

Würzburger rechtswissenschaftliche Schriften

herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg

Matthias Keller

**Die Systematisierung von
Rechtfertigungsgründen
im preisbezogenen
Behinderungsmissbrauch
nach Art. 102 AEUV**

Eine interdisziplinäre Analyse
der Praktikabilität und Integrationsfähigkeit

Matthias Keller

Die Systematisierung von
Rechtfertigungsgründen im
preisbezogenen Behinderungsmissbrauch
nach Art. 102 AEUV

WÜRZBURGER
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE SCHRIFTEN

Herausgegeben
von der
Juristischen Fakultät der Universität Würzburg

Band 114

ERGON VERLAG



Matthias Keller

Die Systematisierung von
Rechtfertigungsgründen im
preisbezogenen Behinderungsmissbrauch
nach Art. 102 AEUV

Eine interdisziplinäre Analyse der
Praktikabilität und Integrationsfähigkeit

ERGON VERLAG



Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2020
u.d.T.: Die Systematisierung von Rechtfertigungsgründen im Testverfahren
zu preisbezogenen Behinderungsmisbräuchen nach Art. 102 AEUV –
Eine interdisziplinäre Analyse der Praktikabilität und Integrationsfähigkeit
unter dem Einfluss des more economic approach

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Ergon – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021
Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung außerhalb des Urheberrechtsgesetzes bedarf der Zustimmung des Verlages.
Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen jeder Art, Übersetzungen, Mikroverfilmungen
und für Einspeicherungen in elektronische Systeme.
Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.
Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung
bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG.
Umschlaggestaltung: Jan von Hugo

www.ergon-verlag.de

ISSN 1432-0339
ISBN 978-3-95650-753-3 (Print)
ISBN 978-3-95650-754-0 (ePDF)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/19 von der Graduate School of Law, Economics and Society (GSLES) der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung konnte das Manuskript überarbeitet und auf den Stand vom 31. Mai 2021 gebracht werden. Rechtsprechung und Literatur wurden soweit erforderlichlich zu diesem Datum ergänzt.

Herzlichst danken möchte ich an erster Stelle meinem verehrten akademischen Lehrer und Erstbetreuer, Herrn Professor *Dr. Florian Bien*, Maître en Droit (Aix-Marseille III). Er hat mich nicht nur während der äußerst lehrreichen und prägenden Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl in jeder Hinsicht gefördert und unterstützt, sondern mir zugleich die größtmögliche Freiheit bei der Auswahl und Bearbeitung des Promotionsthemas gewährt. Seine Fürsorge und sein umfassender Rat waren für mich weit über das Fachliche hinaus immer sehr wertvoll. Hierfür schulde ich ihm meine aufrichtige und fortdauernde Verbundenheit.

Mein Dank gebührt ebenso meinem Zweitbetreuer, Herrn Professor *Norbert Schulz*, Ph.D. Durch seine wertvollen Denkanstöße und stete Gesprächsbereitschaft hat er die Arbeit in ihrer Entstehung maßgeblich bereichert.

Wichtige Anregungen hatte ich darüber hinaus durch den stets konstruktiven und fachbereichsübergreifenden Dialog im Rahmen des interdisziplinären Forschungsprojektes „Preisbezogene Behinderungsmissbräuche im ökonomisierten Unionskartellrecht“ erhalten, einem inhaltlichen Schwerpunkt der Würzburger Arbeitsgruppe Wettbewerb und Regulierung.

Dem Ergon-Verlag und insbesondere Herrn *Dr. Alfred Hoffmann* danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe „Würzburger rechtswissenschaftliche Schriften“.

Danken möchte ich auch meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen vom Paradeplatz, welche, nicht zuletzt durch zahlreiche Hinweise und Ratschläge sowie konstruktive Mittagspausen, die unzähligen Stunden in den Teil-Bibliotheken angenehmer gestaltet haben. Durch sie werde ich meine Promotionszeit in schöner Erinnerung behalten.

Ohne den uneingeschränkten Rückhalt meiner Familie wäre die Arbeit in der vorliegenden Form jedoch nicht möglich gewesen. Zutiefst verbun-

Vorwort

den bin ich allen voran meinen Eltern, *Heinz* und *Ulla Keller*, von denen ich während meiner gesamten Ausbildung nicht nur jede denkbare Unterstützung erfahren, sondern stets auch motivierenden Zuspruch erhalten habe. Ein besonderer Dank gilt ebenso meinen beiden Brüdern, *Andreas Keller* und *Tobias Keller*, die sich trotz eigener erheblicher Arbeitsbelastung gleichermaßen sorgfältig wie zügig der kritischen Lektüre des Manuskripts widmen konnten. Ihre mühevollen Durchsicht des Textes war von unschätzbarem Wert.

Nicht in Worte zu fassen ist schließlich der Dank, den ich meiner lieben Frau *Olga* schulde. Sie stand immer an meiner Seite und hat mir durch ihre besondere Art und wertvolle moralische Unterstützung auch in schwereren Phasen der Promotionszeit die notwendige Kraft gegeben, um diese Arbeit zu verwirklichen.

Osterburken, im Mai 2021

Matthias Keller

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Einleitende Bemerkungen	21
A. Themenaufriß und Verortung der Rechtfertigung	21
B. Der rechtliche Rahmen missbrauchsanalytischer Verhaltens- beurteilung	23
C. Gang der Untersuchung	28
<i>Teil I Die Bedeutung von Rechtfertigungsgründen im ökonomisierten Unionskartellrecht – Standortbestimmung und kategorisierende Ausrichtung</i>	31
Kapitel 1 Legitimation von Rechtfertigungsgründen und dogmatische Einordnung	33
A. Allgemeine Grundlagen	33
B. Normative Anbindung objektiver Rechtfertigungsgründe an den Tatbestand des Art. 102 AEUV	42
I. Der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung im Sprachgebrauch	42
II. Wettbewerbsrechtliche Anknüpfungspunkte für die missbrauchsanalytische Integration objektiver Rechtfertigungsgründe	43
1. Analoge Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV	44
2. Ausfüllung rechtlicher Generalklauseln	46
3. Hierarchisch übergeordnete Zielvorstellungen	47
III. Wertende Betrachtung	48
C. Erstes Zwischenfazit	50

