verkaufen und stellt darüber hinaus eine verlässliche Geldquelle für Rechtsanwälte dar.⁵⁶

⁴⁹ *Standard Oil Company of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 78 ff.; Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 5. Teil § 13 A.I., S. 390; Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, 2. Teil § 9 III.3, S. 198 ff.; zur Zerschlagung siehe insbesondere auch Brökelmann, Die Spur des Öls, S. 62 ff.

⁵⁰ *McGee, Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case*, JLE 1958, 137, 137 ff.

⁵¹ *McGee, Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case*, JLE 1958, 137, 138 ff.; Di Lorenzo, The Myth of Predatory Pricing, No. 169; Bork, The Antitrust Paradox, Teil I.7, S. 144.

⁵² *McGee, Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case*, JLE 1958, 137, 138 ff.

⁵³ Siehe *McGee, Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case*, JLE 1958, 137, 140; zusammenfassend Schulz, Wettbewerbspolitik, Kapitel VII.4., S. 167 f.

⁵⁴ Siehe dazu *McGee, Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case*, JLE 1958, 137, 138 ff., der in diesem Zusammenhang konkret von einem späteren Wiedereintritt in den Markt ausgeht. Sympathie bekundet auch Schulz, Wettbewerbspolitik, Kapitel VII.4., S. 168.

⁵⁵ *McGee, Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case*, JLE 1958, 137, 138 ff.; *McGees* Argumentation beruht dabei jedoch auf Modellannahmen, die sehr realitätsfern wirken. So lässt er beispielsweise die Vorschriften über die *Fusionskontrolle*, welche einem externen Wachstum marktbeherrschender Unternehmen enge Grenzen setzen, völlig außen vor.

⁵⁶ So etwa Di Lorenzo, The Myth of Predatory Pricing, No. 169; Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kar-

III. These der Rationalität

Die Ansichten *McGees* haben jedoch, vor allem seit den 1980er Jahren, beständig an Bedeutung verloren und spielen heutzutage nur noch eine untergeordnete Rolle. Zurückzuführen ist dies im Allgemeinen auf die Weiterentwicklung der Spieltheorie⁵⁷ im Bereich der theoretischen Industrieökonomik. Dabei nimmt der Aspekt der *unvollkommenen Information* zwischen verschiedenen Unternehmen einen immer größeren Stellenwert ein.⁵⁸ Im Vergleich dazu ging McGee in seiner Argumentation – wie in der damaligen Epoche üblich – strikt von der Annahme aus, dass vollkommene Information vorliegt. Genau darin besteht der entscheidende Unterschied.

1. Preisbildungsstrategie zur Gewinnmaximierung

Marktbeherrschende Unternehmen verfolgen in aller Regel das Ziel der Gewinnmaximierung.⁵⁹ Um dieses Ziel allgemeingültig abbilden zu können, stützt sich die nachfolgende Analyse vor allem auf den umfangreichen Stand der spieltheoretischen Erkenntnisse. Eine wichtige Rolle spielen darüber hinaus die aktuellen Erkenntnisse sowohl in der experimentellen Ökonomik als auch in der modernen Verhaltensökonomik.

a. Preistheoretische Analyse

Bezieht man in die preistheoretische Analyse den Gesichtspunkt der unvollkommenen Information mit ein, ergeben sich völlig neue Handlungsalternativen. So kann ein dominantes Unternehmen beispielsweise signalisieren, dass es über erhebliche Kostenvorteile verfügt, indem es den Preis für ein bestimmtes Produkt sehr niedrig ansetzt, obwohl diese im Grunde überhaupt nicht bestehen.⁶⁰ Dabei nutzt es den Umstand aus, dass ein Konkurrent nicht mehr eindeutig erkennen kann, ob er sich in einem Leistungs- oder Verdrängungswettbewerb befindet.⁶¹ Letztendlich wird er in der Regel den Markt verlassen, wenn sich die Möglichkeit des Leistungswettbewerbs nicht mit hinreichender Sicherheit ausschließen lässt. Vor diesem Hintergrund ist das Verfolgen einer Behinderungsstrategie durchaus als rational einzustufen.

Daneben kann mit dem Ansetzen eines niedrigen Preisniveaus ebenso gut der Versuch un-

tellrecht, MR-Int 2006, 167, 167.

⁵⁷ Zur Spieltheorie siehe ausführlich Varian, Grundzüge der Mikroökonomik, Kapitel 28, S. 579 ff. sowie Kapitel 29, S. 597 ff.

⁵⁸ Siehe etwa Milgrom/Roberts, Predation, Reputation and Entry Deterrence, JET 1982, 280, 280 ff.; ausführlich Schulz, Wettbewerbspolitik, Kapitel VII.4., S. 168.

⁵⁹ Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 5. Teil § 13 A.II.3.a.1, S. 395 ff.; Pries, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 2 B.I, S. 25 ff.

⁶⁰ Roberts, A Signaling Model of Predatory Pricing, OEP 1986, 75, 75 ff.

⁶¹ Eingehend hierzu mit Beispiel Schulz, Wettbewerbspolitik, Kapitel VII.4., S. 168 f.

ternommen werden, eine Außendarstellung zu erzeugen, die darauf hindeutet, dass die Nachfrage im Markt sehr schwach ist und somit keine nennenswerten Ertragsaussichten vorhanden sind.⁶² Diese Vorgehensweise stellt insbesondere dann ein probates Mittel dar, wenn potentielle Wettbewerber vom Eintritt in den Markt abgehalten werden sollen,⁶³ oder externe Kapitalgeber von einer entsprechenden Investition.⁶⁴

Nicht außer Acht zu lassen ist fernerhin, dass mit einer aggressiven Preispolitik in einem bestimmten Markt häufig auch eine gewisse Abschreckungswirkung für andere Märkte und andere Eintrittskandidaten erreicht werden kann.⁶⁵ Demzufolge besteht im Rahmen marktspezifischer Preiskämpfe prinzipiell die Möglichkeit, kämpferisches Verhalten anderer Unternehmen von vornherein einzudämmen. Dieser Zusammenhang wurde zunächst von *Reinhard Selten* anhand des von ihm entwickelten "Chain-Store Paradox" untersucht.⁶⁶ Er kam dabei zu dem Ergebnis, dass bei vollkommener Information aller Beteiligten kein Verdrängungswettbewerb möglich ist. Diese Sichtweise wurde jedoch in späteren spieltheoretischen Beiträgen – durch die Prämisse der unvollkommenen Information – grundlegend modifiziert.⁶⁷ Dadurch änderte sich, ähnlich wie zuvor schon bei *McGee*, auch die Einschätzung bezüglich der Rationalität von Verdrängungswettbewerb.

b. Experimentelle Ökonomik

Die mittels der spieltheoretischen Ansätze gewonnene Erkenntnis, wonach Kampfpreise durchaus ein probates Mittel darstellen, um potentielle Wettbewerber von einem Eintritt in den an sich bestreitbaren Markt abzuschrecken, lässt sich durch experimentelle Studien in der Ökonomik untermauern und belegen.⁶⁸

So befasste sich beispielsweise *Glenn Harrison* mit einer Studie, in der es den Teilnehmern erlaubt war, auf andere Märkte auszuweichen.⁶⁹ Er kam dabei zu dem Schluss, dass sich überaus viele Neueinsteiger für die Möglichkeit des Ausweichens entscheiden, anstatt sich einem drohenden Preiskampf auf dem beherrschten Markt zu stellen. Als Grund hierfür konnte stets die Furcht vor der Reputation des marktbeherrschenden Unternehmens ausgemacht werden. Die Besonderheit dieses Experiments war, dass – im Gegensatz zu früheren Experimenten –

⁶² Riordan, Imperfect Information and Dynamic Conjectural Variations, RJE 1985, 41, 41 ff.; Fudenberg/Tirole, A „Signal-Jamming“ Theory of Predation, RJE 1986, 366, 366 ff.

⁶³ Siehe etwa Fudenberg/Tirole, A „Signal-Jamming“ Theory of Predation, RJE 1986, 366, 366 ff.

⁶⁴ Schulz, Wettbewerbspolitik, Kapitel VII.4, S. 169.

⁶⁵ Kreps/Wilson, Reputation and Imperfect Information, JET 1982, 253, 253 ff.

⁶⁶ Siehe insbesondere Selten, The Chain-Store Paradox, TaD 1978, 127, 127 ff.

⁶⁷ So u. a. Milgrom/Roberts, Predation, Reputation and Entry Deterrence, JET 1982, 280, 280 ff.

⁶⁸ Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 5. Teil § 13 A.II.3.a.2, S. 397 f.

⁶⁹ Harrison, Predatory Pricing in a Multiple Market Experiment: A Note, JEBO 1988, 405, 405 ff.

erstmals die Komplexität der ökonomischen Realität bereits in der Versuchsanordnung aufgegriffen und wirklichkeitsnah abgebildet wurde.

Bestätigung erfuhr diese Erkenntnis vor allem durch die bislang am umfassendsten angelegte, experimentelle Untersuchung von *Yun Joo Jung*, *John Kagel* und *Dan Levin*.⁷⁰ Im Rahmen ihrer Studie zu wettbewerbswidrigen Kampfpreisen wurde in Anlehnung an das "Chain-Store-Paradox" von *Selten*⁷¹ explizit das Markteintritts- bzw. Marktaustrittsverhalten bekämpfter Unternehmen auf verschiedenen Märkten analysiert.

Die Auswertung sämtlicher Variationen in der Versuchsanordnung brachte in Bezug auf die ökonomische Realität von Kampfpreisunterbietungen die relativ eindeutige Erkenntnis, dass derartige Strategien überaus häufig und mit nicht unerheblichem Erfolg angewendet wurden.⁷²

Auf der Grundlage dieser Studien lässt sich somit auch auf experimentellem Wege nachweisen, dass der Einsatz von Verlustpreisen auf realen Märkten nicht als völlig irrationales Verhalten interpretiert werden kann, sondern durchaus ein bewährtes Mittel darstellt, um etwaige Konkurrenten zu disziplinieren, zu verdrängen oder an einem entsprechenden Markteintritt zu hindern.⁷³

c. Verhaltensökonomik

Über die experimentelle Ökonomik hinaus wird die Schlüssigkeit der dargebotenen Reputationsthese auch durch zentrale Erkenntnisse in der modernen Verhaltensökonomik abgebildet. Diese beziehen sich im Wesentlichen auf die Marktaufteilung bzw. Marktsequentierung. Besteht für ein marktbeherrschendes Unternehmen nämlich die Gefahr, etwaige Marktanteile an einen Neueinsteiger zu verlieren, können sogenannte *Verlustaversions-Effekte* auftreten.⁷⁴ Derartige Effekte beschreiben das Phänomen, wonach Verluste von den Unternehmen stets stärker bewertet werden als Gewinne in der gleichen Höhe.⁷⁵ Folgerichtig begegnet das

⁷⁰ Jung/Kagel/Levin, On the Existence of Predatory Pricing: An Experimental Study of Reputation and Entry Deterrence in the Chain-Store Game, RJE 1994, 72, 72 ff.

⁷¹ Selten, The Chain-Store Paradox, TaD 1978, 127, 127 ff.

⁷² Jung/Kagel/Levin, On the Existence of Predatory Pricing: An Experimental Study of Reputation and Entry Deterrence in the Chain-Store Game, RJE 1994, 72, 91.

⁷³ So im Ergebnis Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 5. Teil § 13 A.II.3.a.2, S. 397 f.; ebenso Harrison, Predatory Pricing in a Multiple Market Experiment: A Note, JEBO 1988, 405, 405 ff.; vor allem auch Jung/Kagel/Levin, On the Existence of Predatory Pricing: An Experimental Study of Reputation and Entry Deterrence in the Chain-Store Game, RJE 1994, 72, 91.

⁷⁴ Kahnemann/Tversky, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, Econometrica 1979, 263, 268 ff.; Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 5. Teil § 13 A.II.3.a.3, S. 399.

⁷⁵ Kahnemann/Tversky, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, Econometrica 1979, 263, 275; Herold, Vermeidung des Earnings Management der Umsatzerlöse, II. Kapitel 1.3.3.1, S. 17.

marktbeherrschende Unternehmen häufig mit dem Einsatz riskanter Abwehrtaktiken.⁷⁶ Dabei wird der Versuch unternommen, die gegenwärtige Marktsituation mittels Preisunterbietung gezielt zu verteidigen und entsprechend zu stabilisieren. Potentielle Wettbewerber werden die drohenden Preiskämpfe gemeinhin als großes Risiko wahrnehmen, da letztendlich die notwendige Sicherheit fehlt, um ausschließen zu können, dass das Preisgefüge des Marktbeherrschers nicht doch auf effizienteren Kostenstrukturen basiert.⁷⁷ Dies gilt insbesondere dann, wenn es in der Vergangenheit bereits zu einer erfolgreichen Verdrängung oder Disziplinierung eines Konkurrenten gekommen ist.

2. Preisbildungsstrategie zur Umsatzmaximierung

In der jüngeren Vergangenheit hat sich gezeigt, dass die marktbeherrschenden Unternehmen mehr und mehr davon abgewichen sind, die Gewinnmaximierung als alleinige Zielsetzung anzusehen. Stattdessen gewinnen entsprechende Umsatzziele, insbesondere die Form der Marktanteilsmaximierung, beständig an Bedeutung.⁷⁸ Diese Art der Ausrichtung wird in der Regel als *“Buying-Market-Share-Pricing”-Theorie* bezeichnet.

Hinter der sogenannten *“Buying-Market-Share-Pricing”-Theorie* als rationales Motiv der Kampfpreissetzung verbirgt sich das ausschließliche Ziel, einen Zugewinn an Marktanteilen zu generieren. Ein späterer Ausgleich der Verdrängungsverluste muss hingegen nicht gewährleistet sein.⁷⁹ Dies mag insoweit verwundern, als dass sie das bisherige Verständnis über die Verhaltensweisen der Geschäftsführung eines Unternehmens grundlegend auf den Kopf stellt.⁸⁰

Bei der konkreten Ausgestaltung der Zielsetzung muss jedoch zwischen *privaten* und *staatlichen* Unternehmen unterschieden werden. Private Unternehmen können beispielsweise mit dem Einsatz von Kampfpreisstrategien beabsichtigen, eine kurzfristige *Steigerung des eigenen Marktwertes* zu erreichen. Zurückzuführen ist dies im Wesentlichen auf eine Erhöhung der Umsatzzahlen bzw. des Kundenstocks.⁸¹ Sie können aber auch eine *Steigerung des Anse-*

⁷⁶ Tor, Illustrating a Behaviorally Informed Approach to Antitrust Law: The Case of Predatory Pricing, ALJ 2003, 52, 55 ff.; ebenso Gerla, The Psychology of Predatory Pricing: Why Predatory Pricing Pays, SwLJ 1985, 755, 760 ff.

⁷⁷ Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 5. Teil § 13 A.II.3.a.3, S. 399; Gerla, The Psychology of Predatory Pricing: Why Predatory Pricing Pays, SwLJ 1985, 755, 769 ff.; Tor, Illustrating a Behaviorally Informed Approach to Antitrust Law: The Case of Predatory Pricing, ALJ 2003, 52, 55 ff.

⁷⁸ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 334 (Fn. 408); ausführlich dazu Pries, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 2 B.II, S. 35 ff.

⁷⁹ So u. a. Pries, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 2 B.II, S. 35; Baldani/Bradfield/Turner, Mathematical Economics, Kapitel 12.4, S. 304 ff.

⁸⁰ Thomas/Kamp, Buying Market Share: Agency Problem or Predatory Pricing, RLE 2006, 1, 2 ff.

