

Der „*more economic approach*“ bei Verdrängungsmisbräuchen:
Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission

Michael Albers¹

Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission

Die Europäische Kommission verfolgt seit einiger Zeit einen „*more economic approach*“ bei der Formulierung ihrer Wettbewerbspolitik und der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln in der Europäischen Union. Die wichtigsten Komponenten des „*more economic approach*“ sind die stärkere Ausrichtung von gemeinschaftlicher Politik und Rechtspraxis auf den Schutz der Konsumentenwohlfahrt und den Auswirkungsansatz. Diese durchaus bedeutende Akzentverschiebung führte bisher bereits zu einer Reihe von Veränderungen bei der Auslegung und Anwendung der Verbote wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen des Artikels 81 EGV sowie wettbewerbsbehindernder Zusammenschlüsse von Art.2 der Europäischen Fusionskontrollverordnung². Gegenwärtig überlegt die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission, ob und in welcher Weise Änderungen der künftigen Entscheidungspraxis zum Missbrauchsverbot des Artikels 82 EGV notwendig sind³. Mein Beitrag zum Hamburger Kartellrechtssymposium beginnt mit allgemeinen Ausführungen zur Anwendung des „*more economic approach*“ auf das Missbrauchsverbot, an die sich dann eine Darstellung des von der Generaldirektion Wettbewerb veröffentlichten Diskussionspapiers zur künftigen Verwaltungspraxis bei Verdrängungsmisbräuchen anschließt⁴.

I. Zum „*more economic approach*“ der europäischen Wettbewerbspolitik und Rechtsdurchsetzung

Zum „*more economic approach*“ gehört zunächst die stärkere Ausrichtung der europäischen Wettbewerbsregeln auf den Schutz der Konsumentenwohlfahrt. Nach Auffassung der Europäischen Kommission soll der Nutzen des Wettbewerbs für den Konsumenten in den Mittelpunkt der Europäischen Wettbewerbspolitik gestellt werden⁵. Wettbewerbsregeln wie

¹ Dies ist eine nachträglich angefertigte, leicht veränderte und um Fußnoten ergänzte Fassung meines Vortrages anlässlich des Hamburger Kartellrechtssymposiums 2006. Ich danke meinen Kollegen S. Albaeck, E. Paulis, L. Peeperkorn und R. Wezenbeek für ihre Anmerkungen und Verbesserungsvorschläge. Alle Irrtümer bleiben selbstverständlich meine. Die in dieser Vortragsfassung vertretenen Meinungen sind die des Autors. Sie vermögen die Kommission nicht zu binden.

² Siehe die Gruppenfreistellungsverordnungen (GFVO) und die Leitlinien zu vertikalen Beschränkungen, horizontalen Kooperationsvereinbarungen und Technologietransfervereinbarungen seit 1999 sowie die Neufassung der Fusionskontrollverordnung (FusionskontrollVO) und die Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen seit 2004.

³ Zum Staatsbeihilfenrecht stellt die Kommission im Rahmen des State Aid Action Plans ähnliche Überlegungen an, siehe nur Röller, Der ökonomische Ansatz in der europäischen Wettbewerbspolitik, erhältlich über <http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/>

⁴ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (im folgenden zitiert als „Diskussionspapier“), veröffentlicht unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>

⁵ Siehe Kroes, Tackling Exclusionary Practices to avoid Exploitation of Market Power: Some preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82 in: 29 Fordham International Law Journal (2006) 593, 596; siehe auch Monti, EU Competition Policy after May 2004, Rede vom 24.10.2003; A Reformed Competition Policy: Achievements and Challenges for the Future, Rede vom 28.10.2004; beide Reden erhältlich über <http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/>; s.a. Lowe, DG Competition's Review of the Policy on Abuse of Dominance, 2003 Fordham Corp. L. Inst. 163 (B. Hawk, Ed. 2004)

das Missbrauchsverbot bezwecken nicht den Schutz des Wettbewerbs schlechthin, einer bestimmten Marktstruktur oder gar der Konkurrenten des Marktbeherrschers. Marktstrukturen oder die Identität der Konkurrenten können sich ändern und sollen sich auch ändern, wenn dies für Verbraucher vorteilhaft ist. Denn der Wettbewerb soll vor allem als Werte für Konsumenten schaffender Prozess geschützt werden.

Um dieses Ziel zu erreichen, sind die Wettbewerbsregeln immer dann anzuwenden, wenn die Auswirkungen einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung, eines Zusammenschlusses oder der Handlung eines Marktbeherrschers nachteilig für die davon betroffenen Verbraucher ist. Damit ist die zweite wesentliche Komponente des „*more economic approach*“ angesprochen: der Auswirkungsansatz. Danach kommt es für die Vereinbarkeit eines Marktverhaltens oder einer marktrelevanten Transaktion mit den gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln auf deren Auswirkungen auf den Wettbewerb an. Sind die Folgen einer Handlung oder Transaktion nachteilig für den Wettbewerb, kann davon ausgegangen werden, dass sie auch nachteilig für die Konsumentenwohlfaht ist. Der Schutz des Wettbewerbs ist nur Mittel zum Zweck. Veränderungen der Marktstruktur oder die Form einer Wettbewerbshandlung sind also nur insoweit von Bedeutung als mit ihnen mittelbar Aussagen über die Folgen für die Verbraucher verbunden werden können⁶.

Bei der Anwendung des gemeinschaftsrechtlichen Missbrauchsverbots sind folglich die Auswirkungen von Handlungen des beherrschenden Anbieters oder Nachfragers umfassend zu untersuchen. Von Bedeutung sind dabei sowohl die tatsächlichen als auch die wahrscheinlichen Auswirkungen. Würde man die Analyse nur auf die tatsächlichen Effekte beschränken, so bestünde die Gefahr, dass das Missbrauchsverbot erst greift, nachdem der Schaden für die betroffenen Konsumenten bereits eingetreten und möglicherweise irreversibel geworden ist. Um eine bloße Missbrauchsaufsicht über das Marktverhalten marktmächtiger Unternehmen zu vermeiden sind also auch wahrscheinliche Effekte von Marktbeherrscherverhalten auf die Konsumentenwohlfaht in die Beurteilung einzubeziehen. Die Wirksamkeit des Missbrauchsverbots erfordert ferner die Betrachtung nicht nur der kurzfristigen, sondern auch der langfristigen Folgen des Marktbeherrscherverhaltens. Denn was kurzfristig vorteilhaft für Verbraucher ist, kann sich langfristig als nachteilig erweisen wie das Beispiel des Einsatzes von Kampfpreisstrategien zur Verdrängung wettbewerbsstarker Konkurrenten durch einen beherrschenden Anbieter zeigt. Kampfpreisstrategien beinhalten typischerweise kurzfristige Produktverbilligungen, die für Verbraucher vorteilhaft sind, um längerfristig für Verbraucher nachteilige suprakompetitive Preise durchzusetzen, nachdem ein Rivale des Marktbeherrschers erfolgreich vom Markt verdrängt oder diszipliniert wurde. Eine umfassende Auswirkungsanalyse erfordert schließlich die Einbeziehung sowohl von wettbewerbsbeschränkenden als auch effizienzsteigernden Effekten des Marktbeherrscherverhaltens. Wie nicht zuletzt Artikel 81 EGV deutlich macht, kann ein und dasselbe Verhalten sowohl nachteilige als auch vorteilhafte Folgen für Verbraucher haben. Dann ergibt sich unter Umständen erst aus einer Abwägung beider Effekte, ob das fragliche Marktverhalten tatsächlich Konsumenteninteressen schädigt. Würden nur wettbewerbsbeschränkende Effekte bei der