Kapitel 2 Systematische Grundlagen der Rechtfertigungs- begründung	53
A. Die Bedeutung der Rechtfertigungsbegründung nach Art. 102 AEUV	53
I. Begriffliche Einordnung und Terminologie	53
II. Die Kategorisierung von Rechtfertigungsgründen im rechtlichen Kontext	56
1. Kategorisierungsansätze	56
2. Systematische Präzisierung der missbrauchsanalytischen Rechtfertigungsgründe	58
III. Wertende Betrachtung	65
B. Ökonomische Implikationen bei der Eingrenzung des Art. 102 AEUV auf Rechtfertigungsebene	67
I. Ökonomisch begründete Vermeidung von Entscheidungs- fehlern	67
1. Fehlerpotenzial in der missbrauchsanalytischen Bewertung nach Art. 102 AEUV	67
2. Ökonomische Auswertung	70
a. Analytische Grundlage	70
b. Rechtfertigungspotenzial von Typ I-Fehlern	73
c. Missbrauchspotenzial von Typ II-Fehlern	75
d. Qualität und Verhältnis von Typ I-Fehlern und Typ II- Fehlern	77
3. Wertende Betrachtung	82
II. Methodik	84
1. Allgemeine Grundlagen der Stochastik	84
2. Hypothesen- oder Signifikanztest	85
3. Juristische Interpretation der ökonomisch geprägten Teststruktur	88
III. Mikroökonomische Modellierung im Sinne von Nash	90
1. Definition	91
2. Konzeptionelle Ausgestaltung	92
3. Ökonomische Darstellung der Entscheidungsfindung in strategischer Form	95
4. Wertende Betrachtung	98
C. Transformation ökonomischer Erkenntnisse in Rechtsregeln	99
D. Zweites Zwischenfazit	102

<i>Teil II Ausfüllung des Rechtfertigungsbedürfnisses im missbrauchs-analytischen Bewertungsprozess – Rechtfertigungsgründe in der kartellrechtlichen Diskussion</i>	107
Kapitel 3 Auswirkungsbasierte Rechtfertigungsgründe auf Grundlage der Effizienz	109
A. Allgemeine Grundlagen des effizienzbasierten Ansatzes	109
I. Effizienzorientierung im Leitbild der Kommission	109
II. Anerkennung auswirkungsbasierten Rechtfertigungsgründe in der Rechtspraxis	113
B. Effizienzorientierung marktbeherrschender Unternehmen	117
I. Allgemeine Grundlagen	117
II. Effizienzbasierte Folgeinnahmen	119
1. Ausprägungen	119
a. Größen- und Verbundvorteile	119
b. Transaktionskostenbegünstigungen	122
c. Rationalisierung und Spezialisierung	125
d. Technischer Fortschritt	129
e. Netzeffekte	131
2. Fallbeispiel: Lothian vs. First Edinburgh	137
a. Fallgestaltung	138
b. Kostenanalytische Missbrauchsbewertung	141
c. Netzeffekte als rechtfertigungsfähiges Element	143
d. Kurzfazit des Urteils	146
3. Ökonomische Auswertung	146
a. Erfordernis zur Abwägung	146
b. Williamson trade-off model	147
4. Wertende Betrachtung	153
III. Reduktion von X-Ineffizienzen	161
1. Ausprägung	161
2. Ökonomische Auswertung	164
3. Wertende Betrachtung	167
C. Drittes Zwischenfazit	170

Kapitel 4	Prozessorientierte Rechtfertigungsgründe im Wettbewerb	175
A.	Allgemeine Grundlagen des prozessorientierten Ansatzes	175
B.	Offensive Folgeerhebungen wettbewerblicher Natur und Verlustkompensation	179
I.	Einführungsangebote und kurzfristige Werbemaßnahmen	181
1.	Ausgestaltung	181
a.	Erschließung neuer Märkte durch Produkt-einführungen	181
b.	Kurzfristige Werbemaßnahmen zu Positionierungs-zwecken in der Kundenneugewinnung	183
2.	Fallbeispiel: Wanadoo Interactive	184
a.	Fallgestaltung	185
b.	Auswertung	189
aa.	Kostenanalytische Missbrauchsbeurteilung	189
bb.	Beurteilung der Rechtfertigungsfähigkeit von Investitionskosten durch die Kommission	196
c.	Kurzfasz des Urteils	197
3.	Ökonomische Darstellung	198
4.	Wertende Betrachtung	201
II.	Verlustführung und komplementäre Produkte	206
1.	Ausgestaltung	206
2.	Wertende Betrachtung	209
III.	Viertes Zwischenfasz	217
IV.	Stellenwert der zeitlichen Dimension bei investitions-induzierter Rechtfertigungsprüfung	220
1.	Temporale Ausrichtung und Analysemethodik	220
a.	Periodengerechte Vergleichsbetrachtung	220
b.	Periodenübergreifende Gesamtbetrachtung	223
c.	Gewichtung der Ansätze	227
2.	Perspektivische Ausrichtung der Beurteilungsmethodik	228
3.	Wertende Betrachtung	230
V.	Fünftes Zwischenfasz	232
C.	Defensive Preissenkungen	235
I.	Meeting competition defense als reine Abwehrreaktion	235
1.	Ausgestaltung	235
2.	Fallbeispiel: Einlösen von Rabatt-Coupons	240
a.	Fallgestaltung	241
b.	Lauterkeitsrechtliche Beurteilung	243

c. Auswertung in Bezug auf kartellrechtliche Implikationen	244
d. Kurzfazit des Urteils	246
3. Ökonomische Auswertung	246
4. Wertende Betrachtung	252
II. Verlustminimierung durch Abbau von Überschusskapazitäten oder Entgegenwirken einer drohenden alsbaldigen Unverkäuflichkeit	260
1. Ausgestaltung	260
2. Ökonomische Auswertung	264
3. Wertende Betrachtung	274
III. Sechstes Zwischenfazit	279
Kapitel 5 Vermittelnde Rechtfertigungsgründe im Vertikalverhältnis	283
A. Allgemeine Grundlagen	284
B. Verhinderung einer doppelten oder mehrfachen Marginalisierung	285
I. Ausgestaltung	285
II. Ökonomische Auswertung	289
III. Wertende Betrachtung	297
C. Übertragung und Verrechnung gegenseitiger Leistungen	300
I. Ausgestaltung	300
II. Wertende Betrachtung	303
D. Siebtes Zwischenfazit	306
Resümee	309
Literaturverzeichnis	315
Verzeichnis der Urteile und Entscheidungen	339
A. Entscheidungen europäischer Gerichte	339
B. Entscheidungen nationaler Gerichte	342
C. Entscheidungen internationaler Gerichte	342

Inhaltsverzeichnis

D. Entscheidungen der Kommission	343
E. Sonstige Entscheidungen – National	344
F. Sonstige Entscheidungen – International	345