⁸¹ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz.

hens der Unternehmensführung herbeiführen. Diese Möglichkeit spielt vor allem im Hinblick auf die Gewährung leistungsbezogener Boni eine große Rolle.⁸² Demgegenüber besteht bei staatlichen Unternehmen stets die Gefahr, dass in überwiegendem Maße *politische Ziele* verfolgt werden, dies jedoch zu Lasten des Steuerzahlers geht.⁸³ Zu nennen wäre hier u. a. die Sicherung des öffentlichen Versorgungsauftrags oder der Erhalt von Arbeitsplätzen. Da der staatliche Aktionär diesbezüglich eine Art Bestandsgarantie bietet, ist ein dauerhafter Ausgleich der Verdrängungsverluste weit weniger erforderlich, als dies etwa bei privaten Unternehmen der Fall wäre.⁸⁴

Im Bereich der Umsatzmaximierung gibt es zwar – soweit ersichtlich – noch keine empirisch gesicherten Erkenntnisse, die Rationalität einer Kampfpreisstrategie lässt sich aber dennoch nicht gänzlich verleugnen. Darauf deutet allein schon die Tatsache hin, dass sich die Kommission im Fall Wanadoo Interactive der “Buying-Market-Share-Pricing”-Theorie als Erklärungsmuster bedient hatte.⁸⁵ In Zukunft, so darf man davon ausgehen, wird sie aber noch weiter an Bedeutung gewinnen.⁸⁶

IV. Fazit

Betrachtet man bei der Beurteilung der Rationalitätsfrage jede Position für sich, so fällt auf, dass die Argumentationskette der *McGee*-Position zwar eine gewisse Schlüssigkeit aufweist, diese einer Gesamtschau jedoch nicht standhalten kann. Ihr Hauptproblem ist die zu enge Abgrenzung der eigentlichen Modellannahmen. Zum Ausdruck kommt dies u. a. dadurch, dass Informationsasymmetrien unberücksichtigt bleiben oder bestimmte Vorschriften (z. B. Vorschriften über die Fusionskontrolle) prinzipiell ausgeblendet werden. Neben diesen teils erheblichen Einwänden ist mittlerweile aber auch der positive Nachweis der Rationalität von Kampfpreisstrategien gelungen. Zurückzuführen ist dies im Allgemeinen auf die komplexen spieltheoretischen Modelle der modernen Industrieökonomik. Auch die neuerdings aufkeimende “Buying-Market-Share-Pricing”-Theorie deutet bisweilen auf die Rationalität solcher Strategien hin.⁸⁷

334 (Fn. 408); Baldani/Bradfield/Turner, *Mathematical Economics*, Kapitel 12.4, S. 304 ff.

⁸² Pries, *Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht*, Kapitel 2 B.II.1, S. 36.

⁸³ Pries, *Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht*, Kapitel 2 B.II.2, S. 37 f.; Sappington/Sidak, *Competition Law for State-Owned Enterprises*, ALJ 2003, 479, 480, 496 ff.

⁸⁴ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 334 (Fn. 406).

⁸⁵ Siehe Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 334.

⁸⁶ Thomas/Kamp, *Buying Market Share: Agency Problem or Predatory Pricing*, RLE 2006, 1, 5.

⁸⁷ Pries, *Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht*, Kapitel 2 B.II, S. 35 ff.; Thomas/Kamp, *Buying Market Share: Agency Problem or Predatory Pricing*, RLE 2006, 1, 1 ff.

Im Ergebnis bleibt daher zu konstatieren, dass Kampfpreisstrategien immer dann rational sind, wenn in irgendeiner Form Informationsasymmetrien zulasten des Verdrängungsopfers eine Rolle spielen.⁸⁸ Dies wird in der Praxis jedoch regelmäßig der Fall sein. Aus diesem Grund ist die anders gerichtete, frühere Auffassung eindeutig als widerlegt anzusehen.⁸⁹

D. Erfassung und Bewertung von Kampfpreisstrategien

Um der Strategie der gezielten Kampfpreisunterbietung einen allgemeingültigen Beurteilungsrahmen zu verschaffen, orientieren sich Kommission und Rechtsprechung an festen Bezugsgrößen oder Benchmarks.⁹⁰ Diese bestehen vornehmlich in Form verschiedener Produktionskostenmodelle. Dabei gelten in aller Regel die Maßstäbe der AKZO-Entscheidung aus dem Jahre 1991⁹¹, die seitdem immer wieder bestätigt wurden, jüngst im Verfahren gegen Kampfpreise der Wanadoo Interactive am 02.04.2009⁹².

I. Einordnung der Kostenbegriffe

Im Rahmen der kostenorientierten Missbrauchsanalyse finden sich aus ökonomischer Sicht eine Vielzahl an Bewertungsmaßstäben und Kostenarten wieder. Um dabei die Übersicht zu wahren, erscheint es zunächst sinnvoll, die relevanten Kostenbegriffe vorab gesondert darzustellen und zu erläutern.⁹³

Von zentraler Bedeutung ist im Allgemeinen die Einteilung in *fixe Kosten*, *variable Kosten* und *Gesamtkosten*.⁹⁴ Die fixen Kosten umfassen sämtliche Kostenbestandteile, die unabhängig von der Ausbringungsmenge anfallen. Beispiele hierfür wären Mietzahlungen für Produktionshallen oder Büroräume. Die variablen Kosten umfassen hingegen alle anderen Kostenbestandteile, die sich entsprechend der Ausbringungsmenge verändern. Zu nennen wären etwa Grundstoffe oder Rohmaterialien. Bildet man die Summe aus fixen und variablen Kosten, so

⁸⁸ Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 68; Diskussionspapier, Tz. 119; ebenso Pries, Kampfpreismisbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 2 B.I.3, S. 32.

⁸⁹ Siehe etwa Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Band 1, Art. 82 EGV, Rn. 166 (Fn. 415); Bolton/Brodley/Riordan, Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy, GLJ 2000, 2239, 2241.

⁹⁰ Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 25 f.; Diskussionspapier, Tz. 103; siehe zur Rechtsprechung auch Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 167 ff. unter Gliederungspunkt II.

⁹¹ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359.

⁹² EuGH vom 02.04.2009, Rs. C-202/07 P – France Télécom/Kommission, Slg. 2009, I-2369; EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107.

⁹³ Eine Begriffsbestimmung der verschiedenen Kostenarten findet sich u. a. auch in Pries, Kampfpreismisbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.I, S. 41 ff. sowie in O'Donoghue/Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, Kapitel 5.2.1, S. 237 ff.

⁹⁴ Siehe zu den einzelnen Kostenbegriffen auch Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, Teil V, Kapitel 13, S. 305 f.; siehe ebenso Varian, Grundzüge der Mikroökonomik, Kapitel 20.5, S. 417 und Kapitel 21.3, S. 427 f.

erhält man die Gesamtkosten.

Neben diesen Grundkostenarten spielen auch die jeweiligen *Durchschnittskosten* eine gewichtige Rolle in der Missbrauchsanalyse. Durchschnittskosten erhält man immer dann, wenn eine bestimmte Kostenart (z. B. fixe, variable oder gesamte Kosten) durch die absolute Ausbringungsmenge geteilt wird.⁹⁵

Weiterhin sind die *Grenzkosten* aufzuführen.⁹⁶ Hierbei handelt es sich um diejenigen Kosten, die bei der Herstellung einer zusätzlichen Einheit der Ausbringungsmenge entstehen. Grenzkosten sind stets als rein variable Kosten zu klassifizieren, da fixe Kosten definitionsgemäß unabhängig von der Produktionsmenge anfallen. Zu beachten bleibt in diesem Zusammenhang jedoch, dass Grenzkosten nur in den seltensten Fällen mit den durchschnittlichen variablen Kosten übereinstimmen.⁹⁷

Wesentlich bedeutender als die Grenzkosten sind in der betrieblichen Praxis allerdings die *inkrementellen Kosten* bzw. *Zusatzkosten*. Diese Kosten entstehen bei der Produktion mehrerer zusätzlicher Einheiten insgesamt.⁹⁸ Grenz- und Zusatzkosten sind daher immer dann identisch, wenn lediglich *eine* zusätzliche Produktionseinheit zugrunde gelegt wird. Sie weichen aber umso stärker voneinander ab, je mehr zusätzliche Produktionseinheiten zusammen betrachtet werden.⁹⁹

Des Weiteren gilt es zwischen *vermeidbaren Kosten* und *versunkenen Kosten* zu unterscheiden.¹⁰⁰ Während die vermeidbaren Kosten all diejenigen Kostenbestandteile beinhalten, die grundsätzlich erstattungsfähig sind, erfassen die versunkenen Kosten lediglich nicht-erstattungsfähige Kostenbestandteile. Diesbezüglich kann es auch zu Überschneidungen kommen. Beispielsweise sind Mietzahlungen für eine Lagerhalle immer dann den versunkenen Kosten zuzurechnen, wenn keine Möglichkeit besteht diese weiterzuvermieten. Ist hingegen eine solche Möglichkeit gegeben, so handelt es sich um vermeidbare Kosten.

⁹⁵ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, Teil V, Kapitel 13, S. 307; Varian, Grundzüge der Mikroökonomik, Kapitel 21.1, S. 423 f.

⁹⁶ Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 5. Teil § 13 A.III.2.a, S. 406; siehe allgemein Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, Teil V, Kapitel 13, S. 307; Varian, Grundzüge der Mikroökonomik, Kapitel 21.2 und 21.3, S. 425 ff.

⁹⁷ Siehe dazu mit kurzem Beispiel Pries, Kampfpreismisbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.I, S. 42; siehe auch Varian, Grundzüge der Mikroökonomik, Kapitel 21.3, S. 427 f.

⁹⁸ So etwa Pries, Kampfpreismisbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.I, S. 42; Bolton/Brodley/Riordan, Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy, GLJ 2000, 2239, 2272; allgemein Varian, Grundzüge der Mikroökonomik, Kapitel 21.7, S. 436 f.; siehe auch Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 26 (Fn. 18).

⁹⁹ Siehe Pries, Kampfpreismisbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.I, S. 42.

¹⁰⁰ O'Donoghue/Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, Kapitel 5.2.1, S. 241; Bolton/Brodley/Riordan, Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy, GLJ 2000, 2239, 2271 f.; dazu eingehend Baumol, Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test, JLE 1996, 49, 57 f.; Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 26 (Fn. 18).

Außerdem ist es von großer Wichtigkeit und Relevanz, strikt zwischen *kurzfristigen Kosten* und *langfristigen Kosten* zu differenzieren.¹⁰¹ Anderenfalls kann es zu erheblichen Wahrnehmungsverzerrungen kommen. Gemäß ihrer Eigenart beziehen sich kurzfristige Kosten punktuell auf die jeweils vorherrschende Unternehmenssituation. Langfristige Kosten bilden darüber hinaus auch sämtliche strategischen Aspekte eines Unternehmens ab.¹⁰² Folglich werden in einem sehr kurzen Zeitfenster viele Kostenarten als fix ausgelegt, die langfristig eher variabel zu sein scheinen.¹⁰³ Der Grund hierfür ist insbesondere darin zu sehen, dass sich bestimmte Kostenarten erst nach einer gewissen Zeit mit der Ausbringungsmenge verändern, kurzfristig dagegen starr verhalten. Ähnliches gilt im Übrigen für versunkene bzw. vermeidbare Kosten.¹⁰⁴

II. Areeda/Turner-Formel

Den Ausgangspunkt für die Bestimmung unzulässiger Kampfpreismissbrauchsfälle mit Hilfe von Preis-Kosten-Vergleichen bilden die von *Phillip Areeda* und *Donald Turner* formulierten Erkenntnisse aus dem Jahre 1975.¹⁰⁵ Für die praktische Anwendung hatten sie in diesem Zusammenhang angegeben, dass alle Preise, die die Grenzkosten eines Unternehmens decken oder übersteigen, immer und ohne Ausnahme zulässig sind.¹⁰⁶ Missbräuchlich seien hingegen solche Preise, die unter den Grenzkosten liegen.

1. Das Kriterium der Grenzkosten

Die Ausführungen von *Areeda* und *Turner* orientieren sich zu wesentlichen Teilen an den Erkenntnissen der klassischen Preistheorie. Diese besagt, dass Grenzkosten – zumindest aus der Sicht eines rationalen Unternehmens – stets die kurzfristige Preisuntergrenze darstellen.¹⁰⁷ Grenzkosten repräsentieren in diesem Zusammenhang exakt diejenigen Kosten, die bei der Herstellung einer zusätzlichen Einheit der Ausbringungsmenge entstehen. Aus diesem Grund

¹⁰¹ Siehe Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, Teil V, Kapitel 13, S. 312 ff.; siehe auch Varian, Grundzüge der Mikroökonomik, Kapitel 20.4, S. 414 ff. und Kapitel 21.5, S. 432 f.

¹⁰² Pries, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.I, S. 42; O'Donoghue/Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, Kapitel 5.2.1, S. 238.

¹⁰³ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, Teil V, Kapitel 13, S. 312 ff.; O'Donoghue/Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, Kapitel 5.2.1, S. 238.

¹⁰⁴ Ausführlich O'Donoghue/Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, Kapitel 5.2.1, S. 243.

¹⁰⁵ Siehe Areeda/Turner, Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, HLR 1975, 697, 697 ff.

¹⁰⁶ Areeda/Turner, Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, HLR 1975, 697, 709 ff. und 732 f.; zusammenfassend Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 168; Pries, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.II.1.a, S. 44.

¹⁰⁷ Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 5. Teil § 13 A.III.2.a, S. 406; siehe dazu auch Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, Teil V, Kapitel 13, S. 307; ebenso Varian, Grundzüge der Mikroökonomik, Kapitel 21.2 und 21.3, S. 425 ff.

besteht für die Unternehmen auch kein Anlass, die Preise unterhalb der Grenzkosten festzusetzen.¹⁰⁸ Ansonsten würde man mit jeder produzierten Einheit einen zusätzlichen Verlust in Kauf nehmen. Dies entspricht jedoch keinem wettbewerbskonformen Verhalten. Ein derart niedriger Preis begründet daher lediglich die Annahme einer Verdrängungsabsicht. Die Schwierigkeit des Ansatzes besteht allerdings darin, die Grenzkosten stichhaltig abzugrenzen.¹⁰⁹ Sie sind im Regelfall unbekannt und gehen nicht etwa direkt aus der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung hervor.¹¹⁰

2. Ersatzausrichtung

Areeda und *Turner* wiesen allerdings darauf hin, dass die jeweiligen Grenzkosten in den meisten Fällen kaum verlässlich ermittelt werden können. Deshalb haben sie in ihrem Artikel einen entsprechenden Ersatz vorgeschlagen.¹¹¹ Diese Ersatzausrichtung wird regelmäßig auch als "*Areeda/Turner-Formel*" bezeichnet und besitzt bis heute Gültigkeit. Im Rahmen einer Zweistufenprüfung werden dabei prinzipiell *zwei Fallgruppen* unterschieden.

a. Erste Fallgruppe

Die *Areeda/Turner-Formel* besagt zum einen, dass eine missbräuchliche Preisgestaltung immer dann gegeben ist, wenn zu einem Preis verkauft wird, der *unterhalb* der *durchschnittlichen variablen Kosten* liegt.¹¹² Zum anderen macht sie aber auch deutlich, dass ein Preis, der *oberhalb* der *durchschnittlichen Gesamtkosten* festgesetzt wird, keinesfalls missbräuchlich sein kann.¹¹³ Ein entsprechend niedriges Preisniveau wäre dann lediglich das Resultat wirkamen Wettbewerbs.

¹⁰⁸ Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 5. Teil § 13 A.III.2.a, S. 406; Pries, Kampfpreismisbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.II.1.a, S. 44.

¹⁰⁹ Pries, Kampfpreismisbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.II.1.b, S. 44; Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 5. Teil § 13 A.III.2.a, S. 406; Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 168; so auch *Areeda/Turner*, Predatory Pricing and Related Practices under Selection 2 of the Sherman Act, HLR 1975, 697, 716.

¹¹⁰ Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 5. Teil § 13 A.III.2.a, S. 406 f.

¹¹¹ *Areeda/Turner*, Predatory Pricing and Related Practices under Selection 2 of the Sherman Act, HLR 1975, 697, 697 ff. (zusammenfassend vor allem 732 f.).