⁶ Siehe vor allem Tz.7 der Leitlinien zu vertikalen Beschränkungen, ABL C 291/1 v. 13.10.2000; Tz.8 der Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen, ABL C 31/5 v. 5.2.2004; s.a. Diskussionspapier Tz.4; EAGCP, An economic approach to Article 82 (im folgenden: EAGCP Report), S.11 f. erhältlich über http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/article_82_review.html. Anderer Ansicht im Hinblick auf den Schutzzweck als auch den Auswirkungsansatz das BKartA: A Bundeskartellamt/Competition Law Forum Debate on Reform of Article 82: A „Dialectic“ on Competing Approaches, 2006 European Competition Journal 211, 218, 213.

Verhaltensanalyse berücksichtigt, liefe man das Risiko Konkurrenten- statt Konsumentenschutz zu betreiben⁷. Zum „*more economic approach*“ gehört auch, dass für die Feststellung nachteiliger Auswirkungen moderne mikroökonomische Grundsätze sowie empirische Methoden der Wirtschaftswissenschaften angewendet werden⁸.

Von dem „*more economic approach*“ verspricht sich die Europäische Kommission einen besseren Schutz der Verbraucher vor missbräuchlichem Verhalten von Unternehmen in beherrschender Stellung. Die stärkere und transparentere Ausrichtung des Verbotstatbestandes von Artikel 82 EGV auf den Konsumentenschutz erleichtert dessen Akzeptanz und die Selbsteinschätzung der Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens durch marktbeherrschende Unternehmen als Normadressaten. Es können dadurch - in der Sprache der Ökonomen ausgedrückt - Fehler erster und zweiter Ordnung besser vermieden werden. Aus Konsumentensicht wünschenswertes Marktverhalten wird seltener untersagt und wettbewerbsbeschränkendes Verhalten seltener freigegeben. Dadurch dass die Auswirkungen stärker in den Mittelpunkt der Analyse rücken, wird das Risiko der unterschiedlichen Beurteilung verschiedener Formen von Verhalten trotz gleicher Wettbewerbsfolgen verringert⁹. Die Erstreckung des „*more economic approach*“ auf das gemeinschaftliche Missbrauchsverbot verbessert darüber hinaus die Kohärenz der Rechtsanwendung. Indem dieser Ansatz nunmehr auch für das Missbrauchsverbot gilt, wird die parallele Anwendung von Artikel 81 und Artikel 82 EGV auf denselben Sachverhalt regelmäßig zu gleichen oder wertungsgleichen Ergebnissen führen. Letzteres trifft auch auf die Anwendung des Missbrauchsverbots und den Untersagungstatbestand der FusionskontrollVO auf Sachverhalte zu, die zwar formal unterschiedlich sind, tatsächlich jedoch vergleichbare Marktverschließungseffekte aufweisen.

Es geht also bei dem „*more economic approach*“ der europäischen Wettbewerbspolitik und – praxis nicht nur um die durchgehende Zulassung des Effizienzeinwandes bei allen europäischen Wettbewerbsregeln wie es manchmal etwas missverständlich dargestellt wird¹⁰. Es geht auch nicht lediglich darum, vermehrt „*economic evidence*“ oder „*a more quantitative approach*“ in die Wettbewerbsverfahren einzuführen¹¹. Die Kommission will mit dem von ihr verfolgten Ansatz nicht nur moderne ökonomische Methoden zur empirischen Analyse möglicher Wettbewerbsbeschränkungen anwenden. Sie will vielmehr eine Akzentverschiebung in ihrer Wettbewerbspolitik mit Folgen für den Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts sowie die Anwendung seiner Verbotstatbestände. Es geht schließlich nicht um die Konvergenz des europäischen Gemeinschaftsrechts mit anderen Wettbewerbsordnungen, insbesondere dem US-amerikanischen Antitrustrecht¹². Die Konvergenz ist im Zeitalter multinationaler Unternehmen und globalen Wettbewerbs eine durchaus begrüßenswerte Nebenfolge. Sie ist jedoch keineswegs der Anlass oder das Ziel der Politikinitiative der Europäischen Kommission.

Es wird in der Gemeinschaft lebhaft darüber diskutiert, welche praktischen Folgen der „*more economic approach*“ für die Durchsetzung der europäischen Wettbewerbsregeln durch die

⁷ Siehe auch EAGCP Report, S.6, 9 f.

⁸ Siehe dazu Röller, Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe, und Röller/Friederisick, Ökonomische Analyse in der EU Wettbewerbspolitik; beide erhältlich über http://ec.europa.eu/comm/dgs/competition/cce_speeches.htm

⁹ Siehe EAGCP Report, S.5 f.

¹⁰ Z.B. Schmidtchen, WuW 2006, 6, 8

¹¹ So anscheinend Böge in: WuW 2004, 726 ff. und Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice, 2005, S. 153 ff.

¹² So z.B. Christiansen, WuW 2005, 285, 293

Behörden und Gerichte im Rechtsalltag hat. Einen Schwerpunkt der Diskussion bilden die Fragen nach der Praktikabilität des Auswirkungsansatzes und ob er für alle Beteiligten hinreichende Rechtssicherheit gewährleisten kann. In der Tat hat der von der Kommission verfolgte Politikansatz der Diskussion um den altbekannten Zielkonflikt zwischen der Einzelfallgerechtigkeit einerseits und der Praktikabilität sowie Rechtssicherheit andererseits neue Nahrung gegeben. Während die Einzelfallgerechtigkeit gebietet, alle Wettbewerbswirkungen ohne zeitliche Begrenzung im Rahmen eines Verfahrens zu untersuchen, erfordern Praktikabilität und Rechtssicherheit die Begrenzung der Anzahl der zu berücksichtigenden Tatsachen, einfach anzuwendende Rechtssätze und eine kurze Verfahrensdauer. In der deutschen Diskussion über den „*more economic approach*“ spielt dieser Zielkonflikt eine sehr große Rolle¹³. Es hat fast den Anschein, als ob darüber die ebenfalls notwendige Diskussion, welche und in welcher Weise moderne industrieökonomische Erkenntnisse und Methoden zur Umsetzung des Auswirkungsansatzes Eingang in die Rechts- und Kontrollpraxis finden können, ins Hintertreffen gerät¹⁴.

