

**DIE BEURTEILUNG VON
KAMPFPREISSTRATEGIEN
NACH EG-KARTELLRECHT**

DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DES
AKADEMISCHEN GRADES
EINES DOKTORS
DER RECHTSWISSENSCHAFT
DER FAKULTÄT FÜR
RECHTSWISSENSCHAFT
DER UNIVERSITÄT BIELEFELD

SIBILLA NAGEL
Dipl. Volkswirtin, Rechtsanwältin

Erstgutachter: Prof. Dr. Wolfgang Oehler
Zweitgutachter: Prof. Dr. Detlef Kleindieck

Tag der mündlichen Prüfung: 10.11.2005

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Kapitel I.	Einleitung	1
Kapitel II.	Begriffsklärung	7
Kapitel III.	Wettbewerbstheoretische Erklärungsansätze und wettbewerbpolitische Lösungsvorschläge	12
1.	Einführung	12
2.	Wettbewerbstheoretische Erklärungsansätze	15
	a) McGee's Gespensterthese	15
	aa) Die Überlegenheit der Fusionslösung	15
	bb) Einwände gegen die These der Irrationalität von <i>predatory pricing</i>	20
	b) Die Limit-Price-Theorie	26
	c) Spieltheoretische Ansätze	30
	aa) Selten's Chain Store Paradox	30
	bb) Ansätze, die den Nachweis der Rationalität von <i>predatory pricing</i> erbringen	33
3.	Wettbewerbpolitische Lösungsvorschläge	36
	a) Einführung	36
	b) Kostenorientierte Ansätze	38
	aa) Die kurzfristige kostenorientierte Regel von Areeda/Turner	38

bb)	Langfristige kostenorientierte Ansätze	41
cc)	Kritik an den kostenorientierten Ansätzen	42
aaa)	Kritik an den theoretischen Grundlagen des Modells	42
bbb)	Probleme bei der praktischen Umsetzung	45
ccc)	Die Vernachlässigung der wesentlichen Preisbildungsfaktoren	51
c)	Gesamtanalysen	54
aa)	Scherer	55
bb)	Williamson	57
cc)	Baumol	59
dd)	Joskow/Klevorick	61
aaa)	Erste Stufe: Markt- und UnternehmenS Strukturanalyse	61
bbb)	Zweite Stufe: Untersuchung der Preis- Kosten-Relation	63
ccc)	Kritische Würdigung	65
ee)	Yamey	66
ff)	Phlips	68
4.	Fazit	72
Kapitel IV.	Einordnung und Subsumtion von gezielten Kampfpreisstrategien unter Artikel 82 EG	76
1.	Einführung	76
2.	Subsumtion von Kampfpreisstrategien unter Artikel 82 EG	77

a)	Die Auslegung des Artikel 82 EG im Lichte der Vertragsziele der Artikel 2 und 3 lit. g) EG	77
b)	Beherrschende Stellung	80
aa)	Begriff	80
bb)	Kriterien für den Nachweis der beherrschenden Stellung	82
cc)	Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bei gezielten Kampfpreisstrategien	84
aaa)	Allgemeines	84
bbb)	Kriterien für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes	84
ccc)	Auseinanderfallen von beherrschtem Markt und Markt, auf den sich der Mißbrauch bezieht	86
c)	Mißbrauch	87
aa)	Systematik des Artikel 82 EG – Literaturmeinungen	88
aaa)	Kategorien mißbräuchlichen Verhaltens	88
bbb)	Der Meinungsstreit in der Literatur	89
bb)	Der allgemeine Mißbrauchs-begriff von Kommission und EuGH	95
cc)	Kampfpreisstrategie – Generaltatbestand oder Regelbeispiel lit. a)?	97
dd)	Diskriminierend selektive Preise als Teil der Kampfpreisstrategie –Generaltatbestand oder Regelbeispiel lit. c)?	102
ee)	Lockpreise, Artikel 82 lit. d) EG	108
d)	Kausalität zwischen marktbeherrschender Stellung und Mißbrauch?	109
e)	Fehlen objektiver Rechtfertigungsgründe	111

aa)	Objektive Rechtfertigungsgründe bei Preisdiskriminierung	112
bb)	Objektive Rechtfertigungsgründe bei Unterkostenverkäufen	112
Kapitel V.	Der Fall AKZO/Kommission	114
1.	Sachverhalt	114
2.	Verfahren	116
3.	Darstellung und Analyse der Entscheidungen	117
a)	Bestimmung und Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes	117
aa)	Kommission	117
bb)	Europäischer Gerichtshof	119
b)	Beherrschende Stellung	121
aa)	Kommission	121
bb)	Europäischer Gerichtshof	123
c)	Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	124
aa)	Kommission	124
aaa)	Feststellung einer Preisunterbietung	125
(1)	Die Preis-Kosten-Relation als Maßstab für die Mißbräuchlichkeit von Preisunterbietungen	125
(2)	Die Beurteilung von Preisunterbietungen im Lichte der Ziele des EGV	130
bbb)	Preisdiskriminierung	132
ccc)	Lockpreise	133
ddd)	Nachweis der Verdrängungsabsicht	133

eee)	Die Entscheidung der Kommission	136
bb)	Europäischer Gerichtshof	137
aaa)	Kriterien für die Beurteilung von Preisunterbietungen	137
(1)	Preise unter den durchschnittlichen variablen Kosten	138
(2)	Preise über den durchschnittlichen variablen Kosten	139
(3)	Preise über den durchschnittlichen Gesamtkosten	141
bbb)	Erweiterte Marktstrukturverantwortung für marktbeherrschende Unternehmen - Beweislastumkehr	142
ccc)	Preisdiskriminierung	143
ddd)	Lockpreise	143
eee)	Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs	145
4.	Stellungnahme	147
Kapitel VI.	Vorschläge zur Behandlung von Kampfpreisstrategien nach Artikel 82 EG	151
1.	Einführung	151
2.	Der Joskow/Klevorick Ansatz als Grundlage für eine Gesamtanalyse bei der Anwendung des Artikel 82 EG	152
a)	Bestimmung des relevanten Marktes und der Marktbeherrschung	153
aa)	Die Abgrenzung des relevanten Marktes	153
bb)	Marktbeherrschung	154

b) Mißbrauch	155
3. Schlußbemerkung	159

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Agthe, K., Stufenweise Fixkostenrechnung im System des Direct Costing, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft, 29. Jg., 1959, S. 404ff.
- Areeda P., Turner, D.F., Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, 88 Harvard Law Review, 1975, S. 697ff.
- Dies., Scherer on Predatory Pricing: A Reply, 89 Harvard Law Review, 1976, 896ff.
- Dies., Williamson on Predatory Pricing, 87 Yale Law Journal 1978, S. 1337ff.
- Dies., Antitrust Law, vol. 3, Boston, Toronto, 1978, S. 150ff.
- Ashley, D. J., Predatory Pricing under Article 86 of the Treaty of Rome, in: International and Comparative Law Quarterly, vol. 32, 1983, 1004.
- Bael van, I., Bellis, J.-F., Competition Law of the EEC, London 1987.
- Bain, J. S., Barriers to New Competition, Their Character and Consequences in Manufacturing Industries, 3. Aufl., Cambridge Mass., 1965.
- Ders., Industrial Organization, 2. Aufl., 1968.
- Bary von, G., Das Mißbrauchsverbot des Art. 86 EWGV, München 1986.
- Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. neubearbeitete Aufl., München 2001.
- Baumol, W. J., Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing, 89 Yale Law Journal, 1979, S. 1ff.
- Bellamy & Child, Common Market Law of Competition, 4. Aufl., London 1993.

- Benisch, W., Marktvergleich zur Festsetzung mißbräuchlicher Preise, in: WuW 1974, S. 801ff.
- Bleckmann, A., Europarecht, 5. neubearbeitete und erweiterte Aufl., Köln u.a.O., 1990.
- Böbel, Wettbewerb und Industriestruktur. Industrial Organization-Forschung im Überblick, 1984.
- Bork, R. H., The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, New York, 1978.
- Busse von Colbe, W., Die Ermittlung des künftigen Unternehmenserfolges und seine Bedeutung für die Bewertung von Industrieunternehmen, Wiesbaden 1957.
- Cassel, G., Grundsätze für die Bildung der Personentarife auf den Eisenbahnen, in: Archiv für Eisenbahnwesen, 23 Jg., 1900, S. 128.
- Dauses, M. A., Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, Loseblatt-Sammlung, München, Stand November 1999.
- Deringer, A., Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar, 1962.
- Diller, H., Preispolitik, 2. Aufl., Stuttgart u.a.O. 1991.
- Dodgson, J. S., Katsoulacos, Y., Pryke, R. W. S., Predatory Behaviour in Aviation, Luxembourg 1991.
- Easterbrook, F. H., Predatory Strategies and Counterstrategies, 48 U. Chicago Law Review, 1981, S. 263ff.
- Edwards, C., Conglomerate Business as a Source of Power, in: Business Concentration and Price Policy, 1955.
- Ders., The Changing Dimensions of Business Power, in: Festgabe für M. Kummer, Karlsruhe 1967, s. 237ff.
- Elzinga, K., Predatory Pricing: The Case of the Gunpowder Trust, 13 Journal of Law and Economics, 1970, s. 223ff.
- Emmerich, V., Kartellrecht, 6. Aufl., München 1991.
- Ders., Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 3. Aufl., München 1990.

- Esch van der, B., Der Mißbrauch im Rahmen von Art. 86 EWGV, in: VIII. Internationales Forum EG-Kartellrecht 1979.
- ders., Der Stellenwert des unverfälschten Wettbewerbs in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der Verwaltungspraxis der Kommission, in: WuW 1988, S. 56.
- Eucken, W., Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1952.
- Fikentscher, W., Wirtschaftsrecht Bd. 1, München 1983.
- Ders., Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht, 2. erw. Aufl., Heidelberg 1962.
- Fishwick, F., Definition of the Relevant Market in Community Competition Policy, Studie im Auftrag der Kommission, Luxembourg 1986.
- Fleischer, H., Gezielte Kampfpreisunterbietung im Recht der Vereinigten Staaten, in: WuW 1995, S. 796.
- Fox, E. M., Price Predation - U.S. and EEC Economics and Values, in: Annual Proceedings of the Fordham Corporation Law Institute, 1992 and EEC /U.S. Competition and Trade Law, ed. B. Hawk, New York 1990.
- Gifford, D. J., Predatory pricing analysis in the Supreme Court, The Antitrust Bulletin/Summer 1994, S. 431.
- Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1978.
- Goyder, D. G., EC Competition Law, 2. Aufl., Oxford 1993.
- Grabitz, E., Hilf, M., Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt-Sammlung Bd II alt (Maastrichter Fassung), Stand: Juni 1999.
- dies., Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt-Sammlung Bd. 1 neu (Amsterdamer Fassung), Stand: Juli 2000.
- Grabitz, E., Das Recht auf Zugang zum Markt, in: FS für Ipsen 1977, S. 645.
- Groeben von der, H., EG-Wettbewerbsregeln und Wettbewerbspolitik als Instrumente der europäischen

- Integration, in: FS für Hartmann, FIW-Schriftenreihe Heft 75, Köln u.a.O., 1976, S. 105.
- Groeben Thiesing Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU/EG-Vertrag, Bd. 2/I Artt. 85 - 87, 5. neubearbeitete Aufl., Baden-Baden 1999.
- Gutenberg, E., Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd. 2 Der Absatz, 16. Aufl., Berlin Heidelberg, New York, 1979.
- Guy, D., The AKZO Case Predatory Pricing as an Abuse of a Dominant Position, in: EIPR 1987, 86.
- Gyselen, L., Abuse of Monopoly Power within the Meaning of Article 86 of the EEC Treaty: Recent Developments, in: Fordham Corporate Law Institute , "1992 and EEC/ U.S. Competition and Trade Law", New York 1990, S. 597ff.
- Henle, W., Geographische Preisdifferenzierungen im Gemeinsamen Markt, München 1985.
- Hummel S., Männel, W., Kostenrechnung Bd 1, 4. Aufl., Wiesbaden 1986; Bd 2, 3. Aufl., Wiesbaden 1983.
- Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., München 2001.
- Ipsen, H. P., Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972.
- Jacob, H., Preisbildung und Preiswettbewerb in der Industriegewirtschaft: eine empirische Untersuchung, Köln uaO 1985.
- Jakubowski, R., Predatory Pricing in den USA, München 1990.
- Joliet, R., Der Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung in Art. 86 EWG-Vertrag, in: EuR 1973, 97.
- Ders., Monopolization and Abuse of a Dominant Position, Liege 1970.
- Joskow, P. L., Klevorick, A. K., A Framework für Analyzing Predatory Pricing Policy, 89 Yale Law Journal, 1979, S. 213ff.
- Kaufer, E., Industrieökonomik, München 1980.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 15. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel Luxemburg 1986.

- dies., Das Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt, in: Kollektion Studien, Reihe Wettbewerb Nr. 3, Brüssel 1966.
- Kreps, D., Wilson, R., Reputation and Imperfect Information, 27 *Journal of Economic Theory*, 1982, S. 253ff.
- Kronstein, H., Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln im Gesamtrahmen des Montanvertrags und des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, in: *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, Karlsruhe 1961, Bd. 1, S. 111.
- Kurz, R., Rall, L., Behinderungsmissbrauch - Probleme einer ordnungskonformen Konkretisierung, Tübingen 1983.
- Langen, E., Kommentar zum Kartellgesetz, 6. Aufl., Neuwied, Darmstadt 1982.
- Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht Bd. 1, 9. Aufl., Neuwied 2001.
- v. Laun, W., Die Preisunterbietung im US-amerikanischen und deutschen Recht, Hamburg 1992.
- Marquard, J., Der Verkauf unter Einstandspreis als strategisches und wettbewerbsrechtliches Problem, Bochum 1984.
- Markert, K., Diskriminierung und Behinderung in der kartellrechtlichen Praxis, RWS-Skript 67, 3. neubearbeitete Aufl., Köln 1989.
- McGee, J. S., Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case, 1 *Journal of Law and Economics*, 1958, S. 137ff.
- dies., Predatory Pricing Revisited, 23 *Journal of Law and Economics*, 1980, S. 289ff.
- Mégret, J., Louis, J. V., Vignes, D., Waelbroeck, M., *Le droit de la communauté économique européenne*, vol. 4: concurrence, Brüssel 1972.
- Mellerowicz, K., *Neuzeitliche Kalkulationsverfahren*, Freiburg 1966.
- Ders., *Der Wert der Unternehmung als Ganzes*, Essen 1952.
- Mestmäcker, E.-J., Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Artikel 86 des

- Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, in: Festschrift für Walter Hallstein zum 65. Geburtstag, Frankfurt am Main 1966, S. 322ff.
- Ders., Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1959.
- Ders., Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974.
- Ders., Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs, in: Festschrift für Böhm, 1965. S. 345ff.
- Ders., Der verwaltete Wettbewerb, Tübingen 1984.
- Milgrom, P., Roberts, J., Predation and Entry Deterrence, 27 Journal of Economic Theory, 1982, S. 208ff.
- Möschel, W., Die Idee der rule of law und das Kartellrecht heute, in ORDO Bd. 30, 1979, S. 295ff.
- Ders., Preis- und Konditionendifferenzierung durch marktbeherrschende Unternehmen nach EG-Recht, in: RIW 1988, S. 501ff.
- Morgenstern, O., Spieltheorie, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd 9, Stuttgart uaO, 1956.
- Moritz, H.-W., Grenzen des zulässigen Wettbewerbs mit Unterkostenpreisen und selektiven Preisen, FIW-Schriftenreihe Heft 163, Schwerpunkte des Kartellrechts 1993/94, S. 71.
- Moxter, A., Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensbewertung, 2. Aufl., Wiesbaden 1983.
- Nette, C.-G., Die kartell- und wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Preisunterbietung, Köln uaO, 1984.
- OECD, Predatory Pricing, Paris 1989.
- Oppermann, Th., Europarecht, München 1991.
- Ordover/Willi, An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation, 91 Yale Law Journal 1981, S. 8ff.
- Phlips, L., Predatory Pricing, Luxembourg 1987.

- Posner, R., Antitrust Law, An Economic Perspective, Chicago & London 1976.
- Rapp, R. T., Predatory pricing and entry deterring strategies: the economics of AKZO, European Competition Law Review, 1986, S. 233ff.
- Riebel, P., Einzelkosten- und Deckungsbeitragsrechnung, 3., erweiterte Aufl., Wiesbaden 1979.
- Rowedder, H., Die Mißbrauchstatbestände des Art. 86 EWGV, in: Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, Kartellrechtsrundschau Heft 8, Köln uaO, 1966, S. 247ff.
- Sack, R., Der Verkauf unter Selbstkosten im Einzelhandel, in: WRP 1983, S. 63ff.
- Ders., Der Verkauf unter Selbstkosten in Handel und Handwerk, in: BB 1988, Beilage 3 zu H. 11.
- Salop, S. C., White, L. J., Economic Analysis of Private Antitrust Litigation, 74 Georgetown Law Journal, 1986, S. 1101ff.
- Scherer, F., Predatory Pricing and the Sherman Act; A Comment, 89 Harvard Law Review 1976, S. 891ff.
- Ders., Some Last Words on Predatory Pricing, 89 Harvard Law Review, 1976, S. 901ff.
- Schmidt, I., US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973.
- Schumpeter, J. A., Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 5. Aufl., München 1980.
- Schwarz, D., Wettbewerbspolitische Problematik des Predatory Pricing, in: WuW 1987, S. 93ff.
- Selten, R. The Chain Store Paradox, 9 Theory and Decision, 1978, S. 127ff.
- Sieben, G., Zapf, B., (Hrsg.), Unternehmensbewertung als Grundlage unternehmerischer Entscheidungen, Stuttgart 1981.
- Simon, H., Preismangement, 2. Aufl., Wiesbaden 1992.

- Siragusa, M., The Application of Article 86 to the Pricing Policy of Dominant Companies: Discriminatory and Unfair Prices, in: Common Market Law Review, 1979, S. 179ff.
- Smit, H., Herzog, P. E., The Law of the European Economic Community, A Commentary on the EEC Treaty, New York 1984.
- Smith, P., The Wolf in Wolf's clothing: The Problem with Predatory Pricing, European Law Report, 1989, S. 209ff.
- Sohmen, E., Allokationstheorie und Wirtschaftspolitik, Tübingen 1976.
- Stigler, G. J., Imperfections in the Capital Market, 75 Journal of Political Economics, 1967, S. 287.
- Telser, L. G., Cutthroat Competition and the Long Purse, 9 Journal of Law and Economics, 1966, S. 259ff.
- Temple Lang, J., Monopolisation and the Definition of "Abuse of a Dominant Position under Art. 86 EEC Treaty, Common Market Law Review, 1979, S. 345ff.
- Thiesing, J., Die Abgrenzung des relevanten Marktes in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu Art. 85 und 86, in: Festschrift für Hartmann, FIW-Schriftenreihe Heft 75, Köln uaO, 1976, S. 355ff.
- Vahlens Großes Wirtschaftslexikon, Bd. 2, München 1993.
- Vollmer, L., Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftspolitik der EG nach "Maastricht", in: DB, 1993, S. 25ff.
- Weiser, C., Preismißbrauch nach Art. 86 EWG-Vertrag. Eine Untersuchung zum Ausbeutungsmißbrauch im europäischen Recht, Köln uaO, 1987.
- Wied-Nebbeling, S., Das Preisverhalten in der Industrie, Tübingen 1985.
- Williamson, O. E., Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis, 87 Yale Law Journal 1977, S. 284ff.
- Ders., Williamson on Predatory Pricing II, 88 Yale Law Journal, 1979, S. 1ff.

Wöhe, G., Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 18. Aufl., München, 1993.

Yamey, B. S., Predatory Price Cutting: Notes and Comments,
15 Journal of Law and Economics, 1972, S. 129ff.

Zerbe, R. O. JR, Mumford M. T., Does predatory pricing exist?
Economic theory and the courts after *Brooke Group*,
The Antitrust Bulletin/Winter 1996, S. 949.

I. EINLEITUNG

Eine der wesentlichen Ziele der Europäischen Gemeinschaft ist "die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt" (Art. 3 lit. g) EG). Ein System unverfälschten Wettbewerbs setzt überhaupt wirksamen Wettbewerb voraus. Wirksamer Wettbewerb wiederum ist ohne Wettbewerbsfreiheit der Marktbürger nicht zu denken. Damit haben die Mitgliedstaaten der Europäischen Union eine wirtschaftspolitische Grundsatzentscheidung getroffen: Die Rechts- und Wirtschaftsordnung der Gemeinschaft soll sich an marktwirtschaftlichen Grundsätzen orientieren.¹ Der Wettbewerb ist daher auch als "Lenkungsinstrument des Wirtschaftsablaufs" bezeichnet worden.²

Der Grundsatz der freien Preisbildung gehört zum Wesen des Wettbewerbs. Preisunterbietungen sind eine notwendige und erwünschte Ausdrucksform lebhaften Wettbewerbs. Sie können jedoch auch gezielt wettbewerbswidrig eingesetzt werden, in der Absicht, Mitbewerber vom Markt zu verdrängen. Wo die Grenzen der Handlungsfreiheit zu ziehen sind, ist nur schwer zu sagen. Der Einsatz der Preisparameter als Absatzmittel allein kann nicht Maßstab der Beurteilung sein und das Ausmaß der eintretenden Schädigung der Mitbewerber ist ebenfalls nicht geeignet eine Grenze festzulegen. Ob unternehmerisches Verhalten kaufmännisch und wirtschaftlich richtig ist, sollte

1 vgl. Zuleeg in: G/T/E, Art. 1 Rdnr. 48, Art. 2 Rdnr. 13.

2 Memorandum der Kommission über das Aktionsprogramm der Gemeinschaft für die zweite Stufe 1962, Nr. 23.

nicht die wettbewerbliche Zulässigkeit berühren.³ Es ist vielmehr die Aufgabe des Wettbewerbs, derartiges Fehlverhalten zu sanktionieren.

Das Bemühen zweier oder mehrerer Unternehmen um die Kaufkraft des Kunden (beim Anbieterwettbewerb) bzw. die Leistungskraft des Lieferanten (beim Nachfragerwettbewerb) kennzeichnet den Wettbewerb. Konkurrenten sind diejenigen, die sich im wettbewerblichen Parallelprozeß gegenseitig zu verdrängen suchen.⁴ Wettbewerb ist ein "Prozeß schöpferischer Zerstörung".⁵ Die damit verbundene Schädigung des Konkurrenten ist dem Wettbewerb immanent und kann daher nicht Maßstab für die Wettbewerbswidrigkeit von unternehmerischen Verhaltensweisen sein. Eine Verständigung der Mitbewerber wäre im Gegenteil Anzeichen erlahmenden Wettbewerbs. Kampfpreisstrategien sind mithin nur schwerlich von normalem wettbewerblichen Verhalten zu unterscheiden.

Die Beurteilung von gezielten Kampfpreisstrategien ist aus diesem Grund eine der umstrittensten Fragen der Wettbewerbstheorie und des Wettbewerbsrechts. Die Palette der umfassenden Literatur reicht von der Negierung solchen Verhaltens als rationale Unternehmensstrategie bis hin zu der Einschätzung, es sei in der Praxis viel stärker verbreitet, als bislang angenommen und müsse daher entschieden bekämpft werden. Die neueren - insbesondere spieltheoretischen - Modelle kommen zu dem Ergebnis, daß für Kampfpreisstrategien vor allem unvollkommene Information

3 Fikentscher, W., Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht, 2. erw. Aufl., Heidelberg 1962, S. 22; Emmerich, V., Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 3. Aufl., München 1990, S. 68.

4 vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., München 2001, Allg. Rdnr. 5.

5 Schumpeter, J.A., Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 5. Aufl., München 1980, S. 134ff.

eine notwendige Voraussetzung ist. Daher ist ein Nachweis in der Praxis auch nur schwer zu erbringen.

Empirische Untersuchungen über Art, Voraussetzungen und Häufigkeit von Kampfpreisstrategien liegen für die Europäische Gemeinschaft nicht vor.⁶ Auch die amerikanischen Untersuchungen beschränken sich einerseits auf die Analyse historischer Fälle⁷ und betreffen andererseits eine Statistik über den Zeitraum 1973 - 1983, die alle wettbewerbsrechtlichen Fälle in fünf größeren Bezirksgerichten erfaßt und zeigt, daß Behauptungen über Kampfpreisstrategien zahlenmäßig gering und rückläufig waren.⁸

Die Häufigkeit von Kampfpreisstrategien hängt nicht zuletzt auch mit der Bedeutung des Preises als Marketing-Instrument zusammen. Nach Gutenberg werden die Mittel der Absatzpolitik in vier Gruppen eingeteilt: Die Absatzmethoden, die Produkt- und Sortimentsgestaltung, die Werbung und die Preispolitik.⁹ In der früheren neoklassischen Preistheorie stand die Preisbildung im Zentrum des wissenschaftlichen Interesses. Daher schrieb Schumpeter 1942: "Die Ökonomen entwachsen nun endlich dem Stadium, wo sie nur Preiskonkurrenz sahen und sonst nichts. Sobald die Qualitätskonkurrenz und der Kundendienst in die geheiligten Gefilde der Theorie zugelassen werden, ist die Preisvariable aus ihrer beherrschenden Stellung

6 vgl. Philips, L., *Predatory Pricing*, Luxembourg 1987, S. 45.

7 vgl. die Darstellung in: OECD, *Predatory Pricing*, Paris 1989, S. 17ff; Zerbe, R. O. Jr. and Mumford, M. T., *Does predatory pricing exist? Economic theory and the courts after Brooke Group*, *The Antitrust Bulletin*/Winter 1996, S. 949ff.

8 vgl. Salop, S.C. and White, L.J., *Economic Analysis of Private Antitrust Litigation*, 74 *Georgetown Law Journal*, 1986, S. 1101. Die Rückläufigkeit führen die Autoren auf die Einführung der Areeda-Turner-Regel in die Rechtsprechung zurück, die die Beweislast der Kläger erhöhte.

9 Gutenberg, E., *Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre*, Bd 2, *Der Absatz*, 16. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1979, S. 48ff.

vertrieben."¹⁰ Auch in der Betriebswirtschaftslehre konzentrierte sich das Interesse zunächst auf die Preispolitik. In der Absatzlehre erfuhr sie eine so intensive Behandlung wie kaum ein zweites Absatzinstrument.¹¹ Diese einseitige Fokussierung auf die Preise spiegelt sich in der Praxis jedoch nicht wider: Unternehmen treffen ihre Entscheidungen aufgrund verschiedener Handlungsalternativen, von denen Preispolitik nur eine ist. Welche Strategie schließlich gewählt wird, hängt maßgeblich davon ab, wo die günstigste Kosten-Nutzen-Relation, bezogen auf ein definiertes Ziel - z. B. Verdrängung des Konkurrenten - erreicht wird.

In der neueren betriebswirtschaftlichen Literatur wird aufgrund von empirischen Untersuchungen konstatiert, daß die Bedeutung des Preises in den 80iger Jahren ständig zugenommen hat und weiter zunehmen wird.¹² Als wesentliche Ursachen werden rückläufige Realeinkommen, Marktsättigung, Überkapazitäten und höheres Kostenbewußtsein genannt. Diese Entwicklung läßt eher einen zunehmenden Einsatz von Kampfpreisstrategien erwarten.

Die europäischen Wettbewerbsregeln enthalten keinen spezifischen Tatbestand, der systematische Preisunterbietungen verbietet. Es ist also der EU Kommission und den europäischen Gerichten (Gericht erster Instanz (EuG), Europäischer Gerichtshof (EuGH)) vorbehalten, Kriterien für die Beurteilung derartiger Verhaltensweisen zu entwickeln. Schon sehr früh hat die Kommission im Zusammenhang mit der Beurteilung von

10 Schumpeter, J. A., aaO, S. 139.

11 vgl. Diller, H., Preispolitik, 2. Aufl. Stuttgart uaO, 1991, S. 17.

12 Simon, H., Preismanagement, 2. Aufl., Wiesbaden 1992, S. 7, gestützt auf empirische Untersuchungen von Wied-Nebbeling, S., Das Preisverhalten in der Industrie, Tübingen 1985; Jacob, H., Preisbildung und Preiswettbewerb in der Industriegewirtschaft: eine empirische Untersuchung, Köln uaO 1985.

Unternehmenskonzentrationen zu der Frage, ob Kampfpreise unter Art. 82 EG¹³ subsumiert werden können, Stellung genommen. Wenn ein Unternehmen seine beherrschende Stellung ausnütze, um mittels eines Verdrängungswettbewerbs, wie z. B. über längere Zeit praktizierte Verkäufe unter dem Selbstkostenpreis, einen Konkurrenten zur Fusion zu zwingen, verstoße es auch gegen Art. 82 EG.¹⁴ Die Diskussion über die wettbewerbliche Beurteilung dieser Frage hat neue Aktualität durch das vom EuGH am 3. Juli 1991 in der Rechtssache Rs 62/86 AKZO/Kommission ergangene Urteil gewonnen, in welchem die Frage der Zulässigkeit von Kampfpreisstrategien zur Verdrängung eines Wettbewerbers ausführlich zu erörtern war.

Die europäischen Wettbewerbsregeln haben insofern eine besondere Stellung, als sie nicht nur über die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs zu wachen haben, sondern auch der Verwirklichung der Vertragsziele und dabei insbesondere der Errichtung eines Gemeinsamen Marktes dienen sollen.¹⁵ In der Praxis ist die Vollendung des Binnenmarktes jedoch noch nicht erreicht. Der Prozeß der weitgehenden Angleichung der für das wettbewerbliche Handeln der Unternehmen erforderlichen institutionellen Rahmenbedingungen ist noch nicht abgeschlossen.¹⁶ Daher erfüllen die europäischen

13 Nummerierung gemäß Vertrag von Amsterdam; entspricht Art. 86 EGV der Maastrichter Fassung. Artikel gemäß Amsterdamer Vertrag werden nach der Verlautbarung des EuGH in Nr. 21/99 und Nr. 22/99 des Bulletins „Tätigkeiten des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften“ mit dem Zusatz „EG“ gekennzeichnet, der Zusatz „EGV“ bezieht sich auf die Fassung des Vertrages von Maastricht, der Zusatz EWGV auf frühere – in den hier zitierten Artikeln wortgleiche – Fassungen.

14 Kommission, Das Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt, Brüssel 1966, S. 24.

15 vgl. statt aller, Ipsen, H. P., Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972, S. 608.

16 Für die institutionelle Angleichung wurde in Art. 95 EG eine Ermächtigungsgrundlage geschaffen.

Wettbewerbsregeln nach wie vor die besondere Aufgabe, als Integrationsinstrument diese Entwicklung voranzutreiben und zu einem Abschluß zu bringen. Die Arbeit wird sich auch mit diesem Aspekt befassen und die Frage beantworten, ob diese besondere Stellung der europäischen Wettbewerbsregeln eine andere Beurteilung gezielter KampfpPreisstrategien erfordert als in einem bereits vollendeten Binnenmarkt.

II. BEGRIFFSKLÄRUNG

Unter gezielten Verlust- oder Kampfpreisstrategien¹⁷ - in der amerikanischen Terminologie "predatory pricing" genannt - versteht man systematische Preisgestaltungen, die in der Regel unter den eigenen Kosten liegen, mit dem Ziel, potentielle Wettbewerber abzuschrecken oder bestehende Wettbewerber aus dem Markt zu drängen oder auch nur zu disziplinieren. Der Unterbietende hat dabei zwei Möglichkeiten: Er kann entweder für die gleiche Leistung niedrigere Preise als die Konkurrenten verlangen (sog. offene Preisunterbietung) oder den Preis in Höhe des Konkurrentenpreises belassen und dafür aber eine qualitativ hochwertigere Leistung anbieten (sog. versteckte Preisunterbietung).

Der Preisunterbieter ist bereit, kurzfristig Verluste hinzunehmen, weil er davon ausgeht, daß er nach erfolgreicher Verdrängung bzw. Abschreckung der Wettbewerber im monopolisierten Markt über dem Wettbewerbspreis liegende Angebote zu realisieren vermag. Dadurch kann er die zuvor erlittenen Verluste ausgleichen oder überkompensieren. Gleichermaßen kann der Preisunterbieter, wenn er in verschiedenen geographischen Märkten agiert und/oder ein Mehrproduktunternehmen ist, seine preisunterbietenden Aktionen durch Gewinne in anderen Bereichen "subventionieren". Im ersteren Fall tritt als Begleiterscheinung dieses Verhaltens auch noch eine geographische Preisdiskriminierung hinzu. Immer ist predatory pricing jedoch eine zeitlich beschränkte Erscheinung, weil sie nur dann eine

17 Die Begriffe Verlustpreisstrategien und Kampfpreisstrategien werden synonym verwendet.

rationale Strategie sein kann, wenn die anfänglichen Verluste durch spätere Gewinne ausgeglichen werden können. Die Gewinne müssen dabei so hoch sein, daß außer den erlittenen Verlusten auch die entgangenen Zinsen erwirtschaftet werden.

Gezielte Kampfpreisunterbietung setzt nicht notwendig Preise voraus, die unter den eigenen Kosten liegen.¹⁸ Verluste sind in einem weiteren Sinne zu verstehen: weicht ein Unternehmen von dem maximal erzielbaren Preis seiner Produkte nach unten ab, so erleidet es eine Einbuße in Höhe der Differenz zwischen dem maximal erreichbaren Preis und dem tatsächlich realisierten. Auch diese Einbuße ist Verlust im oben genannten Sinne. Erreicht das unterbietende Unternehmen noch Kostendeckung, spricht man von sogenanntem "soft predation".¹⁹

Die Bedeutung von Marktzutrittsschranken für den Erfolg einer Kampfpreisstrategie ist vor allem von Vertretern der Limit-Price-Theorie herausgestellt worden. Nach dieser Theorie wählt ein Monopolist nicht den Monopolpreis, wenn er Marktzutritt von potentiellen Wettbewerbern oder expansive Maßnahmen von Randfirmen zu befürchten hat. Vielmehr wählt er einen Preis, der zwischen dem Monopolpreis und dem Wettbewerbspreis liegt, in der Höhe, daß ein Marktzutritt nicht mehr lohnend ist. Dies ist dann der Fall, wenn z. B. eine größere Ausbringungsmenge erforderlich ist, um eine wettbewerbsfähige Kostenstruktur zu erlangen (sog. mindestopoptimale Betriebsgröße). Da der Monopolist nicht sich selbst, sondern den Konkurrenten mit seiner Limit-Price-

18 Yamey, B. S., Predatory Price Cutting: Notes and Comments, 15 Journal of Law & Economics, 1972, S. 129, 133.

19 Möschel, W., Die Idee der rule of law und das Kartellrecht heute, in: ORDO Bd 30, 1979, S. 299.

Strategie in die Verlustzone bringt, liegt damit ein Spezialfall des soft predation vor.

Price-squeezing ist ein Unterfall gezielter Kampfpreisstrategien, der bei vertikal integrierten Unternehmen auftreten kann. Ein Unternehmen, das sowohl Lieferant eines Vorprodukts wie Anbieter des daraus gefertigten Endprodukts ist, kann seine Konkurrenten vom Markt verdrängen durch Erhöhung der Verkaufspreise für das Vorprodukt bei gleichzeitiger Senkung des Preises für das Endprodukt.²⁰ Die Konkurrenten werden mithin einer Preisschere ausgesetzt. Diese kann Folge einer gewinnmaximalen Marktstrategie des vertikal integrierten Unternehmens sein, die, ohne daß dies beabsichtigt wäre, zwangsläufig Preisdiskriminierungen mit sich bringt. Es kann jedoch auch bewußt als Teil einer gezielten Kampfpreisstrategie eingesetzt werden.²¹

Im neueren Schrifttum erfährt das sogenannte "non-price-predation", also nichtpreisliche Verdrängungsstrategie zunehmende Aufmerksamkeit, weshalb darauf in Abgrenzung zu den Kampfpreisstrategien kurz eingegangen werden soll. Gemeint ist mit non-price-predation ein Verhalten, das die Kosten des Konkurrenten in die Höhe treibt, im Gegensatz zu predatory pricing, das den Gewinn des Konkurrenten schmälert.²² Die Kosten eines Konkurrenten können z. B. dadurch beträchtlich erhöht werden, daß er von etablierten Unternehmen mit unbegründeten Gerichtsverfahren überzogen

20 vgl. Möschel in: Immenga/Mestmäcker, § 22 Rdnr. 121. Vgl. Kommission, Entscheidung v. 18.7.1988, Napier Brown/British Sugar, ABl. 1988, L 284/41.

21 vgl. Mestmäcker, E.-J., Der verwaltete Wettbewerb, Tübingen 1984, S. 181 ff.

22 vgl. OECD, Predatory Pricing, aaO, S. 13.

wird, insbesondere wegen Verletzung gewerblicher Schutzrechte.²³

Das non-price-predation unterscheidet sich vom predatory pricing wesentlich in den Voraussetzungen und Folgen: Während bei predatory pricing der Aggressor Verluste hinnehmen muß, in der Hoffnung, diese später durch höhere Gewinne kompensieren zu können, verlangen ihm in der Regel non-price-predation Strategien keine besonderen Opfer ab. Gelingt es ihm, die Kosten des Rivalen in die Höhe zu treiben, so wird er von einer allgemeinen Preiserhöhung überproportional profitieren und bei Produktionsrückgang des Rivalen seine eigenen Marktanteile ausbauen können. Anders als bei predatory pricing ist es auch nicht erforderlich, daß der Aggressor auf mehreren Märkten agiert bzw. ein Mehrproduktunternehmen ist. Die Position eines jeden Unternehmens wird durch erhöhte Kosten der Konkurrenten relativ verbessert. Es ist noch nicht einmal notwendig, daß das Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem Markt einnimmt, da es Behörden und Gerichte auf den Rivalen ansetzen kann.

Die wettbewerbsrechtliche Problematik der Lockvogelangebote, die vor allem im Bereich des Konsumgütereinzelhandels anzutreffen ist, ist nur am Rande Gegenstand der predatory pricing Diskussion. Der Verkauf einzelner Artikel zu unter dem Einstands- oder Selbstkostenpreis liegenden Preisen ist typischerweise durch Irreführung des Verbrauchers über die Kalkulation des gesamten Sortiments des Anbieters gekennzeichnet.²⁴ Die angelockten Kunden sollen dazu bewegt

23 vgl. Schröter in: G/T/E, Art. 86, Rdnr. 213, siehe Kommissionsentscheidung, BBI Boosey & Hawkes, ABI. 1987, L 286/36, 38.