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Wahrscheinlichkeitstheoretische Dichtefunktion	72
Abbildung 2:	Rechtfertigungspotenzial Typ I-Fehler	74
Abbildung 3:	Missbrauchspotenzial Typ II-Fehler	76
Abbildung 4:	Missbrauchsanalytische Rechtfertigungsintegration für Typ I-Fehler	78
Abbildung 5:	Missbrauchsanalytische Rechtfertigungsintegration für Typ II-Fehler	80
Abbildung 6:	Entscheidungsstabilität und Nash-Gleichgewicht	93
Abbildung 7:	Entscheidungsfindung in strategischer Form	96
Abbildung 8:	Williamson trade-off model	149
Abbildung 9:	X-Ineffizienzen und durchschnittl. Gesamtkosten	164
Abbildung 10:	X-Ineffizienzen und Annäherung der Kostenkurven	166
Abbildung 11:	Kurzfristige Werbemaßnahmen und Verlustkompensation	199
Abbildung 12:	Wiederkehrende Werbemaßnahmen und Verlustkompensation	200
Abbildung 13:	Bertrand-Modell mit Preisreaktionsfunktion	248
Abbildung 14:	Monopolistisch konkurrierende Unternehmen	267
Abbildung 15:	Monopolistische Konkurrenz und veränderte Marktnachfrage	271
Abbildung 16:	Doppelte oder mehrfache Marginalisierung	290

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere/r Ansicht, andere/r Auffassung
A. C.	Appeal Cases
a. F.	alte Fassung
AAC	average avoidable costs, durchschnittliche vermeidbare Kosten
ABl. EG/EU	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Union
Abs.	Absatz
AER	American Economic Review
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
ALJ	Antitrust Law Journal
Ann. Math.	Annals of Mathematics
Art., Artt.	Artikel
AT	Angebot, Angebotskurve
ATC	average total costs, durchschnittliche totale Kosten
AVC	average variable costs, durchschnittliche variable Kosten
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Begr.	Begründer
Bell J. Econ.	Bell Journal of Economics [Vorläufer des RAND J. Econ.]
Beschl.	Beschluss
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CAT	Competition Appeal Tribunal
C (x)	Kosten, die für die Herstellung des Gutes x anfallen

Abkürzungsverzeichnis

C (y)	Kosten, die für die Herstellung des Gutes y anfallen
ca.	circa
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cir.	Circuit Court
CLR	Competition Law Review
CMA	Competition and Markets Authority
CMLR	Common Market Law Review
Comp. Trib.	Competition Tribunal
Corp.	Corporation
CSLE	Center for the Study of Law and Economics
d. h.	das heißt
D.	District (bei US-amerikanischen Entscheidungen)
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DG	Directorate General
dies.	dieselbe, dieselben
Div.	Division
Dok.	Dokument
durchschnittl.	durchschnittlich, durchschnittliche/r
EAGCP	Economic Advisory Group on Competition Policy
ebd.	ebenda, ebendort
EC	European Community
ECJ	European Competition Journal
ECLR	European Competition Law Review
EER	European Economic Review
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
ELR	European Law Review
Entsch.	Entscheidung
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro

EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
F & E	Forschung und Entwicklung
F. (2d, 3d), F. Supp. (2d)	Federal Reporter (Fallrechtssammlung der Bundesberufungsgerichte, 1-3. Serie und Ergänzungsbände)
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
FKVO	Fusionskontrollverordnung
FRF	Franc français
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt, Generalanwältin
GBP	Great Britain Pound
GD	Generaldirektion
GE	Geldeinheit/en
gem.	gemäß
Geo. L. J.	Georgetown Law Journal
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
grdl.	grundlegend
grds.	grundsätzlich
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-RS	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungssammlung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. M.	herrschende Meinung
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hervorh.	Hervorhebung/en
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel

Abkürzungsverzeichnis

i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. v.	im Sinne von
Inc.	Incorporated
inkl.	inclusive
insb.	Insbesondere
Int. J. Ind. Org.	International Journal of Industrial Organization
IRLE	International Review of Law and Economics
IuK	Information und Kommunikation
J. Aer. Sci.	Journal of the Aeronautical Sciences
J. Evol. Econ.	Journal of Evolutionary Economics
J. Urb. Econ.	Journal of Urban Economics
JbNS	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik
JCLE	Journal of Competition Law and Economics
JdS	Journal des Savants
JEBO	Journal of Economic Behavior & Organization
JEMS	Journal of Economics and Management Strategy
JEP	Journal of Economic Perspectives
Jg.	Jahrgang
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JLE	Journal of Law & Economics
JLS	Journal of Legal Studies
jM	juris – Die Monatszeitschrift
JMR	Journal of Marketing Research
JPE	Journal of Political Economy
juris	Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland
JurPC	Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informations- recht
JZ	Juristenzeitung
Kan.	Kansas
KG	Kammergericht
KYKLOS Int. Rev. Soc. Sci.	KYKLOS International Review for Social Sciences
LG	Landgericht
lit.	litera
LRAIC	long-run average incremental cost

Ltd.	Limited Company
Ltd. & Co. KG	Limited & Compagnie Kommanditgesellschaft
m. w. Nw.	mit weiteren Nachweisen
MMR	Multimedia und Recht
MR-Int	Medien und Recht International
n. F.	neue Fassung
NBER	National Bureau of Economic Research
NE	Nachfrage, Nachfragekurve
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report
No.	Number, Heft
NPV	Net Present Value, Kapitalwert
Nr.	Nummer
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OLG	Oberlandesgericht
Plc.	Public Limited Company
Pol. Mkt. Sci.	Policy Marketing Science
PVZ	Politische Vierteljahresschrift
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAND J. Econ.	RAND Journal of Economics
Rdnr.	Randnummer
resp.	respektive
Rev. Econ. Stud.	Review of Economic Studies
Rev. Ind. Org.	Review of Industrial Organization
RF	Reaktionsfunktion
RiW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rs.	Rechtssache
S. Ct.	Supreme Court Reporter
S.	Seite, Satz
SA	Société Anonyme
Sec.	Section
Slg.	Sammlung
SMJ	Strategic Management Journal
SSRI	Social Systems Research Institute

Abkürzungsverzeichnis

Supp.	Supplement
TV	Terminal Value, Endwert, Restwert
u. a.	unter anderem, und andere
U. Chi. L. Rev.	University Chicago Law Review
U. S.	United States Reports, United States
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
Verf.	Verfasser
Verw.	Verweis
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume, Band
vs.	versus
W. Comp.	World Competition
Web-Dok.	Web-Dokument
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
Würzb. Arb. Wirtschaftsr.	Würzburger Arbeiten zum Wirtschaftsrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E EU-V	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht, Europäische Union – Verwaltung
YLJ	Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZfW	Zeitschrift für Wirtschaftspolitik
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft [Vorläufer des JITE]
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Einleitende Bemerkungen

A. *Themenaufriss und Verortung der Rechtfertigung*

Eine Rechtsordnung, die in besonderer Weise zum Schutz des Wettbewerbs verpflichtet ist, muss die Verhaltensweisen einzelunternehmerisch tätiger Akteure immer dann einer fundierten Kontrolle unterziehen, wenn diese über einen *nicht unerheblichen Marktanteil* im betreffenden relevanten Markt verfügen. Dem liegt letztlich die Erkenntnis zugrunde, dass sich marktmächtige Unternehmen mangels konkurrenzseitigen Positionierungsdrucks vergleichsweise frei im Markt bewegen können und damit nicht oder nur eingeschränkt den *Gesetzmäßigkeiten des Wettbewerbs* unterlegen sind. So kann etwa eine Verhaltensweise, die unter wettbewerblichen Maßstäben noch prokompetitiv wirkt, auf Märkten mit Beherrschungstendenzen einen antikompetitiven Charakter entfalten.¹ Dies gilt umso mehr in Zeiten fortschreitend globalisierter Märkte, in denen markt- oder sektorspezifische Konzentrationen von Unternehmen ebenso wie politisch geförderte „Nationale Champions“² einen immer größeren Stellenwert einnehmen.³

1 Siehe bereits *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, I. Teil, Kapitel III.9, S. 106, der auf „marktorganisierende, wirtschaftshemmende [oder] wertzerstörende Wirkungen“ an sich wettbewerbsstabilisierender Verhaltensweisen hinweist, sofern diese von marktbeherrschenden Unternehmen getätigt werden.