Die Generaldirektion Wettbewerb ist der Ansicht, dass der Zielkonflikt angemessen gelöst werden kann, zumal auch Ökonomen keine komplexen Fallanalysen für jeden Einzelfall unabhängig von seiner wirtschaftlichen Relevanz fordern¹⁵. Instrumental sind dafür sowohl klare und einfache Regeln für bestimmte Sachverhalte als auch komplexe Regeln für andere Sachverhalte, welche die Abwägung verschiedener Interessen und Auswirkungen zur Beurteilung von Verdrängungsmisbräuchen vorsehen¹⁶. Das Diskussionspapier schlägt zur künftigen Anwendung des Missbrauchsverbots von Artikel 82 EGV auf Verdrängungsmisbräuche sowohl klare und einfache als auch komplexe Regeln vor, von denen ich die Wichtigsten kurz vorstellen möchte. Zu nennen ist zunächst das Instrument des so- genannten „sicheren Hafens“. Liegen die Voraussetzungen für einen sicheren Hafen vor, kann missbräuchliches Verhalten des beherrschenden Unternehmens mit Sicherheit ausgeschlossen werden¹⁷. Ein Beispiel dafür bildet der im Diskussionspapier vorgeschlagene „*ebenso effiziente Wettbewerber*“ Test für Preisverhalten. Er basiert auf der Wertung, dass Preisverhalten des Marktbeherrschers solange nicht missbräuchlich ist, solange ein ebenso effizienter Wettbewerber ihm standhalten kann¹⁸. Ein weiteres Mittel zur Gewährleistung von Praktikabilität und Rechtssicherheit ist das Prüfkriterium der Eignung einer Handlung zur Marktverschließung. Dieses Prüfkriterium ist, dem Diskussionspapier zufolge, stets als erstes zur Feststellung eines Verdrängungsmisbrauchs zu untersuchen. Es gibt Auskunft darüber, ob das inkriminierte Verhalten des Marktbeherrschers Konkurrenten den Zugang zu seinen Kunden versperren kann¹⁹. Die Kundensperre ist eine notwendige Voraussetzung für einen Marktverschließungseffekt. Denn wenn die fragliche Handlung schon nicht den Zugang zu

¹³ Siehe nur Bueren, WRP 2004, 567, 573 ff.; Christiansen, aaO. 288 ff.; Schmidt WuW 2005, 97; Schmidtchen aaO. 12 ff.

¹⁴ Zu den Veränderungen in der Industrieökonomie allgemein Christiansen aaO. 289; für den Bereich des Missbrauchsverbots siehe EAGCP Report aaO. zu vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen siehe auch Rey/Caballero-Sanz aaO. S.3 ff. und für die Fusionskontrolle siehe Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, 2006

¹⁵ Siehe nur Rölller, Der ökonomische Ansatz in der europäischen Wettbewerbspolitik, S.1; erhältlich über http://ec.europa.eu/comm/dgs/competition/cce_speeches.htm und Rey/Caballero-Sanz, The Policy Implications of the Economic Analysis of Vertical Restraints, European Commission Economic Papers No.119 (1996) p. 4, 21, 41

¹⁶ Siehe Lowe aaO.

¹⁷ Selbstverständlich schafft dieser „administrative“ sichere Hafen nicht die gleiche Rechtssicherheit wie ein „gesetzlicher“ sicherer Hafen, wie ihn u.a. Gruppenfreistellungen gewähren. Auch deren Rechtssicherheit ist indes relativ, weil Gruppenfreistellungen entzogen oder für unanwendbar erklärt werden können.

¹⁸ Siehe Diskussionspapier Tz.16

¹⁹ Siehe Diskussionspapier Tz.58

einzelnen Kunden des beherrschenden Unternehmens behindern kann, dann sind für den Wettbewerb auf dem gesamten Markt nachteilige Verschließungseffekte zum Nachteil der Verbraucher mit Sicherheit ausgeschlossen. Ich komme hierauf im zweiten Teil nochmals zurück.

Die beiden vorgestellten Instrumente sicherer Häfen und Eignung zur Marktverschließung erleichtern die Ausgrenzung von wettbewerbskonformem Verhalten aus dem Anwendungsbereich des Missbrauchsverbots. Daneben schlägt das Diskussionspapier auch Mittel vor, um Verdrängungsmisbräuche vereinfacht festzustellen. Hier sind vor allem die Vermutungen zu nennen, die das Papier der Generaldirektion Wettbewerb für nahezu jede der behandelten typischen Missbrauchskategorien formuliert²⁰. Die vom Papier genannten tatsächlichen Vermutungsvoraussetzungen stützen sich jeweils auf ökonomisch begründete Regel-Ausnahme Situationen. Das heißt, dass bei Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen regelmäßig wettbewerbswidrige Marktverschließungseffekte zu erwarten sind. Nur ausnahmsweise tritt die Wettbewerbsbeschränkung nicht ein. Das heißt aber auch, daß die Vermutungen widerleglich sind. Der Marktbeherrscher kann also im Einzelfall durch den Nachweis entgegenstehender Tatsachen, wie z.B. dem ungehinderten Markteintritt von Konkurrenten in der jüngsten Vergangenheit, die vermutete Wettbewerbsbeschränkung widerlegen. Wie daraus deutlich wird, vereinfachen Vermutungen nicht nur die Analyse von Wettbewerbshandlungen eines marktmächtigen Anbieters. Ihnen kommt auch die wichtige Funktion der Beweislastverteilung zwischen der Behörde oder dem Privatk Kläger und dem beherrschenden Unternehmen zu. Danach obliegt es der Behörde oder dem Privatk Kläger, die Vermutungsvoraussetzungen zu beweisen, während der Marktbeherrscher die der Vermutung entgegenstehenden Tatsachen nachzuweisen hat. Sofern keine Vermutung für die inkriminierte Handlung existiert oder deren tatsächliche Voraussetzungen im Einzelfall einmal nicht ermittelbar sind, soll auf den allgemeinen Verdrängungsmisbrauchstatbestand zurückgegriffen werden, den das Diskussionspapier erstmalig zu umschreiben versucht²¹.

Aus der Sicht der Generaldirektion tragen vor allem die vorgenannten vier Instrumente dazu bei, das Problem des Zielkonflikts auf angemessene Weise zu lösen und ein ausreichendes Maß an Rechtssicherheit zu schaffen. Zugegebenermaßen müssen sie noch von den Europäischen Gerichten bestätigt werden. Dabei ist jedoch zu bedenken, daß die bisherige Rechtspraxis zum Missbrauchsverbot, auch die der Europäischen Gerichte²², bereits sichere Häfen und Vermutungen kennt²³.

Zum Abschluss meines ersten Teils möchte ich noch kurz auf ein Thema eingehen, das besonders in Deutschland im Zusammenhang mit dem „*more economic approach*“ erörtert wird. Hierbei handelt es sich um das so-genannte Paradox von der Erschwerung des Nachweises von Wettbewerbsrechtsverletzungen durch den verstärkten Rückgriff auf ökonomische Grundsätze durch die Europäische Kommission und die gleichzeitig von ihr betriebene Förderung von privaten Schadensersatzklagen wegen Wettbewerbsrechtsverletzungen²⁴. Die parallele Verfolgung beider Politiken sei somit widersprüchlich. Was Privatk Kläger möglicherweise an Verbesserungen in zivilen

²⁰ Siehe auch EAGCP Report, S.15

²¹ Siehe Diskussionspapier Tz.54 ff.