24 vgl. Sack, R., Der Verkauf unter Selbstkosten im Einzelhandel, in: WRP 1983, S. 63, 64, mwN; ders., Der Verkauf unter Selbstkosten in Handel und

werden, nicht nur das Lockvogelangebot zu kaufen, sondern auch die kostendeckend bzw. darüber hinaus höher kalkulierten Waren zu erwerben, mit denen die Verluste ausgeglichen und der Umsatz insgesamt gesteigert werden kann. Lockvogelangebote können Teil einer umfassenden Kampfpreisstrategie sein, um Kunden der Wettbewerber, die vom Markt verdrängt werden sollen, anzulocken.²⁵

Handwerk, in: BB 1988, Beilage 3 zu H. 11, S. 12 ff; Ausführlich: Marquard, J., Der Verkauf unter Einstandspreis als strategisches und wettbewerbsrechtliches Problem, Bochum 1984, 30ff, 181ff.

25 so z. B. im Fall AKZO, vgl. Kommission, Entscheidung v. 14.12.1985, L 374/22.

III. WETTBEWERBSTHEORETISCHE ERKLÄRUNGSANSÄTZE UND WETTBEWERBS POLITISCHE LÖSUNGSVORSCHLÄGE

1. Einführung

Die Verständigungsschwierigkeiten zwischen Wirtschaftswissenschaftlern und Juristen werden häufig beklagt. Gerade im Bereich wettbewerbsrechtlicher Fragen erscheint die Kluft zwischen der Modellwelt der Ökonomen und deren Verwertbarkeit in der Praxis besonders groß. Das mag zum Teil am "Forschungsobjekt der Wettbewerbswirtschaft als integralem Bestandteil gesellschaftlicher Entwicklungsprozesse" liegen.²⁶ Es sind jedoch auch Fortschritte zu erkennen. Insbesondere anhand von spieltheoretischen Ansätzen ist es gelungen, interdependente Entscheidungsmuster - wie sie die Realität prägen - darzustellen. Dadurch können zwar nicht jene klaren Voraussetzungen und einfachen Lehrsätze geboten werden, welche die Rechtsfindung im Einzelfall so sehr erleichtern würden, wohl aber zumindest Aussagen darüber getroffen werden, unter welchen Voraussetzungen predatory pricing überhaupt von Unternehmen als rationale Strategie eingeschlagen werden kann.

Die theoretische Diskussion über Voraussetzungen und Wirkungen von Kampfpreisstrategien und den daraus zu ziehenden wettbewerbspolitischen Schlußfolgerungen ist vor allem in den USA geführt worden. Lange Zeit war die Bedeutung von predatory pricing als sehr gering eingestuft und

26 Kurz, R., Rall, L., Behinderungsmissbrauch - Probleme einer ordnungskonformen Konkretisierung, Tübingen 1983, S. 3.

auch zunächst nur im Zusammenhang mit Preisdiskriminierungen gesehen worden.²⁷

Aufsehen erregte McGee²⁸ 1958 mit einem Aufsatz über predatory pricing anhand einer gründlichen Analyse des berühmten Standard-Oil-Falles²⁹, in dem er zu dem Ergebnis gekommen ist, daß rational handelnde Unternehmer einen Konkurrenten nicht durch predatory pricing zu vernichten versuchen würden, sondern - weil viel billiger - diesen aufkaufen würden. Demnach dürfte es Kampfpreisstrategien mit dem Ziel, den Konkurrenten zu vernichten, überhaupt nicht geben.

Diese These hat eine Flut von Veröffentlichungen³⁰ nach sich gezogen, in denen die Bedeutung von predatory pricing kontrovers erörtert wurde. Dabei konzentrierte sich die Diskussion zunächst auf die Frage, ob predatory pricing eine rationale Strategie sein kann oder nicht. Erst vor einigen Jahren sind drei Arbeiten erschienen, die diese Fragen unter bestimmten Bedingungen bejahen.³¹

27 vgl. Jakubowski, R., *Predatory Pricing in den USA*, München 1990, S. 33ff.

28 McGee, J. S., *Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case*, 1 *Journal of Law and Economics*, 1958, S. 137ff.

29 *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1(1911).

30 siehe insbesondere Telser, L. G.; *Abusive Trade Practices; An Economic Analysis*, 30 *Law and Contemporary Problems*, 1965, 488ff; Elzinga, K., *Predatory Pricing: The Case of the Gunpowder Trust*, 13 *Journal of Law and Economics*, 1970, S. 223ff; Yamey, B. S., *Predatory Price Cutting: Notes and Comments*, 15 *Journal of Law and Economics*, 1972, 129ff; Bork, R. H., *The Antitrust Paradox*, New York, 1978.; Easterbrook, F. H., *Predatory Strategies and Counterstrategies*, 48 *U. Chicago Law Review*, 1981, S. 263ff.

31 Philips, L., *Predatory Pricing*, Luxembourg 1987; OECD, *Predatory Pricing*, Paris 1989; Dodgson, J. S., Katsoulacos, Y., Pryke, R. W. S., *Predatory Behaviour in Aviation*, Luxembourg 1991.

Eine ganze Anzahl von Arbeiten³² beschäftigt sich aber auch mit der wettbewerbspolitischen Frage, wie predatory pricing erkannt und wettbewerbsrechtlich behandelt werden sollte. Die Lösungsvorschläge decken ein weites Spektrum ab. Es reicht von rein kostenorientierten Regeln über Gesamtanalysen mit einer mehr oder weniger stark betonten Kostenbetrachtung bis hin zu Gesamtanalysen, welche die Preis-Kosten-Relation ganz außer Betracht lassen.³³

Da bereits ausführliche Darstellungen der amerikanischen Literatur vorliegen,³⁴ werden im folgenden nur diejenigen theoretischen Modelle in ihren wesentlichen Voraussetzungen und Ergebnissen dargestellt, die für den weiteren Gang der Untersuchung erforderlich sind. Besonderes Augenmerk wird dabei auf diejenigen Theorien und wettbewerbspolitischen Lösungsvorschläge gelegt, die Einfluß auf die Praxis der Kommission und der Rechtsprechung des Gerichtshofs genommen haben. Insbesondere spieltheoretische Ansätze haben die Bedeutung strategischer Überlegungen für predatory pricing hervorgehoben und damit den theoretischen

32 Areeda, P., Turner, D. F., Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, 88 Harvard Law Review, 1975, S. 697ff; Scherer, F., Predatory Pricing and the Sherman Act; A Comment, 89 Harvard Law Review, 1976, S. 891; Areeda, P., Turner, D. F., Scherer on Predatory Pricing: A Reply, 89 Harvard Law Review, 1976, S. 869; Scherer, F., Some Last Words on Predatory Pricing, 89 Harvard Law Review, 1976, S. 901ff; Williamson, O. E., Predatory Pricing: A Strategic Welfare Analysis, 87 Yale Law Journal, 1977, S. 284ff; Areeda P., Turner, D. F., Williamson on Predatory Pricing, 87 Yale Law Journal, 1978, S. 1337ff; Williamson, O. E., Williamson on Predatory Pricing II, 88 Yale Law Journal 1979, S. 1183; Posner, R., Antitrust Law - An Economic Perspective, 1976; Baumol, W. J., Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing, 89 Yale Law Journal, 1979, S. 1ff; Joskow, P. L., Klevorick, A. K., A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, 89 Yale Law Journal, 1979, S. 213ff; McGee, J. S., Predatory Pricing Revisited, 23 Journal of Law and Economics, 1980, S. 289ff.

33 diese Ansicht wird insbesondere von Philips, L., Predatory Pricing, aaO, vertreten.

34 vgl Jakubowski, R., Predatory Pricing in den USA, aaO. Rechtsvergleichend, Nette, C.-G., Die Kartell- und wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Preisunterbietung, Köln uaO, 1984, v. Laun, W., Die Preisunterbietung im US-amerikanischen und deutschen Recht, Hamburg 1992.

Überlegungen eine neue Qualität gegeben. Dazu bedarf es allerdings sehr komplexer Modellbildungen, die einen erheblichen mathematischen Apparat erfordern. Da für die juristische Beurteilung in erster Linie die Voraussetzungen und Ergebnisse interessant sind, wird auf eine eingehende Darstellung der Modelle selbst verzichtet.³⁵

2. Wettbewerbstheoretische Erklärungsansätze

a) McGee's Gespensterthese³⁶

Bis McGee 1958 seinen Aufsatz über predatory pricing veröffentlichte, wurde der Standard Oil Fall³⁷ als der klassische Fall von Kampfpreisstrategien angesehen. McGee nahm anhand der Gerichtsakten eine genaue Untersuchung der Unternehmensstrategie von Standard Oil vor und kam zu dem Ergebnis, daß das Unternehmen nicht Kampfpreisstrategien einsetzte, um seine Marktmacht zu erlangen und zu erhalten, sondern dieses Ziel durch Unternehmenszusammenschlüsse erreichte. Dieses Ergebnis untermauerte McGee durch ein theoretisches Modell, anhand dessen er die Überlegenheit einer Fusion gegenüber Kampfpreisstrategien nachwies.

aa) Die Überlegenheit der Fusionslösung

McGee stützt seine These auf ein statisches Modell mit einem Monopolisten, der nur ein Einproduktunternehmen hat. Folgende Prämissen liegen diesem Modell zugrunde:

35 Zur Modellbildung in der Spieltheorie, vgl. einführend Morgenstern, O., Spieltheorie, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd 9, Stuttgart uaO, 1956.

36 Der Ausdruck stammt von Möschel W., Die Idee der rule of law und das Kartellrecht heute, aaO, S. 299.

37 Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

- (1) Es herrscht eine unendlich schnelle Reaktionszeit. Marktzutritt erfolgt damit immer, sobald es einem Newcomer möglich ist, ohne Verluste einzutreten.
- (2) Die Kosten für die Errichtung eines Betriebes optimaler Größe sind bei etablierten Unternehmen und Neulingen gleich hoch.
- (3) Es herrscht vollkommene Information, d.h. alle Beteiligten haben vollständige Kenntnis von allen relevanten Faktoren, also z. B. auch über die Kostenstruktur ihrer Rivalen.

Vor die Alternative gestellt, entweder durch Kampfpreise den Wettbewerber zu vernichten, oder ihn aufzukaufen, stellt der Marktbeherrscher folgende Überlegungen an, die zu dem Ergebnis führen, daß die Fusion mit dem Konkurrenten oder dessen Kauf billiger sind, als seine Vernichtung durch Kampfpreise:

- (1) Bei einem Ein-Produkt-Unternehmen ist ein Verlustausgleich mit Gewinnen, die aus dem Verkauf anderer Produkte erzielt werden, nicht möglich.

Zusätzlich müssen noch hohe Marktzutrittsschranken gewährleisten, daß nach erfolgreicher Vernichtung der Wettbewerber keine Newcomer in den Markt eindringen. Andernfalls würde der Marktbeherrscher seine erlittenen Verluste durch entsprechende Monopolgewinne nicht kompensieren können.

- (2) Der Marktbeherrscher hat in der Regel bereits einen sehr hohen Marktanteil. Für Standard Oil schätzte McGee

diesen auf ca 75 %. In diesem Fall verkauft der Marktbeherrscher also dreimal soviel von dem Produkt, wie alle seine Mitbewerber zusammen. Wählt er die Verlustpreisstrategie, dann macht er auch dreimal soviel Verluste wie seine Konkurrenten insgesamt. Darüber hinaus muß der Marktbeherrscher in der Lage sein, die durch die gesunkenen Preise erhöhte Nachfrage auf sich zu ziehen. Dies erhöht den Verlust zusätzlich.

- (3) Vergleicht der Marktbeherrscher die Möglichkeit der Fusion oder eines Aufkaufes mit derjenigen der Kampfpreisstrategie, so zeigt sich die Überlegenheit der Fusionslösung. Abgesehen von den unter (2) genannten erheblichen Verlusten der Kampfpreisstrategie, verursacht der Preiskrieg zudem Opportunitätskosten in Form von entgangenen Monopolgewinnen, die bereits mit der Übernahme des Rivalen Erlöst werden könnten. Wenn nämlich der Marktbeherrscher den oder die Wettbewerber sofort aufkaufen würde, könnte er es sich leisten, unter Berücksichtigung des diskontierten Wertes der erwarteten Monopolgewinne, einen Kaufpreis zu bieten, der über dem Wettbewerbspreis des Unternehmens liegt. Anstatt zunächst Verluste in Kauf zu nehmen, kann der Monopolist im Falle des Unternehmenskaufes Monopolgewinne sofort in voller Höhe realisieren. Überdies sind bei Preisunterbietungen die ohnehin ungewissen Monopolgewinne auf den Entscheidungszeitpunkt abzudiskontieren, weil sie erst in der Zukunft Erlöst werden können.
- (4) Sollte der Angreifer dennoch versuchen, die Wettbewerber durch Verlustpreise zu verdrängen, so ergeben sich aus der Prämisse der vollkommenen

Information zwei Schlußfolgerungen: Die Wettbewerber können die Preispolitik des Marktbeherrschers als eine Verlustpreisstrategie erkennen. Überdies wissen sie, daß diese Strategie teurer als die Fusionslösung ist. Daher werden sie entweder Unterkostenverkäufen standhalten oder ihr Unternehmen vorübergehend aufgeben, dem Aggressor sämtliche Verluste überlassen und zu einem späteren Zeitpunkt wieder in den Markt eintreten.

Insgesamt zeigt die Gegenüberstellung der Vor- und Nachteile beider Alternativen, daß für ein Ein-Produkt-Unternehmen unter der Annahme vollkommener Information die Fusionslösung im Vergleich zu Verlustpreisstrategien immer günstiger ist.

McGee bekräftigte in einem weiteren Artikel 1980³⁸ nochmals seine Einschätzung von predatory pricing als irrational und daher selten anzutreffen. Bork³⁹ und Easterbrook⁴⁰ vertraten im wesentlichen denselben Standpunkt. Im Verlauf der Diskussion sind folgende weitere Argumente vorgebracht worden, die diese Sicht noch untermauern sollten:

- (1) Bei einem Preiskrieg läuft der Marktbeherrscher Gefahr, daß ein Dritter Nutznießer des Preiskrieges wird, indem er dem Marktbeherrscher zuvorkommt und den geschwächten Konkurrenten zu einem besonders günstigen Preis aufkauft. Der Marktbeherrscher bliebe dann auf seinen Verlusten sitzen.

38 McGee, J. S., Predatory Pricing Revisited, 23 Journal of Law and Economics, 1980, S. 289ff.

39 Bork, R. H., The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, New York 1978, S. 144ff.

40 Easterbrook, F. H., Predatory Strategies and Counterstrategies, 48 The University of Chicago Review, 1981, S. 263ff.

- (2) Das Opfer ist nicht zur Passivität verurteilt, sondern kann seinerseits Marketing-Anstrengungen unternehmen und entweder die Verlustpreisstrategie durch langfristige Verträge konterkarieren oder selbst eine Offensive in einem anderen vom Marktbeherrscher ebenfalls bedienten Markt starten und dadurch Pläne des Marktbeherrschers zur Verlustminimierung durchkreuzen. Das Risiko des Preiskrieges wird für den Marktbeherrscher kaum noch kalkulierbar und zwingt ihn daher sehr wahrscheinlich zur Aufgabe seiner Strategie. Die Bereitschaft zum Abschluß langfristiger Verträge erreicht der Wettbewerber bei den Abnehmern nach Ansicht von Easterbrook⁴¹ durch Aufklärung der Vertragspartner über die wettbewerbswidrige Natur der Preispolitik des Marktbeherrschers, die nur kurzfristig profitabel sei, aber langfristig um so schädlichere Auswirkungen durch entsprechende dauerhafte Preiserhöhungen hätte.
- (3) Edwards⁴² hatte die Theorie entwickelt, konglomerate Großunternehmen seien allein aufgrund ihrer Finanzkraft in der Lage, Preiskriege gegen ihre Wettbewerber erfolgreich zu führen (sog. "deep pocket theory"). Innerhalb stark diversifizierter marktmächtiger Unternehmen könnten gewinnträchtige Teilbereiche zur Subventionierung von Verlustpreisstrategien eingesetzt werden. Diese These wurde von Vertretern des Ansatzes von McGee in Zweifel gezogen. McGee selbst hielt

41 aaO, S. 270.

42 Edwards, C., Conglomerate Business as a Source of Power, in: Business Concentration and Price Policy, 1955, S. 334, 335; ders., The Changing Dimensions of Business Power, in: Festgabe für M. Kummer, Karlsruhe 1967, S. 237ff.

dagegen, daß Finanzreserven für das betreffende Unternehmen Kosten (im Sinne von Opportunitätskosten) darstellen und nicht einen inhärenten Vorteil. Insbesondere Stigler⁴³ brachte gegen das Argument der Finanzstärke vor, daß diese Annahme nur unter den Bedingungen eines unvollkommenen Kapitalmarktes zuträfe. Dann würde das potentielle Opfer über einen schlechteren Zugang zum Kapitalmarkt verfügen und erhielte nicht die erforderlichen Finanzmittel, um dem Preiskampf mit dem Angreifer standhalten zu können.

bb) Einwände gegen die These der Irrationalität von predatory pricing

Die Aussagen von McGee und den Befürwortern seiner Thesen, sind zwar in sich schlüssig, bezogen auf die Praxis jedoch wenig überzeugend. McGee stellt seine Überlegungen bzgl. der Wahrscheinlichkeit von Kampfpreisstrategien nur im Verhältnis zur Fusion an. Dadurch wird der Blick dafür versperrt, daß die Realität für Verdrängungsstrategien weit mehr Handlungsalternativen als nur Verlustpreisstrategien und Fusionen bietet. Denkbar sind z. B. Verlustpreisstrategien zur Verdrängung von Konkurrenten als Teil eines Marketing-Mix, wodurch die eigenen Verluste in vertretbarer und kalkulierbarer Größenordnung gehalten werden können. In diesem Zusammenhang muß auch die Möglichkeit der Marktspaltung beachtet werden. Die Überlegung McGees, daß das Ein-Produkt-Unternehmen aufgrund seines hohen Marktanteils immer ein Vielfaches des Verlustes der potentiellen Opfer hinnehmen muß, trifft dann nicht zu, wenn das Unternehmen zuvor Teilmärkte geschaffen hat. Dadurch können Aufwand

43 Stigler, G. J., Imperfections in the Capital Market, 75 Journal of Political

und Ertrag des Preiskampfes kalkulierbar gemacht werden. Die Marktpaltung verhindert das Übergreifen der Preissenkungen auf den gesamten Markt.⁴⁴

Die Alternative Kampfpreise oder Fusion ist in ihren Voraussetzungen aus der Sicht des Monopolisten nicht vergleichbar. Fusionen sind auch im EG-Bereich nicht ohne weiteres zulässig. Während ein Zusammenschluß sich aber schwerlich verbergen läßt, ist dies für die Kampfpreisunterbietung dagegen möglich.⁴⁵ Auch ist die Einigung der Beteiligten über den Unternehmenskauf nur in der Theorie problemlos, in der Praxis zeigen sich hierbei oft Schwierigkeiten.⁴⁶ Überdies hat die große Fusionswelle in den vergangenen Jahren gezeigt, daß sich häufig nicht die erhofften Synergieeffekte einstellen, sondern im Gegenteil Reibungsverluste, z.B. durch unterschiedliche Produktionsstrukturen, Absatz- und Managementmethoden auftreten. Dadurch können erhebliche Kosten entstehen. Diese Kosten sind gegen den Vorteil abzuwägen, den die Beseitigung des Wettbewerbers durch die Fusion erbringt.

Telser⁴⁷ schreibt in der Diskussion um die McGee These den Verlustpreisstrategien doch einen strategischen und taktischen Wert im Zusammenhang mit der Vorbereitung einer Fusion zu. Der Aggressor ist daran interessiert einen möglichst günstigen Kaufpreis auszuhandeln. Insbesondere dann, wenn der Konkurrent einen wesentlich höheren Preis anstrebt, kann der

Economics, 1967, S 287.

44 vgl. Mestmäcker, E.-J., Der verwaltete Wettbewerb, aaO, S. 207.

45 vgl. Möschel, W., Die Idee der rule of law und das Kartellrecht heute, aaO, S. 299.

46 ders., aaO, S. 299.

47 Telser, L. G., Cutthroat Competition and the Long Purse, 9 J. Law and Economics, 1966, S. 259, 265; vgl. auch Yamey, B. S., Predatory Price Cutting: Notes and Comments, aaO, S. 130.

Marktbeherrscher durch gezielte Kampfpreise das betreffende Unternehmen unter Druck setzen und die Preiserwartungen bzgl. des Unternehmenskaufs den seinen angleichen. Der Unternehmenswert wird durch dieses Verhalten insofern beeinflusst, als die dem Konkurrenten aufgezwungenen Verlustpreise dessen Ertragssituation beeinträchtigen. Da die neuere Lehre der Unternehmensbewertung den allein richtigen theoretischen Ansatz in der Ableitung des Wertes aus zukünftigen Erträgen sieht (Ertragswertverfahren, im Gegensatz zu dem früher vorherrschenden Verfahren der Wertableitung aus Substanzwerten), reduziert die verschlechterte Ertragslage den Unternehmenswert. Insofern kann predatory pricing dem Marktbeherrscher eine günstige Verhandlungsposition verschaffen. Diese Vorgehensweise ist jedoch nur rational, wenn eine isolierte Kampfpreisstrategie ohne Unternehmenserwerb mehr Verluste verursacht, als eine auf Reduzierung des Unternehmenskaufpreises des Konkurrenten ausgerichtete Kampfpreisstrategie: Sind die Kosten der isolierten Kampfpreisstrategie geringer als die erzielbare Preisreduktion des Konkurrenzunternehmens, so ist der Erwerb nicht rational, es sei denn, es spielen andere strategische Überlegungen (Expansion) eine Rolle. Darüber hinaus sind die Kosten, die aus der Fusion selbst entstehen – wie oben bereits dargelegt – ebenfalls in Rechnung zu stellen. Daß diese Überlegungen in der Realität tatsächlich angestellt werden, zeigt der Fall AKZO, wo das Unternehmen durchaus erwogen hatte, als Vorbereitung auf eine Fusion Kampfpreise einzusetzen.⁴⁸

McGee hat seiner Untersuchung Annahmen zugrunde gelegt, die außerordentlich problematisch sind. Die Bedingungen für Marktein- und -austritt sind in der Regel weder symmetrisch,

48 Kommission, Entscheidung v. 14.12.1985, ABl. L 1985, 374/7, Tz 26.

noch kann unterstellt werden, daß der Markteintritt ausschließlich von der Preis-Kosten-Relation abhängt. Selbst wenn man - wie Bork - von geringen fixen Kosten ausgeht, die den Marktaustritt erleichtern, kann daraus nicht geschlossen werden, daß der Marktzutritt von potentiellen Wettbewerbern als ebenso einfach eingeschätzt wird. Die Wahrscheinlichkeit des Marktzutritts kann nicht allein anhand der abgezinsten Werte der Liquidationsmasse des von dem Markt gerade ausgeschiedenen Opfers eines Preiskrieges beurteilt werden.⁴⁹ Vielmehr spielen die Erwartungen des betreffenden Unternehmens eine erhebliche Rolle. Erwartungen werden einerseits beeinflußt von den Erfahrungen der Vergangenheit und andererseits von den zukünftigen Marktchancen. Die mit dem für den Marktbeherrscher erfolgreich abgeschlossenen ruinösen Preiskrieg verbundene Einschüchterungswirkung dürfte die Einschätzung des potentiellen Wettbewerbers hinsichtlich seiner eigenen Chancen entsprechend beeinflussen. Wenn nun überdies die Produktionsstruktur durch hohe Fixkosten und sunk costs gekennzeichnet ist, dürften diese Erfahrungen zusätzliches Gewicht erhalten, weil sich dadurch die Risiken des eintretenden Unternehmens beträchtlich erhöhen. Sunk costs sind solche Kosten, die für die Leistungserstellung unabdingbar sind, jedoch im Falle des Ausscheidens aus dem Markt nicht mehr realisiert werden können. Die prospektiven Verluste, die beim Scheitern des Marktneulings eintreten würden, können ihn vom Marktzutritt abhalten.

Die Annahme der Gleichheit der Kostenstruktur von etablierten Unternehmen und neu in den Markt Eintretenden entspricht nicht der Realität. Empirische Untersuchungen zeigen, daß die Kosten von etablierten Unternehmen in der Regel wesentlich

49 vgl. Mestmäcker, E.-J., Der verwaltete Wettbewerb, aaO, S. 191.

niedriger sind, als diejenigen des jungen Unternehmens. Der Grund liegt in dem sogenannten Lern- oder Erfahrungskurveneffekt. Die Produktions- und Vermarktungsaktivitäten selbst stellen Lernvorgänge dar, die zu einem Zuwachs an Know-how und Erfahrung führen. Es wird daher angenommen, daß die Stückkosten exponentiell mit der kumulierten Menge sinken.⁵⁰ Dieser Lernkurveneffekt führt mithin zu beträchtlichen Kostenunterschieden zwischen etabliertem Unternehmen und Newcomer.

Der Annahme der vollkommenen Information kommt für die Einschätzung von predatory pricing hinsichtlich Häufigkeit und Rationalität eine zentrale Bedeutung zu. In der Realität fehlen den potentiellen Wettbewerbern gerade diejenigen Informationen, die McGee als bekannt voraussetzt. Wird aber diese Annahme fallen gelassen, können Kampfpreismaßnahmen durchaus zum Erfolg führen. Spätere, insbesondere spieltheoretische Beiträge können diesen Nachweis erbringen.⁵¹

Die insbesondere von Easterbrook⁵² angeführten Möglichkeiten der Opfer, sich gegen preisunterbietende Maßnahmen zur Wehr zu setzen, sind als außerordentlich praxisfern einzustufen. Zumal unter der in der Realität herrschenden Unvollkommenheit der Information ist es eher zweifelhaft, ob das Opfer einer Kampfpreispolitik die Abnehmer von der Wettbewerbswidrigkeit der Aktion überzeugen kann. Schließlich besteht die Möglichkeit, daß der Marktbeherrscher über eine überlegene Technologie verfügt oder sonstige Kostenvorteile im Gegensatz zu seinen Konkurrenten an den

50 vgl. Simon, H., aaO, S. 280.

51 vgl. insbesondere Easley, D., Masson, R. T., Reynolds, R. J., Preying for Time, 33 Journal of Industrial Economics, 1985, S. 445ff; Philips, L., Predatory Pricing, aaO S. 17ff.

52 aaO, S. 270f.

Kunden weiterzugeben vermag. Im übrigen trifft das von Keynes in einem anderen Zusammenhang geprägte Wort "in the long run we are all dead" auch hier zu. Die Abnehmer stehen ihrerseits ebenfalls im Wettbewerb. Daher wird ihnen die Inanspruchnahme sicherer, kurzfristiger Kostensenkungen wichtiger sein, als ihr Verzicht zugunsten in der Zukunft liegender, bzgl. Zeitpunkt und Ausmaß noch ungewisser Kostenerhöhungen.

Die Möglichkeiten der von einer aggressiven Preispolitik betroffenen Wettbewerber, durch offensive Marktstrategien in anderen Märkten, in denen sie mit dem Marktbeherrscher ebenfalls in Konkurrenz stehen, diesem derart zu schaden, daß er von seiner Strategie Abstand nimmt, erscheint auch nicht besonders realistisch. Die Marktanteile der Mitbewerber müßten so groß sein, daß sie überhaupt in nennenswertem Umfang das Preisniveau auf den jeweiligen Märkten beeinflussen könnten. Überdies müßten sie aufgrund ihrer Kapazitäten in der Lage sein, die durch die Preissenkung - bei normaler Preiselastizität - ausgelösten Nachfrageerhöhungen auch befriedigen zu können. Nur dann könnte das Verlustpreisniveau aufrechterhalten und der Marktbeherrscher dadurch geschädigt werden. Darüber hinaus müßten die Mitbewerber auch die finanzielle Kraft haben, um "an allen Fronten" kämpfen zu können. Wenn aber alle diese Bedingungen erfüllt sind, ist es sehr unwahrscheinlich, daß der Marktbeherrscher in einer Position ist, von der aus er einen Preiskrieg als erfolgreiche Strategie unter vernünftigen Gesichtspunkten erachten würde.

Auch erscheint die Gleichsetzung der Erfolgchancen von Kampfpreisstrategien mit ungleicher Finanzkraft der Rivalen als nicht zutreffend. Viel wesentlicher für den Erfolg ist

vielmehr die Situation auf den Gütermärkten mit ihren spezifischen Angebots- und Nachfragestrukturen. Die finanzielle Kraft mag ein zusätzliches Kriterium sein, ist aber nicht von ausschlaggebender Bedeutung.⁵³ Daher trifft auch der Einwand von Stigler, daß die Disziplinierung von Rivalen durch Verluste nur möglich sei, wenn diese über einen vergleichsweise schlechteren Zugang zum Kapitalmarkt verfügten, nicht den Kernpunkt des Problems.⁵⁴

b) Die Limit-Price-Theorie

Es ist insbesondere das Verdienst der Limit-Price-Theorie⁵⁵, aufgezeigt zu haben, wie Unternehmen über dem Wettbewerbsniveau liegende Preise realisieren können, ohne neuen Marktzutritt zu provozieren. Der Grund liegt darin, daß etablierte Unternehmen sich Marktzutrittsbarrieren für ihre Preisstrategie zunutze machen können. Die klassischen und am häufigsten genannten Marktzutrittsschranken sind Größensparnisse bei der Produktion, absolute Kostennachteile (z.B. durch gewerbliche Schutzrechte) und Produktdifferenzierung, die bei Newcomern große Marketing Anstrengungen erfordert.⁵⁶

Am Beispiel der mindestoptimalen Betriebsgröße läßt sich die Limit-Price-Strategie besonders sinnfällig darstellen: Bei zahlreichen Produktionstechnologien sind sogenannte Skaleneffekte von erheblicher Bedeutung. Positive

53 vgl. Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, aaO, S. 189.

54 Stigler, G.J., Imperfections in the Capital Market, J. Pol. Econ. 75 (1967) 287, 290.

55 Bain, J. S., Industrial Organization, 2. Aufl. 1968, S. 269ff.

56 vgl. Bain, J. S., Barriers to New Competition, Their Character and Consequences in Manufacturing Industries, 3. Aufl. Cambridge Mass. 1965, S. 11 ff.

Skaleneffekte liegen vor, wenn bei wachsender Ausbringungsmenge überproportionale Kostenersparnisse durch Kapazitätsgrößenvorteile, Spezialisierung oder Arbeitsteilung etc. entstehen. Die langfristige Stückkostenkurve weist in diesen Fällen einen ausgedehnten Bereich minimaler Kosten auf. Die mindestoptimale Betriebsgröße ist bei derjenigen Produktionskapazität erreicht, wo das Minimum der Stückkosten beginnt.⁵⁷ Die Bedeutung von Skaleneffekten als Marktzutrittsschranke ist um so größer, je höher der Marktanteil ist, den ein Neuling erreichen muß, um mit derselben Effizienz produzieren zu können, wie die etablierten Konkurrenten. Das etablierte Unternehmen, das die Größenvorteile vollständig ausschöpft, vermag einen höheren Preis als den Wettbewerbspreis zu verlangen und damit eine Restnachfrage unbefriedigt zu lassen. Dennoch wird sich kein Newcomer bereit finden, in den Markt einzutreten, weil die erforderliche Produktionskapazität zur Erreichung der mindestoptimalen Betriebsgröße, bei der die Skaleneffekte ausgeschöpft sind, höher ist, als die nicht befriedigte Restnachfrage.

Da der Newcomer keine Kenntnis über das Verhalten des etablierten Unternehmens im Falle seines Markteintritts hat, müssen darüber Hypothesen aufgestellt werden. Bain⁵⁸ hält es für sehr wahrscheinlich, daß der Newcomer davon ausgeht, das etablierte Unternehmen verfolge eine Limit-Price-Strategie, d.h. es würde bei seinem Markteintritt den Output konstant halten.⁵⁹ Dadurch würden die Stückpreise sinken und den Newcomer sofort in die Verlustzone treiben. Dies voraussehend, erkennt jeder potentielle Wettbewerber, daß er auf dem Markt erfolglos

57 vgl. Kaufer, E., *Industrieökonomik*, München 1980, S. 26 f.; Böbel, J., *Wettbewerb und Industriestruktur*, Berlin uaO, 1984, S. 28.

58 Bain, J. S., *Industrial Organization*, aaO, S. 264.

59 Bain, J. S., *Barriers to New Competition*, S. 98.

sein würde. Der Marktzutritt unterbleibt also, auch wenn der Newcomer gleich effizient produzieren könnte, wie das etablierte Unternehmen.

Diese Aussagen beruhen auf einem Modell von Scherer⁶⁰ und unterstellen, daß der Monopolist seine Betriebsgröße immer optimal an die Nachfrage anpaßt. Dagegen geht Williamson⁶¹ in seinem Modell davon aus, daß der Monopolist nicht erst den Marktzutritt abwartet, sondern diesen bereits bei der strategischen Wahl seiner Betriebsgröße antizipiert. Dadurch versucht das Unternehmen einen möglichst großen Spielraum zur Ausweitung der Absatzmenge im Falle eines Markteintritts zu schaffen. Die optimale Betriebsgröße schließt entsprechende Überkapazitäten ein, so daß beim Markteintritt eines Newcomer kurzfristig die Produktion in einem Maße ausgeweitet werden kann, das zum eigenen Kostenoptimum führt und dem Neuling keine Absatzmöglichkeiten mehr läßt. Jeder potentielle Wettbewerber, der die Überkapazitäten des Monopolisten erkennt, wird sich davon abschrecken lassen, in den Markt einzutreten, weil er für sich keine Gewinnchancen sieht.

Die Limit-Price-Theorie weist einige Schwächen auf:

Der Limit-price läßt sich in der Praxis nur mit großer Unsicherheit bestimmen.⁶² Dies gilt nicht nur für die Einschätzung der Marktchancen durch den Newcomer, sondern auch für das etablierte Unternehmen. Zudem kann eine derartige Strategie nur dann Erfolg haben, wenn der Markteintritt von Konkurrenten vom Preis des etablierten

60 Scherer, F., Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment, 89 Harvard Law Review, 1976, S. 869ff.

61 Williamson, O., Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis, 87 Yale Law Journal 1977, S. 284ff.

62 vgl. Simon, H., aaO, S. 42.

Produkts abhängt. Ist dies nicht der Fall, vermag der Limit-price neue Wettbewerber nicht vom Markteintritt abzuhalten. McGee wirft daher zu Recht die Frage auf, warum es in der Realität nicht nur einzelne Monopolmärkte gibt. "If limit pricing works, why did not the first member of each industry practice it from the beginning and keep everyone else out forever?"⁶³

Die Limit-Price-Theorie ist insbesondere im Hinblick auf ausgereifte Märkte entwickelt worden. Dies erklärt auch, warum dem Innovationswettbewerb wenig Bedeutung beigemessen wird. Sind die Newcomer nicht lediglich Nachahmer, sondern in der Lage, mit neuartigen Verfahren oder Produkten auf den Markt zu kommen, funktioniert das Limit-Price-Modell nicht mehr. Der Innovationswettbewerb ist geeignet, noch so hohe Marktschranken bedeutungslos werden zu lassen. Dieses Risiko muß das etablierte Unternehmen auch einkalkulieren, insbesondere dann, wenn es überlegt, ob es Überkapazitäten aufbauen soll. Diese können durch geeignete Innovationen über Nacht unbrauchbar werden. So gesehen ist es eher wahrscheinlich, daß der Monopolist seine Finanzkraft für Forschung und Entwicklung verwendet, um selbst weiterhin seine führende Stellung am Markt zu behaupten, als sie in Überkapazitäten zu binden. Insgesamt zeigt es sich, daß dem Problem der Marktschranken eine um so größere Bedeutung beigemessen wird, je weniger Zutrauen in die Wettbewerbskräfte besteht.⁶⁴

63 McGee, *Predatory Pricing Revisited*, aaO, S. 299.

64 Dies gilt generell auch für die Beurteilung der von predatory pricing ausgehenden Gefahren für den Wettbewerb, vgl. Fox, E. M., *Price Predation - U.S. and EEC: Economics and Values*, in: *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York 1990, S. 687ff.

Bei dem Modell von Williamson ist überdies zu bedenken, daß die Überkapazitäten um so größer sein müssen, je höher die mindestoptimale Betriebsgröße ist. Damit steigen aber auch die Kosten, da jenseits des Betriebsoptimums die Grenzkosten, je nach Technik, möglicherweise exponentiell steigen.⁶⁵

c) Spieltheoretische Ansätze

Die Spieltheorie beschäftigt sich mit der Analyse solcher Entscheidungssituationen, in denen die Konsequenzen der einem Entscheidungssubjekt (Spieler) zur Auswahl stehenden alternativen Strategien nicht durch zufällige Ereignisse außerhalb der Kontrolle der Entscheidenden beeinflußt werden, sondern durch die zielgerichteten Aktionen anderer Entscheidungssubjekte, die jeweils ihre eigenen Ziele verfolgen.⁶⁶ Die Spieltheorie eignet sich daher besonders, Strategien bei preispolitischen Entscheidungen darzustellen.

aa) Selten's Chain Store Paradox

Selten⁶⁷ demonstriert anhand der Spieltheorie, daß auch dann, wenn der Preisunterbieter nicht nur als ein Ein-Produkt-Unternehmen in einem Markt tätig ist - wie von McGee angenommen -, sondern in mehreren Märkten operiert, predatory pricing gleichfalls eine irrationale Strategie ist. Selten nannte das Ergebnis seiner Untersuchung das "Chain Store Paradox", weil intuitiv angenommen wird, daß sich Preisunterbietungen auszahlen, während die in sich logische Spieltheorie zu dem gegenteiligen Ergebnis kommt.

65 Darauf weisen v.a. Areeda/Turner hin, Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, aaO, S. 894.

66 vgl. Vahlens Großes Wirtschaftslexikon, Bd 2, München 1993.

67 Selten, R., The Chain Store Paradox, 9 Theory and Decision, 1978, S. 127ff.

Das von Selten entworfene Spiel dauert 20 Perioden und geht von folgenden Annahmen aus:

Spieler A hat in 20 verschiedenen Städten je eine Filiale mit identischem Warenangebot. In jeder Stadt gibt es einen kleinen Geschäftsmann, Spieler k genannt, der vor der Überlegung steht, ein Geschäft derselben Art, wie das von A betriebene zu eröffnen, oder das Kapital, das ihm als Ausstattung mitgegeben wird, in eine andere Verwendung zu lenken. Jeder der Spieler k_1 bis k_{20} wird sukzessive in jeder Periode so viel Kapital akkumuliert haben, daß er die Alternative prüft, ob er in den Markt eintritt oder nicht.