2 Unter sogenannten „Nationalen Champions“ versteht man i. d. R. politisch geförderte unternehmerische Organisationsformen, die nicht nur nach Gewinnmaximierung streben, sondern gleichzeitig auch nationale Interessen vertreten. Indem diesen ein wesentlicher Vorteil im freien Wettbewerb zugestanden wird, sind sie etwaigen Konkurrenzunternehmen deutlich überlegen.

3 Vgl. exemplarisch das anschauliche Beispiel aus der Kommissionspraxis in Sachen Microsoft, wonach das genannte Unternehmen auf dem Markt für PC-Betriebssysteme mit dem Produkt „Windows“ zwar über ein Quasi-Monopol verfügte, sich aber weigerte ausreichend Schnittstelleninformationen freizugeben, um dem eigenen Verbundprodukt „Windows Media Player“ entsprechende Wettbewerbsvorteile zu ermöglichen; siehe Kommission, Entsch. v. 24.05.2004, Sache COMP/C-3/37.792, ABl. EU v. 06.02.2007, Nr. L 32, 50. Jg., S. 23-28 – *Microsoft*. Ebenso anschaulich aus dem nationalen deutschen Recht ist die Ministererlaubnis für das Zusammenschlussvorhaben in Sachen E.ON/Ruhrgas; dazu insb. BKartA, Beschl. v. 17.01.2002, Az.: B8-109/01 – *E.ON/Gelsenberg*; BKartA, Beschl. v. 26.02.2002, Az.: B8-149/01 – *E.ON/Bergemann* sowie das vom Bundeswirtschafts-

Für die einzelnen unternehmensseitig tätigen Akteure ist es essentiell, zumindest wenn sie auf Dauer in der freien Marktwirtschaft bestehen wollen, das eigene Angebot an den Bedürfnissen der nachfrageseitig tätigen Akteure auszurichten.⁴ Das *zentrale Steuerungselement* ist dabei der Wettbewerbsparameter Preis. In diesem Sinne versuchen sie mit einem möglichst niedrig angesetzten Preisniveau eine hohe Produktnachfrage zu generieren, so dass gleichzeitig das eigene Gewinnmaximierungsziel verfolgt werden kann. Unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten ist ein solches Preissetzungsverhalten immer dann zulässig, wenn die niedrigen Preise auf dem *Prinzip des funktionierenden Leistungswettbewerbs* beruhen.⁵ Entsprechend abzugrenzen sind jedoch antikompetitive unternehmensstrategische Verhaltensweisen, die ausschließlich dazu dienen, konkurrenzseitig tätige Akteure aus dem Markt zu verdrängen oder anderweitig zu behindern.⁶ Die Qualifikation eines Verhaltens als Missbrauch wird demnach regelmäßig davon abhängig zu machen sein, ob und inwieweit die verfolgten Wohlfahrtsziele überhaupt Wettbewerbsbeschränkungen rechtfertigen können.

Der grundlegende Zweck der Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV besteht vornehmlich darin, antikompetitive Verhaltensweisen des marktbeherrschenden Unternehmens zu identifizieren, hinreichend sicher abzugrenzen und frühzeitig zu unterbinden. Eine weitergehende *Verfestigung der marktbeherrschenden Stellung* soll dadurch ebenso verhindert werden

ministerium in Auftrag gegebene 34. Sondergutachten der *Monopolkommission*, Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH, samt Ergänzung im Rahmen des 35. Sondergutachtens.

- 4 Keller, Kampfpreisstrategien, in: Würzb. Arb. Wirtschaftsrr. 2012, Bd. 2, Kapitel A, S. 1.
- 5 *Kommission*, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU v. 24.2.2009, Nr. C 45, 52. Jg., Rdnr. 1; Pries, Kampfpreismisbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 1 A.II, S. 11; Eilmansberger/Bien, in: Bien/Meier-Beck/Montag/Säcker [Hrsg.], Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 3; siehe auch Schröter/Bartl, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje [Begr./Hrsg.], Europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 180.
- 6 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“, in: JZ 2009, 1040, 1041 ff.

wie ein *vollständiges Versiegen des Restwettbewerbs*.⁷ Mit Blick auf den missbrauchsanalytischen Bewertungsprozess besteht jedoch die grundsätzliche Schwierigkeit, dass eine schablonenartige Anwendung objektiv vorgegebener Wertungskriterien die Klassifizierung von Verhaltensweisen jedenfalls nicht fehlerfrei zulässt. Beispielsweise kann eine Verhaltensweise, obwohl sie aufgrund ihrer Form tendenziell einen Missbrauch begründet, im Einzelfall durchaus einen wettbewerbsfördernden Charakter aufweisen und damit den einzelnen Akteuren einen positiven Nutzen stiften. Es scheint daher zielführend, diesen Defiziten mit einer *Aufwertung rechtfertigender Umstände* innerhalb der Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV zu begegnen. Zu diesem Zweck ist die Entscheidung über die Zulässigkeit von Verhaltensweisen stärker von ihren *tatsächlichen Auswirkungen im Einzelfall* abhängig zu machen. Auf wertungsspezifischer Ebene im Sinne des Wettbewerbsrechts ist ein derartiges Vorgehen jedenfalls dazu geeignet, die Wahrscheinlichkeit für etwaige Entscheidungsfehler in der Bewertung signifikant zu reduzieren, so dass vergleichsweise stabile wettbewerbliche Verhältnisse abgebildet werden können. Ferner führt es aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive zu wohlfahrtsoptimalen Ergebnissen.

B. Der rechtliche Rahmen missbrauchsanalytischer Verhaltensbeurteilung

Normativ verortet ist die Missbrauchsaufsicht im europäischen Recht in Art. 102 AEUV. Die Vorschrift untersagt „die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“. Neben dem Kartellverbot in Art. 101 AEUV und der Fusionskontrolle gem. VO 139/2004⁸ stellt die Missbrauchsaufsicht die dritte Säule des europäischen Kartellrechts dar. Im Gegensatz etwa zu Art. 101 AEUV, welcher bilaterale Verhaltensweisen i. S. v. Vereinbarungen mindestens zweier Unternehmen erfasst, regelt Art. 102 AEUV *unilaterale Ver-*

⁷ Dazu auch *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, Einführung, Kapitel A, S. 1, mit dem zutreffenden Hinweis, dass Wettbewerb, sofern er „[...] einmal zum Erliegen gekommen [ist], [...] nur schwer reanimiert werden“ kann.