¹¹² *Areeda/Turner*, Predatory Pricing and Related Practices under Selection 2 of the Sherman Act, HLR 1975, 697, 716 ff.; Möschel, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“, JZ 2009, 1040, 1044; Kopp, Kostengesichtspunkte in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle, 1. Teil B.II., S. 56; Schulz, Wettbewerbspolitik, Kapitel VII.5, S. 170; siehe auch EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 71.

¹¹³ *Areeda/Turner*, Predatory Pricing and Related Practices under Selection 2 of the Sherman Act, HLR 1975, 697, 704 ff.; Edlin, Stopping Above-Cost Predatory Pricing, YLJ 2002, 941, 941 ff.; Schulz, Wettbewerbspolitik, Kapitel VII.5, S. 170; Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 169.

b. Zweite Fallgruppe

Preise, die zwischen den *durchschnittlichen variablen Kosten* und den *durchschnittlichen Gesamtkosten* angesetzt werden, können ebenfalls einen missbräuchlichen Charakter aufweisen. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn sie ausschließlich mit der *Absicht* getätigt werden, Konkurrenten vom Markt zu verdrängen.¹¹⁴ Nach Auffassung des EuGH kommt es dabei nicht darauf an, ob eine tatsächliche oder reale Chance zur Verdrängung besteht, das Vorliegen einer Strukturgefährdung, in Form der gezielten Eliminierung eines Wettbewerbers, reicht bereits vollkommen aus.¹¹⁵

c. Fazit

Die Ausführungen von *Areeda* und *Turner* stehen grundsätzlich im Einklang mit der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie und bilden diese in einer verständlichen Weise ab.¹¹⁶ Unternehmerisches Verhalten verfolgt dabei immer das Ziel, Gewinne zu generieren. Aus diesem Grund ist es auch nicht nachvollziehbar, wenn ein Unternehmen unter seinen variablen Durchschnittskosten produziert. Ansonsten würde es mit jedem zusätzlich verkauften Stück seinen Verlust noch weiter erhöhen.¹¹⁷ Entsprechend müssen für derartige Preissetzungen andere Ziele im Vordergrund stehen. Für *Areeda* und *Turner* ist dies einzig und allein die Ausschaltung von Konkurrenten.¹¹⁸

3. Subjektive Verdrängungsabsicht

Um unzulässigen Verdrängungswettbewerb von effizienzsteigerndem Leistungswettbewerb plausibel abgrenzen zu können, ist es wichtig, die Motivation des betreffenden Unternehmens auf subjektiver Ebene gesondert in die Bewertung miteinfließen zu lassen. Nur so ist es oft-

¹¹⁴ Areeda/Turner, Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, HLR 1975, 697, 718 und 732 f.; Bulst, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, Rn. 312 f.; Möschel, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“, JZ 2009, 1040, 1044; Joskow/Klevorick, A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, YLJ 1979, 213, 213 ff.; siehe auch EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 72.

¹¹⁵ Kopp, Kostengesichtspunkte in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle, 1. Teil B.II, S. 57; Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 169; siehe EuGH vom 14.11.1996, Rs. C-333/34 P – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951, Tz. 44; wohl auch Areeda/Turner, Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, HLR 1975, 697, 718.

¹¹⁶ Schulz, Wettbewerbspolitik, Kapitel VII.5, S. 170; zur wirtschaftswissenschaftlichen Theorie siehe u. a. auch Varian, Grundzüge der Mikroökonomie, Kapitel 21, S. 423 ff.

¹¹⁷ Kopp, Kostengesichtspunkte in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle, 1. Teil B.II, S. 56.

¹¹⁸ Areeda/Turner, Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, HLR 1975, 697, 718 und 732 f.; auch Kopp, Kostengesichtspunkte in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle, 1. Teil B.II, S. 56; Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 168; Joskow/Klevorick, A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, YLJ 1979, 213, 213 ff.; siehe EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 71.

mals überhaupt möglich, Strategien zu identifizieren, die einzig und allein darauf ausgerichtet sind, potentielle Wettbewerber zu verdrängen, zu disziplinieren oder abzuschrecken. In ihrer Systematik unterscheidet die europäische Wettbewerbspraxis dabei zwischen dem *direkten* und dem *indirekten* Nachweis der Verdrängungsabsicht.¹¹⁹

a. Direkter Nachweis

Ein direkter Nachweis der Verdrängungsabsicht ist nach Ansicht von Kommission¹²⁰ und Rechtsprechung¹²¹ immer dann erbracht, wenn ein substantieller Plan – in der Regel ein Schriftstück – vorgefunden wird, aus dem zweifelsfrei hervorgeht, dass die zugrunde liegende Strategie entweder dazu dient, Wettbewerber unbillig zu behindern oder aber den gesamten Markt einzunehmen.¹²² Ein solch detaillierter Plan lässt sich vor allem aus *internen Dokumenten* des marktbeherrschenden Unternehmens ableiten. Darüber hinaus kann sich eine Verdrängungsabsicht allerdings auch aus *konkreten Drohungen* ergeben, die das marktbeherrschende Unternehmen glaubhaft gegenüber Wettbewerbern äußert. Dabei wird stets unterstellt, dass die billigend in Kauf genommenen Verluste dazu geeignet sind, potentielle Wettbewerber zu verdrängen, abzuschrecken oder zu disziplinieren und somit im Ergebnis den Wettbewerb negativ beeinflussen.¹²³

b. Indirekter Nachweis

Der indirekte Nachweis der Verdrängungsabsicht orientiert sich grundsätzlich nicht an einem spezifischen Beweisstück, sondern lässt sich lediglich aus einer *besonderen Würdigung sämtlicher Begleitumstände* im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ableiten.¹²⁴ Dazu ist es allerdings notwendig, dass eine Vielzahl an gewichtigen Indizien untersucht und ausgewertet wird.¹²⁵ Diese Indizien müssen einerseits in allen wesentlichen Punkten übereinstimmen und dürfen andererseits im Ergebnis keinen anderen Schluss zulassen als denjenigen, dass Ziele

¹¹⁹ Siehe etwa Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Band 1, Art. 82 EGV, Rn. 170; Eilmansberger, in: Münchner Kommentar zum europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, Band 1, Art. 82 EG, Rn. 510 ff.; Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 63, 66.

¹²⁰ Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 66; Diskussionspapier, Tz. 113; Kommission, Entscheidung vom 14.12.1985 – ECS/AKZO, ABl. vom 31.12.1985, Nr. L 374/1 Tz. 80.

¹²¹ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 65.

¹²² Zusammenfassend Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 5. Teil § 13 B.II.2.c.2, S. 471 f.; Pries, Kampfpreismisbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 B.I.2.a, S. 135.

¹²³ Siehe insbesondere Diskussionspapier, Tz. 114; siehe auch Pries, Kampfpreismisbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 B.I.2.a, S. 135.

¹²⁴ Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 5. Teil § 13 B.II.2.c.2, S. 472; Kommission, Entscheidung vom 14.12.1985 – ECS/AKZO, ABl. vom 31.12.1985, Nr. L 374/1 Tz. 80.

¹²⁵ EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Tz. 151; EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 197; dazu auch Bulst, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, Rn. 316.

verfolgt werden, die nicht dem Leistungswettbewerbsprinzip entsprechen. Mit anderen Worten darf es keine weitere, rationale Erklärung für die verfolgte Niedrigpreisstrategie geben. Eine kartellrechtswidrige Kampfpreisstrategie liegt demnach immer dann vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen eine zumutbare Handlungsalternative, ohne entsprechende Gewinneinbußen, zum Zeitpunkt der Preissetzung bewusst ausblendet.¹²⁶

4. Kritik und wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe

Strikt von Kampfpreisstrategien abzugrenzen sind Preissetzungen, die aus *defensiven wirtschaftlichen Notwendigkeiten* heraus entstehen.¹²⁷ Dies gilt es insbesondere bei *temporären Nachfrageabsenkungen, drohender Unverkäuflichkeit* oder *bloßem Anpassungsverhalten* zu berücksichtigen. Hier macht es häufig Sinn, die Produktion aufrecht zu erhalten, da immerhin noch ein positiver Deckungsbeitrag zu den Fixkosten erzielt werden kann.¹²⁸ Einen Missbrauch der Marktmacht stellt dies aber nicht dar.

Auch im Rahmen der *offensiven wirtschaftlichen Notwendigkeiten* müssen Niedrigpreissetzungen nicht identisch sein mit Kampfpreisstrategien. Besonders deutlich wird dieser Zusammenhang in Situationen, in denen die Unternehmen erhebliche *Anfangsinvestitionen* aufbringen müssen, um sich überhaupt erst im Markt etablieren zu können.¹²⁹ Einleuchtende Beispiele hierfür sind u. a. Einführungsangebote, welche potentielle Kunden auf das neue Produkt aufmerksam machen sollen, Lerneffekte, zu deren Generierung es sinnvoll ist, sich möglichst frühzeitig und umfassend mit der neuen Technologie zu beschäftigen oder Netzeffekte¹³⁰, die Leistungen für Kunden umso interessanter machen, je stärker sie auch von anderen Kunden genutzt werden. Anfangsinvestitionen weisen einen weitestgehend fixen Charakter auf und werden regelmäßig in der Erwartung getätigt, dass sich die angefallenen Kosten im Zeitverlauf wieder amortisieren.¹³¹ Kommt es im Folgenden jedoch zu unvorhersehbaren Ereignissen, wie beispielsweise dem Markteintritt unverhältnismäßig vieler Konkurrenten, besteht stets auch die Gefahr, dass das Unternehmen, aufgrund des Wettbewerbsdrucks, seine

¹²⁶ Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 65; Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 5. Teil § 13 B.II.2.c.2, S. 472.

¹²⁷ Pries, Kampfpreismisbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 4 B, S. 175 ff.; ähnlich Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 5. Teil § 13 A.III.2.c.3, S. 414.

¹²⁸ Schulz, Wettbewerbspolitik, Kapitel VII.5, S. 170 f.

¹²⁹ Schmidt/Voigt, Der „more economic approach“ in der Missbrauchsaufsicht, WuW 2006, 1097, 1099 ff.; Schulz, Wettbewerbspolitik, Kapitel VII.5, S. 171; Pries, Kampfpreismisbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 4 C.I und II, S. 182 ff., 185; Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 5. Teil § 13 A.III.2.c.1 und 2, S. 414 f.; zur Kundenaquisition siehe auch EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 130.

¹³⁰ Als Standardbeispiel wird meist der „Telefonanschluss“ genannt; siehe hierzu auch Besen/Farell, Choosing How to Compete: Strategies and Tactics in Standardization, JEP 1994, 117, 117 ff.

¹³¹ Schmidt/Voigt, Der „more economic approach“ in der Missbrauchsaufsicht, WuW 2006, 1097, 1099 ff.

Preise nahe den Grenzkosten platzieren muss. Diese wiederum können bei *subadditiven Kostenfunktionen*¹³² durchaus unterhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten liegen.¹³³ Im Ergebnis würde man sich dann aber in einer Situation befinden, die gemäß der Definition von Kampfpreisunterbietungen als missbräuchlich anzusehen wäre, wenn Verdrängungsabsicht hinzutritt.

Darüber hinaus können solche Preise nicht nur in dynamischen, sondern auch in rein statischen Kontexten ganz normales Wettbewerbsverhalten implizieren. Erweitert man nämlich die ursprüngliche Betrachtungsweise, wonach ein marktbeherrschendes Unternehmen nur ein Produkt anbietet, auf ein *Mehrproduktunternehmen*, so wird sehr schnell klar, dass die zugrunde liegende Regel ihre allgemeine Aussagekraft eingebüßt hat.¹³⁴ Für ein gewinnorientiertes Unternehmen kann es daher – auch ohne Verdrängungsabsicht – sehr wohl sinnvoll sein, ein Produkt zu Preisen unterhalb der variablen Durchschnittskosten zu verkaufen.¹³⁵ Dies ist hauptsächlich dann der Fall, wenn das günstig verkaufte Produkt die Nachfrage nach dem anderen Produkt hinreichend stärkt. Auf diese Art können mitunter sogar höhere Gewinne erzielt werden als in einer Situation, in der für beide Produkte Preise über den variablen Durchschnittskosten verlangt werden.¹³⁶ Besonders deutlich wird dieser Zusammenhang bei der Betrachtung von Gütern wie Handy und Handyvertrag.

Auch im umgekehrten Fall weist die strenge Auslegung der aufgeführten Regel teils erhebliche Schwierigkeiten auf. Kritisiert wird dabei immer wieder, dass ein Senken der Verkaufspreise auf ein Niveau, das noch oberhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten liegt, grundsätzlich als unbedenklich eingestuft wird, selbst wenn dieses aus einem Verdrängungs- oder Behinderungsmotiv heraus gewählt wurde.¹³⁷ Exemplarisch lässt sich hierzu die relativ einfache Möglichkeit der *Kapazitätsausdehnung* bei marktbeherrschenden Unternehmen nennen. Unter der Voraussetzung, dass die zusätzliche Kapazität auch vollständig ausgelastet wird, können somit ohne Weiteres niedrigere Preise angesetzt werden. Wie im Fall „Compagnie maritime belge“ aus dem Jahre 2000 ersichtlich ist, kann dies bereits vollkommen ausreichen,

¹³² Eine Kostenfunktion nennt man subadditiv, wenn die Produktion zweier (oder mehrerer) beliebiger Mengen in nur einem Unternehmen zu geringeren Kosten möglich ist, als in zwei (oder mehreren) getrennten Unternehmen; vgl. zur Erläuterung auch Varian, Grundzüge der Mikroökonomik, Kapitel 24.6, S. 502 ff.

¹³³ Schmidt/Voigt, Der „more economic approach“ in der Missbrauchsaufsicht, WuW 2006, 1097, 1099 ff.; siehe diesbezüglich auch Motta, Competition Policy – Theory and Practice, Kapitel 7.2.4, S. 448.

¹³⁴ Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 170; bereits auch Schwarz, Wettbewerbspolitische Problematik des Predatory Pricing, WuW 1987, 93, 96.

¹³⁵ Pries, Kampfpreismisbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 4 C.III, S. 186; Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 5. Teil § 13 A.III.2.c.4, S. 415 f.; O’Donoghue/Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, Kapitel 5.6.2, S. 286.

¹³⁶ Schulz, Wettbewerbspolitik, Kapitel VII.5, S. 171.

¹³⁷ Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 170; EuGH vom 16.03.2000, Rs. C-395/96 P – Compagnie maritime belge transport/Kommission, Slg. 2000, I-1365, Tz. 119.

um etwaige Konkurrenten zu behindern.¹³⁸ Der Preis muss dabei nicht unter die durchschnittlichen Gesamtkosten fallen.¹³⁹

III. Weiterentwicklung der Kostenkriterien

Die *Areeda/Turner*-Formel mag die wirtschaftswissenschaftliche Theorie zwar in einer verständlichen Weise abbilden, punktuell scheint sie jedoch mit einigen Problemen behaftet zu sein. Kritisch betrachtet wird dabei insbesondere die untere Preisgrenze der durchschnittlichen variablen Kosten. Dementsprechend haben es sich u. a. *Baumol* sowie *Bolton, Brodley* und *Riordan* zum Ziel gesetzt neue bzw. modifizierte Preisgrenzen zu benennen, indem sie weitere Indikatoren berücksichtigen.