²² Siehe Generalanwalt Fennely, EuGH Slg. 2000 I, 1442, Rdnr.127, C-395/96P und 396/96P – Compagnie Maritime Belge

²³ Siehe nur die Tz.119 Punkte 1 und 10 als Beispiele für sichere Häfen und Tz.141 als Beispiel für eine Vermutung in den Leitlinien zu vertikalen Beschränkungen.

²⁴ Siehe Böge/Ost, ECLR 2006, 197, 203; s.a. Basedow, WuW 2006, 97 und European Competition Law Annual 2001, 137, 143

Schadensersatzverfahren von der Kommission erwarten können, scheint ihnen dieselbe Kommission mit der Forderung nach stärkerer ökonomischer Beweisführung wieder zu nehmen. Sollten Gerichte deshalb den „*more economic approach*“ bei privaten Schadensersatzklagen gänzlich oder teilweise ignorieren? So ist zum Beispiel erwogen worden, bei der Anwendung von Artikel 81 EGV im Zivilgerichtsverfahren die Marktanteilsschwellen zur Prüfung der Spürbarkeit einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung unbeachtet zu lassen²⁵.

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob in Zukunft zweierlei Recht gelten soll. Soll ein Gericht in einem Fall Schadensersatz gewähren, in dem dasselbe Gericht die Untersagungsverfügung der Behörde mangels Nachweis einer Wettbewerbsrechtsverletzung aufheben müsste? Oder noch weiter zugespitzt: Soll ein Unternehmen für eine Wettbewerbsrechtsverletzung schadensersatzpflichtig sein, obwohl der Wettbewerb überhaupt nicht beschränkt wurde? Ich denke, dass die Wettbewerbsregeln nur eingreifen sollten, wenn unter Einsatz aller bekannten Erkenntnismittel einschließlich ökonomischer Grundsätze die Konsumentenwohlfaht bedroht ist oder Schaden erlitten hat. Unternehmen sollten nicht von Wettbewerbshandlungen absehen müssen, weil ihnen sonst Schadensersatzklagen aufgrund vereinfachter Privatklagemöglichkeiten bei Wettbewerbsrechtsverletzungen drohen. Denn dann würde das Wettbewerbsrecht selbst zur Ursache von Wettbewerbsbeschränkungen und zum Instrument des Schutzes vor Konkurrenz. Die oben vorgestellten Mittel zur Herstellung der Praktikabilität und Gewährleistung der Rechtssicherheit des „*more economic approaches*“ sollten deshalb für alle Wettbewerbsverfahren gelten. Sicherlich kann man diese Mittel noch verfeinern oder ergänzen und damit dem deutschen Anliegen weiter entgegenkommen. Dazu wird hoffentlich auch die von dem Papier der Generaldirektion Wettbewerb ausgelöste öffentliche Diskussion beitragen. Sollte es sich am Ende dennoch nicht vermeiden lassen, dass private Schadensersatzklagen durch den „*more economic approach*“ erschwert werden, so wäre dies allerdings hinzunehmen. Denn die richtige Rechtsanwendung kann kein Hindernis im Sinn des von der Kommission vorgelegten Grünbuchs bei der Durchsetzung von Schadensersatzklagen sein²⁶.

Die Kritik am „*more economic approach*“ ist deshalb aus den vorgenannten Gründen unzutreffend. Die Ungewissheiten bei der Faktoranalyse werden dadurch nicht größer als bisher, die Einzelfallgerechtigkeit wird nicht über die Operationalität gestellt, die Beweislast der Behörden wird nicht unzulässig verschärft und der Wettbewerbsschutz wird nicht gefährdet²⁷.

II. Das vorgeschlagene Konzept zur künftigen Analyse von Verdrängungsmisbräuchen

Nach diesem etwas grundsätzlichen ersten Teil meines Beitrages möchte ich jetzt näher auf die konkrete Umsetzung des „*more economic approach*“ beim Missbrauchsverbot und damit den Inhalt des Diskussionspapiers zur künftigen Anwendung von Artikel 82 EGV auf Verdrängungsmisbräuche eingehen. Das Papier ist wegen seiner teilweise recht detaillierten Vorschläge zur künftigen Missbrauchspraxis recht umfangreich geraten. Deshalb, vor allem aber, weil die Bedeutung des Papiers von der Tragfähigkeit des vorgestellten Konzepts zur Untersuchung von Marktbeherrscherverhalten abhängt, beschränke ich mich auf die Darstellung des letzteren. Auf die ebenfalls in dem Papier enthaltenen Erläuterungen zur Marktabgrenzung und zur Marktbeherrschung wird also nicht eingegangen. Es soll zunächst

²⁵ Siehe Böge/Ost aaO.

²⁶ Veröffentlicht unter http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/gp.html

²⁷ So jedoch I. Schmidt, WuW 2005, 877

das Konzept zur Analyse von Verdrängungsmisbräuchen kurz vorgestellt werden bevor es ausführlicher erläutert wird.

1. Das Analysekonzept des Diskussionspapiers

Das Analysekonzept des Diskussionspapiers baut auf der Erkenntnis auf, dass die wettbewerbswidrige Marktverschließung von Konkurrenten das wesentliche Problem von Verdrängungsmisbräuchen beherrschender Unternehmen ist. Mit dieser Marktverschließung verringere sich der Wettbewerbsdruck auf das beherrschende Unternehmen und es festige oder erweitere damit kurz- oder langfristig u.a. seine Preisspielräume gegenüber Nachfragern²⁸. Zur Feststellung von Verdrängungsmisbräuchen im Sinne des Artikels 82 EGV sollen nacheinander drei Fragestellungen abgearbeitet werden, zu deren Beantwortung Prüfkriterien sowohl für den allgemeinen Verdrängungsmisbrauchstatbestand wie auch für die fünf besonderen Tatbestände zu Kampfpreisen, Markenzwang, Koppelungsbindungen, Lieferverweigerungen und „*Aftermarkets*“ vorgestellt werden. Mit dem vorgestellten Konzept soll unterschiedliches Marktbeherrscherverhalten einheitlich auf seine Folgen für den Wettbewerb und für die Konsumentenwohlfahrt untersucht werden. Vergleichbare Folgen sollen ungeachtet der Form des Verhaltens gleich bewertet werden. Außerdem sollen Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb schnell als solche erkannt und vom Verbot freigestellt bzw. erfasst werden.