Entscheidet sich k gegen den Markteintritt, so erfreut sich A weiterhin seiner ungestörten Monopolstellung. Andernfalls hat A zwei Möglichkeiten zu reagieren. Er teilt entweder den Markt mit dem Neuling, oder er versucht, ihn durch Kampfpreise vom Markt zu verdrängen. A erhält den höchsten Erlös, wenn k jeweils vom Markt fernbleibt und einen niedrigeren, wenn sie beide in den Markt eintreten und A sich mit ihm den Markt teilt. Entscheidet sich A für eine aggressive Preispolitik, ist sein Erlös wegen der damit verbundenen hohen Kosten noch geringer. Für k dagegen ist der Erlös jeweils am höchsten, wenn A kooperiert. Für den Fall, daß A mit Preisunterbietungen reagiert, kann k das Kapital besser in einer anderen Verwendung anlegen und bleibt daher dem Markt fern.

Selten nimmt weiterhin an, daß vollkommene Information herrscht, d.h. alle Spieler kennen jeweils alle relevanten Daten. Die Spieler handeln isoliert voneinander, eine Kooperation zwischen allen oder einzelnen von ihnen ist ausgeschlossen. A hat auch nur die beiden oben beschriebenen Alternativen, ihm

steht nicht die Möglichkeit zur Verfügung, die Wettbewerber aufzukaufen.

Es ist klar, daß A nicht in der Lage sein wird, den gesamten Monopolgewinn zu realisieren, da er zumindest in einem Markt mit Kampfpreisen reagieren muß, um potentielle Wettbewerber abzuschrecken. Möglicherweise bedarf es aber weiterer derartiger Aktionen auch in weiteren Märkten, bis der Ruf, ein aggressives Unternehmen zu sein, gefestigt ist und eine anhaltende abschreckende Wirkung erzielt wird.

Diese Überlegungen können A jedoch nicht zu einer Gewinnmaximierung verhelfen, weil alle Spieler über vollkommene Information verfügen. Den potentiellen Wettbewerbern ist daher auch bekannt, daß es bei ihrem Markteintritt für A günstiger ist, zu kooperieren als sie zu bekämpfen. Eine Abschreckungswirkung kann von preisunterbietendem Verhalten in diesem Modell mithin nicht ausgehen. Im Ergebnis werden daher in den Perioden 1 bis 20 sukzessive alle k_1 bis k_{20} in den Markt eintreten und A wird die Kooperationslösung wählen. Predatory pricing ist irrational und kommt daher nicht vor.

Selten erzielt insofern mit seinem Modell einen über McGee's Aussagen hinausgehenden Informationsgehalt, als er von der restriktiven Annahme eines Ein-Produkt-Unternehmens abrückt. Beide Modelle sind jedoch durch die realitätsferne Annahme vollkommener Information gekennzeichnet. Die auf Selten's Spieltheorie aufbauenden kritischen Ausführungen Easterbrook's⁶⁸ zur Frage der Abschreckungswirkung von Kampfpreisstrategien sind daher ebenfalls vorsichtig zu beurteilen. Easterbrook ist der Ansicht, daß ein in mehreren

68 Easterbrook, F. H., aaO, S. 263, 282ff.

Märkten tätiger Preisunterbieter keine Möglichkeit hat, durch eine entsprechende Vorgehensweise in einem Markt einen abschreckenden Ruf im übrigen aufzubauen. Die potentiellen Wettbewerber würden in der Lage sein, die Drohung zu durchschauen, denn sie wüßten, daß der Preisunterbieter höhere Gewinne macht, wenn er die Märkte mit den neuen Wettbewerbern teilt. Gerade über dieses Wissen verfügen die Wettbewerber in der Realität nicht. Die Ungewißheit kann predatory pricing zu einer rationalen Strategie machen.

bb) Ansätze, die den Nachweis der Rationalität von predatory pricing erbringen

Selten's spieltheoretischer Ansatz war der Ausgangspunkt der Arbeiten von Milgrom/Roberts⁶⁹ und Kreps/Wilson⁷⁰, die erstmals die Annahme unvollkommener Information in ihre Modelle aufnahmen. Potentielle Wettbewerber können nicht einschätzen, ob die Preise des etablierten Unternehmens Kampfpreise oder Wettbewerbspreise sind. Die Unsicherheit über die wahre Natur der Preise ist der ausschlaggebende Faktor, welcher der Kampfpreisstrategie zum Erfolg verhelfen kann. In dem Modell sieht sich der potentielle Wettbewerber einem etablierten Unternehmen gegenüber, das entweder ein fanatischer Preisunterbieter oder ein ebenso fanatischer Pazifist ist. Das etablierte Unternehmen wird sich dem Modell gemäß für Preisunterbietung entscheiden, um einen entsprechenden Ruf aufzubauen, weil andernfalls der potentielle Wettbewerber davon ausgeht, daß er zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr mit predatory pricing rechnen muß. Überdies ist das Modell -

69 Milgrom, P., Roberts, J., Predation and Entry Deterrence, 27 Journal of Economic Theory, 1982, S. 280ff.

70 Kreps, D., Wilson, R., Reputation and Imperfect Information, 27 Journal of Economic Theory, 1982, S. 253ff.

wie auch dasjenige von Selten - auf sukzessive Markteintritte beschränkt, so daß der gleichzeitige Markteintritt mehrerer in demselben Markt oder in verschiedenen Märkten nicht erklärt werden kann. Darüber hinaus sieht das Modell nur Angreifer vor, die, wenn sie einmal predatory pricing durchgeführt haben, dies immerzu tun müssen. Trotz dieser sehr restriktiven Modellannahmen ist es Milgrom und Roberts gelungen, den theoretischen Nachweis zu führen, daß es etablierten Unternehmen möglich ist, auf einem Markt Kampfpreise einzusetzen, um einen anderen Markt zu schützen. Darin besteht auch die zentrale Aussage des Modells.

Schließlich haben Easley, Masson und Reynolds⁷¹ es geschafft, in einem komplexen Modell die realitätsfernen Annahmen von Milgrom und Roberts zu lockern. Im Ergebnis zeigt das Modell folgende Zusammenhänge auf:

Das in den Markt eintretende Unternehmen sieht sich einer Preispolitik des bereits etablierten Wettbewerbers gegenüber, die entweder verdrängenden Charakter haben kann, oder aber das Ergebnis normalen Wettbewerbs sein kann. Daher kann sich der Neuling nicht sicher sein, ob für ihn bei Vorherrschen normalen Wettbewerbs in dem betreffenden Markt ausreichend Nachfrage vorhanden wäre. Durch Preisreduktionen kann der auf mehreren Märkten tätige Monopolist aufgrund dieser Unsicherheit den Eindruck erwecken, als seien für potentielle Wettbewerber keine Chancen gegeben, sich in dem Markt erfolgreich zu etablieren, während dies tatsächlich unter normalen Wettbewerbsbedingungen der Fall wäre.

71 Easley, D., Masson, R. T., Reynolds, R. J., Preying for Time, aaO.

Easley et al. haben auch die restriktiven Annahmen sukzessiven Markteintritts gelockert.⁷² Nunmehr ist der Markteintritt gleichzeitig in mehrere vom Monopolisten beherrschten Märkte gestattet. Überdies steht dem Monopolisten die Alternative offen, die Preise zu unterbieten, nicht allein um Markteintritt zu verhindern, sondern auch um diesen lediglich hinauszuzögern. Die pathologischen Verhaltensweisen des etablierten Unternehmens im Milgrom/Roberts-Modell wurden ebenfalls aufgegeben. Der Preisunterbieter kann nach ein bis zwei Perioden die Kampfpreisstrategie beenden.

Easley et al. kommen damit zu dem Ergebnis, daß predatory pricing eine durchaus verbreitete Verdrängungsstrategie sein kann, die auch vorgenommen wird, um nur den Markteintritt von Wettbewerbern bei geringen Markteintrittsbarrieren zu verzögern. Allein, den Nachweis hierfür zu führen halten die Autoren für außerordentlich schwierig, da der Anreiz für predatory pricing und sein Erfolg um so größer ist, je wahrscheinlicher es aufgrund der konkreten Marktverhältnisse ist, daß sich der Kampfpreisunterbieter sicher sein kann, nicht entdeckt zu werden.

72 dies., aaO, S. 447.

3. Wettbewerbspolitische Lösungsvorschläge

a) Einführung

Mit der theoretischen Beurteilung von Kampfpreisen korrespondieren die jeweiligen wettbewerbspolitischen Vorschläge. McGee, Bork und Easterbrook ziehen aus ihrer Einschätzung, daß Kampfpreisstrategien irrational sind, die Schlußfolgerung, daß wettbewerbspolitisches Eingreifen eher schädlich sei. Die Gefahr, wettbewerbliche Strukturen falsch zu interpretieren und damit wirksamen Preiswettbewerb zu unterbinden, sei viel zu groß im Vergleich zu der geringen Anzahl von predatory pricing. Daher raten diese Autoren auch von einer aktiven Wettbewerbspolitik in dieser Frage ab.

Diejenigen Autoren, die predatory pricing als eine rationale Strategie einschätzen, diskutieren verschiedene Möglichkeiten, solches Verhalten überhaupt zu erkennen und unterschiedliche Handlungsalternativen, wie Kampfpreisstrategien unterbunden werden sollen. Zwei grundsätzliche Richtungen können dabei eingeschlagen werden: Entweder werden per se Regeln aufgestellt, wonach eine strikte Preisgrenze gezogen wird, ab der predatory pricing vorliegt, oder es wird eine rule of reason vorgezogen, die die Beurteilung jedes Einzelfalles unter Einbeziehung aller Umstände ermöglicht. Großen Einfluß auf die amerikanische - und neuerdings auch auf die europäische Rechtsprechung - haben Areeda und Turner - mit ihrer als per se Regel formulierten - Preis-Grenzkosten-Regel genommen. Im amerikanischen Recht kann man sogar von einer dadurch ausgelösten Wende in der Rechtsprechung sprechen.⁷³

73 Gifford, D. J., Predatory pricing analysis in the Supreme Court, in: The Antitrust Bulletin/Summer 1994, S. 431, 433. Mueller, D.C., Das Antitrustrecht der Vereinigten Staaten am Scheideweg, in: WuW 1986, 533, 536.

Die Popularität der Areeda/Turner-Regel ist wohl darauf zurückzuführen, daß sie die lang erhoffte, objektive und auf alle Rechtsfälle gleichermaßen anwendbare und daher justiziable Formel zu sein schien. Die fragwürdige theoretische Fundierung und vor allem die praktischen Probleme führten in den Vereinigten Staaten jedoch zu einer gewissen Ernüchterung. In der theoretischen Diskussion sind daher alternative Kostenregeln aufgestellt worden. Am weitesten geht dabei der auf der Limit-Price-Theorie basierende Vorschlag, auch Preisgestaltungen des Marktbeherrschers, die zwar über seinem Vollkostenniveau liegen, aber den Marktzutritt verhindern, als wettbewerbswidrig einzustufen.

Wie im letzten Kapitel⁷⁴ gezeigt wurde, ist die theoretische Fundierung zwischenzeitlich, insbesondere durch die Ansätze von Easley, Masson und Reynolds, einige Schritte weitergekommen. Die daraus zu ziehenden Schlußfolgerungen für wirtschaftspolitische Lösungsansätze legen eher eine Gesamtanalyse nahe, wobei der Anwendung von Kostenregeln kein oder jedenfalls ein nur noch indizieller Stellenwert beigemessen wird.⁷⁵

Auch in die Rechtsprechung der europäischen Gerichte hat der kostenorientierte Ansatz von Areeda und Turner Eingang gefunden. Der Europäische Gerichtshof ließ sich von den in den USA gemachten Erfahrungen mit reinen Kostenregeln und der daraus gebotenen Vorsicht im Umgang mit diesen nicht beeindrucken. Die Kommission rückte dagegen die Bedeutung strategischer Überlegungen in den Vordergrund und zog dabei auch die Möglichkeit in Betracht, über den Vollkosten liegende

74 vgl. S. 34f.

75 insbes. Philips, L., Predatory Pricing, aaO, S. 6 will kostentheoretische

Preise als Mißbrauch im Sinne des Art. 82 EG anzusehen, wenn dadurch der Marktzutritt verhindert oder erschwert wird. Die besondere Stellung der EU Kartellvorschriften als Integrationsinstrument spielten bei dieser Einschätzung eine erhebliche Rolle.

b) Kostenorientierte Ansätze

aa) Die kurzfristige kostenorientierte Regel von Areeda/Turner

Areeda und Turner⁷⁶ haben in ihrem ersten Aufsatz von 1975 versucht, objektive Kriterien für die Unterscheidung wettbewerbswidriger von wettbewerbsgemäßen Preisen anhand von Preis-Kosten-Relationen aufzustellen. Im Verlauf der dadurch ausgelösten, umfassenden Diskussion, änderten Areeda/Turner ihre ursprünglichen Ergebnisse etwas. Diese spätere Fassung wird der vorliegenden Darstellung zugrunde gelegt.⁷⁷

Areeda und Turner fordern, die kurzfristigen Grenzkosten als Preisuntergrenze für Monopolunternehmen anzusetzen. Preise, die darüber liegen, sind wettbewerbsgemäß, diejenigen unterhalb dieser Schwelle sind wettbewerbswidrige Kampfpreise. Zu diesem Ergebnis kommen die beiden Autoren, indem sie Preise und Ausbringungsmengen im Gewinnmaximum eines Monopolisten und eines Mengenanpassers bei vollkommener Konkurrenz vergleichen. Der Monopolist sieht sich einer fallenden Nachfragekurve

Überlegungen gänzlich außer Betracht lassen.

76 Areeda, P., Turner, D., *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, aaO, S. 697ff.

77 Areeda, P., Turner, D., *Antitrust Law*, vol. III, Boston, Toronto, 1978, S. 150 - 186.

gegenüber und ist in der Lage, seine Angebotsmenge zu variieren. Die Bedingung für seine gewinnmaximale Ausbringungsmenge lautet Grenzerlös gleich Grenzkosten. Dagegen maximiert ein Unternehmen unter den Bedingungen vollkommener Konkurrenz seinen Gewinn, wenn der Preis gleich den Grenzkosten ist.

Ein Vergleich beider Gleichgewichtspunkte zeigt einen Wohlfahrtsverlust im Fall des Monopols, der dadurch verursacht wird, daß der Monopolist über dem Wettbewerbspreis anbietet und daher nur einen Teil derjenigen Nachfrage befriedigt, die unter den Bedingungen der vollkommenen Konkurrenz auf dem Niveau des Wettbewerbspreises zum Zuge gekommen wäre. Die Bedingung Preis gleich Grenzkosten sorgt mithin für eine optimale Ressourcenallokation dergestalt, daß die Kriterien des Pareto-Optimums erfüllt sind: Keiner der Marktteilnehmer kann sich verbessern, ohne daß sich nicht gleichzeitig ein anderer verschlechtern würde.⁷⁸

Daraus ziehen Areeda und Turner den Schluß, daß Monopolisten dazu angehalten werden sollten, die Preise in Höhe der Grenzkosten zu setzen. Gleichzeitig wird diese Grenze als Preisuntergrenze genannt, da sie eine optimale Ressourcenallokation gewährleistet. Unterhalb dieser Grenze würde der Anbieter Verluste machen, was mit einer Ressourcenverschwendung gleichzusetzen ist. Die in der Verlustzone eingesetzten Ressourcen könnten in einer anderen Verwendung gewinnbringend eingesetzt werden.

78 Sohmen, E., Allokationstheorie und Wirtschaftspolitik, Tübingen 1976, S. 68ff.

Da Grenzkosten nur eine theoretische Größe sind, die als solche in der betrieblichen Kostenrechnung nicht darstellbar ist, haben Areeda und Turner für die praktische Anwendung der Grenzkosten-Regel die Grenzkosten mit den durchschnittlichen variablen Kosten gleichgesetzt. Dahinter stehen folgende Überlegungen: Grenzkosten sind diejenigen Kosten, die bei der Produktion einer zusätzlichen Einheit entstehen. Die Grenzkosten sind also eine Funktion der variablen Kosten, da sie sich mit der Veränderung der Ausbringungsmenge ändern.⁷⁹ Unabhängig davon verhalten sich dagegen Fixkosten. Diese entstehen immer, auch bei einer Ausbringungsmenge von Null.

Würde der Monopolist unter den Grenzkosten, die aus Praktikabilitätsüberlegungen mit den variablen Kosten gleichgesetzt werden, anbieten, wäre nicht nur kein Anteil an den ohnehin bestehenden Fixkosten verdient, sondern mit jeder zusätzlich produzierten Einheit ein zusätzlicher Verlust in Höhe der Differenz zwischen den zusätzlichen Kosten und dem erzielten Preis zu verzeichnen. Die Produktionsmittel wären mithin ineffizient eingesetzt. Der Verlust könnte minimiert werden, wenn der Marktbeherrscher auf zusätzliche Ausbringungsmengen verzichten würde. Daher halten Areeda und Turner eine solche Preisgestaltung für wettbewerbswidrig.

Auch die Preisspanne zwischen den durchschnittlichen Vollkosten und den variablen Durchschnittskosten erörtern Areeda und Turner.⁸⁰ Die Trennlinie der durchschnittlichen Vollkosten hat nur insofern Bedeutung, als Preise, die darüber liegen nicht als Kampfpreise einzustufen sind, und soweit sie

79 Verhalten sich die variablen Kosten proportional zum Output, sind die Grenzkosten bei jedem Output gleich den variablen Kosten. Sonst liegen die Grenzkosten unter oder über den variablen Kosten. Vgl. unten S. 41f.

80 Areeda, P., Turner, D., Antitrust Law, aaO, S. 154.

unter den durchschnittlichen Vollkosten, aber noch über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, kommt der Preisgestaltung lediglich eine indizielle Bedeutung zu. Dies erklären Areeda und Turner damit, daß Unternehmen häufig aufgrund von Nachfrageschwankungen oder sonstigen Marktgegebenheiten unter die Vollkosten rutschen. Dadurch entstehen zwar Verluste, diese geht der Unternehmer aber nicht freiwillig, sondern aufgrund außerhalb seiner Einflußsphäre liegender Umstände ein.

bb) Langfristige kostenorientierte Ansätze

Posner definiert als predatory pricing Preise, die solchermaßen kalkuliert sind, daß ein gleich oder in höherem Maße effizienter Wettbewerber vom Markt ausgeschlossen wird.⁸¹ Er schlägt daher vor, den Verkauf unter den kurzfristigen Grenzkosten und den Verkauf unter den langfristigen Grenzkosten dann, wenn die Absicht besteht, einen Wettbewerber auszuschließen, als Kampfpreise einzustufen. Die kurzfristigen Grenzkosten liegen nach Posner in der Regel unter den langfristigen Grenzkosten, denn viele Kosten, die auf längere Sicht gesehen mit der Ausbringungsmenge variieren, sind kurzfristig davon unabhängig (fix). Dies trifft z. B. auf Miete, Kapitalkosten und Abschreibung zu.⁸² Aus Gründen der leichteren Meßbarkeit will Posner allerdings ebenfalls auf die durchschnittlichen Kosten des Unternehmens, so, wie sie sich aus der betrieblichen Kostenrechnung ergeben, zurückgreifen. Dieser Maßstab eignet sich jedoch nicht für die Umsetzung seiner theoretischen

81 Posner, R., *Antitrust Law, An Economic Perspective*, Chicago & London 1976, S. 188.

82 ders., aaO, S. 191ff. Diese Aussage wurde insbesondere von Williamson, *Predatory Pricing*, aaO., S. 322 und von McGee (1980), aaO, S. 301 in ihrer Richtigkeit angezweifelt. Diese Kontroverse kann hier jedoch unberücksichtigt bleiben, weil Posner ohnehin für die vorliegend allein interessierende praktische Anwendung auf die Durchschnittskosten rekurriert.

Überlegungen. Posner betont die Notwendigkeit, die langfristigen Grenzkosten zu berücksichtigen, was eine Prognose über die zukünftigen Auswirkungen des Kampfpriisverhaltens erfordern würde. Die sich aus der betrieblichen Kostenrechnung ergebenden Durchschnittskosten sind dagegen vergangenheitsbezogen. Ein Fortschritt wird damit gegenüber der Areeda/Turner Regel also nicht erzielt.⁸³

cc) Kritik an den kostenorientierten Ansätzen

aaa) Kritik an den theoretischen Grundlagen des Modells

Dem Kosteneffizienzkriterium liegt das Modell der neoklassischen, statischen Preistheorie zugrunde, das eine Gleichgewichtsanalyse unter den Bedingungen vollkommener Konkurrenz zum Gegenstand hat. Es beschreibt einen Zustand optimaler Ressourcenallokation, der über wettbewerbliche Prozesse nichts auszusagen vermag. In diesem Zustand ist der Wettbewerb aufgrund der optimalen Verteilung der Ressourcen zum Erliegen gekommen. Wie Möschel⁸⁴ zutreffend ausführt, kommt das Beurteilen wettbewerblicher Vorgänge an dem Ergebnis des Modells vollkommener Konkurrenz einer Als-ob-Konzeption gleich. Der Maßstab des Verhaltens eines Mengenanpassers wird damit dem marktmächtigen Unternehmen vorgegeben, das sich von jenem gerade dadurch unterscheidet, daß es in der Lage ist, die Preise mit seinem Marktverhalten zu beeinflussen. Aufgrund der Statik des

83 ders., aaO, S. 192. Posner erkennt selbst diese Schwäche und will daher die Differenz zwischen den vergangenheitsbezogenen Bilanzgrößen und der zukunftsorientierten Kostenentwicklung durch Schätzung der zusätzlich angefallenen overhead-Kosten schließen. Eine aussagekräftige Prognose ist allerdings auch damit nicht verbunden.

84 Möschel, W., Die Idee der rule of law und das Kartellrecht heute, aaO, S. 305.

Modells können die strategischen Überlegungen, die predatory pricing wesentlich bestimmen, nicht berücksichtigt werden.

Die Grenz- bzw. Durchschnittskosten-Regel von Areeda und Turner zeigt überdies sowohl theoretische Schwächen als auch praktische Schwierigkeiten bei der rechtlichen Beurteilung von Kostenrechnungsfragen.

- (1) Die Annahme, daß die Grenzkosten annäherungsweise den durchschnittlichen variablen Kosten entsprechen und daher als Substitut für die Rechtsanwendung dienen können, trifft nur für den Fall der Normalauslastung zu. Die Grenzkosten können sowohl niedriger als auch höher als die jeweiligen durchschnittlichen variablen Kosten sein. Im ersteren Fall kann der Monopolist seine Kapazitäten nicht voll auslasten. Es bestehen Überkapazitäten, die z. B. durch einen Nachfragerückgang entstanden sind. Das führt dazu, daß gleich effiziente Unternehmen vom Markt verdrängt werden bzw. ihr Marktzutritt verhindert wird. Dieses Ergebnis ist nach Areeda und Turner erwünscht, weil durch die schlechte Auslastung Ressourcen verschwendet werden. Es bleiben aufgrund der Durchschnittskosten-Regel nur diejenigen Unternehmen im Markt, deren Kosten niedriger sind, als die Grenzkosten des Monopolisten. Die mit der Verdrängung der Wettbewerber möglicherweise eintretende Verringerung der Wettbewerbsintensität sei im Vergleich zu dem Konsumentenvorteil aufgrund der niedrigeren Preise nicht ausschlaggebend. Die Richtigkeit dieser Hypothese ist über die Zeit gesehen zumindest zweifelhaft, da eine nachlassende Wettbewerbsintensität Preiserhöhungen zur Folge haben

könnte, die zu einem über dem Wettbewerbspreis liegenden Preis führten. Damit wären unerwünschte Wohlfahrtsverluste verbunden.

- (2) Der zweite Fall beschreibt den Bereich überoptimaler Ausnutzung der bestehenden Kapazitäten. In dieser Konstellation würde die Anwendung der Grenzkostenregel bedeuten, daß ein höheres Preisniveau vorgeschrieben würde, als tatsächlich zur Deckung der Durchschnittskosten erforderlich wäre. Areeda und Turner räumen ein, daß die erstrebte optimale Ressourcenallokation durch die Anwendung der Durchschnittskosten-Regel gerade nicht erreicht würde. Daher soll in diesem Fall die Vermutung, daß die niedrigeren Preise rechtswidrige Kampfpreise darstellen, ausnahmsweise widerlegbar sein.⁸⁵

Abgesehen davon, daß die Gleichsetzung von Grenzkosten und Durchschnittskosten nur für den Kostenverlauf bei Normalauslastung zutrifft, sind auch noch weitere Bedenken gerade im Zusammenhang mit Über- und Unterauslastungen von Kapazitäten vorgebracht worden. Insbesondere von den Vertretern der Limit-Price-Theorie wurde kritisiert, daß die Areeda/Turner-Regel nur eine kurzfristige Analyse einbeziehe und strategische Aspekte unternehmerischen Verhaltens sowie das Abschreckungspotential monopolistischer Unternehmen außer acht lasse.⁸⁶

85 Areeda, P., Turner, D., Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, aaO, S. 718.

86 Scherer, F., A Comment, aaO, S. 883 – 886; Williamson, O. E., Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis, aaO, S. 306 – 310.

bbb) Probleme bei der praktischen Umsetzung

Alle kostenorientierten Regeln werfen gleichermaßen große Probleme bei der praktischen Anwendung auf. Wie umfangreich der Aufwand sein kann und welche zweifelhaften Ergebnisse trotzdem nur erzielt werden, möge der berühmte Standard Oil of India Fall⁸⁷ illustrieren. In diesem Fall ging es unter anderem um das Problem relativer Kostendifferenzen. Standard Oil hatte einem Großhändler einen Preisnachlaß in Höhe von 0,5 cts je Gallone Benzin eingeräumt. Zu klären war die Frage, ob darin eine Preisdiskriminierung lag, die durch Kostendifferenzen aus Einsparungen im Absatz an einen Großabnehmer gerechtfertigt war.⁸⁸

Ein Stab der Federal Trade Commission prüfte einige Monate lang Standards Kostenrechnung und verfaßte darüber einen 133-seitigen Bericht. Standard selbst behandelte die Kostenfrage auf 2300 Seiten (von insgesamt 8057 Seiten). Der Anwalt Standards nahm den Untersuchungsleiter der Federal Trade Commission 13 Tage lang zum Problem der Kostenermittlung ins Kreuzverhör. Nach fast 17 Monaten und 77 Tagen Anhörung war dieser Teil der Untersuchung abgeschlossen. Der Vertreter Standard Oils konstatierte: "...nachdem ich alle Aussagen gehört und sorgfältig analysiert habe, und nachdem ich die buchhalterischen Probleme untersucht habe, die sich in diesem Fall aus der Frage der Übereinstimmung (des Begriffs "cost justification") mit den verschiedenen Interpretationen des Wortes "Kosten" ergaben, weiß ich einfach nicht, wie ich meiner Unternehmensleitung versichern kann, daß eine bestimmte Preisdifferenz mit den Forderungen des Gesetzes (...) übereinstimmt oder nicht."⁸⁹

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

88 vgl. die Darstellung bei Käufer, E., Industrieökonomie, aaO, S. 209f.

Die Frage, warum die Kostenermittlung derartige Schwierigkeiten aufwirft, kann erst aufgrund entsprechender Kenntnisse über die Kostenrechnungssysteme beantwortet werden. Daher soll zunächst ein kurzer Überblick über die Methoden der betrieblichen Kostenrechnung die Einsicht in die Problematik erleichtern. Es wird sich daran zeigen, daß die theoretisch einfach klingende Regel in der Praxis diese Vorzüge nicht aufweist. Eine Vergleichbarkeit und Objektivität der Sachverhalte wird vorgespiegelt, die in Wirklichkeit nicht gegeben ist.

(1) Die Vollkostenrechnung

Man unterscheidet zwei grundsätzlich verschiedene Kostenrechnungssysteme. Die Vollkostenrechnung und die Teilkosten- bzw. Deckungsbeitragsrechnung. Diese unterscheiden sich nur in der Verrechnung, nicht hinsichtlich der Erfassung aller Kosten. Die Vollkostenrechnung ist das herkömmliche Kostenrechnungssystem, das primär zum Zweck der Preiskalkulation (für die Ermittlung der Selbstkostenpreise) entwickelt wurde. Bei diesem Verfahren werden zunächst sämtliche in dem Unternehmen angefallenen Kostenarten erfaßt. Kostenarten sind z. B. Personal- oder Materialkosten. Diese Kostenarten werden in einem zweiten Schritt auf Kostenstellen verteilt. Kostenstellen sind funktional, organisatorisch oder durch andere Kriterien voneinander abgegrenzte Teilbereiche eines Unternehmens, z. B. Einkauf, Fertigung, Vertrieb (dies wäre eine funktionale Einteilung). Die Kostenstellen sind in der Praxis teilweise sehr tief gegliedert und müssen über Verteilungsschlüssel den Hauptkostenstellen zugerechnet werden. In einem dritten Schritt werden die Kosten

der Hauptkostenstellen auf die einzelnen Kostenträger wiederum über eine entsprechende Gemeinkostenschlüsselung verteilt.

Die Gemeinkostenschlüsselung ist erforderlich, weil es nicht nur Kosten gibt, die unmittelbar und eindeutig für einen Kostenträger anfallen, sondern auch solche, die keinen Bezug zu einzelnen Leistungseinheiten haben. Diese Gemeinkosten können nur über einen mehrstufigen Verrechnungsprozess so lange aufgeteilt werden, bis ein anteiliger Kostenbetrag bestimmt ist, der nach Ansicht des Kostenrechners auf den einzelnen Kostenträger entfallen soll. Schlüsselung von Gemeinkosten bedeutet also, daß ein exakt nur für eine Gesamtmenge erfaßbarer bzw. meßbarer Kostenbetrag rein rechnerisch, somit also fiktiv, auf Kostenträger verteilt wird.⁹⁰

Die jeweilige Wahl des Schlüssels hängt von der unternehmerischen Entscheidung ab. Es gibt z.B. Zeit-, Mengen-, Wert-, Arbeitskräfteschlüssel. An einem kleinen Beispiel läßt sich sehr anschaulich zeigen, daß ohne Willkür unterschiedliche Schlüssel angewendet werden können, die zu sehr verschiedenen Ergebnissen führen.⁹¹ Betreut ein Meister zwei Fertigungsabteilungen, so kann man sein Gehalt anteilig auf beide Abteilungen verteilen wollen. Dazu bietet es sich an, entweder einen Zeitschlüssel oder einen Arbeitskräfteschlüssel zu verwenden. Entscheidet man sich für die Anwendung eines Zeitschlüssels, wird die Anzahl der jeweils für die Abteilung gearbeiteten Stunden des Meisters zugrunde gelegt. Beim Arbeitskräfteschlüssel wird dagegen die Zahl der in einer Abteilung beschäftigten Mitarbeiter für die Aufteilung des Meistergehalts herangezogen. Es liegt auf der Hand, daß je

90 Hummel, S., Männel, W., Kostenrechnung Bd 1, 4. Aufl., Wiesbaden 1986, S. 53.

nach Schlüsselung u.U. ganz verschiedene Eindrücke von der Wirtschaftlichkeit der betrachteten Kostenstellen vermittelt werden, ohne daß gesagt werden könnte, die eine oder andere Zurechnungsmethode sei richtig oder falsch.

Die Vollkostenrechnung überwälzt sämtliche angefallenen Kosten auf die Endprodukteinheiten; den Leistungen werden die vollen Kosten gegenübergestellt. Eine Unterscheidung zwischen variablen und fixen Kosten wird mithin nicht getroffen. Ziel der Vollkostenrechnung ist es, eine Antwort auf die Frage: "Was kostet die Leistungseinheit, das Stück, der Auftrag?" zu geben. Auf diese einfache Frage, die bei Anwendung einer kostenorientierten Regel bei Preisunterbietungen ebenfalls zu beantworten wäre, gibt es jedoch wegen der unterschiedlichen Möglichkeiten der Gemeinkostenzurechnung keine eindeutige, objektiv richtige Antwort. Die als Ergebnis der Kostenträgerrechnung bezifferten Stückkosten enthalten zugeschlüsselte Kosten, die überhaupt nicht von der erstellten Leistungsmenge abhängen.

Für die Areeda/Turner-Regel liefert die Vollkostenrechnung nicht die erforderlichen Daten, weil sie variable und fixe Kosten nicht getrennt ausweist. Mit dieser Rechnung läßt sich allein die Grenze bestimmen, ab der die vollen Kosten eines Produktes gedeckt sind, wobei jedoch immer die Einschränkung zu beachten ist, daß diese vollen Kosten zu einem nicht unerheblichen Teil zugeschlüsselte Gemeinkosten enthalten.

(2) Das direct costing

Insbesondere wegen der Gemeinkostenproblematik eignet sich die Vollkostenrechnung nicht als Grundlage für die Preispolitik eines Betriebes. Bei den neueren Kostenrechnungssystemen werden den verschiedenen Kalkulationsobjekten daher nur noch Teile der betrieblichen Gesamtkosten zugerechnet. Je nach Rechnungsverfahren sind dies die variablen oder Einzelkosten, die sich direkt für ein Kalkulationsobjekt erfassen lassen. Von den zahlreichen neueren Kostenrechnungsverfahren wird vorliegend nur die Methode des direct costing in ihrer Grundform erläutert. Das direct costing wurde in den USA zwischen 1959 und 1969 entwickelt und fand dort weite Verbreitung. Areeda und Turner scheinen dieses Kostenrechnungssystem ihren Überlegungen zugrunde gelegt zu haben, denn beim direct costing werden - wie von Areeda/Turner vorgeschlagen - auf die Produkte diejenigen Kosten weiterverrechnet, die direkt mit der Beschäftigung des Betriebes variieren (beschäftigungsvariable Kosten).⁹² In Deutschland wurden insbesondere die Fixkostendeckungsrechnung⁹³ und die Einzelkosten- und Deckungsbeitragsrechnung⁹⁴ entwickelt, die unter anderem durch Aufspaltung des Fixkostenblocks eine genauere Kostenzurechnung zu erreichen versuchen.

Das direct costing betrachtet nicht allein die Kostenseite, sondern setzt diese in Beziehung zum Erlös und ermöglicht

92 Die Bezeichnung "direct" bezieht sich nicht auf das Verfahren der Zurechnung, sondern auf die Beziehung zwischen Kostenänderungen und Beschäftigungsänderung. Direkte Kosten in diesem Sinne sind also keine Einzelkosten. Auch die variablen Fertigungsgemeinkosten und die variablen Materialgemeinkosten sind demnach "direkte" Kosten.

93 vgl. Agthe, K., Stufenweise Fixkostendeckung im System des Direct Costing, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft, 29. Jg., 1959, S. 404ff; Mellerowicz, K., Neuzeitliche Kalkulationsverfahren, Freiburg 1966.

94 vgl. vor allem Riebel, P., Einzelkosten- und Deckungsbeitragsrechnung, 3., erweiterte Aufl., Wiesbaden 1979. Ausführliche Darstellung der verschiedenen Kostenrechnungssysteme in: Hummel, S., Männel, W., Kostenrechnung Bd 2, 3. Aufl., Wiesbaden 1983.

damit eine Analyse des Erfolges. Rechnerisch werden den Erlösen nur die variablen Selbstkosten der abgesetzten Leistungen gegenübergestellt. Die Fixkosten dagegen werden nicht den Kostenträgern zugeordnet, sondern erscheinen global als Fixkostenblock. Der Deckungsbeitrag je Kostenträger ergibt sich aus der Differenz zwischen den variablen Kosten und dem Erlös. Er zeigt an, wieviel jeder Kostenträger zur Deckung des Fixkostenblocks beiträgt.

Bei allen neueren Kostenrechnungssystemen wird die Frage, was eine Einheit kostet, nicht mehr gestellt. Es wird vielmehr gefragt, wie groß der Deckungsbeitrag des einzelnen Produkts ist. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, daß nicht die Kostendeckung eines jeden einzelnen Produkts für den Erfolg des Unternehmens entscheidend ist, sondern allein die volle Deckung der Gesamtkosten. Daher kann es auch eine durchaus vernünftige und kaufmännisch sinnvolle Entscheidung sein, ein Produkt, das zwar nur unter Inkaufnahme von Verlusten angeboten werden kann, aber noch einen positiven Deckungsbeitrag erbringt, weiterhin zu produzieren. Erzeugt ein Betrieb beispielsweise 10 Produktarten und erzielt er mit 9 Produktarten einen Gewinn von 1.000 DM, während durch den Absatz der 10. Produktart ein Verlust von 200 DM entsteht, so daß der Gewinn nur 800 DM beträgt, so wäre es falsch anzunehmen, daß durch die Einstellung der Produktion der 10. Produktart der Verlust von 200 DM vermieden und folglich ein Gesamtgewinn von 1.000 DM entstehen würde, wenn die Gesamtkosten der 10. Produktart von z. B. 900 DM sich aus fixen Kosten von 300 DM und variablen Kosten von 600 DM zusammensetzen. Durch Einstellung der Erzeugung dieser Produktart könnten nur die variablen Kosten eingespart werden, die fixen Kosten dagegen müßten durch die anderen 9 Produktarten gedeckt werden, so daß der Gesamtgewinn nicht

1.000 DM, sondern nur 700 DM, also weniger betragen würde, als wenn die Verlustproduktion der 10. Produktart fortgesetzt würde.⁹⁵

Mit der grundsätzlichen Aufteilung der Gesamtkosten in deren variable und fixe Bestandteile liefert die direct costing Methode die für die Areeda/Turner-Regel relevanten Kostengrößen. Allerdings ist auch die Deckungsbeitragsrechnung mit Ungenauigkeiten behaftet und kommt ebenfalls nicht ohne unternehmerische Ermessensentscheidung aus. Das bedeutet, daß damit auch nicht die erhofften objektiven Kostendaten geliefert werden können. Schwierigkeiten ergeben sich vor allem bei solchen Kostenarten, die sowohl fixe als auch variable Bestandteile haben. Zudem besteht das Problem, daß variable Kosten nicht immer auch Einzelkosten sind, also einem Produkt unmittelbar zugerechnet werden können. Insbesondere bei der Kuppelproduktion fallen variable Gemeinkosten an, so daß auch hier wieder eine Schlüsselung erforderlich wird.

Die Einzelheiten zur Frage der Abgrenzung fixer und variabler Kosten werden in Kapitel V der Arbeit im Rahmen der Erörterung des AKZO Falles ausführlich behandelt.⁹⁶

ccc) Die Vernachlässigung der wesentlichen
Preisbildungsfaktoren

Die Areeda/Turner-Regel fordert von den Unternehmen eine kostengerechte Preispolitik zu betreiben. Diese Forderung gleicht der Verpflichtung eines Autofahrers, mit Hilfe des Rückspiegels zu fahren.⁹⁷ Sie unterstellt einen falschen

95 Bsp. aus Wöhe, G., Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 18. Aufl., München 1993, S. 1195f.

96 vgl. unten S. 125ff.

97 Giersch, H., in: Wirtschaftswoche vom 29.2.1980, zit. nach Mestmäcker, E.-

Ursachenzusammenhang: Die Unternehmen müssen nicht auf kostengerechte Preise, sondern auf preisgerechte Kosten achten.⁹⁸ Welch fatale Folgen es hätte, wenn die Unternehmen tatsächlich ihre Preispolitik an den Kosten ausrichten würden, zeigt eindrucksvoll ein nun schon bald 100 Jahre altes Beispiel von Cassel⁹⁹, das immer noch Gültigkeit hat und unter dem Stichwort des "Sich-aus-dem-Markt-Kalkulierens" in die Kostenrechnungslehre eingegangen ist.