1. Durchschnittliche vermeidbare Kosten

Das Konzept der durchschnittlichen vermeidbaren Kosten ist auf *William J. Baumol* zurückzuführen und orientiert sich inhaltlich sehr stark an der *Areeda/Turner*-Formel. Gleichzeitig weist es aber auch auf Schwächen bezüglich der dortigen Kostenberechnung hin.¹⁴⁰ Im Zentrum der Kritik steht dabei die Ausrichtung an den durchschnittlichen variablen Kosten. *Baumol* argumentiert, dass eine derartige Kostenbetrachtung keinesfalls das alleinige Kriterium für den Marktaustritt eines verdrängten Unternehmens darstellen könne. Vielmehr seien auch diejenigen Fixkosten in einer angemessenen Weise zu berücksichtigen, die sich dem Produkt zuordnen ließen und unabhängig von der Ausbringungsmenge entstünden.¹⁴¹

Gemäß der dargebotenen Grundüberlegung umfassen die vermeidbaren Kosten sämtliche variablen Kosten zuzüglich jenem Teil der produktionsspezifischen Fixkosten, der durch einen potentiellen Marktaustritt wieder erstattet werden könnte.¹⁴² Zu nennen wäre in dieser Hinsicht beispielsweise der Weiterverkauf von Betriebsanlagen oder Maschinen. Die versunkenen produktionsspezifischen Fixkosten fallen hingegen keinesfalls unter die vermeidbaren Kosten, da sie regelmäßig und uneinbringlich verloren sind. Einleuchtende Beispiele hierfür

¹³⁸ EuGH vom 16.03.2000, Rs. C-395/96 P – *Compagnie maritime belge transport/Kommission*, Slg. 2000, I-1365. Unter besonderer Würdigung der spezifischen Umstände stärkt der EuGH die kostenunabhängigen Bestimmungsmethoden, ohne dabei jedoch konkret auf die anfallenden Kosten einzugehen.

¹³⁹ Siehe im Ergebnis Gruber, *Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht*, MR-Int 2006, 167, 170; Schulz, *Wettbewerbspolitik*, Kapitel VII.5, S. 171 f.

¹⁴⁰ *Baumol*, *Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test*, JLE 1996, 49, 55 ff.; siehe auch *Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*, 5. Teil § 13 A.III.2.b.1, S. 408 ff.; *Pries*, *Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht*, Kapitel 3 A.III.1.b, S. 75 f.

¹⁴¹ *Baumol*, *Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test*, JLE 1996, 49, 57 f.

¹⁴² *Baumol*, *Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test*, JLE 1996, 49, 56; *O'Donoghue/Padilla*, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Kapitel 5.2.1, S. 241; *Bolton/Brodley/Riordan*, *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, GLJ 2000, 2239, 2271 f.; *Paul*, *Behinderungsmissbrauch nach Art. 82 EG und der "more economic approach"*, 5. Teil B.I.2.b.bb.b, S. 188 f.

wären u. a. längerfristige Miet- oder Belieferungsverträge sowie entsprechende Forschungs- und Entwicklungskosten.

Nach dieser Klassifizierung wären die betroffenen Unternehmen bei einer kompletten Betriebsstilllegung bzw. einem Marktausstieg lediglich mit den versunkenen produktionsspezifischen Fixkosten belastet.¹⁴³ Demzufolge wird ein Unternehmen seine Produktion immer dann einstellen, wenn die Erlöse kleiner sind als die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten. Im Umkehrschluss bedeutet dies jedoch auch, dass ein Unternehmen seine Produktion unbeirrt fortsetzt, sofern es Erlöse erzielt, die die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten übersteigen.¹⁴⁴ Dadurch lassen sich zumindest partielle Deckungsbeiträge erwirtschaften, die den versunkenen Kosten gegengerechnet werden können.

Im Ergebnis plädiert *Baumol* für eine Modifikation der Areeda/Turner-Formel. Diese sieht er einerseits zwar als ein geeignetes Instrumentarium an, andererseits macht er aber auch deutlich, dass eine Preissetzung, die die Existenz oder den Marktzugang eines zumindest ebenso effizienten Wettbewerbers gefährdet, bereits dann gegeben ist, wenn die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten unterschritten werden.¹⁴⁵ Das Kriterium der durchschnittlichen variablen Kosten hält er daher für zu *niedrig* angesetzt und faktisch nicht korrekt.

2. Durchschnittliche inkrementelle Kosten

Angesichts der ausgesprochen restriktiven Betrachtungsweise wird in der Literatur zunehmend die Meinung vertreten, dass anstatt der durchschnittlichen variablen Kosten viel eher die sogenannten durchschnittlichen inkrementellen Kosten als Bewertungsgrundlage heranzuziehen sind.¹⁴⁶ Diese Kosten geben gewissermaßen die Stückkosten des zusätzlichen Outputs an, den ein Unternehmen offerieren muss, damit es den Kampfpreis am Markt realisieren kann.¹⁴⁷

In seiner Struktur baut das Konzept auf demjenigen der durchschnittlichen vermeidbaren

¹⁴³ Baumol, Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test, JLE 1996, 49, 56.

¹⁴⁴ Baumol, Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test, JLE 1996, 49, 56.

¹⁴⁵ Baumol, Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test, JLE 1996, 49, 58; so auch Paul, Behinderrungsmisbrauch nach Art. 82 EG und der "more economic approach", 5. Teil B.I.2.b.bb.b, S. 188 f.; Pries, Kampfpreismisbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.III.1.b, S. 76; O'Donoghue/Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, Kapitel 5.2.1, S. 242.

¹⁴⁶ Siehe u. a. Kopp, Kostengesichtspunkte in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle, 1. Teil B.II, S. 58; siehe aber auch Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Band 1, Art. 82 EGV, Rn. 166 f.; Motta, Competition Policy – Theory and Practice, Kapitel 7.2.4, S. 448 f.

¹⁴⁷ Schmidt/Voigt, Der „more economic approach“ in der Missbrauchsaufsicht, WuW 2006, 1097, 1099 ff.; unter Bezugnahme auf das Konzept von Bolton/Brodley/Riordan, Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy, GLJ 2000, 2239, 2239 ff.; ebenso Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 5. Teil § 13 A.III.2.b.3, S. 412.

Kosten von *Baumol*¹⁴⁸ auf. Dabei werden im Rahmen einer *schrittweisen Analyse* verschiedene Fallklassen geschaffen, durch die etwaige Unvollkommenheiten besser separiert und erfasst werden können. Auf diese Weise lassen sich auch mehrere Umfeldbedingungen in einer Gesamtheit abbilden. Ein lediglich eindimensionaler Indikator, wie ihn die alleinige Ausrichtung an den variablen Durchschnittskosten beschreibt, würde hier relativ schnell an seine Grenzen stoßen.¹⁴⁹ Des Weiteren besteht die Möglichkeit zu prüfen, ob eine vermutete Behinderungsstrategie in einem spezifischen Kontext überhaupt zielführend sein kann oder nicht.¹⁵⁰ Infolgedessen ließe sich ein beachtliches Fehlerpotential bei der Verfahrensanwendung bereits von vornherein eindämmen.

Im Einzelnen führen *Bolton, Brodley* und *Riordan* in ihrem Modell zu den durchschnittlichen inkrementellen Kosten *vier Prüfschritte* auf, die stets zu berücksichtigen sind.¹⁵¹ Dabei ist in einem ersten Schritt regelmäßig herauszustellen, ob bei dem potentiellen Verdrängungsoffer in irgendeiner Form *Informationen* vorhanden sind, die auf eine entsprechende Stärke des verdrängenden Unternehmens hindeuten. Derartige Informationen wären z. B. Bekanntmachungen über das Vorliegen einer verbesserten Infrastruktur, einer erworbenen Exklusivlizenz, einer Innovation und vieles mehr. In einem zweiten Schritt ist dann zu ergründen, ob die veranlasste Preissenkung auch einen *zeitlichen Bezug* zu dem gemeldeten Ereignis aufweist. Ist dies nämlich nicht der Fall, kann man davon ausgehen, dass es zu keinerlei signifikanten Kostenreduktionen gekommen ist, da sich deren Auswirkungen andernfalls unmittelbar in einem niedrigeren Preisniveau hätten widerspiegeln müssen.¹⁵² Zu beachten bleibt hier allerdings, dass diese Situation eine hinreichende Sicherheit erfordert, wonach Kostensenkungen stets auch in Preisnachlässe umgesetzt werden. Aus diesem Grund ist in einem dritten Schritt zu überprüfen, in welchem *Umfang* das verdrängende Unternehmen die Kosteneinsparungen dazu genutzt hat, um entsprechende Preissenkungen zu erzielen. Vor diesem Hintergrund ist abschließend in einem vierten Schritt noch zu bewerten, ob sich das potentielle Verdrängungsoffer bei der vermuteten Preissenkung im Leistungswettbewerb eigenständig *positionieren* kann.

¹⁴⁸ Baumol, Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test, JLE 1996, 49, 49 ff.; zum Konzept der vermeidbaren Durchschnittskosten siehe auch Kapitel D.III.1., S. 23 f.

¹⁴⁹ Kopp, Kostengesichtspunkte in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle, 1. Teil B.II, S. 58; Schulz, Wettbewerbspolitik, Kapitel VII.5, S. 172.

¹⁵⁰ Schulz, Wettbewerbspolitik, Kapitel VII.5, S. 172.

¹⁵¹ Ausführlich Bolton/Brodley/Riordan, Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy, GLJ 2000, 2239, 2239 ff.; zusammenfassend Schulz, Wettbewerbspolitik, Kapitel VII.5, S. 172 f.

¹⁵² Schulz, Wettbewerbspolitik, Kapitel VII.5, S. 173.

IV. Bewertung

Betrachtet man die drei Konzepte nebeneinander in ihrer Gesamtheit, so ist ersichtlich, dass sich das Konzept von *Bolton*, *Brodley* und *Riordan* teils erheblich von den anderen Konzepten abgrenzt und ihnen größtenteils auch überlegen ist. Während *Areeda* und *Turner* sowie *Baumol* strikt an einem allgemeingültigen Indikator festhalten, beziehen *Bolton*, *Brodley* und *Riordan* generell mehrere Indikatoren mit ein. Diese Indikatoren können zwischen verschiedenen Fallklassen prinzipiell auch unterschiedlicher Natur sein. Im Ergebnis sind die durchschnittlichen inkrementellen Kosten als Grundlage zur Beurteilung missbräuchlicher Kampfpreise daher stets geeigneter als die durchschnittlichen variablen oder die durchschnittlichen gesamten Kosten.¹⁵³ Sie entsprechen letztendlich genau denjenigen Kostenbestandteilen, die bei einer Behinderungsstrategie auch in tatsächlicher Weise anfallen. Ein missbräuchliches Verhalten wäre demnach immer dann zu konstatieren, wenn die Preise unterhalb der durchschnittlichen inkrementellen Kosten liegen.

E. Entwicklung in der Rechtsprechung

I. Entscheidung in der Sache AKZO

Die zentrale Grundlage für die kartellrechtliche Beurteilung von Kampfpreisstrategien unter der Berücksichtigung von Kostenkriterien ist im Urteil des EuGH vom 03.07.1991 in der Sache AKZO¹⁵⁴ zu sehen. Der EuGH bestätigte im Ergebnis letztendlich die Entscheidung der Kommission¹⁵⁵ vom 14.12.1985, die zuvor auf plausible Weise eine unzulässige Kampfpreisstrategie seitens des Unternehmens AKZO identifiziert hatte und sich daraufhin für eine Geldbuße in Höhe von 10 Mio ECU¹⁵⁶ aussprach. Die tatsächliche Geldbuße setzte der EuGH allerdings auf 7,5 Mio ECU herab.¹⁵⁷

1. Fallgestaltung

Das Unternehmen AKZO war in seiner Geschäftsstruktur auf die Herstellung organischer Peroxide spezialisiert. Organische Peroxide – hier insbesondere Benzoylperoxid – sind wichtige Bestandteile im Rahmen der Kunststoffherzeugung. Gleichzeitig werden sie aber auch als Bleichmittel bei der Mehlherstellung eingesetzt. Die unternehmerische Tätigkeit von AKZO

¹⁵³ Zustimmend Schmidt/Voigt, Der „more economic approach“ in der Missbrauchsaufsicht, WuW 2006, 1097, 1099 ff; Schulz, Wettbewerbspolitik, Kapitel VII.5, S. 173.

¹⁵⁴ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359.

¹⁵⁵ Kommission, Entscheidung vom 14.12.1985 – ECS/AKZO, ABl. vom 31.12.1985, Nr. L 374/1.

¹⁵⁶ Die virtuelle europäische Währung ECU (=European Currency Unit) war in der Zeit von 1979 bis 1998 die Rechnungseinheit der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union. Am 01.01.1999 wurde sie im Umrechnungsverhältnis 1:1 durch den Euro ersetzt.

¹⁵⁷ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991 I-3359, Tz. 164.

bestand vorrangig in der Bereitstellung dieser organischen Peroxide für die europäische Kunststoffindustrie. Auf diesem Markt hatte das Unternehmen eine beherrschende Stellung inne.¹⁵⁸ Darüber hinaus belieferte AKZO, ebenso wie sein Wettbewerber ECS, diverse britische bzw. irische Mühlen mit organischen Peroxiden für Mehlzusätze. ECS war ein kleineres Unternehmen, das bis dato ausschließlich auf dem eher lokalen britischen bzw. irischen Markt für Mehlzusätze tätig war. Nachdem sich nun ECS dazu entschloss, seine Produktpalette auszuweiten, um grundsätzlich auch den europäischen Kunststoffsektor bedienen zu können, reagierte AKZO mit einer Niedrigpreisstrategie auf dem britischen bzw. irischen Markt für Mehlzusätze in Form einer selektiven Preisabsenkung gegenüber Kunden von ECS. Sinn und Zweck dieser Strategie war, das konkurrierende Unternehmen ECS davon abzuhalten, seine Tätigkeit im Bereich der organischen Peroxide für den Kunststoffsektor auszubauen. Auf diesem Markt wollte AKZO unter allen Umständen seine marktbeherrschende Stellung behalten.

Da es sich in diesem Zusammenhang um zwei gesonderte Produktmärkte handelte, stellte das Gericht zunächst einmal fest, dass etwaige Kampfpreisstrategien auch dann kartellrechtlich zu beanstanden seien, wenn das marktbeherrschende Unternehmen zwar nur auf einem Markt seine Wettbewerber aktiv verdrängen oder disziplinieren will, den anderen Markt dafür jedoch in dieses Vorhaben miteinbezieht.¹⁵⁹ Weiterhin führte es aus, dass nicht jeder Preiswettbewerb aus kartellrechtlicher Sicht als zulässig eingestuft werden könne. Dies sei vielmehr nur dann anzunehmen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen gegenüber seinen Konkurrenten nicht in irgendeiner Form Mittel anwendet, die denjenigen des Leistungswettbewerbs entgegenstehen.¹⁶⁰

2. Objektive Kostenermittlung

Im Rahmen seiner kostenorientierten Missbrauchsanalyse bediente sich der EuGH zunächst den von *Areeda* und *Turner* formulierten Erkenntnissen. Ausgehend von dieser theoretischen Grundlage entwickelte er einen praktischen Ansatz, der sich gemeinhin in *zwei Fallgruppen* untergliedert.

¹⁵⁸ AKZO besitzt neben einem besonders hohen Marktanteil in Höhe von 50 % auch die breiteste Produktpalette, die am weitesten entwickelte Vertriebsorganisation, führendes Know-how in Bezug auf Sicherheit, Toxikologie, usw.; siehe EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991 I-3359, Tz. 56 ff.; Kommission, Entscheidung vom 14.12.1985 – ECS/AKZO, ABl. vom 31.12.1985, Nr. L 374/1, Tz. 68 f.

¹⁵⁹ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991 I-3359, Tz. 35 ff.; zusammenfassend Pries, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.II.2.a, S. 48 mit weiteren Nachweisen.

¹⁶⁰ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991 I-3359, Tz. 7, 70; EuGH vom 02.04.2009, Rs. C-202/07 P – France Télécom/Kommission, Slg. 2009, I-2369, Tz. 106; dazu auch Pries, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.II.2.a, S. 48; Ondrejka, Deutsches und europäisches Kartellrecht unter Berücksichtigung des "more economic approach", Kapitel VIII.E.1.a, S. 143.