Zwei der drei Fragestellungen beziehen sich auf das Auslösen eines wettbewerbswidrigen Marktverschließungseffekts durch das Vorgehen des beherrschenden Unternehmens. Die erste Frage lautet: Wird dadurch Konkurrenten der Zugang zu den Kunden des beherrschenden Unternehmens oder – im Fall der Lieferverweigerung - zu einem nachgelagerten Markt erschwert oder verwehrt? Hierbei handelt es sich um die bereits angesprochene Eignungsprüfung. Damit soll die Eignung der konkreten Vereinbarung, des praktizierten Preisverhaltens oder einer anderen einseitigen Maßnahme des Marktbeherrschers untersucht werden, Konkurrenten die Aufrechterhaltung und Erweiterung ihres Absatzes oder den Markteintritt zu erschweren oder zu vereiteln. Auf dieser ersten Prüfungsstufe sollen alle Formen klaren Leistungswettbewerbs aus der weiteren Untersuchung ausgeschieden werden. Unter Leistungswettbewerb wird unter anderem die Einführung eindeutig neuer, innovativer oder besserer Produktqualitäten durch das beherrschende Unternehmen verstanden²⁹. Außerdem unterstützen sichere Häfen die Zuordnung von Handlungen als wettbewerbskonform oder potentiell missbräuchlich.

Für Verhaltensweisen, die grundsätzlich zur Marktverschließung geeignet sind, ist zweitens zu fragen: Hat das Verhalten des beherrschenden Unternehmens auch eine wettbewerbsbeschränkende Verschließungswirkung oder ist eine solche Auswirkung längerfristig zu erwarten? Das bloße Potential seines Vorgehens Marktverschließungswirkungen auszulösen, reicht also zur Feststellung eines Missbrauchs nicht aus. Die Zugangsbehinderung von Konkurrenten mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung für den gesamten Markt muss nachgewiesen werden. Dieser Nachweis kann gegebenenfalls durch die nicht widerlegte Darlegung der tatsächlichen Voraussetzungen einer Vermutung erbracht werden.

Auf die Feststellung wettbewerbswidriger Marktverschließungswirkungen folgt die dritte Frage nach dem Vorhandensein von eventuellen Rechtfertigungsgründen für das

²⁸ Siehe Diskussionspapier Tz.56 ff.

²⁹ Siehe Diskussionspapier Tz.54

Marktbeherrscherverhalten. Auf dieser dritten und letzten Prüfungsstufe sollen künftig auch Effizienzgewinne vorgetragen werden können, die dann bei der abschließenden Würdigung des Marktbeherrscherverhaltens als zulässig oder missbräuchlich zu berücksichtigen wären. Sofern ein bestimmtes Verhalten offensichtlich keine Effizienzgewinne hervorrufen kann wie es für manche Spielarten des Nicht-Leistungswettbewerbs typisch ist, wie z.B. dem Missbrauch von Patentverfahren durch ein beherrschendes Unternehmen³⁰, entfällt deren Prüfung. Dies schließt nicht aus, dass für einige Arten des Nicht-Leistungswettbewerbs schon die Eignungsprüfung für die Feststellung eines Missbrauchs genügt.

Mit diesem Konzept erteilt die Generaldirektion Wettbewerb den vielfältigen Anstrengungen, die insbesondere in den USA dazu unternommen worden sind, um ein materiell-rechtliches Kriterium wie etwa den „*sacrifice test*“ oder „*no economic sense test*“ als einziges und einheitliches Prüfungskriterium für alle Verdrängungsmisbräuche einzuführen³¹, vom Diskussionspapier indirekt eine Absage.

2. Drei Fragen und Prüfkriterien zu ihrer Beantwortung

Nach dieser Übersicht soll das Konzept des Diskussionspapiers zur Abgrenzung wünschenswertem von wettbewerbsbeschränkendem Marktverhalten beherrschender Unternehmen im Folgenden noch etwas vertieft werden. Insbesondere sollen auch einige der Prüfkriterien angesprochen werden, die Annäherungen an den Kern des Untersuchungsgegenstandes gestatten sollen, nämlich ob das betreffende Marktbeherrscherverhalten nachteilig für die Konsumentenwohlfahrt ist. Am Anfang steht die Prüfung der Eignung eines bestimmten Marktbeherrscherverhaltens zur Wettbewerbsbeschränkung. Sie fällt wegen der Art der Handlung unterschiedlich für Preis- und Nichtpreisverhalten aus.

Nicht-Preisverhalten besteht typischerweise in der Auferlegung vertraglicher oder faktischer Verpflichtungen beispielsweise zum Markenzwang oder zur Koppelung von Bezügen durch die Kunden des Marktbeherrschers. Es kann sich aber auch um eine schlichte Lieferverweigerung gegenüber einem (potentiellen) Abnehmer handeln. Worin besteht bei diesen drei Verhaltensarten die Eignungsprüfung?

Im Falle eines vertraglichen Markenzwangs kommt es vor allem darauf an, ob Abnehmer in einem wettbewerbskritischen Umfang zur Konzentration ihres Bedarfs auf den Marktbeherrscher verpflichtet sind³². Während dies bei einer 100%igen Bezugsbindung sicherlich zu bejahen ist, ist es bei einer nur 10%igen Bezugsbindung eher unwahrscheinlich. Auch für Koppelungsbindungen ist ein Bezugszwang festzustellen. Dem Diskussionspapier zufolge ist das entscheidende Kriterium dafür die Verschiedenartigkeit der Produkte oder Dienstleistungen. Würden die fraglichen Produkte oder Dienstleistungen auch ohne die Bindung durch den Marktbeherrscher stets gemeinsam nachgefragt werden, sind sie nicht verschiedenartig und es liegt keine wettbewerbskritische erhebliche Koppelung vor. Wird der gemeinsame Bezug dagegen trotz Verschiedenartigkeit der Produkte oder Dienstleistungen

³⁰ Siehe Diskussionspapier Tz.60

³¹ Siehe Vickers, 155 *The Economic Journal* 2005, 244, 253 ff.; s.a. die Beiträge von Melamed, Popofsky, Salop und Werden in 73 *Antitrust L.J.* Issue 2 (2006). Zur Zeit wendet das US Department of Justice den „*no economic sense*“ Test bei der Ausübung ihres Aufgreifermessens an: Barnett, *The Gales of Creative Destruction: The Need for Clear and Objective Standards for Enforcing Section 2 of the Sherman Act*, Rede erhältlich über <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/216738.htm>.

³² Siehe Diskussionspapier Tz.148

vom Marktbeherrscher durchgesetzt, dann liegt eine wettbewerblich relevante Behinderungsmaßnahme vor³³. Schließlich sei die im Diskussionspapier vorgeschlagene Eignungsprüfung noch durch ein Beispiel für den Fall der Lieferverweigerung erläutert. Hier besteht die Eignungsprüfung in der Feststellung, ob die Handlung des Marktbeherrschers tatsächlich als Lieferverweigerung oder „nur“ als Schlechtleistung zu verstehen ist³⁴. Sofern die Neuaufnahme einer Geschäftsbeziehung verweigert wird, ist darüber hinaus zu fragen, ob der Bezug vom Marktbeherrscher unverzichtbar ist oder ob die begehrte Ware oder Dienstleistung vom Nachfrager auch anderweitig bezogen werden kann³⁵.