"Ein Reisebureau hatte für eine Reihe von Sonntagen Extrazüge bestellt und sich verpflichtet, für jeden Zug 250 Mark zu zahlen. Der Zug sollte 400 Plätze, alle dritter Klasse, haben. Am ersten Sonntage hatte das Bureau den Fahrpreis auf 2 Mark festgesetzt, und es kamen 125 Theilnehmer. Die Roheinnahmen betragen also 250 Mark, ebensoviel wie die Ausgaben. Nun sagten sich die Direktoren des Bureaus: "mit diesem Preise kommen wir ja nur auf unsere Selbstkosten; etwas müssen wir doch verdienen"; und so wurde der Preis auf 3 Mark erhöht. Nächsten Sonntag kamen 50 Theilnehmer. Das Ergebnis war eine Einnahme von 150 Mark, und ein reiner Verlust von 100 Mark. Daraufhin meinte man im Bureau: "die **Durchschnittskosten** betragen ja 5 Mark für die Person, und wir befördern die Reisenden für 3 Mark; so kann es nicht gehen". Der Preis wurde jetzt auf 6 Mark erhöht mit dem Ergebnis, daß der Zug am nächsten Sonntag nur 6 Reisende beförderte. Der Verlust steigerte sich jetzt auf 214 Mark. Jetzt endlich traten die Direktoren zusammen und sagten sich: "Diese Geschichte mit den Selbstkosten muß doch ein Unsinn sein: die bringt uns ja nur Verluste." So wurde der Preis auf einmal auf 1

J., Der verwaltete Wettbewerb, aaO, S. 218.

98 vgl. Möschel, W., Preis- und Konditionendifferenzierung durch marktbeherrschende Unternehmen nach EG-Recht, aaO, S. 506.

99 Cassel, G., Grundsätze für die Bildung der Personentarife auf den Eisenbahnen, in: Archiv für Eisenbahnwesen, 23. Jg., 1900, S. 128.

Mark herabgesetzt. Der Erfolg war glänzend: die Zahl der Reisenden betrug den nächsten Sonntag 400; es entstand ein Überschuß von 150 Mark, und, das Merkwürdigste von allem, die Selbstkosten waren auf 62,5 Pf. für die Person gesunken."

Das Beispiel macht die Zusammenhänge zwischen Preisen und Nachfrage (ausgedrückt durch die sog. Preiselastizität der Nachfrage) einerseits und Preisen und Kosten andererseits deutlich. Der Absatz eines Unternehmens hängt von den Preisen ab, gleichzeitig wird mit der Preisentscheidung aber auch über die Kosten entschieden. Überdies ist auch die Marktform für die Preisbildung von Bedeutung. In dem Beispiel war der Anbieter ein Monopolist. Selbst in dieser Situation muß der Anbieter bei der Wahl seiner Preise auch die Reaktion potentieller Wettbewerber in das Kalkül einbeziehen. Um so wichtiger wird der Aspekt der Konkurrenzsituation, wenn aktuelle Wettbewerber mit dem Anbieter um die Gunst der Nachfrager werben. Je nach Marktform wird daher die Konkurrenzsituation ein mehr oder weniger wichtiger Preisbildungsfaktor sein.

Zusammenfassend läßt sich mithin sagen, daß Kosten, Nachfrage- und Konkurrenzsituation die drei wesentlichen Preisbildungsfaktoren sind. Bei Anwendung der Areeda/Turner-Regel wird durch die ausschließliche Fixierung auf die Preis-Kosten-Relation der Blick für diese Zusammenhänge versperrt. Es besteht die Gefahr, daß Verhaltensweisen, die in Wirklichkeit durch den Wettbewerb veranlaßt sind, als wettbewerbswidrig eingestuft werden. Die Areeda/Turner Regel ist nur vermeintlich objektiv und justiziabel.¹⁰⁰

100 Auch in der U.S. amerikanischen Rechtsprechung wird die Areeda/Turner Regel von den Circuit Courts nicht einheitlich angewandt: Bei dem 1., 2., 5. und 8. Circuit Court wird die Areeda/Turner Regel zwar angewandt, es bestehen jedoch erhebliche Unterschiede in der Einschätzung, welche Kosten als variabel und welche als fix einzustufen sind. Einige Circuits haben entschieden, daß Preise über den durchschnittlichen Gesamtkosten rechtmäßig sind und solche zwischen den durchschnittlichen variablen und

c) Gesamtanalysen

Aus der Einsicht über die Unzulänglichkeiten der ausschließlich kostenorientierten Ansätze wurden Vorschläge unterbreitet, die eine Gesamtanalyse favorisieren. Die Notwendigkeit dafür wird aus den strategischen Aspekten der Kampfpreisunterbietung abgeleitet. Der Preisunterbieter stellt strategische Überlegungen über die Marktentwicklung und die Reaktion der Konkurrenten an, da er mit seiner kurz- bis mittelfristig angelegten Preiskampagne langfristig die Marktstruktur zu seinen Gunsten dergestalt verändern möchte, daß Monopolgewinne realisiert werden können. Kurzfristig möge die Areeda/Turner Regel - so wird insbesondere von Vertretern der Limit-Price-Theorie vorgebracht - zutreffend sein, langfristig müsse jedoch die Auswirkung von Kampfpreisen auf die optimale Ressourcenallokation und das Konsumentenwohl einbezogen werden. Dagegen wenden Areeda und Turner ein, gerade die langfristigen Auswirkungen seien sehr unsicher und kaum

den durchschnittlichen Gesamtkosten rechtswidrig sein können. Teilweise wird dann dem Kläger die Beweislast dafür auferlegt, daß die Preise zwischen durchschnittlichen variablen und durchschnittlichen Gesamtkosten Verdrängungscharakter haben. Der 8. Circuit geht davon aus, daß Preise über den durchschnittlichen variablen Kosten eine starke Vermutung für Rechtswidrigkeit bedeuten. Der 9. Circuit legt den Nachweis in diesem Fall dem Kläger auf, der 10. Circuit hat entschieden, daß Preise zwischen durchschnittlichen variablen Kosten und durchschnittlichen Gesamtkosten rechtmäßig sind, es sei denn, es bestehen weitere Beweise für eine Kampfpreisstrategie. Der Supreme Court hat in Brooke (Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corporation, 509 U.S. 209 (1993)) abermals den anzuwendenden Kostenmaßstab offen gelassen und hat zudem eine weitere Tatbestandsvoraussetzung für eine erfolgreiche predatory pricing Klage eingeführt: Zusätzlich zu dem Nachweis, daß der Beklagte Preise unter Selbstkosten angeboten hat, ist auch der Nachweis zu erbringen, daß für den Beklagten eine vernünftige Wahrscheinlichkeit bestand, die Investition der Preise unter Selbstkosten durch überwettbewerbliche Gewinne nach Ausscheiden des Rivalen wieder hereinzuholen. Vgl. hierzu den Überblick in Zerbe, R. O., Mumford, M. T., Does predatory pricing exist? Economic theory and the courts after Brooke Group in: The Antitrust Bulletin/Winter 1996, S. 949; vgl. auch Fleischer, H., Gezielte Kampfpreisunterbietung im Recht der Vereinigten Staaten, in: WuW 1995, S. 796.

abzuschätzen und überdies sei es gerade auch deswegen nicht möglich, eine justiziable Rechtsregel aufzustellen.¹⁰¹

Da Areeda/Turner es jedoch auch nicht geschafft haben, eine justiziable Rechtsregel aufzustellen, besteht auch keine Ursache, auf mit Unsicherheiten behafteten Gesamtanalysen zu verzichten. Erst die Beachtung der langfristigen Auswirkungen von preisunterbietendem Verhalten wird deren wettbewerbsrechtlichen Beurteilung gerecht.¹⁰² Die Gesamtanalysen sind im besonderen geeignet, Einblicke in die komplexen wettbewerblichen Zusammenhänge zu gewähren.

aa) Scherer

Scherer¹⁰³ kritisierte an der Areeda/Turner Regel vor allem, daß langfristige Aspekte von Kampfpreisstrategien unberücksichtigt bleiben. Daher schlägt er im wesentlichen fünf Kriterien vor, die zur Bestimmung desjenigen Preisniveaus erforderlich seien, das langfristig die geringsten gesellschaftlichen Verluste garantiere:

- (1) Die relative Kosteneffizienz vom Monopolisten und den Randfirmen.
- (2) Die mindestoptimale Betriebsgröße.
- (3) Werden Randfirmen vertrieben oder nur eingeschüchtert?
- (4) Weitet der Monopolist die Produktion aus, um die ausgefallenen Mengen der verdrängten Rivalen

101 Areeda, P., Turner, D., Antitrust Law, vol. III, aaO, S. 197.

102 so insbesondere Joskow, P. L., Klevorick, A. K., A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, aaO, S. 222: "... to dismiss entirely an assessment of long-run effects, (...) is to dismiss the essence of the predatory pricing problem."

103 Scherer, F., Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment, aaO, S. 869, 890.

auszugleichen oder schränkt er das Angebot nach der Verdrängung der Rivalen wieder ein?

- (5) Bringt die im Gefolge des Ausscheidens der Rivalen erfaßte Kapazitätserweiterung des Monopolisten positive Skaleneffekte mit sich?

Darüber hinaus betont Scherer auch noch die Bedeutung der Elastizität der Nachfrage in der langfristigen Perspektive. Die Bestimmung der Kriterien, die Scherer für erforderlich hält, um das "richtige" Preisniveau herauszufinden, ist in der Realität häufig nicht oder nur mit einem unververtretbaren Aufwand möglich. So erfordert die Bestimmung der relativen Kostenposition des Marktbeherrschers einen kaum zu bewältigenden Aufwand, da nicht nur die Kostenrechnung des Marktbeherrschers, sondern auch die Kostenrechnungen der potentiellen Opfer untersucht werden müßten. Das Ergebnis wäre überdies von zweifelhafter Aussagekraft, weil die Unternehmen in der Regel unterschiedliche Kostenstrukturen aufweisen. Die Vergleichbarkeit der Kostenrechnungen wäre aber Voraussetzung, um diese zueinander in eine sinnvolle Beziehung setzen zu können.

Während aufgrund von Marktuntersuchungen die mindestopoptimale Betriebsgröße wohl annähernd bestimmt werden könnte, sind die Kriterien (3) bis (5) außerordentlich problematisch. Sollte das Wettbewerbsrecht nicht nur eine stumpfe Waffe sein, müßte über die in Ziffer (3) bis (5) aufgeworfenen Fragen eine Prognose angestellt werden. Diese Prognose kann aufgrund der vielfältigen Einflußgrößen kaum mehr als spekulativen Charakter haben. Stellte man andererseits über diese Fragen eine ex post Betrachtung an, so wären die wettbewerbsschädlichen Marktstrukturveränderungen bereits nahezu abgeschlossen, weil die Opfer schon aus dem Markt

ausgeschieden wären. Das Wettbewerbsrecht hätte keine Handhabe, die unter Druck gesetzten Wettbewerber vor Kampfpreis-Maßnahmen zu schützen.

Scherer kommt zwar das Verdienst zu, als einer der ersten auf die Notwendigkeit einer Gesamtanalyse hingewiesen zu haben, und seine Untersuchung hat fruchtbare Anstöße im Hinblick auf die Funktionszusammenhänge des predatory pricing gegeben. Seine wettbewerbspolitischen Vorschläge sind jedoch nicht in die Praxis umsetzbar.

bb) Williamson

Williamson¹⁰⁴ legt ebenfalls das Schwergewicht auf eine längerfristige Analyse, wobei er besonders die strategischen Aspekte der Kampfpreisunterbietung betont, welche bei Anwendung der Areeda/Turner Regel die Unternehmen vorbeugend zum Aufbau von Überkapazitäten veranlassen würden.¹⁰⁵ Da nach Williamson die Monopolisten Überkapazitäten als Abschreckungspotential aufbauen, schlägt er vor, daß jede Produktionsmengenerweiterung des Monopolisten bei drohendem Neueintritt als preisunterbietendes Verhalten mit Verdrängungsabsicht unabhängig vom Durchschnittskostenniveau eingestuft werden sollte. Daher sollte es dem Monopolisten verboten sein, innerhalb einer gewissen Zeitspanne nach Eintritt eines neuen Konkurrenten die Produktionsmenge zu verändern, es sei denn, als Reaktion auf Nachfrageschwankungen. Dadurch soll erreicht werden, daß der Monopolist gezwungen wird, auch dann, wenn kein Markteintritt erfolgt, eine Produktionsmenge anzubieten, die höher ist als diejenige eines Monopolisten und

104 Williamson, O. E., Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis, aaO, S. 284ff.

im Idealfall der Menge, die bei wirksamem Wettbewerb angeboten würde, entspricht.

Die Regel von Williamson leidet bereits darunter, daß sie auf Annahmen beruht, die nur eine von zahlreichen Alternativen unternehmerischen Verhaltens zum Gegenstand haben. Es ist sehr zweifelhaft, ob der Monopolist tatsächlich Überkapazitäten aufbaut, um Neueintritt in den Markt zu verhindern. Überkapazitäten binden Finanzmittel, ohne daß sie Erlöse einbringen und beeinträchtigen daher die Rentabilität des Unternehmens. Eine solche Strategie erscheint daher nur dann sinnvoll, wenn die Produktionsverfahren so ausgelegt sind, daß ohne größeren Aufwand zusätzliche Einheiten hergestellt werden können. Überdies ist auch denkbar, daß der Monopolist es vorzieht, sichere gegenwärtige Monopolgewinne zu realisieren, auch wenn dadurch Markteintritt provoziert wird. Der Unternehmer ist zudem nicht auf die Preispolitik beschränkt, sondern kann alle Register, welche die Absatzpolitik bereit hält, ziehen. So kann er z.B. versuchen, Produktpräferenzen durch gezielte Werbung zu schaffen und damit die Kundentreue fördern oder sich durch Produktdiversifikation Marktnischen schaffen. Diese Maßnahmen wären sehr viel marktnäher als die Investition in Überkapazitäten. Schließlich kann der Marktbeherrscher nicht sicher sein, daß seine Strategie der Überkapazitäten nicht durch Marktereignisse oder Innovation zunichte gemacht wird.

Während also schon die theoretischen Grundlagen der Regel von Williamson nur ganz ausnahmsweise zutreffen werden, ist sie auch nicht in die Praxis umsetzbar. Unternehmen müssen oftmals sehr schnell auf Nachfrageänderungen reagieren. Diese Flexibilität ist nicht gewährleistet, wenn zuerst die

Wettbewerbsbehörde um Erlaubnis gebeten werden muß, das Angebot an die geänderte Nachfrage anpassen zu dürfen. Auch ist zu bedenken, daß es unternehmerisch vernünftig sein kann, auf Lager zu produzieren, z. B. um die Produktion zu verstetigen und eine gleichmäßig hohe Maschinenauslastung zu gewährleisten. Keiner Erwähnung bedarf es wohl, daß kaum eine Wettbewerbsbehörde personell in der Lage wäre, die Einhaltung der Regel zu überwachen.

Abgesehen von diesen Detailfragen ist die Regel von Williamson aber auch grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt. Die Aufgabe des Wettbewerbsrechts besteht darin, die Wettbewerbsfreiheit zu sichern und Verhaltensweisen, die mit dem Wettbewerb als solchem oder der Wettbewerbsfreiheit Dritter unvereinbar sind, zu unterbinden. Es ist jedoch nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts, dirigistisch ein bestimmtes, als wirtschaftlich richtig angesehenes Verhalten vorzuschreiben.¹⁰⁶

cc) Baumol

Baumol¹⁰⁷ stützt seinen Lösungsvorschlag ebenfalls auf eine langfristige Analyse und geht in dieselbe Richtung wie derjenige Williamsons. Nach seiner Vorstellung sollte es den Monopolisten untersagt werden, zeitweilige, zur Ausschaltung von Konkurrenten vorgenommene Preissenkungen zurückzunehmen. Der Zwang, die Preise niedrig zu halten, sollte nach Baumol¹⁰⁸ 5 Jahre gelten und unter dem Vorbehalt

106 vgl. Mestmäcker, E.-J., Der verwaltete Wettbewerb, aaO, S. 218.

107 Baumol, W. J., Quasi-Permanence of Price Reductions, A Policy for Prevention of Predatory Pricing, 89 Yale Law Journal, 1979, S. 1.

108 ders., aaO, S. 7 und 8.

stehen, daß Preisanpassungen nur vorgenommen werden dürfen, wenn das betreffende Unternehmen nachweist, daß diese aufgrund von Änderungen in den Kosten oder sonstigen Preisbestimmungsfaktoren erforderlich sind.

Die grundsätzlichen Bedenken, die gegen die Williamson-Regel vorgetragen wurden, bestehen auch hier, nur daß Baumol nicht die Angebotsmenge, sondern den Preis administrieren möchte. Eine Kostenkontrolle zur Feststellung, ob predatory pricing vorliegt, wird nach Baumol mit dieser Regel zwar überflüssig, weil es den Unternehmen überlassen ist, abzuschätzen, ob sie mit der von ihnen gewählten Preissenkung langfristig leben können. Die Regel erspart jedoch nicht die Feststellung, daß die ursprüngliche Preissenkung nicht aufgrund Wettbewerbsdrucks, sondern als Teil einer Verdrängungsstrategie vorgenommen wurde. Würde jede Preissenkung bei Eintritt eines neuen Wettbewerbers per se als Maßnahme zur Verdrängung der Wettbewerber interpretiert werden, könnten Unternehmen aus Furcht, an den niedrigen Preisen festgehalten zu werden, von Preissenkungen absehen, auch wenn diese durch Wettbewerbsdruck erforderlich wären. Außerdem hätten Gerichte und Behörden bei Anwendung der Baumol-Regel die Aufgabe, über Jahre hinweg das Einhalten von Preisen zu überwachen.

dd) Joskow/Klevorick

Joskow und Klevorick¹⁰⁹ ziehen Bilanz über die im Schrifttum vorgeschlagenen wettbewerbspolitischen und -rechtlichen Implikationen von predatory pricing und stellen einen zweistufigen Lösungsansatz vor (two tier approach), dem eine dynamische Betrachtung zugrunde liegt. Joskow und Klevorick geben zwar Areeda und Turner insoweit recht, als langfristige Betrachtungen spekulative Elemente und Unsicherheiten beinhalten. Da predatory pricing im wesentlichen von marktbeherrschenden Unternehmen durchgeführt wird, weil sie sich von einem kurzfristigen Gewinnverzicht einen höheren langfristigen Gewinn versprechen, kommt man um eine langfristige Betrachtung jedoch nicht umhin.

aaa) Erste Stufe: Markt- und Unternehmensstrukturanalyse

Auf der ersten Stufe werden der betroffene Markt und der angebliche Preisunterbieter nach denjenigen strukturellen Merkmalen untersucht, die Kampfpreisunterbietungen durch ein beherrschendes Unternehmen als wahrscheinlich oder zumindest sinnvoll erscheinen lassen. Die strukturellen Merkmale unterteilen Joskow und Klevorick in drei Kategorien:

- (1) Faktoren, die kurzfristig Monopolmacht indizieren.
- (2) Markteintrittsbedingungen.
- (3) Dynamische Effekte, die ausgehend von Wettbewerbern oder Newcomern Auswirkungen auf die Produktionskosten und die Qualität der Produkte haben.

Ad (1)

109 Joskow, P. L., Klevorick, A. K., A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, 89 Yale Law Journal, 1979, S. 213ff; ähnlicher Ansatz auch bei Ordover/Willig, An Economic Definition of Predation: Pricing and

Die kurzfristige Monopolmacht eines Unternehmens, das in dem Verdacht des predatory pricing steht, kann insbesondere an seinen Marktanteilen und deren Beständigkeit in der Vergangenheit, der Anzahl und Größe seiner Wettbewerber, sowie der in der Vergangenheit von diesem Unternehmen gemachten Gewinne gemessen werden. Außerdem geben Nachfrageelastizitäten Auskunft über die Beständigkeit der Marktmacht.

Ad (2)

Die Bedingungen des Markteintritts werden bestimmt von den finanziellen Erfordernissen des Markteintritts, den Produktpräferenzen, insbesondere von der Schaffung starker Präferenzen durch den Marktbeherrscher, dem Ressourcentransfer von einem Unternehmen zum anderen, den Eintrittsmodalitäten, z.B., ob Möglichkeiten bestehen, über vorgelagerte Märkte einzutreten, vom Informationsfluß im Markt über die bestehenden Marktrisiken.

Die Marktzutrittsbedingungen werden als wesentliche Faktoren für das Auftreten von predatory pricing angesehen: Selbst wenn ein Unternehmen über eine erhebliche kurzfristige Marktmacht verfügt, so kann es diese nicht nach erfolgter Kampfpreisunterbietung für über dem Wettbewerbspreis liegende Preise ausnutzen, wenn die Marktzutrittsbedingungen günstig sind. Die überhöhten Preise würden sofort den Marktzutritt neuer Wettbewerber nach sich ziehen.

Ad (3)

Zu den durch Wettbewerber und Newcomer ausgelösten dynamischen Effekten zählt vor allem der Innovationswettbewerb, also z. B. technologische Neuerungen,

kostensenkende neue Produktionsverfahren etc. Auch die Marktphase spielt hierbei eine Rolle.

Diese drei Kategorien struktureller Merkmale bezeichnen die Autoren als wesentliche, aber nicht ausschließlich maßgebende Faktoren für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit von predatory pricing in dem betrachteten Markt. Die Bedingungen für systematische Preisunterbietungen sind um so günstiger, je größer die kurzfristige Monopolmacht des angeblichen Preisunterbieters ist, je schwieriger die Bedingungen des Markteintritts und je geringer die dynamischen Effekte sind, die den Markt selbst betreffen bzw. das Verhalten der Wettbewerber. Ergibt die Strukturanalyse ein Ergebnis, das Preisunterbietungen als unwahrscheinlich erscheinen lassen, wird das Verhalten des Unternehmens nicht weiter untersucht.

bbb) Zweite Stufe: Untersuchung der Preis-Kosten-Relation

Auf der zweiten Stufe, die sich nur noch mit denjenigen Märkten befaßt, die in der ersten Stufe als anfällig für predatory pricing herausgefiltert wurden, wenden Joskow und Klevorick ein Kostenschema an, das dasjenige von Areeda und Turner teilweise modifiziert und überdies Aspekte der Vorschläge von Williamson und Baumol aufnimmt. Folgende Abstufungen werden vorgenommen:

- (1) Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, sind nicht mit dem Postulat kurzfristiger Gewinnmaximierung vereinbar. Daher können derartige Preisgestaltungen nur den einen Zweck haben, kurzfristige Gewinne zugunsten langfristiger Monopolgewinne zu opfern. Im Ergebnis schlagen die Autoren daher, ebenso wie Areeda und Turner vor,

Preise unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten als wettbewerbswidrig einzustufen.

- (2) Preise, die zwischen den durchschnittlichen variablen Kosten und den durchschnittlichen Gesamtkosten liegen, können ebenfalls Kampfpreise indizieren. In Wettbewerbsmärkten seien die Preise grundsätzlich kostendeckend, wobei sie aufgrund von Marktveränderungen temporär durchaus auch über oder unter dieser Kostengrenze liegen könnten. Es sei jedoch höchst unwahrscheinlich, daß auf jedem Markt, der monopolistisch oder oligopolistisch strukturiert ist, aufgrund Marktzutritts das oder die bestehenden Unternehmen sofort Verlustpreise fordern müßten. Verlustpreise der etablierten Unternehmen bergen die Gefahr in sich, daß gleich oder höher effiziente Wettbewerber vom Markt ausgeschlossen werden. Letztlich ausschlaggebend für die Einschätzung dieser Preise als systematische Preisunterbietung, ist jedoch die Tatsache, daß auf der ersten Stufe der Prüfung bereits unternehmens- und marktspezifische Strukturen festgestellt wurden, die dieses Verhalten begünstigen.

Der Vorwurf der Kampfpreisunterbietung kann von dem Unternehmen durch den Beweis entkräftet werden, daß seine Strategie kurzfristig gewinnmaximierend war. Dies sei lediglich für den Fall der Überkapazitäten denkbar. Für Überkapazitäten könnten drei Gründe verantwortlich sein: erstens, das etablierte Unternehmen operiert in einem schrumpfenden Markt; zweitens, das in den Markt eintretende Unternehmen hat eine Betriebsgröße gewählt, die einen derart großen Kapazitätswachstum bewirkt, so daß kostendeckende

Preise zu einer Unterauslastung führen würden; drittens, das etablierte Unternehmen verfolgt eine Strategie der Überkapazitäten, wie sie von Williamson beschrieben wurde. Im letzteren Fall ist das Unternehmen nicht gerechtfertigt, wenn es aufgrund eines Markteintritts seine Produktionsmenge erhöht hat.

- (3) Bei Preisen, die über den vollen durchschnittlichen Kosten liegen, besteht keine sichere Möglichkeit, Kampfpreisgebaren von solchem, das durch normalen Wettbewerb veranlaßt ist, zu unterscheiden. Die Gefahr, aufgrund falscher Einschätzung erwünschten Preiswettbewerb zu unterbinden, ist daher zu groß. Dennoch soll eine innerhalb einer Zeitspanne von ca 2 Jahren rückgängig gemachte Preisreduktion dem Unternehmen die Beweislast dafür auferlegen, daß der Preisanstieg durch eine Erhöhung der Produktionskosten oder durch Nachfrageänderungen gerechtfertigt war. Zwar könne in diesem Fall erst dann, wenn der Vorgang der Verlustpreisstrategie abgeschlossen ist, von der Kartellbehörde eingeschritten werden, aber diese Regel habe eine abschreckende Wirkung auf die Unternehmen, da sie sich bereits bei der Preissenkung überlegen würden, ob sie dieses Preisniveau auch langfristig beibehalten könnten.

ccc) Kritische Würdigung

Zwar haben auch einige andere Autoren die Bedeutung der Marktstrukturen für die Rationalität und damit die Häufigkeit von Kampfpreisstrategien hervorgehoben. Es ist jedoch das Verdienst von Joskow/Klevorick, eine umfassende Gesamtanalyse vorgeschlagen zu haben, der die Untersuchung

der Marktstruktur vorangestellt wird. Diejenigen Kriterien, die solches Verhalten überhaupt zu einer sinnvollen Alternative machen, müssen zunächst herausgefiltert werden.

Allerdings wird in der Realität das Ergebnis der Untersuchung kaum so eindeutig sein, daß bereits nach Abhandlung der ersten Stufe die Möglichkeit von predatory pricing mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Daher wird in den Fällen, wo noch Zweifel bestehen - und das wird die überwiegende Anzahl sein - die Untersuchung auf die zweite Stufe ausgedehnt werden müssen.

Die Problematik der Ermittlung von Preis-Kosten-Relationen ist bereits ausführlich dargestellt worden. Die Einbettung der kostenrechnerischen Untersuchung in eine Gesamtanalyse relativiert ihre Bedeutung für die Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit. Der Preis-Kosten-Relation kommt lediglich eine Indikatorfunktion zu. Dennoch sollte auf der zweiten Stufe die Untersuchung der Preise auf die anderen, oben S. 50ff, genannten Preisbildungsfaktoren ausgedehnt werden, namentlich der Nachfrage- und Marktsituation.

Die Kostenvorschläge von Joskow/Klevorick sind allerdings insofern abzulehnen, als der auf Baumol gestützte Vorschlag, die Unternehmen müßten bei Preisstellungen oberhalb der Vollkosten innerhalb von 2 Jahren nachweisen, daß eine etwa erfolgte Preiserhöhung marktbedingt war, weder praktikabel noch mit dem Postulat der Rechtssicherheit zu vereinbaren ist.

ee) Yamey

Im Fall AKZO/Kommission wurde Yamey als Gutachter beigezogen. Daher sollen seine Vorschläge ebenfalls kurz

dargestellt werden. In Abgrenzung zu der Untersuchung von McGee vertritt Yamey¹¹⁰ die Auffassung, predatory pricing liege nicht nur dann vor, wenn die Preise unter die - wie auch immer definierten - Kosten gedrückt werden, sondern immer dann, wenn ein geringerer Preis als unter normalen Wettbewerbsbedingungen verlangt wird. Die Kostengrenze sei unerheblich, da jeder Verzicht auf Gewinne einen Verlust darstelle und die Verdrängungsabsicht auch bei Preisen, die über den Vollkosten liegen, verwirklicht werden könne.

Daher hält es Yamey für richtig, predatory pricing als Preisstellung unter den Kosten des Opfers zu definieren. Nicht die Kosten des Preisunterbieters seien maßgeblich, sondern diejenigen des Konkurrenten.

Da predatory pricing nur schwer zu identifizieren ist, schlägt Yamey vor, auf die Verdrängungsabsicht des Preisunterbieters abzustellen. Zwar sei es nicht leicht, diese Absicht zu erkennen, aufgrund einer gründlichen Analyse aller Zusammenhänge könne die Absicht aber aufgedeckt werden.

Yamey weist zudem darauf hin, daß die Durchführung von predatory pricing selbst oder auch nur dessen Androhung eine wirkungsvolle Eintrittsbarriere darstellen könne. Preiskriege können auch für solche, die daran nicht beteiligt waren, aber den Markteintritt erwägen, abschreckende Wirkung haben. Predatory pricing erfordert also nicht nur hohe Marktzutrittsschranken, sondern stellt auch selbst eine dar.

Es ist wohl unbestritten, daß Unternehmen durch auch nur geringfügige Preissenkungen einen Abschreckungs- oder Disziplinierungseffekt bei ihren Konkurrenten erzielen können.

110 Yamey, B. S., Predatory Price Cutting: Notes and Comments, aaO, 1972, S.

Die Einschätzung von Yamey, der Nachweis von Kampfpreisstrategien sei im Falle der Vollkostendeckung oder der Verlustpreise gleichermaßen schwierig, ist nicht zutreffend. Auch sind die Implikationen unterschiedlich. Zunächst einmal ist fraglich, wie gerade bei einer nur geringfügigen Preissenkung die Verdrängungsabsicht nachgewiesen werden soll. Überdies verlangt im Falle der Vollkostendeckung die Entscheidung, ob es sich um Kampfpreise handelt, die Kenntnis über den Wettbewerbspreis als Referenzpunkt. Der vor der Preissenkung verlangte Preis kann nicht als Vergleichspreis genommen werden, weil über dessen Wettbewerbskonformität ebenfalls Unsicherheit besteht. Aufgrund dieser Unsicherheiten besteht die Gefahr, daß dem betreffenden Unternehmen ein Preisniveau, das über dem Wettbewerbspreis liegt, aufgezwungen wird, und die Mitbewerber, die nicht so effizient sind, unter diesem Preisschirm überleben können. Zuletzt ist noch zu bedenken, daß Yamey die Frage, ob das marktbeherrschende Unternehmen wettbewerbskonforme Preise verlangt, von Umständen abhängig macht, die außerhalb der Einflußsphäre des Unternehmers liegen, nämlich den Kosten seines u.U. schwächsten Konkurrenten.

ff) Philips

Philips¹¹¹ hat in einem Gutachten für die EG-Kommission die Problematik des predatory pricing anhand spieltheoretischer Überlegungen dargestellt. Er favorisiert ebenfalls eine rule of reason Lösung, die er maßgeblich auf die spieltheoretischen Ergebnisse von Easley, Masson und Reynolds stützt. Auf die Untersuchung einer wie auch immer definierten Preis-Kosten-Grenze verzichtet er dabei gänzlich.

129ff.

111 Philips, L., Predatory Pricing, aaO.

Predatory Pricing hat folgende Implikationen, die für die Politikempfehlung die wesentliche Basis bilden:

- (1) Es muß sich um ein Unternehmen handeln, das in mehreren Märkten operiert, sonst greift der Einwand McGees, daß die Fusion die billigere Alternative ist.
- (2) Der Aggressor senkt seine Preise nachdem der Markteintritt erfolgt ist.
- (3) Den Preiskrieg lokalisiert der Aggressor auf einem der von ihm beherrschten Märkte. Dadurch wird auf diesem Markt das Preisniveau unter dasjenige gedrückt, das bei wirksamem Wettbewerb sich eingestellt und dem Neuling ausreichende Gewinne ermöglicht hätte. Der Markt auf dem der Preiskrieg ausgetragen wird, muß nicht notwendig derselbe sein, in den der Markteintritt erfolgt ist. Es kann sich auch um einen Markt handeln, auf dem die betreffenden Unternehmen schon länger Wettbewerber sind.
- (4) Der Preiskrieg läßt den gegenwertigen Wert der zukünftigen Erlöse des Neulings unter die mit dem Markteintritt verbundenen sunk costs sinken, so daß er langfristig nicht überleben kann.
- (5) Aufgrund der bestehenden unvollkommenen Information kann das potentielle Opfer eines Preiskrieges nicht einschätzen, ob die Preise des etablierten Unternehmens auf die Verdrängung des Konkurrenten abzielen oder nicht.

Aus diesen Erkenntnissen leitet Philips folgende wettbewerbspolitische Vorgehensweise ab: Ein-Produkt-Unternehmen sind nicht in der Lage, predatory pricing als rationale Strategie einzusetzen. Diese Unternehmen sollten daher aus der Betrachtung ausgeschlossen werden. Anders verhält es sich bei Mehr-Produkt- bzw. -Markt-Unternehmen. Die Kartellbehörde muß in diesen Fällen den Nachweis führen, daß die behauptete Preisunterbietung den positiven Markteintrittswert des Opfers in einen negativen verwandelt hat. Dies erfordert erstens den Nachweis, daß der auf die Gegenwart diskontierte Wert zukünftiger Gewinne des Newcomer höher ist, als die mit dem Markteintritt verbundenen sunk costs. Zweitens ist darüber der Beweis zu erbringen, daß die Preissenkung des Aggressors diesen Gegenwartswert zukünftiger Gewinne unter die sunk costs gedrückt hat. Die Preisunterbietungen müssen also alleinige Ursache dafür sein, daß der unter normalen Wettbewerbsbedingungen lohnende Markteintritt scheitert.

Philips selbst räumt ein, daß es schwierig sein würde diesen Nachweis zu führen, da Zweifel über die wahre Natur des Preisverhaltens gerade dem Phänomen des predatory pricing immanent ist. Dennoch ist Philips zuversichtlich, daß die Kartellbehörde den als Referenzpunkt zu bestimmenden Wettbewerbspreis herausfinden kann. Das in den Markt eintretende Unternehmen und das bereits etablierte Unternehmen hätten in der Regel genaue Kenntnis über den Wettbewerbspreis.¹¹²

Der Vorschlag, das Preisverhalten von Ein-Produkt-Unternehmen völlig aus der wettbewerbspolitischen Betrachtung auszuschließen, ist nicht überzeugend. Die

112 Philips, L., aaO, S. 67.

ausführliche Diskussion¹¹³ dieser auf McGee beruhenden Analyse hat gezeigt, daß bereits die Voraussetzungen, von denen die Überlegungen ausgehen, in der Realität praktisch nicht gegeben sind. Strategische Vorbereitungen eines Preiskrieges, wie z. B. Marktsplaltungen, schaffen die erforderlichen Voraussetzungen für den Erfolg der Verdrängung von Wettbewerbern. Überdies verläuft in der Regel eine Fusion auch nicht so reibungslos, wie dies dargestellt wurde.

Die Annahme, daß die Kartellbehörde den Wettbewerbspreis ermitteln könne, hat sich in der Praxis noch nicht bewahrheitet. Wenn dieser "Stein des Weisen" gefunden worden wäre, könnte die Wettbewerbspolitik das zentrale Problem schlechthin als gelöst ansehen.¹¹⁴ Abgesehen davon sind mit dem Vorschlag von Philips aber auch noch weitere unerwünschte Implikationen verbunden. Die Rechtmäßigkeit des Preisverhaltens von Marktbeherrschern wird von den Auswirkungen auf die Rentabilität des Newcomers abhängig gemacht. Der Marktbeherrscher kann sich nie sicher sein, ob seine Preissenkungen wettbewerbswidrig sind oder nicht. Mit dem Postulat der Rechtssicherheit ist diese Auswirkung nicht vereinbar. Umgekehrt verursacht die Regel einen Preisschirm, unter dem ineffiziente Unternehmen die Chance erhalten, in den Markt einzutreten.

Bei der Einschätzung der zukünftigen Erlöse handelt es sich um Prognosen. Es versteht sich von selbst, daß das Opfer bemüht sein wird, seine Schätzungen möglichst positiv darzustellen. Die damit verbundenen Ungenauigkeiten sind nicht geringer als

113 vgl. oben, S. 16ff.

114 vgl. auch Schwarz, D., Wettbewerbspolitische Problematik des Predatory Pricing in: WuW 1987, S. 97.

diejenigen, die mit den kostenorientierten Regeln verbunden sind. Angenommen, die zukünftigen Erlöse des Newcomers könnten zutreffend prognostiziert werden, müßte festgelegt werden, mit welchem Faktor diese zukünftigen Werte auf die Gegenwart abdiskontiert werden.¹¹⁵ Konkrete Vorschläge werden von Philips diesbezüglich nicht gemacht. Auch kommt Philips nicht wirklich ohne eine Untersuchung der Kostenstruktur des betreffenden Unternehmens aus. Erlöse sind immer das Ergebnis, das sich aus der Differenz von Umsätzen und Kosten ergibt.

4. Fazit

Auffallend an der theoretischen Diskussion über predatory pricing ist, daß sehr unterschiedliche, ja gegensätzliche Auffassungen vertreten werden. Dies liegt zum einen daran, daß den Modellen sehr verschiedene Annahmen zugrunde liegen und auch die Methodik gänzlich unterschiedlich und oft nicht vergleichbar ist. Zum anderen eröffnet die Tatsache, daß der empirische Befund über predatory pricing sehr kärglich ist, der Spekulation ein weites Feld darüber, ob, und wenn ja, unter welchen Bedingungen predatory pricing eine ernst zu nehmende Erscheinungsform des Verdrängungswettbewerbs ist.

Dennoch lassen sich einige Aussagen treffen, über die weitgehend ein Konsens besteht. Es besteht weitgehende

115 In der betriebswirtschaftlichen Literatur gibt es bezüglich des Problems von Unternehmensbewertungen eine Fülle von Literatur, die in ihrem Umfang in nichts der Diskussion über kostenorientierte Regeln nachsteht. Vgl. z.B., Busse von Colbe, W., Die Ermittlung des künftigen Unternehmenserfolges und seine Bedeutung für die Bewertung von Industrieunternehmen, Wiesbaden 1957; Mellerowicz, K., Der Wert der Unternehmung als Ganzes, Essen 1952; Moxter, A., Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensbewertung, 2. Aufl., Wiesbaden 1983; Sieben, G., Zapf, B., (Hrsg.), Unternehmensbewertung als Grundlage unternehmerischer Entscheidungen, Stuttgart 1981.