Die erste Fallgruppe umfasst dabei diejenigen Sachverhalte, in denen Preise gefordert werden, die *unterhalb* der *durchschnittlichen variablen Kosten* liegen. Eine derartige Preisgestaltung ist nach Ansicht des EuGH per se als missbräuchlich im Sinne des Art. 102 AEUV zu werten, da weder die variablen noch die fixen Kosten vollständig gedeckt sind und somit keinerlei Beiträge zur Kostendeckung geleistet werden.¹⁶¹ Dies stehe daher jeglichem vernünftigen wirtschaftlichen Verhalten entgegen.

Die zweite Fallgruppe umfasst hingegen diejenigen Sachverhalte, in denen Preise festgelegt werden, die zwar *oberhalb* der *durchschnittlichen variablen Kosten* liegen, sich aber immer noch *unterhalb* der *durchschnittlichen Gesamtkosten* befinden. In diesem Zusammenhang nimmt der EuGH einen Missbrauch gemäß Art. 102 AEUV ausschließlich dann an, wenn die Preissetzung gezielt dazu eingesetzt wird, Konkurrenten vom Markt zu verdrängen, sozusagen eine *Verdrängungsabsicht* besteht.¹⁶² Ein solcher Plan zur Konkurrenzausschaltung muss jedoch stets gesondert nachgewiesen werden.

Uneinigkeit herrschte im vorliegenden Fall jedoch bei der Abgrenzung von fixen gegenüber variablen Kosten.¹⁶³ Konkret handelte es sich dabei um die Posten Arbeitskräfte, Wartung, Lagerhaltung sowie Versand. Diese wurden von AKZO prinzipiell als Fixkosten klassifiziert, während sie nach Ansicht der Kommission viel eher den variablen Kosten zugerechnet werden müssten.¹⁶⁴ Die Posten Rohmaterial, Energie, Verpackung oder Transport wurden hingegen von beiden Parteien unstreitig den variablen Kosten zugeordnet. Ausführlich – aber stellvertretend für sämtliche unterschiedlich behandelten Posten – ging der EuGH im Kontext seiner Prüfung lediglich auf die Zuordnung von Arbeitskosten ein. Hierbei machte er deutlich, dass eine exakte Zuordnung nicht ohne Weiteres erfolgen könne. Vielmehr sei zunächst die strittige Frage zu prüfen, ob die Kosten für Arbeitskräfte je nach produzierter Menge variierten oder nicht. Aus den von AKZO vorgelegten Zahlen ging in dieser Hinsicht deutlich hervor, dass die Ausbringungsmenge beispielsweise in den Jahren 1982 und 1983 stieg, während die Arbeitskosten inflationsbereinigt sanken oder – unter umgekehrten Vorzeichen – die Ausbringungsmenge in den Jahren 1983 und 1984 sank, während die Arbeitskosten inflations-

¹⁶¹ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 7, 71; Kopp, Kostengesichtspunkte in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle, I. Teil B. II., S. 56.

¹⁶² EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 7, 72; Möschel, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“, JZ 2009, 1040, 1044; Joskow/Klevorick, A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, YLJ 1979, 213, 213 ff.; und Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 168.

¹⁶³ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 90 ff.

¹⁶⁴ Kommission, Entscheidung vom 14.12.1985 – ECS/AKZO, ABl. vom 31.12.1985, Nr. L 374/1 Tz. 54; auch EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 91.

bereinigt stiegen.¹⁶⁵ Dementsprechend war in diesem Fall kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen produzierter Menge und Arbeitskosten ersichtlich. Der EuGH schloss sich daher der Kostenklassifizierung des Unternehmens AKZO an.¹⁶⁶

Anhand einer detaillierten Gegenüberstellung der durchschnittlichen variablen und gesamten Kosten sowie der Preise konnte der EuGH letztendlich eine Auswertung vornehmen. Er kam dabei zu dem Ergebnis, dass die Preise teilweise unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten lagen (*erste Fallgruppe*), viel häufiger jedoch im Bereich oberhalb der durchschnittlichen variablen Kosten, aber unterhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten (*zweite Fallgruppe*).¹⁶⁷ Hinsichtlich der letztgenannten Fälle wurde zudem eine Verdrängungsabsicht ermittelt, so dass das festgelegte Preisniveau als KampfpPreisstrategie zu werten war.

Mit der AKZO-Entscheidung hat der EuGH neue Maßstäbe gesetzt. Er führte eine kostenorientierte *Zweistufenprüfung* ein, die auch heutzutage noch Gültigkeit besitzt, wenngleich auch in modifizierter Form.¹⁶⁸

3. Subjektiver Nachweis der Verdrängungsabsicht

Im vorliegenden Fall hatte sowohl die Kommission als auch der EuGH den *direkten* Nachweis der Verdrängungsabsicht in Form einer Einschüchterungsstrategie des marktbeherrschenden Unternehmens AKZO gegenüber seinem potentiellen Wettbewerber ECS bejaht.¹⁶⁹

Zur Begründung verwiesen Kommission und EuGH auf die Auswertung interner Dokumente. Dabei handelte es sich insbesondere um Ausführungen leitender Angestellter, die neben der Erstellung wortgetreuer *Sitzungsprotokolle* auch *Vermerke* tätigten, die keinerlei Zweifel an einer aktiven Verdrängungspolitik ließen.¹⁷⁰ Eine nicht minder gewichtige Rolle spielte darüber hinaus die *eidesstattliche Versicherung* eines führenden AKZO-Mitarbeiters im Rahmen eines nationalen Eilverfahrens vor dem High Court in London.¹⁷¹ Auf diese Weise konnten letztendlich Gespräche zwischen den Wettbewerbern nachgewiesen werden, in denen AKZO explizit mit dem Einsatz verlustbringender Preissenkungen für Mehlzusätze drohte, sofern sich ECS nicht aus dem europäischen Markt der organischen Peroxide für die

¹⁶⁵ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 95.

¹⁶⁶ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 96.

¹⁶⁷ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 89, 97, 100, 105; zur tabellarischen Darstellung siehe ferner Pries, KampfpPreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.II.2.a.aa, S. 50.

¹⁶⁸ Pries, KampfpPreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.II.2, S. 47; ebenso Lange, KampfpPreisstrategien (predatory pricing) im europäischen Kartellrecht, ZHR 2005, 495, 500 f.

¹⁶⁹ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 78 ff.; Kommission, Entscheidung vom 14.12.1985 – ECS/AKZO, ABl. vom 31.12.1985, Nr. L 374/1 Tz. 82.

¹⁷⁰ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 78.

¹⁷¹ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 80.

Kunststoffindustrie zurückziehen würde.¹⁷²

Zusätzlich zu den in Gesprächen und Sitzungen geäußerten Drohungen belegten auch einseitige Verhaltensweisen des Unternehmens AKZO die verfolgte aktive Verdrängungspolitik. So wurde beispielsweise in einem eigenständigen Vermerk ein *substanzieller Plan* entwickelt, der gezielt darauf ausgerichtet war, sämtliche Kunden des Wettbewerbers ECS – gesetzt den Fall ECS würde weiterhin im europäischen Markt verbleiben – abzuwerben.¹⁷³ Auf diese Weise machte AKZO zweifelsfrei deutlich, dass sie grundsätzlich die Strategie verfolgte, dem Konkurrenzunternehmen zu schaden und nicht, wie angegeben, eine allgemeine Politik günstiger Preise zur Wiederherstellung von Gewinnspannen zu betreiben.¹⁷⁴

Bestätigung erfuhr die Haltung von Kommission und EuGH durch eine ganze Reihe sogenannter kostenunabhängiger Verdrängungsindizien.¹⁷⁵ Dementsprechend konnte die Verdrängungsabsicht auch *indirekt* nachgewiesen werden.

In diesem Zusammenhang stellte sich zunächst heraus, dass AKZO auf dem britischen bzw. irischen Markt eine an sich unrentable *Lockpreispolitik* verfolgte, da das Unternehmen zusätzlich zu ihren Standardprodukten auch diverse Vitaminmischungen angeboten hatte.¹⁷⁶ So war es problemlos möglich, das zugrunde liegende Sortiment gegenüber den Konkurrenten deutlich attraktiver zu gestalten, zumal dafür auch ein unangemessen niedriger Preis angesetzt wurde, der deutlich unterhalb der variablen Kosten lag. Erschwerend kam hier noch hinzu, dass die gesamten beanstandeten Preissenkungen nicht nur vorübergehend, sondern über einen längeren Zeitraum praktiziert wurden.¹⁷⁷

Ein weiteres Indiz für die Verdrängungsabsicht war die *selektive Preisgestaltung* AKZOs, die stets zu Lasten des Wettbewerbers ECS angewendet wurde. Kommission und EuGH sahen es gleichermaßen als erwiesen an, dass AKZO ausschließlich den Kunden von ECS entsprechende Niedrigpreisangebote unterbreitet hatte.¹⁷⁸ Die eigene Stammkundschaft musste hingegen bis zu 60% höhere Preisen zahlen. Außerdem hatte AKZO bei ECS-Kunden gezielt Informationen über etwaige Aktionspreise eingeholt, um anschließend missbräuchliche *Alleinbezugsverträge* vereinbaren zu können.¹⁷⁹

Betrachtet man sämtliche von AKZO ergriffene direkte und indirekte Maßnahmen in ihrer

¹⁷² Kommission, Entscheidung vom 14.12.1985 – ECS/AKZO, ABl. vom 31.12.1985, Nr. L 374/1 Tz. 32 ff.

¹⁷³ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 81.

¹⁷⁴ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 102, 108, 115; Pries, Kampfpfeissmissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 B.I.1.a, S. 121 ff.

¹⁷⁵ Siehe etwa Pries, Kampfpfeissmissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 B.I.1.a, S. 121 f.

¹⁷⁶ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 126, 129 f.

¹⁷⁷ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 140, 146.

¹⁷⁸ Kommission, Entscheidung vom 14.12.1985 – ECS/AKZO, ABl. vom 31.12.1985, Nr. L 374/1 Tz. 82; ebenso EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 9.

Summe und Häufigkeit, gelangt man zu der Erkenntnis, dass eine Strategie gewählt wurde, die einzig und allein darauf ausgerichtet war, den Wettbewerber ECS vom europäischen Markt der Kunststoffindustrie zu verdrängen. Entsprechend war eine Verdrängungsabsicht auch nicht von der Hand zu weisen.

II. Entscheidung in der Sache Tetra Pak

In seinem Urteil vom 14.11.1996 in der Sache Tetra Pak¹⁸⁰ bekannte sich der EuGH strukturell zu den Bewertungsmaßstäben, die er zuvor im Fall AKZO festgelegt hatte.¹⁸¹ Gemessen an diesen Maßstäben teilte er die Ansicht von Kommission¹⁸² und EuG¹⁸³, Tetra Pak würde seine marktbeherrschende Stellung durch den Ansatz unangemessen niedriger Preise für Kartonverpackungen bzw. dafür vorgesehener Verpackungs- und Abfüllmaschinen ausnutzen.¹⁸⁴ Ein entsprechendes Rechtsmittel des genannten Unternehmens gegen die Kommissionsentscheidung sowie das EuG-Urteil wies er indes vollumfänglich ab. Die von der Kommission ermittelte Geldbuße in Höhe von 75 Mio ECU blieb bestehen.¹⁸⁵

1. Fallgestaltung

Die Geschäftspolitik des Unternehmens Tetra Pak war ausgerichtet auf die Herstellung von Verpackungen für flüssige und halbflüssige Nahrungsmittel, in erster Linie Milch, sowie die Herstellung der dazugehörigen Verpackungs- und Abfüllanlagen.¹⁸⁶ Ihr Tätigkeitsspektrum reichte dabei von der nicht-aseptischen Abfüllung frischer Getränke bis hin zur aseptischen Abfüllung von Getränken mit langer Haltbarkeit. Eine marktbeherrschende Stellung unterhielt Tetra Pak in beiden Bereichen. Im aseptischen Sektor verfügte sie über einen Marktanteil von etwa 90 bis 95%, im nicht-aseptischen Sektor über einen Marktanteil von knapp 50 bis 55%.¹⁸⁷ Während sie sich – bedingt durch den hohen Marktanteil – im aseptischen Sektor

¹⁷⁹ EuGH vom 03.07.1991, Rs. C-62/86 – AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Tz. 147 ff.

¹⁸⁰ EuGH vom 14.11.1996, Rs. C-333/34 P – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951.

¹⁸¹ Siehe dazu insbesondere Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 169.

¹⁸² Kommission, Entscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1.

¹⁸³ EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755.

¹⁸⁴ EuGH vom 14.11.1996, Rs. C-333/34 P – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951, Tz. 39 ff.; EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Tz. 152, 192, 203; Kommission, Entscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Tz. 150 ff., 157 ff., 170.

¹⁸⁵ EuGH vom 14.11.1996, Rs. C-333/34 P – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951, Tz. 2; EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Tz. 1, 247; Kommission, Entscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Artikel 2.

¹⁸⁶ Etwa 90% des Umsatzes entfielen auf den Kartonssektor, die verbleibenden 10% auf Verpackungs- bzw. Abfüllanlagen und damit verbundenen Tätigkeiten. Siehe dazu EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Tz. 3; Kommission, Entscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Tz. 1.

¹⁸⁷ EuGH vom 14.11.1996, Rs. C-333/34 P – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951, Tz. 2; EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Tz. 13 f.; Kommission, Entscheidung vom

nahezu konkurrenzlos bewegen konnte, hatte sie im nicht-aseptischen Sektor mit dem Unternehmen Elopak (Marktanteil: ca. 27%) ihren größten Konkurrenten. Um ihre eigene Position zu stärken reagierte Tetra Pak, zumindest auf dem italienischen Markt, mit einer komplexen Niedrigpreisstrategie für eine bestimmte Art von Kartons, den sogenannten "Rex"-Kartons, und setzte bei der Lieferung der Abfüllanlagen für diese Kartons unlautere Vertragsbedingungen durch.¹⁸⁸ Darüber hinaus begegnete sie – zumindest in Teilen – mit unangemessen niedrigen Preisen für Verpackungs- und Abfüllmaschinen, insbesondere auf dem britischen sowie italienischen Markt.¹⁸⁹

Mit dieser strategischen Ausrichtung verfolgte Tetra Pak ein doppeltes Ziel. Einerseits versuchte das Unternehmen den Markteintritt potentieller Wettbewerber im aseptischen Sektor zu verhindern, andererseits aber auch ihre marktbeherrschende Stellung im nicht-aseptischen Sektor weiter auszubauen.

2. Objektive Kostenermittlung

Bezüglich der objektiven Kostenermittlung schlug die Kommission im Gegensatz zur grundlegenden AKZO-Entscheidung eine etwas andere Vorgehensweise ein. Anstatt weiterhin die entsprechenden Produktpreise den jeweils entstandenen Kosten gesondert gegenüber zu stellen, betrachtete sie vielmehr die einzelnen Handelsspannen der zugrunde liegenden Produktbereiche.¹⁹⁰ Dabei unterschied sie vor allem zwischen *Nettospannen* (Differenz zwischen dem erzielten Preis und den gesamten Kosten) und *Bruttospannen* (Differenz zwischen dem erzielten Preis und den variablen Kosten). Keine wesentliche Rolle spielten hingegen die ebenfalls ausdrücklich benannten *Halbbruttospannen* (Differenz zwischen dem erzielten Preis und den direkten sowie indirekten Kosten¹⁹¹).

Anders als das EuG orientierte sich der EuGH in seinen Ausführungen nicht an der modifizierten Vorgehensweise der Kommission. Aus diesem Grund übertrug er die Darstellung der unterschiedlichen Handelsspannen in die bewährte Struktur der Zweistufenprüfung.¹⁹² Dabei

24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Tz. 12 f.

¹⁸⁸ Siehe im Wesentlichen Kommission, Entscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Tz. 169 f.

¹⁸⁹ Siehe insbesondere Kommission, Entscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Tz. 169 f.