⁸ *Kommission*, Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. EU v. 29.01.2004, Nr. L 24, 47. Jg., S. 1-22.

haltensweisen eines Unternehmens.⁹ Inhaltlich wie strukturell enthält die Vorschrift ein *unmittelbar wirkendes Verbot*.¹⁰ Zudem richtet sie sich nicht an alle Unternehmen, sondern nur an solche mit *marktbeherrschender Stellung*, d. h. an Unternehmen, die ein gewisses Maß an Marktmacht für sich vereinigen. Im Rahmen der Missbrauchsaufsicht wird daher fortlaufend überprüft, ob das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV begründet oder nicht.

Primäres Regelungsziel von Art. 102 AEUV ist eine klassische *Ex-post-Verhaltenskontrolle* im Markt.¹¹ Verboten ist demnach nicht die Größe der marktbeherrschenden Stellung als solche, sondern lediglich deren *missbräuchliche Ausnutzung*.¹² Damit nimmt die Missbrauchsaufsicht generell eine *retrospektive*, d. h. zurückblickende Betrachtungsweise ein. Zwar ergeht bislang – ähnlich wie bei Art. 101 AEUV – nur eine vergleichsweise geringe Anzahl an förmlichen Entscheidungen der Kommission, von denen zudem nur selten ein Missbrauch tatsächlich auch festgestellt wird.¹³ Zumindest in zweifacher Hinsicht ist die wettbewerbspolitische

9 *Huttenlauch*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann [Hrsg.], Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 1.

10 EuGH, Urt. v. 11.04.1989, Rs. 66/86, ECLI:EU:C:1989:140 = Slg. 1989, 803 – *Abmed Saeed Flugreisen*, Rdnr. 32 f.; EuGH, Urt. v. 14.12.1995, verb. Rs. C-430/93 und C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 = Slg. 1995, I-4705 – *Van Schijndel*, Rdnr. 13; siehe auch *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], EU-Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 2; *Eilmansberger/Bien*, in: Bien/Meier-Beck/Montag/Säcker [Hrsg.], Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 1, mit dem konkreten Hinweis darauf, dass das unmittelbar geltende Verbot dem Bereich der Verbotsgesetzgebung und nicht dem der Missbrauchsaufsicht zuzuordnen ist; siehe ebenso *Schröter/Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 102 AEUV, Rdnr. 28; *Hertfelder*, Die consumer welfare im europäischen Wettbewerbsrecht, Kapitel 2.C.I, S. 154.

11 *Huttenlauch*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann [Hrsg.], Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 1; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 4. Kapitel § 16, II.5.b, Rdnr. 38 ff., weisen allerdings zu Recht darauf hin, dass die Kriterien Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis wirtschaftlich im Verhältnis der Interdependenz stehen und damit begrifflich kein Gegensatz gebildet werden darf; so auch *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, Teil 1, Kapitel 3.II.4, S. 73 ff.

12 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], EU-Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 2; *Huttenlauch*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann [Hrsg.], Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 1.

13 Vgl. exemplarisch die tabellarische Darstellung in der englischen Version des XXXIII. Wettbewerbsberichts, 2003, 2. Teil, Kapitel V – Statistics, S. 299, da in der deutschen Version an entsprechender Stelle auf S. 333 ein offensichtlicher Fehler vorliegt. Ab 2004 wird in den Wettbewerbsberichten der Kommission zwar nicht

Bedeutung des Art. 102 AEUV aber dennoch essentiell.¹⁴ So wird mit dieser Vorschrift der Kommission zum einen ermöglicht, die *Liberalisierung von Märkten* voranzutreiben und damit Sektoren, die in den Mitgliedstaaten traditionell monopolartige Strukturen aufweisen, nachhaltig für etwaige Wettbewerbshandlungen zu öffnen.¹⁵ Zum anderen wirkt die Missbrauchsaufsicht aber auch in *präventiver* Hinsicht, indem sie gewissermaßen auch Abschreckungspotential entfaltet. Es entspricht daher auch einer konsequenten Anwendungspraxis, wenn die Kommission gemäß Art. 9 Abs. 1 Kartell-VO 1/2003¹⁶ zunehmend von der Möglichkeit Gebrauch macht, sogenannte Verpflichtungszusagen gegenüber den von Ermittlungen nach Art. 102 AEUV betroffenen Unternehmen für verbindlich zu erklären und damit förmliche Entscheidungen zur Missbrauchsfeststellung ersetzt.¹⁷

mehr ausdrücklich zwischen Art. 81 und 82 EG-Vertrag bzw. Art. 101 und 102 AEUV differenziert, der Umfang setzt sich aber in etwa fort.

- 14 Ausführlich dazu *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], EU-Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 32 ff.
- 15 Vergleichsweise gut gelungen ist die Liberalisierung des Telekommunikationssektors seit Mitte der 1990er Jahre. Erfolge wurden aber auch in anderen Sektoren wie Postdienste, leitungsgebundene Energie oder Verkehr erzielt. Aufgrund spezieller Verordnungen nimmt für diese Bereiche Art. 102 AEUV allerdings zunehmend den Charakter einer Auffangregel an; siehe nur *Kommission*, XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Rdnr. 36 ff., Rdnr. 123 ff.; *dies.*, XXIV. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1994, Rdnr. 215 ff.; *dies.*, XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1995, Rdnr. 99, 102 ff.; *dies.*, XXVI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1996, Rdnr. 113 ff.; *dies.*, XXXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2003, Rdnr. 86 ff.
- 16 Vgl. insoweit *Kommission*, Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG v. 04.01.2003, Nr. L 1, 46. Jahrgang, S. 1-25.
- 17 Vgl. dazu etwa *Kommission*, Beschl. v. 13.12.2011, Sache COMP/C-3/39.692, ABl. EU v. 21.01.2012, Nr. L 18, 55. Jg., S. 6-7 – *IBM-Wartungsdienste*; *Kommission*, Beschl. v. 15.11.2011, Sache COMP/39.592, ABl. EU v. 04.02.2012, Nr. C 31, 55. Jg., S. 8-9 – *Standard & Poor's*; *Kommission*, Beschl. v. 09.12.2009, Sache COMP/38.636, ABl. EU v. 06.02.2010, Nr. C 30, 53. Jg., S. 17-18 – *Rambus*; *Kommission*, Entsch. v. 26.11.2008, Sachen COMP/39.388 und COMP/39.389, ABl. EU v. 13.02.2009, Nr. C 36, 52. Jg., S. 8 – *Deutscher Stromgroßhandels- und Regelenergiemarkt*; *Kommission*, Entsch. v. 22.02.2006, Sache COMP/B-2/38.381, ABl. EU v. 27.07.2006, Nr. L 205, 49. Jahrgang, S. 24-25 – *De Beers*; kritisch gegenüber dieser Entwicklung indes *Klees*, Das Instrument der Zusagenentscheidung der Kommission und der Fall „E.ON“ – Ein (weiterer) Sündenfall, in: WuW 2009, Vol. 59, No. 4, 374, 374 ff.