Die genannten Beispiele betrafen allesamt Nicht-Preisverhalten. Daneben können auch Preisstrategien eines beherrschenden Unternehmens Marktverschließungswirkungen auslösen. Einige haben sogar die gleichen Auswirkungen wie Nicht-Preisverhalten. So können beispielsweise Rabattsysteme („Treuerabatte“), die den ausschließlichen Bezug vom Marktbeherrscher durch besondere Preisnachlässe honorieren, an die Stelle eines vertraglichen Markenzwangs treten. Vertragliche Koppelungsbindungen können durch Niedrigpreisangebote beim Bezug von Produktbündeln und Lieferverweigerungen durch Preisscheren ersetzt werden³⁶. Ökonomisch begründete formale Prüfkriterien der Marktbeherrschermaßnahme wie bei Nicht-Preisverhalten sind auch für die Eignungsprüfung von Preisverhalten bedeutsam. Im Diskussionspapier werden sie deshalb auch als ein Instrument zur Abgrenzung pro-kompetitiver von wettbewerbswidrigen Preisstrategien eingesetzt³⁷. Sie sollen hier indes nicht näher dargestellt werden, weil kennzeichnend für die Eignungsprüfung von Preisverhalten der so-genannte „*ebenso-effiziente Wettbewerber*“ Test ist. Diesem Test liegt folgende wertende Überlegung zugrunde.

Wirksamer Preiswettbewerb kann zu Absatzeinbussen, Kundenabwanderungen und Marktanteilsverlusten führen. Im Extremfall muss ein Anbieter wegen seiner mangelnden Leistungsfähigkeit aus einem Markt ausscheiden. Diese Auslesefunktion des Wettbewerbs ist auch dann erwünscht, wenn der Preiswettbewerb von einem beherrschenden Unternehmen ausgeht. Nachteilig ist es für Verbraucher grundsätzlich nur, wenn „*ebenso-effiziente Wettbewerber*“, d.h. Wettbewerber, die ebenso leistungsfähig sind wie der Marktbeherrscher selbst, durch das Preisverhalten des letzteren vom Markt verdrängt werden. Denn dann besteht die Gefahr, dass Verbraucher durch den Verdrängungswettbewerb Schaden erleiden³⁸. Doch wie unterscheidet man zwischen Preisverhalten, das „*ebenso-effiziente Wettbewerber*“ ausschließt, und pro-kompetitiven Preisstrategien, die lediglich nicht leistungsfähigen Konkurrenten das Verbleiben im Markt unmöglich machen?

Das Diskussionspapier nimmt eine wertende Betrachtung vor indem es dazu den Preis-Kosten Test vorschlägt wie er im Prinzip schon von der *Akzo*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs her bekannt ist. Mit diesem Preis-Kosten Test kann festgestellt werden, ob der Preis des Marktherrschers unterhalb bestimmter Kostenschwellen liegt. Maßgeblich sind

³³ Siehe Diskussionspapier Tz.185 ff.

³⁴ Siehe Diskussionspapier Tz.219 und 225

³⁵ Siehe Diskussionspapier Tz.228 ff..

³⁶ Siehe Diskussionspapier Tz.62

³⁷ Siehe z.B. die Voraussetzungen, die ein Rabattsystem erfüllen muss, um zur Marktverschließung geeignet zu sein: Tz.151 ff.

³⁸ Siehe Diskussionspapier Tz.66. Der „ebenso effiziente Wettbewerber“ Test bildet ein gutes Beispiel dafür wie das Gesetzesziel des Konsumentenschutzes im Rechtsalltag mit auf den Einzelfall praktisch anwendbaren Kriterien verwirklicht werden kann. Der Preis der Praktikabilität muss allerdings mit Ausnahmen bezahlt werden. Denn auch das Verbleiben nicht effizienter Wettbewerber kann ausnahmsweise im Konsumenteninteresse sein, siehe daher Tz.67, 127 ff., 165, 190.

dafür die Kosten des Marktbeherrschers. Liegt sein Preis oberhalb der für die Art des Preisverhaltens maßgeblichen Kostenschwelle, ist er generell nicht geeignet, leistungsfähige Rivalen vom Markt zu verdrängen. Das marktmächtige Unternehmen befindet sich also in einem sicheren Hafen gegen einen etwaigen Missbrauchsvorwurf³⁹. Ein deutlicher praktischer Vorteil von Preis-Kosten Tests ist, daß Marktbeherrscher jederzeit selbst überprüfen können, ob ihre Preise geeignet sind, Marktverschließungseffekte und damit einen Missbrauchsverdacht hervorzurufen. Das gilt jedenfalls für Marktbeherrscher, die ihre Kosten kennen. Damit soll allerdings die Schwierigkeit, für jedes Produkt oder jede Dienstleistung die Preis-Kostenanalyse durchzuführen, nicht unterschätzt werden. Das Diskussionspapier verfolgt jedoch einen pragmatischen Ansatz und schlägt im Falle mangelnder Datenverfügbarkeit vor, einerseits vorrangig Feststellungen zu den übrigen Voraussetzungen missbräuchlichen Preisverhaltens zu treffen. Dies hilft vor allem dann weiter, wenn sich aufgrund dessen die Unbedenklichkeit des Marktbeherrscherverhaltens ergibt⁴⁰. Andererseits zeigt das Diskussionspapier für nahezu alle Formen des Preisverhaltens geeignete alternative Wege zur Durchführung des „*ebenso-effizienten Wettbewerber*“ Tests auf⁴¹. Zeigt sich bei der Anwendung dieses Tests, daß das Preisverhalten des beherrschenden Unternehmens sich nicht zur Marktverschließung eignet, dann soll damit die Prüfung beendet sein. Liegen die Preise indessen unter der relevanten Kostenschwelle, dann soll auf der nächstfolgenden Stufe der Frage nach dem Vorliegen wettbewerbswidriger, marktweiter Verschließungseffekte nachgegangen werden. Das gleiche soll für Nicht-Preisverhalten gelten, sofern dessen Eignung zur Marktverschließung festgestellt wurde.

Für die Untersuchung wettbewerbswidriger Verschließungseffekte soll es dem Diskussionspapier zufolge bei Kampfpreisen, Markenzwang oder Koppelungsbindungen auf den Markt ankommen, auf dem das beherrschende Unternehmen die Verdrängungsmaßnahme ergreift („horizontale Verschließungswirkung“). Bei Lieferverweigerungen dagegen soll der diesem Markt nachgelagerte Markt zu betrachten sein („vertikale Verschließungswirkung“)⁴².