¹⁹⁰ Siehe dazu die detaillierte Auflistung der Handelsspannen für verschiedene Produkte von Tetra Pak und Tetra Pak Italien, in der Kommissionsentscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Anhang 3.3 bis 3.5 und Anhang 4.3 bis 4.5.

¹⁹¹ Während sich die direkten Kosten exakt einem bestimmten Produkt zuordnen lassen, können indirekte Kosten nur anteilmäßig anhand eines speziellen Verteilungsschlüssels zugerechnet werden; vgl. dazu auch Pries, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.II.2.b.aa, S. 53 f. mit Hinweis auf die Kommissionsentscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Tz. 49 (Fn. 29).

¹⁹² EuGH vom 14.11.1996, Rs. C-333/34 P – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951, Ls. 4, Tz. 41.

vermied er es, die von der Kommission und dem EuG geprägten Begriffe zu übernehmen und stellte stattdessen auf die Gepflogenheiten des AKZO-Urteils ab. Entsprechend führte er nochmals explizit auf, dass Preise, die unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten liegen (in der Terminologie der Kommission also eine negative Bruttospanne aufweisen), stets einen missbräuchlichen Charakter im Sinne des Art. 102 AEUV dokumentieren, da in derartigen Fällen kein anderes wirtschaftliches Ziel denkbar sei als die Verdrängung von Konkurrenten.¹⁹³ Punktuell abweichend gestaltet sich die Situation für Preise, die zwar oberhalb der durchschnittlichen variablen Kosten, aber immer noch unterhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten liegen (in der Terminologie der Kommission also eine negative Nettospanne aufweisen). Hier dürfe ein missbräuchliches Verhalten nach Art. 102 AEUV nur dann angenommen werden, wenn zusätzlich die Absicht zur Verdrängung seitens des marktbeherrschenden Unternehmens besteht.¹⁹⁴ Auf eine realistische Chance zur Verdrängung soll es hingegen nicht ankommen.¹⁹⁵

Im vorliegenden Fall kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass sowohl Preise der ersten wie auch der zweiten Fallgruppe vorlagen.¹⁹⁶ Außerdem wurde im Hinblick auf die zweite Fallgruppe eine Verdrängungsabsicht festgestellt. Die vorherrschende Strategie war daher stets als Kampfpreisstrategie zu werten.

3. Subjektiver Nachweis der Verdrängungsabsicht

In Anlehnung an die AKZO-Entscheidung stellten Rechtsprechung und Kommission auch im vorliegenden Fall auf die sogenannte kostenorientierte Zweistufenprüfung ab. Diesbezüglich sahen sie es als erwiesen an, dass eine Verdrängungsabsicht auf Seiten des Unternehmens Tetra Pak zugrunde gelegen hatte.

Der *direkte* Nachweis der Verdrängungsabsicht stützte sich größtenteils auf Berichte des Verwaltungsrates von Tetra Pak Italia. Darin wurde u. a. schriftlich festgehalten, dass *erhebliche finanzielle Einbußen* bei Preisen und Lieferbedingungen in Kauf genommen werden müssten, um die Konkurrenz, im Wesentlichen Elopak, zu bekämpfen.¹⁹⁷ Darüber hinaus

¹⁹³ EuGH vom 14.11.1996, Rs. C-333/34 P – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951, Ls. 4, Tz. 41; ebenso EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Ls. 8, Tz. 148, 189.

¹⁹⁴ EuGH vom 14.11.1996, Rs. C-333/34 P – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951, Ls. 4, Tz. 41; EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Ls. 8, Tz. 149, 190.

¹⁹⁵ EuGH vom 14.11.1996, Rs. C-333/34 P – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951, Tz. 44; siehe dazu auch Ondrejka, Deutsches und europäisches Kartellrecht unter Berücksichtigung des "more economic approach", Kapitel VIII.E.1.b, S. 145.

¹⁹⁶ EuGH vom 14.11.1996, Rs. C-333/34 P – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951, Tz. 42 ff.; EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Tz. 150 f., 189 f., 202; Kommission, Entscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Tz. 149, 157, 170.

¹⁹⁷ EuGH vom 14.11.1996, Rs. C-333/34 P – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951, Tz. 42; EuG vom

konnten weitere Unterlagen sichergestellt werden, die diese Belege untermauerten. Aus diesen Unterlagen ging beispielsweise hervor, dass Mitarbeiter *gezielt* dazu eingesetzt wurden, Kunden größerer Konkurrenten abzuwerben, indem sie die jeweiligen Konkurrenzpreise direkt vor Ort erfragten und dann umgehend ein niedrigeres Angebot abgaben.¹⁹⁸ Bei eigenen Kunden wurde der Kauf alter Verpackungs- oder Abfüllmaschinen dagegen von Zusagen abhängig gemacht, entsprechende Maschinen der Konkurrenten entweder zurückzugeben oder zumindest nicht mehr zu benutzen.¹⁹⁹ Auf diese Weise konnte letztendlich auch verhindert werden, dass “Resolvo”-Verpackungsmaschinen – mangels ausreichender Testmöglichkeiten – als alternatives Verpackungssystem eingeführt wurde.²⁰⁰ Außerdem wurde festgestellt, dass Tetra Pak, aufgrund einer *mündlichen Exklusivitätsvereinbarung* mit der wichtigsten Fachzeitung für die milchverarbeitende Industrie in Italien (“Il mondo del latte”), eine monopolartige Stellung in der Werbung eingenommen hatte.²⁰¹

Den *indirekten* Nachweis der Verdrängungsabsicht leiteten EuG und Kommission hingegen aus einer Vielzahl gewichtiger Indizien ab. Maßgeblich hierfür waren jeweils *Dauer*, *Beständigkeit* und *Umfang* der Niedrigpreissetzung auf den betroffenen Märkten.²⁰² Nach diesen Vorgaben war z. B. ersichtlich, dass die *Preise für Kartonverpackungen* in Italien um 20% bis 50% unter denjenigen in sämtlichen anderen Mitgliedstaaten der EU lagen.²⁰³ Für einen Preisunterschied in dieser Größenordnung fehlte jedoch jegliche wirtschaftliche Erklärung.²⁰⁴ So konnte das Preissetzungsverhalten Tetra Paks auch nicht als reines Anpassungsverhalten an den Preis von Elopak gewertet werden. Vielmehr wurde ein Niveau erreicht, das den Konkurrenzpreis deutlich (um ca. 30%) unterbot und somit den Verdrängungseffekt noch zusätzlich verstärkte.²⁰⁵ Diese Situation nötigte Elopak letztendlich sogar dazu, eine an sich fertig gestellte Kartonfabrik in Pisa gar nicht erst in Betrieb zu nehmen.²⁰⁶ Ebenso belegten Nachforschungen der Kommission, dass Tetra Pak *alte Maschinen von Wettbewerbern* ohne signi-

06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Tz. 151; Kommission, Entscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Tz. 69 f.

¹⁹⁸ Kommission, Entscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Tz. 72.

¹⁹⁹ EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Tz. 212; Kommission, Entscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Tz. 73, 79.

²⁰⁰ EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Tz. 212; Kommission, Entscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Tz. 79 ff.; zur systematischen Verhinderung von Testmöglichkeiten siehe auch Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 22.

²⁰¹ EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Tz. 212; Kommission, Entscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Tz. 75, 165.

²⁰² EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Tz. 151, 190.

²⁰³ EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Tz. 151.

²⁰⁴ EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Tz. 170; Kommission, Entscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Tz. 105, 154.

²⁰⁵ EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Tz. 151.

²⁰⁶ Kommission, Entscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Tz. 151.

fikanten Restwert, zu völlig überhöhten Preisen abkaufte.²⁰⁷ Der anschließende Verkauf eigener Maschinen war daher gleichzusetzen mit einem erheblichen Preisnachlass.

Ein weiteres Indiz für die Verdrängungswirkung ließ sich aus dem britischen Markt ableiten. Hier wurde beim *Verkauf der Verpackungs- und Abfüllmaschinen* ein derart niedriges Preisniveau veranschlagt, dass es für etwaige Konkurrenten schlichtweg nicht mehr möglich war, weiterhin auf diesem Terrain profitabel tätig zu sein. Ersichtlich wurde dies vor allem bei der Betrachtung der EU-weiten Wachstumsraten. Diese lag in Großbritannien sieben Mal höher als in allen anderen Mitgliedstaaten zusammen.²⁰⁸

Außerdem deuten die zahlreichen, von Tetra Pak ausgearbeiteten *Exklusivbindungen* ebenfalls auf eine Verdrängungsabsicht hin. Diese richteten sich vor allem auf den Bezug von Reparaturleistungen, Hilfeleistungen, Schulungen, o. ä. Sie richteten sich aber auch darauf, dass Tetra Pak-Verpackungen nur von Tetra Pak-Maschinen befüllt werden dürfen – und umgekehrt Tetra Pak-Maschinen auch nur Tetra Pak-Verpackungen befüllen dürfen.²⁰⁹

Aufgrund dieser Ausführungen wurde festgestellt, dass das Unternehmen Tetra Pak sowohl Kartonverpackungen – zumindest in Italien – als auch Verpackungs- bzw. Abfüllmaschinen – zumindest in Italien und Großbritannien – zu unangemessen niedrigen Preisen angeboten hatte. Im Ergebnis konnte daher die Annahme der Verdrängungsabsicht zweifelsfrei nachgewiesen werden.

III. Entscheidung in der Sache Wanadoo Interactive

Der aktuellste Fall, in dem sich die europäischen Behörden mit dem Thema der Kampfpreisbestimmung auseinandersetzen mussten, betrifft die Entscheidung France Télécom bzw. Wanadoo Interactive.²¹⁰ Hier wurden einerseits die bisher formulierten Bewertungsmaßstäbe bezüglich des AKZO- und des Tetra Pak-Falles erneut zugrunde gelegt, andererseits aber auch einige neue Aspekte für den Bereich der Kampfpreisbestimmung herausgestellt. Die einschlägige EuGH-Entscheidung erging am 02.04.2009²¹¹ und bestätigte die Entscheidungen von

²⁰⁷ EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Tz. 202 f.; Kommission, Entscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Tz. 68.

²⁰⁸ EuGH vom 14.11.1996, Rs. C-333/34 P – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951, Tz. 43; EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Tz. 191; Kommission, Entscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Tz. 55.

²⁰⁹ EuGH vom 14.11.1996, Rs. C-333/34 P – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951, Tz. 2, 34 ff.; EuG vom 06.10.1994, Rs. T-83/91 – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Tz. 12, 135, 137; Kommission, Entscheidung vom 24.07.1991 – Tetra Pak II, ABl. vom 18.03.1992, Nr. L 72/1, Tz. 23 ff.

²¹⁰ Wanadoo Interactive war ursprünglich ein rechtlich selbstständiges Tochterunternehmen der France Télécom. Nach der Verschmelzung im Jahre 2004 ist France Télécom jedoch Rechtsnachfolgerin von Wanadoo Interactive geworden.

²¹¹ EuGH vom 02.04.2009, Rs. C-202/07 P – France Télécom/Kommission, Slg. 2009, I-2369.

EuG²¹² und Kommission²¹³ vollumfänglich. Die Geldbuße belief sich daher auf 10,35 Mio Euro.²¹⁴

1. Fallgestaltung

Die Unternehmensgrundlage von Wanadoo Interactive war zu wesentlichen Teilen, neben der Herausgabe von Telefonbüchern, ausgerichtet auf der Bereitstellung des breitbandigen Internetzugangs für Privatkunden auf dem französischen Markt. Explizit in diesem Markt untersuchte die Kommission die Preisgestaltung gegenüber den jeweiligen Kunden.

Im Zuge der Ermittlungen reifte dabei die Erkenntnis, dass Wanadoo Interactive – zum Zeitpunkt der Untersuchung noch mittelbare Tochtergesellschaft von France Télécom²¹⁵ – für seine Dienste eXtense sowie Wanadoo ADSL Preise festlegte, die einzig und allein darauf ausgerichtet waren, den gerade im Aufbau befindlichen Markt für breitbandige Internetzugänge zu vereinnahmen.²¹⁶ Bestätigung fand diese Erkenntnis vor allem durch entsprechende Entwicklungen im Bereich der Marktanteile. Diesbezüglich konnte Wanadoo Interactive seinen Marktanteil in Höhe von etwa 50% zu Beginn der Untersuchung auf bis zu 80% ausbauen.²¹⁷ Unzweifelhaft war daher das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Das zugrunde liegende Preisniveau war demnach strikt als Kampfpreismissbrauch zu klassifizieren.²¹⁸ Diesen Ausführungen schlossen sich nach eingehender Überprüfung letztendlich auch das EuG und der EuGH an.

2. Objektive Kostenermittlung

Im vorliegenden Fall war die kostenorientierte Missbrauchsanalyse sehr stark geprägt von der unterschiedlichen Auslegung der jeweiligen objektiven Kriterien. Konkret handelte es sich um die Einteilung der Kostenbestandteile in variable und fixe Kosten.²¹⁹ Diesbezüglich stan-

²¹² EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107.

²¹³ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005.

²¹⁴ EuGH vom 02.04.2009, Rs. C-202/07 P – France Télécom/Kommission, Slg. 2009, I-2369, Tz. 3; EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 6; Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 409, 414.

²¹⁵ Der Umfang der Beteiligung belief sich im Untersuchungszeitraum auf 70 bis 72%. Siehe dazu auch die Entscheidung der Kommission vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 6; EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 2.

²¹⁶ So im Ergebnis Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 368; siehe auch EuGH vom 02.04.2009, Rs. C-202/07 P – France Télécom/Kommission, Slg. 2009, I-2369, Tz. 3.

²¹⁷ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 4, 211 f.

²¹⁸ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 368.

²¹⁹ Ausführlich Pries, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.II.2.c, S. 58 f.

den sich die Ansichten der Kommission und der Wanadoo Interactive in unvereinbarer Weise gegenüber.

Die Kommission ermittelte die Kosten anhand der Buchführung von Wanadoo Interactive und unterschied dabei im Wesentlichen zwischen drei Gruppen. Im Einzelnen waren dies *Netzkosten*, *Kosten für Akquisition und Kundengewinnung* sowie *andere Produktionskosten*. Unter der Rubrik *Netzkosten* wurden all diejenigen Kosten aufgeführt, die Wanadoo Interactive an seinen Mutterkonzern, France Télécom, für die Bereitstellung des erforderlichen Leitungssystems entrichten musste.²²⁰ Sie umfassten vor allem DSL-Zugangsgebühren, Routinggebühren sowie Kosten für die internationale Anbindung außerhalb der eigenen Plattform. Demgegenüber beinhalteten die *Kosten für Akquisition und Kundengewinnung* allgemeine Werbekosten, Aufwendungen für Verkaufsorganisationen, Anschlussgebühren, Kosten zur Verkaufsförderung, Kosten für Anschlusszubehörsets sowie andere Strukturkosten.²²¹ Diese Kosten fielen regelmäßig nur einmal an und dienten entweder dazu, das Interesse auf das Produkt zu lenken oder aber den Anschluss einzurichten.²²² Außerdem wurden unter der Bezeichnung *andere Produktionskosten* die Plattformkosten sowie die Kosten für Kundendienst, Kundenverwaltung und Kundenbindung zusammengefasst.²²³

Von ihrer Struktur her waren sowohl die Netzkosten als auch die meisten der anderen Produktionskosten entweder an die Zahl der Internetteilnehmer oder an das Datenvolumen gebunden, d. h. sie variierten je nach Produktionsmenge. Dementsprechend wurden sie auch unstreitig von allen Parteien den variablen Kosten zugeordnet.²²⁴ Uneinigkeit zwischen Kommission und Wanadoo Interactive herrschte hingegen bei der Zuordnung der einmalig anfallenden Kosten für Akquisition und Kundengewinnung.²²⁵ Diese Kosten stufte die Kommission ebenfalls als variable Kosten ein und begründete dies damit, dass zur Gewinnung neuer Kunden gezielte Werbekampagnen eingesetzt wurden.²²⁶ Währenddessen vertrat Wanadoo Interactive die entgegengerichtete Position und hielt die streitigen Kosten für fix. Wanadoo Interactive berief sich dabei im Wesentlichen auf zwei vorangegangene Entscheidun-

²²⁰ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 45 ff.