Im Rahmen der Missbrauchsaufsicht haben sich verschiedene Fallgruppen herausgebildet. Man unterscheidet allgemein zwischen den drei Kategorien Ausbeutungsmissbrauch, Behinderungsmissbrauch und Strukturmissbrauch. Die Fallkategorie des *Ausbeutungsmissbrauchs* richtet sich aktiv gegen die Marktgegenseite. Hiernach soll die vor- bzw. nachgelagerte Wirtschaftsstufe vor *Ausplünderung* und damit vor überhohen Preisen geschützt werden.¹⁸ Art. 102 S. 2 lit. a AEUV benennt mit der „[...] unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen“ ein Regelbeispiel des Ausbeutungsmissbrauchs. Ähnlich konkretisiert im Übrigen auch das deutsche Recht diese Fallgruppe. So formuliert § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB als Regelbeispiel etwa die Forderung von „Entgelte[n] oder sonstige[n] Geschäftsbedingungen [...], die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden [...]“. Wenngleich die Fallkategorie des Ausbeutungsmissbrauchs historisch betrachtet zwar im Vordergrund stand, verliert sie mittlerweile jedoch immer mehr an Bedeutung.¹⁹ Erfolgreiche Verfahrensabschlüsse finden sich nur selten und wenn, dann mit *rückläufiger Tendenz*. Zurückzuführen ist dies u. a. auf die Schwierigkeiten einer behördlichen Preiskontrolle, welche allenfalls auf Märkten sinnvoll zu sein scheint, auf denen Wettbewerbshandlungen nur bedingt möglich sind.²⁰ Derartige Märkte sind jedoch in aller Regel bereits einer besonderen Ex-ante-Preisregulierung unterlegen.

Die in praktischer Hinsicht größte Bedeutung wird der Fallgruppe des *Behinderungsmissbrauchs* bzw. *Verdrängungsmissbrauchs* beigemessen.²¹ Etwa im Gegensatz zum Ausbeutungsmissbrauch richtet sich der Behinderungsmissbrauch nicht auf vertikaler Ebene gegen die Marktgegenseite,

18 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], EU-Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 168.

19 *Paul*, Behinderungsmissbrauch nach Art. 82 EG und der "more economic approach", 1. Teil, Kapitel B.II.1, S. 16 f.; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, Einführung, Kapitel A, S. 2 m. w. Nw.

20 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], EU-Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 171; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, Einführung, Kapitel A, S. 2 f.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 4. Kapitel § 16.I.1, Rdnr. 3 ff.; *Monopolkommission*, Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel?, Rdnr. 37.

21 *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, Einführung, Kapitel A, S. 2, welcher die Fallgruppe des Behinderungsmissbrauchs als „Herzstück der modernen Missbrauchsaufsicht“ betrachtet; siehe auch *Hertfelder*, Die consumer welfare im europäischen Wettbewerbsrecht, Kapitel 2.C.I, S. 154.

sondern auf horizontaler Ebene gegen *tatsächliche und potentielle Wettbewerber* des marktbeherrschenden Unternehmens.²² Die Anwendung von missbräuchlichem Behinderungsverhalten unterliegt der unternehmensstrategischen Ausrichtung, etwaige Konkurrenten gezielt zu schwächen oder sogar vom Markt zu verdrängen. Aufgrund seiner verschiedenartigen Ausprägungsmöglichkeiten umfasst der Behinderungsmissbrauch mehrere Unterkategorien, die je nach Art und Charakter in *preisbezogene* sowie *nicht-preisbezogene* Behinderungsformen zusammengefasst werden können. Im Einzelnen sind dies auf preisbezogener Seite Kampfpreisstrategien, Rabattsysteme²³, Preis-Kosten-Scheren oder selektive Preisdiskriminierungen sowie Ausschließlichkeitsbindungen, Geschäftsverweigerungen oder Kopplungsgeschäfte auf nicht-preisbezogener Seite.²⁴ Allerdings lässt sich häufig keine trennscharfe Abgrenzung zwischen den einzelnen Kategorien vornehmen. So weisen die betreffenden Praktiken oftmals Elemente auf, die sowohl preisbezogener als auch nicht-preisbezogener Natur sind.²⁵

Die Fallgruppe des *Strukturmissbrauchs* bezeichnet hingegen die Ausübung negativen Einflusses auf die Marktstruktur im Wege *externen Wachstums*.²⁶ Die Norm des Art. 102 AEUV erfasst in diesem Sinne auch Marktstrukturveränderungen, die gerade darauf zurückzuführen sind, dass ein

22 *Huttenlauch*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann [Hrsg.], Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 218; *Hertfelder*, Die consumer welfare im europäischen Wettbewerbsrecht, Kapitel 2.C.I, S. 154 f.

23 Rabattsysteme können in vielfältiger Weise ausgestaltet sein. Zu den in missbrauchsanalytischer Hinsicht problematischen Formen zählen etwa *bedingte Rabattsysteme* wie ausprägungsstarke Treue-, Umsatz- oder Zielrabatte, insbesondere wenn diese eine gewisse Sogwirkung entfalten und dadurch Kundenbindungseffekte generieren, oder *Bündel- und Paketrabatte*, die möglicherweise einen Ausschließlichkeitseffekt nach sich ziehen. Ein allzu differenzierter Blick auf die einzelnen Unterformen ist allerdings nicht Gegenstand der Arbeit. Es stehen vielmehr Rechtfertigungsgründe innerhalb der Gesamtrubrik im Mittelpunkt. Vgl. allgemein zur missbrauchsanalytischen Bewertung von Rabattsystemen *Bodenstein*, Kartellrechtliche Bewertung von Rabatten marktbeherrschender Unternehmen.

24 Eine umfassende Darstellung der einzelnen Ausprägungsformen findet sich etwa bei *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], EU-Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 214 ff.

25 Exemplarisch zu nennen sind etwa Produktbündel, da diesen bei kostenloser Bereitstellung des Zweitprodukts durchaus ein nicht zu vernachlässigender preisbezogener Aspekt innewohnt.