Wettbewerbswidrige horizontale Verschließungswirkungen setzen grundsätzlich einen gewissen Grad der Nachfragebindung an den Marktbeherrscher voraus. Dafür reicht es normalerweise nicht aus, dass nur ein Abnehmer aufgrund des Preis- oder Nicht-Preisverhaltens an den Marktbeherrscher gebunden ist. Andererseits ist es nicht unbedingt erforderlich, dass Konkurrenten dadurch der Zugang zu allen Abnehmern eines Marktes verschlossen wird. Ausreichend soll die Bindung entweder eines wettbewerblich hinreichend großen Nachfrageanteils oder besonders wichtiger Abnehmer an das beherrschende Unternehmen sein. Besonders wichtig sind solche Abnehmer, auf die es für den Absatz oder die Absatzausweitung der Rivalen des Marktführers besonders ankommt. Netzwerkeffekte oder Massenproduktionsvorteile sind gegebenenfalls zur Feststellung heranzuziehen, ab welchem Bindungsgrad der marktweiten Nachfrage Verdrängungswirkungen auftreten⁴³. Zu berücksichtigen ist ferner, dass Verschließungseffekte umso eher zu erwarten sind, je größer die Marktmacht des beherrschenden Unternehmens bereits ist⁴⁴. Vertikale Verschließungswirkungen erfordern, daß die Lieferverweigerung oder „Preisschere“ (margin

³⁹ Siehe Diskussionspapier Tz.66

⁴⁰ Siehe Diskussionspapier Tz.68

⁴¹ Siehe Diskussionspapier Tz.67

⁴² Siehe Diskussionspapier Tz.69 ff.

⁴³ Siehe Diskussionspapier Tz.145 und 149 (Markenzwang), 188 ff. (Koppelungsbindung).

⁴⁴ Siehe Diskussionspapier Tz.9

squeeze) auf dem nachgelagerten Markt zu Wettbewerbsbeschränkungen führt, z.B. indem es kollusives Verhalten der auf diesem Markt tätigen Unternehmen erleichtert⁴⁵.

Die Prüfung horizontaler und vertikaler Marktverschließungseffekte soll durch Vermutungen vereinfacht werden. Das Diskussionspapier schlägt für fast alle Kategorien typischer missbräuchlicher Verhaltensweisen und ihrer Varianten Vermutungstatbestände vor. Welche tatsächlichen Voraussetzungen für das Eintreten der Vermutungen nachzuweisen sind, hängt von der Art des Marktbeherrscherverhaltens ab. Während nachteilige Marktwirkungen von Rabatten einen relativ umfassenden Tatsachennachweis erfordern, werden diese bei einigen Kategorien von Kampfpreisstrategien ohne weiteres vermutet⁴⁶. Denn Kampfpreisstrategien werden wegen ihres hohen finanziellen Aufwands vom beherrschenden Unternehmen im Allgemeinen nur verfolgt, wenn es sich der Verdrängungswirkung weitgehend sicher ist. Alle Vermutungen, auch die für Kampfpreise, sollen widerleglich sein. Marktbeherrscher, die sich einem Missbrauchsvorwurf ausgesetzt sehen, können diesem deshalb unter Hinweis auf besondere tatsächliche Marktbedingungen, die der vermuteten Marktverschließung die Grundlage entziehen, erfolgreich entgegentreten.

Aber selbst wenn ihnen dies nicht gelingen sollte, dann bleibt immer noch die Möglichkeit der Rechtfertigung ihres Verhaltens. Rechtfertigungsgründe sind in einem dritten Prüfungsschritt zu untersuchen. Das Diskussionspapier sieht vor, über die von der Rechtsprechung anerkannten Gründe hinaus künftig auch Effizienzgewinne als Rechtfertigung für Marktbeherrscherverhalten gelten zu lassen. Grundlage dafür ist die Überlegung, dass Marktverhalten Doppelwirkung haben und sowohl wettbewerbsbeschränkende als auch wettbewerbswidrige Folgen hervorrufen kann⁴⁷. Mit der Einbeziehung von Effizienzgewinnen in die Missbrauchsprüfung würde Artikel 82 EGV in seiner Tatbestandsstruktur dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen sowie dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Zusammenschlüsse angenähert. Wie bei der Fusionskontrolle wäre die Effizienzprüfung im Rahmen des Artikels 82 EGV Bestandteil der Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung. Ein Missbrauch wäre also ausgeschlossen, wenn die effizienzsteigernden die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Marktbeherrscherverhaltens auf- oder überwiegen.

Die Bedingungen für die Anerkennung pro-kompetitiver Effizienzgewinne sollen dem Diskussionspapier zufolge wegen der starken Parallelen von Nicht-Preis- und Preisverhalten mit vertikalen Vereinbarungen dem Modell des Artikels 81 Absatz 3 EGV entsprechen. Folglich muss (i) der Eintritt von Effizienzgewinnen zumindest wahrscheinlich sein, (ii) das Verschließungseffekte hervorrufende Marktbeherrscherverhalten dafür unerlässlich sein, (iii) die Verbraucher angemessen an den Effizienzgewinnen beteiligt werden und (iv) darf der Wettbewerb durch das Verhalten des beherrschenden Unternehmens nicht ausgelöscht werden. Wichtig ist schließlich, dass die Beweislast für das Eingreifen des Effizienzeinwands – wie bei allen Rechtfertigungsgründen - vom Marktbeherrscher zu tragen ist⁴⁸. Ein durchaus nicht nebensächlicher Begleiteffekt der vorgeschlagenen Berücksichtigung von Effizienzgewinnen bei der Missbrauchsprüfung wäre, dass es künftig nicht mehr darauf ankommt, ob Marktbeherrscherverhalten in vertraglicher Form nach Artikel 81 oder 82 EGV geprüft wird. Das Ergebnis müsste für beide Wettbewerbsregeln stets das Gleiche sein.

⁴⁵ Siehe Diskussionspapier Tz.222 f. und 231 ff.

⁴⁶ Siehe Diskussionspapier Tz. 109, 114, 116, 125, 126

⁴⁷ Siehe zur Doppelwirkung vertikaler Beschränkungen Tz.103 ff. und 115 ff. der Leitlinien.

⁴⁸ Siehe auch EAGCP Report, S.3, 15 und Paulis, The Burden of Proof in Article 82 cases (wird als Beitrag zur Fordham Konferenz 2006 veröffentlicht).

Diese Ausführungen sollten die konzeptionellen Neuerungen deutlich machen, die mit dem Diskussionspapier für die künftige Analyse von Verdrängungswettbewerb seitens beherrschender Unternehmen erwogen werden. Besser aber noch als durch die Darstellung des Konzepts können die von der Generaldirektion angedachten Neuerungen vielleicht am Beispiel der im kommerziellen Alltag sehr häufig anzutreffenden Treuerabatte deutlich gemacht werden. Ich habe dafür die bisher für die wettbewerbliche Beurteilung von Treuerabatten maßgeblichen Kriterien den vom Diskussionspapier vorgeschlagenen gegenübergestellt. Dabei ergibt sich folgendes Bild:

Gegenüberstellung der Prüfkriterien für Treuerabatte

<i>Bisher:</i>	<i>Diskussionspapier:</i>
Löst der Rabatt einen Sogeffekt aus und ist kein reiner Mengenrabatt?	<p><u>1. Eignung zur Marktverschließung:</u></p> <p>a. Ist das rabattierte Produkt ein „must-stock item“?</p> <p>b. Löst der Rabatt einen Sogeffekt aus?</p> <p>c. Unterschreitet der rabattierte Preis für die kritische Bezugsmenge die relevante Kostenschwelle („<i>ebenso-effizienter Wettbewerber</i>“ Test)?</p>
Ist ein wettbewerblich erheblicher Teil der Nachfrage durch den Rabatt gebunden?	<p><u>2. Wettbewerbswidriger Marktverschließungseffekt:</u></p> <p>Ist ein wettbewerblich relevanter Teil der Nachfrage durch den Rabatt gebunden?</p>
Ist der Rabatt objektiv gerechtfertigt?	<p><u>3. Rechtfertigungsgründe:</u></p> <p>Ist der Rabatt objektiv gerechtfertigt oder wiegen Effizienzgewinne den wettbewerbswidrigen Marktverschließungseffekt auf?</p>