²²¹ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 61 ff.

²²² Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 61.

²²³ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 69.

²²⁴ So auch Pries, *Kampfpfeissmissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht*, Kapitel 3 A.II.2.c, S. 58.

²²⁵ Pries, *Kampfpfeissmissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht*, Kapitel 3 A.II.2.c, S. 58; O'Donoghue/Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Kapitel 5.3.1, S. 247.

²²⁶ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 64.

gen der Kommission²²⁷ über Unternehmenszusammenschlüsse, in denen derartige Kosten als verlorene Fixkosten klassifiziert wurden.²²⁸

Bedingt durch die vorherrschende Uneinigkeit ging die Kommission im Rahmen ihrer Kostenanalyse modifizierte Wege. Zwar orientierte sie sich einerseits an der in den Fällen AKZO und Tetra Pak entwickelten Zweistufenprüfung, andererseits berücksichtigte sie aber auch die besondere Marktlage des dargebotenen Einzelfalles. Im Ergebnis trug sie damit der Tatsache Rechnung, dass es sich um einen *jungen, innovativen Markt* handelte, der sich noch in der Aufbauphase befand.²²⁹ Daher konnte es auch keinesfalls das Ziel sein, kurzfristig bereits eine vollständige Deckung der Gesamtkosten zu erreichen. Vielmehr musste in Anbetracht von teils erheblichen Anfangsinvestitionen ein bestimmter Kostenanteil erst nach einer gewissen Amortisationsphase gedeckt sein.²³⁰ Hierunter fielen u. a. die einmaligen Aufwendungen für Akquisition und Kundengewinnung.

Nach dem Ansatz der Kommission musste Wanadoo Interactive zunächst eine ausreichende Deckung der wiederkehrenden Kosten – also der Netz- und Produktionskosten – anstreben, so dass im Anschluss daran die erzielten positiven Deckungsbeiträge mit den einmalig anfallenden Kosten – also den Kosten für Akquisition und Kundengewinnung – verrechnet werden konnten, und zwar innerhalb eines vernünftigen Zeitraumes.²³¹

Die Kommission ging dabei in *zwei Schritten* vor. Der erste Schritt diente zur Ermittlung der in der Buchhaltung des Unternehmens erfassten Kosten und Erlöse.²³² Dieser Schritt besaß jedoch einen rein informativen Charakter und war für eine entsprechende Schlussfolgerung eher ungeeignet.²³³ Der zweite Schritt war hingegen wesentlich bedeutender. Hier betrachtete die Kommission speziell die einmalig angefallenen variablen Kosten und verteilte sie gemäß dem Prinzip der Abschreibung einer Sachanlage *gleichmäßig* auf einen Zeitraum

²²⁷ Kommission, Entscheidung vom 21.06.1994, IV/M.430 – Procter & Gamble/VP Schickedanz (II), ABl. vom 31.12.1994, Nr. L 354/32; Kommission, Entscheidung vom 25.06.2002, COMP/M.2817 – Barilla/BPL/Kamps, ABl. vom 21.08.2002, Nr. C 198/4.

²²⁸ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 63.

²²⁹ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 264; siehe dazu auch Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 170.

²³⁰ EuGH vom 02.04.2009, Rs. C-202/07 P – France Télécom/Kommission, Slg. 2009, I-2369, Tz. 9, 78; EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 132, 136; Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 75 f., 264.

²³¹ EuGH vom 02.04.2009, Rs. C-202/07 P – France Télécom/Kommission, Slg. 2009, I-2369, Tz. 9, 78; EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 136; Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 76.

²³² EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 134; Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 73 ff.; siehe dazu auch Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 170.

²³³ EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 131; Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 75.

von 48 Monaten.²³⁴ Bei der Wahl des Abschreibungszeitraumes orientierte sie sich an der durchschnittlichen Bindungsdauer eines Kunden von Wanadoo Interactive.²³⁵

Anhand dieser Grundlage überprüfte die Kommission die Deckung der variablen Kosten sowie die Deckung der durchschnittlichen Gesamtkosten²³⁶ getrennt voneinander.²³⁷ Dabei kam sie zu der Erkenntnis, dass für den Zeitraum Januar 2001 bis Juli 2001 die Voraussetzungen der *ersten Fallgruppe* des Kampfpreissmissbrauchs erfüllt waren, da Wanadoo Interactive die durchschnittlichen variablen Kosten für seine Dienstleistungen nicht gedeckt hatte. Außerdem waren für den Zeitraum August 2001 bis Oktober 2002 auch die Voraussetzungen der *zweiten Fallgruppe* erfüllt, da die angebotenen Dienstleistungen zwar regelmäßig die durchschnittlichen variablen Kosten überstiegen, nicht jedoch die durchschnittlichen Gesamtkosten deckten und Wanadoo Interactive darüber hinaus im Rahmen eines Plans zur Verdrängung von Konkurrenten gehandelt hatte.²³⁸

Bezüglich des einheitlichen Bewertungsrahmens kam es somit zu keinen signifikanten Änderungen. Sowohl die Kommission als auch die europäische Rechtsprechung hielt beständig an den zwei Fallgruppen fest, die der EuGH in seinem AKZO-Urteil entwickelt hatte.²³⁹

3. Subjektiver Nachweis der Verdrängungsabsicht

Grundsätzlich fand im Fall Wanadoo Interactive die zuvor entwickelte Zweistufenprüfung erneut Anwendung, allerdings war der eingeschlagene Blickwinkel hierbei ein anderer. So stand nicht etwa die Ausschaltung oder Verdrängung eines bestimmten Konkurrenten im Mittelpunkt des Interesses, sondern vielmehr die *Abschreckung potentieller Wettbewerber*.²⁴⁰

²³⁴ EuGH vom 02.04.2009, Rs. C-202/07 P – France Télécom/Kommission, Slg. 2009, I-2369, Tz. 9, 78; EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 132; Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 76; Eilmansberger, in: Münchner Kommentar zum europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, Band 1, Art. 82 EG, Rn. 519; Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 170.

²³⁵ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 77 ff.

²³⁶ Die Gesamtkosten umfassten nunmehr die wiederkehrenden Kosten (Netz- und Produktionskosten) und den 48-sten Teil der einmalig anfallenden Kosten (Kosten für Akquisition und Kundengewinnung).

²³⁷ EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 132.

²³⁸ EuGH vom 02.04.2009, Rs. C-202/07 P – France Télécom/Kommission, Slg. 2009, I-2369, Tz. 10, 79; EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 138; Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 109, 256 f.; siehe dazu auch Ondrejka, Deutsches und europäisches Kartellrecht unter Berücksichtigung des "more economic approach", Kapitel VIII.E.1.c, S. 146 f.; Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, 167, 170.

²³⁹ EuGH vom 02.04.2009, Rs. C-202/07 P – France Télécom/Kommission, Slg. 2009, I-2369, Tz. 109; EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 130; Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 81 ff., 256; zusammenfassend Ondrejka, Deutsches und europäisches Kartellrecht unter Berücksichtigung des "more economic approach", Kapitel VIII.E.1.c, S. 146 f.

²⁴⁰ Zur Abschreckung potentieller Wettbewerber siehe insbesondere Schuhmacher, Altes und Neues zur Kampfpreisunterbietung – Gleichzeitig eine Besprechung des Urteils des EuG v. 30. 1. 2007 – Rs T-340/03 – France

Gleichwohl sahen es Kommission und Rechtsprechung als erwiesen an, dass eine entsprechende Verdrängungsabsicht vorgelegen hatte.

Wie schon in den vorangegangenen Fällen stützten sich Kommission und Rechtsprechung im Rahmen des *direkten* Nachweises der Verdrängungsabsicht größtenteils auf beschlagnahmte interne Dokumente. Dabei konnten mehrere *Schriftstücke* – allesamt von führenden Mitarbeitern²⁴¹ – sichergestellt werden, in denen bereits konkrete Strategien zur Vereinnahmung des französischen breitbandigen Internetmarktes ausgearbeitet wurden.²⁴² Diese Schriftstücke dienten letztlich als Beleg für die Geschäftsstrategie von Wanadoo Interactive, die explizit darauf ausgerichtet war, potentielle Wettbewerber von einem Markteintritt abzuschrecken.²⁴³ Die Ziele, die sich damit verfolgen ließen, lagen offen auf der Hand. Sie bestanden einerseits in der Entmutigung außenstehender Konkurrenten, andererseits aber auch in der Ausschaltung sämtlicher Wettbewerbshandlungen im Inneren des Marktes.²⁴⁴

Nach Ansicht der Kommission konnte eine derart ausgestaltete Niedrigpreispolitik keinesfalls Ausdruck reiner Leistungsaspekte sein. Im Ergebnis setzte sie daher die Strategie der Vereinnahmung gleich mit der Absicht zu verdrängen.²⁴⁵

Im Übrigen gelang auch der *indirekte* Nachweis der Verdrängungsabsicht, und zwar in einleuchtender Art und Weise. Ein erstes Indiz für den Ansatz unangemessen niedriger Preise war der unmittelbare *Ausstieg des Wettbewerbers Mangoosta*.²⁴⁶ Darüber hinaus führte die Niedrigpreispolitik dazu, dass die *Marktanteile* der verbliebenen Wettbewerber stark sanken, diejenigen der Wanadoo Interactive hingegen stark anstiegen.²⁴⁷ Ein weiteres wichtiges Indiz ließ sich aus der eigens durchgeführten Analyse der Gesamtstrategie ableiten und betraf im Allgemeinen die *Rolle von France Télécom* als (damalige) Mehrheitsaktionärin von Wanadoo Interactive. Da France Télécom in erster Linie Betreiberin des französischen Telefonnetzes

Télécom SA/Kommission, ZWeR 2007, 352, 358.

²⁴¹ EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 202; Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 121 ff.

²⁴² EuGH vom 02.04.2009, Rs. C-202/07 P – France Télécom/Kommission, Slg. 2009, I-2369, Tz. 98; EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 199 ff., 215; Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 110 ff., 272.

²⁴³ EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 210 ff.; Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 279; eingehend dazu Schuhmacher, Altes und Neues zur Kampfpreisunterbietung - Gleichzeitig eine Besprechung des Urteils des EuG v. 30. 1. 2007 – Rs T-340/03 – France Télécom SA/Kommission, ZWeR 2007, 352, 358.

²⁴⁴ EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 214; Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 284.

²⁴⁵ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 273.

²⁴⁶ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 369.

²⁴⁷ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 372 f.

war, lieferte sie auch wichtige Dienste für den Markt des breitbandigen Internetzugangs. Nach Überprüfung der Kommission stand diesbezüglich bereits auf dem vorgelagerten Markt eine Vielzahl von Diskriminierungstatbeständen zu Buche, die stets zu Lasten der Wettbewerber von Wanadoo Interactive gingen.²⁴⁸ Beanstandet wurden u. a. der Zugang zu Informationen über die ADSL-Tauglichkeit der Telefonleitungen, die technische Durchführung der Anschlüsse, die unterschiedliche kommerzielle, logistische und finanzielle Unterstützung sowie die uneinheitliche Preis- und Tarifwahl.²⁴⁹

Bewertet man nun die Fülle an Feststellungen und Hinweisen anhand ihres Gesamtzusammenhangs, so geht daraus unmittelbar hervor, dass die angewandte Niedrigpreisstrategie ausdrücklich auf die Vereinnahmung des gesamten breitbandigen Internetmarktes in Frankreich gerichtet war. Folgerichtig war auch in diesem Fall das Vorliegen der Verdrängungsabsicht zwingend anzunehmen.

IV. Fazit

Betrachtet man die Entwicklung der Rechtsprechung im Ganzen, so fällt auf, dass der EuGH bei der Beurteilung etwaiger Missbrauchstatbestände stets auf die im AKZO-Urteil entwickelte Zweistufenprüfung als Grundgerüst zur Kostenanalyse zurückgegriffen hat. An dieser Haltung wird sich in Zukunft – wenn überhaupt – nur sehr wenig ändern. Allerdings hat der EuGH in der Sache Wanadoo Interactive bereits signalisiert, dass er Modifikationen oder Anpassungen innerhalb des Bewertungsrahmens durchaus offen gegenübersteht.²⁵⁰ Demnach sollen die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls in einem stärkeren Ausmaß gewürdigt werden. Strukturell soll dabei von der starren, allgemeingültigen Auslegung der objektiven Kriterien übergegangen werden zu einer flexiblen und dynamischen Anpassung, die es erlaubt, kurzfristig auch nicht kostendeckende Rentabilitätsziele zu verfolgen.²⁵¹ Eigenständige standardisierte Kriterien sind in diesem Zusammenhang aber noch nicht bekannt. Gleiches gilt im Übrigen auch für die Abgrenzung von fixen und variablen Kosten²⁵² sowie für die punktuelle Gewährung von Rabatten²⁵³. Auch hier besteht teilweise noch erheblicher Handlungsbe-

²⁴⁸ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 232 ff., 238 ff., 244 f., 308.

²⁴⁹ Kommission, Entscheidung vom 16.07.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, WuW/E EU-V 1005, Tz. 231 ff., 238 ff., 244 ff.; ausführlich dazu Pries, Kampfpfeissmissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 B.I.1.c, S. 128 f.

²⁵⁰ EuGH vom 02.04.2009, Rs. C-202/07 P – France Télécom/Kommission, Slg. 2009, I-2369, Tz. 78 ff.; Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 170.

²⁵¹ EuGH vom 02.04.2009, Rs. C-202/07 P – France Télécom/Kommission, Slg. 2009, I-2369, Tz. 78; EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 136.

²⁵² Siehe etwa Pries, Kampfpfeissmissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.II.2.a.bb, S. 50 f.

²⁵³ Pries, Kampfpfeissmissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.II.2.c.bb, S. 55 f.

darf.

Darüber hinaus wurde in den bisherigen Ausführungen von EuG und EuGH noch nicht hinreichend gewürdigt, inwieweit der repräsentative Zeitraum für die Untersuchung auf Kampfpreismissbrauch zu ermitteln ist und welche einheitlichen Maßstäbe dafür angewendet werden sollten. Dementsprechend lag der Fokus in der Vergangenheit lediglich auf der beanstandeten Zeitspanne. Die Wanadoo Interactive-Entscheidung hat jedoch eindrucksvoll gezeigt, dass sich dies als zu eindimensional erweisen kann. Langfristige Aspekte der Unternehmensstrategie bleiben auf diese Weise gänzlich unberücksichtigt.²⁵⁴ Zu nennen wären hier etwa versunkene Kosten, die kurzfristig zwar einen fixen Charakter aufweisen, auf lange Sicht aber eher den variablen Kosten zuzurechnen sind.

Auf subjektiver Seite sind zukünftig ebenfalls partielle Änderungen denkbar. Hier ist es durchaus möglich, dass dem Argument der realistischen Verdrängungschance eine größere Bedeutung beigemessen wird.²⁵⁵ Zwar ist der EuGH in seiner bisherigen Entscheidungspraxis strikt davon ausgegangen, dass ein Kampfpreismissbrauch bereits dann zu ahnden sei,²⁵⁶ wenn allein schon die Gefahr einer Ausschaltung von Konkurrenten bestehe, in sich schlüssig ist diese Vorgehensweise jedoch keineswegs. Vielmehr steht nun die Frage im Raum, ob die subjektive Absicht der Verdrängung jeweils stärker zu gewichten ist als deren objektive Durchsetzbarkeit. Je offensichtlicher sich dabei das Fehlen einer realistischen Chance bemerkbar macht, desto weniger wird die grundlegende Annahme des EuGH zu rechtfertigen sein.