26 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], EU-Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 134, 393 ff.; *Huttenlauch*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann [Hrsg.], Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 251; *Roth*, Der „ebenso effiziente Wettbewerber“, Erster Teil, Kapitel III.4.A.a, S. 98 f.

marktbeherrschendes Unternehmen durch Ausnutzung seiner Machtposition, etwa durch gezielte Aktienzukäufe oder sonstige Unternehmenszusammenschlüsse, eine Monopolisierungstendenz herbeiführt,²⁷ so dass praktisch jedwede Wettbewerbsbehandlung ausgeschaltet ist.

C. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit, welche gegenständlich dem preisbezogenen Behinderungsmissbrauch gewidmet ist,²⁸ liefert eine *systematisierende Untersuchung zur Identifikation berücksichtigungsfähiger Rechtfertigungsgründe* und deren wirksamer *Integration in den missbrauchsanalytischen Bewertungsprozess* nach Art. 102 AEUV. Ihre Zielsetzung ist wesentlich darauf ausgerichtet, Entscheidungsfehler bei der Anwendung objektiver Testkriterien signifikant zu reduzieren,²⁹ wodurch im Ergebnis ein Höchstmaß an Treffsicherheit hinsichtlich der Missbrauchsbewertung von Verhaltenswirkungen gewährleistet werden soll. Dabei ist die Arbeit insoweit der Interdisziplinarität verpflichtet, als sie auf Basis wettbewerbstheoretischer und wohlfahrtsökonomischer Überlegungen die Übertragung gesicherter wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse in die Dogmatik der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht überprüft. Zu diesem Zweck wird auch verstärkt auf Schaubilder zur Illustration der Sachverhaltsproblematik zurückgegriffen. Dies mag für rein juristische Arbeiten zwar eher ungewöhnlich sein,

27 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], EU-Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 393.

28 Auf die gesonderte Darstellung der einzelnen fallgruppenspezifischen Untervarianten wird allerdings weitgehend verzichtet oder nur bedingt eingegangen. Da vorliegend die Systematisierung von Rechtfertigungsgründen im Mittelpunkt steht, würde ein solches Vorgehen nicht nur – zumindest partiell – zu Wiederholungen führen, sondern auch den inhaltlichen Rahmen dieser Arbeit sprengen. Insoweit sei nur auf die Ausführungen von *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], EU-Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 232 ff., 249 ff., 373 ff., 385 ff. und *Paul*, Behinderungsmissbrauch nach Art. 82 EG und der "more economic approach", 1. Teil, Kapitel A.II, S. 10 ff. sowie *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, Kapitel D, S. 103 ff. verwiesen.

29 Damit dient die integrative Berücksichtigung von Rechtfertigungsgründen gleichermaßen als Korrektiv des nach der Entscheidung in Sachen Intel aufgewerteten *equally efficient competitor*-Tests, EuGH, Urt. v. 06.09.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 – *Intel*; vgl. auch *Haberer*, Die Intel-Entscheidung des EuGH – Konkretisierung der Rechtsprechung zu Ausschließlichkeitsrabatten, in: WuW 2017, Vol. 67, No. 11, 526, 526 ff.

in wirtschaftswissenschaftlichen Abhandlungen ist diese Vorgehensweise jedoch zum Teil unerlässlich.

In struktureller Hinsicht gliedert sich die Untersuchung in zwei Teilbereiche. Nach einer einleitenden, die Problemstellung überblickenden Betrachtung dient ein *allgemeiner erster Teil* der grundlegenden Standortbestimmung. Zu diesem Zweck ist ein erstes Kapitel der *Legitimation von Rechtfertigungsgründen bzw. deren dogmatischer Einordnung* gewidmet. Zu diskutieren ist insoweit die mögliche normative Anbindung objektiver Rechtfertigungsgründe an den Tatbestand des Art. 102 AEUV sowie die bisherige wohlfahrtsbegründete Rezeption im wettbewerbsrechtlichen Kontext. In einem anschließenden zweiten Kapitel gilt es dann die *systematischen Grundlagen der Rechtfertigungsbegründung* zu erörtern. Hierbei zeigt sich, dass insbesondere aufgrund der kasuistisch geprägten Entwicklung der Rechtfertigungsbasis bislang weder ein einheitliches Begriffsverständnis entstanden ist, noch eine konsistente Anwendungspraxis Einzug erhalten hat.³⁰ Das erste Teilziel besteht insofern darin, innerhalb eines interdisziplinären Diskurses, einen *generellen Ordnungsrahmen* auszuloten, welcher es im Grundsatz erlaubt, einzelne Rechtfertigungsgründe anwendungsbezogen zu kategorisieren und auf ein gleichermaßen stabiles wie anerkanntes Fundament zu stellen.

Über die Klärung der generellen Berücksichtigungsfähigkeit von Rechtfertigungsgründen im missbrauchsanalytischen Bewertungsprozess hinaus gilt es zu Konkretisierungszwecken in einem *besonderen zweiten Teil* belastbare Kriterien herauszuarbeiten, welche die einzelnen Rechtfertigungsgründe inhaltlich auffüllen. Die bloße Feststellung einer Rechtfertigungsfähigkeit durch entsprechende Wohlfahrtserwägungen kann indes – jedenfalls für sich – keinen entscheidenden Beitrag zur Reduktion bestehender Unsicherheiten oder fehlerbehafteter Auslegungen leisten. Erforderlich ist vielmehr eine *inhaltlich-strukturelle Ausdifferenzierung*.³¹ Das dritte Kapitel befasst sich in diesem Sinne mit *auswirkungsbasierten Rechtfertigungsgrün-*

30 Zur kasuistischen Prägung siehe etwa EuGH, Urt. v. 15.03.2007, Rs. C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166 = Slg. 2007, I-2331 – *British Airways*, Rdnr. 86; EuGH, Urt. v. 17.02.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 = Slg. 2011, I-527 – *TeliaSonera*, Rdnr. 76; EuGH, Urt. v. 27.03.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 – *Post Danmark*, Rdnr. 42; EuGH, Urt. v. 19.04.2012, Rs. C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221 – *Tomra*, Rdnr. 75; EuGH, Urt. v. 06.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651 – *Post Danmark II*, Rdnr. 47.