Wie die stark vereinfachte tabellarische Darstellung deutlich macht, kommt es bei Treuerabatten bisher vor allem darauf an, ob das Rabattsystem des Marktbeherrschers einen Sogeffekt auf seine Kunden ausübt und diese zu Bezügen bei ihm veranlasst. Unproblematisch ist der Sogeffekt nur, wenn er durch reine Mengenrabatte ausgelöst wird. Dafür muss für jeden Preisvorteil zugunsten eines Abnehmers eine entsprechende Kostenersparnis auf Seiten des beherrschenden Lieferanten nachgewiesen werden. Weniger bedeutsam ist demgegenüber die zweite Voraussetzung für einen missbräuchlichen Treuerabatt. Dabei geht es darum, ob ein wettbewerblich relevanter Teil der Nachfrage durch den Rabatt an den marktmächtigen Lieferanten gebunden ist. Diese Voraussetzung mag in allen bisher entschiedenen Fällen vorgelegen haben. Ihr wird indessen in den Entscheidungsgründen wenig Raum gegeben. Noch weniger Raum nehmen objektive Rechtfertigungen ein. Allerdings sind sie bei Treuerabatten wohl auch wenig bedeutsam.

Damit liegt der Schwerpunkt der Analyse von Rabattsystemen bislang bei dem, was im neuen Konzept als Eignungsprüfung bezeichnet wird.

Mit dem Diskussionspapier wird demgegenüber eine sehr viel detailliertere Untersuchung von Treuerabatten vorgeschlagen⁴⁹. Als wettbewerblich problematisch werden nur Rabatte für sogenannte „must stock items“ von Marktbeherrschern angesehen. Dabei handelt es sich um Produkte, die Abnehmer normalerweise vom beherrschenden Unternehmen beziehen müssen, entweder um gegenüber Endverbrauchern als leistungsfähig zu erscheinen oder weil Konkurrenten mangels ausreichender Produktionskapazität allenfalls Teillieferungen ausführen können⁵⁰. Da „must stock items“ von nahezu von allen Abnehmern in einem Markt vom Marktführer bezogen werden müssen und diese insoweit über keine Flexibilität verfügen, konkurrieren die Rivalen des Marktbeherrschers allein um die Bezüge der Abnehmer, die nicht unbedingt von ihm erworben werden müssen. Auf diesen flexiblen Teil der Marktnachfrage zielen regelmäßig die Rabattsysteme der Anbieter von „must stock items“ mit dem Ziel, einen möglichst großen Teil dieser flexiblen Bezüge ihrer Kunden auf sich zu lenken. Das Diskussionspapier verlangt daneben ebenso wie die bisherige Praxis ein Rabattsystem mit einem Sogeffekt. Aber damit ist die Prüfung der Eignung des Marktbeherrscherverhaltens zur Marktverschließung noch nicht abgeschlossen. Ganz wesentlich ist noch, weil es sich um Preisverhalten handelt, der „*ebenso-effiziente Wettbewerber*“ Test. Treuerabatte sind in aller Regel nur dann zur Marktverschließung geeignet, wenn sie Verdrängungswirkung gegenüber Konkurrenten entfalten, die ebenso leistungsfähig sind wie der beherrschende Lieferant selbst. Liegt der Preis des Marktbeherrschers für die kritische Bezugsmenge im Einzelfall unterhalb der relevanten Kostenschwelle⁵¹, so ist in einem zweiten Prüfungsschritt zu untersuchen, ob durch das Rabattsystem ein relevanter Teil der Nachfrage an den Marktführer gebunden ist⁵². Sollte auch diese Voraussetzung erfüllt sein und ein wettbewerbswidriger Marktverschließungseffekt durch das Rabattsystem ausgelöst werden, dann können nur noch Rechtfertigungsgründe der Annahme eines Missbrauchs entgegenstehen⁵³. Dieser dritte Prüfungsschritt hat wegen der vom Diskussionspapier vorgeschlagenen Zulassung von Effizienzgesichtspunkten künftig vermutlich eine größere Bedeutung als bisher. Das Diskussionspapier schlägt also in drei Punkten eine genauere Analyse als bisher vor: Die Prüfung der Eignung eines Verhaltens zur Marktverschließung soll ebenso wie die Untersuchung wettbewerbswidriger Marktverschließungseffekte erheblich vertieft werden. Außerdem sind eventuelle Effizienzgewinne zu berücksichtigen bevor ein Missbrauch festgestellt werden kann.

III. Zusammenfassung

Nach diesem Vergleich der bisherigen mit der möglicherweise zukünftigen Praxis bei der Beurteilung von Treuerabatten möchte ich meinen Beitrag mit einer kurzen Zusammenfassung abschließen. Das von der Generaldirektion Wettbewerb vorgelegte Diskussionspapier zur Anwendung des Artikels 82 EGV auf Verdrängungsmisbräuche sieht vor, den von der Kommission bisher schon auf andere Wettbewerbsregeln angewandten „*more economic approach*“ künftig auch als maßgeblich für die Auslegung und Durchsetzung des Missbrauchsverbotes von Artikel 82 EGV anzusehen. Damit soll der Schutz des

⁴⁹ Im Diskussionspapier als conditional rebates on all purchases bezeichnet, siehe Tz.152 ff..

⁵⁰ Siehe Diskussionspapier Tz.152

⁵¹ Zu dem hierfür erforderlichen Preis-Kosten Test siehe Diskussionspapier Tz.156

⁵² Siehe Diskussionspapier Tz.144 ff.

⁵³ Siehe Diskussionspapier Tz.172 ff.

Wettbewerbs im Interesse der Konsumentenwohlfahrt zum Hauptanliegen bei der Kontrolle des Marktverhaltens beherrschender Unternehmen werden. Verbote sollen immer dann ausgesprochen werden, wenn die bereits bestehenden Verhaltensspielräume beherrschender Unternehmen gegenüber ihren Abnehmern durch bestimmte Handlungen erweitert oder abgesichert werden. Solche Erweiterungen oder Absicherungen von Verhaltensspielräumen können insbesondere durch Verdrängungsmissbräuche erreicht werden. Diese haben die wettbewerbswidrige Verschließung des beherrschten Marktes für Konkurrenten zur Folge. Um Handlungen mit Verdrängungswirkung zutreffend zu analysieren, soll künftig in drei Schritten zunächst die Eignung des Marktbeherrscherverhaltens zur Marktverschließung, sodann dessen wettbewerbsbeschränkende Verschließungswirkung und drittens das Eingreifen von Rechtfertigungsgründen, zu denen auch Effizienzgesichtspunkte gehören können, untersucht werden.