Übereinstimmung darüber, daß predatory pricing unter bestimmten Bedingungen für marktbeherrschende Unternehmen eine rationale Strategie sein kann. Voraussetzung hierfür ist insbesondere, daß die Wettbewerber unter unvollkommener Information agieren. Das verdrängende Unternehmen sollte außerdem auf verschiedenen, insbesondere geographischen Märkten tätig sein. Diesen Nachweis theoretisch zu führen, ist insbesondere Easley Masson und Reynolds mit ihrem spieltheoretischen Ansatz gelungen.

Die meisten wirtschaftspolitischen Vorschläge weisen auf die Bedeutung der Marktstrukturen für den Erfolg von Kampfpreisstrategien hin. Ein Element, welches Kampfpreisstrategien begünstigt, wird häufig in hohen Marktzutrittsschranken gesehen, die nach Beendigung des Preiskrieges neuen Marktzutritt verhindern, der an sich aufgrund der dann erzielten Monopolgewinne attrahiert würde. Erst durch die Marktzutrittsschranken kann der Monopolist oder Marktbeherrscher die Früchte des Preiskrieges ungestört ernten. Immer wieder wird auch die Bedeutung der Nachfrageelastizitäten (des Preises) hervorgehoben. Wie groß der Mengeneffekt aufgrund einer Preissenkung sein kann, hat das auf Seite 49 dargestellte Beispiel von Cassel gezeigt. Vielleicht die größte Übereinstimmung besteht darin, daß der Aggressor eine mächtige Marktposition haben muß, die sich insbesondere in hohen Marktanteilen ausdrückt.¹¹⁶ Nur dann, wenn der Preisunterbieter einen hohen Marktanteil hat, vermag er das allgemeine Preisniveau für das oder die betreffenden Produkte namhaft zu senken. Darüber hinaus wäre die Kampfpreisstrategie auch nicht erfolgreich genug, wenn noch mehrere Anbieter mit relativ hohen Marktanteilen auf dem

116 so auch die Einschätzung von OECD, Predatory Pricing, aaO, S. 31.

Markt wären, von denen der Preisunterbieter nur einen oder einige weniger effiziente aus dem Markt drängen könnte. Nach Abschluß des Preiskrieges müßte sich der Aggressor die Erlöse aus den Preiserhöhungen mit den Mitbewerbern teilen.¹¹⁷ Die Bedeutung einer überlegenen Finanzkraft für den Erfolg einer Verdrängungsstrategie ist umstritten. Sie ist sicherlich hilfreich, aber keine notwendige Voraussetzung für die Durchführung von Kampfpreisstrategien.

Die wirtschaftspolitischen Handlungsanweisungen für die Beurteilung, ob predatory pricing vorliegt, beinhalten eine mehr oder weniger stark betonte Kostenorientierung. Der von Areeda und Turner vorgeschlagene ausschließliche Kostenstandard ist jedoch nicht in der Lage, einen zuverlässigen Maßstab für die Beurteilung von predatory pricing zu bilden. Die Ergebnisse der Kostenrechnungen hängen zu sehr von unternehmerischen Entscheidungen ab, als daß sie alleinige Grundlage für eine Entscheidung bieten könnten. Dennoch kann der Ansicht von Philips nicht gefolgt werden, daß Kostengesichtspunkte gänzlich unbeachtet bleiben sollten. Vielmehr können die Kosten "wichtige und nützliche Hinweise geben, ohne aber das Gesamturteil über das zu würdigende Verhalten nach Zweck und Wirkung zu präjudizieren."¹¹⁸ In jedem Fall sollten sich die Wettbewerbsbehörden jedoch von der Vorstellung freimachen, daß Kostenregeln objektive Maßstäbe bereit halten können.

Die per se Regeln sind unbefriedigend, weil sie jeweils nur Teilaspekte der Kampfpreisstrategien abdecken und insbesondere ihre strategische Komponente außer acht lassen.

117 Rapp, R. T., Predatory pricing and entry deterring strategies: the economics of AKZO, *European Competition Law Review*, 1986, S. 234; Smith, P., *The Wolf in Wolf's clothing: The Problem with Predatory Pricing*, aaO, S. 221.

118 Mestmäcker, E.-J., *Der verwaltete Wettbewerb*, aaO., S. 194.

Zu empfehlen ist dagegen eine Gesamtanalyse unter Berücksichtigung aller im Einzelfall zugänglichen Fakten.¹¹⁹ Eine Gesamtanalyse ist schon deshalb ratsam, weil die Darstellung der verschiedenen Konzepte und Lösungsansätze gezeigt hat, daß sie alle mit erheblichen Unsicherheiten behaftet sind. Fehlentscheidungen können am ehesten vermieden werden, wenn eine möglichst breite Entscheidungsbasis geschaffen wird, durch welche die Unsicherheiten der einzelnen Untersuchungen relativiert werden können.

Am überzeugendsten erscheint der Vorschlag von Joskow und Klevorick. Aufgabe des VI. Kapitels wird es auch sein, zu prüfen, ob dieses Konzept für das europäische Kartellrecht fruchtbar gemacht werden kann.

119 so auch Philips, L., *Predatory Pricing*, aaO, S. 66.

IV. EINORDNUNG UND SUBSUMTION VON GEZIELTEN KAMPFPREISSTRATEGIEN UNTER ARTIKEL 82 EG

1. Einführung

Die ökonomische Analyse von predatory pricing hat zum Ziel, Maßstäbe für die rechtliche Beurteilung bereitzustellen. Die Justiziabilität ökonomisch begründeter Beurteilungskriterien kann für die Zwecke der Rechtsanwendung nur im Hinblick auf eine bestimmte Rechtsordnung beantwortet werden, nicht aber für das Recht überhaupt.¹²⁰ Im europäischen Kartellrecht ist die Problematik der Kampfpreisstrategien in Artikel 82 EG angesiedelt, der die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung verbietet. Da Artikel 82 EG jedoch den Tatbestand der gezielten Preisunterbietung nicht explizit erwähnt, ist die zentrale Frage nach Inhalt und Reichweite des Mißbrauchsbegriffs zu klären.

Die europäischen Wettbewerbsregeln weisen insofern eine Besonderheit gegenüber allen anderen Rechtsordnungen auf, als sie für die Schaffung eines Binnenmarktes instrumentalisiert werden. Da Verlustpreisstrategien geeignet sind, Marktzutritt zu verhindern und ihnen überdies häufig eine Marktspaltung vorausgeht, weil so die Kosten des Preiskrieges in überschaubaren Grenzen gehalten werden können, besteht die Gefahr, daß dadurch Märkte abgeschottet werden. Sowohl die Integration der nationalen Märkte im Binnenmarkt als auch die Schaffung und Aufrechterhaltung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs in demselben würden damit verhindert oder

120 vgl. Mestmäcker, E.-J., Der verwaltete Wettbewerb, aaO., S. 201.

zumindest verzögert werden. Beides sind wesentliche, in Artikel 2 und 3 lit. g) niedergelegte Ziele des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft.

2. Subsumtion von Kampfpreisstrategien unter Artikel 82 EG

Das Verbot des Artikel 82 Absatz 1 EG setzt drei Tatbestandselemente voraus: Das Bestehen einer beherrschenden Stellung, deren mißbräuchliche Ausnutzung und die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten. Lediglich die ersten beiden Voraussetzungen bedürfen einer eingehenden Abhandlung in bezug auf Preisunterbietungen. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel weist diesbezüglich keine Besonderheiten auf und wird daher nicht erörtert.¹²¹

Weder der Begriff der Marktbeherrschung noch derjenige der mißbräuchlichen Ausnutzung sind im Vertrag definiert, so daß es Kommission und EuGH überlassen war, diese Begriffe für die Rechtsanwendung auszulegen.

a) Die Auslegung des Artikel 82 EG im Lichte der Vertragsziele der Artikel 2 und 3 lit. g) EG

Nach den Auslegungsgrundsätzen des EuGH ist folgendermaßen vorzugehen: Die Auslegung der Normen der durch den EGV geschaffenen Rechtsordnung geht zuerst von dem Text der jeweiligen Vorschrift aus, dessen Sinn durch wörtliche und logische Auslegung zu ermitteln ist. Ergibt sich aus dieser Auslegung kein klares Ergebnis, ist in einem zweiten

¹²¹ vgl. zur Zwischenstaatlichkeitsklausel: Schröter in: G/T/E Art. 86 EGV Rdnr. 233ff und Jung in: Grabitz/Hilf (neu) Art. 82 EG Rdnr. 258ff jeweils mit weiteren Nachweisen.

Schritt der Sachzusammenhang zu berücksichtigen, in dem die Vorschrift steht. Schließlich ist die Bedeutung und Funktion der Vorschrift zum gesamten Vertragswerk in Bezug zu setzen.¹²² Der EuGH betrachtet somit die Normen des EGV nicht etwa nur als punktuell regelnde Vorschriften. Vielmehr muß die einzelne Norm in den Gesamtzusammenhang des Vertragswerks hineingestellt werden.¹²³ Diese Methode entspricht dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, in der alle Bestandteile widerspruchsfrei aufeinander bezogen sind.¹²⁴

Der Gerichtshof betonte daher bereits in einer frühen Entscheidung zu Artikel 81 EG¹²⁵ den Zusammenhang zwischen den Wettbewerbsregeln in Artikel 81 ff. EG und den in der Präambel sowie den Artikeln 2 und 3 EG niedergelegten Vertragszielen und Tätigkeiten der Gemeinschaft. Er hat sich damit der Auslegung, die insbesondere von Mestmäcker¹²⁶ vertreten wurde, angeschlossen.

Der EuGH führte in dieser Entscheidung aus, daß die Wettbewerbsregeln dazu dienen, die Vorschriften der Artikel 2 und 3 EG über die "Tätigkeiten der Gemeinschaft" zu verwirklichen. Daher müßten die Wettbewerbsregeln nicht nur im Einklang mit diesen Zielen, sondern so ausgelegt werden, daß diese Ziele umgesetzt werden. Eines der Hauptziele des Artikel 2 EG sei die Errichtung des Gemeinsamen Marktes. Besonders wichtige Voraussetzungen für die Erreichung dieses

122 EuGH, Simon/Gerichtshof Rs 15/60, Slg. 1961 S. 262; EuGH, Rs 13/60 Slg. 1961 S. 181, 214, 231.

123 EuGH, Rey Soda/Cassa Congnaglio Zuccheri Rs 23/75 Slg. 1975, 1279, 1302.

124 Zuleeg in: G/T/E, Art. 1 Rdnr. 32.

125 EuGH, Italien/Kommission, Rs 32/65, Slg. 1966, 457, 483.

126 vgl. dazu unten S. 94.

Ziels seien die in der Präambel zum Vertrag niedergelegten Grundsätze, vor allem die "Beseitigung der bestehenden Hindernisse" und "die Gewährleistung eines redlichen Wettbewerbs". Aus dem Tätigkeitskatalog des Artikel 3 EG hebt der Gerichtshof daher die Bestimmung des Artikel 3 lit. g) EG hervor, wonach ein System zu errichten ist, "das den Wettbewerb ... vor Verfälschungen schützt".

In der ersten Entscheidung, die zu Artikel 82 EG ergangen war, fundierte der Gerichtshof diese Auslegung, indem er klarstellte, daß die in Artikel 3 EG aufgeführten Tätigkeiten der Gemeinschaft nicht lediglich unverbindliche Programmsätze seien, sondern als grundlegende Vertragsziele zwingende Geltung beanspruchten.¹²⁷

In allen Entscheidungen nimmt der EuGH bei der Auslegung der Artikel 81, 82 EG das in Artikel 3 lit. g) EG niedergelegte Gebot, ein System unverfälschten Wettbewerbs zu errichten, zum Maßstab. Teilweise begnügt er sich mit dieser Begründung¹²⁸, teilweise bemüht er jedoch auch noch zusätzlich das eine oder andere in Artikel 2 EG genannte Vertragsziel. Überwiegend stellt der Gerichtshof zwar auf das Erreichen binnenmarktähnlicher Verhältnisse als dem vornehmlichen Ziel des Vertrages ab¹²⁹, nennt aber auch andere Vertragsziele. So soll durch den Wettbewerb auch die harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft gefördert werden. Allerdings ist hinsichtlich der Vorstellung, die Artikel 81ff. EG müßten in den Dienst

127 EuGH, Continental Can, Rs 6/72 Slg. 1973, 244.

128 so z. B. in Commercial Solvents, Rs 6 und 7/73 Slg. 1977, 252.

129 z.B. in Saba/Metro Kommission, Rs 26/76 Slg. 1977, 1875, 1905; Continental Can, Rs 6/72 Slg. 1973, 244.

sämtlicher Vertragsziele gestellt werden, Skepsis angebracht, da es denkbar ist, daß die Förderung eines der anderen als in Artikel 3 lit. g) EG genannten Ziele gerade mit diesem des unverfälschten Wettbewerbs kollidiert. Eine prinzipielle Grenze sollte sich daher aus dem Wettbewerbssystem ergeben, innerhalb dessen Unternehmen auch nicht mittelbar verpflichtet werden dürfen, Gemeinschaftsziele mit wettbewerbswidrigen Mitteln zu verwirklichen.¹³⁰

b) Beherrschende Stellung

aa) Begriff

Der EuGH betont seit den 70iger Jahren, das Tatbestandselement Marktbeherrschung sei wie alle anderen Tatbestandselemente des Artikel 82 EG im Licht des Artikel 3 lit. g) EG auszulegen. Auf dieser Grundlage verwenden die Kommission und der Gerichtshof seit der United-Brands-Entscheidung folgende zur Standardformel gewordene Definition der Marktbeherrschung:¹³¹ "Mit der beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 EGV ist die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten." Ein Marktbeherrscher verfügt nach dieser Definition über eine

130 vgl. Mestmäcker, E.-J., Europäisches Wettbewerbsrecht, aaO, S. 388; van der Esch, B., Der Stellenwert des unverfälschten Wettbewerbs in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und der Verwaltungspraxis der Kommission, in: WuW 1988, S. 562, 565.

131 EuGH, United Brands Rs 27/76 Slg. 1978, 207, 286; Hoffmann-La Roche (Vitamine) Rs 85/76 Slg. 1979, 461, 520; L'Oreal Rs 31/80 Slg. 1980, 3775, 3793; Michelin Rs 322/81 Slg. 1983, 3461, 3503, 3505.

derart hohe Wirtschaftskraft, daß diese nicht mehr durch wirksamen („unverfälschten“) Wettbewerb kontrolliert wird. Vielmehr ist der Marktbeherrscher in der Lage, Entscheidungen zu treffen, die ihrerseits auf die Wettbewerbssituation Einfluß nehmen.

Von den Wettbewerbern unabhängiges Verhalten kennzeichnet allerdings nur dann die Marktbeherrschung, wenn es um die Beurteilung vertikaler Beziehungen, bzw. solcher zwischen dem betreffenden Unternehmen und den Abnehmern geht. Richtet sich die Ausübung von Marktmacht gegen die Wettbewerber - wie bei Kampfpreisstrategien - so plant das marktbeherrschende Unternehmen nicht unabhängig, sondern reaktiv.¹³² In diesen Fällen untersucht auch der EuGH die Fähigkeit des Marktbeherrschers auf Wettbewerber zu reagieren und ihnen durch geeignete Maßnahmen zuvorzukommen.¹³³ Die Unabhängigkeit des Marktbeherrschers liegt nicht in der fehlenden Reaktionsverbundenheit zu den Dispositionen der Wettbewerber, sondern in der Fähigkeit, frei von Wettbewerbsdruck diese Dispositionen durch eigene Entscheidungen in ihren Wirkungen auf die Wettbewerbssituation beeinflussen zu können.

Das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung wird von den europäischen Wettbewerbsregeln nicht sanktioniert. Daher ist der Begriff der Marktbeherrschung ein objektiver, dem kein Unwerturteil anhaftet. Die Feststellung einer Marktbeherrschung ist daher auch nicht in Abhängigkeit des zu untersuchenden, behaupteten mißbräuchlichen Verhaltens vorzunehmen.

132 Mestmäcker, E.-J., Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1959, S. 15.

133 EuGH, Hoffmann-La Roche (Vitamine) Rs 85/76 Slg. 1979, 461, 534.

bb) Kriterien für den Nachweis der beherrschenden Stellung

Die Definition der Marktbeherrschung enthält Marktstruktur-, Unternehmensstruktur- und Marktverhaltenselemente: Die wirtschaftliche Macht des beherrschenden Unternehmens ermöglicht ein von Abnehmern, Lieferanten und Wettbewerbern unabhängiges Marktverhalten, welches auf die Marktstruktur zurückwirkt, indem wirksamer Wettbewerb verhindert wird.

Je nach den Umständen des zu entscheidenden Einzelfalles sind die Marktstruktur-, und Marktverhaltens-Kriterien im Rahmen einer Gesamtwürdigung unterschiedlich zu gewichten. "Das Vorliegen einer beherrschenden Stellung ergibt sich im allgemeinen aus dem Zusammentreffen mehrerer Faktoren, die jeweils für sich gesehen nicht ausschlaggebend sein müssen."¹³⁴

Beim Marktstrukturtest stehen die Marktanteile des zu beurteilenden Unternehmens und diejenigen der Mitbewerber, sowie die Beurteilung der Marktzutrittsschranken im Vordergrund. EuG und EuGH gehen in ständiger Rechtsprechung sogar so weit, daß sie besonders hohe Marktanteile - von außergewöhnlichen Umständen abgesehen - ohne weiteres als Beweis für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ansehen.¹³⁵ Marktanteile um rund 50 % genügen dem Gerichtshof bereits schon, wenn die nachfolgenden Wettbewerber einen großen Abstand zum Marktbeherrscher aufweisen.¹³⁶ Marktzutrittsschranken sind

134 EuGH, United Brands Rs 27/76 Slg. 1978, 207, 286; Hoffmann-La Roche (Vitamine) Rs 85/76 Slg. 1979, 461, 520.

135 EuG, Hilti Rs C-53/1992 Slg. 1991, II-1439, Tz. 92f., bestätigt durch EuGH, Slg. 1994, I-667.

136 vgl. Schröter in: G/T/E, Art. 86 Rdnr. 80 m.w.N.

gleichfalls ein Kriterium zur Beurteilung von Marktbeherrschung, weil dadurch potentieller Wettbewerb unterbunden werden kann.

Die Beurteilung der Unternehmensstruktur richtet sich unter anderem nach dem technologischen Vorsprung, dem Integrationsgrad des Unternehmens, insbesondere dem Grad der vertikalen Integration und der Wirtschafts- und Finanzkraft.¹³⁷

Die Marktverhaltensanalyse wird in der Regel nur ergänzend zum Markt- und Unternehmensstrukturtest herangezogen, da ihre Aussagekraft häufig ambivalent ist: Das Marktverhalten kann Folge eines wirksamen Wettbewerbs oder Bestandteil einer wettbewerbswidrigen Strategie des Marktbeherrschers sein.¹³⁸ Gerade bei Preissenkungen ist diese Ambivalenz augenfällig. Sie können aufgrund eines bestehenden Wettbewerbsdrucks erfolgt oder Ausdruck einer Kampfpreisstrategie sein. Aufschluß geben längerfristige Untersuchungen über das Preisgebaren sowohl des Marktbeherrschers als auch der Wettbewerber. Gehen starke Preissenkungen ohne Änderung der Wettbewerbsparameter von dem Marktbeherrschers über eine längere Zeit aus, so kann daraus auf eine Preisführerschaft und damit Marktbeherrschung geschlossen werden.

137 ausführlich: Koch in: Grabitz/Hilf (alt), Art. 86 Rdnr. 22; Schröter in: G/T/E, Art. 86 Rdnr. 86ff.

138 Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, aaO, Art. 86 EGV Rdnr. 94.

cc) Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bei gezielten KampfpPreisstrategien

aaa) Allgemeines

Die Marktmacht von Unternehmen läßt sich nur dann zuverlässig beurteilen, wenn feststeht, wo, wann und bei welchen Produkten oder Dienstleistungen sie mit den Produkten oder Dienstleistungen anderer Unternehmen im Wettbewerb stehen. Es bedarf daher der Abgrenzung des relevanten Marktes in geographischer, zeitlicher und sachlicher Hinsicht. Die damit verbundenen Probleme sind in der Literatur in aller Ausführlichkeit bereits diskutiert und dargestellt worden.¹³⁹ Daher wird vorliegend nur auf die Besonderheiten aufmerksam gemacht, die bei gezielten KampfpPreisstrategien hinsichtlich des sachlich relevanten Marktes zu beachten sind.

bbb) Kriterien für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes

KampfpPreisstrategien sind Ausdruck von Anbietermacht. Kommission und Gerichtshof nehmen die sachliche Marktabgrenzung in Fällen von Anbietermacht nach dem Bedarfsmarktkonzept vor. Maßgebliches Kriterium für die Marktabgrenzung ist die Austauschbarkeit der in Frage stehenden Produkte aus der Sicht der Marktgegenseite.¹⁴⁰

139 vgl. nur Fishwick, F., Definition of the Relevant Market in Community Competition Policy, Studie im Auftrag der Kommission, Luxembourg 1986; Thiesing, J., Die Abgrenzung des relevanten Marktes in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu Art. 85 und 86, in: Festschrift für Hartmann, FIW-Schriftenreihe Heft 75, Köln uaO, 1976, S. 355ff.

140 Schröter in: G/T/E Art. 86 Rdnr. 107; Koch in: Grabitz/Hilf (alt) Art. 86, Rdnr. 35; EuGH, Hoffmann-La Roche (Vitamine) Rs 85/76 Slg. 1979, 461, 516f.

Die Kommission¹⁴¹ betont dabei mehr den Aspekt der subjektiven Äquivalenz, während der EuGH die funktionelle Äquivalenz in den Vordergrund stellt. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind die Wettbewerbsmöglichkeiten "... im Rahmen des Marktes zu beurteilen, in dem sämtliche Erzeugnisse zusammengefaßt sind, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und mit anderen Erzeugnissen nur in geringem Maße austauschbar sind."¹⁴²

Das Bedarfsmarktkonzept richtet das Augenmerk ausschließlich auf das Verbraucherinteresse, indem es das Marktgeschehen anhand der Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite beurteilt. Diese Methode der Marktabgrenzung ist jedoch in den Fällen des Behinderungsmissbrauchs nicht ausreichend. Kennzeichnend für den Behinderungsmissbrauch sind Verhaltensweisen, die gegen Konkurrenten gerichtet sind und gerade im Fall von KampfpPreisstrategien Auswirkungen auf Drittmärkte haben können. Die Verbraucherseite ist nur mittelbar betroffen und deshalb nur von sekundärer Bedeutung für den Nachweis der Marktbeherrschung und den damit zusammenhängenden Fragen der Marktabgrenzung.

Die rein produktorientierte Marktabgrenzung berücksichtigt nicht die Marktstruktur und das Marktverhalten des Unternehmens, welche die Marktbeherrschung signalisieren. Aufgabe der Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen des Artikel 82 EG ist jedoch zu ermitteln, ob das betreffende Unternehmen in der Lage ist, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs zu verhindern und sich seinen

141 vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372/5 vom 9.12.1997.

142 EuGH, L'Oreal Rs 31/80 Slg. 1980, 3775, 3793.

Wettbewerbern und Handelspartnern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten. Das zu beurteilende Verhalten und der wirtschaftliche Gesamtzusammenhang geben also Aufschluß über die Marktbeherrschung auf einem bestimmten Markt. Daher ist der Markt sowohl produkt-, als auch wettbewerbsbezogen zu ermitteln.¹⁴³ Wettbewerbsbezogene Ermittlung des relevanten Marktes bedeutet, daß die Wettbewerbsbedingungen sowie die Struktur der Nachfrage und des Angebots auf dem Markt in Betracht gezogen werden.¹⁴⁴ Diese beiden Methoden der Marktabgrenzung stehen jedoch nicht isoliert nebeneinander, sondern zeigen insofern Interdependenzen, als die funktionelle Austauschbarkeit von Produkten aus der Sicht des Nachfragers zugleich die Nähe eines Wettbewerbers auf dem beherrschten Markt und damit die Reaktionsverbundenheit der Wettbewerber untereinander kennzeichnet. Je größer die Reaktionsverbundenheit ist, desto erfolgversprechender sind auch die Verdrängungs- bzw. Disziplinierungsstrategien.

ccc) Auseinanderfallen von beherrschtem Markt und Markt, auf den sich der Mißbrauch bezieht

Führt ein marktbeherrschendes Unternehmen eine Verdrängungsstrategie gegen Wettbewerber durch Kampfpreise auf einem anderen Markt als demjenigen durch, auf dem es marktbeherrschend ist, so stellt sich die Frage, ob dies einen Einfluß auf die Bestimmung des relevanten Marktes hat. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes, auf welchem das Unternehmen marktbeherrschend ist, bleibt grundsätzlich außer

143 Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 3. Aufl. München 2001, § 19, Rdnr. 22.'

144 EuGH, Michelin Rs 322/81 Slg. 1983, 3461, 3463.

Betracht, daß das mißbräuchliche Verhalten auf einem anderen sachlichen oder geographischen Markt festgestellt wird oder auf diesen Auswirkungen hat.¹⁴⁵ Allerdings kann die Nähe eines verbundenen Marktes zu dem beherrschten Markt wiederum Aufschlüsse darüber geben, inwieweit die Marktbeherrschung auf die Wettbewerbsverhältnisse des verbundenen Marktes abstrahlt.¹⁴⁶ In zeitlicher Hinsicht hat die Marktbeherrschung dann vorzuliegen, wenn der Mißbrauch stattfindet.

c) Mißbrauch

Artikel 82 EG ist gegliedert in die Generalklausel des Absatzes 1 und die Regelbeispiele des Absatzes 2, die erläutern, was unter Mißbrauch einer beherrschenden Stellung zu verstehen ist. Den Beispielen kommt mithin eine wesentliche Bedeutung bei der Bestimmung von Inhalt und Tragweite des Mißbrauchsbegriffs zu. Es besteht jedoch Einigkeit darüber, daß die Aufzählung der mißbräuchlichen Praktiken nur exemplarische Bedeutung hat und daher keine abschließende Interpretation der Generalklausel ermöglicht. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Artikel 82 EG selbst, der die Aufzählung der Regelbeispiele mit "insbesondere" einleitet und wurde auch vom EuGH in der Continental Can Entscheidung bestätigt.¹⁴⁷ Abgesehen von diesem Grundkonsens gehen jedoch die Auffassungen über die Bedeutung der Regelbeispiele auseinander.

145 EuGH, Commercial Solvents Rs. 6/73 und 7/73 Slg. 1974, 223 Tz. 21.

146 vgl. EuGH, AKZO Rs. C-62/86 Slg. 1991, 3439. Dazu unten S. 112.

147 EuGH, Continental Can/Kommission, Rs 6/72 Slg. 1973, 246.

aa) Systematik des Artikel 82 EG - Literaturmeinungen

aaa) Kategorien mißbräuchlicher Verhaltensweisen

Es erscheint zweckmäßig zur Systematisierung der Mißbrauchstatbestände von der verbreiteten Unterscheidung zwischen Behinderungs-, Ausbeutungs- und Strukturmißbrauch auszugehen.¹⁴⁸ Die von Fikentscher¹⁴⁹ vorgeschlagene Einteilung in kundenorientierter und mitbewerberorientierter mißbräuchlicher Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung tragen für die vorliegenden Zwecke nicht zur Klarheit bei und werden daher der Darstellung nicht zugrunde gelegt. Vergleichbare Klassifikationen werden auch im ausländischen Schrifttum vorgenommen. So geht eine Unterscheidung zwischen "exploitative abuse" (Ausbeutungsmißbrauch) und "anti-competitive abuse" (Behinderungsmißbrauch) auf Bellamy/Child zurück, wobei innerhalb des Ausbeutungsmißbrauchs getrennt wird zwischen Praktiken mit und ohne Behinderungseffekt.¹⁵⁰

Behinderungsmißbrauch umfaßt diejenigen Maßnahmen von Unternehmen in beherrschender Stellung, die sich schwerpunktmäßig gegen die Konkurrenten auf dem schon beherrschten oder auf dritten Märkten richten.¹⁵¹

148 vgl. Langen, Kartellgesetz (6. Aufl.), 22 Rdnr. EG 135, 144, 152; Koch in: Grabitz/Hilf (alt), Art. 86, Rdnr. 50ff.

149 Fikentscher, W., Wirtschaftsrecht Bd 1, München 1983, S. 651.

150 Bellamy & Child, Common Market Law of Competition, 4th ed. 1993, S. 618ff. Darauf gestützt z. B. auch John Temple Lang, Monopolisation and the Definition of "Abuse" of a Dominant Position under Art. 86 EEC-Treaty, in: 16 Common Market Law Review, 1979, S. 345.

151 Koch in: Grabitz/Hilf (alt), Art. 86, Rdnr. 51; Emmerich, V., Kartellrecht, aaO, S. 547; Gyselen, L., Abuse of Monopoly Power within the Meaning of Article 86 of the EEC Treaty: Recent Developments, in: Fordham Corporate Law Institute, "1992 and EEC/U.S. Competition and Trade Law", New York 1990, S. 597.

Kampfpreisunterbietungen zur Verdrängung der Konkurrenten stellen den klassischen Fall des Behinderungswettbewerbs dar. Unter Ausbeutungsmißbrauch versteht man dagegen Praktiken marktbeherrschender Unternehmen, die sich gegen die Marktpartner richten.¹⁵² Darunter fällt z.B. Preismißbrauch in Gestalt überhöhter Preise. Eine dritte Kategorie wird als Strukturmißbrauch bezeichnet. Hierbei geht es um Fallgestaltungen, in denen marktbeherrschende Unternehmen bewußt und gezielt die Marktstruktur auf Dauer verschlechtern.¹⁵³ Solche Auswirkungen können marktbeherrschende Unternehmen z. B. durch Fusionen herbeiführen. Häufig lassen sich diese Mißbrauchskategorien in der Praxis nicht so klar trennen, wie dies theoretisch möglich ist. Eine konkrete unternehmerische Maßnahme berührt meistens verschiedene Mißbrauchstatbestände, die in mehrere der genannten Kategorien fallen. Z. B. haben bestimmte Arten der Machtausübung über Marktpartner zugleich einen Behinderungseffekt. Beispiele sind Konkurrenzverbote, Ausschließlichkeitsbindungen, Treuerabatte etc. Kampfpreise haben nicht nur einen Behinderungseffekt, sondern verschlechtern auf Dauer die Marktstruktur, wenn sie erfolgreich eingesetzt werden.

bbb) Der Meinungsstreit in der Literatur

Über Inhalt und Reichweite von Artikel 82 EG wurde in der Literatur kontrovers diskutiert. Insbesondere Joliet¹⁵⁴ vertrat

152 Koch in Grabitz/Hilf (alt), Art. 86, Rdnr. 51.

153 Langen, Kartellgesetz (6. Aufl.), § 22 Rdnr. EG 152. Die Kategorie des Strukturmißbrauchs ist seit Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung VO 4064/89 (jetzt VO 139/2004) nicht mehr von Bedeutung.

154 Joliet, Monopolization and Abuse of a Dominant Position, Liege 1970; ders., Der Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung in Art. 86 EWG-Vertrag, in: EuR 1973, 97ff.

den Standpunkt, daß die Auswahl der Beispiele in Artikel 82 Absatz 2 EG sich nur auf Fälle des Ausbeutungsmißbrauchs bezögen und diese Einschränkung bei der Interpretation der Generalklausel zu berücksichtigen sei. Artikel 82 EG sei nur in Fällen des Ausbeutungsmißbrauchs anwendbar, weil keiner der in Artikel 82 Absatz 2 EG aufgeführten Beispiele die Absicht der Verfasser zeige, die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs zu sichern.¹⁵⁵ Artikel 82 EG wolle nur ein unmittelbares Einschreiten in den Fällen ermöglichen, in denen durch einseitige Praktiken der Wettbewerb beseitigt worden ist "und die Abnehmer tatsächlich ausgebeutet oder gegenüber anderen, auf demselben Markt tätigen Unternehmern diskriminiert werden." Diese direkte Reglementierung wirtschaftlicher Macht könne mittelbar auch Auswirkungen auf die Wettbewerbsstrukturen haben, darauf komme es jedoch im Rahmen des Artikel 82 EG nicht an.¹⁵⁶ Das Wettbewerbsrecht hat nach dieser Auffassung allein die Aufgabe, Konsumenten vor langfristiger Ausbeutung zu bewahren.¹⁵⁷

Bezogen auf das Problem des predatory pricing würden aus dieser Sicht folgende Schlüsse zu ziehen sein:¹⁵⁸ Erfolgreiche Kampfpreisunterbietung kann in zwei wettbewerbliche Perioden aufgeteilt werden: Die erste Phase ist diejenige, in welcher die Preisunterbietung stattfindet. Dabei werden zwar die Wettbewerber geschädigt, die Konsumenten und sonstigen Abnehmer profitieren von den niedrigen Preisen jedoch uneingeschränkt. Da Artikel 82 EG nicht den Wettbewerb bzw. die Wettbewerber in seinen Schutzbereich einbezieht, sondern

155 ders., Monopolization..., aaO, S. 247; Der Begriff ..., aaO, S. 110; so auch Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, 3. Aufl. 1974, Art. 86 Rdnr. 52.

156 ders., Der Begriff ..., aaO, S. 120.

157 vgl. Smith, P., The Wolf in Wolf's Clothing: The Problem with Predatory Pricing, in: European Law Review, 1989, S. 209.

158 vgl. Joliet, Monopolization and Abuse of a Dominant Position, aaO, S. 248ff.

nur Ausbeutungsmißbrauch verbietet, hat die Kommission in dieser Situation keine Veranlassung gegen das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens vorzugehen. In der zweiten Phase - also nach erfolgreicher Verdrängung bzw. Abschreckung aktueller oder potentieller Wettbewerber wird sich das Unternehmen so verhalten, daß es die dazugewonnenen Marktanteile und die in der Regel damit verbundenen geringeren durchschnittlichen Stückkosten (Kostenvorteile durch Größensparnisse) nicht etwa an den Konsumenten abgibt, sondern die Preise anhebt, um die Monopolgewinne abzuschöpfen. In dieser Situation greift nun Artikel 82 Absatz 2 lit. a) EG ein, der nach Ansicht Joliets eine direkte Preiskontrolle ermöglicht, so daß langfristig die Verbraucher und Abnehmer von der Strategie des Marktbeherrschers profitieren können.

Als Begründung für eine derartige Vorgehensweise führt Joliet an, daß marktbeherrschende Unternehmen auf wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen verzichten würden, da sie damit rechnen müßten, daß sie durch direkte, hoheitliche Eingriffe, wie Preis- und Outputkontrollen, in ihrer unternehmerischen Entscheidungsfreiheit beschnitten würden. Die wettbewerbswidrig erlangte Position könnte nicht zu Ausbeutungszwecken mißbraucht werden, Preiskriege wären nicht mehr lohnend. Die Marktmacht würde dadurch neutralisiert.¹⁵⁹

Die Überlegungen Joliets erinnern an die Vorschläge, die von Williamson und Baumol gemacht wurden. Sie alle haben gemein, daß sie direkte Eingriffe in die Unternehmenspolitik dergestalt vorsehen, daß bestimmte Preise bzw. bestimmte Outputmengen vorgeschrieben werden. Solche Interventionen

laufen ordnungspolitischen Vorstellungen zuwider. Der Unionsvertrag verpflichtet aber die Gemeinschaft auf ein System unverfälschten Wettbewerbs (Artikel 3 lit. g) EG), und durch Maastricht wurde auch erstmals explizit die Grundentscheidung für eine "offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb" getroffen (Artikel 4 EG). Ob dies angesichts des sich durch Maastricht angekündigten "ordnungspolitischen Systemwechsels" in Form von zunehmenden interventionistischen Kompetenzen noch aufrechterhalten werden kann, erscheint allerdings zweifelhaft.¹⁶⁰

Die Fragwürdigkeit der hinter den Überlegungen von Joliet stehenden Wettbewerbskonzeption zeigt sich gerade am Beispiel gezielter Kampfpreisstrategien besonders deutlich: Das Konzept ermöglicht lediglich ein Kurieren an Symptomen, aber nicht die Bekämpfung der Ursachen selbst. Es lassen sich insbesondere zwei zentrale Kritikpunkte anführen:

- (1) Durch das Kampfpreisverhalten des Marktbeherrschers werden an sich effiziente, aber nicht so finanzstarke Unternehmen aus dem Markt gedrängt. Selbst wenn ihnen aufgrund entsprechender wettbewerblicher Prozesse zu einem späteren Zeitpunkt der Markteintritt wieder gelänge, wäre dennoch der volkswirtschaftliche Schaden, insbesondere dann, wenn hohe sunk costs zu verzeichnen sind, beträchtlich. Das von Joliet vorgeschlagene Konzept greift erst nachträglich in bereits verfestigte, monopolisierte Strukturen ein.
- (2) Preise sind Indikatoren für Knappheitsverhältnisse, direkte Preiskontrollen verzerren diese. Hohe Gewinne

159 ders., Monopolization ..., aaO, S. 250.

160 vgl. Vollmer, L., Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftspolitik der EG nach

signalisieren Marktchancen und attrahieren Newcomer. Durch administrierte Preiskontrollen entstehen daher Fehlallokationen. Ein Eingreifen bereits in der ersten Phase der Verdrängung hätte mithin den Vorteil, daß sowohl die unter (1) genannten volkswirtschaftlichen Kosten als auch die in der zweiten Stufe erforderlichen Interventionen vermieden würden.

Die Vertreter dieser Ansicht kommen zu einer derart engen Auslegung, weil sie Artikel 82 EG isoliert von den Zielen des Vertrages betrachten, die sich aus der Präambel ergeben und in den Artikeln 2, 3 EG niedergelegt sind. Joliet beruft sich zwar darauf, er wolle "eine Auslegung des Artikel 86 verteidigen, die die politische Entscheidung der Verfasser des EWGV berücksichtigt."¹⁶¹ Zu Artikel 82 EG liegen jedoch weder Gesetzesmaterialien noch sonstige authentische Interpretationen vor.¹⁶² Die Vorarbeiten zu dem Vertragswerk können für die subjektiv-historische Auslegung nur Arbeitshypothesen liefern; diese können aber durchaus eine wichtige Hilfestellung geben.¹⁶³ Die Konzipierung des europäischen Wettbewerbsrechts auf der Konferenz von Messina 1955 und im Spaak-Bericht 1956 wurde prägend von der deutschen Verhandlungsdelegation vorgenommen, die in ihren wettbewerbstheoretischen Anschauungen stark vom Ordoliberalismus geleitet war. Wie im Spaak-Bericht zu lesen ist, soll verhindert werden, daß die abgebauten nationalen Grenzen und hoheitlichen Handelshemmnisse ersetzt werden durch gleichwirkende Vereinbarungen privater

"Maastricht", in: DB, 1993, S. 25, 28.