Mit der flexibleren Auslegung ihrer Kriterien und der Berücksichtigung besonderer Gegebenheiten haben EuG und EuGH den ersten Schritt getan, um ihre eher statisch geprägten Betrachtungsweisen im Rahmen der Kostenanalyse zu modifizieren. Allerdings bleibt noch eine ganze Reihe an Fragen offen und ungeklärt. Deshalb darf man gespannt sein wie die Rechtsprechung diesbezüglich weiter vorgehen wird.

F. Die Prioritätenmitteilung und ihre Auswirkung

Die Vorgehensweise der Kommission bei Verdrängungswettbewerb stützt sich in wesentlichen Teilen auf die Ausführungen des EuGH bezüglich der AKZO-Entscheidung und entspricht daher weitestgehend der bisherigen Praxis. In ihrer Prioritätenmitteilung spricht die Kommission namentlich zwar von einem *“Sacrifice”-Konzept*, eine inhaltliche Neuorientie-

²⁵⁴ So im Ergebnis Pries, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 3 A.II.3.a, S. 69 ff.

²⁵⁵ Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 168 f.

²⁵⁶ EuGH vom 14.11.1996, Rs. C-333/34 P – Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951, Tz. 44; EuGH vom 02.04.2009, Rs. C-202/07 P – France Télécom/Kommission, Slg. 2009, I-2369, Tz. 35 f.; EuG vom 30.01.2007,

rung ist damit aber nicht verbunden.²⁵⁷

Kleinere Unterschiede ergeben sich allerdings bei den Kostenbenchmarks. So will sie zukünftig etwa, anstatt auf die durchschnittlichen variablen Kosten, viel eher auf die *durchschnittlichen vermeidbaren Kosten* abstellen.²⁵⁸ Bei diesem Konzept, das ursprünglich der neueren Lehre in den USA entnommen wurde, handelt es sich um ein vereinfachtes Surrogat für die Grenzkosten. Dabei werden sämtliche Ausgaben dahingehend überprüft, ob sie durch eine Erhöhung der Produktion notwendig geworden sind oder ob sie grundsätzlich zu vermeiden gewesen wären.²⁵⁹ Auf eine starre Untergliederung zwischen fixen und variablen Kosten, wie sie in der Kostenrechnungstheorie normalerweise üblich ist, soll es hingegen nicht mehr ankommen. Deutlich wurde dies vor allem im Fall von Wanadoo Interactive. *Die Kommission geht aber davon aus, dass sich die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten und die durchschnittlichen variablen Kosten in den aller meisten Fällen nicht unterscheiden werden, da oftmals nur die variablen Kosten als vermeidbar einzustufen sind.*²⁶⁰

Ebenso strebt die Kommission eine *Abkehr von reinen per se-Regeln* an. Diese Abkehr ist eng verbunden mit dem „More Economic Approach“. Während der EuGH insbesondere in der AKZO-Entscheidung hervorgehoben hat, dass Preise unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten per se missbräuchlich sind, geht die Kommission mehr und mehr dazu über, eine entsprechende Bewertung vom konkreten Einzelfall abhängig zu machen.²⁶¹ In ihren Überlegungen bezieht sie dabei vor allem den Zeitfaktor mit ein.²⁶² So können etwa Kosten, die kurzfristig einen fixen Charakter aufweisen, längerfristig eher variabel sein.

Darauf aufbauend sollen Preise, die unterhalb der durchschnittlichen vermeidbaren Kosten liegen, in erster Linie als eine *Vermutung* für missbräuchliches Verhalten angesehen werden.²⁶³ Im Umkehrschluss bedeutet dies aber auch, dass prinzipiell die Möglichkeit besteht, sie zu entkräften bzw. zu widerlegen. Dementsprechend sollen die betroffenen Unternehmen

Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 226 f.

²⁵⁷ Siehe Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 63 ff.; ebenso Möschel, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“, JZ 2009, 1040, 1044.

²⁵⁸ Baumol, Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test, JLE 1996, 49, 49 ff.; Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 171; so auch andeutungsweise der EuG vom 30.01.2007, Rs. T-340/03 – France Télécom/Kommission, Slg. 2007, II-107, Tz. 130.

²⁵⁹ Baumol, Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test, JLE 1996, 49, 49 ff.; Hovenkamp, Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice, Teil II, Kapitel 8, S. 348.

²⁶⁰ Siehe Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 26 (Fn. 18); siehe darüber hinaus auch Diskussionspapier, Tz. 109 (Fn. 68).

²⁶¹ Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 21; Diskussionspapier, Tz. 104.

²⁶² Gruber, Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167, 171.

²⁶³ Möschel, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“, JZ 2009, 1040, 1044; siehe ebenso Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 26; Diskussionspapier, Tz. 109.

in Zukunft beweisen können, dass eine Verdrängung der Konkurrenten vom Markt grundsätzlich nicht möglich war und damit auch zu keinem Zeitpunkt die Gefahr bestand, etwaige Verluste durch spätere überhöhte Preise auszugleichen.²⁶⁴

Mögliche *Rechtfertigungsgründe* liegen hier in der objektiven Notwendigkeit und dem Verhalten bloßer Anpassung.²⁶⁵ Diese sind jedoch an sehr strenge Anforderungen geknüpft. So ist eine Preissenkung etwa nur dann zulässig, wenn keine mildereren Mittel existieren und sie nicht unmittelbar dazu führt, Neuanbieter vom Markt zu drängen. Demgegenüber soll der Effizienzeinwand bei Preisunterbietungen in aller Regel nicht greifen können.²⁶⁶

G. Schlussbetrachtung

Eine wesentliche Aufgabe von Kommission und Rechtsprechung besteht darin, normale Preisunterbietungen von missbräuchlichen Behinderungen verlässlich zu unterscheiden. Damit soll einer möglichen Fehldeutung von Leistungswettbewerb als Verdrängungswettbewerb von Grund auf Einhalt geboten werden. Bei Betrachtung der europäischen Fallpraxis wird ersichtlich, dass die Gerichte hohe Maßstäbe ansetzen, um den Tatbestand des Kampfpreismissbrauchs nachzuweisen. Als theoretisches Grundgerüst dient dabei die *Areeda/Turner-Formel*. In Zukunft ist hier jedoch eine partielle Änderung denkbar, und zwar dahingehend, dass dem Argument der realistischen Verdrängungschance eine stärkere Gewichtung zugesprochen wird. Das Hauptproblem in der Praxis, das sich insbesondere darauf bezieht, welche Kosten im Einzelnen zur Berechnung der Preise herangezogen werden dürfen, bleibt allerdings weiterhin bestehen.²⁶⁷ Eine entsprechende Diskussion hierüber wird wohl auch noch längere Zeit andauern. Nichtsdestotrotz konnte bereits eine hohe Hürde installiert werden, die etwaige Fehldeutungen unterbindet.²⁶⁸ Dementsprechend sind auch die Missbrauchsvermutungen, die sich rund um die *McGee*-Position entwickelt haben, zwar nicht völlig aus der Luft gegriffen, sie spielen aber heutzutage hinsichtlich ihrer praktischen Bedeutung kaum mehr eine Rolle.

²⁶⁴ So im Ergebnis Gruber, *Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht*, MR-Int 2006, 167, 171.

²⁶⁵ Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 67 ff. unter Bezugnahme auf Tz. 28 ff.; ebenso Diskussionspapier, Tz. 131 f.; ausführlich dazu Kapitel B.III.2., S. 6.

²⁶⁶ Prioritätenmitteilung, ABl. vom 24.02.2009, Nr. C 45/7, Tz. 74; Diskussionspapier, Tz. 133.

²⁶⁷ Gruber, *Predatory Pricing im europäischen Kartellrecht*, MR-Int 2006, 167, 171.

²⁶⁸ So im Ergebnis auch Schulz, *Wettbewerbspolitik*, Kapitel VII.5, S. 173.

Literaturverzeichnis

- Albers, Michael*: "More economic approach" bei der Anwendung von Artikel 82 EGV. In: *Wirtschaft und Wettbewerb* 56 (1), 2006, S. 3.
- Areeda, Phillip; Turner, Donald*: Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act. In: *Harvard Law Review* 88 (4), 1975, S. 697-733.
- Baldani, Jeffrey; Bradfield, James; Turner, Robert Walter*: *Mathematical Economics*, 2. Auflage, Mason, Ohio 2005.
- Baumol, William J.*: Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test. In: *Journal of Law and Economics* 39 (1), 1996, S. 49-72.
- Besen, Stanley; Farrell, Joseph*: Choosing How to Compete: Strategies and Tactics in Standardization. In: *Journal of Economic Perspectives* 8 (2), 1994, S. 117-131.
- 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. In: *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 3 (4), 2005, S. 325-358.
- Bolton, Patrick; Brodley, Joseph; Riordan, Michael*: Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy. In: *Georgetown Law Journal* 88 (8), 2000, S. 2239-2330.
- Bork, Robert*: *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, 2. Auflage, New York 1993.
- Brökelmann, Bertram*: *Die Spur des Öls – Sein Aufstieg zur Weltmacht*, Berlin 2010.
- Di Lorenzo, Thomas*: The Myth of Predatory Pricing. In: *Cato Policy Analysis* No. 169, 1992. Online verfügbar unter <http://www.cato.org/pubs/pas/pa169.pdf>, zuletzt geprüft am 20.03.2012.
- Edlin, Aaron*: Stopping Above-Cost Predatory Pricing. In: *Yale Law Journal* 111 (4), 2002, S. 941-991.
- Europäische Kommission*: *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, 2005. Online verfügbar unter

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, zuletzt geprüft am 20.03.2012.

European Advisory Group on Competition Policy: Report by EAGCP: An Economic Approach to Article 82, 2005. Online verfügbar unter http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf, zuletzt geprüft am 20.03.2012.

Fudenberg, Drew; Tirole, Jean: A „Signal-Jamming“ Theory of Predation. In: *Rand Journal of Economics* 17 (3), 1986, S. 366-376.

Gerla, Harry S.: The Psychology of Predatory Pricing: Why Predatory Pricing Pays. In: *Southwestern Law Journal* 39 (3), 1985, S. 755-780.

Gruber, Johannes Peter: Predatory Pricing (Kampfpreise) im europäischen Kartellrecht. In: *Medien und Recht International* 3 (4), 2006, S. 167-171.

Harrison, Glenn W.: Predatory Pricing in a Multiple Market Experiment: A Note. In: *Journal of Economic Behavior and Organization* 9 (4), 1988, S. 405-417.

Herold, Christian: Vermeidung des Earnings Management der Umsatzerlöse – Eine ökonomische Analyse der internationalen Rechnungslegungsnormen, Wiesbaden 2006.

Hovenkamp, Herbert: *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice*, 3. Auflage, St. Paul, Minnesota 2005.

Immenga, Ulrich; Mestmäcker, Ernst-Joachim: *Wettbewerbsrecht. EG, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, Band 1, 1. Teil, 4. Auflage, München 2007.

Joskow, Paul; Klevorick, Alvin: A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy. In: *Yale Law Journal* 89 (2), 1979, S. 213-270.

Jung, Yun Joo; Kagel, John H.; Levin, Dan: On the Existence of Predatory Pricing: An Experimental Study of Reputation and Entry Deterrence in the Chain-Store Game. In: *Rand Journal of Economics* 25 (1), 1994, S. 72-93.

Kahnemann, Daniel; Tversky, Amos: Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. In: *Econometrica* 47 (2), 1979, S. 263-292.

- Kopp, Marc von*: Kostengesichtspunkte in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle – Eine Analyse der Entwicklung von Kosten- und Preisfaktoren durch die Rechtsprechung und eine Bildung von Fallgruppen, Hamburg 2008.
- Kreps, David; Wilson, Robert*: Reputation and Imperfect Information. In: *Journal of Economic Theory* 27 (2), 1982, S. 253-279.
- Lange, Knut Werner*: Kampfpreisstrategien (predatory pricing) im europäischen Kartellrecht. In: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 169 (5), 2005, S. 495-508.
- Langen, Eugen; Bunte, Hermann-Josef*: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2: Europäisches Kartellrecht, 11. Auflage, Köln 2010.
- Loewenheim, Ulrich; Meessen, Karl M.; Riesenkampff, Alexander*: Kartellrecht. Europäisches und Deutsches Recht, Kommentar, 2. Auflage, München 2009.
- Mäger, Thorsten*: Europäisches Kartellrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2011.
- Mankiw, Nicholas Gregory; Taylor, Mark P.*: Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 4. Auflage, Stuttgart 2008.
- McGee, John*: Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case. In: *Journal of Law and Economics* 1 (1), 1958, S. 137-169.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*: Der verwaltete Wettbewerb – Eine vergleichende Untersuchung über den Schutz von Freiheit und Lauterkeit im Wettbewerbsrecht, Tübingen 1984.
- Milgrom, Paul; Roberts, John*: Predation, Reputation and Entry Deterrence. In: *Journal of Economic Theory* 27 (2), 1982, S. 280-312.
- Möschel, Wernhard*: Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“. In: *Juristenzeitung* 64 (21), 2009, S. 1040-1045.
- Motta, Massimo*: Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge; New York 2004.
- Münchener Kommentar*: Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Miss-

brauchs- und Fusionskontrolle, Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2007.

O'Donoghue, Robert; Padilla, Jorge Atilano: The Law and Economics of Article 82 EC, Oxford 2005.

Ondrejka, Peter: Deutsches und europäisches Kartellrecht unter Berücksichtigung des "more economic approach", Hamburg 2011.

Paul, Thomas: Behinderungsmissbrauch nach Art. 82 EG und der "more economic approach", München 2008.

Pries, Thorsten Wilhelm: Kampfpfeismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Tübingen 2009.

Riordon, Michael: Imperfect Information and Dynamic Conjectural Variations. In: Rand Journal of Economics 16 (1), 1985, S. 41-50.

Rittner, Fritz: Der – unverfälschte – Wettbewerb: Grundlage und Ziel der EG. In: Wirtschaft und Wettbewerb 57 (10), 2007, S. 967.

Roberts, John: A Signaling Model of Predatory Pricing. In: Oxford Economic Papers 38 (Supplement), 1986, S. 75-93.

Sappington, David E. M.; Sidak, Gregory J.: Competition Law for State-Owned Enterprises. In: Antitrust Law Journal 71 (2), 2003, S. 479-523.

Schmidt, André; Voigt, Stefan: Der „more economic approach“ in der Missbrauchsaufsicht: Einige kritische Anmerkungen zu den Vorschlägen der Generaldirektion Wettbewerb. In: Wirtschaft und Wettbewerb 56 (11), 2006, S. 1097-1106.

Schuhmacher, Florian: Altes und Neues zur Kampfpfeisunterbietung. Gleichzeitig eine Besprechung des Urteils des EuG v. 30. 1. 2007 – Rs. T-340/03 – France Télécom SA/Kommission. In: Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 5 (3), 2007, S. 352-368.

Schulz, Norbert: Wettbewerbspolitik – Eine Einführung aus industrieökonomischer Perspektive, Tübingen 2003.

Schwarz, Dieter: Wettbewerbspolitische Problematik des Predatory Pricing. In: Wirtschaft

und Wettbewerb 37 (1), 1987, S. 93-99.

Selten, Reinhard: The Chain-Store Paradox. In: Theory and Decision 9 (2), 1978, S. 127-159.

Tarbell, Ida M.: The History of the Standard Oil Company, Mineola, N.Y 2003.

Thomas, Christopher R.; Kamp, Brad P.: Buying Market Share: Agency Problem or Predatory Pricing? In: Review of Law and Economics 2 (1), 2006, S. 1-24.

Tor, Avishalom: Illustrating a Behaviorally Informed Approach to Antitrust Law: The Case of Predatory Pricing. In: Antitrust Law Journal 18 (1), 2003, S. 52-59.

Varian, Hal R.: Grundzüge der Mikroökonomik, 8. Auflage, München 2011.

Wurmnest, Wolfgang: Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch – Eine rechtsvergleichende Neubestimmung des Verhältnisses von Recht und Ökonomik in der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Tübingen 2010.