31 Vgl. etwa O'Donoghue/Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Chapter 6.6.1, S. 414; vgl. auch Roth, *Der „ebenso effiziente Wettbewerber“*, Erster Teil, Kapitel III.4.A.e.bb, S. 138 f.

den. Danach gilt es zu ergründen, ob und bejahendenfalls inwieweit *rechtfertigungsfähige Effizienzüberlegungen* nach Vorbild des Art. 101 Abs. 3 AEUV auch in den missbrauchsanalytischen Prüfprozess nach Art. 102 AEUV integriert werden können. Im Einzelnen sind verschiedene Ausprägungsformen aufzuzeigen, die entweder die absolute Ausbringungsmenge erhöhen oder aber kostenreduzierend wirken. Zudem ist der ökonomische Einfluss, ebenso wie der Rückgriff auf die ökonomische Modellierung, an dieser Stelle besonders zu würdigen. Sodann wird in einem vierten Kapitel auf die *prozessorientierten Rechtfertigungsgründe* eingegangen. Diese können gleichermaßen durch offensive wie rein defensive Preisstrategien abgebildet werden.³² Ihnen gemein ist jedoch die Implikation der *Wettbewerbsorientierung*. So ist etwa analytisch zu bewerten, ob die Rechtfertigungsfähigkeit auf Basis funktionierenden Wettbewerbs wohlfahrtsoptimale Zustände begründen kann. Eine *vermittelnde Ansicht* wird letztlich im fünften Kapitel diskutiert. Die Rechtfertigungsgründe dieser Fallkategorie weisen dabei einen unmittelbaren Bezug zur *strukturellen Ausgestaltung des Marktumfeldes* auf und sind ihrem Wesen nach darauf ausgelegt, etwaige Abweichungen von annähernd wettbewerbsähnlichen Zuständen so gering wie möglich zu halten. Insofern gilt es in diesem Rahmen zu ermitteln, ob derartige Verhaltensweisen eine rechtfertigungsfähige Integration in die missbrauchsanalytische Betrachtung ermöglichen.

Zum Abschluss der Untersuchung werden die wesentlichen Erkenntnisse in einer Schlussbetrachtung final resümiert.

32 Eine konkrete Zuordnung hängt insofern davon ab, ob proaktives oder reaktives unternehmerisches Verhalten vorliegt.

Teil I
Die Bedeutung von Rechtfertigungsgründen im
ökonomisierten Unionskartellrecht – Standortbestimmung
und kategorisierende Ausrichtung

Kapitel 1 Legitimation von Rechtfertigungsgründen und dogmatische Einordnung

Die Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV untersagt allgemein und ohne weitergehende Konkretisierungen die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Damit handelt es sich, im Gegensatz etwa zum Kartellverbot und der Fusionskontrolle, um eine generell unbestimmte Rechtsnorm,³³ in der jedenfalls die Möglichkeit einer expliziten Verhaltensrechtfertigung nicht unmittelbar vorgesehen ist. Da eine strikt wortlautgebundene Anwendung der Norm allerdings weder zielführend noch interessengerecht wäre, gilt es nachfolgend zu ergründen, inwieweit eine normative Anbindung objektiver Rechtfertigungsgründe an den Tatbestand des Art. 102 AEUV ermöglicht werden kann. In diesem Sinne soll eine fundamentale Basis geschaffen werden, welche die konzeptionelle Integration rechtfertigender Umstände in den missbrauchsanalytischen Bewertungsprozess dem Grunde nach erlaubt und darüber hinaus hinreichend plausibilisiert.

A. Allgemeine Grundlagen

Im Gegensatz etwa zu den Freistellungstatbeständen in Art. 101 Abs. 3 AEUV oder den Rechtfertigungstatbeständen des deutschen Missbrauchsverbots in § 19 Abs. 2 GWB finden sich in den Tatbestandsmerkmalen des Art. 102 AEUV keine Anknüpfungspunkte für eine mögliche Rechtfertigung an sich wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen.³⁴ Eine

33 *Bloch/Kamann/Brown/Schmidt*, A Comparative Analysis of Art. 82 of the EC Treaty and Sec. 2 of the Sherman Act, in: ZWeR 2005, Vol. 3, No. 4, 325, 334.

34 *Koenig/Schreiber*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 4. Kapitel IV, S. 151 f.; *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], EU-Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 152; *Huttenlauch*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann [Hrsg.], Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 294; *Loewenthal*, The Defence of "Objective Justification" in the Application of Article 82 EC, in: W. Comp. 2005, Vol. 28, No. 4, 455, 461 f.; *Paul*, Behinderungsmissbrauch nach Art. 82 EG und der "more economic approach", 4. Teil, Kapitel B.III.1, S. 77 f.; *Bryde*, Rechtfertigungsprüfung in der Anwendung von Art. 102 AEUV, 1. Teil, Kapitel B.I.2.a, S. 37; *Østerud*, Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Un-

wortlautgetreue Auslegung der Norm im Sinne einer *generell-systematischen* Untersagung von Ausnahmetatbeständen wäre allerdings nicht nur sehr strikt, sie würde auch den Interessen sämtlicher Akteure zuwiderlaufen.³⁵ In ihrer Funktion als *mögliches Korrektiv* für fehlerhafte missbrauchsanalytische Bewertungen oder als wirksame *Verteidigungsmaßnahmen* marktbeherrschender Unternehmen im Falle eines Angriffs von außen, kann die begründete Rechtfertigung von Verhaltensweisen jedenfalls dazu beitragen, effiziente Situationen zu generieren. Ihre grundsätzliche Integration in die europäische Missbrauchsaufsicht ist daher zu Recht weitgehend konsentiert.³⁶ Die Beweislast zur Entkräftung des Missbrauchsvorwurfs obliegt dabei nach ganz h. M. dem marktbeherrschenden Unternehmen.³⁷ Auch die Kommission geht mittlerweile davon aus, dass ein solches Unternehmen im Einzelfall durchaus legitime wirtschaftliche Gründe für eine zumindest kurzzeitige Unterkostenpreispolitik haben kann.³⁸ Nicht recht-

dertakings under EU Competition Law, Chapter 8.1, S. 245; *Bulst*, Mehr Licht – Zur Anwendung des Art. 82 EG auf Behinderungsmissbräuche, in: *RabelsZ* 2009, Vol. 73, No. 4, 703, 715.

35 So offenbar auch *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Kapitel 4.A, S. 173 f.

36 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], EU-Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 163; *Eilmansberger/Bien*, in: Bien/Meier-Beck/Montag/Säcker [Hrsg.], Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 663; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, Chapter 5.5 sowie 6.6, S. 343 ff., 413 ff.; *Koenig/Schreiber*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 4. Kapitel IV, S. 152; *Bien*, Rezension zu Thorsten Wilhelm Pries, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, in: *ZHR* 2012, Vol. 176, No. 1, 128, 131; *Lange*, Kampfpreisstrategien (predatory pricing) im europäischen Kartellrecht, in: *ZHR* 2005, Vol. 169, No. 5, 495, 499; anders dagegen *Sher*, Price Discounts and Michelin 2: What Goes Around, Comes Around, in: *ECLR* 2002, Vol. 23, No. 10, 482, 488.

37 *Kommission*, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU v. 24.2.2009, Nr. C 45, 52. Jg., S. 7-20, Rdnr. 31; *dies.*, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Rdnr. 77; *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, Teil 2, Kapitel 4.C.II.2.c, S. 523 ff.; *Roth*, Der „ebenso effiziente Wettbewerber“, Erster Teil, Kapitel III.4.A.e.cc, S. 139 ff.; *Eilmansberger/Bien*, in: Bien/Meier-Beck/Montag/Säcker [Hrsg.], Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 663; *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], EU-Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rdnr. 163.

38 *Kommission*, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU v. 24.02.2009, Nr. C 45, 52.