161 Joliet, R., Der Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung in Art. 86 EWG-Vertrag, aaO, S. 122.

162 Rowedder, H., Die Mißbrauchstatbestände des Art. 86 EWGV, in: Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, Kartellrundschaue Heft 8, Köln uaO, 1966, S. 247, 249.

163 vgl. Zuleeg, in G/T/E Art. 1 Rdnr. 31 m.w.N.

Wirtschaftssubjekte.¹⁶⁴ Darin drückt sich die Sicht Walter Euckens aus, wonach eines der konstituierenden Prinzipien der marktwirtschaftlichen Ordnung rechtlich gewährleistet, offene Märkte sind.¹⁶⁵ Die Wettbewerbsvorschriften der Artikel 81ff EG konkretisieren dieses Ziel. Artikel 82 EG ist daher unter Berücksichtigung dieses Ziels auszulegen, mit dem Ergebnis, daß auch der Wettbewerb umfassend geschützt wird.

Diesen Ansatz nimmt insbesondere Mestmäcker¹⁶⁶ zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen. Der Gegenstand der europäischen Gemeinschaft ist die Errichtung des Gemeinsamen Marktes. Die durch den EGV geschaffene Rechtsordnung ist daher primär wirtschaftlich orientiert. Der Schutz offener Märkte ist für die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes kennzeichnend und bei der Auslegung des Art 82 EG zu berücksichtigen. Die Öffnung der Märkte durch Schaffung einer Zollunion und inzwischen auch eines Binnenmarktes ermöglicht neuen Wettbewerb. Diese Entwicklung führt auch dazu, daß bislang gefestigte Marktstrukturen und -positionen gefährdet werden. Daraus erwächst die Tendenz, den Zugang zum Markt zu behindern oder auszuschließen. Mittels des Wettbewerbs werden aber nicht nur bestehende Märkte organisiert, sondern auch ausgedehnt bzw. neue Märkte geschaffen. Die europäischen Wettbewerbsregeln haben daher die Funktion, die Möglichkeit zu erhalten bzw. zu eröffnen, daß sich neue Märkte auf der Grundlage unverfälschten Wettbewerbs bilden können.

164 Spaak-Bericht, S. 18

165 Eucken, W., Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1952, S. 254ff.

166 Mestmäcker, E.-J., Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Artikel 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, in: Festschrift für Walter Hallstein zum 65. Geburtstag, Frankfurt am Main 1966, S. 322ff; ders., Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974, S. 17ff.

Für die Beurteilung von Kampfpreisstrategien bedeutet dies: Das strategische Ziel, das mit Preiskriegen erreicht werden soll, ist Marktabschottung und Monopolisierung des Marktes. Kampfpreisunterbietung ist daher auch geeignet, Märkte, die erst durch die Einführung der Zollunion offen sind, zu spalten, die Schranken also mit anderen Mitteln wieder zu errichten. Predatory pricing konterkariert damit eines der Hauptziele des Vertrages, die Verwirklichung des Binnenmarktes. Diese ist erst abgeschlossen, wenn eine gegenseitige Durchdringung der Märkte stattgefunden hat. Grundsätzlich stellt predatory pricing somit einen Mißbrauch im Sinne des Artikel 82 EG dar.

bb) Der allgemeine Mißbrauchsbegriff von Kommission und EuGH

Die Interpretation des Artikel 82 EG im Lichte der Vertragsziele führte den Gerichtshof zu einer weiten Interpretation des Artikel 82 EG insgesamt. Schon der von Joliet vorgeschlagenen engen Auslegung der Beispielstatbestände des Artikel 82 Abs. 2 EG folgte der EuGH nicht: Seiner Interpretation der Regelbeispiele als ausschließlich den Ausbeutungsmißbrauch betreffend widersprach er. "Wie (...) die Buchstaben c) und d) von Absatz 2 erkennen lassen, bezieht sich die Bestimmung nicht nur auf Verhaltensweisen, durch die den Verbrauchern ein mittelbarer Schaden erwachsen kann, sondern auch auf solche, die ihnen durch einen Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs, von dem Artikel 3 lit. f) (jetzt Artikel 3 lit. g); Anm. d. Verf.) des Vertrages handelt, Schaden zufügen".¹⁶⁷

167 EuGH, Continental Can, Rs 6/72, Slg. 1973, 246.

Da die Kommission und der EuGH zutreffend die Wettbewerbsregeln im Lichte der Vertragsziele interpretieren, werden die Kategorien für die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung ebenfalls aus den Vertragszielen abgeleitet. Daraus ergibt sich, daß es keines Nachweises irgendwelcher subjektiver Momente, wie z. B. eines Verschuldens bedarf, noch die Sittenwidrigkeit des Verhaltens festzustellen ist. Allein maßgeblich sind vielmehr die objektiven Beziehungen des beherrschenden Unternehmens zum Gemeinsamen Markt.¹⁶⁸

Folgerichtig legt der Gerichtshof dem Artikel 82 EG einen objektiven Mißbrauchs begriff zugrunde, indem er in ständiger Rechtsprechung formuliert, daß das Verbot des Artikel 82 EG "die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung (erfaßt), die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen."¹⁶⁹

Mit dieser Definition knüpft der Gerichtshof an den in Artikel 3 lit. g) EG niedergelegten Grundsatz der Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs an und eröffnet die Möglichkeit außer den in Artikel 82 Absatz 2 EG genannten, vornehmlich den Ausbeutungsmißbrauch betreffenden Fällen

168 vgl Rowedder, H., Die Mißbrauchstatbestände des Art. 86 EWGV, aaO, S. 252.

169 seit der Entscheidung Hoffmann-La Roche (Vitamine), aaO, S. 461, 541; siehe auch L'Oréal Rs 31/80, Slg 1980, 3775, 3794; Michelin Rs 322/81 aaO, S. 3514, Tz 70.

auch Behinderungsmissbräuche zu verbieten. Die mit Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch häufig einhergehende Verschlechterung der Wettbewerbsstrukturen versucht der EuGH besonders zu bekämpfen. Primäres Schutzobjekt des Missbrauchsverbots wird damit der Wettbewerb als Institution.¹⁷⁰

Für die Frage, welches Preisverhalten genau als Mißbrauch im Sinne des Artikel 82 EG anzusehen ist, bedarf es einer weiteren über den allgemeinen Mißbrauchsbegriff hinausgehenden Konkretisierung, ohne die das anzustrebende Maß der Rechtssicherheit nicht erreicht werden kann. Zunächst ist das Verhältnis zwischen dem Generaltatbestand des Artikel 82 Absatz 1 und den Regelbeispielen zu beleuchten. Die Frage, nach welchen Maßstäben – insbesondere kostenbezogene Kriterien – die Kommission und der Gerichtshof Kampfpreisstrategien als mißbräuchlich ansehen, wird im nächsten Kapitel bei der Behandlung des AKZO Falles diskutiert.

cc) Kampfpreisstrategie - Generaltatbestand oder Regelbeispiel lit. a)

Die Einordnung von Kampfpreisstrategien unter den Generaltatbestand oder unter die Regelbeispiele (lit. a) und ggf.

170 Schröter in: G/T/E Art. 86 Rdnr. 24; Mailänder in: Gemeinschaftskommentar, Art. 86 Rdnr. 50ff.

lit. c)) ist in der Literatur¹⁷¹ streitig und wird von Kommission und EuGH nicht eindeutig beantwortet.¹⁷²

Teilweise werden Kampfpreisstrategien unter Artikel 82 Abs. 2 lit. a) EG subsumiert, teilweise unter die Generalklausel des Artikel 82 Abs. 1 EG.¹⁷³ Nach Artikel 82 Abs. 2 lit. a) EG besteht der Mißbrauch einer beherrschenden Stellung in "der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- und Verkaufspreisen und sonstigen Geschäftsbedingungen." In den Fällen, wo Kampfpreise im Zusammenhang mit Preisdiskriminierungen eingesetzt werden, kann zugleich Artikel 82 Abs. 2 lit. c) EG erfüllt sein. Dieser Tatbestand verbietet die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden.¹⁷⁴

Dieser Streit ist nicht ausschließlich akademischer Natur, da an die Feststellung des Mißbrauchs im Rahmen des Generaltatbestandes besonders hohe Anforderungen zu stellen sind. Dies wird insbesondere damit begründet, daß der Generaltatbestand als Auffangtatbestand gegenüber den Regelbeispielen fungiert. Die Regelbeispiele enthalten dagegen vom Gesetzgeber typisierte mißbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, bei deren Vorliegen der

171 Dirksen in: Langen/Bunte Art. 82 Rdnr. 88; Jung in: Grabitz/Hilf (neu) Art. 82, Rdnr. 190; Schröter in: G/T/E Art. 86 Rdnr. 216; Temple Lang, Monopolisation and the Definition of "Abuse" of a Dominant Position in: CMLR 1979, S. 345; ders., Some Aspects of Abuse of a Dominant Position, in: Fordham 1979/80, Bd. 3 Nr. 1 S. 1, 18, Scheufele, Beherrschende Stellung und ihre mißbräuchliche Ausnutzung, in: AWD/BB 1971, S. 457, 467.

172 Emmerich in: Dausen, aaO, H.I. Rdnr 217.

173 vgl. Ashley, D. J., Predatory Pricing under Article 86 of the Treaty of Rome, in: 32 International and Comparative Law Quarterly, 1983, S. 1004, 1006.

174 vgl. dazu, Henle, W., Geographische Preisdifferenzierungen im Gemeinsamen Markt, München 1985.

Tatbestand der mißbräuchlichen Ausnutzung des Absatzes 1 in aller Regel ohne weiteres erfüllt ist. Sonstige Verhaltensweisen, die einen Behinderungsmißbrauch darstellen könnten, begründen den Vorwurf des Mißbrauchs nur bei Hinzutreten weiterer Tatumstände. Hierzu zählen das Fehlen objektiver Rechtfertigungsgründe, die Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, die Verwendung unlauterer oder leistungsfremder Mittel sowie eine erhebliche Behinderung des Restwettbewerbs. Bei der Feststellung von Zuwiderhandlungen gegen die Generalklausel gelten mithin durchweg strengere Beweisanforderungen.¹⁷⁵

Häufig wird eine genaue Subsumtion des in lit. a) geregelten Mißbrauchstatbestandes überhaupt nicht vorgenommen.¹⁷⁶ So will z. B. Smit/Herzog vom Wortlaut des lit. a) abstrahieren und allein auf den Zweck abstellen. Kategorie a) regelt unangemessenes Preisgeben, weil es im Zusammenhang mit einer beherrschenden Stellung stehe und nicht Ergebnis von wirksamem Wettbewerb sei. "Monopolies often use price cutting as a device for enlarging their power. There is no reason why category (a) should not be interpreted to embrace such practices."¹⁷⁷ Andere Autoren vergleichen den Wortlaut des lit. a) mit lit. b) und c) und ziehen aus der Tatsache, daß dort die

175 so Schröter in: G/T/E Art. 86 Rdnr. 142; a.A. Jung in: Grabitz/Hilf (neu) Art. 82 Rdnr. 242.

176 vgl. z. B. Bellamy & Child, aaO, Rdnr. 9-048: "Unfair pricing may be either unfairly low pricing, designed to eliminate a competitor, or unfairly high pricing ..."; Mégret, J., in: Mégret/Louis/Vignes/Waelbroeck, *Le droit de la Communauté économique européenne*, vol. 4, concurrence, Brüssel 1972, S. 70, will predatory pricing unter Art. 86 (a) fallen lassen, weil Art. 86 nicht nur Ausbeutungsmißbrauch, sondern auch Behinderungsmißbrauch regelt. Der Wortlaut des lit. a) sei unklar und könne daher in der genannten Richtung ausgelegt werden. Siragusa, M., *The Application of Article 86 to the Pricing Policy of Dominant Companies: Discriminatory and Unfair Prices*, in: *Common Market Law Review*, 1979, S. 185, Anm. 14.

177 vgl. Smit, H., Herzog, P. E., *The Law of the European Economic Community, A Commentary on the EEC Treaty*, New York 1984, Rdnr. 86.16.

Handelspartner explizit genannt sind, gegenüber denen das mißbräuchliche Verhalten geübt wird, während dies bei lit. a) nicht der Fall ist, daß letzterer Tatbestand auch ungerechtfertigte Preise gegenüber Wettbewerbern umfasse.

Jede Auslegung hat zunächst vom Wortlaut auszugehen: Dieser ist Ausgangspunkt und Grenze jeder Auslegung.¹⁷⁸ Hiernach kommt man zu dem Ergebnis, daß Artikel 82 Abs. 2 lit. a) EG nicht auf Kampfpreise anwendbar ist. Weder außergewöhnlich niedrige Verkaufspreise noch außergewöhnlich hohe Einkaufspreise gegenüber den Marktpartnern können "erzwungen", sondern allenfalls - da für die Marktpartner vorteilhaft - gewährt werden.¹⁷⁹

Ein zweiter Gesichtspunkt spricht ebenfalls gegen die Anwendung von Artikel 82 Abs. 2 lit. a) EG auf Kampfpreisstrategien. Dieser Tatbestand verbietet die Erzwingung unangemessener Einkaufs- oder Verkaufspreise. Um festzustellen, ob ein Preis unangemessen ist, bedarf es eines Referenzpunktes. Bei mißbräuchlich überhöhten Preisen eines Marktbeherrschers können die Preise der Konkurrenten nicht als Maßstab genommen werden, weil die hohen Preise des Marktbeherrschers wie ein Preisschild wirken, unter dem sich die Konkurrenten bildlich gesprochen ausbreiten können. Auch weniger effiziente Konkurrenten können überleben, da das Preisniveau u. U. weit über dem Wettbewerbspreis liegt.

Von den zahlreichen Verfahren, die für derartige Fälle des Ausbeutungsmißbrauchs vorgeschlagen werden, ist das

178 vgl. Zuleeg, in: G/T/E, Art. 1 Rdnr. 30.

179 vgl. Deringer, A., Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft Kommentar, Art. 86 Rdnr. 40; Schröter in: G/T/E, Art. 86 Rdnr. 216; Weiser, C., Preismißbrauch nach Art. 86 EWG-Vertrag, Köln uaO, 1987, S. 64f.

Vergleichsmarktkonzept am häufigsten angewendet worden. Bei diesem Konzept versucht man "einen Markt zu finden, bei welchem die die Marktergebnisse beeinflussenden Faktoren (z.B. Kosten, Bedarfsstruktur, konjunkturelle Lage, Produktionstechnik) - abgesehen von der unterschiedlichen Wettbewerbsintensität - vergleichbar sind".¹⁸⁰ Da es in der Realität solche perfekten Vergleichsmärkte nicht gibt, ist man darauf angewiesen durch entsprechende Zu- und Abschläge die Vergleichbarkeit herzustellen. Diese Methodik ist mit großen Unsicherheiten behaftet, weshalb man sich damit begnügen muß, den Korridor festzulegen, innerhalb dessen sich der Wettbewerbspreis mit großer Wahrscheinlichkeit befindet.¹⁸¹

Für den Fall mißbräuchlich überhöhter Preise mag dies ein akzeptables Verfahren sein, da der Wettbewerbspreis in jedem Fall unterhalb des beanstandeten Preises liegt und somit zumindest eine Annäherung an den Wettbewerbspreis erreicht wird. Anders verhält es sich hingegen bei Kampfpreisstrategien. Der Wettbewerbspreis liegt hier oberhalb des als mißbräuchlich angesehenen Preises des Marktbeherrschers. Die Ungenauigkeiten des Vergleichsmarktverfahrens können daher nicht hingenommen werden. Liegt aufgrund von falschen Annahmen oder Wertungen von seiten der Wettbewerbsbehörde oder der Gerichte der administrierte Preis oberhalb des Wettbewerbspreises, würde an die Stelle unternehmerischen Mißbrauchs administrierte Wettbewerbswidrigkeit gesetzt.

Als Alternative könnte noch erwogen werden, anstelle des Vergleichsmarktes, die Preise der Konkurrenten des Preisunterbieters als Maßstab heranzuziehen. Dann müßten aber

180 Schmidt, I., US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973.

181 vgl. Benisch, W., Marktvergleich zur Festsetzung mißbräuchlicher Preise, in: WuW 1974, S. 801ff.

auch diese Preise daraufhin untersucht werden, ob sie wettbewerbsgemäß sind, da die Kampfpreisunterbietung des Marktbeherrschers schließlich auch Auswirkungen auf die Preise der Konkurrenten hat.¹⁸²

Insgesamt zeigt sich, daß der Maßstab der Angemessenheit für die Beurteilung von Kampfpreisstrategien völlig ungeeignet und daher abzulehnen ist.¹⁸³

Soweit Kampfpreisstrategien ohne Preisdiskriminierung durchgeführt werden, sind sie mithin nach der Generalklausel des Artikel 82 EG zu beurteilen.

dd) Diskriminierend selektive Preise als Teil der Kampfpreisstrategie – Generaltatbestand oder Artikel 82 Absatz 2 lit. c) EG?

Marktbeherrschende Unternehmen setzen häufig diskriminierend selektive Preise als Teil der Kampfpreisstrategie ein, um eigene Verluste möglichst gering zu halten. Die selektive Preisstrategie kann zu Unterkostenverkäufen führen, muß aber nicht.

Selektive Kampfpreise kommen in verschiedenen Konstellationen vor: (i) Sie können in verschiedenen geographischen Märkten des selben Produkts, (ii) in dem beherrschten Markt oder (iii) in einem mit diesem verbundenen Markt angeboten werden. Grundsätzlich ist auch denkbar, daß

182 vgl. dazu unten die Ausführungen zu den Schlußanträgen des GA Lenz im Verfahren AKZO, der davon ausgeht, daß das Gericht den angemessenen Preis ermitteln müsse.

183 Der Einschätzung G. von Barys, die Unschärfen im Bereich der Preishöhenkontrollen seien hinnehmbar, kann daher nicht gefolgt werden; vgl. von Bary, G., Das Mißbrauchsverbot des Art. 86 EWGV, München 1986, S. 244.

die selektiven Kampfpreise in einem vom beherrschten Markt unabhängigen, sachlich anderen (nicht beherrschten) Markt eingesetzt werden. Die theoretische Diskussion in Kapitel III hat jedoch gezeigt, daß in diesen Fällen der Einsatz von Kampfpreisen eher unwahrscheinlich ist.¹⁸⁴

In den Fällen (i) und (iii) ist denkbar, daß das diskriminierende Unternehmen auf dem Markt, wo die Preisdiskriminierung stattfindet, nicht beherrschend ist, sondern auf einem anderen (geographischen oder sachlichen) Markt. Der Begriff „verbundener Markt“ ist von Kommission und EuGH zwar verschiedentlich verwendet, jedoch nicht allgemein definiert worden.¹⁸⁵ Verbundenheit bedeutet auf der Basis der Ausführungen in diesen Entscheidungen, daß die Aktionen des Marktbeherrschers auf dem nicht beherrschten Markt nicht nur auf diesen, sondern auch auf den beherrschten Markt wettbewerbliche Auswirkungen haben. Solche Auswirkungen liegen zum Beispiel vor, wenn Kunden auf dem einen Markt zugleich als potentielle Kunden auf dem anderen Markt in Frage kommen (Kundenverbundenheit), oder, wenn der Wettbewerber auf dem nicht beherrschten Markt tatsächlicher oder potentieller Wettbewerber auf dem beherrschten Markt ist und die selektive Kampfpreisstrategie auf dem nicht beherrschten Markt Auswirkungen auf die wettbewerbliche Situation des diskriminierten Unternehmens im beherrschten Markt hat, indem dieses dort z. B. Marktanteile verliert oder den geplanten Markteintritt unterläßt (Wettbewerberverbundenheit). Auch über Produkteigenschaften können Märkte miteinander verbunden sein, wenn ein Produkt für unterschiedliche Verwendungen geeignet ist oder dieses

184 vgl. oben S. 72.

185 EuGH, Tetrapak II Rs C-333/94 Slg. 1996, I-5951 Rdnr. 27ff; EuG, BPB Rs. T-65/89 Slg. 1993 II-389 Rdnr. 93; Kommission, Tetrapak II, ABl. 1992 L 72f/1, 35.

Produkt für die Herstellung unterschiedlicher Produkte eingesetzt werden kann (Produktverbundenheit).

Bietet der Marktbeherrscher den Handelspartnern der Wettbewerber Verlustpreise oder jedenfalls niedrigere Preise an, hält aber die Preise für die eigenen Handelspartner auf dem ursprünglichen Niveau, dann werden in diesem Fall die eigenen Handelspartner diskriminiert, die unter Umständen aufgrund langfristiger Verträge oder sonstiger Bindungen nicht in der Lage sind, eine Gleichbehandlung mit den Handelspartnern der zu verdrängenden Wettbewerber durchzusetzen.

Artikel 82 Absatz 2 lit. c) EG sieht als mißbräuchlich die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern an, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden. Handelspartner sind Abnehmer oder Lieferanten, soweit sie nicht industrielle oder private Endverbraucher sind.¹⁸⁶ Diskriminiert der Marktbeherrscher Endverbraucher, um seine Wettbewerber zu disziplinieren oder zu verdrängen, so fällt dieses Verhalten zwar nicht unter das Regelbeispiel lit. c), ist jedoch ein Fall des Behinderungsmißbrauchs, der nach Artikel 82 Absatz 1 EG zu beurteilen ist. Fraglich ist, ob diskriminierende Preise, die zwar gegenüber Handelspartnern angewandt werden, jedoch nicht darauf abzielen, den Wettbewerb mit diesen zu verzerren, sondern deren Zielrichtung in die Disziplinierung von Wettbewerbern des Marktbeherrschers geht, nach Artikel 82 Absatz 2 lit. c) oder nach der Generalklausel zu beurteilen sind. In diesen Fällen ist die Wettbewerbsverzerrung auf der Stufe der Handelspartner lediglich ein Nebeneffekt, Zweck der selektiv diskriminierenden Preise ist die Verdrängung oder

186 De Bronett in: Handbuch des Kartellrechts, § 22 Rdnr. 70; Jung in: Grabitz/Hilf (neu), Art. 82 Rdnr. 167; Dirksen in: Langen/Bunte, Art. 86

Vernichtung des oder der Wettbewerber des Marktbeherrschers. Daher sollten diese Fälle nach der Generalklausel beurteilt werden.

Das Diskriminierungsverbot bedeutet Gleichbehandlungsgebot: Ein Marktbeherrscher darf Handelspartner in vergleichbarer Lage bei Preisen und Konditionen nicht ungleich behandeln. Dagegen erfaßt Artikel 82 Absatz 2 lit. c) nicht die Gleichbehandlung ungleichwertiger Leistungen.¹⁸⁷ Verlangt das diskriminierende Unternehmen also selektiv gegenüber verschiedenen Handelspartnern gleiche Preise für unterschiedliche Leistungen, wobei die Unterschiede in der Qualität, den sonstigen Konditionen und ähnlichem liegen können (versteckte Preisunterbietung), so kann dies zwar Teil einer Verdrängungsstrategie sein, müßte jedoch unter Artikel 82 Absatz 1 EG geprüft werden.

Die Kommission hat in früheren Entscheidungen¹⁸⁸ die Auffassung vertreten, daß auch die Diskriminierung von potentiellen Handelspartnern von diesem Regelbeispiel umfaßt ist. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, da zwischen dem Marktbeherrscher und dem potentiellen Handelspartner keine Geschäftsbeziehung besteht.¹⁸⁹ Der EuGH hat sich dieser in der Literatur vertretenen Auffassung angeschlossen.¹⁹⁰ Derartige Praktiken sind mithin nach Artikel 82 Absatz 1 EG zu beurteilen. Dies gilt auch für die Fälle der Kampfpreisunterbietung, in welchen das marktbeherrschende

Rdnr. 142; a. A. Koch in: Grabitz/Hilf (alt) Art. 86 Rdnr. 68.

187 Dirksen in: Langen/Bunte, aaO, Art. 82 Rdnr. 139, m.w.N.

188 Kommission, GEMA I, ABl. 1971 L 134/15, 21; GVL, ABl. 1981 L 370/49, 55.

189 Dirksen in: Langen/Bunte, aaO, Art. 82 EG, Rdnr. 141.

190 EuGH, Bronner/Mediaprint, Slg. 1998, 7791, Rdnr. 30.

Unternehmen die Kunden des Wettbewerbers mit selektiven Kampfpreisen umwirbt.

Die überwiegende Ansicht in der Literatur¹⁹¹ geht davon aus, daß bei dem Leistungsvergleich zur Feststellung der Diskriminierung nur solche Geschäfte einbezogen werden, die dem vom diskriminierenden Unternehmen beherrschten relevanten Markt zuzuordnen sind, da das Diskriminierungsverbot des Artikel 82 Absatz 2 lit. c) EG nur innerhalb dieser Grenzen Geltung beanspruche. Deshalb kann nach dieser Ansicht der Marktbeherrscher auf verschiedenen räumlichen Märkten unterschiedliche Preise und Geschäftsbedingungen bei gleichwertigen Leistungen anwenden, wenn er nur einen dieser Märkte beherrscht. Dieser Ansicht ist zu folgen, soweit die Auslegung des Regelbeispiels in Artikel 82 Absatz 2 lit. c) EG betroffen ist, da der diskriminierte Handelspartner gegenüber dem diskriminierenden Unternehmen einen Wettbewerbsnachteil auf diesem Markt erleidet. Soweit die diskriminierenden Preise auf dem nicht beherrschten Markt eingesetzt werden, ist jedoch zu prüfen, ob nicht ein Mißbrauch nach Artikel 82 Absatz 1 EG vorliegt, andernfalls würde diese Auffassung dazu führen, daß praktisch eine Kausalität zwischen der Marktbeherrschung und dem Mißbrauch verlangt würde. Eine solche Kausalität ist jedoch abzulehnen (siehe sogleich unter d). Vielmehr ist in denjenigen Fällen, in welchen die Diskriminierung auf einem mit dem beherrschten Markt im oben dargelegten Sinne verbundenen Markt stattfindet, von einem Mißbrauch auszugehen: Der Marktbeherrscher hat aufgrund seiner

191 Gleiss/Hirsch, aaO, Art. 86 Rdnr. 89; Schröter in: G/T/E, aaO, Art. 86 Rdnr. 185; Dirksen in: Langen/Bunte, aaO, Art. 82 Rdnr 144; a. A. Jung in: Grabitz/Hilf (neu) Art. 82 Rdnr. 165.

Marktmacht eine besondere Verantwortung für die Erhaltung eines unverfälschten Wettbewerbs – nicht nur eng begrenzt auf dem beherrschten Markt – sondern auch auf damit verbundenen Märkten. Diese Auslegung ist gerade auch deshalb geboten, weil selektive Preise auch als Mittel zur Erreichung einer Abschottung territorialer Teilmärkte, der Aufspaltung des Marktes oder der Behinderung von Wettbewerbern eingesetzt werden können. Geschieht dies auf einem verbundenen Markt, so ist eine Wettbewerbsverzerrung nicht nur in diesem, sondern auch in dem beherrschten Markt zu verzeichnen.

Die Schädigung des durch die Diskriminierung getroffenen Handelspartners allein reicht für die Erfüllung des Tatbestands nicht aus: Als weiteres Tatbestandsmerkmal verlangt Artikel 82 Absatz 2 lit. c) EG, daß die Ungleichbehandlung die Handelspartner im Wettbewerb benachteiligt. Durch diese Benachteiligung des diskriminierten Unternehmens wird der Wettbewerb verfälscht. Damit es zu einer solchen Verfälschung des Wettbewerbs kommen kann, müssen diskriminiertes und beherrschendes Unternehmen auf demselben relevanten Markt agieren, auf dem die Diskriminierung stattfindet.¹⁹² Allerdings ist es nicht erforderlich, daß es sich dabei um den beherrschten Markt handelt.¹⁹³

Für die Beurteilung von selektiven Verlustpreisen im Rahmen von Kampfpreisstrategien gilt daher zusammenfassend:

192 Schröter in: G/T/E, aaO, Art.86, Rdnr. 186/187; Dirksen in: Langen/Bunte, aaO, Art. 82 Rdnr. 144; a.A. jetzt Jung in: Grabitz/Hilf (neu),aaO, Art. 82 Rdnr. 165.

193 a. A. Dirksen in: Langen/Bunte, aaO, Art. 82 Rdnr. 144; Schröter in: G/T/E, aaO, Art. 86 Rdnr. 185; Gleiss/Hirsch, aaO, Art. 86 Rdnr. 89. Vgl. unten S. 119f.

Handelt es sich um einen Sachverhalt, bei welchem das marktbeherrschende Unternehmen lediglich den Handelspartnern der Wettbewerber Angebote gemacht hat (potentielle Geschäftspartner), so ist das Regelbeispiel nicht erfüllt, der Tatbestand fällt unter Artikel 82 Absatz 1 EG.

Selektiv diskriminierende Preise gegenüber (industriellen oder privaten) Endverbrauchern fallen unter den Tatbestand des Artikel 82 Absatz 1 EG. Gleiches gilt in den Fällen, in denen die diskriminierenden Preise zwar Handelspartnern gegenüber praktiziert werden, die Zielrichtung jedoch die Verdrängung oder Vernichtung der Wettbewerber des Marktbeherrschers ist.

Bietet der Marktbeherrscher Handelspartnern selektive Preise auf dem von ihm beherrschten Markt an, so ist Artikel 82 Absatz 2 lit. c) EG (bei Vorliegen aller anderen Tatbestandsmerkmale) erfüllt. Wendet er dagegen diese Praktiken auf einem anderen geographischen oder sachlichen Markt an, der von ihm nicht beherrscht wird, so ist dieser Sachverhalt unter Artikel 82 Absatz 1 EG zu prüfen.

ee) Lockpreise, Artikel 82 lit. d) EG

Lockpreise werden häufig als Tatbestand eines Koppelungsgeschäfts realisiert, die dadurch gekennzeichnet sind, daß ein marktbeherrschendes Unternehmen Abnehmern Waren und Dienstleistungen zu besonders günstigen Konditionen anbietet, unter der Voraussetzung, daß weitere Waren und Dienstleistungen abgenommen werden. Solche Fallgestaltungen können KampfpPreisstrategien unterstützen, wenn über Lockpreise für gekoppelte Waren Kunden von Waren, bei welchen die Marktbeherrschung vorliegt, von Wettbewerbern abgezogen werden. Es ist nicht notwendig, daß

sich die Marktbeherrschung auch auf den Markt für die Waren und Dienstleistungen erstreckt, die Gegenstand des Lockpreises sind. Lockpreise sind daher nach Artikel 82 lit. d) EG mißbräuchlich.

d) Kausalität zwischen marktbeherrschender Stellung und Mißbrauch?

In der Literatur¹⁹⁴ wird teilweise die Forderung erhoben, daß die aus der marktbeherrschenden Stellung sich ergebende besondere Macht des Unternehmens kausal für das mißbräuchliche Verhalten sein müsse. Würde man dieser Forderung zustimmen, müsste insbesondere in den Fällen, in welchen ein beherrschendes Unternehmen auf sogenannten Drittmärkten mißbräuchlich agiert, auf welchen es keine Marktbeherrschung inne hat, die tatbestandsmäßige Erfüllung des Artikel 82 EG wegen fehlender Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Mißbrauch verneint werden.¹⁹⁵ Diese Folge kann nicht dadurch relativiert werden, daß man annimmt, Marktbeherrschung habe etwas mit Ressourcen zu tun und diese seien immer für ein solches mißbräuchliches Verhalten auf Drittmärkten verantwortlich.¹⁹⁶ Marktbeherrschung ist gerade nicht mit Finanzmacht gleichzusetzen. Diese ist nur ein Element von mehreren, die insgesamt eine marktbeherrschende Stellung konstituieren.

Die Auslegung des Artikel 82 EG in Verbindung mit Artikel 3 lit. g) EG führt zu einer differenzierten Betrachtung: Den

194 Gleiss/Hirsch, aaO, Art. 86 Rdnr. 56ff; Koch, in: Grabitz/Hilf, (alt), Art. 86 Rdnr. 45ff.

195 So Koch in: Grabitz/Hilf (alt) Art. 86 Rdnr. 45ff.

196 So Emmerich in: Dausen, aaO, H.I. Rdnr 221.

Unternehmen in marktbeherrschender Stellung wird durch Artikel 82 EG eine besondere Verantwortung für die Aufrechterhaltung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs auf den Märkten der Gemeinschaft auferlegt, auf welchen der Wettbewerb gerade durch die Anwesenheit des marktbeherrschenden Unternehmens bereits geschwächt ist.¹⁹⁷ Ist der Drittmarkt ein mit dem beherrschten Markt verbundener Markt, aufgrund Kunden-, Wettbewerber- oder Produktverbundenheit, so erstreckt sich die Marktverantwortung des beherrschenden Unternehmens auch auf diesen verbundenen Markt. Mißbräuchliche Verhaltensweisen auf diesem Drittmarkt sind daher ebenfalls nach Artikel 82 EG zu beurteilen. Anders ist die Situation, wenn der Drittmarkt kein verbundener Markt ist: In diesen Fällen sollte das Verhalten des auf einem völlig anderen Markt beherrschenden Unternehmens nicht nach Artikel 82 EG beurteilt werden, da der Wettbewerb in diesem Markt jedenfalls nicht durch die Anwesenheit des auf einem gänzlich anderen Markt beherrschenden Unternehmens geschwächt ist.

In früheren Entscheidungen haben die Kommission und die europäischen Gerichte das Erfordernis einer Kausalität zwischen der Beherrschung und dem Mißbrauch ohne nähere Begründung abgelehnt.¹⁹⁸

In Tetra Pak hat der EuGH jedoch zutreffend ausgeführt, daß die Anwendung von Artikel 82 EG einen „Zusammenhang zwischen der beherrschenden Stellung und dem angeblich

197 so wohl auch GA Lenz in Schlußanträge zur Rs AKZO, Tz. 42; a. A. Emmerich, aaO, der für marktbeherrschende Unternehmen auf allen Märkten der Gemeinschaft Marktverantwortung fordert; GA VerLoren van Themaat in Schlußanträge zur Rs 322/81, Michelin hält ebenfalls einen Zusammenhang zwischen Marktbeherrschung und Mißbrauch für nicht erforderlich.

198 EuGH, Continental Can Rs 6/72 Slg. 1973, 246; Hoffmann-La Roche Rs. 85/76 Slg. 1979, 461.

mißbräuchlichen Verhalten voraussetzt, der in der Regel nicht gegeben ist, wenn sich ein Verhalten auf einem von dem beherrschten Markt verschiedenen Markt dort auswirkt.“¹⁹⁹ Ein Zusammenhang zwischen Marktbeherrschung und Mißbrauch ist jedoch gegeben, wenn die auf einem verbundenen Markt praktizierten mißbräuchlichen Verhaltensweisen wettbewerbliche Auswirkungen auf den beherrschten Markt haben.²⁰⁰ Beschränken sich die mißbräuchlichen Verhaltensweisen und die Auswirkungen auf den verbundenen Markt, so kann Artikel 82 EG aufgrund besonderer Umstände auf ein solches Verhalten angewendet werden. Solche besonderen Umstände liegen insbesondere vor, wenn die Marktbeherrschung auf dem relevanten Markt auf den verbundenen Markt ausstrahlt und dadurch – trotz fehlender Beherrschung auf dem verbundenen Markt – dem betreffenden Unternehmen ein von Abnehmern und Wettbewerbern weitgehend unabhängiges Verhalten ermöglicht.²⁰¹

e) Fehlen objektiver Rechtfertigungsgründe

Das marktbeherrschende Unternehmen kann den Vorwurf des Mißbrauchs seiner marktbeherrschenden Stellung durch Vorbringen objektiver Rechtfertigungsgründe entkräften. Aus der Definition des Mißbrauchsbegriffs als objektiven Begriff, der insbesondere dazu dient, den unverfälschten Wettbewerb aufrechtzuerhalten, folgt, daß subjektive Beweggründe oder Umstände als Rechtfertigungsgründe ausscheiden.²⁰²

199 EuGH, Tetra Pak Rs C-333/1994 Slg. 1996 I-5951 Tz. 21ff, 27.

200 EuGH, BPB Rs T-65/89 Slg. 1993 II-389; EuGH, AKZO Rs C-62/86 Slg. 1991 I-3359.

201 EuGH, Tetra Pak Rs C-333/1994 Slg. 1996 I-5951 Tz. 31.

202 vgl. auch Jung in: Grabitz/Hilf (neu), Art 82 Rdnr. 127.

aa) Objektive Rechtfertigungsgründe bei Preisdiskriminierung

Auch marktbeherrschende Unternehmen können im Gemeinsamen Markt ihre Preispolitik nach den Markt- und Absatzbedingungen gestalten und sind nicht verpflichtet, überall einheitliche Preise zu verlangen. Die unterschiedlichen Preise müssen jedoch das Ergebnis ökonomisch vertretbarer Erwägungen sein, die mit dem Normzweck des Artikel 82 EG und dem System und den Zielen des EGV, insbesondere Artikel 3 lit. g) EG vereinbar sind. Objektive Rechtfertigungsgründe für unterschiedliche Preise sind z. B. unterschiedliche Produktions-, Rohstoff-, Transport-, Personal- und Vermarktungskosten.²⁰³ Diese Rechtfertigungsgründe können insbesondere in sachlich relevanten Märkten vorliegen, die geographisch unterschiedliche Bedingungen der genannten Art aufweisen.

Ein weiterer objektiver Rechtfertigungsgrund kann das Eintreten in die niedrigeren Preise eines Konkurrenten sein.²⁰⁴

bb) Objektive Rechtfertigungsgründe bei Verlustpreisen

Werden Verlustpreise ohne Diskriminierung eingesetzt, können hierfür ebenfalls objektive Rechtfertigungsgründe vorliegen. Ursachen können z. B. Überkapazitäten sein, aufgrund falscher Markteinschätzung oder eines unvorhergesehenen Rückgangs der Nachfrage. Auch ist das Eintreten in die niedrigeren Preise anderer Anbieter denkbar: Besondere Wettbewerbsbedingungen, wie eine sehr hohe Preiselastizität der Nachfrage können beim Eintreten in den Wettbewerbspreis

203 grdlgd. EuGH, United Brands Rs 27/76 Slg. 1978, 207, 302.

204 vgl. Kapitel V, S. 135.

bedingen, daß auch die Preise für die eigenen Kunden gleichermaßen reduziert werden.

V. DER FALL AKZO/KOMMISSION

1. Sachverhalt

Der Fall AKZO/Kommission²⁰⁵ wird als die Leitentscheidung des Gerichtshofs auf dem Gebiet gezielter Kampfpreisunterbietungen angesehen. Seither ist diese Problematik von den europäischen Gerichten in einem weiteren Fall, Tetra Pak II²⁰⁶, entschieden worden, in dem jedoch die Beurteilung von Preisunterbietungen keine zentrale Rolle spielte. Da Tetra Pak II grundsätzlich keine neuen Gesichtspunkte aufwirft, wird die Fallanalyse auf den AKZO Fall beschränkt.

AKZO Chemie UK Ltd. (“AKZO UK”) ist eine 100%-ige englische Tochtergesellschaft der AKZO Chemie BV (“AKZO”), deren Muttergesellschaft die AKZO NV, ein großer niederländischer Chemiekonzern ist. AKZO UK erzeugt und vertreibt organische Peroxyde und eine große Anzahl Mehlzusätze. Engineering and Chemical Supplies Epsom and Gloucester Ltd. (“ECS”), ebenfalls mit Sitz in England, ist zum Zeitpunkt der Entscheidung ein kleiner unabhängiger Produzent von Benzoylperoxyd, einem organischen Peroxyd und einer Reihe anderer Mehlzusätze, einschließlich Kaliumbromat und Vitaminzusätzen. Benzoylperoxyd wird nicht nur als Bleichmittel für die Behandlung von Mehl verwendet, sondern dient auch als Initiator bei der Herstellung von Kunststoffherzeugnissen.

205 Kommission, Entscheidung v. 29.7.1983, ABl. L 252/13; Entscheidung v. 14.12.1985, ABl. L 374/1; EuGH, AKZO Rs 62/86 Slg. 1991, 3359.

206 Kommission, Entscheidung v. 24.7.1991, ABl. L 72/1; EuG Tetra Pak II Rs T-83/91 Slg. 1994 II 755; EuGH Tetra Pak II Rs C-333/94 Slg. 1996 I-5951.

Im Vereinigten Königreich und in Irland bieten drei Unternehmen, AKZO UK, ECS und Diaflex ein vollständiges oder nahezu vollständiges Sortiment von Mehlzusätzen an. Das Vereinigte Königreich und Irland sind in der EG die einzigen Märkte für Bleichmittel als Mehlzusätze. Nach Schätzungen von AKZO beläuft sich der Marktanteil der AKZO-Gruppe auf dem europäischen Markt für organische Peroxyde seit mehreren Jahren konstant auf 50 %. Wiederum eigenen Schätzungen zufolge, hat AKZO UK im Jahr 1982 52 % Marktanteil auf dem britischen und irischen Markt für Mehlzusätze, gefolgt von ECS mit 35 % und Diaflex mit 13 %. Die Kommission veranschlagt für 1984 in diesem Markt eine Verschiebung der Marktanteile auf 55 % bei AKZO UK, 30 % bei ECS und 15 % bei Diaflex. Bei den Mehlzusätzen setzt sich die Marktgegenseite zusammen, erstens aus den drei wichtigsten etwa gleich großen Getreidemühlen RHM, Spillers und Allied Mills, auf die zusammen ca 85 % der Nachfrage entfallen, zweitens aus den großen unabhängigen Mühlen, die 10 % der Nachfrage ausmachen und drittens aus kleinen unabhängigen Mühlen mit 5 % Nachfrage.

ECS hatte zunächst seit seiner Gründung 1969 Mehlzusätze, einschließlich Bleichmittel auf der Basis von Benzoylperoxyd hergestellt und vertrieben. 1979 nahm das Unternehmen zusätzlich die Produktion von Benzoylperoxyden zur Verwendung als Initiator in der Kunststoffindustrie auf, um in den Kunststoffsektor im Vereinigten Königreich und in Deutschland zu expandieren. Im September desselben Jahres ging die erste Lieferung an BASF nach Ludwigshafen, einem von AKZO's größten Kunden, wobei ECS zu Preisen abrechnete, die ca. 15 - 20 % unter denjenigen AKZO's lagen. Die von ECS behauptete Strategie AKZO's zielte darauf ab, durch eine Politik selektiver und unter den Selbstkosten

liegender Preise auf dem spezialisierten Teilmarkt der Mehlzusätze im Vereinigten Königreich und in Irland, der für ECS im Gegensatz zu AKZO sehr bedeutend war, die Expansion des Konkurrenten auf dem sehr viel größeren EG-Markt für organische Peroxyde in der Kunststoffindustrie wegen fehlender Finanzmittel zu stoppen.

2. Verfahren

ECS hatte zunächst am 6.11.1979 vor dem High Court of Justice in London einen Beschluß im Wege einer einstweiligen Verfügung erzielt, in dem AKZO untersagt wurde, seine Verkaufspreise herabzusetzen. AKZO verpflichtete sich daraufhin, ihre üblichen Verkaufspreise für Benzoylperoxyde weder allgemein noch im Einzelfall zu senken, um ECS als Wettbewerber auszuschalten. Die Verpflichtungserklärung erlosch im September 1982.

Mit Antrag vom 15.6.1982 erhob ECS bei der Kommission Beschwerde mit der Behauptung, AKZO habe gegen die Verpflichtungserklärung verstoßen, indem sie weiterhin eine mißbräuchliche Preispolitik betrieben habe. In einer einstweiligen Anordnung untersagte die Kommission²⁰⁷ es AKZO, Abnehmern der Produkte im Vereinigten Königreich und in Irland Preise anzubieten oder zu berechnen, die unterhalb der Summe liegen, die sich aus AKZO UK's Produktionskosten zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, zuzüglich Frachtkosten nach Tarifen und eines absoluten Bruttogewinns entsprechend demjenigen, der von AKZO UK vor Beginn der Preisunterbietungen gegen ECS erzielt wurde.

207 Kommission, Entscheidung v. 29.7.1983, ABl. L 252/13.

Sodann erließ die Kommission²⁰⁸ am 14.12.1985 eine endgültige Entscheidung. Dabei stellte sie fest, daß AKZO gegen Artikel 82 EG verstoßen habe, weil sie in der Absicht, ECS zu schädigen und/oder aus dem EG-Markt für organische Peroxyde zu verdrängen, diskriminierend gegenüber einzelnen Abnehmern zu unangemessen niedrigen Preisen angeboten und geliefert habe.

Daraufhin erhob AKZO am 5.3.1986 Klage beim EuGH auf Aufhebung der Kommissionsentscheidung. Der EuGH²⁰⁹ kam weitgehend zu denselben Ergebnissen wie die Kommission, allerdings teilweise mit anderen Begründungen. Die von der Kommission verhängte Geldbuße in Höhe von 10 Mio ECU setzte der Gerichtshof jedoch auf 7,5 Mio ECU herab, weil unter anderem die Wettbewerbsvorschriften in bezug auf die Mißbräuche der vorliegenden Art am Fall AKZO erstmals konkretisiert wurden und die Marktanteile von AKZO und ECS auf dem umkämpften Markt für Mehlzusätze nicht nennenswert beeinflußt worden waren.

3. Darstellung und Analyse der Entscheidungen

- a) Bestimmung und Abgrenzung des relevanten Marktes
- aa) Kommission

Da AKZO und ECS Konkurrenten sowohl auf dem Markt für Mehlzusätze im Vereinigten Königreich und Irland als auch auf dem EU-weiten Markt für organische Peroxyde hinsichtlich

208 ABl. L 374/1.

209 EuGH, AKZO/Kommission Rs 62/86 Slg. 1991, 1159.

verschiedener Konzentrationen sind, stellte sich die Frage, welches der relevante Markt und nach welchen Kriterien er abzugrenzen war. Geht man von dem Bedarfsmarktkonzept aus, ergibt sich sowohl für den kleineren Markt für Mehlzusätze als auch für den Kunststoffsektor der organischen Peroxyde eine Vielzahl von Teilmärkten, da jeder Zusammensetzung und Konzentration eine spezifische, nicht austauschbare Verwendung zukommt.

Die Kommission erwähnte zwar das "Konzept der Austauschbarkeit", wendete es jedoch nicht in letzter Konsequenz an. "Im Kontext von Artikel 86 bezweckt die Marktabgrenzung, den Wirtschaftsbereich herauszuschälen, in dessen Rahmen die Wettbewerbsbedingungen und die Marktmacht der beherrschenden Firma zu beurteilen sind."²¹⁰ Auf dieser Grundlage nahm die Kommission an, daß der relevante Markt derjenige ist, von dem AKZO den Wettbewerber verdrängen wollte, d.h. in erster Linie der EU-weite Sektor der organischen Peroxyde.

Die Kommission hat damit dem Umstand Rechnung getragen, daß die rein produktorientierte Marktabgrenzung nicht den Fällen des Behinderungsmissbrauchs gerecht wird. Vielmehr zusätzlich eine wettbewerbsbezogene Marktabgrenzung vorzunehmen ist.²¹¹

210 Kommission, Entscheidung v. 14.12.1985, aaO, Tz 64. Generalanwalt Lenz versuchte in seinen Schlußanträgen am Bedarfsmarktkonzept festzuhalten. Er geriet dabei unweigerlich in Widersprüche, weil er trotz fehlender Substituierbarkeit den gesamten Markt für Mehlzusätze als relevanten Markt ansah. Vgl. EuGH, AKZO Rs 62/86 Slg. 1991, Schlußanträge GA Lenz, Tz 49ff, 59.

211 vgl. oben S. 85.

bb) Europäischer Gerichtshof

Der Gerichtshof nimmt - wie auch die Kommission - an, daß der EU-weite Markt für organische Peroxyde, von welchem ECS verdrängt werden sollte, der relevante Markt ist, und nicht derjenige für Mehlzusätze, auf welchem sich das mißbräuchliche Verhalten gezeigt hat. Dies scheint im Widerspruch zu der Aussage des EuGH in *Commercial Solvents* zu stehen, wonach der Markt, auf dem die Wirkungen des Mißbrauchs spürbar sind, ohne Bedeutung für die Bestimmung des relevanten Markts ist.²¹² Im Fall AKZO kann man einerseits den kleineren Markt für Mehlzusätze im Vereinigten Königreich und Irland und andererseits den Markt für organische Peroxyde in der Kunststoffindustrie individualisieren. Auf beiden Märkten hatte AKZO Marktanteile von ca. 50 %. Auch andere Faktoren, wie umfangreiches Produktsortiment, ausgereifte Vertriebsstrukturen etc. lassen auf Marktbeherrschung in beiden Märkten schließen. Da jedoch die mißbräuchliche Handlung auf dem Markt für Mehlzusätze vorgenommen wurde, läge es nahe, diesen Markt im Sinne der Commercial-Solvents-Entscheidung als den relevanten Markt anzusehen.

Der EuGH führte dagegen unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Falles mehrere Gründe an, weshalb der Kunststoffmarkt der relevante sei:

- (1) Produktverbundenheit des Marktes für Mehlzusätze mit dem Markt für organische Peroxyde

Benzoylperoxyd ist einerseits eines der wichtigsten organischen Peroxyde, das für die Kunststoffherstellung

verwendet wird und andererseits eines der wichtigsten Mehlzusätze, die im Vereinigten Königreich und Irland eingesetzt werden.

- (2) Wirtschaftliche Position von ECS und AKZO in dem Markt für Mehlzusätze und für organische Peroxyde in der Kunststoffindustrie

Während ECS hauptsächlich im Markt für Mehlzusätze tätig war und erst im Laufe des Jahres 1979 begann, ihre Tätigkeit auf den Kunststoffsektor auszudehnen, erzielte AKZO im Kunststoffsektor einen deutlich höheren Umsatz als im Markt für Mehlzusätze.

- (3) Intention von AKZO

AKZO war nach internen Unterlagen nicht an der Stärkung seiner Position im Mehlzusatzmarkt interessiert, sondern daran, seine marktbeherrschende Stellung im weit bedeutenderen Kunststoffsektor zu behalten.

Für den EuGH ist bei der Marktabgrenzung in Fällen von Kampfpreisstrategien damit ebenfalls die Betrachtung der Wettbewerbsverhältnisse und des Verhaltens des angeblichen Preisunterbieters maßgeblich. Ein Widerspruch zu der Commercial-Solvents-Entscheidung des EuGH besteht nicht, da die Wettbewerbsverhältnisse in diesem Fall anders lagen: In jener Entscheidung waren ebenfalls zwei Märkte zu unterscheiden: Der Markt für einen bestimmten von dem marktbeherrschenden Unternehmen hergestellten Rohstoff von dem Markt des Endproduktes, welches unter Verwendung des

Rohstoffes unter anderem von einem Unternehmen hergestellt wurde, das Commercial Solvents zu beliefern verweigerte, um sich selbst den Zugang zu diesem Markt zu sichern. Der EuGH nahm an, daß der Rohstoffmarkt der für die Bestimmung der Marktbeherrschung relevante Markt sei. Dies ist auch einleuchtend, da die Verweigerung der Belieferung Dritter mit diesem Rohstoff auf die beherrschende Stellung in dem Rohstoffmarkt zurückzuführen ist.

Im Fall AKZO wurde von dem Marktbeherrscher dagegen zur Minimierung der eigenen Verluste ein "Stellvertreterkrieg" auf dem für ihn selbst unbedeutenderen Mehlzusatzmarkt geführt. Die Zielrichtung war jedoch der größere Kunststoffmarkt, für welche beide Wettbewerber den Zugang zu den Rohstoffen hatten und der zu verdrängende Wettbewerber davon erstmals Nutzen als Anbieter ziehen wollte.

Der Gerichtshof hat daher zu Recht den Kunststoffmarkt als den relevanten Markt angesehen.

b) Beherrschende Stellung

aa) Kommission

Der Gerichtshof kennzeichnet die beherrschende Stellung eines Unternehmens durch die Möglichkeit, sich in nennenswertem Umfang unabhängig gegenüber Abnehmern und Verbrauchern verhalten zu können.²¹³ Diese Definition ist auf Fälle des Ausbeutungsmissbrauchs zugeschnitten. Daher erweiterte die Kommission die Definition dahingehend, daß sich Marktbeherrschung auch darin ausdrücken kann, daß Wettbewerber vom Markt verdrängt oder geschwächt werden

213 vgl. oben S. 80.

oder sogar Marktzutritt verhindert wird.²¹⁴ Die Kommission erkennt damit an, daß in Fällen des Behinderungsmißbrauchs das Augenmerk auf die Wechselbeziehungen zwischen dem behaupteten Marktbeherrscher und seinen Konkurrenten gerichtet werden muß.

Die Kommission stützte sich auf Unterlagen von AKZO, aus welchen hervorging, daß AKZO über mehrere Jahre (1979 – 1982) unverändert einen Marktanteil von 50 % auf dem Markt für organische Peroxyde inne hatte und auf diesem Niveau wohl auch in den Folgejahren verharrte. Die Kommission wertete dies als ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung, untersuchte darüber hinaus aber auch noch die Produktpalette, die bei AKZO breiter gefächert war als bei allen anderen Wettbewerbern. Die Vertriebsorganisation und das Know-how waren bei AKZO ebenfalls am weitesten entwickelt. Zudem maß die Kommission auch der Tatsache Bedeutung zu, daß AKZO in der Vergangenheit alle Versuche neuer Wettbewerber zu expandieren zunichte gemacht hat und dadurch den Marktanteil konstant halten konnte. Selbst in Phasen konjunkturellen Rückgangs konnten die Preise und Gewinne konstant gehalten werden. Hohe Startkosten für Newcomer und das von AKZO in der Vergangenheit aufgebaute Abschreckungspotential erschwerten den Marktzutritt oder schreckten die Newcomer ab.

Wie die Erörterungen in Kapitel III gezeigt haben, ist die Finanzkraft eines Unternehmens kein Merkmal, dem Bedeutung für den Erfolg von Kampfpreisstrategien zukommt. Gerade im Fall AKZO war die Finanzkraft für die Durchführung der

214 Kommission, Entscheidung v. 14.12.1985, aaO, Tz 67. Damit kommt die Kommission auf den im Memorandum zur Unternehmenskonzentration, aaO., S. 25 verwendeten Marktbeherrschungsbegriff zurück.

Preisunterbietungen nicht entscheidend. AKZO hatte sich für seine Preissenkungen einen Markt ausgesucht, der nur für den Konkurrenten ECS, der vom Markt für organische Peroxyde ferngehalten werden sollte, wichtig war, aber nicht für das eigene Unternehmen. AKZO konnte somit ohne selbst schmerzliche Verluste hinnehmen zu müssen, wirkungsvoll den Konkurrenten disziplinieren.

bb) Europäischer Gerichtshof

Der Gerichtshof schloß sich im Ergebnis der Kommissionsentscheidung an. Allerdings betonte er wiederum, daß besonders hohe Marktanteile – und als solche sind 50 % Marktanteil zu sehen - allein bereits die Marktbeherrschung begründen.

Der Gerichtshof bedurfte keiner weiteren Ausführungen zur Feststellung der Marktbeherrschung, da die Faktoren, welche die Marktbeherrschung ausmachten, für die nachfolgende Analyse des mißbräuchlichen Verhaltens ohne Einfluß waren: Er entwickelte – wie sogleich gezeigt wird – in Anlehnung an Areeda/Turner als Maßstab für die Feststellung des Mißbrauchs Preis-Kosten-Relationen, teilweise in Verbindung mit einer nachzuweisenden Verdrängungsabsicht des Marktbeherrschers. Marktstrukturen und weitere Determinanten der Marktbeherrschung spielen bei diesem Ansatz eine nur untergeordnete Rolle.

c) Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

aa) Kommission

Die Kommission entschied nicht eindeutig, ob sie die Generalklausel oder Artikel 82 Abs. 2 lit. a) EG für anwendbar hält. Jedenfalls scheint sie das in Artikel 82 Abs. 2 lit. a) EG genannte Kriterium der Angemessenheit von Preisen nicht aufgeben zu wollen, da sie die beiden Fallgruppen der Erzwingung unangemessener Preise und der Preisdiskriminierung an den Anfang ihrer rechtlichen Würdigung stellte²¹⁵ und auch in ihren Ausführungen immer wieder das Preisverhalten von AKZO daraufhin untersuchte, ob es "als objektiv vertretbar oder als unangemessen anzusehen ist."²¹⁶ Die Angemessenheit sei wiederum durch eingehende Untersuchung der Kosten zu ermitteln.

Die Kommission untersuchte als erstes, ob die Verdrängung eines Wettbewerbers durch Preisunterbietungen grundsätzlich unter Artikel 82 EG fallen kann. Der Gerichtshof habe bereits über Verhaltensweisen judiziert, die aufgrund dieser Auslegung unter Artikel 82 EG fallen. Insbesondere habe es sich um das Einräumen von Treuerabatten und um Lieferverweigerungen gehandelt. In den Wirkungen auf die Wettbewerbsstruktur komme eine in Verdrängungsabsicht durchgeführte erhebliche und konstante Preisunterbietung diesen vom EuGH bereits entschiedenen Fallgruppen gleich.²¹⁷ Somit stellen Preisunterbietungen zur Verdrängung von Wettbewerbern einen Mißbrauch im Sinne des Artikel 82 EG dar.

215 Kommission, Entscheidung v. 14.12.1985, aaO, Tz 60.

216 Kommission, Entscheidung v. 14.12.1985, aaO, Tz 80.

217 Kommission, Entscheidung v. 14.12.1985, aaO, Tz 74.

In einem zweiten Schritt prüfte die Kommission, ob AKZO mißbräuchlich gehandelt hat. Während AKZO sich maßgeblich auf die Kostenregel von Areeda und Turner stützte, lehnte die Kommission im Gegensatz zur Entscheidung in der einstweiligen Anordnung vom 29.7.1983 einen rein kostenorientierten Ansatz ab.

aaa) Feststellung einer Preisunterbietung

(1) Die Preis-Kosten-Relation als Maßstab für die Mißbräuchlichkeit von Preisunterbietungen

AKZO machte in dem Verfahren geltend, der einzige Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit ihres Verhaltens sei, ob ihre Preise über ihren durchschnittlichen variablen Kosten (Grenzkosten) lagen.²¹⁸ Diesem Kriterium entsprachen ihre Preise, die nach Darstellung von AKZO gewöhnlich über den variablen Kosten, in der Regel jedoch nicht über den vollen Kosten lagen. Gegen das Kostenkriterium brachte die Kommission im wesentlichen die bereits aus dem Kapitel III bekannten Einwände gegen die Areeda/Turner Regel vor.²¹⁹

Zwei Fragen spielten in diesem Zusammenhang eine wesentliche Rolle. Zum einen war die Abgrenzung variabler Kosten von solchen mit Fixkostencharakter umstritten und zum anderen taucht immer die Gemeinkostenproblematik auf, die allerdings in der Entscheidung der Kommission nicht angesprochen wurde. Beide Fragenkreise werden im folgenden etwas näher beleuchtet.

218 Kommission, Entscheidung v. 14.12.1985, aaO, Tz 75.

219 vgl. oben S. 42ff.

(i) Variable und fixe Kosten

AKZO hatte in ihrer Kostenrechnung zu den variablen Kosten nur diejenigen für Rohmaterial, Energie, Verpackung und Transport gezählt. Weitere Kostenarten, wie Arbeitskräfte, Wartung, Lagerhaltung und Versand behandelte sie dagegen als fixe Kosten.²²⁰

Dieser Einteilung widersprach die Kommission mit dem Hinweis, daß letztere Kosten "in den Buchführungssystemen gewöhnlich eher unter den "variablen" Kosten erscheinen".²²¹ Sie untermauerte diese Ansicht noch damit, daß auch Areeda und Turner, auf die sich AKZO stützte, unter die variablen Kosten solche für Arbeitskräfte, Reparaturen und Wartung (von AKZO durchweg als Fixkosten behandelt) faßten.²²²

Für die Einteilung der Kosten in fixe und variable gibt es jedoch keine objektiven, von der Einschätzung des Unternehmers unabhängigen Kriterien. Vielmehr werden variable bzw. fixe Kosten in Abhängigkeit von sogenannten Kosteneinflußgrößen definiert.²²³ Allgemein gesprochen sind variable Kosten in ihrer Höhe abhängig von Veränderungen der betrachteten Kosteneinflußgröße, fixe Kosten fallen unabhängig davon an. Meistens wird die Beschäftigung als Kosteneinflußgröße gewählt. In der betriebswirtschaftlichen Literatur versteht man unter Beschäftigung die Ausnutzung oder den Ausnutzungsgrad der Kapazität von Anlagen, Kostenstellen, Unternehmensbereichen oder eines

220 Kommission, Entscheidung v. 14.12.1985, aaO, Tz 54, 76.

221 dies., aaO, Tz 54.

222 dies., aaO, Tz 76.

223 vgl. Hummel, S., Männel, W., Kostenrechnung, Bd. 1, aaO, S. 101.

Unternehmens insgesamt.²²⁴ Ob nun eine bestimmte Kostenart in die Kategorie der beschäftigungsabhängigen (variablen) oder der beschäftigungunabhängigen (fixen) Kosten einzuordnen ist, läßt sich nicht allgemeinverbindlich festlegen. Unterschiede in den Kostenstrukturen von Wettbewerbern können zu großen Differenzen der Zuordnung zu variablen oder fixen Kosten führen. Diese Unterschiede gehen letztlich auf die Entscheidungsfreiheit der Unternehmer zurück. Die Anwendung der Areeda-Turner-Regel führt damit aber in diesen Fällen zu einer Ungleichbehandlung wettbewerblich gleicher Sachverhalte.

Einige Beispiele mögen den Einfluß der Kostenstruktur auf die Einteilung der Kostenarten in variable bzw. fixe Kosten veranschaulichen:

Mieten gewerblicher Räume können leistungsmengenunabhängig vereinbart oder aber an den Umsatz gekoppelt werden. Lizenzen können Fixkostencharakter haben, aber auch produktions- oder umsatzorientiert ausgestaltet sein.²²⁵ Auch hinsichtlich der Arbeitskräfte, um deren Einordnung in fixe oder variable Kosten im AKZO Fall gestritten wurde, können keine allgemeinen Aussagen getroffen werden. Die Ausgestaltung des Arbeitsrechts beeinflußt den Kostencharakter entscheidend. Lange Kündigungsfristen und hohe Abfindungen im Falle der Kündigung führen dazu, daß Arbeitskräfte nicht mehr zu den variablen Kosten zu zählen sind.

Auch Areeda und Turner haben die Beschäftigung als Kosteneinflußgröße gewählt. Ihre Aussage, daß Arbeitskräfte

224 dies., aaO, ebenda.

zu den variablen Kosten zählen, kann jedoch nicht verallgemeinert werden. Areeda und Turner haben den Bezug auf das amerikanische Rechtssystem als selbstverständlich vorausgesetzt. In Amerika, wo das Arbeitsrecht wesentlich weniger Schutzvorschriften vorsieht als z. B. in Deutschland, können bei entsprechenden Beschäftigungsschwankungen Arbeitskräfte zeitnah ausgestellt oder eingestellt werden, ohne daß damit hohe Kosten verbunden sind. Arbeitskräfte verlieren dadurch ihren Fixkostencharakter.

(ii) Gemeinkosten

Das Problem der Zurechnung von Gemeinkosten auf Kostenträger ist in dem Verfahren an keiner Stelle aufgeworfen worden. AKZO UK's Mehlzusatzgeschäft bildet nur einen Teil der gesamten Geschäftstätigkeit. Ein anderer Bereich ist derjenige der Kunststoff- und Elastomerherstellung. Offenbar fällt in dieser Produktionssparte ein Zwischenprodukt an, das im Mehlzusatzbereich weiterverarbeitet wird. Die Kommission beanstandete, daß dieses Zwischenprodukt beim Transfer vom Kunststoff- in den Mehlzusatzbereich lediglich zu Materialkosten verrechnet worden war. Aus einem innerbetrieblichen Bericht des Buchprüfers von AKZO ginge jedoch hervor, daß dann, wenn dieser Transfer auf der Grundlage fester und variabler Kosten stattgefunden hätte, die für 1982 ausgewiesenen leichten Gewinne im Mehlzusatzsektor um einen bestimmten Betrag gefallen wären,

so daß eigentlich Verluste gemacht worden waren.²²⁶ Dies ist jedoch nicht das Problem von fixen und variablen Kosten, sondern der Zurechnung von Gemeinkosten.

Das Begriffspaar Einzel-/Gemeinkosten darf nicht verwechselt werden mit dem Begriffspaar fixe/variable Kosten. Ersteres bezeichnet die Zurechenbarkeit von Kosten auf Kalkulationsobjekte, das andere differenziert die Kosten nach ihrer Abhängigkeit vom Leistungsvolumen.²²⁷

AKZO's Produktionsverfahren im Kunststoffbereich zeichnet sich offenbar dadurch aus, daß aus demselben Produktionsprozeß technisch zwangsläufig mehrere verschiedenartige Erzeugnisse hervorgehen. Diese Leistungsverbundenheit nennt man Kuppelproduktion. Dafür ist charakteristisch, daß sich die Kosten eines Kuppelproduktionsprozesses eindeutig nur sämtlichen aus ihm hervorgehenden Produkten gemeinsam zurechnen lassen. "Sowohl die fixen als auch die variablen Kosten eines Kuppelproduktionsprozesses sind echte Kostenträgergemeinkosten."²²⁸ Zur Kalkulation von Kuppelprodukten bedarf es also der Anwendung von Schlüsselungsverfahren, die sich an unterschiedlichen Merkmalen der zu kalkulierenden Produkte orientieren kann. Eines dieser Schlüsselungsverfahren richtet sich an den Marktpreisen der Kuppelprodukte aus. Diejenigen Kuppelprodukte, für die ein relativ hoher Erlös erwirtschaftet werden kann, tragen somit auch einen verhältnismäßig hohen Anteil an den Gesamtkosten des Kuppelproduktionsprozesses.

226 Kommission, Entscheidung v. 14.12.1985, aaO, Tz 52.

227 Hummel, S., Männel, W., Kostenrechnung Bd 1, aaO, S. 108.

228 dies., Kostenrechnung Bd 1, aaO, S. 305.

Das von AKZO für die Weiterverarbeitung im Mehlzusatzsektor anfallende Zwischenprodukt im Kunststoffbereich kann daher durchaus nur mit den Materialkosten belastet werden. Die Feststellung, ob AKZO tatsächlich Verschiebungen in der Kostenstruktur vorgenommen oder sonst kaufmännisch nicht vertretbare Schlüsselungen angewendet hat, kann ohne nähere Untersuchung der Kostenrechnung von AKZO nicht beurteilt werden. Diese Überprüfung scheint die Kommission nicht vorgenommen zu haben.

(2) Die Beurteilung von Preisunterbietungen im Lichte der Ziele des EGV

Die Kommission beurteilt KampfpPreisstrategien nach EG-Recht unter besonderer Beachtung der wohl einmaligen Stellung der europäischen Wettbewerbsregeln als solche, die für die Vollendung des Binnenmarktes instrumentalisiert werden.²²⁹ In der ersten "europäischen Phase" der Schaffung eines Gemeinsamen Marktes und des Übergangs zu einem umfassenden Binnenmarkt haben die europäischen Wettbewerbsregeln nicht nur die Aufgabe bereits bestehenden Wettbewerb aufrechtzuerhalten, sondern insbesondere das Zusammenwachsen der bislang nationalen Märkte in einer Weise zu fördern, daß eine gegenseitige Durchdringung der Märkte diese Wettbewerbsgrenzen beseitigt. Nach Vollendung des Binnenmarktes - mit Inkrafttreten des Maastrichter Vertragswerkes zumindest auf dem Papier vollzogen - wächst diesen Wettbewerbsregeln die Aufgabe zu, das geschaffene Wettbewerbssystem innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen zu schützen (so jetzt der Wortlaut des Artikel 3 lit. g) EG). Diese Sonderstellung der europäischen

Wettbewerbsvorschriften hat zur Folge, daß ihre Auslegung und Anwendung sich verändern können, je nachdem, ob mit ihnen zunächst der Gemeinsame Markt geschaffen oder danach der erreichte Zustand erhalten werden soll.²³⁰ Unter diesem Aspekt mußte die Kommission prüfen, ob Kampfpreisstrategien einer besonderen Beurteilung bedürfen.

Preispolitik kann zur Abschottung der Märkte gezielt eingesetzt werden. Preisunterbietungen, die wettbewerbswidrig eingesetzt werden, mit dem einzigen Ziel, Wettbewerber zu verdrängen und damit Marktzutrittsschranken zu errichten, die Marktabschottungseffekte hervorrufen, sollten anhand von Artikel 82 EG verboten werden. Das Ziel, ein System unverfälschten Wettbewerbs zu errichten, geht hierbei kongruent mit dem Ziel, die Integration zu fördern.

Zu weit geht die Kommission jedoch mit ihrer Ansicht, auch wenn die Gesamtkosten gedeckt wären, könnte ein mißbräuchliches Verhalten vorliegen, weil damit die Schaffung binnenmarktähnlicher Verhältnisse verhindert würde und somit gegen ein vorrangiges Vertragsziel verstoßen würde.²³¹ Hierbei besteht, zumindest auf kurze Sicht betrachtet, ein Zielkonflikt zwischen der Integrationsförderung einerseits und guten ökonomischen Ergebnissen des Wettbewerbs andererseits. Marktbeherrscher, die ihre Gesamtkosten auf einem Preisniveau decken können, zu dem die kleineren Konkurrenten nur in der Verlustzone produzieren können, signalisieren, daß sie effizienter sind als ihre Mitkonkurrenten. Würden diese

229 Kommission, Entscheidung v. 14.12.1985, aaO, Tz 73.

230 Kronstein, H., Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln im Gesamtrahmen des Montanvertrags und des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, aaO, 1961, S. 124.

231 Kommission, Entscheidung v. 14.12.1985, aaO, Tz 79, 80. Hierbei stützt sich die Kommission auf den Aufsatz von Yamey, B. S., Predatory Price Cutting: Notes and Comments, aaO, S. 129ff. Vgl. oben S. 63.

Marktbeherrscher gezwungen werden, sich am Preisniveau der Mitbewerber zu orientieren, würde die Effizienz einem vermeintlichen Marktstrukturvorteil geopfert und überdies überlegene Produktionstechnik etc. bestraft. Insgesamt würden von einer solch interventionistischen Preissetzung falsche Signale ausgehen, mit der Folge von Fehlallokationen der Ressourcen.

Preisunterbietungen zum Zwecke der Verdrängung oder Disziplinierung von Wettbewerbern sollten wegen der besonderen integrativen Zielsetzung der europäischen Wettbewerbsvorschriften im Ergebnis nicht anders beurteilt werden, als bei bereits integrierten Märkten.

bbb) Preisdiskriminierung

AKZO hatte nach Auffassung der Kommission nicht nur Kampfpreise im Markt für Mehlzusätze eingesetzt, sondern ist hierbei auch selektiv vorgegangen: AKZO behielt das Preisniveau für ihre eigenen, vergleichbaren Kunden bei, während sie gezielt niedrige (Verlust-) Preise den Kunden von ECS anbot.²³² Der Preisunterschied betrug bis zu 60 %.²³³

Die Kommission stellte fest, daß eine Diskriminierung zwischen ähnlich gestellten Kunden, wodurch einige Unternehmen im Wettbewerb benachteiligt werden, nach Artikel 82 lit. c) EG ausdrücklich verboten ist, räumte jedoch ein, daß im Falle AKZO die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Preisdifferenzierungen von AKZO “nicht so sehr eine direkte Schädigung von Kunden zur Folge” hatte, sondern eher aufgrund des Verdrängungseffekts einen schwerwiegenden

232 Kommission, Entscheidung v. 14.12.1985, aaO, Tz 44.

Eingriff in die Struktur des Wettbewerbs auf Angebotsebene bedeutete.²³⁴ Die Kommission ließ es offen, ob aus diesem Grund Artikel 82 lit. c) EG nicht, jedoch der Generaltatbestand des Artikel 82 EG Anwendung findet. Aus den allgemeinen Ausführungen über die Reichweite der Generalklausel ergibt sich jedoch, daß in diesen Fällen des Behinderungsmissbrauchs Artikel 82 EG und nicht das Regelbeispiel des Buchstaben c) anzuwenden ist.

ccc) Lockpreise

AKZO UK hatte nach Auffassung der Kommission Kaliumbromat und Vitaminmischungen (obwohl sie letztere nicht selbst hergestellt und in der Regel auch nicht geliefert habe) den Kunden von ECS zu Lockvogelpreisen ("weit unter den Selbstkosten") angeboten, um Aufträge für das Gesamtangebot an Mehlzusätzen zu bekommen.²³⁵ Darin sah die Kommission einen Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung von AKZO UK.

ddd) Nachweis der Verdrängungsabsicht

Zwar zitierte die Kommission den vom EuGH in dem Hoffmann-La-Roche-Urteil geprägten objektiven Mißbrauchs begriff, doch stellte sie sodann - wie schon in der einstweiligen Anordnung - die Verdrängungsabsicht in das Zentrum ihrer Überlegungen. Allerdings räumte sie ein, daß es Umstände geben mag, "wo der Verdrängungseffekt einer Preisunterbietungskampagne eines beherrschenden Herstellers so offensichtlich ist, daß Beweismittel für die Absicht, einen

233 dies., aaO, Tz 82.

234 dies., aaO, Tz 83.

235 dies., aaO, Tz 82 und 83.

Mitbewerber vom Markt zu verdrängen, nicht erforderlich sind".²³⁶ Im weiteren führte die Kommission aus, für den Fall, daß direktes schriftliches Beweismaterial nicht vorliege, könne die Verdrängungsabsicht aus allen Umständen des Falles abgeleitet werden. Von objektiven Feststellungen würde dann auf das subjektive Element der Verdrängungsabsicht geschlossen werden. Ob die Kommission auch in den Fällen einen Verstoß gegen Artikel 82 EG annehmen würde, wo nur die objektive Verdrängung vorliegt, aber das Unternehmen eine solche Auswirkung überhaupt nicht beabsichtigt hat, wird daraus nicht klar ersichtlich.

Eine gewisse Ambivalenz zu dieser Frage zeigt sich bei der Gegenüberstellung zweier Grundaussagen der Kommission: Einerseits leitet sie die Erhaltung wettbewerblicher Marktstrukturen als Ziel der Wettbewerbsregeln aus dem EG-Vertrag ab. Dabei entsteht der Eindruck, daß wettbewerbliche Marktstrukturen in den Augen der Kommission sich reduzieren auf eine schlichte Marktformenbetrachtung unter der Prämisse, je mehr Wettbewerber, desto höher der Wettbewerb. Andererseits läßt aber der EG-Vertrag das Entstehen von Marktbeherrschung zu, lediglich dessen mißbräuchliche Ausnutzung wird verboten. Im Einklang damit betont die Kommission, "daß sie die Absicht - selbst die einer beherrschenden Firma -, die Oberhand über die Mitbewerber zu behalten, nicht als rechtswidrig ansieht." Auch sollen Großunternehmen nicht verpflichtet werden, "kleineren Mitbewerbern oder Firmen, die neu zum Markt gekommen sind, keine scharfe Konkurrenz zu machen".²³⁷ Damit wird die dem

236 dies., aaO, Tz 80.

237 dies., aaO, Tz 81.

Marktbeherrscher auferlegte Marktstrukturverantwortung wieder deutlich relativiert.

Ersterer Gesichtspunkt spräche nun dafür, Preisunterbietungen, die lediglich objektiv einen Verdrängungseffekt auslösen, ebenfalls unter Artikel 82 EG in Verbindung mit Artikel 3 lit. g) EG fallen zu lassen, während der zweite Gesichtspunkt eher gegen eine solche Auslegung spricht. Denn man kann nicht einerseits zulassen, daß Großunternehmen kleineren Wettbewerbern oder neuen Unternehmen scharfe Konkurrenz machen und andererseits die damit verbundenen Auswirkungen auf den betroffenen Märkten als mit Artikel 82 EG unvereinbar behandeln.

AKZO bestritt die von ECS vorgebrachten Behauptungen und hielt im wesentlichen dagegen, daß ECS die Preissenkungen begonnen habe und nun über den Prozeß versuche, "die Verantwortung für seine eigenen geringen Leistungen und schlechten Investitionsentscheidungen auf andere Marktteilnehmer und letztlich auf die Verbraucher abzuwälzen. AKZO hätte in den Preisen ebenfalls nachgeben müssen und sei durch die dadurch entstandenen Einnahmefälle gezwungen gewesen neues Geschäft bei den unabhängigen Mühlen und der Allied Mills zu akquirieren. Die Preise hätten jedoch immer Gewinnelemente enthalten.

Unter Würdigung des Beweismaterials zählte die Kommission dagegen zum Nachweis der Verdrängungsabsicht von AKZO drei Gruppen von Faktoren auf²³⁸:

(1) Direktes, schriftliches Beweismaterial, aus welchem

238 dies., aaO, Tz 81f.

unter anderem hervorgeht, daß im Jahre 1979 AKZO direkte Drohungen gegen ECS ausgesprochen hat, um ECS vom Markt für organische Peroxyde für den Kunststoffbereich zu verdrängen.

- (2) Das Preisgebaren: über längere Zeit Preissenkungen auf unangemessen niedrige Preise, die teilweise selektiv waren, d. h. gegenüber eigenen Stammkunden wurden zum Teil erheblich höhere Preise berechnet sowie Lockpreise.
- (3) Sonstige Elemente, wie z. B. Ausforschungssystem, Alleinbezugsverpflichtung.

Die Konkretisierung der Verdrängungsabsicht zeigt, daß in den Augen der Kommission das subjektive Element keinen sittlichen Vorwurf beinhaltet. Mit der Absicht wird nicht auf die Motive, sondern auf den Wirtschaftsplan rekuriert. Von diesem wird wiederum auf die Wettbewerbssituation geschlossen.²³⁹

eee) Die Entscheidung der Kommission

Die Kommission hat entschieden²⁴⁰, daß AKZO durch die oben unter (1) bis (3) genannten Verhaltensweisen in Schädigungsabsicht, mit dem Ziel, ECS aus dem Markt für organische Peroxyde zu verdrängen gegen Artikel 82 EG verstoßen hat. Sie hat AKZO untersagt, diese Handlungen zu wiederholen, insbesondere diskriminierende Preisgestaltungen vorzunehmen.

²³⁹ vgl. Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, aaO, S. 163. Möschel, Die Idee der rule of law und das Kartellrecht heute, Ordo Bd 30, 1979, 302.

AKZO darf nicht erneut an Kunden von ECS herantreten und ihnen günstige Preise anbieten, ohne diesen Vorteil auch ihrer eigenen Kundschaft zugute kommen zu lassen. Darüber hinaus ist ihr verboten, für den Fall, daß ECS versuchen sollte, die frühere Kundschaft zurückzugewinnen, die AKZO ihr unrechtmäßig abgeworben hat, ihre Preise an die Preise von ECS anzupassen, ohne diesen Vorteil auch ihren eigenen Abnehmern zugute kommen zu lassen.

bb) Europäischer Gerichtshof

aaa) Kriterien für die Beurteilung von Preisunterbietungen

Der Gerichtshof nimmt den von ihm geprägten objektiven Mißbrauchs begriff zum Ausgangspunkt seiner Entscheidung. Dabei stellt er maßgeblich auf den Gesichtspunkt des Leistungswettbewerbs ab. Danach ist es einem beherrschenden Unternehmen verboten, "einen Mitbewerber zu verdrängen und auf diese Weise die eigene Stellung zu stärken, indem es zu anderen Mitteln als denjenigen eines Leistungswettbewerbs greift."²⁴¹ Der Gerichtshof folgert hieraus, daß nicht jede Art von Preiswettbewerb als zulässig angesehen werden kann.

Der Gerichtshof definiert Preis-Kosten-Relationen, die er als Maßstab für die Beurteilung von Preisunterbietungen nimmt und ergänzt diesen durch Hinzunahme der Verdrängungsabsicht des marktbeherrschenden Unternehmens:²⁴²

240 Kommission, Entscheidung v. 14.12.1985, aaO, S. 26, Artikel 1ff.

241 vgl. EuGH, AKZO Rs 62/86 Slg. 1991, Tz 70.

242 EuGH, AKZO, aaO, Tz 71ff.

(1) Preise unter den durchschnittlichen variablen Kosten

Der EuGH führt hierzu aus:

“Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten (d.h. den Kosten, die je nach den produzierten Mengen variieren) liegen und mit deren Hilfe ein beherrschendes Unternehmen versucht, einen Konkurrenten auszuschalten, sind als mißbräuchlich anzusehen.”²⁴³

Bei diesem Kriterium wird nicht ganz klar, ob die Feststellung, daß die Preise unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten liegen, für die Annahme eines Mißbrauchs bereits ausreicht, oder ob der Wille, den Konkurrenten auszuschalten, ebenfalls vorliegen und nachgewiesen werden muß. Der EuGH fügt erläuternd hinzu, daß Unternehmen nur dann ein Interesse hätten, "derartige Preise zu praktizieren, wenn es seine Konkurrenten ausschalten will, um danach unter Ausnutzung seiner Monopolstellung seine Preise wieder anzuheben, ...".²⁴⁴ Diesen Ausführungen kann entnommen werden, daß der Gerichtshof aus der fehlenden ökonomischen Rationalität der Selbstschädigung des beherrschenden Unternehmens auf seine Schädigungsabsicht bezüglich seiner Konkurrenten schließt.

Für marktbeherrschende Unternehmen bedeutet dies, daß im Falle von Preisangeboten unter den variablen Kosten per se von einem Mißbrauch auszugehen ist. Dies gilt auch dann, wenn die Kommission nur diesen objektiven Sachverhalt feststellt, jedoch keine weiteren Beweise vorlegen kann, aus welchen sich ergibt,

243 EuGH, AKZO, aaO, Tz 71.

244 ders. ebenda.

daß das marktbeherrschende Unternehmen die Preispolitik nicht mit dem Ziel verfolgt, Konkurrenten vom Markt zu verdrängen. Der Marktbeherrscher hat jedoch die Möglichkeit objektive Rechtfertigungsgründe vorzubringen, welche die Vermutung der Verdrängungsabsicht entkräften. Allerdings sind in diesem Fall der Preise unter den variablen Kosten, wenn diese für längere Zeit auf diesem niedrigen Niveau gehalten werden, kaum objektive Rechtfertigungsgründe denkbar. Ein Lagerabverkauf aus einer besonderen wirtschaftlichen Notlage heraus, wird sicher kein Fall sein, der unter dem Gesichtspunkt der Verdrängung eines Wettbewerbers diskutiert wird, da es sich hierbei bereits um eine zeitlich limitierte Maßnahme handelt, welche aus diesem Grund kaum geeignet sein dürfte zur Verdrängung eines Wettbewerbers zu führen.

Bezeichnend ist, daß der Gerichtshof den Versuch des beherrschenden Unternehmens, einen Konkurrenten auszuschalten, für die Erfüllung des Tatbestands des Artikel 82 EG für ausreichend hält. Ein Versuch kann auch in der bloßen Androhung wirtschaftlicher Nachteile liegen, ohne daß es zu deren Realisierung kommt. Der Generalanwalt Lenz hat dazu ausgeführt, daß die Einschränkung der Willensfreiheit eines anderen Unternehmens schon für sich betrachtet mißbräuchlich sei und es daher nicht darauf ankomme, ob dieses dem ausgeübten Druck standhält oder nachgibt.²⁴⁵

(2) Preise über den durchschnittlichen variablen Kosten

Der Gerichtshof bezieht in diesen Fällen folgende Position:

“Auch Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten – das heißt Fixkosten plus variable Kosten –, jedoch über den

durchschnittlichen variablen Kosten liegen, sind als mißbräuchlich anzusehen, wenn sie im Rahmen eines Plans festgesetzt wurden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat.”²⁴⁶

Zur Begründung führt der Gerichtshof an, daß diese Preise Unternehmen vom Markt verdrängen können, die vielleicht ebenso leistungsfähig sind wie das beherrschende Unternehmen, wegen ihrer geringeren Finanzkraft jedoch nicht dem auf sie ausgeübten Konkurrenzdruck standhalten können.

Bei der Analyse des Preisverhaltens von AKZO geht der Gerichtshof sogar noch weiter und sieht Preise, die ohne objektiven Rechtfertigungsgrund über eine lange Zeit gegenüber den eigenen Kunden unterhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten praktiziert werden, als mißbräuchlich an. Dadurch sei der Wettbewerber daran gehindert, sich dem Kundenkreis des marktbeherrschenden Unternehmens zuzuwenden.²⁴⁷ Auf einen Plan, den Wettbewerber zu verdrängen, stellt der Gerichtshof in diesen Fällen offenbar nicht ab.

Die Tatsache, daß ein marktbeherrschendes Unternehmen durchaus ökonomisch rational handeln kann, wenn es zu Preisen über den variablen Kosten, aber unter den durchschnittlichen Gesamtkosten anbietet, ist bereits in Kapitel III dargelegt worden.²⁴⁸ Kann also dem Marktbeherrscher die Verdrängungsabsicht nicht nachgewiesen werden, stellt sich die Frage, ob der Gerichtshof dennoch einen Mißbrauch annehmen würde. In dem oben dargelegten Fall der

245 Generalanwalt Lenz, Schlußanträge, Slg. I-3396ff, Tz 147.

246 EuGH, AKZO Rs 62/86 Slg. 1991, Tz 72.

247 ders., aaO, Tz 140.

248 vgl. oben S. 48ff.

Unterkostenpreispolitik gegenüber eigenen Kunden über einen längeren Zeitraum ist davon auszugehen, daß der Gerichtshof ohne weiteres von einem Mißbrauch ausgeht. In jedem Fall müßte dem betreffenden Unternehmen die Möglichkeit gegeben werden, objektive Rechtfertigungsgründe für diese Preispolitik darzulegen. In diesem Fall müßte als ein solcher auch die Darlegung angesehen werden, daß der Preis, der nicht die vollen variablen Kosten deckt, jedenfalls einen positiven Deckungsbeitrag leistet.²⁴⁹ Offenbar läßt der Gerichtshof auch das Eintreten in Wettbewerberpreise als Rechtfertigungsgrund für Unterkostenpreise zu, denn in dieser Konstellation fehlt typischerweise die Verdrängungsabsicht.²⁵⁰

(3) Preise über den durchschnittlichen Gesamtkosten

Der Gerichtshof äußert sich zu dieser Fallkonstellation nicht ausdrücklich, obwohl die Kommission in ihrer Entscheidung dargelegt hat, daß sie auch bei Preisen über den durchschnittlichen Gesamtkosten einen Mißbrauch nicht ausschließt, da trotz der Kostendeckung die Preisgestaltung einen wettbewerbsschädlichen Zweck haben kann.²⁵¹ Legt man jedoch in diesem Fall den Maßstab des Leistungswettbewerbs zugrunde, wie er bei der Definition des objektiven Mißbrauchsbegriffs verwendet wird, so ist diese Ansicht abzulehnen. Zwar wird marktbeherrschenden Unternehmen eine erhöhte Marktstrukturverantwortung auferlegt, diese hat jedoch ihre Grenzen, wo dieses Unternehmen deutlich effizienter wirtschaftet als seine Konkurrenten und diese daher bei Preisen in die Verlustzone bringen kann, bei welchen es noch die

249 vgl. hierzu oben S. 50.

250 EuGH, AKZO Rs 62/86 Slg. 1991, Tz 138-140, 143, 145, 146.

251 Kommission, Entscheidung v. 14.12.1985, aaO, Tz 79.

eigenen Gesamtkosten deckt. Die weniger wirtschaftlichen Konkurrenten hätten unter dem Preisschirm des Marktbeherrschers keinen besonderen Anreiz effizienter zu wirtschaften.

Diese Auslegung wird auch durch die Ansicht des Gerichtshofs gestützt, daß es bei der Frage, ob das marktbeherrschende Unternehmen mißbräuchlich Kampfpreise eingesetzt hat, nicht auf die Kostenstruktur und die Preispolitik der zu verdrängenden Wettbewerber ankommt.

Würde man – wie die Kommission dies wohl beabsichtigt – allein auf die Verdrängungsabsicht des Marktbeherrschers abstellen, würde man sich überdies von dem objektiven Mißbrauchs begriff gänzlich verabschieden und auf rein subjektive Elemente zurückgreifen. Diese Ansicht wäre mit dem Wortlaut des Artikel 82 EG nicht mehr vereinbar, der kein subjektives Element verlangt.

bbb) Erweiterte Marktstrukturverantwortung für marktbeherrschende Unternehmen - Beweislastumkehr

Das Kartellverfahren wird durch den Amtsermittlungsgrundsatz beherrscht. Die Kartellbehörden/Gerichte haben alle ihnen bekannten Fakten auch zugunsten der Unternehmen zu verwerten und Ermittlungen auch über Angaben der Unternehmen anzustellen, welche die Vermutung für einen Verstoß gegen die Kartellvorschriften entkräften könnten.

Der Gerichtshof hat sowohl bei Preisen unter den variablen Kosten als auch bei Preisen, welche zwar darüber, aber noch unter den durchschnittlichen Gesamtkosten liegen, die Vermutung geäußert, daß diese Preise mit Verdrängungsabsicht

gewählt werden. Diese Absichtsvermutung führt zu einer materiellen Beweislastumkehr für die Unternehmen und weicht insoweit von der Kommissionsentscheidung und den Ausführungen des Generalanwalts Lenz ab, welche davon ausgehen, daß die Beweislast für das Vorliegen einer Verdrängungsabsicht bei den Behörden/Gerichten liegt. Zweifel gehen danach nicht zu Lasten der Unternehmen. Anders hat nun der Gerichtshof entschieden, der den Unternehmen zwar die Möglichkeit läßt, die Absichtsvermutung zu entkräften, für den Fall, daß ihnen dies nicht gelingen sollte, ohne weiteres die Verdrängungsabsicht annimmt.

ccc) Preisdiskriminierung

Die Kommission hatte sowohl bei den Preisen, die AKZO den großen unabhängigen Mühlen gewährte als auch bei denjenigen der Allied-Gruppe Preisdiskriminierung angenommen. Der Gerichtshof folgte ihr nur im ersten Punkt. AKZO hatte den eigenen Kunden unter den großen unabhängigen Mühlen nicht dieselben Preise angeboten, wie den ECS Kunden, die sie ECS abspenstig machen wollte. Diese Preise waren wiederum unterschiedlich von den Preisen, die sie einzelnen Mühlen der Allied Gruppe angeboten hatte. Der Gerichtshof sah in letzterem jedoch keine Preisdiskriminierung, weil die beiden Kundenkreise "unabhängige Mühlen" und Mühlen der Einkaufszentrale Allied-Gruppe nicht miteinander vergleichbar waren.

ddd) Lockpreise

Zur Beurteilung, ob AKZO Lockpreise für Kaliumbromat eingesetzt hat, vergleicht der Gerichtshof die Kosten und Preise von AKZO für Kaliumbromat und für Benzoylperoxyd. Aus

diesem Vergleich ergab sich, “daß Kaliumbromat zu verhältnismäßig günstigeren Preisen angeboten wurde als Benzoylperoxyd.”²⁵² Durch die günstigeren Preise von Kaliumbromat sollte nach Ansicht des Gerichtshofs die Attraktivität des angebotenen Sortiments von Mehlzusätzen erhöht werden. Die Einwände von AKZO, daß AKZO – anders als dies gewöhnlich bei Lockvogelangeboten der Fall ist – immer schon große Mengen Kaliumbromat geliefert habe und außerdem dieses Produkt sowohl an ECS als auch an eigene Kunden geliefert wurde, ließ der Gerichtshof nicht als Rechtfertigung gelten.²⁵³

Der Gerichtshof greift mit seinen Ausführungen zu kurz: Lockpreise können nicht schon dann angenommen werden, wenn das marktbeherrschende Unternehmen für verschiedene Produkte unterschiedliche Gewinnspannen kalkuliert. Dem Anbieter AKZO war nämlich bekannt, daß die Nachfrager dazu neigten, ihr gesamtes Mehlzusatzsortiment bei einem Anbieter zu kaufen. Die Senkung des Preises für ein Produkt aus dem Gesamtsortiment konnte daher bei den Nachfragern alle anderen Kriterien für eine Kaufentscheidung dominieren, unabhängig davon, ob eine Koppelung des Niedrigpreisprodukts an den Erwerb des Gesamtsortiments vorlag.

Anders verhielt es sich bei den Vitaminmischungen: Dieses Produkt hatte AKZO nicht den eigenen Kunden, sondern nur ECS Kunden zu Preisen, die unter dem eigenen Einkaufspreis lagen, angeboten. AKZO's Rechtfertigung, die konkurrenzfähigen Preise der Firma Vitrition, einer Hauptlieferantin von Vitaminmischungen, hätten AKZO dazu

252 EuGH, AKZO, aaO, Tz 125.

253 ders., aaO, Tz 126.

gezwungen, diese zu sehr niedrigen Preisen anzubieten, ließ der Gerichtshof nicht gelten.²⁵⁴ Dieser Einschätzung ist zuzustimmen, da das Einsteigen in die Preise eines Wettbewerbers dann nicht als Leistungswettbewerb anzusehen ist, wenn dieses Produkt als Lockvogel für ein Gesamtsortiment eingesetzt wird, das dieser Wettbewerber nicht anbietet.

eee) Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs

Bei der Untersuchung der Kosten, nimmt der Gerichtshof die von AKZO vorgelegte Einteilung der Kosten in fixe und variable als Grundlage.²⁵⁵ Er erkennt damit an, daß diese Kostenkategorien keine objektiven Größen sind, sondern je nach Einzelfall zugeordnet werden müssen.

Der Gerichtshof kommt zu dem Ergebnis, daß bei nahezu allen Angeboten, AKZO's Preise zwischen den durchschnittlichen variablen Kosten und den durchschnittlichen Gesamtkosten lagen. Nur in einem Fall lagen die Preise unter den durchschnittlichen variablen Kosten. Den zu führenden Nachweis der Verdrängungsabsicht sah der Gerichtshof aufgrund der von AKZO gegenüber ECS im Jahre 1979 ausgesprochenen Drohungen als geführt an.

Abgesehen von dem Vorwurf der selektiven Preisgestaltung, hielt der Gerichtshof die Kommissionsentscheidung aufrecht.²⁵⁶ Danach darf AKZO nicht erneut an die Kunden von ECS herantreten und ihnen günstige Preise anbieten, ohne diesen Vorteil auch ihrer eigenen Kundschaft zugute kommen zu

254 EuGH, AKZO, aaO, Tz 130.

255 EuGH, AKZO, aaO, Tz 94ff.

256 ders., aaO, Tz 153ff, 159.

lassen. AKZO darf auch nicht die Preise an niedrigere ECS Preise anpassen, wenn ECS versucht, ihre ursprünglichen Kunden wieder zurückzugewinnen, ohne diese Preise auch den eigenen Kunden anzubieten. Der Gerichtshof betonte ausdrücklich, daß es AKZO nicht verwehrt sei, ihre Preise defensiv an die Preise von ECS anzupassen, um Kunden zu behalten, die von Anfang an zu ihrem Kundenkreis gehört haben.

Der Gerichtshof blieb unter dem von der Kommission verhängten Bußgeld, da sich durch die Kampfpreise von AKZO die Marktanteile der Wettbewerber nicht wesentlich verändert haben.²⁵⁷ Hier sieht man einen entscheidenden Unterschied zu dem in Kapitel III erwähnten *Brookes* Urteil des Supreme Court in den U.S.A.²⁵⁸, welches als Voraussetzung für eine erfolgreiche Klage gegen predatory pricing den Nachweis verlangt, daß das marktbeherrschende Unternehmen die Möglichkeit hat, die Verluste durch anschließende Monopolgewinne wieder hereinzuholen. Der Ansatz des Gerichtshofs ist ein deutlich anderer: Die Wahrscheinlichkeit des Erfolges der Kampfpreisstrategie ist nicht tatbestandliche Voraussetzung für die Bejahung des Mißbrauchs, sondern der Erfolg – gemessen an einer Verschiebung der Marktanteile zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmens, und nicht an erhöhtem Profit – ist maßgeblich für die Höhe des Bußgeldes. Diese Vorgehensweise ist auch mit dem vom Gerichtshof entwickelten objektiven Mißbrauchs begriff vereinbar, der nicht einen Erfolg voraussetzt, sondern Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen betrifft, welche die Struktur eines Marktes negativ durch Verwendung leistungsfremder Mittel beeinflussen *können*.

257 EuGH, AKZO, aaO, Tz 163.

4. Stellungnahme

Zu welchem unterschiedlichem Ergebnis man bei der Beurteilung von Preisen kommen kann, zeigen die Schlußanträge des Generalanwalts Lenz. Er analysierte aufgrund der vorgelegten – seinem Eindruck nach lückenhaften – Dokumente das Preisverhalten von AKZO, ECS und Diaflex und kam nur in den Fällen der Preisdiskriminierung gegenüber den unabhängigen Mühlen sowie im Hinblick auf teilweise praktizierte Ausschließlichkeitsbindungen zur Feststellung des Mißbrauchs.²⁵⁹ Das Preisverhalten ist zunächst im Jahr 1979 durch den Versuch, einen Preisanstieg durchzusetzen gekennzeichnet. Da die Wettbewerber von AKZO, und insbesondere ECS, nicht mitziehen, korrigiert AKZO die Preise in den folgenden Jahren bis 1983 nach unten. Dagegen hatte AKZO in den Jahren bis 1979 eine klare Preisführerschaft inne und erhöhte regelmäßig jedes Jahr die Preise um 10 %. ECS war mit einem Abstand von 10 % dieser Erhöhung gefolgt. Angesichts einer rückläufigen Marktentwicklung auf dem Markt für Mehlzusätze nach 1979 ist der Preisrückgang nicht als ungewöhnlich zu betrachten.

Auch in bezug auf die von der Kommission und dem Gerichtshof angenommene Verdrängungsabsicht im Untersuchungszeitraum 1980 bis 1983 kann man Zweifel hegen: Die einzigen Unterlagen, die eine Verdrängungsabsicht dokumentierten stammten aus dem Jahre 1979. Daraus alleine läßt sich nicht die Fortdauer der Verdrängungsabsicht schließen.²⁶⁰

258 siehe Fußnote 100, S. 53.

259 GA Lenz, Schlußanträge, Slg. I-3396ff, Tz 148ff.

260 so GA Lenz, Schlußanträge, Slg. I-3396ff, Tz 204.

Generalanwalt Lenz sah es daher als nicht erwiesen an, daß die ursprüngliche, aus den schriftlichen und mündlichen Drohungen erkennbare Verdrängungsabsicht von AKZO auch in den darauffolgenden Jahren bis 1983 fortbestand. “Nachdem der Klägerin zumindest durch das Verfahren vor dem High Court in gewisser Weise die Hände gebunden waren, hat ECS den Stammkunden von AKZO – wenn auch auf deren Anforderung hin – Angebote gemacht, die erheblich unter den Preisen der Klägerin gelegen haben. Ob ECS damit den Preiswettbewerb intensivieren oder gar einen Preiskrieg auslösen wollte, sei dahingestellt. Aus der Sicht der Klägerin konnte sich dieses Verhalten so darstellen, daß sie sich für berechtigt halten konnte, nunmehr eine aktive Preispolitik einzuleiten.”²⁶¹

Preis-Kosten-Relationen als Maßstab für die Bestimmung von Mißbrauch sind bereits ausreichend kritisiert worden.²⁶² Erstaunlich ist jedoch, daß der Gerichtshof in seiner Entscheidung auf diese Relationen nicht abstellt, sondern AKZO untersagt, erneut an Kunden von ECS heranzutreten, um ihnen “günstige” Preise anzubieten, ohne diesen Vorteil auch ihrer eigenen Kundschaft zugute kommen zu lassen.²⁶³ Damit darf AKZO keine Preisdiskriminierung bei der Abgabe von Angeboten an Wettbewerberkunden und vergleichbaren eigenen Kunden durchführen. Dieses Verbot gilt wohl unabhängig davon, ob Angebote an Kunden der Wettbewerber unter oder über den variablen oder durchschnittlichen Gesamtkosten des marktbeherrschenden Unternehmens liegen. Die Unterschiedlichkeit der Preise bei vergleichbaren Sachverhalten

261 GA Lenz, Schlußanträge, Slg. I-3396ff, Tz 215.

262 vgl. oben S. 42ff, 124ff.

263 vgl. EuGH, AKZO Rs 62/86 Slg. 1991, Tz 155.

ist ausreichend.²⁶⁴

Weiterhin untersagt der Gerichtshof AKZO für den Fall, daß ECS versuchen sollte, die Kundschaft zurückzugewinnen, die AKZO ihr unrechtmäßig abgeworben hat, ihre Preise an die Preise von ECS anzupassen, ohne diesen Vorteil auch ihren eigenen Abnehmern zugute kommen zu lassen.

Diese Forderung ist auf dem Hintergrund der Ausführungen des EuGH zu der Mißbräuchlichkeit von Preisen unter den variablen bzw. durchschnittlichen Gesamtkosten unverständlich: Da AKZO aufgrund von Preisen jedenfalls unter den durchschnittlichen Gesamtkosten ECS Kunden abgeworben hat, wird ECS durch Preissenkung diese Kunden nur zurückgewinnen können, wenn sie unter den Abwerbepreisen von AKZO liegt. Bedeutet dies, daß AKZO mitziehen darf, wenn sie diese – unter den variablen oder den durchschnittlichen Gesamtkosten liegenden – Preise auch der eigenen Kundschaft anbietet?

Klarstellend sagte der Gerichtshof außerdem, daß AKZO die Preise defensiv an diejenigen von ECS anpassen dürfe, um Kunden zu behalten, die von Anfang an zu ihrem Kundenkreis gehört haben. Unklar ist, ob dies auch gilt, wenn die Preise des marktbeherrschenden Unternehmens unter die variablen oder durchschnittlichen Gesamtkosten fallen. Weiterhin ist nicht klar, ob in dieser Situation der Marktbeherrscher dann auch allen seinen anderen Kunden dieselben niedrigen Preise anbieten muß. Ist das Eintreten in den Wettbewerberpreis ein objektiver Rechtfertigungsgrund, so ist die erste Frage zu bejahen und die zweite zu verneinen, vorausgesetzt, es liegen

264 vgl. oben S. 101 und 103. A. A. Moritz, H.-W., Grenzen des zulässigen Wettbewerbs mit Unterkostenpreisen und selektiven Preisen, aaO, S. 80.

keine zusätzlichen Anhaltspunkte vor, aus welchen sich ergibt, daß der Marktbeherrscher in Verdrängungsabsicht handelt.

Im Ergebnis erscheint die AKZO Entscheidung aufgrund der teilweise lückenhaften Sachverhaltsaufklärung der Kommission zumindest zweifelhaft und die Methode, mit welcher der Gerichtshof die Kampfpreisstrategie von AKZO analysiert hat, im einzelnen angreifbar. Die Entscheidung gibt auch nicht die klare Handlungsanweisung für die Preispolitik marktbeherrschender Unternehmen, die für eine wünschenswerte Rechtssicherheit erforderlich wäre.

Es ist daher zu hoffen, daß die AKZO Entscheidung als eine erste Entscheidung zur Frage der Behandlung von Kampfpreisstrategien in die Literatur eingeht, jedoch nicht als "Landmark-Decision", mit einer Gültigkeit für alle weiteren Fälle dieser Art.

VI. VORSCHLÄGE ZUR BEHANDLUNG VON KAMPFPREISSTRATEGIEN NACH ARTIKEL 82 EG

1. Einführung

Da die europäischen Wettbewerbsvorschriften die Vertragsziele der Gemeinschaft fördern sollen, scheidet die von McGee und anderen Autoren vorgeschlagene Untätigkeit gegenüber Kampfpreis-verhalten für das europäische Recht aus. Predatory pricing ist geeignet die Integration der Märkte zu verhindern und widerspricht dem Verbraucherinteresse nach dauerhaft preiswerten und qualitativ hochwertigen Produkten und ist daher nach Art. 82 EG zu beurteilen. Auch Vorschläge, die nur die kurzfristigen Implikationen von Kampfpreisstrategien berücksichtigen, kommen nicht in Betracht. Aufgabe des europäischen Kartellrechts ist es, nicht nur kurzfristig, sondern auf lange Sicht die Vertragsziele der Artikel 2 und 3 EG zu sichern.

Die strategischen Aspekte systematischer Preisunterbietungen zur Verdrängung von Wettbewerbern ignoriert der Gerichtshof und reduziert die Behandlung dieses Verhaltens auf Preis-Kosten-Relationen. Diese in Verbindung mit der Forderung einer Verdrängungs- oder Vernichtungsabsicht werden dem Phänomen von Kampfpreisen nicht gerecht. Für die Umsetzung des Postulats eines freien Wettbewerbs in offenen Märkten bedarf es vielmehr einer umfassenden Gesamtanalyse, welche das wettbewerbliche Umfeld des angeblichen Angreifers genau untersucht.

2. Der Joskow/Klevorick Ansatz als Grundlage für eine Gesamtanalyse bei der Anwendung des Artikel 82 EG

Als Grundlage für eine solche Gesamtanalyse kann der Ansatz von Joskow/Klevorick dienen. Dieser Lösungsansatz ist zweistufig und untersucht – wie im Kapitel III ausführlich dargestellt²⁶⁵ – auf der ersten Stufe die Markt- und Unternehmensstruktur daraufhin, ob günstige Rahmenbedingungen für eine erfolgreiche Kampfpreisstrategie vorliegen. Ist dies der Fall, wird auf der zweiten Stufe geprüft, ob sich der angebliche Preisunterbieter mißbräuchlich verhalten hat.

Die Struktur des zweistufigen Ansatzes läßt sich auf den Tatbestand des Artikel 82 Absatz 1 EG übertragen. Der ersten Stufe entspricht die Prüfung, ob das betreffende Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt hat. Sodann wird auf der zweiten Stufe der Mißbrauch nach Artikel 82 EG festgestellt. Die Trennung dieser beiden Tatbestandsmerkmale ist strikt durchzuhalten, weil sonst unternehmensbezogene Strukturmerkmale unterschiedslos als Indiz für Marktbeherrschung und als Indiz des Mißbrauchs herangezogen werden. Dies birgt die Gefahr in sich, daß marktbedingte Vorsprünge nicht von marktbedingten Vorsprüngen im Wettbewerb unterschieden werden.²⁶⁶ Für die Erörterung des Mißbrauchs bedeutet dies, daß die strukturellen Gegebenheiten, die im Rahmen der Feststellung der Marktbeherrschung erörtert werden, im Zusammenhang mit dem Verhalten des angeblichen Preisunterbieters untersucht

265 oben, S. 61ff.

266 vgl. Mestmäcker, E.-J., Der verwaltete Wettbewerb, aaO, S. 202.

werden, um festzustellen, ob die mit den Kampfpreisen verbundene Selbstschädigung dieses Unternehmens rational ist.²⁶⁷

a) Bestimmung des relevanten Marktes und der Marktbeherrschung

Im wesentlichen entsprechen die von der Kommission und dem Gerichtshof angewandten Kriterien denjenigen, die Joskow und Klevorick zur Einschätzung der Markt- und Unternehmensstruktur auf der ersten Stufe ihres Lösungsvorschlags nennen.

aa) Die Abgrenzung des relevanten Marktes

Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes kann auf die Ausführungen in Kapitel IV²⁶⁸ zurückgegriffen werden. Die Abgrenzung ist nicht nur nach dem Bedarfsmarktkonzept, sondern auch wettbewerbsbezogen vorzunehmen. Dieser Gesichtspunkt tritt gerade in vielen Bereichen der New Economy besonders in den Vordergrund. Industrien, wie die IT Branche sind durch eine hohe Konzentration gekennzeichnet, die durch hohe Investitionen, verbunden mit hohen, schlecht kalkulierbaren Risiken hervorgerufen wird. Außerdem stehen die Wettbewerber trotz der hohen Konzentration unter einem beispiellosen Innovationsdruck. Die Abgrenzung des relevanten Marktes darf daher nicht nur aufgrund der gegenwärtigen Substituierbarkeit von Produkten erfolgen, sondern hat durch Forschung und Entwicklung sich abzeichnende

267 ders., aaO, S. 187.

268 oben, S. 84ff.

Marktveränderungen mit einzubeziehen. Dadurch wird häufig ein größerer Markt als der relevante angesehen werden, als bei der von der Kommission und dem Gerichtshof vorzugsweise vorgenommenen Abgrenzung.

bb) Marktbeherrschung

Die Verengung der Analyse auf den bloßen Marktanteil, wie sie vom Europäischen Gerichtshof teilweise vorgenommen wird, ist völlig ungenügend, da sie für die nachfolgende Prüfung des Mißbrauchsvorwurfs keine zuverlässige Entscheidungshilfe gibt. Diese ist aber gerade deshalb so wichtig, weil Kampfpreisstrategien insbesondere dann erfolgversprechend sind, wenn das Verhalten des Aggressors nicht eindeutig eingeordnet werden kann.²⁶⁹ Die Feststellung der Marktbeherrschung sollte daher auf eine möglichst breite Basis gestellt werden, so daß am Ende der Prüfung die Markt- und Unternehmensstruktur im Hinblick auf die für preisunterbietendes Verhalten wichtigen Kriterien bekannt sind.

Diese Kriterien sind im wesentlichen die bereits in Kapitel III genannten, namentlich Faktoren, die kurzfristige Monopolmacht indizieren, Markteintrittsbedingungen sowie Angreifbarkeit der Marktbeherrschung durch dynamische Effekte.²⁷⁰

Hinzu kommen hohe Marktanteile in Verbindung mit einer hohen Preiselastizität der Nachfrage. Hohe Marktanteile zeigen zwar an, daß der Marktbeherrscher durch drastische Preissenkungen einen starken Einfluß auf das Preisniveau des betreffenden Produktes ausüben und damit die Konkurrenten ebenfalls in die Verlustzone zwingen kann. Allerdings setzt dies

²⁶⁹ vgl. Kapitel III, S. 36.

eine entsprechend hohe Preiselastizität der Nachfrage voraus.

Die Dauer, für die das betreffende Unternehmen die Marktbeherrschung einnimmt, ist im Zusammenhang mit den dafür bestehenden Ursachen ebenfalls aussagekräftig.

b) Mißbrauch

Die auf der Stufe der Bestimmung der Marktbeherrschung vorgenommene Gesamtanalyse ermöglicht in der Regel die Einschätzung, ob die Marktgegebenheiten und die Unternehmensstruktur geeignet sind, Kampfpreisstrategien als erfolgversprechend einzustufen. Anders als in dem Vorschlag von Joskow/Klevorick wird jedoch die Prüfung nicht abgebrochen, wenn die Gesamtanalyse zu der Annahme führt, daß Kampfpreisstrategien als eher unwahrscheinlich anzusehen sind.

Es wird bei der Frage, ob das marktbeherrschende Unternehmen mißbräuchlich gehandelt hat, das Preisverhalten untersucht. Die großen Ungenauigkeiten und Schwierigkeiten mit der Ermittlung der Kosten, hat die Diskussion um die Areeda/Turner Regel gezeigt. Daher sollte die Untersuchung der Preis-Kosten-Relationen nicht alleine ausschlaggebend für die Beurteilung von Preisverhalten eines Marktbeherrschers sein. Die Entwicklung der Preis-Kosten-Relation kann wertvolle Aufschlüsse für die Frage geben, ob die Preise Nichtleistungselemente aufweisen. Allerdings sollte das Ergebnis abgesichert werden durch die Analyse der weiteren wesentlichen Preisbestimmungsfaktoren, wie Nachfrageverhalten und Marktform.

Folgende Fälle sind zu unterscheiden:

- (1) Das Ergebnis der Gesamtanalyse bei der Feststellung der Marktbeherrschung zeigt, daß das Marktumfeld für Kampfpreisstrategien erfolgversprechend ist:

Praktiziert der Marktbeherrscher Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten liegen, so besteht eine widerlegbare Vermutung für das Vorliegen einer Kampfpreisstrategie. In der Praxis ist die Festlegung der Trennlinie, ob Preise oberhalb oder unterhalb der variablen Kosten liegen, nicht eindeutig zu ziehen. Eine Unterscheidung zwischen Preisen unter den variablen Kosten und Preisen, die über den variablen Kosten, aber unter den durchschnittlichen Gesamtkosten liegen, mit der Folge, daß unterschiedliche Rechtsfolgen daran geknüpft werden, sollte daher unterbleiben.

Die Vermutung der Kampfpreisstrategie kann das marktbeherrschende Unternehmen durch den Nachweis von objektiven Rechtfertigungsgründen, wie sie in Kapitel IV²⁷¹ genannt worden sind, widerlegen. Solche Rechtfertigungsgründe schließen in jedem Fall das Einsteigen auf von nicht marktbeherrschenden Wettbewerbern praktizierten Preisen ein, auch wenn diese unter den durchschnittlichen Gesamtkosten des Marktbeherrschers liegen.

- (2) Das Ergebnis der Gesamtanalyse ergibt, daß das Marktumfeld erfolgreiche Kampfpreisstrategien nicht erwarten läßt oder, daß nicht eindeutig festgestellt werden kann, ob diese Voraussetzungen vorliegen:
-

Stellt man fest, daß das marktbeherrschende Unternehmen Preise unter den durchschnittlichen Gesamtkosten angeboten hat, so reicht diese Feststellung alleine nicht aus, um Kampfpreise anzunehmen. Vielmehr muß die Kommission z. B. durch Vorlage von Dokumenten nachweisen, daß diese Preise in Verdrängungsabsicht angeboten wurden. Die Dokumente haben die Verdrängungsabsicht für den Zeitraum nachzuweisen, in welchem der Marktbeherrscher unter den durchschnittlichen Gesamtkosten anbietet.

Auch in diesem Fall ist dem marktbeherrschenden Unternehmen zu gestatten, objektive Rechtfertigungsgründe zum Nachweis vorzubringen, daß es keine Kampfpreise eingesetzt hat.

- (3) Preise, die oberhalb der durchschnittlichen Vollkosten angesiedelt sind, werden grundsätzlich nicht als Kampfpreise angesehen, auch nicht, wenn das Marktumfeld dafür als positiv erscheint. Zwar ist denkbar, daß das von der Limit-Price-Theorie beschriebene Szenario in der Realität zu finden ist. Dennoch sprechen einige Gründe gegen ein Einschreiten, wenn die Preisstellung des Marktbeherrschers nicht von anderen mißbräuchlichen Verhaltensweisen begleitet ist.

Es ist nicht ersichtlich, wie das Kampfpreisverhalten von wettbewerbsgemäßen Preisen überhaupt unterschieden werden kann, da der Wettbewerbspreis nicht bekannt ist, und nach

Aussage der Limit-Price-Theorie sogar geringfügige Preissenkungen Markteintritt verhindern können.

3. Schlußbemerkung

Das Phänomen kartellrechtswidriger Kampfpreisstrategien marktbeherrschender Unternehmen ist in theoretischen Modellen nachgewiesen worden. Auch wenn vielfach behauptet wird, es handele sich um ein seltenes Phänomen, darf das europäische Kartellrecht es nicht ignorieren. Die wettbewerblichen Auswirkungen von Kampfpreisstrategien widersprechen dem Auftrag, einen unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt zu schaffen und dabei das Verbraucherinteresse zu beachten.

Die Grenze zwischen erlaubtem und erwünschtem Verdrängungskampf als Motor des Wettbewerbs und rechtswidrigen Kampfpreisstrategien mit Mitteln des Nichtleistungswettbewerbs, ist schwer auszumachen. Vorgeblich einfache Regeln, wie die von Areeda/Turner aufgestellten Preis-Kosten-Relationen, denen der europäische Gerichtshof weitgehend gefolgt ist, vermögen keine scharfen Konturen zu vermitteln, sondern bergen die Gefahr in sich, daß Leistungswettbewerb verkannt wird. Daher führt an einer umfassenden Gesamtanalyse, wie sie in diesem Kapitel vorgestellt wurde, kein Weg vorbei.

